

A. I. Nº - 129712.0003/12-1
AUTUADO - CARBALLO FARO & CIA. LTDA. (PERINE)
AUTUANTE - MARIA CRISTINA ALVES CORREIA SANTOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 14.05.2014

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0038-06/14

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Está demonstrada a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias em exercícios distintos. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, relativamente a cada exercício. A omissão de saídas por si só configura a ocorrência do fato gerador, pois a saída constitui o elemento temporal da norma jurídica que define o fato tributável. Refeitos os cálculos com redução dos valores inicialmente apurados. Infração parcialmente caracterizada. **2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO. SAÍDAS SUBSEQUENTES COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. PROPORCIONALIDADE.** Cabível a exigência do estorno de crédito referente a materiais de embalagem utilizados no acondicionamento de mercadorias cujas saídas eram isentas de ICMS. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte. **3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte. **b) MERCADORIAS BENEFICADAS POR ISENÇÃO.** Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte. **c) MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO.** Comprovado nos autos que os materiais relacionados na autuação eram destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Infração caracterizada. **4. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte. Afastada a arguição de nulidade. Indeferida a solicitação de diligência. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/11/12, para exigir ICMS no valor de R\$407.112,69, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2007, 2008, 2009 e 2010), levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. ICMS: R\$264.787,09. Multas: 70% e 100%.

INFRAÇÃO 2. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção, no período de janeiro de 2007 a junho de 2010. ICMS: R\$70.326,72. Multa 60%.

INFRAÇÃO 3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, no período de janeiro de 2007 a junho de 2010. ICMS: R\$14.347,38. Multa: 60%.

INFRAÇÃO 4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção, no período de janeiro a dezembro de 2008. ICMS: R\$3.916,22. Multa: 60%.

INFRAÇÃO 5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de materiais para uso e consumo do próprio estabelecimento, no período de janeiro de 2007 a junho de 2010. ICMS: R\$15.903,67. Multa: 60%.

INFRAÇÃO 6. Recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro de 2007 a julho de 2010. ICMS: R\$37.831,61. Multa: 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 847 a 860) e, inicialmente, diz que a razão social Carballo Faro & Cia Ltda., foi vendida em 2010, passando à razão social Perini Ltda.; que vende produtos alimentícios tanto de fabricação própria como produzidos por terceiros; que os itens de fabricação própria são feitos parte em suas unidades específicas para tal fim e parte em suas lojas, onde também comercializava mercadorias anteriormente adquiridas; e que para o preparo de seus produtos são consumidos muitos materiais.

Afirma que, na ação fiscal, a autuante deixou de considerar a existência de Regime Especial concedido pela Administração Tributária por meio do Parecer nº 1332/1996, alterado pelo Parecer nº 3080/2004, que permite a emissão diferenciada de documentos fiscais que, de certa forma, altera alguns critérios previstos no RICMS-BA/97.

Quanto à infração 1, afirma que o levantamento realizado pela autuante contém os seguintes equívocos relacionados a seguir, os quais constam nas planilhas anexada à defesa.

- a) Indicação de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária que tiveram o imposto novamente cobrado, mesmo já tendo encerrada a fase de tributação.
- b) Produtos tributados quando beneficiados com redução de 100% da base de cálculo, como o caso do bacalhau congelado desalgado, que foi confundido com o peixe da mesma espécie salgado. Diz que também foram encontrados alguns produtos isentos.
- c) Compensa com Código: referente a produtos que tiveram saída por outros códigos. Afirma que tal procedimento foi informado ao Fisco por meio de termo lavrado no livro Registro de Ocorrências, conforme exige a legislação.
- d) Estoques não contados/contados a maior/menos: referente a quantidades constantes nos próprios arquivos magnéticos utilizados pelo Fisco, mas que por falha na junção de códigos, terminaram por não serem computados ou foram computados erradamente.
- e) Entradas não contadas/contadas a maior/menos: idem, idem, item anterior.
- f) Utensílios de cozinha, que não teriam saídas por força de sua destinação.
- g) Uso na loja: sobre essa identificação uma explicação mais abrangente necessita ser feita, conforme relatado a seguir.

Diz que é fornecedor de alimentação e, assim, vários produtos que tiveram “saídas zero” foram adquiridos para serem utilizados em outros produtos. Afirma que as diferenças de produtos tipo queijos, frios, azeitonas, azeites, adoçantes, camarão, molhos, etc. foram utilizados no fornecimento de alimentação.

Ressalta que a sua atividade – fornecimento de alimentação – não é considerada industrial e, portanto, não lhe é exigida a demonstração de produção, seja através de relatórios, seja por meio de livro de Controle da Produção e Estoque.

Admite a sua falha ao não emitir nota fiscal para dar baixa no estoque de produtos de consumo, tais como papel higiênico, produtos de limpeza, sabonetes, etc., itens que diz reconhecer, juntamente com outros que são objeto de perda normal, mas que também não providenciou, por falha gerencial, a emissão dos documentos fiscais para a baixa.

Sustenta que, após os devidos ajustes, o valor devido na infração 1 é de R\$87.181,00, sendo: R\$11.377,70, em 2007; R\$29.152,24, em 2008; R\$13.051,30, em 2009; R\$33.599,76, em 2010.

Quanto à infração 2, diz que no mês de competência 02/2009 deve ser excluído do cálculo o valor apurado para as Notas Fiscais nºs 854 e 169030, referentes a “embalagem para acarajé”, pois essa embalagem não está sujeita a nenhum critério de proporcionalidade, já que utilizada exclusivamente em produtos tributáveis. Afirma que, no mês 02/2009, deve ser excluído o montante de R\$10.483,50, ficando o valor devido naquele mês reduzido para R\$499,74.

Ainda quanto à infração 2, suscita a nulidade desse item do lançamento por cerceamento de defesa, pois considera que os demonstrativos elaborados pela autuante não são claros quanto ao critério utilizado na determinação da proporcionalidade.

Relativamente à infração 3, diz que os produtos relacionados a seguir não estão sujeitos ao regime de substituição tributária.

- Lombo Canadense/Berna/Nevarte e Copa. Produto industrializado, enquadrado na NCM nº 1601, não está sujeito a nenhuma das hipóteses de substituição tributária, previstas no art. 353, II, do RICMS-BA/97. Não se pode confundir um produto industrializado, derivado de carne, tipo “enchido” ou “embutido”, com os produtos em estado natural, previsto no item 9 do inciso II do artigo 353 do RICMS-BA/97. Para comprovar seu entendimento, anexa a Nota Fiscal nº 432846 (fl. 867), bem como faz alusão ao constante no *site* da empresa emissora da referida nota fiscal, no qual consta a NCM nº 1601 para o citado produto.
- Pernil Ibérico/Serrano. Produto importado que não sujeito ao regime de substituição tributária por não se enquadrar no item 9 do inciso II do artigo 353 do RICMS-BA/97, conforme Nota Fiscal nº 188207 (fl. 868) e planilha de cálculo apresentada ao Fisco quando da importação (fl. 869).
- Churrasco e Sobrepaleta Aurora. Diz que também não está sujeita à substituição tributária.
- Turron. Não se enquadra no regime de substituição tributária e, portanto, permitida a apropriação do crédito fiscal das entradas. Explica que se trata de produto espanhol, importado, conforme identificado no Extrato de Licenciamento de Importação como “doce de amêndoa sem açúcar”. Anexa cópia da Nota Fiscal nº 143408 (fl. 870) e do documento do Siscomex (fl. 871).
- Iogurte de Soja. O iogurte que incluso nos item 3.3 do inc. II do art. 353 do RICMS-BA/97 é aquele classificado na NCM nº 0403.10.00, conforme item da TIPI que transcreve. Sustenta que, portanto, somente os iogurtes de leite estão enquadrados no regime de substituição tributária, não aqueles preparados à base de soja.
- Cola. A glosa em relação ao exercício de 2008 foi indevida, pois esse produto somente foi incluído na substituição tributária a partir de 01/01/09, conforme art. 353, II, 16.6, do RICMS-BA/97, se fosse cola para madeira. Contudo, os produtos listados na autuação são cola instantânea, o que torna improcedente a glosa dos créditos.
- Produto Próprio Não Sujeito à Substituição Tributária. Diz que a sua tributação é diferenciada, pois adota regime especial conforme já dito no início da defesa. Explica que o *modus operandi* é que a produção será realizada em unidades fabris, que não podem efetuar vendas nem operar de “portas abertas” e que têm como único objetivo fabricar os produtos que não possam ser feitos nas lojas. Afirma que não existe estabelecimento industrial

enviando mercadorias para estabelecimento varejista. Os estabelecimentos fabris são extensão das lojas que efetuam as vendas diretamente a consumidores finais. Sustenta que, assim, não ocorre a hipótese de incidência da substituição tributária e as saídas nas lojas são tributadas normalmente e, em consequência, o crédito é admissível.

Reconhece como devido na infração 3 o valor de R\$3.972,28, conforme tabela que apresenta.

No que tange à infração 4, diz que o produto “Castanha de Caju Inteira Crua” é isenta nas condições previstas no art. 14, XIX, do RICMS-BA/97, cujo teor transcreve. Conclui que, como não foi atendida a condição, o produto é tributado e, portanto, o crédito é legítimo. Afirma que o produto “Amendoim c/Casca In Natura” não está listado nos artigos 14 a 32-L do RICMS-BA/97 e, dessa forma, é tributado e tem direito ao crédito fiscal. Quanto ao produto “Banana D’água/Prata/Terra”, reconhece que utilizou indevidamente crédito fiscal, no mês 09/2008, no valor de R\$53,65.

Relativamente à infração 5, diz que os materiais relacionados na autuação são produtos descartáveis, além de “placas perini” que são materiais personalizados para embalar produtos próprios. Afirma que não procede a glosa dos créditos, pois os materiais são indispensáveis à comercialização, funcionando como embalagem, com direito a crédito admitido pelo art. 93, I, “a”, do RICMS-BA/97. Aduz que a Administração Tributária já reconheceu não serem os produtos em discussão materiais de uso e consumo através do Parecer DITRI nº 13203/2012, do qual transcreve parte da ementa. Em seguida, apresenta tabelas com o valor que considera devido.

Quanto à infração 6, diz que o produto “Bacalhau Lombo” é congelado e importado, conforme Nota Fiscal nº 193299 e Guia de Desoneração (fls. 872 e 873). Afirma que esse produto tem redução de base de cálculo de 100%, consoante o art. 87, XXXVI, do RICMS-BA/97. Apresenta tabelas com os valores referentes a esse produto que, no seu entendimento, são indevidos.

Solicita a realização de diligência, por auditor fiscal estranho ao feito, para que sejam apreciados os fatos e as planilhas apresentadas na defesa.

Ao finalizar, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado parcialmente nulo e parcialmente procedente.

Na informação fiscal, fls. 876 a 885, a autuante diz que na auditoria fiscal foi considerado o perfil da empresa. Afirma que a ação fiscal foi desenvolvida em profundidade, tendo em vista a complexidade das operações e o Regime Especial concedido ao autuado pelo Parecer DITRI nº 3080/2004, o qual foi alterado pelo Parecer DITRI nº 112971/2009, por recomendação da Corregedoria, após constatar que esse Regime Especial causava grandes prejuízos para o Erário Estadual.

Quanto à infração 1, passa a apreciar os argumentos defensivos conforme relatado a seguir.

a) Produtos sujeitos ao regime de substituição tributária. Acata parcialmente os argumentos defensivos da seguinte forma:

- exercício de 2007 – acatado em relação ao produto Biscoito, código nº 611220;
- exercício de 2008 – acolhido os produtos Chocolates, códigos nºs 626545 e 53045, e Torrone, códigos nºs 593663, 593670 e 593694;
- exercício de 2009 – acatado os produtos com códigos nºs 2974 (Leitão Suíno B), 39321 (Maminha Bassi Alcatr), 26055 (Osso Buco Wessel Bov), 7891268400038 (Antisséptico Bucal L), 7891035320309 (Cera Poliflor Pratic), 7894900140019 (Fanta Uva Light).

Não foram acolhidos os produtos nºs 7891156010011 (Taffman-E Yakult Com), 7891156001040 (Leite Yakult Ferm), pois tratam de leite fermentado, classificados como bebida láctea excluída da substituição tributária pela alteração nº 66, Dec. nº 9547/05, que revogou o item 3.4 do inc. II do art. 353 do RICMS-BA/97.

b) Produtos tributados com redução de base de cálculo. Reconheceu parcialmente a procedência dos argumentos defensivos da seguinte forma:

- exercício de 2007 – acatou quanto ao produto nº 535564 (Medalhão Damm Robalo);
- exercício de 2008 – aceitou quanto ao produto nº 418669 (Arroz Okoshi Takara Fra);
- exercício de 2009 – acolheu quanto aos produtos nºs 137140 (Arroz Arborio Curtiriso), 8004145090072 (Arroz Arborio Steppe), 7896011946757 (Arroz Blue Ville Ceb), 7896011946740 (Arroz Blue Ville Ver), 7896011946788 (Arroz Blue Ville Pim), 7897163401019 (Arroz Okoshi Takara Fra), 8001860080012 (Arroz Scoti Vialone), 55918 (Salmão Damm Def Post), 7896079901149 (Salmão Damm Gravlax), 646697 (Salmão Salg Sandalo Da).

Não foi acatado o argumento defensivo quanto ao produto nº 789824606345 (Filé Arenque Alstert), pois trata de pescado industrializado, defumado e não *in natura*, portanto, sem redução de base de cálculo, conforme prevê o Dec. nº 10.948/08.

- exercício de 2010 – acatou quanto ao produto nº 19231 (Bacalhau Dias Cong. Desa).

Não foi acatado o argumento defensivo quanto aos produtos Filé Arenque (código nº 7898246060369 e nº 33961), pois são pescados industrializados, defumados e não *in natura*, portanto, sem redução de base de cálculo, conforme prevê o Dec. nº 10.948/08.

c) “Compensa com códigos. Referente a produtos que tiveram saídas por outros códigos”. Diz que dos produtos relacionados que tiveram alterações de códigos considerou aqueles cujas diferenças entre as omissões de entradas e de saídas foram iguais ou com pequenas diferenças, conforme relatado a seguir:

- exercício de 2007: o código nº 45.612 (Bacalhau norueguês) foi compensado com o código nº 18.920; o código nº 56.649 (Azeitona) foi compensado com o código nº 54.942;
- exercício de 2008: o código nº 45.612 (Bacalhau norueguês) foi compensado com o código nº 18.920;
- exercício de 2009: o código nº 45.612 (Bacalhau norueguês) foi compensado com o código nº 18.920.

Explicou que os demais produtos relacionados na planilha anexada à defesa apresentam diferenças expressivas entre as omissões de entradas e de saídas e, portanto, as compensações não foram admitidas.

d) “Estoques não contados/ contados a maior/menos”. Afirma que esse argumento defensivo é totalmente improcedente, pois as quantidades de Inventário Inicial e Inventário Final dos produtos relacionados pelo autuado como “estoques não contados ou contados a menor/menor” foram aquelas informadas pela empresa no Registro nº 74 do SINTEGRA e no livro Registro de Inventário no exercício de 2007, conforme se pode observar, por exemplo, no produto de código nº 647281 – Amaciante Ipê Acochego. Aduz que, conforme o livro Registro de Inventário de 2007 (fl. 837), todos os produtos relacionados na planilha anexada à defesa têm valores de estoque inicial e final “zero”, estando, portanto, corretos os valores das omissões.

e) “Entradas não contadas/contadas a maior/menos”. Sustenta que essa alegação está equivocada, pois todos os valores apontados como incorretos na planilha elaborada pelo autuado conferem com os informados pela empresa nos Registros 50 e 54 dos arquivos do SINTEGRA, que foi a base para o levantamento quantitativo. Apresenta tabela com um dos produtos contestados, visando demonstrar a correção do levantamento quantitativo realizado.

f) “Utensílios de cozinha”. Acata em parte o argumento defensivo, conforme relatado a seguir:

- exercício de 2007: acolhe a defesa quanto aos produtos nºs 591348 (Bagueteira Gde), 591355 (Bagueteira Peq) e 616607 (Suporte p/Condimentos). Não acata quanto aos produtos 637756 (Conj Tramont Faca Inox 2) e 379601 (Corta Gotas Screwpull 5), uma vez que esses produtos

entraram com CFOP's nºs 1102 e 1152 (compra e transferência para comercialização), com destaque de ICMS e utilização de crédito.

- exercício de 2009: não acata a defesa quanto ao produto nº 591348 (Bagueteira Gde), pois entrou com o CFOP nº 1152 (transferência para comercialização) e houve utilização de crédito.
- g) “Uso na Loja”. Diz que esse argumento não tem fundamento legal, pois a retirada de produto para o preparo de outros teria que ser feita mediante a emissão de nota fiscal para a baixa do estoque, utilizando o CFOP nº 5949, o que frisa não ter havido. Frisa que a atividade do autuado não é o fornecimento de refeições, mas sim “*Padaria e Confeitaria com predominância de revenda – Cod. de atividade econômica nº 4721102*”, conforme os dados cadastrais da Secretaria da Fazenda.

Afirma que, após as devidas retificações, o valor devido na infração 1 passa para R\$223.375,10, conforme tabela que apresenta.

Quanto à infração 2, concorda com o argumento defensivo referente à embalagem de acarajé e exclui da autuação o débito correspondente. Em consequência, o valor devido no mês 02/2009 passa para R\$499,74, enquanto o total da infração em tela passa para R\$59.843,22. No que tange à nulidade arguida, diz que a infração está perfeitamente caracterizada e foi demonstrada nos relatórios “Crédito Indevido Material Embalagem” (Anexo IV, fls. 369 a 443).

Relativamente à infração 3, a autuante passa a rebater os argumentos defensivos conforme relatado a seguir.

- - “Lombo Canadense/Berna/Nevarte e Copa”. Todos os produtos citados estão enquadrados na substituição tributária, pois se trata de carnes resultantes do abate de aves e de gados bovinos e suínos, congelados e defumados ou temperados, conforme previsto no item 9 do inc. II do art. 353 do RICMS-BA/97.

Ressalta que a Nota Fiscal nº 43.246, trazida na defesa (fl. 867), contém o mesmo produto “lombo” tanto classificado com NCM nº 1601 como NCM nº 0210, que é o previsto no citado dispositivo legal, portanto, sujeito à substituição tributária.

- “Pernil Ibérico/Serrano”. Diz que esse produto se enquadra na substituição tributária, de acordo com descrição prevista no item 9 do inc. II do art. 353 do RICMS-BA/97, uma vez que são “produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados”. Além do mais, o fato de ter sido importado não desobrigou o contribuinte de fazer a antecipação total na entrada.
- “Churrasco e Sobrepaleta Aurora”. Afirma que esse produto também está enquadrado na substituição tributária, pois é resultante do abate de gado bovino e suíno, refrigerado e temperado, conforme contido no referido art. 353 do RICMS-BA/97.
- “Turron”. Acolhe o argumento defensivo e exclui os valores correspondentes da autuação.
- “Iogurte de Soja”. Diz que o item 3.3 do inc. II do art. 353 do RICMS-BA/97 fala em iogurte, NCM nº 0403.10.00, cuja descrição na Tabela de Códigos NCM é apenas iogurte, não especificando ser de leite ou de soja, portanto esse referido produto está na substituição tributária.
- “Cola”. Acata o argumento defensivo quanto aos exercícios de 2007 e 2008, pois a redação anterior do item 16 do inc. II do art. 353 foi dada pela Alteração nº 108, vigente a partir de 01/01/09. Quanto aos exercícios de 2009 e 2010, diz que é inquestionável o enquadramento na substituição tributária, pois se trata de cola super bonder, e o item 16.6 do inc. II do art. 353, redação dada pela alteração nº 143, somente excluiu cola cascolar branca e colorida em bastão ou líquida.
- “Produto Próprio Não Sujeito à Substituição Tributária”. Explica que o Regime Especial citado, bastante polêmico, foi concedido nos termos do parecer GETRI nº 1332/96 e alterado por recomendação da Corregedoria/SEFAZ pelos Pareceres GECOT nº 3080/04 e 14633/06. Afirma que

os produtos de fabricação própria sujeitos à substituição tributária são tratados no item 5.2 do regime que assim dispõe: *“Os produtos de fabricação própria serão transferidos, a preço de custo, com destaque do imposto na respectiva Nota Fiscal, com alíquota de 17%, exceto nas transferências de produtos desonerados do imposto, conforme art. 506-E do RICMS-BA/97, por força da substituição tributária de farinha de trigo.”* Portanto, pelo citado Regime Especial os pães, bolos e biscoitos de marca Perine não dariam direito ao crédito, porquanto derivados farinha de trigo e com fase encerrada de tributação.

Exercício de 2007: quanto ao item nº 00000000025 (Bisc. Fest Morango Perine), diz que não acata o argumento defensivo, pois esse produto está fora do Regime Especial, já que é derivado de farinha de trigo e, portanto da substituição tributária, não dá direito ao crédito. Diz que às fls. 432 a 439, anexou notas fiscais de transferência da unidade de fabricação da Perine/Vasco da Gama comprovando que o produto é transferido, com CFOP nº 5408 e alíquota zero.

Exercício 2008: Admite a procedência do argumento defensivo quanto aos itens nº 0000000432 (Café Native Org) e nº 0000000572 (Choc. Toblerone Snow). Diz que os itens nº 00000000016 (Bolo Inglês Perini), nº 00000000017 (Bolo Madalena Baunilha), nº 00000000017 (Bolo Madalena Chocolate), nº 00000000018 (Bolo Madalena Goiana Perini) e nº 00000000017 (Bolo Madalena Mármore P) não estão contemplados no regime especial, pois são desonerados do imposto conforme art. 506-E do RICMS-BA/97, sendo o crédito indevido. Diz ter, às fls. 432 a 439, anexado notas fiscais de transferência da unidade de fabricação da Perini Vasco da Gama comprovando que os produtos são transferidos, com CFOP nº 5408 e alíquota zero.

Exercício de 2009: Admite o argumento da defesa quanto aos itens nº 00000000007 (Choc Perini Un) e nº 00000000003 (Ovo Páscoa Espec. Perini). Não acolhe a defesa quanto ao item nº 00000000016 (Bolo Inglês Perini), pois está fora do Regime Especial, uma vez que são desonerados do imposto conforme art. 506-E do RICMS-BA/97, sendo o crédito indevido. Diz ter, às fls. 432 a 439, anexado notas fiscais de transferência da unidade de fabricação da Perini Vasco da Gama comprovando que os produtos são transferidos, com CFOP nº 5408 e alíquota zero.

Exercício de 2010: Acolhe o argumento defensivo quanto aos itens nº 00000000003 (Ovo Páscoa Espec. Perini), nº 00000000021 (Ovo Páscoa ao Leite Perini) e nº 00000000033 (Ovo Páscoa Croc ao Leite P).

Diz que, após as devidas exclusões, a infração 3 subsiste parcialmente no valor de R\$10.648,58, sendo; R\$3.260,21 em 2007; R\$3.096,66 em 2008; R\$2.446,54 em 2009; R\$1.845,17 em 2010.

Quanto à infração 4, afirma que os itens contestados (castanha de caju inteira e amendoim) são produtos *in natura* e estão enquadrados na alínea “b” do inc. I do art. 14 do RICMS-BA/97, que só excetuou amêndoa e nozes. Menciona que esses itens constam no arquivo Sintegra, no Registro nº 60 R (vendas com cupom fiscal), com alíquota zero, código I (isentos).

No que tange à infração 5, diz que a alegação defensiva de que os materiais de uso e consumo, tais como talheres, copos, canudos, pratos, pazinha de sorvetes e guardanapos, são embalagens é totalmente inusitada e foge inteiramente ao que se considera como material de embalagem. Para respaldar seu posicionamento, transcreve definição do verbete embalagem constante no Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Ressalta que o Parecer DITRI que foi citado na defesa não se aplica ao caso, porque a atividade do autuado não é fornecimento de refeição, mas sim Padaria e Confeitaria com predominância de revenda - Cod. de atividade econômica nº 4721102, conforme consta dos dados cadastrais da Secretaria da Fazenda.

Quanto à infração 6, acata o argumento defensivo referente ao produto bacalhau lombo, código nº 13369, tendo em vista as provas apresentadas na defesa. Efetua as devidas correções, passando o valor devido no exercício de 2010 para R\$2.703,91 e o total da infração 6 para R\$33.250,58.

Ao finalizar, a autuante solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

O autuado foi notificado acerca do resultado da informação fiscal, quando recebeu cópia dos novos demonstrativos, tudo conforme recibos às fls. 887, 888 e 892 e 893.

Ao se pronunciar nos autos, fls. 895 a 898, o autuado, referindo-se à infração 1, diz que a autuante:

- exercício de 2007: deixou de acatar a alegação de saída do produto código nº 55499 por meio do código nº 2899, e de mais seis produtos, sem fazer qualquer referência; o estoque final de 46 produtos não foi contado, tendo a autuante mencionado um produto como conferido, sem admitir sua diferença e sem se referir aos demais; não se pronunciou sobre a quantidade de entrada contada a mais, sobre produto isento e sobre material de embalagem.
- exercício de 2008: omitiu-se quanto ao produto de código nº 680073, aos produtos isentos e com redução de 100% de base de cálculo; não considerou os produtos que tiveram as saídas registradas em outros códigos.
- exercício de 2009: omitiu-se quanto a vários produtos isentos, da substituição tributária e com redução de base de cálculo em 100%; não confere os quantitativos errados de entradas de 28 produtos; equivoca-se na interpretação dos produtos Taffman-E e Leite Fermentado.
- exercício de 2010: não confere os quantitativos errados de entradas de 26 produtos; não retira produtos com saídas sem tributação.

Diz que a autuante, em todos os exercícios fiscalizados, desconsidera os produtos utilizados na elaboração de produtos próprios, embora reconheça no parágrafo terceiro de suas considerações que a empresa vende produtos de fabricação própria. Diz que a auditora se contraria quando no primeiro parágrafo da folha 881 diz que a atividade da autuada não é o fornecimento de refeição e sim Padaria e Confeitaria. Ressalta que a sua atividade principal não era Padaria e Confeitaria e sim “Delicatessen”, uma espécie de fornecedor de alimentação definida como atividade comercial específica e mais evoluída que uma simples “Padaria” na confecção de produtos.

Diz que os pontos não acatados pela autuante ficam dependentes de uma nova verificação mediante diligência a ser executada por auditor fiscal estranho ao feito.

Quanto à infração 2, acata o resultado da informação fiscal, reconhecendo como devido o valor de R\$59.843,22. Diz que fica, portanto, prejudicada a alegação de nulidade dessa infração.

Relativamente à infração 3, reitera os argumentos trazidos na defesa e diz que a autuante distorce a legislação e se equivoca quanto ao produto cola relativamente aos exercícios de 2009 e 2010.

No que tange à infração 4, diz que a autuante concorda o argumento defensivo referente aos produtos Cod. nº 00000000002 – Castanha de Caju Inteira Crua e Cod. nº 00000000005 – Amendoim c/Casca In Natura, restando devido apenas, R\$53,65, referente ao mês 09/2008.

Quanto à infração 5, afirma que a autuante tenta distorcer a aplicação dos produtos. Sustenta que o citado Perecer DITRI reflete o entendimento da Administração Tributária sobre o tema.

Relativamente à infração 6, diz que a autuante concordou com os argumentos defensivos e reduziu o valor cobrado.

Ao finalizar, diz que a informação fiscal foi incompleta e, em consequência, há necessidade da realização de diligência.

As se pronunciar à fl. 903, a autuante afirma que a informação fiscal foi prestada de forma detalhada e criteriosa, tendo sido acatados diversos itens da defesa. Menciona que, na informação fiscal, foram elaborados novos demonstrativos, reduzindo o débito das infrações 1, 2, 3 e 6, conforme o CD-ROM anexado à fl. 886. Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Constam às fls. 913 a 916, Termo de Confissão de Dívida, no valor de R\$183.111,03, acompanhado de Demonstrativo de Débito em igual valor.

VOTO

Inicialmente, afasto a arguição de nulidade quanto à infração 2, pois não houve o alegado cerceamento de defesa, já que a apuração do imposto está claramente demonstrada nos anexos

que acompanham o Auto de Infração. Além disso, observa-se que o valor que remanesceu nessa infração após a informação fiscal (R\$59.843,22) foi reconhecido como devido pelo autuado.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que o resultado da informação fiscal e os demais elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

A infração 1 trata de falta de recolhimento de ICMS, no valor total de R\$264.787,99, decorrente de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias nos exercícios fechados de 2007, 2008, 2009 e 2010.

Em sua defesa, o autuado apontou diversos equívocos que, no seu entendimento, estavam presentes no levantamento quantitativo realizado pela autuante. Na informação fiscal, a autuante acolhe parcialmente o argumento defensivo e faz as devidas correções no levantamento quantitativo de estoques, passando o valor devido nesse item do lançamento de R\$264.787,09 para R\$223.375,10. Notificado acerca do resultado da informação fiscal, o autuado se pronunciou às fls. 895 a 898, indicando os equívocos que, no seu entendimento, ainda persistiam no levantamento quantitativo de estoques.

Dessa forma, passo a apreciar os argumentos defensivos constantes dessa manifestação de fls. 895 a 898, considerando que quanto aos demais argumentos trazidos na defesa o silêncio do defendente demonstra o acerto das correções efetuadas na informação fiscal.

O defendente sustenta que a autuante deixou de acatar as saídas do produto de código nº 55499 por meio do código nº 2899, e de mais seis outros produtos, sem fazer qualquer referência.

Esse argumento não se sustenta, pois a autuante explicou que apenas efetuou a compensação dos produtos cujas omissões de saídas e de entradas foram iguais ou com pequenas diferenças. Ressalto que como o levantamento quantitativo foi realizado por espécie de mercadoria, as “compensações” citadas na defesa não deveriam ter sido acolhido, porém, considerando que foi a própria autuante que acatou parcialmente o argumento defensivo, mantenho as “compensações” efetuadas na informação fiscal.

Quanto aos produtos cujo estoque o autuado alega não ter sido considerado, observa-se que o argumento defensivo foi analisado e devidamente rechaçado na informação fiscal. A autuante, inclusive, citou o exemplo de um produto que comprova a improcedência da tese defensiva. Corroborando o posicionamento da autuante, acrescento, por amostragem, os seguintes exemplos da improcedência do argumento defensivo: a) produto código nº 625586 (AZEITONA GINI VDE RECH CA) ver livro Registro Inventário fl. 823; b) produto código nº 649643 (COGUMELO HEMMER FAT) ver livro Registro Inventário fl. 839; c) produto código nº 415309 (COPO STRAUSS WHISKY 1056) ver livro Registro Inventário fl. 761. Ademais, friso que o autuado aponta as quantidades que no seu entendimento estariam corretas, mas não demonstra a origem dos seus números.

No que tange às supostas entradas que teriam sido contadas a mais, a autuante acertadamente não acatou o argumento defensivo sob a fundamentação de que as quantidades consideradas foram informadas pelo próprio autuado nos Registros 50 e 54 dos arquivos do SINTEGRA. Como prova desse fato apresentou planilha, na qual as entradas informadas nos arquivos magnéticos são iguais às constantes no levantamento quantitativo. Mais uma vez, observa-se que o autuado aponta as quantidades que no seu entendimento estariam corretas, mas não apresenta, nem por amostragem, os documentos fiscais que comprobatórios do seu argumento.

Assiste razão ao autuado quanto aos produtos isentos. Dessa forma, devem ser excluídos do levantamento quantitativo os seguintes débitos: a) exercício de 2007, produto código nº 00000000648967 (PIMENTÃO CARFRUIT VERMELHO), valor ICMS a ser excluído R\$19,79; b) exercício de 2008, produtos de códigos nº 625449 (CENOURA DAUCY) e nº 625517 (VAGEM DAUCY), valor a ser excluído R\$7,69+R\$3,66=R\$11,35; c) exercício de 2009: produto código nº 19231 (BACALHAU DIAS CONG DESA), valor ICMS a ser excluído R\$929,18.

No que tange ao material de embalagem, a planilha trazida na defesa aponta produto de código nº 646413 (PORTA VINHO 1126 MARRON). Não há como se acolher o argumento defensivo de que esse produto seria material de embalagem e, portanto, deve ser mantido o débito correspondente.

Não há como prosperar a alegação defensiva atinente ao produto de código nº 680072 (TURRON ALICANTE 1880 (CESTA)), uma vez que conforme a descrição feita pelo próprio autuado na infração 3, esse produto não está no regime de substituição tributária.

No que tange aos produtos que tiveram redução de base de cálculo, a autuante acatou o argumento defensivo e, de forma acertada, efetuou as devidas correções. Foi mantida a autuação quanto ao produto de código nº 789824606345 (FILÉ ARENQUE ALSTERT), tendo em vista que se tratava de peçado industrializado.

Correto o posicionamento da autuante quanto aos produtos Taffman-E e leite fermentado, pois as bebidas lácteas foram excluídas da substituição tributária pela Alteração nº 66 do RICMS-BA/97, introduzida pelo Decreto nº 9547/05, que revogou o item 3.4 do inc. II do art. 353 do RICMS-BA/97.

Quanto aos produtos que teriam sido utilizados na elaboração de produtos próprios, o argumento defensivo é razoável, porém não há como acatá-lo uma vez que não foi trazida ao processo qualquer documentação fiscal que comprove a veracidade dessa tese defensiva.

Em face ao acima exposto, dos valores apurados pela autuante na informação fiscal, devem ser deduzidos os débitos referentes aos produtos isentos citados acima, de forma que a infração 1 subsiste parcialmente no valor de R\$222.414,78, conforme demonstrado na tabela abaixo:

	Exerc. 2007	Exerc. 2008	Exerc. 2009	Exerc. 2010
Débito Lançado no Auto de Infração (R\$)	24.837,80	58.110,03	69.059,52	112.778,74
Débito Apurado na Informação Fiscal (R\$)	15.436,24	45.301,64	59.434,82	103.202,40
(-) Exclusão Produtos Isentos (R\$)	19,79	11,35	929,18	0,00
(=) ICMS Devido (R\$)	15.416,45	45.290,29	58.505,64	103.202,40

Cuida a infração 2 da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias (embalagens) entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal que, posteriormente, foram objeto de saídas com isenção. Foi lançado imposto no valor de R\$70.362,72.

Na defesa, o autuado afirmou que, do valor cobrado na data de ocorrência de fevereiro de 2009, deve ser deduzidos os valores referentes a embalagens de acarajé, pois são utilizadas apenas para produto tributado. Na informação fiscal, a autuante acolheu o argumento defensivo e excluiu da autuação os valores referentes a aquisições de embalagens de acarajé, o que reduziu o valor devido no mês de fevereiro de 2009 de R\$10.983,24 para R\$499,74.

Foi acertado o procedimento da autuante na informação fiscal, pois a embalagem para acarajé é específica para esse produto tributável e, além disso, o resultado da informação fiscal não foi contestado pelo autuado.

Dessa forma, o débito referente ao mês de ocorrência de fevereiro de 2009 reduzido de R\$10.983,24 para R\$499,74 e, em consequência, a infração 2 subsiste parcialmente, passando o débito total dessa infração de R\$70.326,72 para R\$59.843,22.

Na infração 3, o autuado foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com o ICMS pago por substituição tributária, no valor de R\$14.347,38.

Quanto aos produtos “Lombo Canadense/Berna/Nevarte e Copa”, “Pernil Ibérico/Serrano” e “Churrasco e Sobrepaleta Aurora”, assiste razão à autuante, pois se trata de produto comestível resultante do abate de aves ou de gado bovino ou suíno, congelado, defumado ou temperado e, portanto, enquadrado no item “9” do inciso II do artigo 353 do RICMS-BA/97. A classificação constante nas notas fiscais trazidas na impugnação não possui o condão de modificar a efetiva natureza das mercadorias nelas relacionadas.

No que tange ao produto “Turron”, o argumento defensivo foi acolhido pela autuante e a devida correção foi efetuada o levantamento fiscal.

Foi correto o posicionamento da autuante quanto ao produto “Iogurte de Soja”, uma vez que a

legislação não especifica se o leite que originou o iogurte é de vaca ou de soja.

Não há reparo a fazer na correção efetuada pela autuante quanto ao produto “Cola”, pois a exigência fiscal foi mantida apenas no que se refere o produto cola super bonder, inclusa no item “16.6” do inc. II do art. 353 do RICMS-BA/97.

Em relação aos produtos próprios não sujeitos à substituição tributária, a autuante acatou o argumento do autuado e efetuou as correções pertinentes, exceto quanto aos produtos fabricados com farinha de trigo (a exemplo de bolos, pães e biscoitos), uma vez que estão fora do Regime Especial concedido nos termos do Parecer GETRI nº 1332/96 e, além disso, foram transferidos com o CFOP nº 5408 (transferência de produtos da substituição tributária) e com alíquota zero.

Em face ao acima exposto, acolho integralmente o resultado da informação fiscal, para declarar a infração 3 procedente em parte no valor total de R\$10.648,58, demonstrativo abaixo, conforme apurado no CD-ROM de fls. 886, do qual o autuado recebeu cópia.

Meses	Exerc. 2007	Exerc. 2008	Exerc. 2009	Exerc. 2010
Janeiro	552,99	315,00	145,93	92,31
Fevereiro	347,98	315,12	433,45	607,09
Março	355,47	380,77	337,36	151,00
Abril	370,03	241,03	304,32	659,17
Mai	401,34	364,77	146,93	152,89
Junho	155,26	251,85	264,76	182,71
Julho	107,82	171,58	77,96	0,00
Agosto	252,93	340,21	142,45	0,00
Setembro	300,65	226,72	149,17	0,00
Outubro	97,37	69,80	109,82	0,00
Novembro	86,07	94,04	92,89	0,00
Dezembro	232,30	325,77	241,50	0,00
Somatório	3.260,21	3.096,66	2.446,54	1.845,17

Trata a Infração 4 de utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias isentas. Foi lançado imposto no valor de R\$3.916,22.

Em sua defesa, o autuado questiona a exigência fiscal relativamente aos produtos castanha de caju inteira crua e amendoim com casca *in natura*, pois considera que tais produtos não se encontram nas hipóteses de isenção previstas no RICMS-BA/97. Na informação fiscal, a autuante acata o argumento defensivo e exclui da autuação os valores correspondentes a esses produtos, o que reduziu o valor devido para R\$53,65, no mês 09/2008.

Acolho o resultado da informação fiscal, pois segundo a legislação citada na defesa os produtos em questão não estavam beneficiados com isenção, sendo esse fato expressamente reconhecido pela própria autuante, preposto fiscal responsável pela ação fiscal que originou o Auto de Infração em análise.

Assim, a infração 4 subsiste parcialmente, no valor de R\$53,65 relativamente ao mês 09/2008.

Versa a infração 5 sobre a utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisições de materiais de uso e consumo do próprio estabelecimento, no valor de R\$15.903,67.

Visando elidir a infração, o autuado afirma que os materiais em tela funcionam como embalagens e, portanto, tem direito ao crédito fiscal nos termos do art. 93, I, “a”, do RICMS-BA/97.

Do exame do demonstrativo de fls. 570 a 589, consta-se que os materiais ali relacionados são copos descartáveis, pratos plásticos, facas e garfos plásticos, guardanapos, pratos de papelão, placas perini, etc. Esses materiais não são classificados como embalagens, mas sim como de uso e consumo do próprio estabelecimento, como acertadamente concluiu a autuante. O Parecer citado na defesa não se aplica ao caso em comento, pois o estabelecimento autuado se trata de padaria e confeitaria com predominância de revenda, conforme o documento de fl. 889. Dessa forma, a infração 5 é procedente.

Trata a infração 6 de recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível. Foi lançado imposto no valor de R\$37.831,61.

Em sua defesa, o autuado afirmou que o produto bacalhau lombo é beneficiado com redução de base de cálculo em 100%, nos termos do art. 87, XXXVI, do RICMS-BA/97. Na informação fiscal, a autuante acolheu o argumento defensivo e excluiu os débitos correspondentes a esse produto.

Foi acertado o procedimento da autuante na informação fiscal, uma vez que o produto citado na defesa goza da redução de base e cálculo prevista no art. 87, inc. XXXVI, do RICMS-BA/97.

Dessa forma, a infração 6 subsiste parcialmente no valor total de R\$31.860,47. Os débitos referentes aos exercícios de 2007 (R\$19.117,50), 2008 (R\$5.170,89) e 2009 (R\$4.868,42) ficam inalterados. Já os valores devidos relativamente ao exercício de 2010 (R\$8.674,80), conforme o demonstrativo “ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA – 2010”, constante no CD-ROM de fls. 886, ficam da seguinte forma:

DATA DE OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
Janeiro de 2010	R\$ 455,49
Fevereiro de 2010	R\$ 456,94
Março de 2010	R\$ 509,69
Abril de 2010	R\$ 404,54
Mai de 2010	R\$ 454,22
Junho de 2010	R\$ 383,53
Julho de 2010	R\$ 39,50
TOTAL DO EXERCÍCIO DE 2010	R\$2.703,91

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, sendo que os valores já pagos devem ser homologados.

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	152.008,35	119.212,38	70%
		112.778,74	103.202,40	100%
02	PROCEDENTE EM PARTE	70.326,72	59.843,22	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	14.347,38	10.648,58	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	3.916,22	53,65	60%
05	PROCEDENTE	15.903,67	15.903,67	60%
06	PROCEDENTE EM PARTE	37.831,61	31.860,72	60%
TOTAL		407.112,69	340.724,62	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **129712.0003/12-1**, lavrado contra **CARBALLO FARO & CIA. LTDA. (PERINE)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$340.724,62**, acrescido das multas de 60% sobre R\$118.309,84, 70% sobre R\$119.212,38 e 100% sobre R\$103.202,40, previstas no art. 42, incisos III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item “1”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

A. I. Nº - 129712.0003/12-1
AUTUADO - CARBALLO FARO & CIA. LTDA. (PERINE)
AUTUANTE - MARIA CRISTINA ALVES CORREIA SANTOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 14.05.2014

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0038-06/14

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Está demonstrada a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias em exercícios distintos. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, relativamente a cada exercício. A omissão de saídas por si só configura a ocorrência do fato gerador, pois a saída constitui o elemento temporal da norma jurídica que define o fato tributável. Refeitos os cálculos com redução dos valores inicialmente apurados. Infração parcialmente caracterizada. **2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO. SAÍDAS SUBSEQUENTES COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. PROPORCIONALIDADE.** Cabível a exigência do estorno de crédito referente a materiais de embalagem utilizados no acondicionamento de mercadorias cujas saídas eram isentas de ICMS. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte. **3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte. **b) MERCADORIAS BENEFICADAS POR ISENÇÃO.** Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte. **c) MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO.** Comprovado nos autos que os materiais relacionados na autuação eram destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Infração caracterizada. **4. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte. Afastada a arguição de nulidade. Indeferida a solicitação de diligência. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/11/12, para exigir ICMS no valor de R\$407.112,69, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2007, 2008, 2009 e 2010), levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. ICMS: R\$264.787,09. Multas: 70% e 100%.

INFRAÇÃO 2. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção, no período de janeiro de 2007 a junho de 2010. ICMS: R\$70.326,72. Multa 60%.

INFRAÇÃO 3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, no período de janeiro de 2007 a junho de 2010. ICMS: R\$14.347,38. Multa: 60%.

INFRAÇÃO 4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção, no período de janeiro a dezembro de 2008. ICMS: R\$3.916,22. Multa: 60%.

INFRAÇÃO 5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de materiais para uso e consumo do próprio estabelecimento, no período de janeiro de 2007 a junho de 2010. ICMS: R\$15.903,67. Multa: 60%.

INFRAÇÃO 6. Recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro de 2007 a julho de 2010. ICMS: R\$37.831,61. Multa: 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 847 a 860) e, inicialmente, diz que a razão social Carballo Faro & Cia Ltda., foi vendida em 2010, passando à razão social Perini Ltda.; que vende produtos alimentícios tanto de fabricação própria como produzidos por terceiros; que os itens de fabricação própria são feitos parte em suas unidades específicas para tal fim e parte em suas lojas, onde também comercializava mercadorias anteriormente adquiridas; e que para o preparo de seus produtos são consumidos muitos materiais.

Afirma que, na ação fiscal, a autuante deixou de considerar a existência de Regime Especial concedido pela Administração Tributária por meio do Parecer nº 1332/1996, alterado pelo Parecer nº 3080/2004, que permite a emissão diferenciada de documentos fiscais que, de certa forma, altera alguns critérios previstos no RICMS-BA/97.

Quanto à infração 1, afirma que o levantamento realizado pela autuante contém os seguintes equívocos relacionados a seguir, os quais constam nas planilhas anexada à defesa.

- a) Indicação de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária que tiveram o imposto novamente cobrado, mesmo já tendo encerrada a fase de tributação.
- b) Produtos tributados quando beneficiados com redução de 100% da base de cálculo, como o caso do bacalhau congelado desalgado, que foi confundido com o peixe da mesma espécie salgado. Diz que também foram encontrados alguns produtos isentos.
- c) Compensa com Código: referente a produtos que tiveram saída por outros códigos. Afirma que tal procedimento foi informado ao Fisco por meio de termo lavrado no livro Registro de Ocorrências, conforme exige a legislação.
- d) Estoques não contados/contados a maior/menos: referente a quantidades constantes nos próprios arquivos magnéticos utilizados pelo Fisco, mas que por falha na junção de códigos, terminaram por não serem computados ou foram computados erradamente.
- e) Entradas não contadas/contadas a maior/menos: idem, idem, item anterior.
- f) Utensílios de cozinha, que não teriam saídas por força de sua destinação.
- g) Uso na loja: sobre essa identificação uma explicação mais abrangente necessita ser feita, conforme relatado a seguir.

Diz que é fornecedor de alimentação e, assim, vários produtos que tiveram “saídas zero” foram adquiridos para serem utilizados em outros produtos. Afirma que as diferenças de produtos tipo queijos, frios, azeitonas, azeites, adoçantes, camarão, molhos, etc. foram utilizados no fornecimento de alimentação.

Ressalta que a sua atividade – fornecimento de alimentação – não é considerada industrial e, portanto, não lhe é exigida a demonstração de produção, seja através de relatórios, seja por meio de livro de Controle da Produção e Estoque.

Admite a sua falha ao não emitir nota fiscal para dar baixa no estoque de produtos de consumo, tais como papel higiênico, produtos de limpeza, sabonetes, etc., itens que diz reconhecer, juntamente com outros que são objeto de perda normal, mas que também não providenciou, por falha gerencial, a emissão dos documentos fiscais para a baixa.

Sustenta que, após os devidos ajustes, o valor devido na infração 1 é de R\$87.181,00, sendo: R\$11.377,70, em 2007; R\$29.152,24, em 2008; R\$13.051,30, em 2009; R\$33.599,76, em 2010.

Quanto à infração 2, diz que no mês de competência 02/2009 deve ser excluído do cálculo o valor apurado para as Notas Fiscais nºs 854 e 169030, referentes a “embalagem para acarajé”, pois essa embalagem não está sujeita a nenhum critério de proporcionalidade, já que utilizada exclusivamente em produtos tributáveis. Afirma que, no mês 02/2009, deve ser excluído o montante de R\$10.483,50, ficando o valor devido naquele mês reduzido para R\$499,74.

Ainda quanto à infração 2, suscita a nulidade desse item do lançamento por cerceamento de defesa, pois considera que os demonstrativos elaborados pela autuante não são claros quanto ao critério utilizado na determinação da proporcionalidade.

Relativamente à infração 3, diz que os produtos relacionados a seguir não estão sujeitos ao regime de substituição tributária.

- Lombo Canadense/Berna/Nevarte e Copa. Produto industrializado, enquadrado na NCM nº 1601, não está sujeito a nenhuma das hipóteses de substituição tributária, previstas no art. 353, II, do RICMS-BA/97. Não se pode confundir um produto industrializado, derivado de carne, tipo “enchido” ou “embutido”, com os produtos em estado natural, previsto no item 9 do inciso II do artigo 353 do RICMS-BA/97. Para comprovar seu entendimento, anexa a Nota Fiscal nº 432846 (fl. 867), bem como faz alusão ao constante no *site* da empresa emissora da referida nota fiscal, no qual consta a NCM nº 1601 para o citado produto.
- Pernil Ibérico/Serrano. Produto importado que não sujeito ao regime de substituição tributária por não se enquadrar no item 9 do inciso II do artigo 353 do RICMS-BA/97, conforme Nota Fiscal nº 188207 (fl. 868) e planilha de cálculo apresentada ao Fisco quando da importação (fl. 869).
- Churrasco e Sobrepaleta Aurora. Diz que também não está sujeita à substituição tributária.
- Turrón. Não se enquadra no regime de substituição tributária e, portanto, permitida a apropriação do crédito fiscal das entradas. Explica que se trata de produto espanhol, importado, conforme identificado no Extrato de Licenciamento de Importação como “doce de amêndoa sem açúcar”. Anexa cópia da Nota Fiscal nº 143408 (fl. 870) e do documento do Siscomex (fl. 871).
- Iogurte de Soja. O iogurte que incluso nos item 3.3 do inc. II do art. 353 do RICMS-BA/97 é aquele classificado na NCM nº 0403.10.00, conforme item da TIPI que transcreve. Sustenta que, portanto, somente os iogurtes de leite estão enquadrados no regime de substituição tributária, não aqueles preparados à base de soja.
- Cola. A glosa em relação ao exercício de 2008 foi indevida, pois esse produto somente foi incluído na substituição tributária a partir de 01/01/09, conforme art. 353, II, 16.6, do RICMS-BA/97, se fosse cola para madeira. Contudo, os produtos listados na autuação são cola instantânea, o que torna improcedente a glosa dos créditos.
- Produto Próprio Não Sujeito à Substituição Tributária. Diz que a sua tributação é diferenciada, pois adota regime especial conforme já dito no início da defesa. Explica que o *modus operandi* é que a produção será realizada em unidades fabris, que não podem efetuar vendas nem operar de “portas abertas” e que têm como único objetivo fabricar os produtos que não possam ser feitos nas lojas. Afirma que não existe estabelecimento industrial

enviando mercadorias para estabelecimento varejista. Os estabelecimentos fabris são extensão das lojas que efetuam as vendas diretamente a consumidores finais. Sustenta que, assim, não ocorre a hipótese de incidência da substituição tributária e as saídas nas lojas são tributadas normalmente e, em consequência, o crédito é admissível.

Reconhece como devido na infração 3 o valor de R\$3.972,28, conforme tabela que apresenta.

No que tange à infração 4, diz que o produto “Castanha de Caju Inteira Crua” é isenta nas condições previstas no art. 14, XIX, do RICMS-BA/97, cujo teor transcreve. Conclui que, como não foi atendida a condição, o produto é tributado e, portanto, o crédito é legítimo. Afirma que o produto “Amendoim c/Casca In Natura” não está listado nos artigos 14 a 32-L do RICMS-BA/97 e, dessa forma, é tributado e tem direito ao crédito fiscal. Quanto ao produto “Banana D’água/Prata/Terra”, reconhece que utilizou indevidamente crédito fiscal, no mês 09/2008, no valor de R\$53,65.

Relativamente à infração 5, diz que os materiais relacionados na autuação são produtos descartáveis, além de “placas perini” que são materiais personalizados para embalar produtos próprios. Afirma que não procede a glosa dos créditos, pois os materiais são indispensáveis à comercialização, funcionando como embalagem, com direito a crédito admitido pelo art. 93, I, “a”, do RICMS-BA/97. Aduz que a Administração Tributária já reconheceu não serem os produtos em discussão materiais de uso e consumo através do Parecer DITRI nº 13203/2012, do qual transcreve parte da ementa. Em seguida, apresenta tabelas com o valor que considera devido.

Quanto à infração 6, diz que o produto “Bacalhau Lombo” é congelado e importado, conforme Nota Fiscal nº 193299 e Guia de Desoneração (fls. 872 e 873). Afirma que esse produto tem redução de base de cálculo de 100%, consoante o art. 87, XXXVI, do RICMS-BA/97. Apresenta tabelas com os valores referentes a esse produto que, no seu entendimento, são indevidos.

Solicita a realização de diligência, por auditor fiscal estranho ao feito, para que sejam apreciados os fatos e as planilhas apresentadas na defesa.

Ao finalizar, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado parcialmente nulo e parcialmente procedente.

Na informação fiscal, fls. 876 a 885, a autuante diz que na auditoria fiscal foi considerado o perfil da empresa. Afirma que a ação fiscal foi desenvolvida em profundidade, tendo em vista a complexidade das operações e o Regime Especial concedido ao autuado pelo Parecer DITRI nº 3080/2004, o qual foi alterado pelo Parecer DITRI nº 112971/2009, por recomendação da Corregedoria, após constatar que esse Regime Especial causava grandes prejuízos para o Erário Estadual.

Quanto à infração 1, passa a apreciar os argumentos defensivos conforme relatado a seguir.

a) Produtos sujeitos ao regime de substituição tributária. Acata parcialmente os argumentos defensivos da seguinte forma:

- exercício de 2007 – acatado em relação ao produto Biscoito, código nº 611220;
- exercício de 2008 – acolhido os produtos Chocolates, códigos nºs 626545 e 53045, e Torrone, códigos nºs 593663, 593670 e 593694;
- exercício de 2009 – acatado os produtos com códigos nºs 2974 (Leitão Suíno B), 39321 (Maminha Bassi Alcatr), 26055 (Osso Buco Wessel Bov), 7891268400038 (Antisséptico Bucal L), 7891035320309 (Cera Poliflor Pratic), 7894900140019 (Fanta Uva Light).

Não foram acolhidos os produtos nºs 7891156010011 (Taffman-E Yakult Com), 7891156001040 (Leite Yakult Ferm), pois tratam de leite fermentado, classificados como bebida láctea excluída da substituição tributária pela alteração nº 66, Dec. nº 9547/05, que revogou o item 3.4 do inc. II do art. 353 do RICMS-BA/97.

b) Produtos tributados com redução de base de cálculo. Reconheceu parcialmente a procedência dos argumentos defensivos da seguinte forma:

- exercício de 2007 – acatou quanto ao produto nº 535564 (Medalhão Damm Robalo);
- exercício de 2008 – aceitou quanto ao produto nº 418669 (Arroz Okoshi Takara Fra);
- exercício de 2009 – acolheu quanto aos produtos nºs 137140 (Arroz Arborio Curtiriso), 8004145090072 (Arroz Arborio Steppe), 7896011946757 (Arroz Blue Ville Ceb), 7896011946740 (Arroz Blue Ville Ver), 7896011946788 (Arroz Blue Ville Pim), 7897163401019 (Arroz Okoshi Takara Fra), 8001860080012 (Arroz Scoti Vialone), 55918 (Salmão Damm Def Post), 7896079901149 (Salmão Damm Gravlax), 646697 (Salmão Salg Sandalo Da).

Não foi acatado o argumento defensivo quanto ao produto nº 789824606345 (Filé Arenque Alstert), pois trata de pescado industrializado, defumado e não *in natura*, portanto, sem redução de base de cálculo, conforme prevê o Dec. nº 10.948/08.

- exercício de 2010 – acatou quanto ao produto nº 19231 (Bacalhau Dias Cong. Desa).

Não foi acatado o argumento defensivo quanto aos produtos Filé Arenque (código nº 7898246060369 e nº 33961), pois são pescados industrializados, defumados e não *in natura*, portanto, sem redução de base de cálculo, conforme prevê o Dec. nº 10.948/08.

c) “Compensa com códigos. Referente a produtos que tiveram saídas por outros códigos”. Diz que dos produtos relacionados que tiveram alterações de códigos considerou aqueles cujas diferenças entre as omissões de entradas e de saídas foram iguais ou com pequenas diferenças, conforme relatado a seguir:

- exercício de 2007: o código nº 45.612 (Bacalhau norueguês) foi compensado com o código nº 18.920; o código nº 56.649 (Azeitona) foi compensado com o código nº 54.942;
- exercício de 2008: o código nº 45.612 (Bacalhau norueguês) foi compensado com o código nº 18.920;
- exercício de 2009: o código nº 45.612 (Bacalhau norueguês) foi compensado com o código nº 18.920.

Explicou que os demais produtos relacionados na planilha anexada à defesa apresentam diferenças expressivas entre as omissões de entradas e de saídas e, portanto, as compensações não foram admitidas.

d) “Estoques não contados/ contados a maior/menos”. Afirma que esse argumento defensivo é totalmente improcedente, pois as quantidades de Inventário Inicial e Inventário Final dos produtos relacionados pelo autuado como “estoques não contados ou contados a menor/menor” foram aquelas informadas pela empresa no Registro nº 74 do SINTEGRA e no livro Registro de Inventário no exercício de 2007, conforme se pode observar, por exemplo, no produto de código nº 647281 – Amaciante Ipê Acochego. Aduz que, conforme o livro Registro de Inventário de 2007 (fl. 837), todos os produtos relacionados na planilha anexada à defesa têm valores de estoque inicial e final “zero”, estando, portanto, corretos os valores das omissões.

e) “Entradas não contadas/contadas a maior/menos”. Sustenta que essa alegação está equivocada, pois todos os valores apontados como incorretos na planilha elaborada pelo autuado conferem com os informados pela empresa nos Registros 50 e 54 dos arquivos do SINTEGRA, que foi a base para o levantamento quantitativo. Apresenta tabela com um dos produtos contestados, visando demonstrar a correção do levantamento quantitativo realizado.

f) “Utensílios de cozinha”. Acata em parte o argumento defensivo, conforme relatado a seguir:

- exercício de 2007: acolhe a defesa quanto aos produtos nºs 591348 (Bagueteira Gde), 591355 (Bagueteira Peq) e 616607 (Suporte p/Condimentos). Não acata quanto aos produtos 637756 (Conj Tramont Faca Inox 2) e 379601 (Corta Gotas Screwpull 5), uma vez que esses produtos

entraram com CFOP's nºs 1102 e 1152 (compra e transferência para comercialização), com destaque de ICMS e utilização de crédito.

- exercício de 2009: não acata a defesa quanto ao produto nº 591348 (Bagueteira Gde), pois entrou com o CFOP nº 1152 (transferência para comercialização) e houve utilização de crédito.
- g) “Uso na Loja”. Diz que esse argumento não tem fundamento legal, pois a retirada de produto para o preparo de outros teria que ser feita mediante a emissão de nota fiscal para a baixa do estoque, utilizando o CFOP nº 5949, o que frisa não ter havido. Frisa que a atividade do autuado não é o fornecimento de refeições, mas sim “*Padaria e Confeitaria com predominância de revenda – Cod. de atividade econômica nº 4721102*”, conforme os dados cadastrais da Secretaria da Fazenda.

Afirma que, após as devidas retificações, o valor devido na infração 1 passa para R\$223.375,10, conforme tabela que apresenta.

Quanto à infração 2, concorda com o argumento defensivo referente à embalagem de acarajé e exclui da autuação o débito correspondente. Em consequência, o valor devido no mês 02/2009 passa para R\$499,74, enquanto o total da infração em tela passa para R\$59.843,22. No que tange à nulidade arguida, diz que a infração está perfeitamente caracterizada e foi demonstrada nos relatórios “Crédito Indevido Material Embalagem” (Anexo IV, fls. 369 a 443).

Relativamente à infração 3, a autuante passa a rebater os argumentos defensivos conforme relatado a seguir.

- - “Lombo Canadense/Berna/Nevarte e Copa”. Todos os produtos citados estão enquadrados na substituição tributária, pois se trata de carnes resultantes do abate de aves e de gados bovinos e suínos, congelados e defumados ou temperados, conforme previsto no item 9 do inc. II do art. 353 do RICMS-BA/97.

Ressalta que a Nota Fiscal nº 43.246, trazida na defesa (fl. 867), contém o mesmo produto “lombo” tanto classificado com NCM nº 1601 como NCM nº 0210, que é o previsto no citado dispositivo legal, portanto, sujeito à substituição tributária.

- “Pernil Ibérico/Serrano”. Diz que esse produto se enquadra na substituição tributária, de acordo com descrição prevista no item 9 do inc. II do art. 353 do RICMS-BA/97, uma vez que são “produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados”. Além do mais, o fato de ter sido importado não desobrigou o contribuinte de fazer a antecipação total na entrada.
- “Churrasco e Sobrepaleta Aurora”. Afirma que esse produto também está enquadrado na substituição tributária, pois é resultante do abate de gado bovino e suíno, refrigerado e temperado, conforme contido no referido art. 353 do RICMS-BA/97.
- “Turron”. Acolhe o argumento defensivo e exclui os valores correspondentes da autuação.
- “Iogurte de Soja”. Diz que o item 3.3 do inc. II do art. 353 do RICMS-BA/97 fala em iogurte, NCM nº 0403.10.00, cuja descrição na Tabela de Códigos NCM é apenas iogurte, não especificando ser de leite ou de soja, portanto esse referido produto está na substituição tributária.
- “Cola”. Acata o argumento defensivo quanto aos exercícios de 2007 e 2008, pois a redação anterior do item 16 do inc. II do art. 353 foi dada pela Alteração nº 108, vigente a partir de 01/01/09. Quanto aos exercícios de 2009 e 2010, diz que é inquestionável o enquadramento na substituição tributária, pois se trata de cola super bonder, e o item 16.6 do inc. II do art. 353, redação dada pela alteração nº 143, somente excluiu cola cascolar branca e colorida em bastão ou líquida.
- “Produto Próprio Não Sujeito à Substituição Tributária”. Explica que o Regime Especial citado, bastante polêmico, foi concedido nos termos do parecer GETRI nº 1332/96 e alterado por recomendação da Corregedoria/SEFAZ pelos Pareceres GECOT nº 3080/04 e 14633/06. Afirma que

os produtos de fabricação própria sujeitos à substituição tributária são tratados no item 5.2 do regime que assim dispõe: *“Os produtos de fabricação própria serão transferidos, a preço de custo, com destaque do imposto na respectiva Nota Fiscal, com alíquota de 17%, exceto nas transferências de produtos desonerados do imposto, conforme art. 506-E do RICMS-BA/97, por força da substituição tributária de farinha de trigo.”* Portanto, pelo citado Regime Especial os pães, bolos e biscoitos de marca Perine não dariam direito ao crédito, porquanto derivados farinha de trigo e com fase encerrada de tributação.

Exercício de 2007: quanto ao item nº 00000000025 (Bisc. Fest Morango Perine), diz que não acata o argumento defensivo, pois esse produto está fora do Regime Especial, já que é derivado de farinha de trigo e, portanto da substituição tributária, não dá direito ao crédito. Diz que às fls. 432 a 439, anexou notas fiscais de transferência da unidade de fabricação da Perine/Vasco da Gama comprovando que o produto é transferido, com CFOP nº 5408 e alíquota zero.

Exercício 2008: Admite a procedência do argumento defensivo quanto aos itens nº 0000000432 (Café Native Org) e nº 0000000572 (Choc. Toblerone Snow). Diz que os itens nº 00000000016 (Bolo Inglês Perini), nº 00000000017 (Bolo Madalena Baunilha), nº 00000000017 (Bolo Madalena Chocolate), nº 00000000018 (Bolo Madalena Goiana Perini) e nº 00000000017 (Bolo Madalena Mármore P) não estão contemplados no regime especial, pois são desonerados do imposto conforme art. 506-E do RICMS-BA/97, sendo o crédito indevido. Diz ter, às fls. 432 a 439, anexado notas fiscais de transferência da unidade de fabricação da Perini Vasco da Gama comprovando que os produtos são transferidos, com CFOP nº 5408 e alíquota zero.

Exercício de 2009: Admite o argumento da defesa quanto aos itens nº 00000000007 (Choc Perini Un) e nº 00000000003 (Ovo Páscoa Espec. Perini). Não acolhe a defesa quanto ao item nº 00000000016 (Bolo Inglês Perini), pois está fora do Regime Especial, uma vez que são desonerados do imposto conforme art. 506-E do RICMS-BA/97, sendo o crédito indevido. Diz ter, às fls. 432 a 439, anexado notas fiscais de transferência da unidade de fabricação da Perini Vasco da Gama comprovando que os produtos são transferidos, com CFOP nº 5408 e alíquota zero.

Exercício de 2010: Acolhe o argumento defensivo quanto aos itens nº 00000000003 (Ovo Páscoa Espec. Perini), nº 00000000021 (Ovo Páscoa ao Leite Perini) e nº 00000000033 (Ovo Páscoa Croc ao Leite P).

Diz que, após as devidas exclusões, a infração 3 subsiste parcialmente no valor de R\$10.648,58, sendo; R\$3.260,21 em 2007; R\$3.096,66 em 2008; R\$2.446,54 em 2009; R\$1.845,17 em 2010.

Quanto à infração 4, afirma que os itens contestados (castanha de caju inteira e amendoim) são produtos *in natura* e estão enquadrados na alínea “b” do inc. I do art. 14 do RICMS-BA/97, que só excetuou amêndoa e nozes. Menciona que esses itens constam no arquivo Sintegra, no Registro nº 60 R (vendas com cupom fiscal), com alíquota zero, código I (isentos).

No que tange à infração 5, diz que a alegação defensiva de que os materiais de uso e consumo, tais como talheres, copos, canudos, pratos, pazinha de sorvetes e guardanapos, são embalagens é totalmente inusitada e foge inteiramente ao que se considera como material de embalagem. Para respaldar seu posicionamento, transcreve definição do verbete embalagem constante no Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Ressalta que o Parecer DITRI que foi citado na defesa não se aplica ao caso, porque a atividade do autuado não é fornecimento de refeição, mas sim Padaria e Confeitaria com predominância de revenda - Cod. de atividade econômica nº 4721102, conforme consta dos dados cadastrais da Secretaria da Fazenda.

Quanto à infração 6, acata o argumento defensivo referente ao produto bacalhau lombo, código nº 13369, tendo em vista as provas apresentadas na defesa. Efetua as devidas correções, passando o valor devido no exercício de 2010 para R\$2.703,91 e o total da infração 6 para R\$33.250,58.

Ao finalizar, a autuante solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

O autuado foi notificado acerca do resultado da informação fiscal, quando recebeu cópia dos novos demonstrativos, tudo conforme recibos às fls. 887, 888 e 892 e 893.

Ao se pronunciar nos autos, fls. 895 a 898, o autuado, referindo-se à infração 1, diz que a autuante:

- exercício de 2007: deixou de acatar a alegação de saída do produto código nº 55499 por meio do código nº 2899, e de mais seis produtos, sem fazer qualquer referência; o estoque final de 46 produtos não foi contado, tendo a autuante mencionado um produto como conferido, sem admitir sua diferença e sem se referir aos demais; não se pronunciou sobre a quantidade de entrada contada a mais, sobre produto isento e sobre material de embalagem.
- exercício de 2008: omitiu-se quanto ao produto de código nº 680073, aos produtos isentos e com redução de 100% de base de cálculo; não considerou os produtos que tiveram as saídas registradas em outros códigos.
- exercício de 2009: omitiu-se quanto a vários produtos isentos, da substituição tributária e com redução de base de cálculo em 100%; não confere os quantitativos errados de entradas de 28 produtos; equivoca-se na interpretação dos produtos Taffman-E e Leite Fermentado.
- exercício de 2010: não confere os quantitativos errados de entradas de 26 produtos; não retira produtos com saídas sem tributação.

Diz que a autuante, em todos os exercícios fiscalizados, desconsidera os produtos utilizados na elaboração de produtos próprios, embora reconheça no parágrafo terceiro de suas considerações que a empresa vende produtos de fabricação própria. Diz que a auditora se contraria quando no primeiro parágrafo da folha 881 diz que a atividade da autuada não é o fornecimento de refeição e sim Padaria e Confeitaria. Ressalta que a sua atividade principal não era Padaria e Confeitaria e sim “Delicatessen”, uma espécie de fornecedor de alimentação definida como atividade comercial específica e mais evoluída que uma simples “Padaria” na confecção de produtos.

Diz que os pontos não acatados pela autuante ficam dependentes de uma nova verificação mediante diligência a ser executada por auditor fiscal estranho ao feito.

Quanto à infração 2, acata o resultado da informação fiscal, reconhecendo como devido o valor de R\$59.843,22. Diz que fica, portanto, prejudicada a alegação de nulidade dessa infração.

Relativamente à infração 3, reitera os argumentos trazidos na defesa e diz que a autuante distorce a legislação e se equivoca quanto ao produto cola relativamente aos exercícios de 2009 e 2010.

No que tange à infração 4, diz que a autuante concorda o argumento defensivo referente aos produtos Cod. nº 00000000002 – Castanha de Caju Inteira Crua e Cod. nº 00000000005 – Amendoim c/Casca In Natura, restando devido apenas, R\$53,65, referente ao mês 09/2008.

Quanto à infração 5, afirma que a autuante tenta distorcer a aplicação dos produtos. Sustenta que o citado Perecer DITRI reflete o entendimento da Administração Tributária sobre o tema.

Relativamente à infração 6, diz que a autuante concordou com os argumentos defensivos e reduziu o valor cobrado.

Ao finalizar, diz que a informação fiscal foi incompleta e, em consequência, há necessidade da realização de diligência.

As se pronunciar à fl. 903, a autuante afirma que a informação fiscal foi prestada de forma detalhada e criteriosa, tendo sido acatados diversos itens da defesa. Menciona que, na informação fiscal, foram elaborados novos demonstrativos, reduzindo o débito das infrações 1, 2, 3 e 6, conforme o CD-ROM anexado à fl. 886. Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Constam às fls. 913 a 916, Termo de Confissão de Dívida, no valor de R\$183.111,03, acompanhado de Demonstrativo de Débito em igual valor.

VOTO

Inicialmente, afasto a arguição de nulidade quanto à infração 2, pois não houve o alegado cerceamento de defesa, já que a apuração do imposto está claramente demonstrada nos anexos

que acompanham o Auto de Infração. Além disso, observa-se que o valor que remanesceu nessa infração após a informação fiscal (R\$59.843,22) foi reconhecido como devido pelo autuado.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que o resultado da informação fiscal e os demais elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

A infração 1 trata de falta de recolhimento de ICMS, no valor total de R\$264.787,99, decorrente de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias nos exercícios fechados de 2007, 2008, 2009 e 2010.

Em sua defesa, o autuado apontou diversos equívocos que, no seu entendimento, estavam presentes no levantamento quantitativo realizado pela autuante. Na informação fiscal, a autuante acolhe parcialmente o argumento defensivo e faz as devidas correções no levantamento quantitativo de estoques, passando o valor devido nesse item do lançamento de R\$264.787,09 para R\$223.375,10. Notificado acerca do resultado da informação fiscal, o autuado se pronunciou às fls. 895 a 898, indicando os equívocos que, no seu entendimento, ainda persistiam no levantamento quantitativo de estoques.

Dessa forma, passo a apreciar os argumentos defensivos constantes dessa manifestação de fls. 895 a 898, considerando que quanto aos demais argumentos trazidos na defesa o silêncio do defendente demonstra o acerto das correções efetuadas na informação fiscal.

O defendente sustenta que a autuante deixou de acatar as saídas do produto de código nº 55499 por meio do código nº 2899, e de mais seis outros produtos, sem fazer qualquer referência.

Esse argumento não se sustenta, pois a autuante explicou que apenas efetuou a compensação dos produtos cujas omissões de saídas e de entradas foram iguais ou com pequenas diferenças. Ressalto que como o levantamento quantitativo foi realizado por espécie de mercadoria, as “compensações” citadas na defesa não deveriam ter sido acolhido, porém, considerando que foi a própria autuante que acatou parcialmente o argumento defensivo, mantenho as “compensações” efetuadas na informação fiscal.

Quanto aos produtos cujo estoque o autuado alega não ter sido considerado, observa-se que o argumento defensivo foi analisado e devidamente rechaçado na informação fiscal. A autuante, inclusive, citou o exemplo de um produto que comprova a improcedência da tese defensiva. Corroborando o posicionamento da autuante, acrescento, por amostragem, os seguintes exemplos da improcedência do argumento defensivo: a) produto código nº 625586 (AZEITONA GINI VDE RECH CA) ver livro Registro Inventário fl. 823; b) produto código nº 649643 (COGUMELO HEMMER FAT) ver livro Registro Inventário fl. 839; c) produto código nº 415309 (COPO STRAUSS WHISKY 1056) ver livro Registro Inventário fl. 761. Ademais, friso que o autuado aponta as quantidades que no seu entendimento estariam corretas, mas não demonstra a origem dos seus números.

No que tange às supostas entradas que teriam sido contadas a mais, a autuante acertadamente não acatou o argumento defensivo sob a fundamentação de que as quantidades consideradas foram informadas pelo próprio autuado nos Registros 50 e 54 dos arquivos do SINTEGRA. Como prova desse fato apresentou planilha, na qual as entradas informadas nos arquivos magnéticos são iguais às constantes no levantamento quantitativo. Mais uma vez, observa-se que o autuado aponta as quantidades que no seu entendimento estariam corretas, mas não apresenta, nem por amostragem, os documentos fiscais que comprobatórios do seu argumento.

Assiste razão ao autuado quanto aos produtos isentos. Dessa forma, devem ser excluídos do levantamento quantitativo os seguintes débitos: a) exercício de 2007, produto código nº 00000000648967 (PIMENTÃO CARFRUIT VERMELHO), valor ICMS a ser excluído R\$19,79; b) exercício de 2008, produtos de códigos nº 625449 (CENOURA DAUCY) e nº 625517 (VAGEM DAUCY), valor a ser excluído R\$7,69+R\$3,66=R\$11,35; c) exercício de 2009: produto código nº 19231 (BACALHAU DIAS CONG DESA), valor ICMS a ser excluído R\$929,18.

No que tange ao material de embalagem, a planilha trazida na defesa aponta produto de código nº 646413 (PORTA VINHO 1126 MARRON). Não há como se acolher o argumento defensivo de que esse produto seria material de embalagem e, portanto, deve ser mantido o débito correspondente.

Não há como prosperar a alegação defensiva atinente ao produto de código nº 680072 (TURRON ALICANTE 1880 (CESTA)), uma vez que conforme a descrição feita pelo próprio autuado na infração 3, esse produto não está no regime de substituição tributária.

No que tange aos produtos que tiveram redução de base de cálculo, a autuante acatou o argumento defensivo e, de forma acertada, efetuou as devidas correções. Foi mantida a autuação quanto ao produto de código nº 789824606345 (FILÉ ARENQUE ALSTERT), tendo em vista que se tratava de peçado industrializado.

Correto o posicionamento da autuante quanto aos produtos Taffman-E e leite fermentado, pois as bebidas lácteas foram excluídas da substituição tributária pela Alteração nº 66 do RICMS-BA/97, introduzida pelo Decreto nº 9547/05, que revogou o item 3.4 do inc. II do art. 353 do RICMS-BA/97.

Quanto aos produtos que teriam sido utilizados na elaboração de produtos próprios, o argumento defensivo é razoável, porém não há como acatá-lo uma vez que não foi trazida ao processo qualquer documentação fiscal que comprove a veracidade dessa tese defensiva.

Em face ao acima exposto, dos valores apurados pela autuante na informação fiscal, devem ser deduzidos os débitos referentes aos produtos isentos citados acima, de forma que a infração 1 subsiste parcialmente no valor de R\$222.414,78, conforme demonstrado na tabela abaixo:

	Exerc. 2007	Exerc. 2008	Exerc. 2009	Exerc. 2010
Débito Lançado no Auto de Infração (R\$)	24.837,80	58.110,03	69.059,52	112.778,74
Débito Apurado na Informação Fiscal (R\$)	15.436,24	45.301,64	59.434,82	103.202,40
(-) Exclusão Produtos Isentos (R\$)	19,79	11,35	929,18	0,00
(=) ICMS Devido (R\$)	15.416,45	45.290,29	58.505,64	103.202,40

Cuida a infração 2 da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias (embalagens) entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal que, posteriormente, foram objeto de saídas com isenção. Foi lançado imposto no valor de R\$70.362,72.

Na defesa, o autuado afirmou que, do valor cobrado na data de ocorrência de fevereiro de 2009, deve ser deduzidos os valores referentes a embalagens de acarajé, pois são utilizadas apenas para produto tributado. Na informação fiscal, a autuante acolheu o argumento defensivo e excluiu da autuação os valores referentes a aquisições de embalagens de acarajé, o que reduziu o valor devido no mês de fevereiro de 2009 de R\$10.983,24 para R\$499,74.

Foi acertado o procedimento da autuante na informação fiscal, pois a embalagem para acarajé é específica para esse produto tributável e, além disso, o resultado da informação fiscal não foi contestado pelo autuado.

Dessa forma, o débito referente ao mês de ocorrência de fevereiro de 2009 reduzido de R\$10.983,24 para R\$499,74 e, em consequência, a infração 2 subsiste parcialmente, passando o débito total dessa infração de R\$70.326,72 para R\$59.843,22.

Na infração 3, o autuado foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com o ICMS pago por substituição tributária, no valor de R\$14.347,38.

Quanto aos produtos “Lombo Canadense/Berna/Nevarte e Copa”, “Pernil Ibérico/Serrano” e “Churrasco e Sobrepaleta Aurora”, assiste razão à autuante, pois se trata de produto comestível resultante do abate de aves ou de gado bovino ou suíno, congelado, defumado ou temperado e, portanto, enquadrado no item “9” do inciso II do artigo 353 do RICMS-BA/97. A classificação constante nas notas fiscais trazidas na impugnação não possui o condão de modificar a efetiva natureza das mercadorias nelas relacionadas.

No que tange ao produto “Turron”, o argumento defensivo foi acolhido pela autuante e a devida correção foi efetuada o levantamento fiscal.

Foi correto o posicionamento da autuante quanto ao produto “Iogurte de Soja”, uma vez que a

legislação não especifica se o leite que originou o iogurte é de vaca ou de soja.

Não há reparo a fazer na correção efetuada pela autuante quanto ao produto “Cola”, pois a exigência fiscal foi mantida apenas no que se refere o produto cola super bonder, inclusa no item “16.6” do inc. II do art. 353 do RICMS-BA/97.

Em relação aos produtos próprios não sujeitos à substituição tributária, a autuante acatou o argumento do autuado e efetuou as correções pertinentes, exceto quanto aos produtos fabricados com farinha de trigo (a exemplo de bolos, pães e biscoitos), uma vez que estão fora do Regime Especial concedido nos termos do Parecer GETRI nº 1332/96 e, além disso, foram transferidos com o CFOP nº 5408 (transferência de produtos da substituição tributária) e com alíquota zero.

Em face ao acima exposto, acolho integralmente o resultado da informação fiscal, para declarar a infração 3 procedente em parte no valor total de R\$10.648,58, demonstrativo abaixo, conforme apurado no CD-ROM de fls. 886, do qual o autuado recebeu cópia.

Meses	Exerc. 2007	Exerc. 2008	Exerc. 2009	Exerc. 2010
Janeiro	552,99	315,00	145,93	92,31
Fevereiro	347,98	315,12	433,45	607,09
Março	355,47	380,77	337,36	151,00
Abril	370,03	241,03	304,32	659,17
Maiο	401,34	364,77	146,93	152,89
Junho	155,26	251,85	264,76	182,71
Julho	107,82	171,58	77,96	0,00
Agosto	252,93	340,21	142,45	0,00
Setembro	300,65	226,72	149,17	0,00
Outubro	97,37	69,80	109,82	0,00
Novembro	86,07	94,04	92,89	0,00
Dezembro	232,30	325,77	241,50	0,00
Somatório	3.260,21	3.096,66	2.446,54	1.845,17

Trata a Infração 4 de utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias isentas. Foi lançado imposto no valor de R\$3.916,22.

Em sua defesa, o autuado questiona a exigência fiscal relativamente aos produtos castanha de caju inteira crua e amendoim com casca *in natura*, pois considera que tais produtos não se encontram nas hipóteses de isenção previstas no RICMS-BA/97. Na informação fiscal, a autuante acata o argumento defensivo e exclui da autuação os valores correspondentes a esses produtos, o que reduziu o valor devido para R\$53,65, no mês 09/2008.

Acolho o resultado da informação fiscal, pois segundo a legislação citada na defesa os produtos em questão não estavam beneficiados com isenção, sendo esse fato expressamente reconhecido pela própria autuante, preposto fiscal responsável pela ação fiscal que originou o Auto de Infração em análise.

Assim, a infração 4 subsiste parcialmente, no valor de R\$53,65 relativamente ao mês 09/2008.

Versa a infração 5 sobre a utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisições de materiais de uso e consumo do próprio estabelecimento, no valor de R\$15.903,67.

Visando elidir a infração, o autuado afirma que os materiais em tela funcionam como embalagens e, portanto, tem direito ao crédito fiscal nos termos do art. 93, I, “a”, do RICMS-BA/97.

Do exame do demonstrativo de fls. 570 a 589, consta-se que os materiais ali relacionados são copos descartáveis, pratos plásticos, facas e garfos plásticos, guardanapos, pratos de papelão, placas perini, etc. Esses materiais não são classificados como embalagens, mas sim como de uso e consumo do próprio estabelecimento, como acertadamente concluiu a autuante. O Parecer citado na defesa não se aplica ao caso em comento, pois o estabelecimento autuado se trata de padaria e confeitaria com predominância de revenda, conforme o documento de fl. 889. Dessa forma, a infração 5 é procedente.

Trata a infração 6 de recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível. Foi lançado imposto no valor de R\$37.831,61.

Em sua defesa, o autuado afirmou que o produto bacalhau lombo é beneficiado com redução de base de cálculo em 100%, nos termos do art. 87, XXXVI, do RICMS-BA/97. Na informação fiscal, a autuante acolheu o argumento defensivo e excluiu os débitos correspondentes a esse produto.

Foi acertado o procedimento da autuante na informação fiscal, uma vez que o produto citado na defesa goza da redução de base e cálculo prevista no art. 87, inc. XXXVI, do RICMS-BA/97.

Dessa forma, a infração 6 subsiste parcialmente no valor total de R\$31.860,47. Os débitos referentes aos exercícios de 2007 (R\$19.117,50), 2008 (R\$5.170,89) e 2009 (R\$4.868,42) ficam inalterados. Já os valores devidos relativamente ao exercício de 2010 (R\$8.674,80), conforme o demonstrativo “ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA – 2010”, constante no CD-ROM de fls. 886, ficam da seguinte forma:

DATA DE OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
Janeiro de 2010	R\$ 455,49
Fevereiro de 2010	R\$ 456,94
Março de 2010	R\$ 509,69
Abril de 2010	R\$ 404,54
Mai de 2010	R\$ 454,22
Junho de 2010	R\$ 383,53
Julho de 2010	R\$ 39,50
TOTAL DO EXERCÍCIO DE 2010	R\$2.703,91

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, sendo que os valores já pagos devem ser homologados.

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	152.008,35	119.212,38	70%
		112.778,74	103.202,40	100%
02	PROCEDENTE EM PARTE	70.326,72	59.843,22	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	14.347,38	10.648,58	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	3.916,22	53,65	60%
05	PROCEDENTE	15.903,67	15.903,67	60%
06	PROCEDENTE EM PARTE	37.831,61	31.860,72	60%
TOTAL		407.112,69	340.724,62	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **129712.0003/12-1**, lavrado contra **CARBALLO FARO & CIA. LTDA. (PERINE)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$340.724,62**, acrescido das multas de 60% sobre R\$118.309,84, 70% sobre R\$119.212,38 e 100% sobre R\$103.202,40, previstas no art. 42, incisos III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item “1”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA