

A. I. Nº - 269275.0011/18-2
AUTUADO - R D COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/05/2023

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0083-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Razões de defesa não foram capazes de elidir a autuação. Afastadas nulidades arguidas. Negado pedido de perícia técnica. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/11/2018, exige ICMS no valor histórico total de R\$ 3.708.660,72, em decorrência do recolhimento efetuado a menos, nos meses janeiro de 2014 a dezembro de 2017 em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, acrescido da multa de 60%.

Em sua impugnação (fls. 18/29), o representante legal da empresa após falar sobre a tempestividade da apresentação da defesa assevera ser incontestável a nulidade do Auto de Infração argumentando que o mesmo é um ato que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos necessários para sua validade jurídica para tanto, ou seja, que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e que obedeça à forma prescrita ou não defesa em lei consoante artigo 104 do Código Civil, sendo um ato administrativo, ou seja, um ato jurídico praticado por autoridade pública competente (artigo 42, I do Decreto 7.629/99), que tem por finalidade apurar infrações, mas sempre de maneira vinculada, ou seja, seguindo as exatas prescrições da lei. E que, sua inobservância, acarreta na sua anulabilidade, como no caso em tela.

Após transcrever o disposto no art. 42, I do Decreto 7.629/99 assevera que no caso presente houve flagrante Cerceamento ao Direito de Defesa e falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração, como restará comprovado, com as informações de mérito que adiante serão demonstradas.

Informa que o autuante no afã de desenvolver seu mister, supriu direitos fundamentos do contribuinte para o completo exercício do seu direito de defesa consagrado na Carta Magna (art. 5º LIV da C.F.), pois a empresa não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizada. Não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco. Da mesma forma também não foi intimada a apresentar livros ou documentos, conforme previsto no artigo 26 do RPAF/99, cujo teor reproduz.

Requer a nulidade do Auto de Infração, pois ausente um elemento essencial, como expresso na lei anteriormente citada.

Acrescenta existir mais um agravante que corrobora com a NULIDADE do procedimento fiscal. O fato de que os demonstrativos em meio magnético apresentados em CD estão apenas em formato PDF (Adobe Acrobat Reader), o que impossibilita que a empresa possa importar os dados em bancos de dados, com o intuito de que se permita, de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações, para poder se defender de forma adequada, dentro do prazo. O PDF apresentado é não editável.

Entende que o formato apresentado deveria ser, pelo menos, em EXCEL, pois da forma que estão postos os demonstrativos, fica sujeita a uma metodologia de gincana estudantil para poder

exercer seu Direito de Defesa, todavia se está numa lide.

Acrescenta que o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto 7629/99, estabelece em seu § 3º do art. 8º, que os demonstrativos devem ser apresentados pelo menos em formato TEXTO ou TABELA, exatamente porque nestes formatos há a possibilidade de a defensora importar os dados de forma integral e analisa-los de forma automatizada e rápida, conforme texto que reproduz.

Sabedora de que nos dias atuais, com a informatização da apresentação dos documentos e livros fiscais por parte das empresas, exigida pelo Fisco em meio eletrônico, quer sejam as notas fiscais eletrônicas ou a escrituração fiscal e contábil digital o são desta forma de maneira a facilitar e agilizar o trabalho do Fisco e também do Contribuinte, mas as rotinas de auditoria também precisam evoluir no mesmo sentido, com relatórios e demonstrativos que proporcionem ao sujeito passivo a possibilidade de alimentar seus bancos de dados internos e poder fazer os cruzamentos apropriados, de forma a se defender de forma adequada, e até entender da forma apropriada o que lhe está sendo imputado, acrescenta.

Aduz que a simples questão da omissão de documento essencial para validade do ato jurídico, o Termo de Início de Fiscalização, por si só, fulmina o procedimento de fiscalização, bem como do Auto de Infração. Agravado com a indevida formatação da apresentação dos arquivos digitais que demonstram os cálculos das infrações fulmina por completo o procedimento de lançamento fiscal, devendo o mesmo ser, de plano, declarado nulo.

Informa que apenas por amor ao debate adentrará ao mérito da autuação para demonstrar, cabalmente, a total IMPROCEDÊNCIA da autuação da forma que se passa a aduzir.

Assevera existir erros claros na acusação da Fiscalização de que a empresa estabeleceu incorretamente a carga tributária das mercadorias discriminadas em seus relatórios.

Informa que apesar do formato inadequado apresentado pela Fiscalização, como já narrado anteriormente, apresenta, por amostragem, alguns itens que demonstram a fragilidade da cobrança. Tal fato mostra que, se fossem apresentados de forma correta os citados relatórios, a quantidade de itens, muito provavelmente, seria muito maior, comprovando o cerceamento da defesa.

Indica que o produto FARELO DE TRIGO é isento conforme determina o próprio Art. 264, inciso XVIII do atual RICMS/BA, que reproduz, acrescentando que tal dispositivo se reporta ao Conv. ICMS 100/97, e o mesmo lista os produtos FARELO DE TRIGO e FARELO DE SOJA. Portanto, a exigência em relação a estes produtos é plenamente descabida.

Em relação ao produto LEITE EM PÓ, de marcas variadas, diz possuir redução de base de cálculo, no período em questão, conforme o inciso XXV do caput do art. 268 do RICMS/BA.

Afirma que o demonstrativo não justifica o motivo da suposta irregularidade. Neste sentido, e por mera suposição, caso a justificativa seja a de o produto ter sido ou não fabricado em território baiano, conforme condiciona o dispositivo legal, não foi apresentada pela Fiscalização nenhuma prova de que a mercadoria não tenha sido fabricada no Estado. Devendo assim, ser excluída do levantamento as ocorrências destes produtos no levantamento.

Destaca que o ônus da prova de que as mercadorias por ora lançadas estão indevidamente tributadas, cabe ao Fisco. Ressalta que apenas foram listadas as mercadorias em seus demonstrativos sem serem apresentadas justificativas.

Indica um exemplo de produto (LEITE NINHO EM PÓ SACHET 800G), que está sendo cobrado nos demonstrativos, mas que pelo rótulo do produto, o mesmo é fabricado dentro do Estado. Portanto, para este produto a carga tributária utilizada pela empresa foi a correta, devendo o mesmo ser excluído dos demonstrativos.

Da mesma forma que o Leite em Pó, o LEITE LONGA VIDA possuía até 31/01/2017 carga tributária reduzida para 7%. Cita como exemplo o LEITE VALEDOURADO INTEGRAL 1L. Devendo assim, ser

excluida do levantamento as ocorrências destes produtos.

Em relação aos produtos de PAPELARIA os mesmos estão enquadrados na Substituição Tributária, sendo, portanto, correto o procedimento de não tributar nas saídas subsequentes à anterior entrada, haja vista ter sido encerrada a fase de tributação da mercadoria.

Informa que os mesmos constam do Anexo I do RICMS, especificamente no item 12.0 do Regulamento. Apresenta itens deste segmento, por amostragem, identificados nos relatórios, sob protesto de que há dificuldade de localiza-los em sua plenitude, pelo já narrado, em relação ao formato inadequado dos relatórios da fiscalização:

KIT LEONORA LAPIS 12 CORES/BOR/APONT/4 LPS

APONTADOR C/DEP BEN 10 305500

LAPIS FABER TAB 933/BIC EVO

Apresenta uma relação de produtos da Substituição Tributária e Isentos pela legislação estadual:

Substituição Tributária:

AMENDOIM YOKI JAPONES 150G

PROMOCAO SALGADO+REFRI

SALGADOS

ESPONJA SLOW BANHO/MASS 465/466 BETTANIN

MISTURA PARA BOLO

IOGURTE VALEGUT LIQ AMEIXA 900G

POMADA MILENIUM VIDA

AMENDOIM DORI PETTIZ CROCANTE 150GR

IOGURTE DUVALLE AMEIXA 400G

IOGURTE DUVALLE FRUTAS 400G

MINI TORTA

CASTANHA DE CAJU ROYALLE 100G

AMENDOIM DORI PRALINE REC PERF TRAD 150GR

MALA SESTINI G STAR KAKI

BATTERMIX BOLO AIPIM 5KG

BATTERMIX BOLO CHOC 5KG

INDAIA CITRUS ACEROLA 330ML

IOGURTE NESTLE POLPA NINHO 600G

Isentos

OREGANO INSTITUCIONAL YOKI 200

ERVA DOCE KITANO 40G YOKI

FOLHA LOURO KITANO 4G

SALSA DESIDR KITANO 8G

FEIJAO VERDE CONG NUTRIDEAL 700GR

MANJERICAO YOKI 20G

FILE BACALHAU S/SAL KG (não é salgado, portanto, isento)

AGUA DE COCO UM

ALECRIM KITANO DESID 6G

CEBOLINHA VERDE YOKI 5G

ERVAS FINAS YOKI 10G
CHEIRO VERDE YOKI 6G
CARVAO BRASEIRO 3.5KG
COUVE FLOR CONGELADA GRANO 300G
ERVILHA CONGELADO GRANO 300GR
FARINHA SEQUINHA HERBANUTRI 200G
BROCOLIS CONG PERDIGAO 300G
FARINHA FEIJAO BCO TENTACAO NATURAL 100GR
MANJERICAO DESID KITANO 7G

Requer a realização de diligências e perícias para se comprovar o erro do Fisco e provocar o refazimento do auto de infração, com a devida redução do presente auto de infração.

Finaliza reiterando os pedidos já formulados e requer seja reconhecida a nulidade do lançamento, ou que no mínimo, seja determinada nova diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todos os documentos acostados pela defesa, com a consequente declaração de improcedência do Auto de Infração, e em homenagem ao Princípio da Verdade Material, protesta pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental.

O autuante, na sua informação fiscal (fls. 47/48), esclarece que a empresa foi regularmente intimada via DT-e (Domicílio Tributário Eletrônico), cuja data de leitura é de 03 de outubro de 2018, iniciando assim a ação fiscal.

Diz que ao longo do período de fiscalização, o contribuinte comunicou-se algumas vezes com a fiscalização via e-mail, inclusive fornecendo outras documentações que foram solicitadas, como por exemplo, um e-mail em que o contribuinte envia o Livro de Apuração do ICMS de Fevereiro de 2015, que estava faltando, portanto entende que não há que se aventar da hipótese de nulidade por este motivo.

Acrescenta que o contribuinte foi regularmente cientificado (também via DT-e) da lavratura deste Auto de Infração, com todos os seus anexos, ou seja, além do próprio Auto de Infração e seu Demonstrativo de Débito, foram a ele enviados todos os papéis de trabalho em que esta fiscalização chegou ao montante do débito ora exigido.

Quanto ao mérito, em relação ao alegado pelo contribuinte, fez as seguintes observações:

- a) Farelo de trigo: verificado que se trata de mercadoria tributada CST 000, conforme os próprios DANFEs de entrada do contribuinte, como por exemplo nº 000.000.011 de Fevereiro/14 emitente Joilda Matos Andrade de Moraes de Salvador/BA. O mesmo se dá com o Farelo de Soja;
- b) Leite em pó e Leite longa vida: é sabido que para ambos os produtos existe redução de Base de Cálculo para uma carga tributária efetiva de 7% até 31/Janeiro/17 somente para os produtos fabricados na Bahia. O que acontece é que o contribuinte informou carga tributária 0% para os produtos fabricados na Bahia (marcas Betenia, Ninho, Vale Dourado, Vaquejada e Milnutri) quando a carga tributária correta seria 7% e informou carga tributária 0% ou 7% para os produtos fabricados fora da Bahia (Piracanjuba, Camponesa, CCGL, Glória, Itambé, Danone, Bom Leite, Elegê, Italac e Embaré) quando a carga tributária correta seria 17% ou 18%, ou seja, sempre debitando a menor, tudo conforme as planilhas a ele enviadas - detalhadas e resumidas.
- c) Quanto aos produtos que o contribuinte alega que fazem parte da Substituição Tributária e que estariam com tributação encerrada, esclarece que todos os produtos exigidos neste Auto de Infração são normalmente TRIBUTADOS (alíquota 17% até 09/Março/16 e 18% a partir de 10/Março/16). Os Lápis e Apontadores de lápis que estavam na Substituição Tributária em 2014 e 2015 eram somente do NCM 4016.92 e 8214.1 respectivamente e as mercadorias aqui exigidas

são outras (apontadores de lápis e lápis de maquiagem). O Iogurte, que estavam na Substituição Tributária em 2014 e 2015 eram somente do NCM 0403.1 e as mercadorias aqui exigidas são outras (NCM 0401.1). As Esponjas que eram da Substituição Tributária (até Fevereiro/15) são as de limpeza doméstica de lã de aço ou ferro, e as mercadorias aqui exigidas são outras (Esponja slow banho/massagem). Quanto à Pomada Milenium NCM 3304.9910, não existe previsão no anexo de Subst. Tributária destas mercadorias. Quanto à mercadoria Battermix Bolo NCM 1901.2000 o anexo do RICMS explicitamente retira da Subst. Tributária a Mistura de Farinha de Trigo para Bolo, sendo esta mercadoria, portanto, tributada normalmente. Quanto à mercadoria Indaiá Citrus NCN 2009.8000, não existe previsão no anexo de Subst. Tributária destas mercadorias.

- d) Quanto aos produtos que o contribuinte alega que são isentos, esclarece que são isentos os produtos Hortifrutícolas NÃO DESTINADOS À INDUSTRIALIZAÇÃO, exceto alho, amêndoas, avelã, castanha e nozes (art. 265-1) ou seja, tais produtos “in natura”: ao contrário, todos os produtos elencados foram industrializados (de alguma forma modificados e embalados ou por exemplo desidratados, que pela legislação federal caracterizam-se como produtos industrializados e consequentemente NÃO são isentos do ICMS, são tributados).

Finaliza opinando pela Procedência do Auto de infração.

Considerando que os demonstrativos anexados na mídia de fl. 15, de fato se encontravam em formato PDF, na assentada de julgamento realizada em 13 de junho de 2019, a 1^a Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do processo em diligência à Inspetoria de origem para que o autuante tomasse as seguintes providências:

- Intimasse o autuado fazendo a entrega dos demonstrativos em meio magnético, em arquivos editáveis, a indicar todos os itens arrolados na autuação que estariam sujeitos ao regime de substituição tributária - ST, com as respectivas NCM e posição constante no Anexo I do RICMS, apresentando para cada produto notas fiscais de aquisições;
- Havendo manifestação do autuado, foi solicitado que fossem enfrentados todos os itens questionados, e elaborados novos demonstrativos, se fosse o caso.

Foi solicitado que após as providências acima a Inspetoria intimasse o sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação, cópia dos novos elementos, com indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Às fls. 58 foi anexada manifestação da defendente afirmando que tomou ciência da diligência solicitada por este órgão julgador em 26/08/2019, oportunidade em que recebeu, apenas, o relatório da lavra da Relatora, portanto, sem o atendimento do quanto solicitado, o que só vem a configurar o flagrante cerceamento do direito da Ampla Defesa e do Contraditório do contribuinte.

Frisa que mais uma vez o Auditor Fiscal não apresentou os demonstrativos no formato determinado e previsto no próprio RPAF/BA e desta vez, não apresentou NADA, nem sequer em PDF.

Reitera a imperiosa necessidade dos arquivos magnéticos em formato (XML) para que possa demonstrar a total improcedência da autuação no mérito, ainda que, tenha certeza que será acatada a tese insofismável da NULIDADE ABSOLUTA do auto de infração.

O processo foi mais uma vez convertido em diligência, na sessão suplementar realizada em 31 de janeiro de 2020, por esta 4^a JJF, para que a Inspetoria procedesse nova intimação, entregando ao sujeito passivo os documentos indicados na diligência anterior, concedendo o prazo de 60 dias para manifestação.

Havendo manifestação do autuado, foi solicitado que o autuante enfrentasse todos os itens questionados, e elaborados novos demonstrativos, se fosse o caso.

À fl. 69 foi anexada cópia da intimação enviada ao sujeito passivo via correios, conforme Aviso

de Recebimento-AR, tendo como data de recebimento o dia 03/12/2020.

Às fls. 72 a 75 consta manifestação do contribuinte, emitida em 01 de fevereiro de 2021, asseverando que não foi possível a empresa tomar conhecimento da mídia encaminhada, pois os arquivos foram copiados/colados como atalho.

Percebendo o equívoco do autuante, diz que a empresa imediatamente entrou em contato com a inspetoria para que a mesma enviasse os arquivos de forma correta, no entanto, até o presente momento não obteve sucesso para essa demanda. Reproduz cópia dos e-mails enviados e suas respectivas datas de envio.

Solicita que sejam enviados os arquivos de forma legível e seja reaberto o prazo de defesa.

Às fls. 89 foi anexada manifestação do autuante, com data em 14/07/2021, informando estar anexando papéis de trabalho em formato Excel, inserido no CD de fl. 90, e à fl. 91, cópia de Intimação dirigida ao autuado com a seguinte informação: “TOMAR CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO FISCAL, COM NOVOS DADOS, CD ANEXO, EM CUMPRIMENTO A DILIGÊNCIA SOLICITADA ÀS FLS. 54 E 66, PARA QUE QUERENDO NO PRAZO ACIMA SE MANITRESTE.” (prazo concedido 60 (sessenta) dias).

A referida intimação foi encaminhada via correios, sendo que no Aviso de Recebimento-AR, encontra-se apostila a data de recebimento em 15/09/2022.

O processo foi encaminhado a este Conselho, conforme Despacho emitido pela INFRAZ Nordeste em 07/02/2023, e, em 27/03/2023 a esta Relatora.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª Rebeca Brandão de Jesus, OAB/BA nº 58.327, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

Preliminarmente, reclama o sujeito passivo que é nula a presente autuação, sob o argumento de que não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizado, não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco, e da mesma forma também não foi intimada a apresentar livros ou documentos, nos termos previstos no artigo 26 do RPAF/99, cerceando o seu direito e defesa.

Não é o que observo, pois o procedimento fiscal se iniciou em 03/10/2018, oportunidade em que o contribuinte foi intimado para apresentar os Livros e Documentos Fiscais conforme se verifica através do documento, enviado via DTE - Domicílio Tributário Eletrônico, fl. 08, com data de ciência naquela data.

Esclareço que de acordo com o artigo 26, inciso III do RPAF/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização.

Também observo que à fl. 16 dos autos, consta a cientificação da lavratura do Auto de Infração com envio dos papéis de trabalho que dão suporte ao presente lançamento, através do e-mail utilizado para comunicação Mensagem DTE, Código de Mensagem 104060, de 19/11/2018, ciência em 10/12/2018.

Assim, o autuado foi cientificado do início dos trabalhos de auditoria na empresa, em cumprimento da Ordem de Serviço respectiva, assim como foi dado conhecimento do encerramento dos trabalhos e a lavratura do Auto de Infração, não havendo que se falar em cerceamento do exercício do direito de plena defesa.

Quanto ao argumento de terem sido os arquivos contendo os demonstrativos entregues pelo autuante formatados em PDF, tal fato não trouxe qualquer prejuízo à defesa, sequer cerceou seu direito ao exercício do contraditório, pois expressamente se defendeu do que lhe estava sendo

imputado, inclusive, apresentando vários produtos que entende serem isentos ou estarem submetidos à substituição tributária, o que denota pleno conhecimento de todo o teor da acusação, e o pleno exercício de seus direitos fundamentais. Entretanto, em cumprimento às diligências solicitadas, seu pleito foi atendido, e reaberto o prazo de defesa, conforme se verifica através do teor da Intimação a ele dirigida, cópia à fl. 91, via “correios”, de acordo com o Aviso de Recebimento-AR, com data de recebimento em 15/09/2022.

Ademais, não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capituloção das infrações, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Assim, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, não estando presentes no processo qualquer hipótese motivadora de nulidade elencadas nos incisos I a IV do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Desse modo, não acolho as nulidades suscitadas.

Em relação à perícia requerida, pontuo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

No mérito, a acusação diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação da carga tributária, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O contribuinte reclama que foram incluídos no levantamento produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, e mercadorias acobertadas pelo benefício da isenção, como se possuísse tributação normal, e por esta razão não as tributou.

Além disso, reclama que no levantamento elaborado pela fiscalização não levou em consideração a redução da base de cálculo prevista na legislação, aplicando de forma equivocada a alíquota de 17% ao invés de 7% para os produtos: leite longa vida, leite em pó. Citou como exemplo as marcas LEITE NINHO EM PO SACHET 800G e LEITE VALEDOURADO INTEGRAL 1L.

O fiscal autuante, na informação, reafirmou o teor da acusação fiscal, mantendo a mesma, em sua integralidade.

Acato a não aceitação do autuante dos argumentos defensivos, pois em relação ao produto FARELO DE TRIGO, o Art. 26, inciso XVIII do atual RICMS/BA prevê a isenção de ICMS para os insumos agropecuários relacionados no Convênio ICMS 100/97, que determina na sua Cláusula Terceira, a possibilidade de os Estados e o Distrito Federal isentar do ICMS as saídas internas, de farelo de trigo e de soja **destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal**. Veja-se:

“Conv. ICMS 100/97

Cláusula primeira - Fica reduzida em 60% (sessenta por cento) a base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais dos seguintes produtos:

*VI - alho em pó, sorgo, milheto, sal mineralizado, farinhas de peixe, de ostra, de carne, de osso, de pena, de sangue e de víscera, calcário calcítico, caroço de algodão, **farelos** e tortas de algodão, de babaçu, de cacau, de amendoim, de linhaça, de mamona, de milho e de trigo, farelos de arroz, de girassol, de glúten de milho, de gérmen de milho desengordurado, de quirera de milho, de casca e de semente de uva e de polpa cítrica, glúten de milho, silagens de forrageiras e de produtos vegetais, feno, óleos de aves, resíduos de óleo e gordura de origem animal ou vegetal, descartados por empresas do ramo alimentício, e outros resíduos industriais, destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal;*

*Cláusula segunda - Fica reduzida em 30% (trinta por cento) a base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais dos seguintes produtos: I - **farelos** e tortas de soja e de canola, cascas e farelos de cascas de soja e de canola, sojas desativadas e seus farelos, quando destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal”.*

Todavia, no caso em tela, não restou comprovada a ocorrência da condição estabelecida, para que os citados produtos gozassem do benefício da isenção, já que tais itens também devem ser destinados exclusivamente **à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal**, pois de acordo com a afirmativa trazida pelo autuante na Informação Fiscal as operações objeto da autuação relativa aos referidos itens foram destinados ao consumo humano os quais se tratam de: “*mercadoria tributada CST 000, conforme os próprios DANFEs de entrada do contribuinte, como por exemplo nº 000.000.011 de Fevereiro/14 emitente Joilda Matos Andrade de Moraes de Salvador/BA. O mesmo se dá com o Farelo de Soja;*

Ressalto que ao sujeito Passivo foi data ciência da referida Informação Fiscal, assim como o processo foi convertido em diligência por duas oportunidades, inclusive reabrindo o prazo de defesa, porém, o mesmo não se manifestou, razão pela qual acompanho o entendimento do autuante.

Quanto aos produtos LEITE EM PÓ, de marcas variadas e Leite longa vida observo que o benefício da redução de base de cálculo previsto nos incisos XXV e XXIX do art. 268 do RICMS/12, vigentes à época dos fatos geradores, dizem respeito exclusivamente às operações internas destas mercadorias adquiridas de fabricante estabelecido neste Estado, *de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de 7%*.

Ocorre que como bem esclarecido pelo autuante em sua Informação Fiscal o sujeito passivo não tributou os produtos fabricados na Bahia, marcas Betenia, Ninho, Vale Dourado, Vaquejada e Milnutri) quando a carga tributária correta seria 7%, e informou carga tributária 0% ou 7% para os produtos fabricados fora da Bahia (Piracanjuba, Camponesa, CCGL, Glória, Itambé, Danone, Bom Leite, Elegê, Italac e Embaré) quando a carga tributária correta seria 17% ou 18%, ou seja, sempre debitando a menor.

Portanto, resta correto o comportamento fiscal em exigir a aplicação da alíquota cheia na saída do leite longa vida, leite em pó e composto lácteo oriundo de outro Estado, assim como aplicar a carga efetiva de 7% para os mesmos itens fabricados neste estado.

No que diz respeito aos produtos hortifrutícolas inseridos no levantamento (orégano institucional Yoki 200, Erva Doce Kitano 40G Yoki, folhas de louro Kitano 4G, Salsa desidratada Kitano 8G, Alecrim Kitano Desid 6G, etc.) como bem esclarecido pelo fiscal autuante essas mercadorias não foram comercializadas em estado natural, pois passaram por um processo de desidratação e embalagem, configurando um processo de industrialização. Logo, não faz jus ao benefício da isenção, previsto no Regulamento do ICMS, vigente à época dos fatos geradores, consequentemente as saídas deveriam sofrer a incidência do imposto.

Quanto aos produtos que o sujeito passivo alega que estariam incluídos no regime de substituição tributária verifico que:

O IOGURTE, com a NCM 0403.1 se encontrava inserido na substituição tributária em 2014 e 2015, não mais estando sujeita a tal sistemática em 2016 e 2017. Entretanto, como esclarecido pelo autuante a exigência recai exclusivamente sobre os itens classificados na NCM 0401.1, portanto tributados normalmente.

Quanto aos produtos de papelaria questionados pelo sujeito passivo, verifico que os lápis e apontadores de lápis, NCM 4016.92 e 8214.1, respectivamente, de fato estavam inseridos na substituição tributária em 2014 e 2015, porém, a exigência diz respeito a apontadores de lápis e lápis de maquiagem, portanto, tributados normalmente.

As esponjas objeto da autuação não são aquelas inseridas no Anexo I, que se destinam a limpeza, polimento e usos semelhantes, além de serem, de ferro ou aço, pois se trata da espécie “slow banho/ massagem”, e são de uso pessoal.

No tocante “Mistura para Bolo” não constam no Anexo dos itens 26; 11.13 do Anexo I do RICMS, os quais excluem mistura para bolo, conforme exemplo a seguir do item 26:

"Mistura de farinha de trigo – 1901.2 (não se aplica a ST p / mistura para bolo)".

Quanto à bebida Indaiá Citrus cujo NCM é 2009.8000, não consta no Anexo I, assim como A Pomada Milenium -NCM 3304.9910.

Cabe registrar, que o processo foi convertido em diligência, em duas oportunidades, para que o sujeito passivo indicasse todos os itens arrolados na autuação, que no seu entender, estariam sujeitos ao regime de substituição tributária- ST, indicando as respectivas NCMS e posição constante no Anexo I, do RICMS, para que o autuante se pronunciasse a respeito. Entretanto, mesmo após a entrega dos arquivos em formato EXCEL, como solicitado pelo deficiente, nada foi apresentado. Consequentemente a infração subsiste em sua totalidade.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269275.0011/18-2, lavrado contra **R D COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.708.660,72**, acrescido de multas de 60%, previstas no Art. 42, inciso II, alínea "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2023.

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO / RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR