

A. I. N° - 207101.0001/08-5
AUTUADO - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A - ILPISA
AUTUANTES - NEUSA MARIA GOMES VIEIRA e MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA
ORIGEM - IFEP/COMÉRCIO
INTERNET - 13.09.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0236-02/10

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Infração caracterizada face a constatação de diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, sendo correta a exigência do imposto com base no valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração não elidida. b) SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. FALTA DE RETENÇÃO NA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. Infrações não elididas. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE DE DOCUMENTO FISCAL. Fato não contestado. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Mantido o lançamento. 4. ZONA FRANCA DE MANAUS. REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DO PRODUTO PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração elidida. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Ficou comprovado que o autuado deixou de reter o imposto nas vendas de mercadorias relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, para contribuintes localizados neste Estado. Reduzido o débito por erro na sua apuração. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS NOS LIVROS FISCAIS. LANÇAMENTO COM BASE EM CÓPIAS DE NOTAS FISCAIS CAPTURADAS PELO CFAMT. Restando comprovado que os produtos constantes nas notas fiscais estão sujeitos à tributação nas saídas, não subsiste a infração, convertendo-se a multa em juros de mora por falta de escrituração das

Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 07/02/2008, para exigência de ICMS no valor de R\$808.209,11, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$87.844,37, 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 entrada - com base na 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, referente ao exercício fechado de 2004, conforme demonstrativos no Anexo 01, fls. 33 a 591.
2. Falta de retenção do ICMS no valor de R\$107.398,21, e o conseqüente recolhimento, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, realizadas para contribuintes localizados neste Estado, correspondente ao exercício de 2004, conforme CD autenticado contendo o Relatório no formato ACCESS – Anexo 02, fls.593 a 604.
3. Reteve e recolheu a menos o ICMS no valor de R\$3.823,49, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no exercício de 2004, conforme CD autenticado contendo o Relatório no formato ACCESS – Anexo 03, fls.606 a 619.
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$3.108,53, referente a lançamento em duplicidade da Nota Fiscal nº 230999, no mês de dezembro de 2004, conforme Anexo 03, fls.621 a 627.
5. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$36.128,66, no exercício de 2004, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, conforme Anexo 05, fls.629 a 672.
6. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$74.999,64, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque relativo ao exercício de 2005, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas tributáveis omitidas, conforme demonstrativos no Anexo 06, fls.674 a 818.
7. Falta de retenção do ICMS no valor de R\$5.741,12, e o conseqüente recolhimento, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2005), conforme demonstrativos no Anexo 07, fls.820 a 821.
8. Falta de retenção do ICMS no valor de R\$248.592,77, e o conseqüente recolhimento, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no exercício de 2004, conforme CD autenticado contendo o Relatório no formato ACCESS – Anexo 08, fls.822 a 823.

exercício de 2005, conforme CD autenticado contendo o Relatório no formato ACCESS – Anexo 08, fls.823 a 836.

9. Reteve e recolheu a menos o ICMS no valor de R\$28.527,25, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, de mercadorias enquadradas no Anexo 88 do RICMS/97, no período de janeiro a setembro de 2005, conforme CD autenticado contendo o Relatório no formato ACCESS – Anexo 09, fls.838 a 850.
10. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$ 1.808,96, no mês de dezembro de 2005, referente a lançamento em duplicidade da Nota Fiscal nº 15.892, conforme Anexo 10, fls.852 a 854.
11. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$10.762,96, nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, no exercício de 2005, relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme notas fiscais obtidas através do Sistema CFAMT, constantes no Anexo 11, fls.856 a 863.
12. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no exercício de 2005, conforme notas fiscais obtidas através do Sistema CFAMT, constante no Anexo 12, fls.865 a 873, sendo aplicada a multa no valor de R\$13.111,76.
13. Falta de retenção do ICMS no valor de R\$64.621,81, e o conseqüente recolhimento, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, realizadas para contribuintes localizados neste Estado, correspondente ao exercício de 2006, conforme CD autenticado contendo o Relatório no formato ACCESS – Anexo 13, fls.875 a 888, e 29/31.
14. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$120.718,69, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque relativo ao exercício de 2006, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas tributáveis omitidas, conforme demonstrativos no Anexo 14, fls.890 a 916.
15. Falta de retenção do ICMS no valor de R\$1.020,89, e o conseqüente recolhimento, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2006), conforme demonstrativos no Anexo 15, fl.918.

O autuado, em sua defesa às fls. 922 a 953, após descrever as infrações, informou que reconheceu como devidas as infrações 04 e 10, e que já efetuou o recolhimento com os respectivos acréscimos moratórios, no montante de R\$9.282,93, conforme documentos de arrecadação às fl. 975.

No mérito, impugnou separadamente cada infração na forma que segue.

Infração 01

Expressa seu entendimento de que as quantidades apuradas no estoque do ano 2004 pelos autuantes, foram valoradas em bases presumidas e os valores constantes no Auto de Infração foram determinados por presunção, a partir do arbitramento da base de cálculo.

Ressalta que o arbitramento só deve utilizado, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação fiscal do imposto, e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualquer dos casos previstos no artigo 937, do RICMS/97.

Esclarece que a empresa matriz, como produtora industrial de leite e derivados, ao fabricar os seus produtos em suas duas unidades fabris, em Itapetinga – Ba e em Palmeira dos Índios – AL, os transferem para suas filiais, aí inclusa a de Salvador, onde eram efetuadas as comercializações.

Diz que a metodologia do levantamento de estoques com base na conta gráfica, em que as quantidades enviadas à filial por transferências e as devoluções somadas ao estoque inicial de cada período apurado, deveriam ser iguais à soma das saídas (vendas, bonificações, etc) e do estoque final, se caracteriza em presunção, sob o ponto de vista contábil e fiscal.

Argumentando que mantém regularmente escrita fiscal e contábil; que possui um sistema de controle interno eficiente para os procedimentos adotados em seus diversos estabelecimentos; e que suas operações são rigorosamente auditadas por Auditores Independentes, e não existe nenhum fato que justificasse o arbitramento da base de cálculo.

Feitas estas considerações, o defendente retoma a discussão sobre os critérios utilizados para a apuração do débito com base no levantamento quantitativo, fazendo as seguintes ponderações:

a) Alega que todas as entradas ocorridas no período são oriundas das suas duas filiais fabris situadas citadas, e que por via de consequência, a diferença de entradas apurada no trabalho fiscal relativamente aos produtos LEITE EM PÓ e parte do LEITE LONGA VIDA, deve ser tributada à alíquota de 17% ou 7%. Fundamenta essa conclusão no art.13, II, da Portaria 445/98.

b) Diz não foram consideradas nas entradas as notas fiscais que não foram escrituradas em sua escrita no ano de 2004.

Para exemplificar suas alegações, selecionou a Nota Fiscal nº 257.646 (fl.977), referente a 1.000 caixas do produto Cód.A0007 – Leite UHT Achocolatado 27x200ml. e elaborou dois quadros com a inclusão e sem a inclusão da referida nota fiscal.

POSIÇÃO DO FISCO SEM A NOTA FISCAL Nº 257646

CÓDIGO DO PRODUTO	EI	ENT	SAI	EF	OMISSÃO DE ENTRADAS	PREÇO MÉDIO	BASE DE CÁLCULO DO ICMS	ALIQ.	VALOR COBRADO EM R\$
A00007	3.033	116.892	120.105	2.978	3.158	12,90	40.723,74	17%	6.923,04

POSIÇÃO DA ILPISA COM A NOTA FISCAL Nº 257646 E ALÍQUOTA DE 12%

CÓDIGO DO PRODUTO	EI	ENT	SAI	EF	OMISSÃO DE ENTRADAS	PREÇO MÉDIO	BASE DE CÁLCULO DO ICMS	ALIQ.	VALOR COBRADO EM R\$
A00007	3.033	117.892	121.105	2.978	2.158	12,90	27.838,20	12%	3.340,58

Requeru diligência revisora do feito fiscal, no sentido de que fosse alterada a alíquota de 17% para 12% ou 7%; e para a inclusão das notas fiscais não escrituradas no levantamento quantitativo.

Infração 02

Discordou dos valores constantes no levantamento fiscal, dizendo que 96% do montante cobrado se refere ao item Leite UHT Achocolatado, nas duas embalagens, de 1 litro e de 200 ml., produto esse que possui Classificação Fiscal 0403.9000, não estando sujeito a substituição tributária prevista no artigo 353, do RICMS/97.

Para robustecer sua tese, transcreveu a Nota 1 do Capítulo 4, da Tabela do IPI – TIPI, onde é considerado leite “o leite integral, o leite total ou parcialmente desnatado”, explicando que o produto Leite UHT Achocolatado se enquadra perfeitamente no cit:

pois é composto de leite semidesnatado (89%), açúcar, cacau, vitaminas, estabilizante de fosfato dissódico e aroma de baunilha.

Alega que durante vários meses do ano de 2004, erroneamente, vinha escriturando as suas notas fiscais na Classificação Fiscal 2202.9000, aplicável para os produtos isotônicos e repositores para atletas e para as bebidas alimentares a base de água, ao invés da classificação fiscal 04.03.9000, motivo que ensejou a autuação.

Ou seja, que embora nos documentos fiscais estivesse aposta a Classificação Fiscal NCM 2202.9000, não é devida a substituição tributária por entender que o real enquadramento do produto é no código correspondente ao NCM 0403.9000.

Feitas estas considerações, teceu comentários sobre o princípio da legalidade, destacando o princípio da busca da verdade material, para que sejam acatados seus argumentos e seja declarada improcedente a autuação.

Infração 03

Contesta o trabalho fiscal constante no Anexo 03, referente a recolhimento a menor da substituição tributária em 2004, dizendo que houve equívoco na formação da base de cálculo da substituição.

Aduz que dada a grande quantidade de lançamentos constante no CD, tornou-se impossível corrigir todos os valores erroneamente calculados pelo fisco, razão porque, pede uma diligência fiscal para otimizar o processo de cálculo, que diz não possuir recursos disponíveis para esse fim.

Alega que fez uma amostragem em 20 notas fiscais, num universo de aproximadamente 2.000 notas, apresentando a título de exemplo a Nota Fiscal nº 220.637, de 05/01/2004, fl. 979, a saber:

QUADRO 1: CÁLCULO DA ILPISA

NF n °	Valor Total dos produtos	MVA	BC da substituição tributária	Alíquota	Valor Substituição Cheia	Valor do ICMS Normal	Total do ICMS Substituto	Valor Total da N.Fiscal
220.637	8,47	40%	11,86	17%	2,02	1,44	0,58	9,05

QUADRO 2: CÁLCULO DO FISCO (pg.1, de 163)

NF n °	Valor Total dos produtos	MVA	BC da substituição tributária	Alíquota	Valor Substituição Cheia	Valor do ICMS Normal	Total do ICMS Substituto	Valor Total da N.Fiscal
220.637	9,05	40%	12,67	17%	2,15	1,44	0,71	0,00

Portanto, conclui que o fisco considerou erroneamente o valor total dos documentos fiscais como a base para aplicação do MVA, e daí calculou o imposto. Ressalta que no valor total das notas já está contemplado o valor da substituição calculada pela Ilpisa.

Infração 04

Fato não contestado.

Infração 05

Não questiona que todos os documentos fiscais relacionados no Anexo 05, realmente referem-se a vendas para clientes na Zona Franca de Manaus. Porém, contestou a acusação de que não houve a comprovação do internamento das mercadorias através do registro no SUFRAMA, dizendo que a utilização da alíquota de 12% pelos prepostos fiscais confirma sua assertiva, caso contrário teria utilizado a alíquota de 17%.

Para comprovar sua alegação, o defendente juntou às fls.981 a 985, cópia de canhotos de algumas notas fiscais.

Analisando a legislação estadual sobre o internamento dos produto 598, inciso I, do RICMS/97, e a Cláusula Décima Terceira do C

argumentar que o fisco baiano deveria atender aos prazos estipulados, no que tange aos 60 dias a ser disponibilizado para a ILPISA para apresentação da documentação relativa ao internamento. Salienta que de acordo com o § 5º, somente após esgotado o prazo de 60 dias, é que poderia ser constituído o crédito tributário mediante lançamento de ofício.

Assim, argui a nulidade deste item da autuação, por entender que não tendo sido cumprida essa exigência formal, houve preterição ao seu direito de defesa em afronta ao disposto no art.2º do RPAF/99.

Infração 06

Frisa que sobre a questão da presunção e do arbitramento da base de cálculo já se manifestou na infração 01, o que vale para esta infração.

Alega a existência de várias inconsistências, a seguir relacionadas:

- a) erro na aplicação da alíquota atribuída às supostas saídas omitidas nos produtos Leite UHT Integral e Leite UHT Desnatado, sendo considerada a alíquota de 17%, quando tais produtos são tributados internamente a 7%. Diz que para os demais produtos, mais precisamente 75%, os clientes são microempresas e empresas de pequeno porte, onde o tratamento fiscal é diferenciado, tendo a tributação interna de ICMS reduzida para 7%. Entende que deveria ser aplicada uma alíquota média e proporcional a quantidade de clientes tributados normalmente e microempresas.
- b) erro no código do produto Leite UHT Integral, isto porque, possui duas classificações, A00001 e A0001B, em razão de ser fabricado em duas unidades fabris, de Itapetinga/Ba e Palmeira dos Índios/AL, ocorrendo na auditoria de estoques feita pelo fisco, omissão de saídas no código A00001 = 8,7 mil caixas, e no produto A0001B, omissão de entradas = 8 mil caixas. Ressalta que considerando o cálculo do débito pela diferença entre a omissão e a omissão de saídas, resulta no débito no valor de R\$ 310,80. Pede uma diligência fiscal para proceder a revisão dos cálculos apontados.

Infração 07

Diz que esta infração refere-se a mesma do item precedente, porém apenas dos produtos sujeitos a substituição tributária, com base no mesmo levantamento quantitativo, que está repleto de inconsistências, seja na aplicação das alíquotas, seja na apuração dos estoques, justificando a realização da diligência fiscal requerida anteriormente.

Infração 08

Salienta que no Anexo 08 que serviu de base para a apuração do débito deste item, 100% do montante lançado diz respeito os itens Leite UHT Achocolatado e Bebida Mista de Frutas, no ano de 2005.

Quanto ao produto Leite UHT Achocolatado, frisa que se pronunciou por ocasião da apreciação da infração 02 relativa ao exercício de 2004.

No que tange ao item Bebida Mista de Frutas, classificada na Posição NCM 2202.1000, esclarece que até o final de 2004, a ILPISA era fabricante da bebida energética TAMPICO, classificada pelo Ministério da Agricultura como repositores energéticos para atletas, e que possuía classificação fiscal NCM 2202.9000. A partir de dezembro de 2004, o produto TAMPICO energético foi substituído para a Bebida Mista de Frutas TAMPICO Plus, onde com a alteração da fórmula, alterou-se também a classificação fiscal NCM para 2202.1000.

Infração 09

Diz que após análise do Anexo 09, constatou os mesmos equívocos na formação da base de cálculo da substituição cometidos na infração 03.

Alega que da mesma forma da infração 03, referente ao ano de 2004, apresenta o demonstrativo abaixo dos erros cometidos na apuração do débito do exercício de 2005, tomando como base, a título de exemplo a Nota Fiscal nº 279.631, de 05/01/2004, fl. 1.019, a saber:

QUADRO 1: CÁLCULO DA ILPISA

NF n °	Valor Total dos produtos	MVA	BC da substituição tributária	Alíquota	Valor Substituição Cheia	Valor do ICMS Normal	Total do ICMS Substituto	Valor Total da N.Fiscal
279.631	58,44	70%	99,35	17%	16,89	9,72	7,17	65,61

QUADRO 2: CÁLCULO DO FISCO (pg.1, de 163)

NF n °	Valor Total dos produtos	MVA	BC da substituição tributária	Alíquota	Valor Substituição Cheia	Valor do ICMS Normal	Total do ICMS Substituto	Valor Total da N.Fiscal
279.631	62,92	70%	106,96	17%	18,18	9,72	8,46	0,00

Portanto, conclui que o fisco considerou erroneamente o valor total dos documentos fiscais como a base para aplicação do MVA, e daí calculou o imposto. Ressalta que no valor total das notas já está contemplado o valor da substituição calculada pela Ilpisa. Desta forma, diz que após a confirmação do quanto alegado através de revisão independente da ASTEC, requer a improcedência da autuação.

Infração 10

Fato não contestado.

Infração 11

Considerou que a conclusão fiscal está baseada na presunção de que as mercadorias entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal seriam sujeitas ao regime de substituição tributária.

Aduz que as notas fiscais foram provenientes das suas duas unidades fabris, sendo coletadas nos postos fiscais pelo CFAMT, e assim, sendo, tais notas fiscais geraram saídas tributadas nas duas fábricas da ILPISA. Alega que por algum erro no recebimento dessas mercadorias, não foram escrituradas no estabelecimento autuado, e por via de consequência, deixou de aproveitar os créditos fiscais destacados.

Argui que não foram computadas no levantamento quantitativo de estoques das entradas de que cuida a infração 01, as notas fiscais que não foram escrituradas e objeto deste item da autuação, ou seja, que na infração 01 que se referia a omissão de entradas em 2004, foram desprezadas as notas sem registro, somente considerando as notas fiscais sem registro no ano de 2005, já que a utilização na infração 11 delas acarretou prejuízo para a ILPISA.

Além disso, observa que no cálculo constante no Anexo 11, todos os produtos destacados nas notas fiscais sem registro, a exceção do item Iogurte, referem-se a itens de tributação normal, não sujeitos a substituição tributária conforme artigo 353, do RICMS/Ba, não sendo devido exigir valores a título de substituição tributária. Citou como exemplo, os itens cujas classificações fiscais são: 0404.9000, 0403.9000 e 0402.9900 e que representam 90% do valor desta infração, que segundo o defendente não estão sujeitos à substituição tributária.

Infração 12

Por considerar que esta infração é idêntica à anterior, com exceção do cálculo da exigência fiscal, que para esta foi quantificada mediante a aplicação do percentual de 10% sobre as entradas sem registro na escrita fiscal, o defendente ressalta que valem os mesmos argumentos, salientando que houve excesso de rigor fiscal, a perda dos créditos pela falta de registro, e a desconsideração das notas fiscais no levantamento quantitativo do

Infração 13

Inicialmente salientou que infrações similares já foram apontadas referentes ao ano de 2004 (infração 02) e de 2005 (infração 08), sendo que, na infração 02, de 2004, o principal objeto de autuação foi o LEITE UHT ACHOCOLATADO, e na infração 08, de 2005, o principal questionamento foi o TAMPICO PLUS – BEBIDA MISTA DE FRUTAS, embora o Leite UHT Achocolatado também figurasse neste ano.

No caso desta infração, ano de 2006, mostra que consta no Anexo 13 que quase todo o levantamento refere-se ao item VALE GUT MORANGO SACHE 180ML. Alega que houve um erro interno da empresa que utilizou a classificação fiscal Iogurte (0403.1000) para esse produto nos documentos fiscais, pois se trata de uma bebida láctea com essência de morango com outra classificação fiscal que é 0403.9000. O defendente explica que o outro produto similar vendido pela ILPISA, o VALE GUT MORANGO LITRO com NCM 0403.9000 não foi objeto da autuação.

Para comprovação do que foi alegado, foi juntada cópia da Nota fiscal nº 335.255 (fls.1.021), onde constam os dois produtos com as respectivas classificações equivocadas. Salienta que este erro em colocar nas notas fiscais o ICMS equivocado, não causou prejuízo ao erário, pois já ocorreu o destaque do ICMS normal e o respectivo pagamento do imposto, e os destinatários destes produtos se creditaram e debitaram posteriormente como se fosse um item de tributação normal.

Apresentou a TIPI para mostrar que o NCM 0403.1000 – iogurte, possui a sua composição química diversa do item Vale Gut Sache 180 ml.

Posição NCM	Descrição
0403	LEITELHO, LEITE E CREME (NATA*) COALHADOS, IOGURTE, QUEFIR E OUTROS LEITES E CREMES DE LEITE (NATA*) FERMENTADOS OU ACIDIFICADOS, MESM CONCENTRADOS OU ADICIONADOS DE FRUTAS OU DE CACAU.
0403.10.00	IOGURTE
0403.90.00	OUTROS

Infração 14

Observa que esta infração se refere ao exercício de 2006, e já havia sido levantada para o exercício de 2005, objeto da infração 06, remetendo toda a sua linha de defesa para este item.

Alega que no Anexo 14, existem os mesmos erros cometidos na infração 06, quais sejam: a) utilização indevida da alíquota de 17% para o leite UHT Integral e Desnatado, que possuem alíquota reduzida; e b) utilização indevida da alíquota de 17% para todos os demais produtos, desprezando que a empresa possui 75% de seus clientes classificados como microempresas, cujas operações têm tributação reduzida.

Além disso, alega que não lhe foi disponibilizado o relatório denominado “Demonstrativo de Cálculos das Omissões”, informando as quantidades de todos os produtos ao longo do ano de 2006, tais como, estoque inicial e final, quantidades das entradas e das saídas. Observa que esse relatório foi apresentado no Anexo 06 (infração 06), e sem o mesmo referente ao ano de 2006, não tem como questionar as quantidades nele consignadas. Salientando que, por ferir o princípio da ampla defesa, pede a conversão do processo em diligência fiscal, para que auditor estranho ao feito proceda os ajustes que entende necessários.

Infração 15

Considerando que este item refere-se à mesma infração anterior, porém com produtos sujeitos à substituição tributária, o defendente ratifica os mesmos argumentos e requer a realização de revisão fiscal por os ajustes necessários.

Ao final, requer que sejam acatadas todas as suas solicitações efetuadas nesta infração, em especial a realização de diligência fiscal.

Na informação fiscal às fls. 1.025 a 1.208, os autuantes rebateram as alegações defensivas esclarecendo e ponderando o seguinte.

Infração 01

Esclareceram que a omissão de entradas de mercadorias maior que a omissão de saídas foi apurada através do levantamento quantitativo dos estoques por espécie de mercadorias com base nos arquivos e documentos fiscais entregues pelo contribuinte.

Aduzem que não procede a alegação de arbitramento, tendo em vista que a exigência do pagamento do imposto está embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem pagamento do imposto, conforme RICMS/97, art. 2º § 3º.

Frisa que o autuado reconhece em sua defesa que no ano de 2004 deixou de lançar diversos documentos fiscais em sua escrita fiscal. Quanto a alegação de que a alíquota utilizada pelo fisco na apuração da omissão de entradas foi de 17% enquanto que as operações de entradas de mercadorias realizadas na empresa são de 12% ou 7%, os prepostos fiscais entendem este argumento não deve prosperar, pois, neste caso, o fato gerador do ICMS não ocorre na entrada das mercadorias no estabelecimento. A presunção legal é de que o sujeito passivo ao deixar de registrar as referidas aquisições efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos de operações de saídas anteriores realizadas e também, não registradas.

Infração 02

Não acatarem o argumento do autuado, de que o item Leite UHT Achocolatado possui classificação fiscal 0403.9000 na NCM, e, portanto, não estaria sujeito a substituição tributária, por entenderem que o produto "Leite UHT Achocolatado" está classificado na tabela NCM com o código fiscal 2202.9000 e de acordo com o art. 353, inciso II, item 3.4 do RICMS/BA que vigorou até 30/09/2005: "São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo a operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste estado: II - O contribuinte alienante, neste estado: 3.4 - de bebidas alimentares a base de leite ou de cacau - NCM 2202.90.00. Informam que o próprio autuado efetuou consulta a DITRI sobre o assunto, através do processo nº 13501220049, cadastrado em 26/07/2004, obtendo o Parecer nº 7805/2004 com a seguinte ementa: ICMS. Substituição Tributária - Leite Achocolatado. Classificação NCM/SH 2202.90.00 - bebidas alimentares a base de leite ou de cacau.

Infração 03

Declararam que após analisar os argumentos defensivos e efetuar os cálculos devidos, constataram que esta infração foi apurada devido a um erro do contribuinte nos arquivos magnéticos apresentados, quando no registro "54" apresentou como "valor total dos produtos" o valor dos produtos acrescido do "valor do ICMS substituição", enquanto que o sistema de fiscalização entende como valor do produto o "valor unitário" multiplicado pela "quantidade vendida". Informam que foram apresentados ao contribuinte, com antecedência, todos os cálculos realizados, justamente para evitar estas divergências de interpretações por parte dos Sistemas, entretanto, o autuado não se pronunciou no prazo concedido. Concluem que procedem a alegação defensiva, concordando com a exclusão deste item do auto de infração.

Infração 05

Explicam que este item reclama a falta do recolhimento do ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Sob 12%, esclarecem que a infração foi apurada através das informações

fiscais, arquivos magnéticos e livros fiscais do contribuinte, constando que as mercadorias foram destinadas ao Estado do Amazonas, portanto, uma operação interestadual. Por outro lado, argumentam que o Convênio ICMS nº 36/97 e o art.597, do RICMS/97 estabelecem que a formalidade própria para comprovação da entrada das mercadorias na Zona de Livre Comércio é a declaração da SUFRAMA. Não acolheram os documentos acostados à peça defensiva, por entenderem que não são os instrumentos aos quais a lei atribui capacidade probatória, a ponto de desonerar da cobrança do imposto. Ressaltam que a isenção das operações com produtos industrializados destinados a ZFM constitui um benefício, em consequência, o dispositivo regulamentar deverá ser interpretado literalmente. Além disso, invoca o art.29 do RICMS/97, que condiciona o benefício à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário e o Convênio 36/97 dispõe que a declaração da SUFRAMA é o único documento hábil para comprovar o internamento da mercadoria na Zona Franca de Manaus e demais áreas incentivadas. Informam que após pesquisa no site da SUFRAMA na internet, constataram que as notas fiscais autuadas não apresentavam registro no referido órgão, portanto, que não houve comprovação do internamento das mercadorias na ZFM. De acordo com o art. 11 do RICMS/97 "Quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição".

Infração 06

Discordaram completamente da alegação de que os produtos *Leite UHT Integral* e *Leite UHT Desnatado* foram tributados a 17% ao invés de 7% na quantificação dos valores, argumentando que, como o próprio autuado afirmou em sua defesa o *Leite UHT Integral* possui duas codificações "A0001B" produzido na Bahia e "A0001" produzido no Estado de Alagoas, da mesma forma que o *Leite UHT Desnatado* que possui as codificações "A0002B" produzido na Bahia e "A0002" produzido em Alagoas". Asseveram que a redução da base de cálculo em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% prevista no Decreto 7.826/00 é devida nas saídas internas de leite fabricado no Estado da Bahia, concluindo, que o Leite UHT Integral e o Leite UHT Desnatado, com os códigos A0001 e A0002, respectivamente, não possuem o referido benefício. Em relação à alegação de que 75% dos seus clientes são microempresas e empresas de pequeno porte, tendo a tributação interna de ICMS reduzida a 7%, consideram esse entendimento absurdo, dizendo que o imposto devido foi apurado através de levantamento quantitativo dos estoques, ou seja, através de ação fiscal, sendo impossível se determinar os destinatários das mercadorias omitidas.

Infração 07

Consideraram injustificado o pedido para realização de diligência deste item, por entenderem que o autuado não apresentou qualquer argumentação ou prova referente a esta infração, e pelos mesmos motivos apresentados no item anterior.

Infração 08

Rebatem o argumento defensivo dizendo que as mercadorias *Leite UHT Achocolatado* e *Tampico Plus* estão enquadradas no regime de substituição tributária, até a data de 30/09/2005. Asseveram que da mesma forma que fez com o *Leite UHT Achocolatado*, a empresa também apresentou consulta formal à DITRI sobre a matéria substituição tributária em relação ao produto *Tampico Plus*, conforme processo nº 22430220048, cadastrado em 08/09/2004 e obteve o Parecer nº 8042/2004 com a seguinte ementa: "ICMS. Substituição Tributária. Consulta. O produto "Tampico Plus" classificado no código 2202.10.00 da NCM e registrado no Ministério da Agricultura sob a denominação de "Bebida Mista de Frutas" encontra-se enquadrado no regime de substituição tributária, nas operações internas, em conformidade com o art. 353,II, item 3.2 do RICMS/BA.

Infração 09

Dizem que pelos mesmos motivos apresentados na infração 03, reconhecem a improcedência desta infração.

Infração 11

Ressaltam que o autuado reconheceu que não escriturou em seus livros fiscais as entradas das mercadorias referentes aos documentos fiscais autuados. Explicam que as mercadorias constantes destas notas fiscais estão sujeitas ao regime de substituição tributária e a empresa é responsável pelo recolhimento do imposto normal e substituído. Além disso, dizem ainda que os produtos constantes das notas fiscais referentes a esta infração estão sujeitos ao regime de substituição tributária até 30/09/2005, e o único produto "Leite condensado" com classificação 0402.99.00 não está incluído no cálculo da substituição tributária. Explicam que foram considerados os créditos do ICMS constante dos documentos fiscais, conforme demonstrativo anexo a pg. 856 deste PAF.

Infração 12

Destacam que o autuado reconheceu que não registrou as notas fiscais objeto da autuação em seu livro Registro de Entradas, porém, solicitou a utilização dos créditos fiscais destacados nos documentos fiscais, entendendo que isto não é possível, tendo em vista que a autuação refere-se a uma multa formal, prevista no art. 42, inciso IX da Lei 7.014, de 10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal. Concluem que não consta na legislação a hipótese de concessão do crédito fiscal requerido.

Infração 13

Explicam que nesta infração, da mesma forma que os produtos TAMPICO PLUS E LEITE UHT ACHOCOLATADO, o autuado tenta excluir da substituição tributária o produto VALE GUT MORANGO SACHE 180 ML, código "A00524", no exercício de 2006. Observam que nos arquivos magnéticos e nos próprios documentos fiscais de entradas e saídas, o autuado lançava este produto com a classificação fiscal da NCM com a posição "0403.1000" - IOGURT, conforme pode ser observado nos arquivos magnéticos dos exercícios de 2004 e 2005 e no Livro de Inventário de 2004, conforme cópia anexa ao processo, fl.49. Contudo, inexplicavelmente, a partir de 2006, o autuado mudou a classificação fiscal NCM do produto em seus arquivos magnéticos para "0403.9000" e não recolheu a substituição tributária devida, mantendo a classificação "0403.1000" nos documentos fiscais, conforme cópia anexa na própria defesa (doc. 09), pg. 1021. Concluem que não foi recolhido devidamente o imposto referente a substituição tributária no exercício de 2006. Chama a atenção de que o contribuinte, em sua peça defensiva, tenta comparar produtos diferentes, ou seja, VALE GUT MORAN GO SACHE 72X180 ML, código "A00524" com VALE GUT MORAN GO LITRO, código "A00500", este é similar ao produto VALE GUT MORANGO 180ML, código "A00501". Entendem que a mercadoria VALE GUT MORANGO SACHE 180 ML, CODIGO "A00524" objeto desta autuação possui classificação fiscal na NCM na posição "0403.1000" - IOGURTE, portanto, encontra-se enquadrado no regime de substituição tributária. Mantém integralmente esta infração.

Infrações 14 e 15

Discordaram das alegações defensivas, dizendo que o preposto da empresa, Sra.TÂNIA RIBEIRO DE JESUS recebeu um CD AUTENTICADO constando todos os cálculos e demonstrativos utilizados na apuração das infrações referentes ao exercício de 2006, inclusive o DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DAS OMISSÕES, conforme recibo de arquivos eletrônicos anexo ao PAF (pg. 31), onde consta declaração da funcionária da empresa confirmando que recebeu, abriu e fez a leitura dos dados constantes do CD. Mantém integralmente estas infrações.

Concluem pela procedência parcial do Auto de Infração.

Conforme intimação expedida pela IFEP, fl.1.209, o sujeito passivo foi cientificado do teor da informação fiscal, tendo se manifestado às fls.1.031 a 1.044, nos seguintes termos.

Inicialmente expõe que das 15 infrações, reconheceu as de número 04 e 10, e na informação fiscal foi reconhecida pelos autuantes a improcedência das infrações 03 e 09, transcrevendo e impugnando as demais infrações.

Infração 01

Aduz que na sua defesa foram levantados dois equívocos na autuação: a) a utilização da alíquota de 17% quando entende que o correto seria a de 12% ou 7%; b) a não inclusão, no levantamento quantitativo do fisco, das notas fiscais não escrituradas pela impugnante.

Alega que os autuantes não se pronunciaram sobre a letra “b”. Quanto a questão das alíquotas, diz que não é cabível a justificativa dos autuantes de que as operações subsequentes do estabelecimento seriam todas elas tributadas a 17%, pois de acordo com o artigo 13, inciso II, da Portaria nº 445/98, deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas, que diz terem sido oneradas a 12% ou 7%, por se tratar de operações internas com Leite UHT (7%) e de operações interestaduais que promove (12%) que é tributado internamente.

Reitera seu pedido de revisão fiscal pela ASTEC/CONSEF.

Infração 02

Alega que os autuantes se equivocaram ao presumir que o item Leite UHT Achocolatado trata-se de uma bebida alimentar a base de leite ou de cacau, e que possui classificação fiscal 2202.9000.

Reafirmou que esse engano do fisco, foi o mesmo que a empresa cometeu no ano de 2004, sendo nos dias atuais a classificação fiscal correta a de nº 0403.9000.

Frisa que existe diferença entre “Bebida Alimentar a Base de Leite e Cacau” e “Leite Achocolatado”, e que no primeiro produto existe uma grande concentração de água na sua composição, enquanto que no segundo, o item mais predominante é o leite.

Para comprovar seus argumentos anteriores de que o referido produto deve se enquadrar na posição 0403, juntou cópia da Nota Fiscal nº 12.602, de 04/04/2008, do seu concorrente Cooperativa Agro Pecuária Vale do Rio Doce Ltda – Ibituruna (fl.1.053), salientando que o seu item é similar é a bebida láctea com chocolate, que está sendo classificada com o código NCM 0403.9000, igual a classificação adotada pela ILPISA.

Quanto a resposta da consulta formulada ao fisco estadual a respeito da classificação fiscal do referido produto, frisa que obteve resposta de que as questões relacionadas a alteração de classificação fiscal devem ser tratadas junta a Receita Federal, o que, no seu entendimento torna ineficaz e sem validade a mesma.

Infração 05

Observa que a questão do prazo para constituição e posterior cobrança dos créditos não foram considerados e nem rebatidos pelos autuantes.

Diz que o prazo determinado no Convênio 36/97 é de 60 dias após a notificação do fisco, e como a notificação se deu em 13/02/2008, o prazo mínimo para que o fisco pudesse exigir a documentação do internamento seria 13/04/2008.

Pede a anulação deste item.

Infrações 06 e 07

Ressalta que os autuantes na informação fiscal se omitiram sobre os seus dois argumentos, relativos a aplicação errônea da alíquota de 17% ao invés de 7%, pois suas saídas correspondem a 75% destinadas a microempresas, e em relação a diferença da contagem do Leite UHT Integral que possui dois códigos, cujo resultado no levantamento apresento e diferença para menos em outro.

No caso da alíquota, salienta que nos casos em que o fisco não consiga estipular a real alíquota, deve ser utilizada a menor. Sobre a diferença quantitativa, alegando que o produto possui dois códigos, diz que a diferença que sobra em um código praticamente é igual ao que faltou no outro código.

Reiterou seu pedido de diligência a ser realizada pela ASTEC/CONSEF para esclarecer a questão.

Infração 07

Diz que esta infração refere-se a mesma do item precedente, porém apenas dos produtos sujeitos a substituição tributária, com base no mesmo levantamento quantitativo, que está repleto de inconsistências, seja na aplicação das alíquotas, seja na apuração dos estoques, justificando a realização da diligência fiscal requerida anteriormente.

Infração 08

Aduz que os autuantes se limitaram a dizer que os itens Leite UHT Achocolatado e Bebida Mista de Frutas, encontram-se no regime de substituição tributária, e por isso, ratifica toda a argumentação apresentada na linha de defesa da infração 02.

Reafirma que o item TAMPICO PLUS, não pode ser enquadrado no regime de substituição tributária, pois, à época dos fatos geradores, o artigo 353, inciso II, item 3.2, do RICMS/97, previa que os produtos sujeitos à antecipação eram apenas “refrigerantes, refresco e néctares”. Por outro lado, diz que o Tampico Plus é uma bebida mista de frutas diferente de refrigerantes, de néctar e de refresco, conforme contido na Portaria nº 544, do Ministério da Agricultura (vide Anexo 07 dos autos).

Infração 11

Discordou da afirmativa dos autuantes de que os produtos estão sujeitos ao regime de substituição tributária na Bahia até 30/09/2005, dizendo que 90% do total cobrado referem-se a produtos com classificação fiscal 0404.9000, 0403.9000 e 0402.9900, produtos esses, que não estão listados no artigo 353, II, do RICMS/97.

Reforça o seu pedido no sentido de que seja levado em consideração os créditos a que perdeu à época, ao não escriturar os documentos fiscais.

Infração 12

Alega que esta situação é idêntica ao item precedente, isto porque, trata de itens de mercadorias que entraram no estabelecimento sem o registro na escrita fiscal, ocasionando em perda de créditos fiscais. Com isso, entende que foi penalizado duplamente: com a multa de 10% pela não escrituração dos documentos fiscais e pela não utilização dos créditos fiscais destacados nas notas fiscais.

Infração 13

Rebateram os argumentos dos autuantes dizendo que:

- a) o produto VALE GUT SACHÊ 180 ML, estava classificado erroneamente, sendo alterado o código NCM no seu sistema, porém, não ocorreu a migração tempestiva desta alteração para os documentos fiscais, continuando estes com o código NCM antigo.
- b) são idênticos os produtos VALE GUT MORANGO SACHÊ 72X180 ML, código A00524 e VALE GUT MORANGO LITRO, código A00500.
- c) não procede o entendimento da fiscalização de que o produto VALE GUT MORANGO SACHÊ 72X180 ML, código A00524, possui o código NCM 0403.1000 – IOGURTE, pois dito produto é uma bebida láctea líquida, embaladas em sachêzinhos plásticos, com composição química totalmente diferente do iogurte, o que poderia, segundo o autuado, fazer uma simples verificação *in loco*.

Infrações 14 e 15

Observam que não houve manifestação do fisco quanto a sua alegação de que foi aplicada a alíquota de 17% para os leites UHT Integral e Desnatado, que possuem tributação reduzida, bem como, não foi levada em consideração a questão de que 75% dos seus clientes são microempresas, e, portanto, com tributação também reduzida em 7%.

Sobre o argumento dos autuantes de que seria impossível se determinar os destinatários das mercadorias omitidas, informa que essa dificuldade de se apurar os clientes microempresas, também no AI nº 274068.0002/05, lavrado contra o mesmo estabelecimento da empresa, sendo que, naquele processo, essa mesma dificuldade foi levantada, e esclarecida mediante diligência fiscal realizada pela ASTEC. Diz que por se tratar de uma situação idêntica, solicita a revisão fiscal destes dois itens, no sentido de que seja apurado se toda a totalidade dos clientes microempresas, visando, a partir daí, determinar a real alíquota a ser aplicada, caso se confirma o resultado da auditoria de estoques.

Além disso, o autuado reafirmou que não se encontra nos autos o relatório denominado de “Demonstrativo de Cálculo das Omissões”, não acatando a informação dos autuantes de que o mesmo está inserido no CD.

Por fim, pede que sejam acatados seus argumentos ora apresentados, julgando totalmente improcedente o Auto de Infração.

Consta à fl.1.054 relatório extraído do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, referente ao pagamento parcial da infração 01 no valor de R\$ 770.90; e integral das infrações 04 e 10, nos valores de R\$ 3.108,52 e R\$ 1.808,96, respectivamente.

O processo foi baixado em diligência em 27/06/2008 à ASTEC/CONSEF, para revisão fiscal por auditor fiscal estranho ao feito, para esclarecer as questões relacionadas no despacho às fls.1.057 a 1.059, relativamente às infrações 01, 02, 05 a 09, 11 a 15.

A ASTEC/CONSEF justificando que sua equipe encontrava-se reduzida encaminhou o processo para a Infaz de origem para o cumprimento da revisão fiscal solicitada pelo órgão julgador, cujo trabalho foi realizado pelo Auditor Fiscal Amarildo Tosta Santos, conforme informação às fls.1.061 a 1.067, que se manifestou nos seguintes termos.

“INFRAÇÃO 01

Não procede a alegação defensiva do autuado, uma vez que a infração 01 é referente à omissão de entradas do exercício de 2004 e as notas fiscais de entradas que não foram escrituradas pelo autuado em sua escrita fiscal de que cuida a infração 11, foram todas emitidas no ano de 2005, conforme anexo 11 do PAF, pgs. 856 a 863.

INFRAÇÃO 02

Foi constatado que o autuado lançou, no exercício de 2004, o referido produto com código da NCM 2202.9000 em seus documentos e livros fiscais, bem como nos arquivos magnéticos enviados ao SINTEGRA. O próprio autuado reconhece em sua peça defensiva, pg. 934 e cópia de nota fiscal anexa à pg. 977, que no ano de 2004 escriturou em suas notas fiscais o LEITE UHT ACHOCOLATADO com código NCM 2202.9000.

A classificação fiscal correta do produto supracitado é com o código NCM 2202.9000 - bebidas alimentares a base de leite ou de cacau, portanto, sujeito ao regime de substituição tributária, conforme prevê o art. 353 do RICMS/97, ITEM 3.4 que vigorou até 30/09/2005.

Em pesquisa feita na base de dados da SEFAZ/BA, foi constatado que já houve julgamento sobre a mesma matéria, mesmo produto e mesmo contribuinte através do ACÓRDÃO JJF Nº 0219-02/02 pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, a qual, julgou PROCEDENTE, a autuação, entendendo que o referido produto é "bebida alimentar a base de leite ou de cacau". O ACÓRDÃO CJF Nº 0349-12/02 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal ratificou a decisão tomada pela Junta de Julgamento Fiscal, embasado no entendimento da representante da PR

judgamentos anexos a esta diligência (ANEXO 2).

O autuado foi intimado e apresentou a composição do produto "LEITE ACHOCOLATADO", conforme ANEXO 01 desta diligência fiscal.

INFRACÃO 03

De acordo com o art. 29 do RICMS/BA "São isentas do ICMS as operações com produtos industrializados de origem nacional, nas saídas para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, exceto armas, munições, perfumes, fumo, bebidas alcoólicas, automóveis de passageiros e açúcar de cana, observado o seguinte (Convs. TCM 65/88 e 45/89, e Convs. ICMS 25/89, 48/89, 62/89, 80/89.01/90, 02/90 e 06/90): IU - a isenção é condicionada à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário".

Foi constatado que os documentos apresentados na peça defensiva (anexo 06 deste P AF) são romaneios emitidos pela própria autuada onde constamos nº de algumas notas fiscais autuadas e não comprovam a entrega das mercadorias aos contribuintes situados na Zona Franca de Manaus.

Observa-se também que o autuado não anexou em sua defesa os documentos relativos ao transporte das mercadorias, assim como o documento expedido pela SUFRAMA relacionado com o internamento das mercadorias, os quais, deveria conservar em seu poder como determina o § 4º do art. 597 do RICMS/97.

Quanto à questão do prazo de 60 dias para início do procedimento fiscal previsto no § 5º da Cláusula Décima Terceira do Convênio 36/97, entendo que ocorre quando a Secretaria da Fazenda da Bahia possui o controle fiscal da operação, ou seja, quando a repartição fiscal do estabelecimento do contribuinte tiver conhecimento prévio da realização das operações. No presente caso, as notas fiscais foram emitidas no exercício de 2004 e autuadas em 07/02/2008, através de ação fiscal, sendo que o autuado não comprovou que foram obedecidas as normas de controle fiscal das operações constantes dos § 1º a 5º do art. 597 do RICMS/BA.

Foi novamente verificado no site da SUFRAMA na internet se as notas fiscais apresentavam registro no referido Órgão e ficou constatado que os referidos documentos não estão habilitados para a emissão de declaração de ingresso, conforme resultados anexos (ANEXO 03 desta diligência).

INFRACÃO 06

Após análise, foi constatado que não é possível, no levantamento quantitativo dos estoques do exercício de 2005, a fusão dos códigos AOOO1 e AOOOIB que se referem ao produto "LEITE UHT INTEGRAL", sob pena de prejuízo ao Erário Público Estadual, uma vez que os referidos códigos representam produtos com tratamento tributário diferenciado pela legislação tributária do estado da Bahia. Dessa forma, ao realizar operações de saídas internas de mercadorias com código "AOOO1" como sendo "AOOOIB" a empresa recolhe o ICMS menor que o devido.

O LEITE UHT INTEGRAL representado pelo código "AOOOIB" é fabricado na unidade fabril da autuada localizada em Itapetinga/BA e possui um benefício fiscal de redução da base de cálculo em 58,825% nas operações de saídas internas de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%, conforme Decreto nº 7.826/00 que vigorou até 27/03/2008.

O LEITE UHT INTEGRAL representado pelo código "AOOO1" é proveniente da unidade fabril da autuada localizada em Palmeira dos Índios/AL e possui tributação normal, ou seja, nas operações de saídas internas a alíquota é de 17%.

Desta forma, mesmo sendo o mesmo produto, a distinção dos códigos é necessária devido ao tratamento tributário diferenciado adotado neste estado.

INFRACÃO 07 : Não há alteração a ser feita nesta infração.

INFRAÇÃO 08

Conforme o disposto na infração 02, Entendo que a classificação fiscal correta do produto supracitado é com o código NCM 2202.9000 - bebidas alimentares a base de leite ou de cacau, portanto, sujeito ao regime de substituição tributária, conforme prevê o art. 353 do RICMS/97, ITEM 3.4 que vigorou até 30/09/2005. Inclusive, este CONSEF já possui decisão definitiva sobre esta matéria através do acórdão CJF Nº 0349-12/02 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (ANEXO 02). Acrescento ainda que o produto "LEITE UHT ACHOCOLATADO", somente foi incluído no levantamento da falta de retenção do ICMS de 2005 até 30/09/2005, data em que vigorou o item 3.4 do art. 353 do RICMS/BA.

Quanto ao produto "TAMPICO PLUS", foi examinada a documentação apresentada na defesa do autuado e concluído que os referidos documentos não descaracterizam o enquadramento do mesmo no regime de substituição tributária.

Saliento que o contribuinte ingressou com uma consulta à DITRI, através do processo nº 22430220048 em 08/09/2004 sobre a matéria em lide, obtendo como resposta o parecer final nº 6521/2005(ANEXO 04) com a seguinte ementa: ICMS. Consulta. O produto "Tampico Plus" classificado no código 2202.10.00 da NCM e registrado no Ministério da Agricultura sob a denominação de "Bebida Mista de Frutas" encontra-se enquadrado no regime de substituição tributária, nas operações internas, em conformidade com o art. 353, II, item 3.2 do RICMS-BA.

Foi constatado ainda que o produto "BEBIDA MISTA DE FRUTAS TAMPICO PLUS", somente foi incluído no levantamento da falta de retenção do ICMS de 2005 até 30/09/2005, data em que vigorou o item 3.2 do art. 353 do RICMS/BA.

INFRAÇÃO 11

Após conferência do levantamento fiscal constante do anexo 11 deste PAF, foi concluído que todas as mercadorias utilizadas no cálculo da referida infração, estão enquadradas no regime de substituição tributária. No caso da nota fiscal nº 283641 o produto "LEITE CONDENSADO" não está incluído no referido regime, entretanto, não foi adicionado no cálculo do imposto substituído. Foi verificado também que os créditos fiscais destacados nas notas fiscais foram considerados no cálculo do imposto devido.

Foi constatado ainda que as notas fiscais referentes a esta infração não estão incluídas no levantamento quantitativo de estoque do ano de 2005, conforme afirma o autuado em sua defesa.

Conforme ANEXO 01 desta diligência fiscal, o autuado apresentou DAES de pagamentos de ICMS CONTRIBUINTE SUBSTITUTO DO ESTADO, referentes aos meses 12/2004; 06 e 09 de 2005, entretanto, não comprovam os pagamentos das notas fiscais específicas, ou seja, apresenta recolhimentos genéricos referentes às receitas supracitas.

Da análise dos documentos contidos nos autos, foi constatado que a obrigatoriedade da substituição tributária dos produtos é na saída destes produtos do estabelecimento do autuado. Assim, considerando que todos os produtos constantes das notas fiscais autuadas estão sujeitos à tributação nas saídas e o contribuinte não escriturou em seus livros fiscais as entradas dos documentos fiscais, entendo que a infração deve ser convertida em multa fixa de 10% do valor comercial das mercadorias conforme determina o Inciso IX, do art. 42 da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 12

Após análise das notas fiscais autuadas, foi verificado que constam mercadorias submetidas ao regime normal de tributação e ao regime de substituição tributária. Entendo não ser devida a retificação desta infração, pois, todos os produtos com estão sujeitas à tributação na saída do estabelecimento autuado

fase de tributação encerrada.

O autuado é substituto tributário neste estado de algumas mercadorias por ele comercializadas, possuindo a responsabilidade pela retenção e recolhimento nas saídas internas para fins de antecipação do imposto ao contribuinte alienante neste estado, porém, em relação a todas as mercadorias é obrigado a recolher o seu imposto próprio por ocasião das saídas, Dessa forma, descabe a revisão do levantamento fiscal com distinção de multa de 1% e 10%.

Do exposto, concluo estar correta a multa fixa de 10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal, conforme prevê o Inciso IX, do art. 42 da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 13

Em atendimento à diligência solicitada, foi constatado que o autuado utilizou a NCM 0403.1 000- IOGURTE para o produto "VALE GUT MORANGO SACHE 180ML", código "A00524" nos arquivos magnéticos entregues ao SINTEGRA referentes aos exercícios de 2004, 2005 e 2006, Livros de Inventário de 2004 (pg.49 deste PAF) e 2005 (pg. 681 deste PAF), além de escriturar nas notas fiscais. O próprio contribuinte reconhece que escriturou o produto com a NCM 0403.1000 e apresentou cópia da nota fiscal nº 335.255 em sua defesa alegando que lançou erradamente o código.

Após análise da composição do produto e pesquisas realizadas, foi concluído que apesar do autuado colocar nas notas fiscais a classificação fiscal para o produto "VALE GUT MORANGO SACHE 180ML" como sendo NCM 0403.1000 não se trata de "Iogurte" conforme prevê o inciso 3.3 do art. 353 do RICMS/97 para a substituição tributária.

O referido produto é bebida láctea e difere do iogurte, pois, a bebida láctea é mais líquida e possui valor nutritivo menor, enquanto o iogurte é mais consistente. A bebida láctea possui em sua composição leite e soro de leite enquanto que a base do iogurte é o leite. Apesar de estar na mesma posição (0403) do "Iogurte" na classificação fiscal da NCM, concluo que o produto "VALE GUT MORANGO SACHE 180ML" não pertence a mesma subposição(04031 000), logo, não está sujeito ao regime de substituição tributária no estado da Bahia.

Diante do exposto, foi feita a revisão fiscal da infração 13, com a exclusão do referido produto e apresentação de um novo demonstrativo de débito pela falta de retenção do ICMS do exercício de 2006 com um valor de débito do imposto apurado de R\$ 50.355,91, conforme documentos anexos a esta diligência (ANEXO 05).

INFRAÇÃO 14

Quanto a esta infração, entendo que não há alteração a ser feita, conforme os argumentos apresentados anteriormente referentes aos produtos autuados. Em relação à alegação de cerceamento de defesa pela falta de entrega do DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DAS OMISSÕES, informo que não procede, pois, o preposto da empresa atesta que recebeu um CD autenticado em que constava o referido demonstrativo, conforme recibo anexo a este PAF, pg. 31.

INFRAÇÃO 15

Não há alteração a ser feita nesta infração, tendo em vista que o autuado é substituto tributário neste estado, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária."

O autuado foi cientificado do resultado da revisão fiscal, conforme intimação e AR dos Correios às fls.1.149 a 1.150, sendo-lhe entregues cópias das folhas 1.061 a 1.148, porém, no prazo estipulado de 10 (dez) dias, não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, fica rejeitado o pedido de nulidade da ação fiscal que direta ou indiretamente foi argüido pelo defendente, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, estando todos os itens da autuação acompanhados de levantamentos e demonstrativos que foram entregues ao sujeito passivo, inclusive o CD (fl.31) com os levantamentos, e permitiram a ampla defesa e o contraditório, inclusive foram expedidas as intimações dando ciência das informações fiscais e dos novos elementos a elas anexados, bem como, o processo foi baixado em diligência para esclarecer as questões suscitadas na defesa. Portanto, não se encontram presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA, aprovado pelo Decreto 7.629 de 09/07/1999, para decretar a nulidade do presente lançamento tributário.

No mérito, das quinze infrações contempladas no Auto de Infração, os débitos relativos às infrações 04 e 10, nos valores de R\$ 3.108,53 e R\$ 1.808,96, relativamente à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS através de lançamento em duplicidade das Notas Fiscais nº 230999 e 15892, nos exercícios de 2004 e 2005, respectivamente, são totalmente subsistentes, porquanto, o sujeito passivo os reconheceu como devido, inclusive, comprovou o devido recolhimento, conforme DAE's no valor de R\$ 4.917,49 à fls.975, que apesar de não está autenticado, verifiquei no sistema da SEFAZ que realmente dita importância foi devidamente recolhida.

Quanto aos débitos nos valores de R\$3.823,49 e R\$28.527,25, lançados nas infrações 03 e 09, correspondentes à retenção e recolhimento a menor do ICMS, nos respectivos exercícios de 2004 e 2005, relativo às vendas de mercadorias relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, realizadas para contribuinte localizados neste Estado, os autuantes acolheram o argumento defensivo de que houve erro no levantamento fiscal na formação da base de cálculo do ICMS-ST em razão de ter sido considerado erroneamente o valor total dos documentos como base de cálculo para aplicação da MVA. Desta forma, são improcedentes tais itens da autuação.

No que tange aos itens 01, 02, 05 a 09, e 11 a 15, considerando que o autuado os impugnou e não concordou com os esclarecimentos prestados na informação fiscal, tornou-se necessário baixar o processo em diligência à Infaz de origem para uma revisão fiscal do lançamento dos referidos itens (fls. 1.057 a 1.059).

A diligência foi devidamente cumprida pelo Auditor Fiscal Amarildo Tosta Santos, conforme informação às fls.1.061 a 1.067, e o autuado foi cientificado do resultado da revisão fiscal, conforme intimação e AR dos Correios às fls.1.149 a 1.150, sendo-lhe entregues cópias das folhas 1.061 a 1.148.

Portanto, para proferir o meu voto, tomo por base os documentos de prova constantes nos autos e os esclarecimentos prestados na revisão fiscal, pois o sujeito passivo foi cientificado da mesma, e não se manifestou no prazo estipulado, caracterizando o seu silêncio, nos termos da legislação tributária, o reconhecimento do que foi argüido no referido trabalho revisional.

Desta firma, analisando os itens acima mencionados cada um de per si, é possível concluir o seguinte.

INFRAÇÕES 01, 06, 07, 14 e 15

O débito destas infrações foi apurado através de levantamento quantitativo de estoques, relativo aos exercícios de 2004 a 2006, e encontra-se devidamente demonstrado nos Anexos 1, 6, 7, 14 e 15, nos quais, constam especificadas e relacionadas as quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais; os estoques inicial e final, o demonstrativo de estoque, e a demonstração de apuração do débito conforme documentos às fls.33/591; 674/818; 820/821; 890/916 e 918.

O cálculo do débito de cada infração foi feito em perfeita conformidade com a Portaria nº 445/98, qual seja, com base:

- Na apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributadas, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada - com base na 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, referente ao exercício de 2004 (Infração 01).
- Nas operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, relativa ao exercício de 2005, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas (Infrações 06 e 14).
- Na falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, correspondente aos exercícios de 2005 e 2006 (Infrações 07 e 15).

Na defesa fiscal o autuado alegou que as quantidades apuradas foram valoradas em base presumidas e os valores constantes no Auto de Infração foram determinados por presunção, a partir do arbitramento da base de cálculo.

O levantamento quantitativo por espécie de mercadorias é um roteiro de auditoria que objetiva a conferência da regularidade da movimentação quantitativa de determinado período, toma por base as quantidades dos estoques iniciais e finais, as entradas, apurando as saídas reais que comparadas com as notas fiscais de saídas, se resultar diferença de saídas maior que a de entradas, leva a conclusão de que esta diferença decorre de entradas de mercadorias não registradas. E foi exatamente com base na apuração através de levantamento quantitativo que a fiscalização fundamentou estes itens da autuação, tornando descabido o argumento defensivo de que houve arbitramento.

Observo que não deve ser acatado o argumento defensivo de que as quantidades apuradas no trabalho fiscal foram determinadas por presunção, e que o cálculo do débito foi feito através de arbitramento da base de cálculo, pois as quantidades constantes nos levantamentos e demonstrativos que instruem estes itens foram extraídas da escrita do próprio estabelecimento autuado. Para refutar o trabalho fiscal de modo válido, o autuado deveria ter apontado quais quantidades de cada produto que estariam consignados erroneamente na auditoria de estoques, haja vista sua alegação de que mantém regularmente sistema de controle interno eficiente para os procedimentos adotados em seus diversos estabelecimentos, cujas operações são rigorosamente auditadas por Auditores Independentes.

Quanto a **infração 01**, o fulcro da autuação concerne a constatação de omissão de entradas de mercadorias apurada através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, no exercício de 2004, sendo exigido o imposto com base na presunção da realização de operações de saídas de mercadorias tributadas sem a tributação do ICMS.

Examinando o levantamento quantitativo que embasa a autuação, verifico que as quantidades apuradas não foram calculadas em bases presumidas, conforme alegou o autuado, mas com base na movimentação quantitativa das mercadorias auditadas no período fiscalizado, cujo trabalho fiscal encontra amparo no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, in verbis:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto

....

*§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de **entrada de mercadorias não contabilizadas** ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.” (negrito nosso)*

Quanto a discordância do autuado sobre os critérios utilizados para a apuração do débito com base no levantamento quantitativo, observo o seguinte:

a) Considerando que o lançamento está baseado numa presunção legal de operações de saídas de mercadorias omitidas, não assiste razão ao autuado de que, por se tratar de leite em pó a alíquota aplicável deveria ser de 7%, uma vez que caberia ser comprovado que a omissão de saídas foi exclusivamente de mercadorias sujeitas à tributação pela citada alíquota, o que não foi comprovado nos autos. A presunção legal é de que o sujeito passivo ao deixar de registrar as referidas aquisições efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos de operações de saídas anteriores realizadas e também, não registradas. Logo, o pedido formulado pelo sujeito passivo para ser aplicado o disposto no artigo 13, II, da Portaria 445/98 não tem como prosperar.

b) Quanto a alegação do autuado de que não foram consideradas nas entradas as notas fiscais que não foram escrituradas em sua escrita no ano de 2004, também não merece acolhida, uma vez que, conforme constatou a revisão fiscal, esta infração é referente à omissão de entradas de mercadorias no exercício de 2004 e as notas fiscais de entradas que não foram escrituradas pelo autuado na escrita fiscal de que cuida a infração 11, foram todas emitidas no ano de 2005, conforme anexo 11 do PAF, pgs. 856 a 863.

No tocante às **infrações 06 e 14**, o débito foi apurado com base em diferenças de saídas de mercadorias tributadas, nos exercícios de 2005 e 2006, cujos argumentos defensivos de que foi apurado por presunção e por arbitramento da base de cálculo, tais questões já foram apreciadas na infração 01.

Quanto as alegadas inconsistências na auditoria de estoques neste item, verifico o seguinte:

a) Conforme constatação na diligência fiscal, quanto a alegação de erro no código do produto Leite UHT Integral, a conclusão foi no sentido de que não foi possível, no levantamento quantitativo dos estoques do exercício de 2005, a fusão dos códigos AOOO1 e AOOOIB que se referem ao produto "LEITE UHT INTEGRAL", sob pena de prejuízo ao Erário Público Estadual, uma vez que os referidos códigos representam produtos com tratamento tributário diferenciado pela legislação tributária do Estado da Bahia. Assim, concordo com o diligente fiscal de que, ao realizar operações de saídas internas de mercadorias com código "AOOO1" como sendo "AOOOIB" a empresa recolhe o ICMS menor que o devido, haja vista que:

- O LEITE UHT INTEGRAL representado pelo código "AOOOIB" é fabricado na unidade fabril do autuado localizada em Itapetinga/BA e possui um benefício fiscal de redução da base de cálculo em 58,825% nas operações de saídas internas de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%, conforme Decreto nº 7.826/00 que vigorou até 27/03/2008.
- O LEITE UHT INTEGRAL representado pelo código "AOOO1" é proveniente da unidade fabril do autuado localizada em Palmeira dos Índios/AL e possui tributação normal, ou seja, nas operações de saídas internas a alíquota é de 17%.

b) quanto a alíquota aplicável, não concordo que o entendimento do autuado de que deve ser aplicada uma alíquota média e proporcional a quantidade de clientes tributados normalmente e microempresas, apesar do seu entendimento de que para a omissão

UHT Integral e Leite UHT Desnatado, sendo a alíquota interna desses produtos 7%, esta deveria ser a alíquota aplicável no presente caso.

Portanto, tendo em vista que o imposto devido foi apurado através de levantamento quantitativo dos estoques, para dar o tratamento tributário pretendido pelo autuado, torna-se necessário que ele comprovasse quais foram os destinatários das mercadorias omitidas, comprovação essa, que não foi feita. Por outro lado, quanto a alegação de que o produto possui dois códigos, conforme comentado acima, conclui não ser possível a junção dos produtos.

Quanto à alegação de cerceamento de defesa pela falta de entrega do DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DAS OMISSÕES, não há como acolher tal alegação, visto que consta no recibo à fl.31 dos autos que o sujeito passivo atestou ter recebido um CD contendo o referido demonstrativo, e pode exercer com plenitude o seu direito de defesa.

Por tudo o quanto exposto, ficam mantidas estes itens da autuação.

No que tange às **infrações 07 e 15**, o fundamento da autuação diz respeito à falta de retenção e o conseqüente recolhimento na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apuradas no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias dos anos de 2005 e 2006, de que cuidam as infrações 06 e 14.

Considerando que não restou comprovado, mediante revisão fiscal, erro na apuração do imposto dos itens 06 e 14, não há qualquer alteração nos itens em questão, por serem uma conseqüência direta do cometimento das infrações citadas.

Mantenho o lançamento destes itens, pois a metodologia de apuração do débito obedeceu ao roteiro de auditoria de estoques, e o débito foi calculado seguindo os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, e consta em cada demonstrativo que o autuado recebeu uma cópia, inclusive em CD, e exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Infração 05

A acusação fiscal neste item diz respeito ao fato de o autuado ter praticado, no exercício de 2004, operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, decorrente da falta de comprovação do internamento das mercadorias através do registro na SUFRAMA, das vendas para clientes na Zona Franca de Manaus, sendo utilizada a alíquota de 12%, cuja conclusão fiscal está baseada nas informações constantes dos documentos fiscais, arquivos magnéticos e livros fiscais do contribuinte, constando a realização de operação interestadual, relativa a remessa das mercadorias destinadas ao Estado do Amazonas.

De acordo com o art. 29 do RICMS/BA *"São isentas do ICMS as operações com produtos industrializados de origem nacional, nas saídas para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, exceto armas, munições, perfumes, fumo, bebidas alcoólicas, automóveis de passageiros e açúcar de cana, observado o seguinte (Convs. ICM 65/88 e 45/89, e Convs. ICMS 25/89, 48/89, 62/89, 80/8, 01/90; 02/90 e 06/90): IU - a isenção é condicionada à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário"*.

Foi suscitada a nulidade deste item, a pretexto de que houve preterição ao direito de defesa, por entender que o fisco baiano deveria atender aos prazos estipulados, no que tange aos 60 dias a ser disponibilizado para a ILPISA para apresentação da documentação relativa ao internamento, e que somente após esgotado este prazo, é que poderia ser constituído o crédito tributário mediante lançamento de ofício.

Ou seja, o sujeito passivo argumenta que o prazo determinado no Convênio 36/97 é de 60 dias após a notificação do Fisco, e como a notificação se deu em 13/02/2008, o prazo mínimo para que o fisco pudesse exigir a documentação do internamento seria 12/04/2008, tendo sido juntados documentos para comprovar o internamento das mercadorias objeto

Para elucidar estas questões, foi solicitado na diligência fiscal que fossem examinados se os documentos apresentados na defesa comprovam o internamento das mercadorias, sendo apurado que os documentos apresentados na peça defensiva (anexo 06 deste PAF) são romaneios emitidos pela própria autuada, onde foi constatado o número de algumas notas fiscais autuadas, sem comprovação da entrega das mercadorias aos contribuintes situados na Zona Franca de Manaus.

Além disso, o diligente traz a informação de que o autuado não anexou em sua defesa os documentos relativos ao transporte das mercadorias, assim como o documento expedido pela SUFRAMA relacionado com o internamento das mercadorias, os quais, deveria conservar em seu poder como determina o § 4º do art. 597 do RICMS/97.

Quanto à questão do prazo de 60 dias para início do procedimento fiscal previsto no § 5º da Cláusula Décima Terceira do Convênio 36/97, acolho a conclusão do diligente de que tal prazo ocorre quando a Secretaria da Fazenda da Bahia possui o controle fiscal da operação, ou seja, quando a repartição fiscal do estabelecimento do contribuinte tiver conhecimento prévio da realização das operações. Além do mais, no presente caso, as notas fiscais foram emitidas no exercício de 2004 e autuadas em 07/02/2008, através de ação fiscal, sendo que o autuado não comprovou que foram obedecidas as normas de controle fiscal das operações constantes dos § 1º a 5º do art. 597 do RICMS/BA.

Pelas razões acima alinhadas, concluo pela subsistência deste item da autuação, destacando que a diligência comprovou através de verificação no site da SUFRAMA na internet que as notas fiscais não apresentavam registro no referido Órgão e, portanto, que os referidos documentos não estão habilitados para a emissão de declaração de ingresso, conforme documentos anexados às fls.1.093/1.098, conclusão não rebatida pelo sujeito passivo.

INFRAÇÃO 11

O valor lançado neste item foi apurado com base em cópias de notas fiscais de entradas obtidas através do Sistema CFAMT da Sefaz/Ba, e não escrituradas nos livros fiscais, e diz respeito falta de recolhimento do ICMS no exercício de 2005, relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (docs.fls.856 a 863).

Analisando as razões defensivas observo que não assiste razão ao defendente que a exigência fiscal foi apurada por presunção fiscal, pois diz respeito exatamente a exigência de imposto sobre as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária constantes nos documentos fiscais relacionados às fls.856 a 863, inclusive o próprio autuado admitiu que não as escriturou em seus livros fiscais.

Quanto a dúvida levantada na defesa de que as mercadorias não estão enquadradas no regime de substituição tributária, a revisão fiscal procedida por fiscal estranho ao feito, a pedido do órgão julgador, comprovou o contrário, ou seja, que realmente é devida a exigência fiscal, com exceção do *produto* "LEITE CONDENSADO", constante na nota fiscal nº 283641, porém, que o referido não foi considerado no cálculo do imposto substituído neste item.

Quanto a alegação de que as mercadorias constantes nas notas fiscais geraram saídas tributadas em suas fábricas, e por via de consequência deixou de aproveitar os créditos fiscais destacados, também restou comprovado na revisão fiscal que os créditos fiscais destacados nas notas fiscais foram considerados no cálculo do imposto devido.

No tocante a alegação de que não foram computadas, no levantamento quantitativo de estoques das entradas de que cuida a infração 01, que se refere a omissão de entradas em 2004, as notas fiscais em questão, somente considerando as notas fiscais sem registro no ano de 2005, esta alegação não foi confirmada na revisão fiscal.

Relativamente aos valores recolhidos, o diligente fiscal após examinar os DAES constante no Anexo 01, referente a pagamentos de ICMS CONTRIBUINTE SUBSTITUIÇÃO, nos meses 12/2004; 06 e 09 de 2005, constatou que eles não comprovam

fiscais específicas, ou seja, apresenta recolhimentos genéricos referentes às receitas supracitadas. Apesar de tais constatações, concordo com a conclusão da revisão fiscal de que a obrigatoriedade da substituição tributária dos produtos objeto deste item é na saída dos mesmos do estabelecimento do autuado.

Desta forma, considerando-se a informação da diligência fiscal, de que todos os produtos constantes das notas fiscais autuadas estão sujeitas à tributação nas saídas e o contribuinte não escriturou em seus livros fiscais as entradas dos documentos fiscais, considero insubsistente a acusação fiscal, com a conversão da exigência fiscal em multa fixa, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias em razão da falta de registro das notas fiscais, conforme determina o Inciso IX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Assim, o imposto exigido neste item fica modificado para multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$8.171,78, calculado sobre o montante das notas fiscais no valor de R\$ 81.717,70.

Infração 12

Neste item foi aplicada a multa equivalente a 10% sobre as notas fiscais relacionadas às fls. 865 a 873 obtidas através do Sistema CFAMT, relativamente a entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no exercício de 2005.

O sujeito passivo não negou o cometimento da infração, porém, argüiu que houve a perda dos créditos fiscais destacados nos documentos fiscais não registrados, bem como, que foram desconsideradas tais documentos fiscais no levantamento quantitativo do ano de 2005 de que cuida o item 06. Esta questão já foi esclarecida no item 01 acima.

Considerando que a diligência fiscal atestou que *constam nas notas fiscais mercadorias submetidas ao regime normal de tributação e ao regime de substituição tributária na saída, e restando caracterizado o cometimento da infração, qual seja, entrada no estabelecimento de tais mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal*, mantenho a multa que foi aplicada, no percentual de 10%, conforme previsto no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÕES 02, 08 e 13

Analisarei estes itens conjuntamente, visto que tratam da mesma matéria em exercícios diferentes, qual seja, se referem à falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos exercícios de 2004, 2005 e 2006, respectivamente.

O levantamento do débito para cada infração encontra-se no CD autenticado contendo o Relatório no formato ACCESS, conforme Anexos 02, fls.593 a 604; anexo 08, fls.823 a 836; e Anexo 13, fls.875 a 888, respectivamente.

Diante das alegações defensivas, o processo foi baixado em diligência para esclarecer:

- se ocorreu erro de Classificação Fiscal 2202.9000 do item Leite UHT Achocolatado, nas duas embalagens, de 1 litro e de 200 ml., ou seja, qual o NCM consignado nos documentos fiscais, uma vez que o autuado alegou que esse produto possui Classificação Fiscal 0403.9000, não estando sujeito a substituição tributária prevista no artigo 353, do RICMS/97;
- qual a real composição do referido produto, qual seja, se pode ser enquadrado na Classificação NCM/SH 2202.90.00 - bebidas alimentares a base de leite ou de cacau;
- se com base na composição do produto TAMPICO, fosse informado se o mesmo estaria enquadrado no regime de substituição tributária;
- tomando por base a NF 335.255 (fl.1.021) apresentada na defesa

classificação do produto VALE GUT MORANGO SACHE 180ML - Código "A00524", sendo utilizado o NCM 0403.1000 de iogurte, uma vez que o autuado alegou que se trata de bebida láctea com essência de morango.

A diligência fiscal comprovou as conclusões abaixo, no sentido de que:

O autuado lançou, no exercício de 2004, o produto LEITE UHT ACHOCOLATADO com código da NCM 2202.9000 em seus documentos e livros fiscais, bem como nos arquivos magnéticos enviados ao SINTEGRA. Inclusive que o autuado reconhece em sua peça defensiva, pg. 934 e cópia de nota fiscal anexa à pg. 977, que no ano de 2004 escriturou em suas notas fiscais o LEITE UHT ACHOCOLATADO com código NCM 2202.9000.

A classificação fiscal correta do produto supracitado é com o código NCM 2202.9000 - bebidas alimentares a base de leite ou de cacau, portanto, sujeito ao regime de substituição tributária, conforme prevê o art. 353 do RICMS/97, ITEM 3.4 que vigorou até 30/09/2005.

Além disso, que em pesquisa feita na base de dados da SEFAZ/BA, foi constatado que já houve julgamento sobre a mesma matéria, mesmo produto e mesmo contribuinte através do ACÓRDÃO JJJ Nº 0219-02/02 pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, a qual, julgou PROCEDENTE, a autuação, entendendo que o referido produto é "bebida alimentar a base de leite ou de cacau". O ACÓRDÃO CJF Nº 0349-12/02 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal ratificou a decisão tomada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, embasado no entendimento da representante da PROFAZ, conforme cópias dos julgamentos que foram anexados no Anexo 02.

No que tange ao produto "TAMPICO PLUS", foi informado que a documentação apresentada na defesa não descaracteriza o enquadramento do mesmo no regime de substituição tributária, tendo em vista que a resposta da consulta formulada à DITRI, através do processo nº 22430220048 em 08/09/2004 sobre a matéria em lide, o parecer final nº 6521/2005(ANEXO 04) foi exarado no seguinte termo, em síntese: *"ICMS. Consulta. O produto "Tampico Plus" classificado no código 2202.10.00 da NCM e registrado no Ministério da Agricultura sob a denominação de "Bebida Mista de Frutas" encontra-se enquadrado no regime de substituição tributária, nas operações internas, em conformidade com o art. 353, II, item 3.2 do RICMS-Ba"*.

Além disso, foi constatado ainda que o produto "BEBIDA MISTA DE FRUTAS TAMPICO PLUS", somente foi incluído no levantamento da falta de retenção do ICMS de 2005 até 30/09/2005, data em que vigorou o item 3.2 do art. 353 do RICMS/BA.

Quanto a questão referente ao produto "VALE GUT MORANGO SACHE 180ML", foi constatado que o autuado utilizou a NCM 0403.100 - IOGURTE para o referido produto código "A00524" nos arquivos magnéticos entregues ao SINTEGRA referentes aos exercícios de 2004, 2005 e 2006, Livros de Inventário de 2004 (pg.49 deste PAF) e 2005 (pg. 681 deste PAF), além de escriturar nas notas fiscais. Inclusive, conforme salientado o diligente, o próprio contribuinte reconhece que escriturou o produto com a NCM 0403.1000 e apresentou cópia da nota fiscal nº 335.255 em sua defesa alegando que lançou erradamente o código.

O trabalho revisional também, após análise da composição do produto e pesquisas realizadas, concluiu que apesar do autuado colocar nas notas fiscais a classificação fiscal para o produto "VALE GUT MORANGO SACHE 180ML" como sendo NCM 0403.1000, não se trata de "Iogurte", conforme prevê o inciso 3.3 do art. 353 do RICMS/97 para a substituição tributária.

Tal conclusão está fundamentada no fato de que o referido produto é bebida láctea e difere do iogurte, pois, a bebida láctea é mais líquida e possui valor nutritivo menor, enquanto o iogurte é mais consistente. Assim, a bebida láctea possui em sua composição leite e soro de leite enquanto que a base do iogurte é o leite. Acolho esta conclusão, uma vez que, apesar de estar na mesma posição (0403) do "Iogurte" na classificação fiscal da NCM, o produto "VALE GUT MORANGO SACHE 180ML" não pertence a mesma subposição (04031 000), logo, substituição tributária no estado da Bahia, sendo devido a excl

levantamento do exercício de 2006. Desta forma, o débito lançado na infração 13, fica reduzido para o valor de R\$ 50.355,28, conforme demonstrativo no Anexo 05 (fls.1.104/1.148), elaborado pelo diligente fiscal.

Portanto, acolho as conclusões constantes na revisão fiscal em relação a estes itens, pois foram esclarecidas de forma satisfatória todas as questões solicitadas pelo órgão julgador, salientando-se que o autuado, o sujeito passivo tomou ciência das conclusões acima e não as rebateu, caracterizando, nos termos da legislação tributária, uma aceitação sobre as mesmas.

Assim, ficam mantidos os débitos dos itens 02 e 08, e reduzido o débito do item 13, para o total de R\$50.355,91.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$759.001,30, devendo ser homologado os valores já recolhidos, ficando o demonstrativo de débito das infrações 11 e 13 modificados conforme quadros abaixo.

RESUMO DO DÉBITO

INFRAÇÃO	VL.INICIAIS	VL.RECONHECIDOS	IMPROCEDENTE	PROC.EM PARTE	PROCEDENTE
1	87.844,37				87.844,37
2	107.398,21				107.398,21
3	3.823,49		3.823,49		-
4	3.108,53	3.108,53			-
5	36.128,66				36.128,66
6	74.999,64				74.999,64
7	5.741,12				5.741,12
8	248.592,77				248.592,77
9	28.527,25		28.527,25		-
10	1.808,96	1.808,96			-
11	10.762,96			8.171,78	
12	13.111,76				13.111,76
13	64.621,81			50.355,28	
14	120.718,69				120.718,69
15	1.020,90				1.020,89
TOTAIS	808.209,12	4.917,49	32.350,74	58.527,06	695.556,12

DEMONSTRATIVO DO
DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/12/2005	09/01/2006	8.717,70		10%0	8.171,78	11
				TOTAL	8.171,78	

DEMONSTRATIVO DO
DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/01/2006	09/02/2006	35.204,76	17	60	5.984,81	13
28/02/2006	09/03/2006	20.870,29	17	60	3.547,95	13
31/03/2006	09/04/2006	21.089,35	17	60	3.585,19	13
30/04/2006	09/05/2006	15.500,65	17	60		
31/05/2006	09/06/2006	19.054,00	17	60		

30/06/2006	09/07/2006	49.906,94	17	60	8.484,18	13
31/07/2006	09/08/2006	18.744,94	17	60	3.186,64	13
31/08/2006	09/09/2006	36.142,41	17	60	6.144,21	13
30/09/2006	09/10/2006	16.157,00	17	60	2.746,69	13
31/10/2006	09/11/2006	18.943,53	17	60	3.220,40	13
30/11/2006	09/12/2006	27.897,12	17	60	4.742,51	13
31/12/2006	09/01/2007	16.696,53	17	60	2.838,41	13
TOTAL					50.355,28	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207101.0001/08-5**, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A - ILPISA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$737.717,12**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$454.154,42 e 70% sobre R\$283.562,70, previstas no artigo 42, II, “a”, “b”, “e”, “f”, VII, “a”, III e V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$21.283,54**, prevista no inciso IX do citado dispositivo legal, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR