

PROCESSO - A. I. N° 233080.0025/22-0
RECORRENTE - ALIMENTOS ZAELI LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0128-03/24-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/05/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0144-12/25-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Em sede de informação fiscal o Autuante acolhe parcialmente alegações defensivas comprovadas, refaz o demonstrativo de apuração do débito, reduzindo o valor da exação. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. O Autuado não logra êxito em elidir a acusação, subsiste a exigência fiscal. Infração mantida. Não acolhida a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário previstos no art. 169, I, alienas “b” do RPAF, interposto pelo sujeito passivo em face da Decisão proferida pela 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, que foi lavrado em 12/12/2022, para exigir o crédito tributário no valor de R\$ 105.546,52, através das seguintes infrações:

Infração 01 - 002.001.003. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2020 a dezembro de 2021. Exigido o valor de R\$ 79.944,60, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 13 e 14 e CD à fl. 73;

Infração 02 - 007.015.005. Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de fevereiro, abril, maio, agosto, outubro e dezembro de 2020, janeiro, março, maio a julho, setembro e novembro e dezembro de 2021. Exigida a multa no valor de R\$ 25.601,92, em decorrência da aplicação do percentual de 60%, sobre o valor do imposto não pago tempestivamente.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente nos seguintes termos:

“VOTO

O Defendente suscitou preliminar de nulidade do Auto de Infração alegando ofensa à ampla defesa, por evidente carência de fundamentação, ausência da devida descrição da conduta e das razões efetivamente enquadradas com os artigos legais indicados. Asseverou que diante de tal circunstância se vê tolhida de exercer seu direito ao contraditório e a ampla defesa, pois não se sabe exatamente qual foi a suposta infração cometida para que lhe tenha sido aplicada a penalidade. Frisou ser incontroverso que o lançamento tributário se encontra maculado por vício material incorrigível, devendo ser declarado nulo de pleno direito, pois afronta os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, ceifando o direito de exercer à ampla defesa e ao contraditório.

Depois examinar os elementos que compõem os presentes autos constato que não assiste razão ao Defendente, haja vista que ao contrário do alegado, as infrações cometidas restam claramente identificadas, inexistem dúvidas em relação ao enquadramento legal e quanto à indicação da multa sugerida. Toda a apuração dos valores exigidos, se encontram lastreados em demonstrativos de apuração que identificam e discriminam todas as operações que resultaram na exigência apurada. A maior prova de que a acusação fiscal objeto da autuação afigura-se de forma clara e compreensiva decorre da nítida objetividade com que o Defendente conduziu sua peça impugnatória, apresentando e nominando com clareza todos os pontos que discordou da autuação.

Pelo expendido, por não vislumbrar qualquer óbice ao exercício da ampla defesa pelo Impugnante, entendo superada essa questão de ordem preliminar.

Assim, pelo expendido, tanto pelas preliminares de nulidade suscitada pelo Defendente ultrapassadas, quanto pela constatação de que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi verificada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, fica patente que o PAF está revestido das formalidades legais.

Em suma, consigno, no que diz respeito aos aspectos formais do lançamento, que o presente Auto de Infração foi lavrado de acordo com o que dispõem o art. 39, do RPAF-BA/99 e o art. 142, do Código Tributário Nacional - CTN. Por isso, e não ocorrendo qualquer violação aos princípios constitucionais que regem o procedimento e o processo administrativo fiscal, em especial, os da legalidade, da ampla defesa, e do contraditório, além de não restar configurado nos autos, qualquer dos pressupostos de nulidades previstos na legislação de regência, precipuamente os elencados no art. 18, do RPAF-BA/99, inexistente no presente PAF, qualquer elemento que pudesse inquiná-lo de nulidade.

A Infração 01 imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Em sua Impugnação, em suma, o Autuado, contestou esse item da autuação aduzindo que ocorrera a inclusão equivocada no levantamento fiscal de produtos sujeitos à substituição tributária - [Mistura para bolo - NCM 1901.2000, Farinha de Rosca - NCM 1901.9090, Pipoca - NCM 2008.1900 e Mistura para empanar milanesa (farinha) - NCM 1905.9090], considerados isentos - [Alecrim, Anis, Camomila, Erva-doce, Manjerição, Manjerona], Jerked suíno (charque) - NCM 0210.1900 e Alimento para periquito - NCM 2306.9090, bem como de produtos decorrentes de bonificações com os CFOPs 5.910 e 6.910. Com relação ao produto Arroz para Cães Zaeli, alegou que ao tratar esse produto como isento cometeu apenas um equívoco tendo em vista que se trata de um tipo de arroz que não é alcançado pela isenção constante da alínea "c", do inciso II, do art. 265, do RICMS-BA/12.

Ao proceder à informação fiscal o Autuante depois de examinar as alegações defensivas para refutar a acusação fiscal acolheu a alegação defensiva atinente às mercadorias isentas Alecrim, Anis, Camomila, Erva-doce, Manjerição, Manjerona alcançadas pela isenção prevista no Convênio ICMS 44/75 e acolheu também as operações com as mercadorias jerked suíno e alimento para periquito, por estarem sujeitas a substituição tributária nos termos do Anexo 1, do RICMS-BA/12, e refutou as demais alegações.

Ao compulsar todas as peças e argumentos que integram o contraditório acerca desse item de autuação, constato que o ajuste realizado pelo Autuante, no que concerne às operações com as mercadorias Alecrim, Anis, Camomila, Erva-doce, Manjerição, Manjerona alcançadas pela isenção prevista no Convênio ICMS 44/75 e as operações com jerked suíno – item 11.25.1 e alimento para periquito – item 14.1, constantes do Anexo 1, do RICMS-BA/12, devem ser mantidos e excluídos do levantamento fiscal como efetuou o Autuante.

Quanto às demais mercadorias apontadas pelo Impugnante como sujeitas a substituição tributária não deve prosperar, haja vista que os itens indicados na defesa como constantes do Anexo 1, RICMS-BA/12, nenhum deles coincidem de forma unívoca a descrição da mercadoria e a correspondente NCM com qualquer item elencado no referido anexo.

No que concerne a alegação defensiva de que procedera ao estorno do crédito com o fito de se eximir da acusação fiscal, consigno que o procedimento adotado pelo Autuado não tem influência alguma na infração cometida que se constitui de saídas de mercadorias tributadas sem a incidência do correspondente débito.

No que diz respeito às Bonificações citadas pelo Autuado no item III.1 d, de sua Defesa também não deve prosperar a tese defensiva, uma vez que se trata de mercadorias comercializadas pelo estabelecimento autuado, para as quais, nas operações de saídas, inexistente previsão alguma na legislação de regência da não incidência do imposto. Por isso, entendo que devem ser mantidas na autuação.

Pelo exposto, entendo restar patente nos autos a caracterização parcial da autuação.

Acolho o novo demonstrativo de débito elaborado pelo Autuante, acostado às fls. 255, cuja cópia fora entregue ao Autuado que resultou na redução do débito para R\$ 55.379,44.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 01.

A Infração 02 refere-se a multa percentual sobre a parcela do imposto que deveria ter sido pago a título de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Convém salientar que a antecipação parcial do ICMS está prevista no art. 12-A, da lei nº 7.014/96, que assim dispõe: “Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso II, do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

Sobre o ICMS antecipação parcial que deixou de ser pago tempestivamente pelo autuado, foi aplicada a multa de 60%, conforme demonstrativo anexo, fl. 13, cuja cópia foi entregue ao Autuado.

Saliento que em ação fiscal foi constatado pelo Autuante, que no período fiscalizado, relativamente ao ICMS da Antecipação Parcial, a obrigação principal não foi cumprida. Uma vez comprovada a falta de pagamento ou tributação de forma irregular para efeitos de recolhimentos do ICMS Antecipação no prazo regulamentar, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativamente ao imposto não antecipado, em multa equivalente a 60%, do ICMS não recolhido regularmente, nos termos do art. 42, § 1º, c/c inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, in verbis:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II; II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

O Defendente em suas argumentações defensivas, em suma, afirmou que a o ICMS antecipação parcial foi devidamente recolhido apresentando como comprovação a cópia de diversos DAEs.

O Autuante depois de esclarecer que os demonstrativos e arquivos que embasam a autuação mostram de forma clara a relação das mercadorias sujeitas a antecipação parcial do ICMS e explicitam as respectivas bases de cálculo e os valores devidos, informou que o Impugnante em nenhum ponto de sua Defesa identificou qualquer irregularidade nos demonstrativos que embasaram a autuação.

Assinalo, como já esclarecido, que a exação objeto da Infração 02 não trata da exigência de imposto, e sim de multa, eis que, uma vez comprovada a falta de pagamento ou tributação de forma irregular para efeitos de recolhimentos do ICMS Antecipação no prazo regulamentar, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativamente ao imposto não antecipado, em multa equivalente a 60%, do ICMS não recolhido regularmente. Portanto, não há que se falar em bis in idem, como alega o Impugnante.

Depois de examinar os elementos que fundamentam a exigência fiscal desse item da autuação, constato que a acusação fiscal se afigura respaldada na legislação de regência e lastreada em demonstrativos que de forma minudente discriminam cada operação que resultaram na exigência apurada. Ademais, verifica-se que os recolhimentos realizados pelo Autuado à título de antecipação parcial foram devidamente considerados no levantamento fiscal.

Resta também patente nos autos que, de fato, o Autuado não apontou qualquer inconsistência nos levantamentos realizados pela fiscalização, que pudesse macular a fidedignidade dos valores apurados. Portanto, entendo como caracterizada a acusação fiscal.

O Defendente pugnou pela redução ou pelo afastamento da multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Em relação ao argumento do autuado de que a multa aplicada é exorbitante e confiscatória, saliento que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é a legalmente prevista para as irregularidades apuradas, não cabendo a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

Assim, nos termos expendidos, concluo pela subsistência da Infração 02.

Logo, resta evidenciado a subsistência parcial da autuação, nos termos discriminados no demonstrativo a seguir (...).”

No Recurso Voluntário, o Recorrente, preliminarmente, argui preliminar de nulidade do auto de infração por falta de preenchimento dos requisitos legais, por considerar a ausência de fundamentação adequada e descrição imprecisa dos fatos que constituiriam infrações, nos termos dos arts. 39 do Decreto nº 7.629/99-BA e o art. 18, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99-BA, exemplificando

que as planilhas de cálculo constantes no corpo da infração somente indicam valores e datas, sem precisar as infrações ocorridas nos atos imputados.

No mérito, em relação à infração 01, discorda do entendimento consolidado na decisão de piso em relação às mercadorias “mistura para bolo” (NCM 19012000), “farinha de rosca” (NCM 19019090), “pipoca” (NCM 20081900) e “mistura para empanar milanesa” (NCM 19059090), pois entende que não devem ser tributadas pelo regime normal e sim devem ser enquadradas no regime de substituição tributária.

Defende que o produto “mistura para bolo” (NCM 19012000) consta nas planilhas que acompanham o auto de infração com nomes que variam a depender do sabor artificial dos produtos: MIST P BOLO FESTA ZAELI; MIST P BOLO CENOURA ZAELI; MIST P BOLO FOMIGUEIRO ZAELI; MIST P BOLO BROWNIE ZAELI; MIST P BOLO AIPIM ZAELI, tratando-se de farinha alimentícia que é utilizada para produção caseira de bolos, com características compatíveis para com as previsões dos itens 11.6.0 e 11.18.1, assim representados nas figuras:



Em relação aos produtos “farinha de rosca” (NCM 19019090), afirma que estão previsto nas planilhas apresentadas pela Fazenda com o nome FARINHA DE ROSCA e “mistura para empanar milanesa” (NCM 19059090), que está descrito como MISTURA EMPANAR MILANESA ZAELI, havendo previsão no RICMS como item sujeito à Substituição Tributária compatíveis com os itens 11.25.1, 11.3, 11.7.3 da lista do anexa 1, por serem derivados de trigo e possuírem utilidade culinária para panificação, preparação de massas alimentícias e salgados e de carnes, assim representados nas figuras a seguir:



Afirma que, para os referidos produtos, apresentou provas nos autos no sentido de que o código utilizado na saída das Notas Fiscais é justamente o CFOP nº 5405, que é aquele destinado à indicação de ocorrência de aquisição de produto em Substituição Tributária, asseverando que *“deixou de recolher ICMS na venda destes produtos justamente pelo fato de que anteriormente já houve recolhimento destes valores pelos Contribuintes que a antecederam na cadeia produtiva. Desta forma, é necessária a revisão pelo fisco, desta documentação, para excluir do auto de infração os créditos que foram oportunamente recolhidos em substituição tributária, sob pena de cobrança dúplice (bis in idem)”*.

Pugna pela revisão da cobrança para redução do valor da autuação ou quantificação de créditos a serem atribuídos à contribuinte, relativamente às substituições tributárias acima indicadas.

Ainda com relação a infração 01, reitera as alegações defensivas em relação ao lançamento

indevido de cobrança de ICMS sobre mercadorias que foram dadas como bonificações (brindes) aos seus parceiros comerciais, reivindicando a aplicação da Súmula nº 457 do Superior Tribunal de Justiça e precedentes deste CONSEF no Acórdão JF nº 0181-01/17 (Auto de Infração nº 299430.0001/17-3):

No que pertine à infração 02, reafirma que cumpriu as obrigações acessórias e principais relativas à antecipação parcial do ICMS, conforme determina a legislação estadual, tendo, inclusive, apresentado junto à Impugnação diversos demonstrativos de pagamento e comprovantes de anotação contábil que atestariam o cumprimento daquelas obrigações.

Esclarece que efetivamente recolheu a maior parte do tributo que era devido, o que torna ilícita a imposição da multa prevista no art. 42, § 1º, alínea “d” da Lei nº 7.014/96/BA.

Indica que o cumprimento das obrigações acessórias e o pagamento (ainda que parcial) da antecipação do tributo caracteriza denúncia espontânea, sendo a multa, neste caso, totalmente insubsistente.

Afirma ainda que, muito embora a decisão recorrida tenha declarado a isenção de diversos produtos e o enquadramento de outros na Substituição Tributária, cometeu grave equívoco quando do recálculo, uma vez que não promoveu a repercussão dos descontos dos valores de isenção e ST na infração 02 assim como promovida na infração 01, razão pela qual pugna pelo recálculo.

Por tais razões, pugna: **a)** pela declaração da nulidade do Auto de Infração que instrui este processo decorrente de falta de clareza, com conseqüente cerceamento de defesa; **b)** subsidiariamente, pela declaração do enquadramento no regime de Substituição Tributária para os produtos “mistura para bolo”, “farinha de rosca”, “pipoca” e “mistura para empanar milanese”; **c)** pela declaração de não incidência de ICMS nas operações de circulação física, sem mercancia, de bonificações / descontos incondicionais (brindes comerciais), de acordo com o que dispõe a Súmula nº 457/STJ; **d)** pelo reconhecimento do efetivo pagamento antecipado dos tributos e a insubsistência da Infração 02, uma vez que foi cumprida a obrigação principal; **e)** pela correção do cálculo de débito efetuado no acórdão recorrido para retirar da base de cálculo da Infração 02 os produtos declarados isentos e enquadrados em ST naquela decisão.

Registrada a presença da advogada Dra. Jheniffer Cristina Rodrigues na sessão de videoconferência que exerceu o seu direito regimental da palavra.

É o relatório.

VOTO

O Recurso Voluntário deve ser conhecido, eis que cabível e tempestivo (art. 169, I, “b” e art. 171, ambos do RPAF/99).

Inicialmente, cumpre-me analisar a preliminar de nulidade do auto de infração arguida pelo Recorrente, quem considera que o auto de infração carece de fundamentação adequada e descrição imprecisa dos fatos que constituiriam infrações, nos termos dos arts. 39 do Decreto nº 7.629/99-BA e o art. 18, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99-BA, exemplificando, na hipótese, que as planilhas de cálculo constantes no corpo da infração somente indicam valores e datas, sem precisar as infrações ocorridas nos atos imputados.

Quanto à integridade da infração, em seus elementos formais, entendo que a decisão não merece reparos, porquanto verificou devidamente a existência de elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração, nos precisos termos dos artigos 39 a 41 do RPAF, sendo certo que, no particular, possibilitou ao Recorrente a apresentação dos meios de defesa/impugnação (fls. 18/42) e vasta documentação de suporte (fls. 70/243) e manifestação em face da informação fiscal de fls.248/252 (fls. 259/286 e documentos de fls. 288/479), e o acolhimento parcial dos seus argumentos, fato que representa, a toda evidencia, a exata compreensão do

objeto questionado.

Destaco, quanto ao ponto, que há registro processual de adequado debate entre as teses acusatórias e defensivas, naturais ao exercício do contraditório e à garantia da ampla defesa fiscal enquanto corolário do devido processo legal administrativo, inclusive quanto aos elementos integrantes das planilhas de cálculos que o Recorrente, em sede recursal, afirma inexistir.

Nestes termos, considerando que o auto de infração contém descrição clara, precisa e sucinta dos fatos considerados como infrações de obrigações tributárias principal e acessórias; a indicação dos respectivos dispositivos legais em que se fundamente a exigência fiscal, e tidos por infringidos, inclusive demais ocorrências ou informações úteis ao esclarecimento da ação fiscal, não vislumbro a alegada nulidade com base no art. 18, IV, “a” do RPAF, devendo ser mantido hígido o lançamento tal qual efetuado.

Sou, portanto, pela insubsistência da preliminar.

Quanto ao mérito, notadamente a infração 01, o cerne da pretensão recursal versa sobre a devida classificação das mercadorias “mistura para bolo” (NCM 19012000), “farinha de rosca” (NCM 19019090), “pipoca” (NCM 20081900) e “mistura para empanar milanesa” (NCM 19059090), se devem ser tributadas pelo regime normal, como entende o Fisco, ou enquadradas no regime de substituição tributária, conforme tese do Recorrente.

Passo a analisar os itens indicados pormenorizadamente, levando em consideração o NCM indicado, a descrição do produto e a sua perfeita identificação com aquele eventualmente descrito na norma de regência para o exercício (janeiro de 2020 a dezembro de 2021) questionado:

a) “mistura para bolo” (NCM 19012000):

Defende o recorrente tratar-se de mercadoria com nomes que variam a depender do sabor artificial: MIST P BOLO FESTA ZAELI; MIST P BOLO CENOURA ZAELI; MIST P BOLO FOMIGUEIRO ZAELI; MIST P BOLO BROWNIE ZAELI; MIST P BOLO AIPIM ZAELI, tratando-se de farinha alimentícia que é utilizada para produção caseira de bolos, com características compatíveis para com as previsões dos itens 11.6.0 e 11.18.1.

De fato, para o ano de 2020 e 2021, vigorava no Anexo 1 ao RICMS/12, a redação que produziu efeitos entre 01/01/2020 e 31/12/2020, tendo a NCM 1901.2 previsão para substituição tributária no item 11.4.1, para os produtos “*Misturas e preparações com, no mínimo, 80% de farinha de trigo na sua composição final, exceto as descritas nos CEST 17.046.10 a 17.046.15*”.

Daí se conclui que apresentando a NCM 1901.2, os produtos abarcados pela substituição tributária correspondem a mistura para bolo, o que implica na retirada de tais mercadorias no levantamento no período indicado caso comprovado que, no mínimo, conteriam 80% de farinha de trigo na sua composição final.

No caso dos autos, não restou provada tal circunstância, a despeito de ter sido o contribuinte oportunizado a apresentar a devida especificação do produto conforme detalhamento por ele mesmo efetuado. Não o fazendo, não se desincumbiu do seu ônus, de modo que a autuação merece ser mantida quanto ao ponto.

b) “farinha de rosca” (NCM 19019090) e “mistura para empanar milanesa” (NCM 19059090):

Em relação aos produtos “farinha de rosca” (NCM 19019090), afirma que estão previsto nas planilhas apresentadas pela Fazenda com o nome FARINHA DE ROSCA e “mistura para empanar milanesa” (NCM 19059090), que está descrito como MISTURA EMPANAR MILANESA ZAELI, havendo previsão no RICMS como item sujeito à Substituição Tributária compatíveis com os itens 11.25.1, 11.3 e 11.7.3 da lista do anexa 1, por serem derivados de trigo e possuírem utilidade culinária para panificação, preparação de massas alimentícias e salgados e de carnes.

Todavia, em pesquisa realizada ao referido anexo I para os anos de 2020 e 2021, não se verificou que tais produtos tivessem compatibilidade, levando-se em consideração o NCM indicado, a

descrição do produto e a sua perfeita identificação com aquele eventualmente descrito na norma de regência para o exercício, Logo, mantida a autuação quanto aos produtos.

c) “pipoca” (NCM 20081900)

A despeito de apresentar irresignação relativamente à mercadoria em destaque, não se desincumbiu o recorrente de especificar a compatibilidade do produto com a NCM indicada, que refere-se comumente a pipocas para micro-ondas e outros tipos de industrialização. Nesse contexto, afirmo que não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar, levando-se em consideração o NCM indicado, a descrição do produto, a sua perfeita identificação com aquele eventualmente descrito na norma de regência para o exercício no que pertence ao enquadramento na situação pretendida. Logo, mantida a autuação quanto aos produtos.

Com relação à tese de que houve lançamento indevido e cobrança de ICMS relativamente a mercadorias que foram dadas como bonificações (brindes) à parceiros comerciais da Contribuinte, não merece melhor sorte o recorrente.

Isso porque, conforme indicado na decisão recorrida, a norma de regência professa que a exigência de valores de ICMS referente a doação/bonificação sem tributação, prevista no inciso I, do art. 17 da Lei nº 7.014/96 e art. 388 do RICMS-BA/12, considera brinde ou presente a mercadoria que, **não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final.**

No caso concreto, diante da prova dos autos, constata-se que os itens objeto de bonificação concedida pelo Recorrente fazem parte do elenco de mercadorias por ele comercializadas, as operações, portanto, não estão amparadas pela situação de não tributação por ele reivindicada.

Nestes termos, portanto, não se verifica a oposição de impugnação específica do quanto decidido ou fundamentos hábeis a elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal conforme julgamento ora recorrido, que caminhou pela procedência parcial da autuação, não sendo o caso, portanto, da aplicação do enunciado da Sumula nº 457 do STJ, por ele reivindicada.

Como cediço, o Processo Administrativo Fiscal baiano, a despeito de ser permeado pelo informalismo e garantia do contraditório e ampla defesa como pressupostos para a conformação dos fatos e circunstâncias constantes do processo, aí inclusas as alegações, argumentações e provas, todos no interesse do estabelecimento de ambiente adequado para a formação do convencimento do órgão julgador ao resolver as questões suscitadas no processo, não isenta o Recorrente dos deveres básicos relacionados aos argumentos que propõe.

Daí porque determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o Recorrente do ônus elisivo/modificativo do direito embandeirado pelo Fisco por meio do auto em julgamento, bem assim não lhe reconhece direito à recusa em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, ocasião que atrai, para a Recorrente, o ônus específico da prova, nos termos do que dispõem os arts. 140 a 143 do RPAF.

E o mesmo argumento deve ser aplicado à infração 02, para a qual peço a licença para transcrever trecho específico da decisão recorrida quanto ao ponto diante da inexistência de inovação de fato e de direito na tese recursal:

“O Defendente em suas argumentações defensivas, em suma, afirmou que a o ICMS antecipação parcial foi devidamente recolhido apresentando como comprovação a cópia de diversos DAEs.

O Autuante depois de esclarecer que os demonstrativos e arquivos que embasam a autuação mostram de forma clara a relação das mercadorias sujeitas a antecipação parcial do ICMS e explicitam as respectivas base de cálculo e os valores devidos, informou que o Impugnante em nenhum ponto de sua Defesa identificou qualquer irregularidade nos demonstrativos que embasaram a autuação.

Assinalo, como já esclarecido, que a exação objeto da Infração 02 não trata da exigência de imposto, e sim de multa, eis que, uma vez comprovada a falta de pagamento ou tributação de forma irregular para efeitos de recolhimentos do ICMS Antecipação no prazo regulamentar, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativamente ao imposto não antecipado, em multa equivalente a 60%, do ICMS não recolhido

regularmente. Portanto, não há que se falar em *bis in idem*, como alega o Impugnante.

Depois de examinar os elementos que fundamentam a exigência fiscal desse item da autuação, constato que a acusação fiscal se afigura respaldada na legislação de regência e lastreada em demonstrativos que de forma minudente discriminam cada operação que resultaram na exigência apurada. Ademais, verifica-se que os recolhimentos realizados pelo Autuado à título de antecipação parcial foram devidamente considerados no levantamento fiscal.

Por fim, quanto à pretensão de redução ou pelo afastamento da multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco, considero como impertinentes, tendo em vista que não se inserem naquelas imputadas ao presente órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do inciso I, do art. 167 do RPAF-BA/99.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233080.0025/22-0, lavrado contra **ALIMENTOS ZAELI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 80.981,36**, acrescido da multa de 60%, prevista nas alíneas “a” e “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS