

A. I. N° - 233080.0026/18-9
AUTUADO - ALIMENTOS ZAELI LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO COUTO DOS SANTOS
ORIGEM - DAT NORTE / INFAC JACOBINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 04.01.2022

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0173-05/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS. **a)** BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. **b)** ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Restou comprovado que parte dos valores exigidos foi estornado na escrita fiscal. Infrações 1 e 2 procedentes em parte. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Documentos juntados com a defesa comprovam que os valores exigidos foram integralmente pagos no prazo regulamentar. Infração 3 improcedente. **b)** DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. Não comprovada a alegação de que parte dos produtos é comercializada. Infração 9 procedente. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Produtos objeto da autuação não integram a cesta básica, nem são enquadrados no regime de substituição tributária. Infração 4 procedente. **b)** BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Não comprovado o direito da redução da base de cálculo relativa aos produtos que foram objeto da autuação. Infração 5 subsistente. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXERCÍCIO FECHADO. **c)** FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO NAS AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não apresentadas provas capazes de elidir as acusações. O imposto exigido na infração 6, com base em presunção é legal (art. 4º § 4º da Lei 7.014/96). Infrações 6, 7 e 8 procedentes. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado que não foi recolhido o imposto relativo a produtos enquadrados no regime de substituição tributária. Infração 10 procedente. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Indeferido o pedido de redução ou cancelamento das multas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 17/12/2018, exige ICMS no valor de R\$ 139.142,55, acrescido de multas de 60% e de 100%, em decorrência das seguintes infrações:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria beneficiada com isenção do imposto (2016) - R\$ 68.149,65. Multa de 60%.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária (2016) - R\$ 6.921,04. Multa de 60%.
03. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, referente às operações escrituradas nos Livros Fiscais próprios (2016) - R\$ 4.885,05. Multa de 60%.
04. Recolheu a menor o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2016) - R\$ 14.116,94. Multa de 60%.
05. Recolheu a menor o ICMS em decorrência de erro na aplicação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2016) - R\$ 1.420,21. Multa de 60%.
06. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base em presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2016) - R\$ 34.404,04. Multa de 100%.
07. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2016) - R\$ 748,07. Multa de 100%.
08. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrentes da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado (2016) - R\$ 318,61. Multa de 60%
09. Deixou de recolher o ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas ao consumo e ativo fixo do estabelecimento (2016) - R\$ 3.066,57. Multa de 60%.
10. Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou exterior (2016) - R\$ 5.112,37. Multa de 60%.

O autuado na defesa apresentada (fls. 20 a 49), inicialmente esclarece que comercializa cereais, leguminosos, produtos alimentícios, máquinas, equipamentos e implementos para indústria em geral, realiza beneficiamento de arroz e milho, empacotamento de açúcar, dentre outros.

Discorre sobre as infrações e afirma que o lançamento tributário é nulo e insubstancial conforme razões que passou a expor, ressaltando a tempestividade da defesa.

Preliminarmente, suscita a nulidade do auto de infração em razão da falta da lavratura do Termo de Início da Fiscalização, em desacordo com o previsto no art. 196 do CTN e artigos 28 e 29 do RPAF/BA, e o princípio da legalidade previsto nos artigos 37 e 150, I da CF.

Transcreve ementas de decisões proferidas pelo CONSEF neste sentido (CJF 0424-12/13; CJF 0429-12/13 e CJF 0493-11/03) e requer que seja reconhecida a nulidade do procedimento fiscal.

No mérito, se superada a preliminar de nulidade, com relação a infração 1, afirma que a fiscalização glosou créditos de ICMS relativo à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, que compõem a cesta básica, sem considerar os créditos estornados.

Junta cópia do livro de Registo de Apuração de ICMS (RAICMS), relativo ao período de 01/2016 a 12/2016 para comprovar que os créditos escriturados relativos a mercadorias que entraram no estabelecimento beneficiados pela isenção (cesta básica), foram estornados totalizando R\$60.780,64, no exercício fiscalizado (2016).

Requer que seja reconhecida a insubsistência da infração 1.

No tocante a infração 2 (glosa de créditos/mercadorias sujeitas a ST), afirma que também não deve prosperar, tendo em vista que apesar de ter se creditado dos valores indevidamente, também promoveu o estorno a partir de 07/2016, conforme cópia do livro RAICMS (fls. 31 e 32).

Ressalta que o montante total estornado foi de R\$ 6.911,74, que corresponde a quase a totalidade do crédito glosado na infração 2. Requer reconhecimento da insubsistência da infração 2.

Argumenta ainda que parte da glosa do crédito recai sobre o amendoim torrado, e em que pese o amendoim torrado granulado ter sido classificado no NCM 2008.10, não estão submetidos ao regime de ST, visto que Anexo 1 do RICMS/2012, expressamente indica "amendoim e castanhas tipo APERITIVOS" e não abarca o amendoim torrado granulado e o torrado moído.

Quanto à infração 3 (falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar), afirma que não merece prosperar, por ter sido devidamente recolhido, conforme DAEs que comprovam os de pagamento juntados à defesa (fls. 58/83). Requer julgamento pela improcedência da infração.

No tocante a infração 4 (erro na aplicação de alíquota) argumenta que o demonstrativo elaborado pela fiscalização indica que a maioria das mercadorias se referem "à pipoca".

Ressalta que a pipoca listada pelo fisco se trata de MILHO em seu estado natural, não doce ou industrializada, mas sim de "grãos de milho para pipoca" que submetem se a tributação pela alíquota de 7%, nos termos do art. 16, I da Lei 7.014/96 e não de 17% como entende o autuante.

Também, que o levantamento fiscal relaciona mercadorias enquadradas no regime de ST, a exemplo de mercadorias com a NCM 19.01.2 (fl. 35) listadas no Anexo 1, do RICMS/2012, nos itens 11.3 e 38 que são exatamente as mercadorias dos NCMs nº 1901.2 e 2008.19.

Conclui requerendo julgamento pela improcedência da infração 4.

No tocante a infração 05 (erro na determinação da base de cálculo), suscita a nulidade por indicação de erro material na indicação do dispositivo legal infringido e ausência de esclarecimento específico sobre a infração cometida, cerceando o direito de defesa.

Transcreve o art. 39 do RPAF/BA que exige a indicação do dispositivo da legislação tributária infringido e art. 37, da CF que estabelece os princípios constitucionais que regem a administração pública e o art. 5º da CF que assegura o contraditório e a ampla defesa.

Afirma que no enquadramento legal foram indicados os artigos 17, 18, 19, 20, 21 e 23 da Lei 7.014/96, que trazem disposições genéricas, o que não possui qualquer consonância com o "Relato da Infração", o que impediu de exercer seu direito ao contraditório e a ampla defesa.

Requer nulidade da infração indicando como precedentes as decisões contidas nos Acórdãos CJF 0514-12/06; CJF 0147-11 e CJF 0228-12/07 do CONSEF.

No mérito, argumenta que caso não acate as razões expostas, o lançamento foi realizado com base em presunções, uma vez que em momento algum foi realizado o levantamento "quantitativo físico na empresa" para averiguar a quantidade exata dos produtos e valor que saíram da

empresa, para apurar a base de cálculo do tributo, pois a planilha acostada aos autos, “não diferenciou caixas, fardos e unidades”, sem padronizar o levantamento fiscal.

Apresenta quadro à fl. 40, no qual relaciona produtos sem padronização de unidades.

Alega que a metodologia usada pelo Fisco é insubstancial, com base em presunções e deve ser cancelada na integralidade a infração 5.

Quanto às infrações 6, 7 e 8, argumenta que o lançamento tributário se fundamenta em supostas omissões de receitas nas entradas e saídas apuradas através de presunção, transcreve as citadas infrações (fls. 42 e 43) e requer que sejam julgadas nulas pelos seguintes motivos:

- i) não indicar o fundamento legal para imputação das multas aplicadas nas infrações 6 e 7;
- ii) bem como pelo fato de os lançamentos terem sido realizados com base em presunções.

Discorre sobre lançamento com base em presunções, o disposto no art. 113, § 1º e 142 do CTN, e afirma que esta modalidade afasta-se da verdade material, causando prejuízo ao contribuinte.

Com relação a infração 9 (diferença de alíquotas/ativo fixo ou consumo), afirma que não deve prosperar, pois a fiscalização classificou algumas mercadorias negociadas pela impugnante como se fosse material de uso e consumo, além de glosar os créditos de ICMS tomados.

Discorre sobre o conceito legal de material de uso, transcreve o art. 265, XXII, “b” do RICMS/BA e afirma que tendo as mercadorias sido comercializadas, “devidamente acompanhadas pelo documento fiscal, e, inclusive, tributado pelo ICMS”, deve ser cancelada a infração.

Requer nulidade do lançamento, improcedência ou procedência das infrações, conforme pontuado anteriormente.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 113 a 118), inicialmente discorre sobre a defesa e passa a sua contestação, conforme passou a expor.

Quanto às formalidades legais, ressalta que as infrações estão suportadas em anexos juntados ao processo, com cópias em meio magnético fornecidas ao contribuinte, mediante recibo.

Relativamente a nulidade suscitada sob argumento de ausência de ciência do Termo de Início da Fiscalização, afirma que o documento de fl. 13, comprova a científicação através do DTE.

Quanto as infrações 1 e 2, transcreve o art. 20, § 3º, II, da LC 87/96, que estabelece vedação a utilização de crédito relativo à mercadoria “*quando a saída ou a prestação subsequente não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto*”, previsto na Lei 7.014/96 (art. 29, § 4º, II) e art. 310, II, do RICMS/2012.

Afirma que “*além do contribuinte não provar a relação entre os valores indevidamente creditados e os valores supostamente estornados, estes não correspondem numericamente a aqueles*”, e não existe base legal que sustente a impugnação do contribuinte.

Com relação a infração 3, afirma que não procede a alegação de que os tributos das operações escrituradas nos livros fiscais foram recolhidos conforme DAEs e juntados à impugnação, tendo em vista que no demonstrativo da conta corrente do ICMS, constam os valores mensais devidos, que foram extraídos dos arquivos da EFD, exceto os meses de janeiro e junho/2016.

Relativamente à infração 4, afirma que o produto “Pipoca Americana” é um produto resultante da transformação do milho e não o milho *in natura*, que tem alíquota de 7% prevista no art. 16, I da Lei 7.014/96.

Também, não procede o argumento de que as Mistura para Bolo, estão enquadradas no Anexo I do RICMS/2012, para o período fiscalizado e, porque não alcança esse tipo de mercadoria.

Quanto à infração 5, afirma que os demonstrativos constantes do Anexo 05-02.pdf (fls. 15 e 16) comprovam que infringiu os artigos 17 a 21 e art. 23 da Lei 7.014/96.

E que a multa aplicada é prevista no art. 42, II, “a” da citada Lei e não tem base legal o pedido de anulação da infração.

Relativamente às infrações 6, 7, 8 e 10 (levantamento quantitativo dos estoques) diz que os demonstrativos anexos comprovam que foram elaborados de acordo com a Port. 445/98 e os artigos 23-A e 23-B da Lei nº 7.014/96, utilizando dados contidos nos arquivos magnéticos da EFD transmitida pelo contribuinte, que não foi questionada pelo atuado.

No tocante a infração 9, afirma que o contribuinte alegou que as mercadorias foram destinadas a comercialização, mas não “citou quais mercadorias”. Além disso, o CFOP, utilizado, indica a destinação das mercadorias para uso e consumo, inexistindo registro de comercialização.

Finaliza afirmando que a defesa objetiva procrastinar o julgamento do auto de infração.

VOTO

O auto de infração em epígrafe acusa o cometimento de dez infrações, todas defendidas pelo sujeito passivo.

Preliminarmente, quanto à nulidade suscitada sob o argumento de falta da lavratura do Termo de Início da Fiscalização, não pode ser acolhida, tendo em vista que o documento de fl. 13, comprova que o sujeito passivo foi intimado em 16/11/2018 para tomar conhecimento do Início de Ação Fiscal, através do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), cuja leitura ocorreu em 19/11/2018 (código de mensagem 104045).

De acordo com o disposto no art. 26 III do RPAF/BA, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, cuja exceção ocorre apenas se for de comunicação dando conhecimento ao sujeito passivo de inconsistência verificada em análise ou cruzamento de informações econômico-fiscais existentes no banco de dados da Secretaria da Fazenda. Portanto, rejeitada a nulidade suscitada.

Quanto à nulidade suscitada relativa a diversas infrações, sob alegação de indicação de dispositivos genéricos da legislação e exigência fiscal com base em presunção, observo que todas as infrações foram descritas com clareza, fazendo-se acompanhar de demonstrativos elaborados com base em dados contidos na EFD do estabelecimento autuado, tudo em conformidade com o disposto no art. 39 do RPAF/BA. Também a infração 6 exige ICMS com base em presunção legal prevista no art. 4º § 4º da Lei 7.014/96, sendo facultado ao contribuinte fazer prova da sua improcedência, o que será analisado no mérito. Por isso, fica rejeitada esta nulidade também, e passo à análise do mérito.

No mérito, quanto a infração 1, o autuado alegou que a fiscalização glosou os créditos de ICMS relativos a mercadorias beneficiadas com isenção (cesta básica), sem considerar os estornos.

O autuante contestou que a legislação veda a utilização de crédito relativo à saída de mercadorias *“isentas do imposto”*, e o sujeito passivo não fez prova da relação entre os valores creditados e os estornados, além da existência de diferenças numéricas.

Pela análise dos elementos juntados ao processo, constato que o autuado juntou cópia do livro de RAICMS//2016, (fls. 52/100), em que escrutou:

- A) “ESTORNO DE CRÉDITO DE ICMS S/NF DE ENTRADA DE PROD. CESTA BÁSICA”;
- B) “ESTORNO DE DÉBITO DE PRODUTO CESTA BÁSICA”;

Pelo exposto, restou comprovado que o contribuinte promoveu a escrituração de estorno de créditos pertinentes à entrada de produtos da cesta básica, e no desenvolvimento dos trabalhos a fiscalização poderia e deveria solicitar as memórias de cálculos do valor dos estornos mensais (controle interno), confrontar com o montante apurado no levantamento fiscal e identificar possíveis inconsistências que viessem a ser objeto de exigência fiscal ou não.

Como nada disso foi trazido ao processo, acato os valores escriturados pelo contribuinte a título de estorno de crédito, fazendo a dedução do valor apurado no demonstrativo elaborado pela fiscalização. Porém, como ocorreu lançamento de estorno de débito (cesta básica), da diferença apurada, também serão computados (negativamente), conforme demonstrativo abaixo:

Infração 1

Data Ocorr	Data Vencto	Autuado	Est. Cred. Cesta Básica	Est. Deb. Cesta Básica	Devido	Fl.
31/01/2016	09/02/2016	2.210,89	2.361,14		-	83
29/02/2016	09/03/2016	4.387,65	4.473,73	54,79	-	85
31/03/2016	09/04/2016	4.346,84	4.380,23	68,81	35,42	87
30/04/2016	09/05/2016	3.475,50	3.483,85		-	
31/05/2016	09/06/2016	4.265,38	4.454,42		-	91
30/06/2016	09/07/2016	3.469,00	3.494,04	56,21	31,17	93
31/07/2016	09/08/2016	6.562,21	6.004,54		557,67	95
31/08/2016	09/09/2016	10.514,03	7.449,49		3.064,54	97
30/09/2016	09/10/2016	7.160,66	7.286,84		-	99
31/10/2016	09/11/2016	5.686,74	5.842,03	44,43	-	52
30/11/2016	09/12/2016	9.540,83	6.364,39		3.176,44	54
31/12/2016	09/01/2017	6.529,92	6.546,00	12,36	-	56
Total		68.149,65	62.140,70	236,6	6.865,24	

Pelo exposto, a infração 1 fica reduzida de R\$ 68.149,65, para R\$ 6.865,24. Infração procedente em parte.

Já na infração 2 (glosa de créditos/mercadorias sujeitas a ST), o defendante alegou que:

- Tendo lançado os créditos indevidamente, também promoveu seu estorno;
- Não cabe a glosa sobre o produto amendoim torrado, que não se submete à ST.

Constatou que o Anexo 1 do RICMS/2012, vigente em 2016, indica "amendoim e castanhas tipo aperitivos", com a NCM 2008.1, que foi a indicada no demonstrativo elaborado pela fiscalização e consignado na NFe 7090 a título de exemplo apresentada pelo defendante à fl. 33:

AMENDOIM SALG ZAELI 12X160 GR CX

AMENDOIM JAPONES ZAELI 12X150 GR CX

Portanto, fica mantida a exigência relativa ao amendoim torrado granulado e o torrado moído, por estarem enquadrados no regime de ST no período fiscalizado (2016).

E como apreciado na infração 1, o livro RAICMS juntado com a defesa comprova que foram lançados "ESTORNO DE CRÉDITO REFERENTE A PRODUTO JÁ RECOLHIDO POR SUB. TRIB".

Como a empresa contestou que o amendoim não se submete ao regime de substituição tributária, conclui-se que não incluiu no estorno lançado no livro RAICMS.

Assim sendo, acato os lançamentos dos estornos lançados no livro RAICMS (fls. 52 a 100), mantendo os valores exigidos relativos ao produto amendoim comercializado com a NCM 2008.1, e faço a dedução no levantamento elaborado pela fiscalização, conforme demonstrativo abaixo:

Infração 2

Data Ocorr	Data Vencto	Autuado	Deduzido: estorno feito pelo contribuinte	Fl. PAF Livro RAICMS	Amendoim	Devido
31/01/2016	09/02/2016	170,97	185,11	95	47,75	47,75
29/02/2016	09/03/2016	553,58	553,58		52,5	52,5
31/03/2016	09/04/2016	502,00	551,15		65,84	16,69
30/04/2016	09/05/2016	200,70	200,70		0	0
31/05/2016	09/06/2016	570,99	566,34		61,6	66,25
30/06/2016	09/07/2016	707,72	727,01		124,07	104,78

31/07/2016	09/08/2016	360,82	360,82		86,87	86,87
31/08/2016	09/09/2016	573,73	573,73	97	96,24	96,24
30/09/2016	09/10/2016	287,47	287,47	99	73,09	73,09
31/10/2016	09/11/2016	964,69	960,04	52	54,72	59,37
30/11/2016	09/12/2016	1.465,72	1.465,72	54	131,27	131,27
31/12/2016	09/01/2017	562,65	562,65		84,44	84,44
Total		6.921,04	6.994,32			819,25

Ressalte-se que o valor do estorno apurado pela fiscalização, coincide com o lançado pela empresa em diversos meses na infração 2, e apresentam valores próximos nas duas infrações.

A infração 2 fica reduzida de R\$ 6.921,04, para R\$ 819,25, julgada procedente em parte.

Relativamente a infração 3 (falta de recolhimento do ICMS no prazo), a empresa alegou que os valores exigidos foram regularmente recolhidos, conforme DAEs juntados com a defesa, o que foi contestado pelo autuante, afirmando que os valores devidos consignados na EFD não foram pagos.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- 1) A cópia do livro RAICMS do mês 02/2016, (fl. 86), indica imposto a recolher de R\$ 15.932,09;
- 2) Foi lançado em OUTROS DÉBITOS R\$ 540,74 (fl. 85), relativo à DIFAL (NF 9770 e 9982).
- 3) O comprovante de pagamento (DAEs) juntado à fl. 60 indica recolhimento de R\$ 15.391,35 do ICMS Normal, e R\$ 540,74 relativo à diferença de alíquota.

Pelo exposto, constato que o contribuinte lançou o ICMS da diferença de alíquota no livro RAICMS (outros débitos), apurou o imposto a recolher (R\$ 15.932,09), e ao invés de promover o recolhimento integral deste valor, efetuou o recolhimento em dois DAEs (R\$ 15.391,35 + R\$ 540,74).

Portanto, o valor exigido no mês 02/2016 (R\$540,74), corresponde ao ICMS da diferença de alíquota que já foi pago.

O mesmo ocorre com os demais meses em relação aos valores exigidos, cujos DAEs foram juntados com a defesa às fls. 59 a 81.

Pelo exposto, não resta qualquer valor devido na infração 3, que fica julgada improcedente.

Quanto à infração 4 (erro/alíquota), o defendant alegou que a maior parte recai sobre milho de pipoca que se submete a alíquota de 7%, e mistura p/bolo que é enquadrado no regime de ST.

O autuante rebateu que o produto “Pipoca Americana” não é milho in natura, e que a mistura p/bolo não é enquadrada no regime de ST.

Constato que de acordo com a relação dos produtos apresentados na defesa (fls. 35/36), indicam:

- A) Pipoca Americana Zaeli; Pipoca Americana Premi Quality;
- B) Mistura p/bolo: Festa, chocolate, abacaxi, cenoura, formigueiro, limão, baunilha, coco.

Pelo exposto, o produto “Pipoca Americana” conforme indicado no próprio site (www.zaeli.com.br): “É um produto obtido dos grãos do milho especial, que apresenta características próprias para o consumo após estourado. O processo de industrialização da pipoca se dá da seguinte forma: pré-limpeza, limpeza, escovação, sutamento e empacotamento...”. O mesmo é válido para a “Pipoca Micro – Manteiga”. Portanto, são produtos industrializados e não se submetem a alíquota de 7%, prevista no art. 16 I da Lei 7.014/96.



Quanto à mistura para bolo Zaeli que a empresa indicou a NCM 1901.2 nas notas fiscais e o item

11.3 do Anexo I do RICMS/2012, que contempla “*Misturas e preparações para pães com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em qualquer embalagem*”.

Nesta situação, assiste razão à fiscalização, pois os produtos comercializados são misturas para bolos com sabores diversos, e não se caracterizam como misturas e preparações para pães. Portanto, o produto mistura para bolo se submete à tributação normal.

Fica mantida na integralidade a infração 4.

Quanto à infração 5 (erro na determinação da base de cálculo), o contribuinte suscitou apenas a nulidade, por indicar dispositivo legal genérico cerceando o seu direito de defesa.

No mérito, alegou que o lançamento foi realizado com base em presunção, sem apurar a quantidade exata e valor dos produtos para apurar a base de cálculo.

Constatou que a infração descreve que ocorreu erro na determinação da base de cálculo, tendo no Anexo V (gravado na mídia de fl. 17), indicando a nota fiscal, o produto, o valor da operação, a base de cálculo tributada pela empresa e a apurada pela fiscalização, com apuração do valor da diferença devida. Tomando por exemplo o produto Vinagre Zaeli relacionado na defesa à fl. 40, o demonstrativo elaborado pela fiscalização indica no mês: 2016/01:

11/01/2016 5102 80726 22090000 000000000000100224 010 VINAGRE ZAELI 12X500 - ÁLCOOL-CX 22,62 0,00 9,31 17,00 1,58 22,62 41,176 13,31 17,00 2,26 0,68.

Logo, tendo sido indicado na infração a legislação pertinente à apuração da base de cálculo (artigos 17 a 21 e 23), da Lei 7.014/96, bem como coletado os dados na EFD do estabelecimento autuado, entendo que o defensor pode compreender o erro apontado pela fiscalização na determinação da base de cálculo e exercer o contraditório, provando que apurou a base de cálculo em conformidade com o que determina a legislação do ICMS.

Assim sendo, fica rejeitada a nulidade suscitada, e no mérito, ao contrário do que foi alegado, o levantamento fiscal não foi feito com base em presunção e não se trata de levantamento quantitativo de estoques, e sim de erro na determinação da base de cálculo, que o defensor não se incumbiu de provar erro na apuração feita pela fiscalização.

Fica rejeitada a nulidade suscitada e mantida a exigência integral da infração 5.

No que se refere às infrações 6, 7 e 8 (auditoria de estoques), o impugnante alegou que as supostas omissões de receitas nas entradas e saídas fossem declaradas nulas pela i) falta do fundamento legal e, ii) ter sido baseado em presunção.

Observo que estas infrações decorreram de levantamento quantitativo de estoques, sendo que na infração 6 foi apurada omissão de entrada (exigência do ICMS por presunção); na 7 omissão de entrada relativa à mercadoria enquadrada no regime de ST (exigência por responsabilidade solidária), e na infração 8 (exigência do ICMS-ST), utilizando procedimentos previstos na Port. 455/98, cujos demonstrativos (fl. 17), foram entregues ao autuado mediante recibo.

A fiscalização tomou como base no desenvolvimento do roteiro da auditoria aplicada, as quantidades registradas dos estoques (inicial e final dos exercícios), no livro Registro de Inventário por item de mercadorias, adicionou as quantidades adquiridas consignadas nas notas fiscais de compras, e deduziu as saídas constantes dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte, tendo exigido ICMS sobre as diferenças apuradas.

Portanto, tendo sido elaborados demonstrativos com base nos documentos fiscais devidamente lançados na EFD do autuado, com a entrega das cópias dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, caberia ao impugnante juntar à defesa, demonstrativos e provas capazes de elidir a acusação (art. 123 do RPAF/BA). Como nada foi apresentado com a defesa, deve ser admitida como verídica a acusação, tendo em vista a não apresentação de provas quanto à alegação de que não houve cometimento de qualquer irregularidade.

Ressalto ainda, que a exigência do ICMS por presunção na infração 6, tem suporte legal (art. 4º §4º IV da Lei 7.014/96), e admite prova em contrário, fato que não ocorreu.

Portanto, procedentes as infrações 6, 7 e 8.

No tocante à infração 9 (diferença de alíquotas), o sujeito passivo alegou que foram classificadas mercadorias que comercializa como se fosse material de uso e consumo, o que foi rebatido pela fiscalização, de que não foi citado “quais mercadorias”, além do CFOP indicar uso e consumo.

Constatou que o Anexo 9 relaciona aquisições de condimenteira, totem, pneu novo, protetor aro, câmara de ar, disco tacógrafo, madeira de pinus serrada, cobertura barraca, flamula, bandeirola entre outros, com indicação dos CFOPS 6.152 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros), e 6.557 (Transferência de material de uso ou consumo).

Portanto, tratam-se de aquisições de bens destinados a uso/consumo e ativo fixo do estabelecimento, com previsão legal da exigência do ICMS da diferença de alíquota (art. 4º XV da Lei 7.014/96), e não foi juntada com a defesa qualquer prova de que comercializa as mercadorias que foi objeto da autuação.

Diante da falta de provas, fica mantida integralmente a infração 9.

Por fim, quanto à infração 10 (ICMS-ST), o impugnante apenas alegou que foi exigido por meio de presunção, o que já foi apreciado inicialmente. Constatou que o Anexo 10 (fl. 17), relaciona as notas fiscais, a exemplo do nº 15613 BATATA PALHA TRADICIONAL, NCM: 2005.2000 e indicação na infração dos dispositivos do enquadramento do produto na ST (art. 8º e 23 da Lei 7.014/96).

Portanto, não procede a alegação de que a exigência foi feita com base em presunção, e não tendo sido apresentada qualquer prova para desconstituir a exigência fiscal, fica mantida a procedência da infração 10.

Quanto ao argumento de que as multas aplicadas são desproporcionais e confiscatórias, observo que as multas de 60% e 100% estão contempladas no art. 42 II e III da Lei 7.014/96, portanto, legal.

Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fls. 7 a 10), se atendidas as condições estabelecidas no art. 45 da Lei 7.014/96, a multa aplicada poderá ter redução de até 70%, o que significa que o ônus da multa pode ser menor do que o percentual de 60% grafado no auto de infração. Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, I do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

Infração	Autuado	Devido	Situação
1	68.149,65	6.865,24	Procedente em parte
2	6.921,04	819,25	Procedente em parte
3	4.885,05	0,00	Improcidente
4	14.116,94	14.116,94	Procedente
5	1.420,21	1.420,21	Procedente
6	34.404,04	34.404,04	Procedente
7	748,07	748,07	Procedente
8	318,61	318,61	Procedente
9	3.066,57	3.066,57	Procedente
10	5.112,37	5.112,37	Procedente
Total	139.142,55	66.871,30	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233080.0026/18-9, lavrado

contra **ALIMENTOS ZAELI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 66.871,30**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 31.719,19, e de 100% sobre R\$ 35.152,11, previstas no art. 42 II “a” “f” e “d”, III e VII “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR