

PROCESSO	- A. I. N° 269511.0006/19-0
RECORRENTE	- IMPERIAL ALIMENTOS DO NORDESTE LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF n° 0060-04/20-VD
ORIGEM	- INFRAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 19.06.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0140-11/24-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE REGISTRADAS NA EFD. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Deve ser acolhido novo demonstrativo elaborado pelo autuante, em face do Recurso Voluntário que demonstra a existência de equívocos no lançamento. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0060-04/20-VD proferido pela 4ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 28/06/2019 no valor histórico de R\$ 124.204,56, abordando a seguinte infração:

Infração 01 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

A acusação que versa nestes autos, é que houve recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado o imposto no valor de R\$ 124.204,56, mais multa de 60%. Portanto, está se exigindo imposto sobre operações de saídas registradas pelo autuado em sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, porém, com aplicação incorreta da alíquota incidente sobre essas operações.

O autuado requereu a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que fora intimado para proceder a retificação em sua EFD, que efetuou a devida retificação no prazo estipulado e, mesmo assim, fora surpreendido com a autuação antes de apresentar a retificação.

Da análise do conteúdo constante na descrição dos fatos do Auto de Infração, se observa que a intimação foi no sentido de que o autuado efetuasse a retificação das EFD dos meses de fevereiro e março/16, fevereiro/17 e fevereiro/18, pelo fato destas apresentarem divergências em relação às informações contidas no banco de dados da SEFAZ. Consta também, que o autuado apenas não processou a retificação do mês de março/16, sendo que em relação às demais, foram efetuadas e consideradas pelo autuante.

Mesmo assim, consoante destacou corretamente o autuante quando da sua Informação Fiscal, tais retificações em nada se correlacionam com o objeto da autuação, que recaiu sobre exigência de imposto sobre notas fiscais regularmente escrituradas, portanto, descabido o pedido de nulidade do Auto de Infração.

Ademais, o lançamento atende ao quanto dispõe o Art. 39 e seus incisos, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo violação ao princípio da ampla defesa, visto que a exigência fiscal está detalhada de forma bastante clara e analítica nos demonstrativos elaborados pelo autuante, constantes da mídia digital presente nos autos, cuja cópia foi entregue ao autuado.

Antes de abordar as questões envolvendo o mérito da autuação, acho oportuno fazer o seguinte registro: na assentada da sessão de julgamento realizada no dia 12.03.2020, na qual compareceu o representante legal do autuado, de acordo com o instrumento de procuração constante à fl. 37, onde, em sua sustentação oral, mencionou a existência de uma gama de documentos fiscais que não foram examinados pelo autuante, os quais, acaso tivessem sido analisados seria indevida à exigência tributária constante no presente Auto de Infração.

Este fato proporcionou o adiamento do julgamento, oportunizando ao sujeito passivo que providenciasse entrada dos referidos documentos no protocolo deste órgão julgador, no sentido de que os mesmos fossem juntados aos presentes autos para efeito de análise, tendo o mesmo se comprometido a adotar este

procedimento, entretanto, até a presente data, não consta dos autos que esta providência tenha se concretizado. Neste sentido, observo que do dia 12.03.2020, quando foi realizada a última sessão com a presença do patrono do autuado, até a presente data, dia 28.04.20, decorreram mais de 40 (quarenta) dias, tempo suficiente para que tais documentos fossem apresentados.

Na sessão de julgamento realizada nesta data, através de video conferência, o autuado alegou que teria encaminhado para este relator, no dia 25/04/20, sábado, dia sem expediente, via e-mail, a documentação que julgou necessária ao esclarecimento e comprovação dos seus argumentos, para a sessão de segunda feira, dia 27/04/20, porém, tais documentos não foram analisados porque além de não ter tomado conhecimento dessa mensagem, não existe previsão legal para que documentos sejam enviados diretamente para julgador, e sim para o CONSEF, através do respectivo protocolo, para que seja dado o correto encaminhamento.

Após estas observações, e considerando que o autuado não apresentou documentos que conferissem sustentação aos seus argumentos, indefiro os pedidos de realização de perícia contábil e de diligência formulados pelo mesmo, com base no Art. 147, I, "a" e II, "b" do RPAF/BA, tendo em vista a existência nos autos dos elementos suficientes à formação do meu convencimento.

Isto posto, vejo que conforme acima assinalado, a exigência fiscal recaiu sobre notas fiscais regularmente escrituradas, devidamente indicadas de forma analítica nas planilhas elaboradas pelo autuante e entregues ao autuado, sobre as quais foram aplicadas alíquotas diversas das estabelecidas pela legislação tributária em vigor. Tal fato, está demonstrado analiticamente pelo autuante nas planilhas elaboradas a partir de dados colhidos na EFD do autuado, com destaque de cada operação, data, base de cálculo, código fiscal da operação e alíquotas: a aplicada e a devida.

Em sua defesa, o autuado teceu uma série de argumentos totalmente desassociados com o objeto da autuação, que nada tem a ver, por exemplo, com formação de base de cálculo, custo de produção em transferências, dentre outros temas abordados. No que diz respeito à questão de aplicação incorreta de alíquota, objetivamente, o autuado questionou apenas a alíquota considerada pelo autuante em produtos integrantes da cesta básica, ponderando que sobre tais produtos a alíquota incidente é de 07%.

Neste contexto, à luz dos dados constantes nas planilhas juntadas aos autos pelo autuante, vejo que não assiste razão ao autuado em seus argumentos, já que, conforme assinalado pelo autuante e demonstrado na mídia digital juntada aos autos, os produtos que fazem parte da cesta básica, Art. 16, inciso I da Lei nº 7.014/96, (arroz, farinha de mandioca, farinha de milho, feijão, milho, macarrão e sal de cozinha), a exigência recaiu apenas sobre as operações interestaduais, CFOP 6102, cuja alíquota é de 12%, enquanto que a alíquota de 07% incide apenas nas operações internas, consoante estabelecido pelo art. 265 do RICMS/BA, conforme se constata através das planilhas analíticas elaboradas pelo autuante.

Neste sentido, destaco de forma exemplificativa algumas situações que deram causa à autuação, as quais prevaleceram em ambos os exercícios autuados:

- Pag. 01/11, mês janeiro/16:

- Doc. 22383 – CFOP 6102 Farinha Mandioca Imperial – Aliq. Destacada NF “0%” – Aliq. Aplic. 12%
- Doc. 22383 – CFOP 6102 Milho Mungunzá – Aliq. Destacada NF 07% - Aliq. Aplicada 12%

- Pag. 02/11, mês jan/16:

- Doc. 23791 – CFOP 6102 – Feijão carioca – Aliq. Destacada NF “0 %” – Aliq. Aplicada 12%

- Pag. 06/11, mês maio/16:

- Doc. 23989 – CFOP 5102 Rapadura Caseira – Aliq. Destacada NF “0%” - Aliq. Aplicada 18%
- Doc. 24507 – CFOP 5102 Café 2 de julho – Aliq. Destacada NF “0” – Aliq. Aplicada 18%
- Doc. 24507 – CFOP 5102 Sardinha Nave – Aliq. Destacada NF 07% - Aliq. Aplicada 18%.

Como se observa acima, ocorreram diversas operações interestaduais, CFOP 6102, consideradas como isentas (alíquota zero), ou com alíquota de 07%, enquanto que em relação às operações internas, CFOP 5102 ocorreram situações semelhantes, conforme se extrai das planilhas presentes nos autos, sobre as quais não há insurgência objetiva por parte do autuado.

Quanto ao argumento de que óleo de soja possui base de cálculo reduzida, não prevalece o argumento defensivo de erro do autuante em seu levantamento, já que, conforme esclarecido pelo próprio, não houve cobrança sobre a mercadoria “óleo de soja”, mas sim sobre “óleo canola” e “óleo girassol”, com código NCM 15141910 (Óleos de nabo silvestre, de colza ou de mostarda, e respectivas frações, mesmo refinados, mas não quimicamente modificados), e código NCM 15121911 (Óleos de girassol, de cárтamo ou de algodão, e respectivas frações, mesmo refinados, mas não quimicamente modificados), respectivamente, que não usufruem do benefício de redução de base de cálculo.

O fato concreto é que não foram apresentados objetivamente outros questionamentos pelo autuado em relação aos demonstrativos da lavra do autuante, e tampouco foram apresentados ou indicados erros nos mesmos, apesar do autuado afirmar que estaria anexando documentos que comprovariam os erros cometidos pelo autuante, contudo, não os apresentou.

Quanto ao pedido do autuado no tocante à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, esta é uma questão já prevista pela própria legislação tributária, que prevê esta situação até a decisão definitiva do lançamento, onde não caiba mais interposição de recurso.

Naquilo que diz respeito ao pedido do patrono do autuado, no sentido de que as intimações sejam processadas exclusivamente em seu nome, observo que as intimações relacionadas a processos administrativos fiscais, ocorrem de acordo com o previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA, nada impedindo, porém, que também seja atendido o quanto solicitado pelo patrono do autuado, situação esta em que, caso não atendido, não implica em nulidade dos atos processuais.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Preliminarmente, afirma que ao lavrar a autuação o autuante teria desprezado a correção de diversas alíquotas em sua escrituração fiscal, trazendo a planilha com a inserção das informações adicionais acerca das correções efetuadas, com a indicação da página do EFD onde se encontra o documento fiscal.

Ainda relata que a autuação se baseia no fato de que calculou o ICMS destacado utilizando alíquota supostamente menor do que a prevista na legislação, contudo, ressalta que o maior volume de suas operações são cestas básicas, sendo que óleo de soja possui base de cálculo reduzida, por exemplo.

Afirma que foi intimada para retificar suas informações, porém, antes da retificação, concluída no prazo devido, foi surpreendida com o Auto de Infração, o que torna patente a sua nulidade, uma vez que o autuante anexou planilha incorreta, sem checar individualmente as notas e nem os dispositivos legais aplicados como referência nas operações, que contemplavam despesas que não poderiam ser incluídas no custo, citando os arts. 13 e seguintes da Lei Kandir e arts. 15 e 16 da Lei do ICMS da Bahia.

Diz que, como a legislação estadual não delimita taxativamente o conceito de custo de produção, deve-se recorrer ao direito privado em respeito ao art. 110 do CTN, destacando que na legislação do Imposto de Renda e nos ditames contábeis, tanto a depreciação com a energia, a manutenção e os gastos gerais de fabricação podem ser enquadrados no custo da mercadoria, seja como matéria-prima, materiais secundários ou acondicionamento.

Assim, entende que o auto deve ser anulado integralmente por ir de encontro aos ditames legislativos pátrios.

No mérito, defende o pagamento correto do imposto, com a aplicação da alíquota adequada, assim como a violação da ampla defesa por falta de análise por parte do auditor fiscal no livro, discorrendo sobre a legislação federal e estadual que regula o ICMS e o Direito Tributário para defender que alguns Fiscos Estaduais permitem incluir na base de cálculo do ICMS incidente na transferência interestadual de mercadorias valores que compõem o custo de produção, citando a Decisão Normativa CAT nº 05/05 do Estado de São Paulo.

Reclama não ser permitido impedir a retificação sem analisar detidamente as planilhas, notas, alíquotas e arquivos corretos da EFD, motivo pelo qual a autuação deve ser julgada insubstancial.

Aponta que não foi configurada ou demonstrada a inidoneidade, como afirmado na autuação fiscal, sendo que o autuante somente apontou uma suposta divergência em sua descrição, mas todas as informações necessárias ao cumprimento da legislação constam de seus documentos fiscais, não tendo realizado qualquer ilegalidade.

Pede ainda perícia para conferir e atestar a falha do sistema, caso não seja acolhida a improcedência do Auto de Infração.

Conclui pedindo o provimento do recurso para julgar improcedente o Auto de Infração, designação de perícia contábil pela não consideração de que a maioria dos produtos são isentos e não tributados.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Observando que o acórdão recorrido mencionou que foi oportunizado à recorrente juntar documentos não examinados pelo autuante e que estes não foram apresentados até a data de julgamento, motivando o indeferimento do pedido de perícia formulado, mas que, por outro lado, o Recurso Voluntário se encontra acompanhado de diversos documentos não examinados pelo autuante, a 1^a CJF converteu o feito em diligência para que o autuante analisasse os documentos juntados, na forma do parágrafo único do art. 137 do RPAF/BA.

Na informação fiscal de fls. 974-976 o autuante informa como funcionam os roteiros de auditoria seguidos pela fiscalização para apontar que não houve erro no SIAF mas do contribuinte ao registrar as notas fiscais em desacordo com a legislação.

Observa que a recorrente comprovadamente emitiu notas fiscais com erro e que a forma correta de corrigir os valores de ICMS que não foram destacados ou destacados a menor é a emissão de nota fiscal complementar e não promover correções nos registros fiscais de saídas da EFD como fez a recorrente.

Ainda assim, mesmo indicando que a recorrente acabou por incorrer em outros erros ao escriturar as EFD's em dissonância com as notas fiscais na tentativa de corrigir os erros, diz que, da análise dos documentos juntados confirmam as correções de muitas das notas fiscais autuadas, o que reduz o imposto devido, conforme planilha anexada à diligência.

Indica, assim, que os valores remanescentes de imposto devido seriam os seguintes:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo (R\$)	Alíq %	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
31/01/2016	09/02/2016	732,65	17,00	60,00	124,55
29/02/2016	09/03/2016	55,59	17,00	60,00	9,45
30/04/2016	09/05/2016	336,67	18,00	60,00	60,60
31/05/2016	09/06/2016	5.746,33	18,00	60,00	1.034,34
30/06/2016	09/07/2016	3.231,33	18,00	60,00	581,64
31/07/2016	09/08/2016	12.653,61	18,00	60,00	2.277,65
31/08/2016	09/09/2016	9.883,01	18,00	60,00	1.778,94
30/09/2016	09/10/2016	95,33	18,00	60,00	17,16
31/10/2016	09/11/2016	12.131,22	18,00	60,00	2.183,62
30/11/2016	09/12/2016	11.725,00	18,00	60,00	2.110,50
31/12/2016	09/01/2017	67,67	18,00	60,00	12,18
31/01/2017	09/02/2017	1.043,33	18,00	60,00	187,80
28/02/2017	09/03/2017	1.609,00	18,00	60,00	289,62
31/03/2017	09/04/2017	2.983,83	18,00	60,00	537,09
30/04/2017	09/05/2017	1.646,33	18,00	60,00	296,34
31/05/2017	09/06/2017	17.845,61	18,00	60,00	3.212,21
30/06/2017	09/07/2017	16.986,67	18,00	60,00	3.057,60
31/07/2017	09/08/2017	25.688,39	18,00	60,00	4.623,91
31/08/2017	09/09/2017	26.753,72	18,00	60,00	4.815,67
30/09/2017	09/10/2017	20.207,72	18,00	60,00	3.637,39
31/10/2017	09/11/2017	35.280,00	18,00	60,00	6.350,40
30/11/2017	09/12/2017	9.083,78	18,00	60,00	1.635,08
31/12/2017	09/01/2018	0,00	18,00	60,00	0,00
Total da Infração:					R\$ 38.833,74

Pede a procedência parcial do Auto de Infração para reduzir seu valor para R\$ 38.833,74. A recorrente foi intimada da diligência, porém, não se manifestou. Os autos voltaram para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 28/05/2024.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, rejeito a perícia requisitada. De acordo com o que dispõe o art. 147 do RPAF/BA, a perícia fiscal é uma *faculdade* do julgador, que **deve** indeferir o pedido quando considerar que a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos (art. 147, II, "a"), como entendo que é o caso.

Entendo que as nulidades suscitadas em meio ao recurso se confundem com o mérito, motivo pelo qual serão tratadas em conjunto. Observe-se, inclusive, que não há pedido específico de

acolhimento da nulidade, limitando-se a recorrente a requerer a improcedência da autuação.

Em síntese, a recorrente sustenta que a autuação decorre de erro da fiscalização, que não teria observado as correções realizadas na sua EFD dentro do prazo da intimação para retificação, o que, na sua ótica, reclamaria a nulidade da autuação.

Discordo.

Analizando-se a informação fiscal prestada ainda na primeira instância (fls. 42-44), observa-se que o autuante esclareceu que as mercadorias integrantes da cesta básica e que foram objeto de cobrança foram “arroz”, “farinha de mandioca”, “farinha de milho”, “feijão” e “milho”, nas operações de vendas interestaduais (CFOP 6102), cuja alíquota é de 12%, sendo que a isenção se restringiria às operações internas, conforme alíneas “b”, “c” e “d”, do inciso II, do art. 265 do RICMS/BA.

Destacou não haver cobrança sobre “óleo de soja”, mas sobre “óleo canola” e “óleo girassol”, NCM 15141910 e 15121911, respectivamente, porque não usufruem de redução da base de cálculo. Informou ainda que a recorrente teve ciência em 25/04/2019 da intimação com prazo de 30 dias para retificar a EFD, em relação às competências de fev/16, fev/17 e fev/18, as quais foram consideradas no trabalho de fiscalização, todavia, observou que as retificações não se relacionam com as irregularidades contidas no Auto de Infração, uma vez que se referem às saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

De fato, a leitura da intimação de fl. 07 revela que o prazo concedido para a retificação, caso não cumprido, sujeitaria a recorrente à multa prevista no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96. Por outro lado, a autuação foi lavrada com a aplicação da penalidade prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96. Em outras palavras, a sanção decorre de fato distinto do descumprimento da intimação, e a reclamada não questionou especificamente a multa aplicada.

Sendo assim, entendo que o recurso somente merece ser acolhido parcialmente, nos termos do novo demonstrativo elaborado pelo autuante, o qual acolho e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para fixar o débito em R\$ 38.833,74, conforme planilha de fl. 975, rejeitando ainda as preliminares suscitadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269511.0006/19-0, lavrado contra **IMPERIAL ALIMENTOS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimada, a recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 38.833,74**, acrescido da multa de 60%, prevista pelo Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS