

A. I. N° - 129711.0003/12-9
AUTUADO - CARBALLO FARO & CIA. LTDA. (PERINI)
AUTUANTES - GISELE RIBEIRO GUIMARÃES e MARIA DAS GRAÇAS LEMOS FERREIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 21/07/2014

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0110-05/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA: **a)** AQUISIÇÃO DE MARIAL DE USO E CONSUMO. Acolhido parte dos argumentos defensivos. Após os ajustes efetuados excluindo parte dos materiais não considerados de uso e consumo, reduzido o valor exigido. Infração parcialmente mantida; **b)** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO. SAÍDAS SUBSEQUENTES COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. PROPORCIONALIDADE. Infração mantida, reconhecida pelo impugnante; **c)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM ISENÇÃO. Infração mantida, reconhecida pelo impugnante. **d)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTIUÍÇÃO TRIBUTÁRIA. Reconhecida a procedência parcial das arguições defensivas analisadas por produtos. Efetuados os ajustes e reduzido o valor exigido. Infração parcialmente mantida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Reconhecida a procedência parcial das arguições defensivas analisadas por produtos. Efetuados os ajustes e reduzido o valor exigido. Infração parcialmente mantida. 3. 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 às saídas. 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. Infração procedente. 4. ECF. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPON FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DE EMITIR O DOCUMENTO LEITURA DA MEMÓRIA FISCAL Deixou de apresentar, mediante intimações fiscais reiteradas as leituras das memórias da Fita Detalhe - MFD dos seus equipamentos. Infração procedente, reconhecida pelo impugnante. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 18/06/2012, reclama ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$336.288,36, imputando ao autuado as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Anexo II, conforme Demonstrativos detalhados de 2007 a 2010. Valor Histórico de R\$63.308,54. Multa de 60%.

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 do imposto. Anexo III, conforme Demonstrativo elaborado para efetuar os ajustes necessários, referentes as saídas isentas e não tributadas, respeitada a proporcionalidade das mercadorias utilizadas a título de embalagens nos termos do § 1º, II do art. 93 do RICMS vigente. Valor Histórico de R\$11.998,99. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Anexo IV conforme Demonstrativos. Valor Histórico de R\$1.080,65. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Anexo V conforme Demonstrativo. Valor Histórico de R\$27.986,91. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Anexo VI conforme Demonstrativo. Valor Histórico de R\$41.681,00. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 - Falta de recolhimento do imposto relativa à omissão de saídas 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 exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Anexo VII conforme Demonstrativos. Valor Histórico de R\$176.432,27. Multas de 70% e 100%.

INFRAÇÃO 7 - Utilizou irregularmente ECF- Equipamento Emissor de Cupom Fiscal impossibilitado de emitir o documento Leitura da Memória Fiscal. Deixou de apresentar, mediante intimações fiscais reiteradas as leituras das memórias da Fita Detalhe - MFD dos seus equipamentos a seguir: caixa nº06 de nº de fabricação 051048280100265; caixa nº 02, nº de fabricação 051048280100265; caixa nº 03, nº de fabricação 051048280100266 todos, mod. POS 4000 ECF-IF/3EBR da marca ITAUTEC e, os caixas de nº 10 e 11, nº de fabricação ZP040709968 e ZP040710084 respectivamente, modelos ZPM/1FITLOGGER, ambas de fabricação da ZPM, conforme previsão no art. 765, 768 e 769 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6284/97 e art. 42,inc. XIII-A, alínea C, item 1.1 e inc. XV, alínea C da Lei nº 7.014/96. Multa fixa de R\$13.800,00.

O autuado apresenta defesa, às fls. 525 a 532, alegando nulidade, descendo, inicialmente, sua atividade comercial, para em seguida afirmar que a presente autuação decorre da fiscalização para efeito de baixa da razão social Carballo Faro & Cia Ltda. Disse que houve continuidade das operações dos estabelecimentos, inclusive a filial que serve de objeto para a esta autuação, o que permite àqueles que porventura venham a ter alguma dúvida sobre as operações praticadas, possam, *in loco*, verificá-las.

Esclarece o *modus operandi* da empresa para sustentar as alegações defensivas, todas justificadas pelas operações específicas desenvolvidas pelo autuado e que não foram entendidas ou, quiçá, que foram mal compreendidas pelas Autuantes, na elaboração da peça acusatória que tem como ponto nodal a suposta falta de recolhimento ou de recolhimento a menor do ICMS. Como é sabido dos que conhecem as atividades desenvolvidas nas lojas da “Perini”, a condição de “delicatessen” possibilita a venda de produtos alimentícios tanto de fabricação própria quanto dos produzidos por terceiros. Diz que possibilita igualmente a comercialização de produtos de “outras linhas” adquiridos de terceiros e que complementam o mix para a satisfação do público consumidor, pois os itens de fabricação própria eram criados parte em nossas unidades

específicas para tal fim, e parte em nossas lojas, onde também se comercializavam mercadorias anteriormente adquiridas.

Explica que para possibilitar a revenda dos produtos próprios, todos tributados (exceto pães, não consumidos nas lojas), sejam eles os preparados nos centros específicos, sejam nas lojas, muitos materiais têm que ser agregados. Este procedimento nos remete às especificidades de cada operação. É dentro desse sistema operacional que vamos discutir as sete supostas infrações apontadas pelas Autuantes e que, desde já, entendemos indevidas.

No mérito, pede pela improcedência da autuação lançada.

Na infração 1, afirma que os materiais estão relacionados pelas Autuantes nos demonstrativos elaborados, um para cada exercício, de 2007 a 2010.

Registra que as Autuantes talvez tenham apenas verificado a Classificação Fiscal de lançamento dos documentos, sem observar quais as mercadorias relativas a cada nota fiscal, uma vez que não discriminou os materiais relacionados a cada documento.

Para suprir esta falta, diz que identificou os materiais (itens de mercadorias) relacionados a cada uma das notas fiscais e identifica que os aludidos materiais eram necessários à prestação de serviços de fornecimento de alimentação, como descartáveis (talheres, copos, canudos, pratos, sacos, guardanapos), bobinas para embalagem, etiquetas de preços, etc., utilizados nas vendas de sorvetes, sanduíches, salgados, doces, pizzas, sucos, etc., cujo crédito está autorizado pelo Artigo 93, Inciso I, “a”, do RICMS/97.

Neste estabelecimento (objeto da autuação) esclarece que utilizou esses materiais em todo o tipo de mercadoria comercializada, seja tributada ou não.

Afirma que ao observar a infração nº 2, do presente Auto de Infração, as Autuantes identificam materiais similares – que classificou como de embalagem (sacos, sacolas, etiquetas, bandejas, quentinhos, sacos, potes, etc.), materiais esses que também são utilizados na venda de produtos tanto alimentícios quanto de outros tipos, tributados e não tributados - entendeu que o *quantum* do crédito apropriado relativamente aos mesmos deveria ser considerado indevido, proporcionalmente às saídas isentas.

Assim, por isonomia de tratamento, entende que a proporcionalidade também se aplicaria aos materiais listados na infração 1, ora sob análise.

Apurou que vários materiais constantes da infração 1, identificados por denominação, código e nº da nota fiscal de aquisição, também foram relacionados nos demonstrativos que servem de suporte à Infração 2, caracterizando dupla glosa dos créditos indevidos.

Elabora, para cada um dos exercícios arrolados na autuação, um demonstrativo que identifica esses materiais, intitulados “*CRÉDITO INDEVIDO - MATERIAL DE CONSUMO A SER EXCLUÍDO DO CÁLCULO DA INFRAÇÃO 1*”.

Por fim, em relação aos materiais restantes (não envolvidos nas duas infrações) elabora novos demonstrativos intitulados *CRÉDITO INDEVIDO - MATERIAL DE CONSUMO - CÁLCULO COM PROPORCIONALIDADE*, mantendo os efetivamente indevidos em relação proporcional às saídas isentas, utilizando os mesmos percentuais que as Autuantes empregaram nos demonstrativos suporte da infração 2, chegando aos seguintes valores totalizados por exercício.

EXERCÍCIO	VALOR
2007	1.286,56
2008	910,69
2009	1.781,65
2010	325,81
TOTAL	4.304,71

Quanto à infração 2, reconheceu o débito desta imputação, destacando que este item trata-se de material de embalagem, que entende ser sujeito à proporcionalidade feita pelo fisco.

Em relação à infração 3. Diz que no exercício de 2007, foi listado no demonstrativo apenas um tipo de mercadoria, “SALMAO DAMM”. A glosa do crédito se deveu à falha na identificação do produto. Não se trata de pescado fresco e sim, enlatado, portanto sujeito à tributação pelo ICMS na saída, com crédito garantido na entrada.

Já no exercício de 2009, disse que as mercadorias que foram listadas, do tipo filé de pescado, industrializado e enlatado, estão sujeitos à tributação na saída, com crédito fiscal admitido nas entradas. Pontua que a exceção fica para dois itens em que as saídas não serão oferecidas à tributação, sendo o crédito indevido, conforme relacionados a seguir;

Data	N. Fiscal	Código	Descrição Produto	Valor	CRÉDITO INDEVIDO
25/04/2009	29531	26260	BEIJU GOMA	2,74	0,47
29/08/2009	178848	30836800016	FEIJAO BONDUELLE BRANCO (2)	28,80	4,90
			Manutenção cobrança		5,37

No que pertine à infração 4, relata que utilizou os demonstrativos elaborados pelas Autuantes criando neles uma coluna que identifica o tipo de justificativa para a sua não inclusão no regime de substituição tributária. Afirma que, consequentemente, sendo mercadorias regularmente tributadas, o crédito é permitido.

Assim, salienta que verificou que alguns itens de mercadorias são efetivamente enquadrados no regime de substituição tributária, sendo, portanto, pertinente a glosa dos créditos indevidamente escriturados, que são identificados nos mesmos demonstrativos - um para cada exercício - cujo valor anual, totaliza.

EXERCÍCIO	VALOR
2007	1.161,14
2008	52,95
2009	438,67
2010	695,29
TOTAL	2.348,05

No que alude a infração 5, alega que são vários demonstrativos onde as Autuantes identificam as mercadorias que não foram tributadas nas saídas quando deveriam ser e por alíquota aplicável, assim como as mercadorias que foram tributadas por alíquota inferior à determinada na legislação.

Observa que os demonstrativos indicam uma coluna onde identifica a forma de tributação de cada item relacionado, propiciando excluir da cobrança o ICMS relativo àqueles itens que efetivamente não deveriam ser tributados na saída, identificado também aqueles que reconheceu a falha na tributação, apurando o valor efetivamente devido, totalizado por exercício, conforme a seguir, no valor total de R\$ 4.967,75.

EXERCÍCIO	De 0 para 17%	DE 12% P/ 18,9%	DE 0 P/ VÁRIOS %
2007	18,73	496,01	
2008	1.280,00	1.283,68	
2009			1.889,33
TOTAL	1.298,73	1.779,69	1.889,33

No argumento da infração 6, diz que os demonstrativos trazem valores das supostas omissões de saídas, assim como o imposto devido sobre as respectivas omissões. Constata que algumas mercadorias não poderiam ser objeto de cobrança do imposto pelas saídas, uma vez que estariam essas amparadas por dispositivo que dispensaria a incidência tributária, adicionou nas planilhas uma coluna intitulada “justificativa”, para registrar a exclusão das cobranças relativas a esses itens, restando identificadas na mesma planilha os itens e valores do ICMS devido, porque sem justificativa.

EXERCÍCIO	VALOR
2007	8.522,47
2008	16.167,68
2009	44.841,18
2010	21.838,47
TOTAL	91.369,80

Por fim, na infração 7, argui que a multa cobrada pelas Autuantes tem respaldo no Art. 42, Inciso XIII-A, “c” da Lei nº 7.014/96, que transcreveu o dispositivo. Reproduz para combater esta imputação outro dispositivo citado - inc. XV, “c”, da Lei nº 7.014/96.

Declara que pelo fato citado neste item no Auto de Infração é que não apresentaram as leituras MFD – Memória de Fita Detalhe de algumas máquinas ECF cessadas, quando solicitadas e que, pela falta de apresentação, ficaria caracterizada a utilização irregular dos equipamentos. Por certo, diz que se constata da afirmativa um equívoco de interpretação do dispositivo.

Assevera que a penalidade tem como motivo a falta de cessação no prazo especificado, o que não ocorreu porque todos os seus equipamentos foram cessados regularmente, no prazo, sendo que os agentes credenciados para cada marca efetuaram a cessação de todos os equipamentos e, em nenhum momento as Autuantes comprovam o descumprimento desta obrigação, sequer refere-se a este fato.

Quanto a leitura da MFD, afirma que não foram entregues pelos credenciados. Quando intimados, iniciou o processo de solicitação, não tendo entretanto sido possível cumprir o prazo exigido pelo fisco, por dificuldades na execução da tarefa. Diante disto, de uma outra infração: a falta de apresentação de documentos, com multa prevista no Artigo 42 da referida Lei nº 7014/96, mas no seu Inciso XX. Reproduz a norma.

Entende assim, que se a multa for devida, por certo será pelo descumprimento da intimação, e não a cobrança do Auto de Infração.

Conclui pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Prestam as autuantes a informação fiscal, fls. 757 a 766. Preliminarmente tecem comentário sobre as atividades comerciais tentando construir um raciocínio de que desconheciam o *"modus operandi"* da empresa e por esta razão lavraram o Auto de Infração.

Salienta que a empresa CARBALLO FARO, conhecida como PERINI, especialmente a localizada na Barra, objeto desta fiscalização, tem uma atividade comercial significativa, vendendo produtos de fabricação própria como também produtos industrializados adquiridos de terceiros, estando expostos nas suas gôndolas, de forma semelhante a qualquer supermercado, com uma linha de mercadorias bastante diversificada, vendendo desde produtos de alimentação e bebidas a produtos de limpeza e higiene, com início das atividades em 1969, de acordo com dados cadastrais da Secretaria da Fazenda. Frisa que o volume de vendas tanto de produtos próprios como adquiridos de terceiros é crescente a cada ano e nota-se que a empresa se especializou para atender uma faixa de clientes de maior poder aquisitivo, vendendo produtos com preços elevados como é de amplo conhecimento do mercado consumidor.

Portanto, ao contrário do que a peça de Defesa alega, esse perfil da empresa foi sim extensamente analisado, para entender a forma de atuação e poder aplicar os roteiros de fiscalização pertinentes a um estabelecimento desse porte, com as características descritas acima e que está enquadrado no Regime Normal de pagamento, comercializando produtos tributados, sujeitos a substituição tributária e isentos. O trabalho da fiscalização foi feito em profundidade, pela complexidade das operações acentuada, pelo fato da empresa ser detentora de um Regime Especial bastante controverso concedido em 2004, através de Parecer DITRI nº 3080/2004 e que só foi alterado de ofício em 2009, através do Parecer nº 112971/2009, por recomendação da Corregedoria/SEFAZ, após constatar que este regime causava grandes prejuízos ao erário público.

Feitas estas considerações passam a analisar as razões de contestação das Infrações apuradas, chamando atenção que a Impugnante, apesar de afirmar que juntou documentos e demonstrativos para cada infração, não há nos autos nenhum documentos que possam servir de provas para as suas justificativas.

Na infração 1 – Crédito Indevido material de uso/consumo - declara pela identificação das mercadorias relacionadas pelo autuado são de fato as que tiveram o crédito fiscal glosado em razão da utilização indevida de crédito fiscal, por se tratarem de mercadorias de uso e consumo e

não de embalagem como pretende equivocadamente o autuado. Diz que a classificação fiscal foi um dos orientadores do entendimento, mas, e precisamente a identificação da mercadoria através Notas Fiscais, anexas ao PAF as fls. 460 a 464, 468 a 474, 506, bem como cópias dos lançamentos no livro Registro de Entradas, as fls. 368 a 370, 375 a 378, 390 a 395, tudo por amostragem.

Asseveram que embora o autuado apresente um novo demonstrativo de material de uso/consumo admitindo a utilização indevida de alguns dos créditos, este não pode prosperar pelo fato do seu entendimento ser distorcido, pois deixa de incluir outros que são na verdade de uso e consumo e que ela entende se tratar de embalagem. Entretanto, cabe modificar os demonstrativos referentes ao crédito indevido de material de uso/consumos, porque nas notas fiscais neles apontadas existem também produtos que não fazem parte.

Concordam inteiramente com a Impugnante quando admite a utilização de descartáveis como indispensáveis ao fornecimento de alimentação utilizado pela sua lanchonete. Entretanto tais materiais como copos, guardanapos, garfos, colheres entre outros não podem ser considerados materiais de embalagem e sim de uso e/ou consumo porque, além de serem consumidos no próprio local, não carece de proteção, condicionamento, envolvimento, tais como sacolas, sacos, potes etc., estes sim, são materiais de embalagem e detentores da proporcionalidade do crédito tributário. E o entendimento não poderia ser outro a não ser, nos termos da definição no Novo Dicionário de Aurelio da Língua Portuguesa- Editora Nova Fronteira, que define: “*EMBALAGEM-1-ato ou efeito de embalar; 2- o invólucro ou recipiente usado para embalar- EMBAR – acondicionar (mercadorias ou objetos) em pacotes, fardos, caixas etc... para protegê-los de riscos ou facilitar o seu transporte*” sic.

Feitas as devidas exclusões dos produtos, disse que gerou novos demonstrativos os quais anexa a esta Informação Fiscal resultando nos seguintes valores de Crédito Indevido:

Exercício: 2007	R\$ 5.239,89
Exercício: 2008	R\$ 22.941,08
Exercício: 2009	R\$ 4.988,94
Exercício: 2010	R\$ 32,30

Em relação à infração 2 – Falta de estorno de crédito referente às embalagens - verifica que o autuado reconhece integralmente essa infração no valor histórico de R\$ 11.998,99.

Aduz quanto à infração 3 – Crédito indevido de mercadorias isenta do imposto – que apesar de contestar algumas mercadorias, como o salmão elencado no nosso demonstrativo o autuado confirma a isenção, pois cadastrou em seus ECF, na situação tributária F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 493.

Deste modo o entendimento e a exigência do pagamento do ICMS, no valor histórico de R\$ 1.080,65 fica mantido.

Registra na infração 4 – Crédito Indevido de mercadorias da substituição tributária – que a falta de prova material (NF) para comprovar as suas justificativas ao contestar os demonstrativos lançados.

EXERCÍCIO DE 2007

IOGURTE - O art. 353 do RICMS, que trata da substituição tributária indica o NCM 0403 relacionando o produto IOGURTE, sem discriminar se de leite ou soja;

PEITO E FRANGO CHESTER – Trata-se de produtos resultantes do abate de aves, não cabendo o argumento de que se trata de um embutido. Mantemos, pois o nosso entendimento em obediência ao dispositivo legal além de apontar as fls. 422, 423, 441, 443 e 446, entre outras.

AMENDOIM – Está também relacionada no art. 353, a exceção dos in natura. Os demais estão todos na condição de industrializados, como são os da YOKI, que se apresenta numa embalagem promocional, aspecto suficiente para ser também gravado pelo IPI. Tanto é que a próprio autuado registrado em seus ECF na situação tributária F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 453, 488 e 491.

PEITO DE PERU DEFUMADO – É também produto da ST, admitido pela próprio autuado quando registrado em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 416, 454 verso, 482, 484 e 492.

PRESUNTO SADIA PARMA - É produto da ST, admitido pela próprio autuado quando registrado em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem, as fls. 417, 428, 439, 487 e 489.

LOMBO AURORA CANADENSE E O CONDIMENTADO - São produtos da ST, admitido pela próprio autuado quando registrado em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 475, 480, 481, 496 e 499.

Os demais produtos foram todos reconhecidos pelo autuado (R\$5.002,34).

EXERCÍCIO DE 2008 - as autuantes apresentaram os mesmos argumentos do exercício anterior que servem também para o ano de 2008, por se tratar dos mesmos produtos que tiveram seus créditos glosados (R\$4.924,33).

EXERCÍCIO DE 2009

GELO - O art. 353 do RICMS, que trata da substituição tributaria indica o NCM 2201 relacionando o produto GELO, sem discriminar sua origem;

COLCHÃO MAIA CARNE SECA BOVINA – De acordo com o fornecedor do autuado através da cópia das NF de fornecedores anexa as fls. 476, 787 e 793, portanto produto resultante do abate de gado bovino elencado como sendo da ST;

CHESTER - É produto da ST, admitido pela próprio autuado quando registrou em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 422, 423, 441 e 446.

LOMBO – APIMENTADO-CANADENSE E TEMPERADO - São produtos da ST, admitido pela próprio autuado quando registrou em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 427 verso, 429, 475, 496, 498, 480 e 481.

PÃO CROISSANT PERINE – O produto é resultante da farinha de trigo, portanto produto da ST e foi a próprio autuado que cadastrou em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 421e 426.

IOGURTE- O art. 353 do RICMS, que trata da substituição tributaria indica o NCM 0403 relacionando o produto IOGURTE, sem discriminar se de leite ou soja;

VINHO – Na data em que foi lançado o crédito indevido, o produto estava sujeito a ST, conforme a Alteração nº 116, Decreto nº 11462 de 10/03/2009;

CASTANHA DE CAJU INTEIRA - É produto da ST, admitido pela próprio autuado quando cadastrou em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 421 verso.

PÃO DE QUEIJO – É produto da ST e foi à próprio autuado que cadastrou nos seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 490.

Sustenta que de todas as mercadorias elencadas neste exercício manteve a exigência no valor de R\$ 9.057,97 após a exclusão do produto POLVILHO.

EXERCÍCIO DE 2010

COLCHÃO CARNE SECA BOVINA – De acordo com o fornecedor do autuado através das cópias das NF anexas as fls. 476, 787 e 793 trata-se de carne do sol, portanto produto resultante do abate de gado bovino elencado como sendo da ST;

CHESTER - CHESTER - É produto da ST, admitido pela próprio autuado quando registrou em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 422, 423, 441 e 446.

PEITO DE PERU- É também produto da ST, admitido pela próprio autuado quando registrado em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 416, 454 verso, 482, 484 e 492.

PERNIL - É produto da ST, admitido pela próprio autuado quando cadastrou em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 424 e 790.

CHOURIÇO- De acordo com a justificativa.

CAVALINHA- Mantém a glosa em razão da Impugnante não comprovar seu argumento através de documento fiscal de que se trata de conserva;

FEIJÃO- De acordo com a justificativa;

FILÉ DE ANCHOVA – De acordo com a justificativa;

AMENDOIM DESCACADO IOKY- Trata-se de produto da ST, procedente de indústria IOKY, amplamente conhecida, embalado a vácuo conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 453, 488 e 491;

CASTANHA DE CAJU INTEIRA - É produto da ST, admitido pela próprio autuado quando cadastrou em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 421 verso.

PÃO DE QUEIJO – É produto da ST e foi à próprio autuado que cadastrou nos seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 490.

MACARRÃO URBANO PENNE ARROZ – De acordo com a justificativa.

LOMBO – APIMENTADO-CANADENSE E TEMPERADO- São produtos da ST, admitido pela próprio autuado quando registrado em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 427 verso, 429, 475, 496, 498, 480 e 481;

PETET GATEAU CHOCOLATE – Trata-se de um pequeno bolo, produto derivado de farinha de trigo, portanto da ST;

BANANA CHIPS – De acordo com a justificativa

BEIJU DE GOMA – De acordo com a justificativa

PAÇOQUINHA –. De acordo com a justificativa

POLVILHO - De acordo com a justificativa

PÉ DE MOLEQUE – De acordo com a justificativa

Em relação à infração 5 – Erro em razão da aplicação de alíquota - Contesta a cobrança dos produtos na seguir:

EXERCÍCIO DE 2007

BACALHAU- Apesar de reconhecer ser o produto tributado de saída com alíquota zero, conforme demonstrativo as fls. 276 anexo;

MAÇÂ E PERA – A impugnante incorre em equívoco alegando isenção para tais produtos, sem a observância da data da vigência do Decreto nº 10.654 de 10/12/2007, sendo a data da exigência do imposto anterior a vigência do citado Decreto, conforme fls. 276. Mantemos, portanto o valor exigido integralmente no exercício de 2007;

EXERCÍCIO DE 2008

PEITO DE PERU DEC. PERINE – Conforme o Regime Especial os produtos fornecidos pela a Impugnante entram com crédito do imposto e saem todos com debito; portanto o produto deve ser tributado;

MASSA FOLHEADA DE QUALQUER ESPÉCIE – Trata-se de produto de tributação normal, mantida em ambiente refrigerado, diferentemente do que está previsto no art. 353 da ST que se refere à massa seca;

MASSA LEVE LASANHA – Produto sujeito a tributação normal, haja vista se tratar de massa fresca pré-cozida. . Mantemos, portanto o valor exigido integralmente no exercício de 2008.

EXERCÍCIO DE 2009

PEITO DE PERU DECORADO PERINE – Conforme o Regime Especial os produtos fornecidos pela a Impugnante entram com crédito do imposto e saem todos com debito; portanto o produto deve ser tributado;

PERNIL DECORADO PERINE - Conforme o Regime Especial os produtos fornecidos pela a Impugnante entram com crédito do imposto e saem todos com debito; portanto o produto deve ser tributado;

TENDER – Produto de tributação normal;

DAMASCO – Trata-se de fruta seca desidratada importada sujeita a tributação normal.

MASSA FOLHEADA DE QUALQUER ESPÉCIE – Trata-se de produto de tributação normal, mantida em ambiente refrigerado, diferentemente do que está previsto no art. 353 da ST que se refere à massa seca;

MASSA IMPORTADA CECCO - Trata-se de mercadoria importada sujeita, portanto ao pagamento do imposto por existir similar no país;

MASSA LEVE LASANHA/PASTEL – Produtos sujeitos a tributação normal, haja vista se tratar de massa fresca pré-cozida;

FILÉ DE SALMÃO – De acordo com a justificativa;

VINHO – Mantemos nossa exigência, entretanto apresentamos novos cálculos em razão da redução de 30% nas operações com bebidas;

CHESTER – Contestado pela a Impugnante na infração, nesta infração afirma tratar-se de produto da ST.

EXERCÍCIO DE 2010 - observa que todos os produtos foram reconhecidos pela Impugnante.

Na infração 6 – Omissão de Saída - diz a Impugnante: “*Os demonstrativos trazem valores das supostas omissões de saídas, assim como o imposto devido sobre as respectivas omissões. Constatamos que algumas mercadorias não poderiam ser objeto de cobrança do imposto pelas saídas, uma vez que estariam essas amparadas por dispositivo que dispensaria a incidência tributária, adicionamos nas planilhas uma coluna intitulada “justificativa”, para registrar a exclusão das cobranças relativas a esses itens, restando identificadas na mesma planilha os itens e valores do ICMS devido, porque sem justificativa.” sic*

EXERCÍCIO DE 2007

Informa que as justificativas apresentadas não poderão prosperar, salvo algumas exceções. Com relação aos produtos maçã e pêra a justificativa trazida pela Impugnante de que se trata de produto isento não corresponde à realidade, pois se a mesma tivesse observado com mais acuidade os demonstrativos entregues em mídia perceberia que tais omissões dizem respeito às datas de saídas anteriores a 10/12/2007, quando passou a vigorar o Decreto isentando tais produtos;

Quanto aos códigos 51552 (queijo tirolez gouda), 94450 (azeitona Califórnia preta), 74797(azeitona gordal verde c/ caroço) e o 8150 (queijo tirolez mussarela) aceitamos as compensações, embora a

Impugnante só tenha detectado tal fato após o pedido de baixa e inicio da fiscalização. Por esta razão apresentamos novo demonstrativo.

No que tange aos demais códigos não acatamos suas justificativas para compensar, em virtude destes não configurarem no Levantamento Quantitativo de Estoque-Omissão de Saída, conforme relatório gerado em mídia e anexo ao PAF as fls. 76, nem também aceitamos a justificativa de que há uma perda normal, porque teria que ter sido feito a emissão de Nota Fiscal para a baixa no estoque, CFOP 5927 o que não houve.

Feitas as devidas exclusões o montante desse exercício passou para R\$ 19.026,23.

EXERCÍCIO DE 2008

Declara que o autuado primeiramente alega que os produtos próprios têm perda normal e anexa um laudo de nutricionista e a regulamentação da ANVISA. Devemos esclarecer e o autuado tem ciência disto, que desprezamos no levantamento as diferenças consideradas normais, justamente pela característica de perecibilidade, o que comprova a troca de e-mails quando submetemos à análise da empresa o resultado parcial do levantamento quantitativo, vide fls.38 a 52. É importante observar que nos demonstrativo anexados pela a Impugnante, na coluna JUSTIFICATIVA, ela argumenta suas omissões como “perda normal” ou fração.

Registra que a Impugnante quer que se considerem como “perda normal” a omissão de 623 unidades de doce, 569 kg de queijo ralado? Esses valores de omissões e outros nesta monta foram apurados no Levantamento Quantitativo de Estoque e estão relacionados às fls. 330 e 331 e contido integralmente em CD R às fls. 76.

Perdas nessas quantidades não são ocorrências normais e a legislação do ICMS/BA, ao tratar especificamente do assunto, regulamenta como deve o contribuinte proceder, obrigatoriamente, quando esse evento acontecer. O artigo 100, inciso V, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

O mesmo regulamento prossegue determinando no artigo 102 a forma pela qual o contribuinte deve estornar o crédito fiscal das mercadorias mencionadas no inciso V, artigo 100, acima transscrito: *"Art. 102. A escrituração fiscal do estorno de crédito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será "Estorno de crédito", explicitando-se, no corpo do referido documento, a origem do lançamento, bem como o cálculo do seu valor, consignando-se a respectiva importância no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro "Débito do Imposto - Estornos de Créditos".* (grifos nossos).

Analizando os dispositivos legais supracitados, verifica-se que, no caso dos eventos ali mencionados, deve a empresa emitir documento fiscal com o objetivo de dar baixa no estoque relativo às mercadorias envolvidas nos eventos e estornar ou anular o crédito fiscal correspondente. É compulsório, portanto, a emissão de documento fiscal. Para este fim, existe um CFOP que é o de número 5927 – *“Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração”*, e que simplesmente a empresa não faz uso.

Sustenta que não se está defendendo a não observância das perdas de mercadorias em levantamento quantitativo de estoque, mesmo porque essas perdas normais foram consideradas, acatando as observações feitas pelo autuado quando da análise do resultado inicial do levantamento quantitativo.

Quanto às omissões dos produtos referentes aos códigos 51552, 22774, 37792, 45612, 8716, 93538, 6934, 31493, 20312, 26659, 56649, 7054, 6507, 7511, 7542, 58407, 36795 e 8150 não acatamos suas justificativas em razão das quantidades ditas saídas com outro código não corresponderem às mesmas quantidades omitidas, conforme se ver no demonstrativo apresentado pela Impugnante as fls. 698, a exemplo do código 7542 (queijo diminas prato peça) que apresenta uma omissão de saída de 4.222,764 kg e, a Impugnante pretende compensar com o código 7719, que afirma ter saído 3.531,22 kg fatiados. Ora Senhor Julgador será que teríamos de acatar uma perda de 691.544 kg? Impossível.

Ainda com relação ao citado demonstrativo o produto “massa arrosa folheada” código 544290, de que é produto da ST não corresponde à realidade, porque o mesmo tem que ficar refrigerado, diferentemente do previsto no item 11.4.1 do art. 353 do RICMS-Ba. Entende, pois que deve prevalecer a exigência do valor histórico já apontado de R\$ 71.581,37.

EXERCÍCIO DE 2009

Afirma que não acata as justificativas da Impugnante quanto aos seguintes produtos:

CÓDIGO 41638 (fiesta assado decorado Perine) - Conforme o Regime Especial já citado acima os produtos fornecidos pela a Impugnante entram com crédito do imposto e saem todos com débito; portanto o produto deve ser tributado;

CÓDIGO 2134 (peito sadia fiesta recheado com lingüiça - PF) – Produto de tributação normal posto que não se enquadra no item 9 do art. 353, em razão de ser preparado de outro modo para o consumo;

CÓDIGO 602853 (maçã Jasmine Crocante) Trata-se de produto industrializado embalado a vácuo, portanto diferente da maçã in natura, alcançada pela a isenção;

CÓDIGO 55918 (salmão Demm defumado postas) Produto com tributação normal porque está excetuado da redução de base de cálculo no art. 87 do RICMS, transscrito abaixo: Código 18906 (queijo ralado Perine) O argumento da defesa de que o produto apresenta omissão de saídas de 409.510 kg é produto próprio para uso da loja não tem nenhum fundamento legal, pois a retirada de produtos para o preparo de outros teria que ser feita mediante a emissão de Nota Fiscal para a baixa no estoque, CFOP 5949 o que não houve.

CÓDIGO 35507 (lombo Damm de atum) não acatamos pelo mesmo argumento apresentado no produto salmão defumado, código 55918- produto industrializado.

Com relação ao produto LICOR e suas diversas marcas reconhecemos a justificativa e preparamos novo Demonstrativo retirando o produto.

Quanto aos demais códigos em que a Impugnante justifica a omissão como perda normal, também não há de ser acatado em razão da inexistência de NF dando baixa no estoque, conforme previsto no RICMS/BA.

Feitas as devidas exclusões o montante desse exercício passou para R\$ 48.944,93.

EXERCÍCIO DE 2010 - em relação ao produto Bombons e seus diversos códigos também serão retirados no novo Demonstrativo, pois reconhecemos o nosso equívoco;

Código 18906 (queijo ralado Perine) O argumento da defesa de que o produto apresenta omissão de saídas de 154 kg é produto próprio para uso da loja não tem nenhum fundamento legal, pois a retirada de produtos para o preparo de outros teria que ser feita mediante a emissão de Nota Fiscal para a baixa no estoque, CFOP 5949 o que não houve.

Quanto aos demais códigos em que a Impugnante justifica a omissão como perda normal, também não há de ser acatado em razão da inexistência de NF dando baixa no estoque, conforme previsto no RICMS/BA.

Nesta oportunidade, corrobora com a convicção, cita o Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0158-02/12, para o Auto Infração nº 281424.0003/11-1, que trata sobre perdas, entre outros itens.

Feitas as devidas exclusões o montante desse exercício passou para R\$ 25.311,68.

Já quanto à Infração 7 – Multa por falta de apresentação da MFD - O autuado discorda da multa aplicada pela não entrega da Memória Fita Detalhe dos ECF regularmente Intimados pela fiscalização. Reafirma a aplicação da multa prevista na alínea c, inc. XII-A, art. 42 da Lei nº 7.014/96 que diz claramente. Reproduz a norma.

Reporta que a alegação de que os agentes credenciados não entregaram a leitura da MFD porque tiveram *"dificuldades na execução da tarefa"* só confirma a impossibilidade prevista no

dispositivo acima e a correta aplicação da multa. Além do mais a Impugnante já havia sido advertida das penalidades cabíveis, os termos da intimação fiscal que abaixo transcrevemos, dando conhecimento da legislação sobre a matéria:

"Nos termos da Legislação vigente e em cumprimento as Ordens de Serviço expedidas pela Secretaria da Fazenda estamos encaminhando, em anexo, as 2^a e 3^a Intimações Fiscais para apresentação das leituras das memórias fiscais (MFD) dos ECF das inscrições 68.757.344 e 40.801.539 respectivamente, conforme previsto no Regulamento do ICMS, Art.824-L, inc. III e Art. 824 - M, inc. VII, alínea b, que dispõe sobre a cessação de uso e a manutenção e guarda dos dados da memória da fita detalhe em meio magnético para entrega ao Fisco.

Observamos que o não atendimento às Intimações Fiscais implicará na aplicação das penalidades cabíveis e inviabilizará o deferimento dos pedidos de baixa dos estabelecimentos ora fiscalizados.

Seguem abaixo os dispositivos citados:

Art. 824-L, inc III

" III - tratando-se de intervenção técnica para cessação de uso de ECF: a Leitura X, antes e após a intervenção; a Redução Z; a Leitura da Memória Fiscal impressa em papel, abrangendo as últimas quarenta Reduções Z gravadas; arquivo eletrônico com o conteúdo do dispositivo de armazenamento de dados da Memória Fiscal; e arquivo eletrônico contendo os dados da Memória de Fita-detalhe, ambos gerados na data de impressão da Leitura da Memória Fiscal indicada neste inciso."

.....

Art. 824-M, inc. VII, alínea b

"VI - na hipótese de cessação de uso de ECF que possua Memória de Fita-detalhe, deverá:

.....

b) entregar, ao contribuinte usuário a Memória de Fita-detalhe, para apresentação ao fisco, bem como uma cópia do arquivo eletrônico contendo os dados da Memória de Fita-detalhe;

c) conservar, sob sua guarda, uma cópia do arquivo eletrônico contendo os dados da Memória de Fita-detalhe."

Desta forma, reafirma procedimento fiscal, pela Procedência em Parte.

Na fl. 808, o procurador da empresa juntou petição requerendo que todos os documentos intimações fossem encaminhada no endereço sítio a rua Dr. Jose Peroba 325, Edifício Elite Comercial, sala 802, Stiep, Salvador/BA, CEP 41 770-235.

O contribuinte se manifesta, fls. 814 a 822, inicialmente, descreve, novamente as suas atividades e embora demonstrando o objetivo de contestar, verifica que o fisco reconhece seu *modus operandi*.

Salienta que lamentavelmente duas colocações feitas nessas preliminares são infelizes: a primeira de que nossa empresa trabalhava com elevados preços, quando estes eram compatíveis com a qualidade dos produtos que oferecíamos e segundo, que éramos possuidores de regime especial bastante controverso, algo que não se discute no processo e cuja opinião é desnecessária, além das informantes não possuírem competência para interferir em atos praticados por autoridades hierarquicamente superiores.

Quanto à infração 1, pontua que excluiu os materiais que não se caracterizam como de uso/consumo e as informantes acatam parcialmente.

Disse que há ponto controverso da questão diz respeito aos descartáveis (talheres, copos, canudos, pratos, sacos, guardanapos), utilizados nas vendas de sorvetes, sanduíches, salgados, doces, pizzas, sucos, etc., que entendemos estar o crédito autorizado pelo Artigo 93, Inciso I, "a", do RICMS/97 e que as autuantes, ao invés de buscarem amparo na legislação, vai ao dicionário buscar o conceito restrito de embalagem. Mantemos os argumentos de defesa porque embasados na legislação e não no dicionário.

Disse que as autuantes esquecem de se manifestar sobre a isonomia de tratamento com o conceito de proporcionalidade do estorno de crédito que lançaram na infração nº 2, do presente Auto de Infração.

Por isso mantém o entendimento de que o crédito indevido dos materiais de uso/consumo devem ser proporcionais às saídas isentas conforme apuramos no demonstrativo que anexamos à defesa, que entendemos irretocável.

Na infração 2, dispensou manifestação.

Em relação à infração 3, assinala que segundo as autuantes, o produto “SALMAO DAMM” objeto da glosa do crédito em 2007, foi motivada pela ocorrência de saída sem débito. Sendo verdadeiro o fato a infração seria de outro cunho: falta de debitação na saída e não utilização indevida de crédito, o que valida nosso argumento defensivo, até porque, como dissera a autuante nas preliminares, o trabalho de fiscalização foi feito em profundidade o que, logicamente, seria suficiente para detectar saída sem tributação.

Afirma que a manifestação, referente a este item, não apresenta conteúdo.

Já quanto à infração 4 - Exercícios de 2007 e 2008 - verifica que as autuantes desprezam seus argumento de que iogurte de soja está enquadrado na NCM do mesmo produto derivado de leite, o que contestamos. Historicamente iogurte é produto derivado de leite. À base de soja é bebida e não iogurte. A indústria pode até nominar o seu produto como tal mas na essência não o é. Quanto a NCM não pode nem deve ser o único critério para identificação de um produto.

Observa a tipi se ver que no seu Capítulo 4, relativo a produtos derivados de leite, está enquadrado o iogurte, produto que não aparece em qualquer outra citação na tabela em referência.

04.03	<i>Leitelho, leite e creme de leite coalhados, iogurte, quefir e outros leites e cremes de leite fermentados ou acidificados, mesmo concentrados ou adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes, ou aromatizados ou adicionados de frutas ou de cacau.</i>	
0403.10.00	- Iogurte	NT

Afirma que o produto Peito e Frango Chester citado nos autos também é embutido, porque não estamos falando do frango abatido, fresco, resfriado, congelado, etc. e sim do “tipo apresuntado”, conhecido por qualquer pessoa consumidora desses produtos e que não se enquadram no regime de ST.

Em relação aos produtos Amendoim, Peito defumado de Peru, Presunto Sadia Parma, Lombo Canadense, as autuantes sustentam que são produtos enquadrados no regime de ST porque constataram na sua “fiscalização em profundidade”, que foram saídos sem tributação, conforme cópia de cupom fiscal que dizem ter juntado ao processo. Frisa que caso tenha acontecido, pois se trata de outra infração, a saída sem pagamento do ICMS, diversa da acusação de crédito indevido, o que não respalda a autuação indevida neste item.

Entende desnecessário juntar embalagem para comprovação e impossível juntar amostra dos produtos a esta manifestação dada a sua condição de perecível.

No exercício de 2009 - disse que os argumentos das autuantes continuam sendo impróprios, repetindo para os produtos também listados no exercício anterior.

Observa que as autuantes não caracterizam corretamente os produtos tratando igualmente produtos de espécies diferentes. Um exemplo é querer imputar ao regime de ST castanha de caju. Este produto, conhecido por todos os nordestinos e apreciado mundialmente, é comercializado de duas formas: como salgadinho industrializado (enquadrado no regime de ST) e *in natura* (sujeito à tributação normal). O produto listado na autuação e que contestamos é o da segunda condição.

Aduz que no produto Colchão de carne Mais seca bovina nada mais é do que charque, que não está enquadrada no regime de ST. Assim como pão de queijo não está mais amparado pela ST da farinha de trigo visto ser produto industrializado. O mesmo vale para *petit gateau*.

Relativamente ao produto “cavalinha” (que também se vende enlatado e *in natura*) que alegam não ter sido juntado documento fiscal comprovando ser tributada, não o fizemos porque entendemos serem os auditores fiscais nossos clientes, enquadrados no que as autuantes

chamaram no inicio da informação de “clientes de maior poder aquisitivo”, portanto conhcedores de nossos produtos. Podemos fazê-lo em qualquer momento do processo se os julgadores, também nossos clientes, entenderem necessário.

Reitera que as notas fiscais juntadas às fls. 787 a 793 ratificam que as mercadorias não eram enquadradas no regime de ST. Assim, entende que a informação fiscal, pelos equívocos relacionados, em nada contribui para o deslinde da questão e mantemos a defesa.

Nas razões da infração 5, afirma que os argumentos contidos na informação não apresenta consistência, pois querem transformar produtos sujeitos ao regime de ST em produtos sujeitos à tributação normal.

Reconhece o lançamento feito na defesa inicial, debitou a menos como devidos, porque embasados na legislação. Os elementos apresentados na Informação são tão incabíveis que sobre os mesmos não podemos nos manifestar.

Na infração 6 - disse que as informantes acatam parcialmente os nossos argumentos defensivos, expostos nas tabelas anexas à defesa. Manifesta somente sobre aquilo que discordaram, para demonstrar que estamos certos naquilo que contesta que no exercício de 2007: As informantes dizem que não concordam com a exclusão de maçãs e peras do levantamento porque essas mercadorias passaram a ser isentas do imposto a partir de 11/12/2007.

Acrescenta que esqueceram que no levantamento quantitativo tem como período de ocorrência dos fatos o lapso de tempo ocorrido entre 01.01.2007 a 31.12.2007 e que qualquer diferença encontrada se refere à movimentação de todo o exercício, sendo impossível determinar, no caso de omissão de saídas, a data exata em que o fato ocorreu. Desta forma, já que a data base de finalização do levantamento é 31.12.2007, e nesta data a mercadoria encontrava-se isenta, não se pode falar em tributação das eventuais diferenças encontradas.

Registra que o entendimento citamos o § 3º, do Artigo 938, do RICMS/97 que, embora se referindo ao arbitramento da base de cálculo, entende plenamente aplicável aos levantamentos quantitativos de estoque.

Quanto aos produtos que diz não aceitar as justificativas apresentadas que listamos na planilha anexa à defesa, transcrevemos os produtos, as justificativas para cada diferença que porventura tenha ocorrido e, para satisfazer o que querem as informantes, quantificamos as irrelevantes diferenças, chegando ao valor de imposto, se devido, de R\$ 228,19.

Alerta que os “salames” são adquiridos em peças e comercializados fatiados, gerando perdas normais e, no caso das azeitonas, adquiridas em grandes embalagens e vendidas no varejo o que gera também perda, situação que nos levou a desconsiderar tais contagens que agora reincluiu.

CÓD	NOME PRODUTO	UND	QUANT OMISS SAÍDAS	PM UNIT	JUSTIFICATIVA	DIFERENÇA	B CALC	ICMS
7443	SALAME PERDIG HAMBURG PCA	KG	182,48	14,91	Saída cod 19293 182,43 unid	0,05	0,75	0,13
93538	SALAME SADIA ITA PCA (SSS)	KG	722,03	24,84	Saída cod 2202 - 722,03 unid	0,00	0,00	0,00
56649	AZEITONA AZAPA PTA	KG	322,10	24,23	Saída cod 54942 266,91	55,19	1.337,25	227,33
38577	SALAME PERDIG ITA EXT PCA	KG	184,34	26,31	Saída cod 58490 184,34 unid	0,00	0,00	0,00
38683	SALAME PERDIG MILANO PCA	KG	125,15	26,26	Saída cod 58544 - 125,14 unid	0,01	0,26	0,04
8617	SALAME PERDIG ITA GIG PCA	KG	304,71	26,67	Saída cod 75602 - 304,70 unid	0,01	0,27	0,05
58407	SALAME SADIA HAMBURG PCA	KG	515,19	14,4	Saída cod 80781 - 515,19 unid	0,00	0,00	0,00
36795	SALAME SADIA MILANES PCA	KG	314,61	18,8	Saída cod 80798 314,41 unid	0,20	3,76	0,64
TOTAL ICMS A PAGAR								228,19

Quanto ao fato dos códigos que servem para as justificativas não constarem do levantamento o motivo é que as informantes, quando do processo de fiscalização, não os adicionaram o que não

impede que os apresentemos e que sejam considerados ou verificados em qualquer fase do processo, inclusive diligencial. As informantes possuem nos seus arquivos a movimentação de todos os produtos que manipulamos no exercício e podiam muito bem conferir nossa alegação defensiva. A declaração das informantes caracteriza que não se manifestaram sobre todos os aspectos da defesa, conforme determina o Artigo 127, § 7º, do RPAF/BA.

Para o exercício de 2008, destaca que três produtos próprios que apresentam perda normal porque perecível, pedimos a exclusão do levantamento juntando legislação própria que determina o prazo de validade. As informantes confundem o conceito de “perda normal” (aquele que ocorre normalmente no manuseio de um produto) com o de “perda anormal” previsto no Artigo 100, V, do RICMS/97.

Quanto ao quantitativo de produtos perdidos normalmente, o fato de ser, em um dos casos, 623 unidades, é irrelevante se comparada ao quantitativo comercializado no exercício, apresentando menos de 2 doces por dia. Não é necessário informar quantos doces a PERINE comercializa por dia para qualquer cidadão baiano. Certo?

A seguir os produtos a que nos referimos na defesa:

COD	PRODUTO	UN	QUANT	JUSTIFICATIVA
464116	DOCE ESPECIAL PERINI	UN	623,000	Perda normal prod próprio
22873	FONDANT PERINI	KG	5,027	Perda normal prod próprio
18906	QJ RALADO PERINI	KG	569,000	Perda normal/usado no fornecimento de produtos alimentícios

Também relativamente aos produtos que entram no estabelecimento de uma forma e são comercializados fracionadamente, as informantes não se manifestaram e a seguir demonstramos:

- Quais são esses produtos que apresentaram omissão de saídas;
- Como esses produtos foram comercializados e em que códigos;
- Apura quanto seria a diferença de ICMS que é indevido, sobre perdas normais, cujo conceito foi discutido quando das análises do exercício de 2007.

Código	Nome Produto	Unid	O Saidas	V Unit	JUSTIFICATIVA	DIFERENÇA	B CALCLO	ICMS 17%
51552	QJ TIROLEZ GOUDA 3.0 PCA	KG	175,750	41,27	Saída cod 10573/144,13 kg fatiado	31,62	1.304,96	221,84
22774	MORTAD PERDIG CHESTERELLA PCA	KG	185,060	10,91	Saída cod 12560 159,8 Kg fatiado	25,26	275,59	46,85
37792	QJ CAVE GOUDA PCA	KG	146,998	28,47	Saída cod 13338 129,32 Kg fatiado	17,68	503,29	85,56
45612	BACALHAU NORUEGUES 8/10 LAM INT	KG	384,476	65,85	Saída cod 18920 277,08 unid filé	107,40	7.072,03	1.202,24
8716	QJ TIROLEZ PRATO LIGHT 3.5 PCA	KG	476,218	31,56	Saída cod 2004/394,45 kg fatiado	81,77	2.580,60	438,70
93538	SALAME SADIA ITA PCA (SSS)	KG	335,564	36,42	Saída cod 2202 /298,47 KG fatiado	37,09	1.350,96	229,66
6934	QJ VENEZA MUSS PCA 2.0/3.0	KG	147,418	10,39	Saída cod 245,49/106,7 kg fatiado	40,72	423,06	71,92
31493	BLANQUET SADIA PERU LIGHT PCA(BPSL)	KG	1.333,684	13,91	Saída cod 31585 1.076,61 unid fatiado	257,07	3.575,90	607,90
20312	QJ TIROLEZ ESTEPE PCA	KG	101,955	42,48	Saída cod 45842/91,75 kg fatiado	10,21	433,51	73,70
26659	QJ JONG REINO (CESTA)	UN	27,000	53,70	Saída cod 51379 - 25,86 unid	1,14	61,22	10,41
56649	AZEITONA AZAPA PTA	KG	253,542	23,80	Saída cod 54942 - 231,01 unid	22,53	536,26	91,16
7054	QJ VENEZA PRATO PCA 2.0/3.0	KG	212,962	10,39	Saída cod 74155/123,37 kg fatiado	89,59	930,86	158,25
6507	QJ TIROLEZ PRATO PCA 2/3.5	KG	4.203,786	15,28	Saída cod 76487/3.628,6 Kg fatiado	575,19	8.788,84	1.494,10
7511	QJ DIMINAS MUSS PCA	KG	3.214,229	13,28	Saída cod 7689 - 3.079,24 KG fatiado	134,99	1.792,65	304,75
7542	QJ DIMINAS PRATO PCA	KG	4.222,764	13,30	Saída cod 7719 - 3.531,22 Kg fatiado	691,54	9.197,54	1.563,58
58407	SALAME SADIA HAMBURG PCA (SLH)	KG	293,200	19,40	Saída cod 80781/320,26 KG fatiado	-	27,06	524,96
36795	SALAME SADIA MILANES PCA (SLM)	KG	59,614	35,39	Saída cod 80798 27,92 fatiado	31,69	1.121,65	190,68
8150	QJ TIROLEZ MUSS PCA	KG	2.350,318	15,28	Saída cod 96232/2.038,08	312,24	4.771,00	811,07

	3.5			Kg fatiado			
					TOTAL ICMS INCIDENTE		7.513,14

Frisa que embora alguns produtos apresentem quantidade razoável de perdas, são essas percentualmente inexpressivas se analisadas em relação às quantidades comercializadas. Acreditamos que naturalmente auditores fiscais e julgadores do CONSEF, sejam consumidores dos produtos listados (queijos, salames, etc.) e compreendam a sua perda quando do fatiamento.

Entende que apresenta elementos apropriados na defesa, que mantemos e entendemos que a informação fiscal mais uma vez, tomou um rumo que não o determinado no RPAF: se manifestar sobre todos os aspectos da defesa.

Em relação ao exercício de 2009: disse que as informantes mais uma vez analisam de forma equivocada nossos argumentos de defesa, deixando de acatar que produtos adquiridos em peças foram comercializados fatiados e, naturalmente, apresentando perda normal, conceito já discutido anteriormente.

Código	Nome Produto	Unid	O Saidas	JUSTIFICATIVA
41638	FIESTA ASSADO DEC PERINI	KG	305.838	Comestivel abate ST Art. 353, II, 9
2134	PEITO SADIA FIESTA RECH COM LINGUICA (PF)	KG	8.680	Comestivel abate ST Art. 353, II, 9
602853	MACA JASMINE CROC	UN	28.000	isenta - Art. 14
55918	SALMAO DAMM DEF POSTAS	KG	2.459	isenta - Art. 14
18906	QJ RALADO PERINI	KG	409.510	Produto proprio para uso loja
18067	MINI SONHO COQ PERINI	KG	58.320	Proprio - perda normal
511476	MORANGO AMOR PERINI	UN	535.000	Proprio - perda normal
16247	ROCAMBOLE BABA MOCA PERINI	KG	33.381	Proprio - perda normal
16278	ROCAMBOLE BRIGADEIRO D.LEITE PERINI	KG	34.701	Proprio - perda normal
16254	ROCAMBOLE BRIGADEIRO PERINI	KG	57.305	Proprio - perda normal
16285	ROCAMBOLE DOCE LEITE FOLHADO PERINI	KG	21.838	Proprio - perda normal
16292	ROCAMBOLE MORANGO PERINI	KG	4.347	Proprio - perda normal
16315	ROCAMBOLE PESSEGO PERINI	KG	4.672	Proprio - perda normal
26413	ROCAMBOLE SALG PERINI	KG	3.000	Proprio - perda normal
1021	SORV ABACATE PERINI	UN	5.000	Proprio - perda normal
14960	SORV AFRICANO PERINI	UN	5.000	Proprio - perda normal
6347	SORV AMEIXA CAJU PERINI	UN	5.000	Proprio - perda normal
15707	SORV AMENDOIM PERINI UN	UN	4.000	Proprio - perda normal
15028	SORV AVELA PERINI	UN	4.000	Proprio - perda normal
14748	SORV CAJA PERINI	UN	3.000	Proprio - perda normal
582414	SORV CAPUCCINO PERINI	UN	6.000	Proprio - perda normal
15004	SORV CHOCOLATE BRANCO PERINI UN	UN	5.000	Proprio - perda normal
15134	SORV CHOCROCANTE PERINI	UN	2.000	Proprio - perda normal
15141	SORV CREME PERINI	UN	8.000	Proprio - perda normal
14786	SORV CROCANTE PERINI	UN	9.000	Proprio - perda normal
15110	SORV CUPUACU PERINI	UN	8.000	Proprio - perda normal
13406	SORV DIET CAJA PERINI UN	UN	4.000	Proprio - perda normal
13441	SORV DIET CHOC PERINI UN	UN	7.000	Proprio - perda normal
61343	SORV DIET COCO PERINI	UN	8.300	Proprio - perda normal
613453	SORV DIET CREME PERINI UN	UN	9.000	Proprio - perda normal
13420	SORV DIET MORANGO PERINI UN	UN	3.000	Proprio - perda normal
14236	SORV DOCE DE LEITE PERINI	UN	3.000	Proprio - perda normal
15172	SORV FLOCOS PERINI	UN	8.000	Proprio - perda normal
39727	SORV FLOQUINHO PERINI	UN	2.000	Proprio - perda normal
15714	SORV FLORESTA NEGRA PERINI	UN	6.000	Proprio - perda normal
15011	SORV FRUTAS SILVESTRES PERINI	UN	2.000	Proprio - perda normal
14809	SORV GOIABA PERINI	UN	8.000	Proprio - perda normal
15035	SORV MANGA PERINI	UN	2.000	Proprio - perda normal
14991	SORV MENTA CHIPS PERINI	UN	4.000	Proprio - perda normal
14984	SORV MILHO VERDE PERINI	UN	4.000	Proprio - perda normal
589833	SORV OVOMALTINE PERINI	UN	2.000	Proprio - perda normal
14885	SORV PAPAYA C/ CASSIS PERINI	UN	7.000	Proprio - perda normal
14175	SORV TAPIOCA PERINI	UN	3.000	Proprio - perda normal
14854	SORV UMBU PERINI	UN	6.000	Proprio - perda normal
13048	FILE PESCAMAR SALMAO	KG	2.796	Red 100% BC - pescado
35507	LOMBO DAMM ATUM	KG	2.000	Red 100% BC - pescado
382045	LICOR BAILEYS	UN	8.000	St - bebida alcoolica
53969	LICOR CAROLANS FINEST	GF	7.000	St - bebida alcoolica
8008310070937	LICOR FRAGOLI TOSCHI	GF	6.000	St - bebida alcoolica
654272	LICOR ITAGIBA CACHACA	GF	4.000	St - bebida alcoolica
7610594251455	LICOR KALUA	UN	4.000	St - bebida alcoolica
8002070003983	LICOR MANDARINETTO ISOLABELLA	GF	6.000	St - bebida alcoolica
486422	LICOR PEACH CREAM	UN	3.000	St - bebida alcoolica
39208	LICOR STOCK CURACAU	UN	6.000	St - bebida alcoolica
7891121209006	LICOR STOCK PEACH	GF	7.000	St - bebida alcoolica
541619	LICOR STREGA LIMONE	GF	2.000	St - bebida alcoolica
90057038	LICOR UNDERBERG CONJUNTO (3x20 ML)	GA	6.000	St - bebida alcoolica
40341248	LICOR UNDERBERG GIFT TIN (12x20 ML)	GA	4.000	St - bebida alcoolica

Neste exercício ainda temos mais uma distorção na contagem: a omissão de saídas de sorvetes, produto que não se pode quantificar grama a grama porque entram nas embalagens de venda “mais ou menos medidos”. Quem nunca pediu um sorvete de copinho ou de cascalho para comprovar o que dissemos?

Por tais razões, não podemos considerar a informação fiscal como válida referente a este item, pelos equívocos que contém.

Na pertinência do exercício de 2010: Mais uma vez as autuantes não compreendem as operações feitas por nossa empresa e não acatam a exclusão dos seguintes produtos do levantamento e, quanto às bebidas alcoólicas também listadas, sequer se manifestam.

CÓDIGO	PRODUTO	UNID	QUANT	JUSTIFICATIVA
18906	QJ RALADO PERINI	KG	154	Para uso serviço loja
15424	PASTA ESPECIAL PERINI	KG	136	Proprio - perda normal
67935	PASTA SIMPLES PERINI	KG	200	Proprio - perda normal
24464	PIMENTA P/ABARA/ACARAJE PERINI	KG	0,6	Proprio - perda normal
15455	PIZZA BACON 300 GR PERINI	UN	4	Proprio - perda normal
17039	PIZZA CALABRESA PERINI	KG	10	Proprio - perda normal
17169	PIZZA LOMBINHO PERINI	KG	13	Proprio - perda normal
598767	PIZZA PROVOLONE 318GR PERINI	UN	1	Proprio - perda normal
8181	QJ CARPACCIO PERINI	KG	69	Proprio - perda normal
147576	PROM VH NAVARRO (KIT)	GA	6	ST - bebida alcoólica
147545	PROM WH JW BLACK LABEL (KIT)	GA	6	ST - bebida alcoólica

Concluí a manifestação lamentando não mais sermos proprietários da Perini porque isso nos impede de convidar as informantes a conhecer *o que toda dona de casa conhece*: o que acontece com um produto quando ele é objeto de repartição/fatiamento/fracionamento. Comprovariamos que nossos argumentos a respeito da existência de perda normal são mais que válidos: são reais.

Na infração 7, pontua que a formação de juízo é equivocado, pois a penalidade que cobram deve ser aplicada quando o contribuinte “*não solicitar cessação de uso de equipamento de controle fiscal*”, estando este com “*impossibilidade técnica de uso por mais de 120 (cento e vinte) dias*” ou que “*esteja tecnicamente impossibilitado de emitir o documento “Leitura da Memória Fiscal”*”.

Sustenta que nada disso aconteceu. Os equipamentos eram utilizados normalmente e quando efetuamos, no prazo legal, o pedido de cessação, o agente credenciado não retirou a leitura da memória de fita detalhe como lhe impõe a legislação, em alguns casos, por falha técnica do equipamento, algo que não se pode imputar culpa ao usuário que sequer testa retirar tal leitura.

Quando solicitada a apresentação, requeremos aos credenciados a sua extração, tivemos custo elevado para atendimento mas, infelizmente, por problemas técnicos desconhecidos, um ou outro equipamento encontrava-se em condições que impossibilitava a extração, algo normal em equipamentos eletro/eletônicos.

Assinala que a citação ao artigo 824-M, inc. VII, “b”, do RICMS/97, não atinge nossa empresa pois retrata obrigação não cumprida pelo agente credenciado pela SEFAZ para a realização do serviço que contratamos no prazo.

Aborda pelo fato citado no Auto é que não apresentamos as leituras MFD – Memória de Fita Detalhe de algumas máquinas ECF cessadas, quando solicitadas repetimos o que afirmamos na defesa, não caracteriza a utilização irregular dos equipamentos. Mais uma vez entendemos equivocados os argumentos utilizados pelas informantes na tentativa de “segurar” uma aplicação indevida de multa.

Conclui pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Na fl. 827 a 5^a JJF converteu os autos em diligência no qual encaminhou a INFAZ de origem com a seguinte solicitação:

*“1 - apresente nova informação fiscal tendo em vista tais alegações do sujeito passivo;
2 – efetue os ajustes, se necessário, nos levantamentos pertinentes;*

3 – apresente, se necessário, novos demonstrativos de débitos do Auto de Infração.

Deverão ser fornecidos ao autuado os documentos produzidos pelo diligente, acompanhados do presente pedido, bem como a concessão do prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar.

Havendo manifestação do autuado, deve ser dada ciência ao autuante para que elabore nova informação fiscal, com base nos novos resultados e abrangendo todos os aspectos da manifestação defensiva, com fundamentação, considerando o disposto no art. 127, § 6º do RPAF/99.

Concluída a diligência, o PAF deve retornar a este CONSEF."

Na conclusão da diligência, fls. 830 a 835, informa que ao constatar que a representante legal do autuado tentou desvirtuar as observações que fizemos na informação fiscal sobre os elevados preços dos produtos vendidos os quais induziria uma arrecadação mais expressiva aos cofres públicos, o que de certo não ocorreu em razão do generoso regime especial que lhes foi concedido a época e modificado posteriormente pela nossa Corregedoria.

Entende que a intenção da Impugnante não é outra a não ser descharacterizar a ação fiscal quando comenta: *"Lamentavelmente duas colocações feitas nessas preliminares são infelizes: a primeira de que nossa empresa trabalhava com elevados preços, quando estes eram compatíveis com a qualidade dos produtos que oferecíamos e segundo, que éramos possuidores de regime especial bastante controverso, algo que não se discute no processo e cuja opinião é desnecessária, além das informantes não possuírem competência para interferir em atos praticados por autoridades hierarquicamente superiores."* (sic)

Comentários a parte passamos a nos ater estritamente aos aspectos técnicos, como deve ser em todo processo, principalmente em atenção, respeito e consideração aos senhores Julgadores.

Na imputação de acusação Crédito indevido de Material de Uso/Consumo (infração 1) - registra que por ter construído os demonstrativos iniciais com base na classificação fiscal apostado equivocadamente pelo autuado em seus registros fiscais e posteriormente analisando os documentos apresentados na contestação, promovemos as devidas alterações, conforme se vê nas fls. 768 a 779, em razão de esses documentos constarem mercadorias que não são produtos de uso/consumo. Entretanto, ratifica a exigência do débito apurado relativo aos produtos utilizados na lanchonete tais como talheres, copos, canudos, pratos, pazinha de sorvetes etc, pois encontram amparo legal tipificado no art. 93, incisos V, alínea "b" e art. 124 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 62.84/97 e no art. 42, inciso VII, "a" da Lei 7.014/96, e não nos dispositivos citados pelo autuado. O significado lingüístico da nomenclatura citada serviu apenas como ilustração.

Afirma que também não aceita o argumento da proporcionalidade do crédito porque as mercadorias apreciadas são de fato materiais de uso e consumo e não produto de embalagem como pretende o autuado. Portanto, mantém o valor total apresentado nos exercícios abaixo:

Exercício: 2007	R\$ 5.239,89
Exercício: 2008	R\$ 22.941,08
Exercício: 2009	R\$ 4.988,94
Exercício: 2010	R\$ 32,30

Na infração 3, somente disse que conforme o enunciado e ratificado pela próprio autuado, a infração cometida e relatada foi motivada pelo fato da mesma ter se apropriado indevidamente de crédito de mercadoria isenta e não pela falta de débito quando da venda. A cópia de cupons fiscais foi anexada apenas para confirmar que o autuado tinha conhecimento da condição tributária do produto, tanto que seus ECFs foram cadastrados desta forma – ver fls. 493 entre outras. Por essa razão mantemos a exigência do pagamento do ICMS no valor histórico de R\$ 1.080,65.

Argui, na infração 4, que os argumentos apresentados pelo autuado no que se refere à mercadoria iogurte, continuam e devem continuar sendo desprezados pela fiscalização, que tem o dever de se nortear pela legislação, mais precisamente indicando o NCM, que classifica e codifica quais os produtos pertencentes à substituição tributária submetendo a todos, principalmente a indústria. Então as alegações apresentadas pelo autuado de que: *"A indústria pode até nominar o seu produto como tal, mas na essência não o é. Quanto a NCM não pode nem deve ser o único*

critério para identificação de um produto.”: (sic). Como vimos, esse entendimento é próprio e não pode prosperar por ser equivocado e decorrente de uma “legislação particular”, totalmente desconhecida e desprezada por nós.

Com relação à mercadoria peito e frango chester o autuado tenta induzir tratar-se de produto embutido, quando na realidade são produtos resultantes do abate de aves ou partes delas, resfriadas e encontradas nas gôndolas do seu estabelecimento. Vê fls. 422, 423, 441, 443 entre outras.

Quanto aos produtos presunto sadia Parma, lombo canadense e peito de peru defumado há que ser mantido nosso posicionamento porque, conforme expomos acima, obedecemos a legislação fiscal, precisamente o art. 353, inciso II, item 9 do Decreto nº 6284/97, que submete todos, inclusive a industria, que classificou seu produto como sendo sujeito a substituição tributaria, a exemplo da nota fiscal anexa as fls. 789 (peito de peru), fls. 788 e 791 (lombo canadense) e fls. 792.

O produto amendoim a que nos referimos é o industrializado, conforme se vê as fls. 200, 209, 211 entre outras, e não o in natura, como pretende induzir a erro o autuado.

Esclarece que o autuado pretende em verdade desclassificar a nossa “*fiscalização em profundidade*”, pois assim se referiu, quando não atentou que de fato anexamos cópias de cupons fiscais, conforme se vê as fls. 414 a 457 e 482 a 498 deste PAF, apenas para confirmar a forma como o autuado cadastrava seus produtos nas saídas em seus ECFs, e ainda argumenta: “*Entendemos desnecessário juntar embalagem para comprovação e impossível juntar amostra dos produtos a esta manifestação dada a sua condição de perecível.*”(sic). Ora, e os documentos relacionados a tais mercadorias? O processo fiscal é formado e só trabalhamos com documentos fiscais, porque esses são os verdadeiros instrumentos que acobertam as operações fiscais.

Relata que o autuado tem razão quando citou como exemplo o exercício de 2009, com relação à castanha de caju in natura, que de fato conhecemos como isenta, e cometemos o lapso de incluí-la no mês de dezembro, conforme demonstrativo apenso as fls. 782, no valor de R\$ 79,29, ficando o valor exigido para esse mês de R\$ 2.378,99. Também no exercício de 2010 no mês de junho repetimos o equívoco com castanha in natura, conforme se vê as fls. 785, no valor de R\$ 278,63, que após a supressão deste fica a exigência do valor de R\$ 1.621,05.

Quanto ao produto carne seca mantém posicionamento porque, conforme exposto acima, obedecemos a legislação fiscal, conforme dito acima repetidas vezes. Além do mais apensamos as fls. 787 e 793 entre outras cópias de documentos fiscais que reforçam a nossa exigência.

Sustenta que não entendem a referencia feita a “*cavalinha*” porque tal produto em nenhum momento foi relacionado no nosso levantamento. Quanto às notas fiscais correspondentes as fls. 787 e 793 deste, tratam-se de fato de mercadorias da substituição tributaria já mencionadas acima.

Em relação à infração 5, disse que o autuado incorre mais uma vez em erro ao se referir que esta fiscalização quer transformar as mercadorias sujeitas a ST em produtos sujeitos a tributação normal, quando em verdade já argumentamos o porquê e quais as mercadorias, que sequer foram nominadas pelo autuado, sujeitas a nossa exigência quando juntamos a nossa primeira informação fiscal.

Nesta oportunidade ratifica os argumentos oferecidos na peça referida acima, no que diz respeito aos exercícios de 2007, 2008 e 2010, este ultimo totalmente reconhecido. Excetuamos apenas o exercício de 2009, cujo novo demonstrativo já se encontra apenso as fls. 795 a 797, o qual chamamos a atenção para as datas constantes nos mesmos e, para confirmar nossa informação fiscal, ratificamos que, em 2005 houve uma alteração excluindo da Substituição Tributária todas as bebidas alcoólicas; em 1º/05/2009, retornaram apenas as bebidas Vodka, Rum, Tequila e Whisky. Em 2010 retorna também a ST Cachaça, Caninha Vinho e Cidra, alterações 66/05, 116/09, 119/09 e 126/09, os produtos referentes às guloseimas (balas, dropes, chicletes...), continuaram fora da Substituição Tributária, e os produtos de limpeza, só entraram para a rol da ST em 1º/01/2010, alteração 109/10. Portanto permanece o débito apurado no valor de R\$8.002,92 para esta infração.

No item 6 - Exercício de 2007 - acredita que o intuito da manifestação do autuado quanto a esta infração não é outro senão procrastinar o feito, porque quer desconhecer e não observou que, as peras e maçãs relacionadas no levantamento se referem às saídas ocorridas até a data de 10/12/2007, quando expirou a tributação, feito totalmente possível.

Com relação aos códigos dos produtos informados para justificar as diferenças encontradas no levantamento do estoque, informamos mais vez que foram motivo de varias analises e justificativas, anteriores a lavratura deste PAF; portanto exaustivamente analisados e aproveitados no que foi viável, e por essa razão rejeitamos a inclusão dos códigos, a exemplo de azeitona e salame inseridos pelo autuado neste ultimo quadro apresentado.

Argumenta ainda que “*as informantes não se manifestaram sobre todos os aspectos da defesa*” (sic), mas não esclarece quais os aspectos. Contrariamente ao afirmado respondemos que nos manifestamos sim, e não é o seu inconformismo que nos levará a aceitar “pequenas diferenças” ou o aproveitamento de produtos utilizados na fabricação do estabelecimento. Para isso acontecer deveria ter existido documento fiscal comprovando que a quantidade tal fora transferida para fabricação.

Portanto reafirmamos que a pretensão do autuado não é outra a não ser o adiamento do pagamento do imposto devido, mantendo, pois a exigência do imposto apontado quando da nossa primeira informação fiscal, fls. 763, no valor de R\$ 19.026,23.

No Exercício de 2008 - Acredita que nas fls. 763 e 764 da nossa informação fiscal justificamos todos os nossos argumentos sobre o valor de R\$71.581,37 apurado nesta infração, aduzindo apenas que não podemos conhecer a “legislação fiscal própria do autuado” e que todas as justificativas razoáveis apresentadas antes mesmo da lavratura deste PAF foram consideradas, independentemente de sermos ou não consumidoras de seus produtos. Isto significa que os produtos: doce especial perine, foundant perine e queijo ralado perine continuam no nosso levantamento, bem como todos os demais relacionados no quadro aposto na defesa do autuado as fls.819, E a manutenção da exigência encontra amparo nos termos dos art.100, inciso V, e 102 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que disciplina esta questão e já mencionados na informação fiscal.

Alias não conseguiu entender a citação feita na defesa sobre o RPAF (?), pois nos manifestamos sobre todos os aspectos relatados na defesa.

Em relação ao Exercício de 2009 - assinala que se o autuado tivesse tomado conhecimento da mídia tipo CDR apenas nas fls. 806, contendo os NOVOS DEMONSTRATIVOS DO DÉBITO após a informação fiscal teria constatado a supressão dos produtos relacionados no seu demonstrativo; portanto, mantemos a exigência do imposto no valor de R\$ 48.944,93.

Já no Exercício de 2010 - disse que os argumentos apresentados para este exercício com relação aos produtos relacionados no quadro apenso as fls.820, já foram refutados na nossa informação fiscal e mantida a exigência do ICMS no valor de R\$25.311,68, com exceção das bebidas alcoólicas, que não nos manifestamos porque jamais foram objeto de autuação.

E, na infração 7, o argumento apresentado pela o autuado é na verdade uma confissão, quando se pronuncia na peça defensiva: “*Os equipamentos eram utilizados normalmente e quando efetuamos, no prazo legal, o pedido de cessação, o agente credenciado não retirou a leitura da memória de fita detalhe como lhe impõe a legislação, em alguns casos, por falha técnica do equipamento, algo que não se pode imputar culpa ao usuário que sequer testa retirar tal leitura.*” (sic).

Explica que querer transferir sua responsabilidade de guardiã por seus equipamentos a terceiros, é algo inaceitável. À credenciada cabe intervir nos equipamentos fiscais quando solicitada, inclusive, no pedido deve constar o motivo para tal intervenção. Por conseguinte o responsável pelos equipamentos e documentos emitidos por estes é do USUÁRIO. A “*falha técnica que impossibilitou a leitura da MFD*” deveria ter sido exaustivamente justificada, inclusive perante a

nossa SEFAZ/GEAFI – Gerencia de Automação Fiscal, para que essa comprovasse, de fato, o que houve com a Memória dos equipamentos já que, como é de conhecimento de todos, a referida memória é guardada num compartimento altamente protegido, inclusive chamado de ‘Caixa Preta’ - termo aludido para guardar de forma inviolável todas as informações que cada equipamento possui. *“Portanto, a aplicação da penalidade deve ser mantida porque, como é de nosso dever cumprimos a Legislação a qual estamos submetidas, sem jamais ter a pretensão de “segurar uma aplicação indevida de multa”, como se referiu o autuado.*

Diante do exposto Srs. Julgadores, por tudo acima exposto reafirma pela Procedência em Parte.

Em nova manifestação do sujeito passivo, fls. 843 a 844. Disse que antes de adentrar no mérito das informações contidas no documento que fomos instados a nos manifestar, necessário se faz promover uma analise cronológicas das ocorrências verificadas no processo:

Pontua que a intimação é para que nos manifestemos sobre a conclusão de diligencia. Todavia, esta conclusão nos chega em forma de uma NOVA INFORMAÇÃO FISCAL. Então ficamos em duvida sobre ser o documento uma INFORMAÇÃO FISCAL (imprópria porque já não mais prevista legalmente) e/ou uma resposta a uma diligencia solicitada.

Afirma que foram buscar no site, o trâmite do processo, para entender tratar-se de resposta a diligência requerida pelo órgão julgador, conforme extrato que anexo, fl. 844. Entendido o porque da intimação, ficamos impedidos de exercer a manifestação requerida, unicamente por um motivo: *“Não temos ciência do teor da diligencia”*.

Portanto, sem o conhecimento da(s) solicitação(ões), as respostas elaboradas pelas autuantes não pode ser entendida, o que causa cerceamento do direito de defesa.

Nova solicitação de diligência fl. 850, no qual deliberou a INFRAZ de origem que se proceda:

“Deve ser concedido ao autuado o prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar.

Havendo manifestação do autuado, deve ser dada ciência ao autuante para que elabore nova informação fiscal, com base nos novos resultados e abrangendo todos os aspectos da manifestação defensiva, com fundamentação, considerando o disposto no art. 127, § 6º do RPAF/99.

Concluída a diligência, o PAF deve retornar a este CONSEF.”

Na fl. 858 a 861, o contribuinte peticiona termo de confissão de dívida no valor reconhecido de R\$128.735,57.

Na terceira manifestação, fls. 865 a 873, disse que a ciência que nos é dada pela DAT METRO, atende ao pleito que fizemos em julho de 2013, no qual reclamávamos do desconhecimento da referida Diligência. Na intimação é citado que nos está sendo entregue tão somente as cópias das folhas 830 a 835 do PAF. Nela a 5ª JJF pede que a auditora efetue os ajustes nos levantamentos pertinentes, se necessário, elaborando novos demonstrativos de débito.

Registra que não terem sido apresentados novos demonstrativos de débito, se elaborados foram. Aproveita essas considerações iniciais para registrar ainda, conforme citaremos na analise das infrações, que vários documentos produzidos pelas auditoras (segundo elas mesmas dizem na Informação Fiscal) e que também citam estarem apensados ao PAF, não nos foram fornecidos cópia.

Reconhece as infrações 2, 3 e 7, no qual foram pagas pelo benefício da Lei nº 12.903/13.

Na infração 1, relata que o fisco argui o direito ao crédito fiscal sobre produtos listados pelo fisco como de uso ou consumo. Questionamos que grande parte dos produtos indicados não se enquadra na condição de uso ou consumo.

Num texto controverso as autuantes dizem que *“ratificamos a exigência do débito apurado” e “também não aceitamos o argumento da proporcionalidade do crédito...”*. Ao final, concluem mantendo a exigência do débito no total diferente do cobrado no Auto de Infração, sem apresentar qualquer demonstrativo.

Afirma que não conseguiu entender os valores reduzidos conforme tabela constante da Informação Fiscal, por falta de detalhamento dos cálculos, totalizando R\$ 33.202,21, conforme transcrevemos. Por tal razão sentimos o cerceamento do direito de defesa e que os Srs. Julgadores não poderão emitir qualquer juízo de valor pelo mesmo desconhecimento que nos é imposto.

Exercício: 2007	R\$ 5.239,89
Exercício: 2008	R\$ 22.941,08
Exercício: 2009	R\$ 4.988,94
Exercício: 2010	R\$ 32,30

Faltou ainda às autuantes se manifestarem sobre a alegação defensiva de que vários produtos inclusos nos demonstrativos feitos para esta infração para cobrança do crédito indevido foram novamente incluídos na Infração 2, onde cobraram o estorno parcial de crédito, com o que concordamos. Ou seja, o mesmo produto, identificado por código, descrição, nota fiscal de aquisição e CFOP, foram duas vezes listados e cobrados o crédito sob duas modalidades e formas diferentes.

Anexa em meio magnético e impresso, os demonstrativos “VALORES A EXCLUIR DA INFRAÇÃO 1” que servirão para comparação com os demonstrativos que foram elaborados pelo fisco para a Infração 2, situação em que ficará comprovada a nossa razão defensiva. Ressaltamos que, na defesa, essas planilhas já haviam sido anexadas e as autuantes não se manifestaram sobre elas. Também são anexadas as planilhas “APURAÇÃO VALOR DEVIDO” onde demonstramos o cálculo dos valores remanescentes, que foram reconhecidos e pagos.

Salienta que os demonstrativos que anexamos mais uma vez comprovam que o valor devido deve ser retificado para:

EXERCÍCIO	VALOR COBRADO	VALOR A EXCLUIR	VALOR RESIDUAL	VALOR COM PROPORÇÃO
2007	22.404,00	14.762,09	7.641,91	1.286,56
2008	17.224,84	12.593,97	4.630,87	910,61
2009	22.024,64	15.622,51	6.402,13	1.781,53
2010	1.655,06	1.001,30	653,76	325,81
	63.308,54	43.979,87	19.328,67	4.304,52

No item 4, a questão se instala a partir da identificação de produtos como sendo ou não sujeitos ao regime de substituição tributária. As auditoras iniciam analisando peito e frango chester. Na realidade o que é objeto de discussão é PEITO PERDIG CHESTER DEF (PEÇA).

Disse que na página <http://www.perdigao.com.br/produtos/ver/81> acessada nesta data, encontramos a definição do produto: “*O Peito Defumado de Chester® é um frio elaborado com a carne do peito da ave, temperada e defumada. Possui baixo teor de gordura e muito sabor, garantindo uma alimentação saudável e gostosa. Ideal para quem gosta de cuidar da saúde sem abrir mão do sabor*”.

Encontra ainda a imagem, que comprova ser embutido e não atende as condições para enquadramento no regime de substituição tributária, já debatido na defesa.

Pontua que os produtos “presunto”, “lombo canadense” e “peito de peru defumado”, também são industrializados e embutidos e não se enquadram nos critérios do Artigo 353, II, item 9, do RICMS/BA/1997. Para convencimento dos julgadores junta imagens tirados da internet, dos referidos produtos:

PRESUNTO: Produto tão popular e conhecido que dispensa maiores comentários. É industrializado e não se enquadra no regime de ST.

LOMBO CANADENSE: http://www.sadia.com.br/produtos/21_LOMBO+TIPO+CANADENSE+PREZATO, acessado nesta data, define o produto e cede sua foto:

Feito com a parte nobre do lombo suíno, seu modo de preparo é elaborado e cuidadoso. Depois de temperado, o Lombo Tipo Canadense Prezato é cozido e levemente defumado, garantindo sabor e uma textura leve e delicada. Acompanhado de outros frios Sadia, queijos e frutas secas, é

ideal para preparar tábuas de frios, além de saladas, pizzas e várias outras receitas. O toque final fica por conta da companhia que, com certeza, você também vai escolher a dedo.

PEITO DE PERU: <http://www.perdigao.com.br/produtos/ver/175>, acessado nesta data, define o produto e cede sua foto.

AMENDOIM YOKI DESCASCADO: O que se encontra enquadrado no regime de substituição tributária é, conforme o RICMS/97: “29.3 - *salgados à base de amendoim ou castanha de caju - NCM 2008.11.00 e 2008.19.00*”. O produto em referência é totalmente diferente do enunciado. Verifiquemos a imagem do mesmo e podemos concluir que a defesa mais uma vez acerta.

Assevera que não está tratando conforme disseram as autuantes, no terceiro parágrafo da folha 832, desclassificar a que consideram sua “fiscalização em profundidade”. Apenas a profundidade não foi suficiente para identificar corretamente os produtos que arrolam na acusação.

No quarto parágrafo da mesma folha dizem que não é possível juntar amostra do produto porque perecíveis, esquecendo que hoje, a internet nos possibilita juntar imagens com autenticidade, de cada embalagem, como estamos fazendo.

COXAO CARNE SECA BOV, COXAO MAYA CARNE SECA BO e COXAO PAINEIRA: Acessada a página da internet à procura de figura do produto constatamos tratar-se realmente de “charque”, expressão não utilizada em alguns estados que classificam o produto como “Carne seca”. Questão de linguagem regional não descharacteriza o produto: https://www.google.com.br/search?q=lombo+canadense+sadia&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ei=huHoUqeNYT4kQffp4DoAg&ved=0CAcQ_AUoAQ&biw=1366&bih=673#q=COXAO+PAINEIRA&tbm=isch&facrc=_&imgdii=&imgrc=ezNKIPxU_iEy0M%253A%3BWntWj8s8BOTCLM%3Bhttp%253A%252F%252F2.bp.blogspot.com%252F-erpzoUa6s4Q%252FTpSyWKNKTRI%252FAAAAAAAAFAW8%252F0XH2E3pmPq4%252Fs400%252Fpaineira3.bmp%3Bhttp%253A%252F%252Fwww.cozinhadocomjosy.com%252F2011%252F10%252Fhamburguer-de-porquinhoreulado.html%3B400%3B266.

Quanto ao produto “castanha” as autuantes citam valores não constantes de nossos demonstrativos. Os valores a reduzir referentes a esses produtos no exercício de 2009 são os a seguir, e não os citados no quinto parágrafo da Informação Fiscal em análise, que relacionamos apenas para provar que nossas razões defensivas estão corretas.

MÊS	Data	NotaFiscal	IE	Código	Descrição Produto	Valor	ICMS CRÉDITO
3	05/03/2009	170164	40801539	2219	CASTANHA CAJU INTEIRA CRU	513,26	87,25
3	21/03/2009	170961	40801539	2219	CASTANHA CAJU INTEIRA CRU	469,80	79,87
3	21/03/2009	170961	40801539	2219	CASTANHA CAJU INTEIRA CRU	46,98	7,99
4	07/04/2009	171706	40801539	2219	CASTANHA CAJU INTEIRA CRU	422,82	71,88
4	07/04/2009	171706	40801539	2219	CASTANHA CAJU INTEIRA CRU	93,96	15,97
6	12/06/2009	29939	ISENTO	2219	CASTANHA CAJU INTEIRA CRU	7,97	1,35
7	04/07/2009	176022	40801539	2219	CASTANHA CAJU INTEIRA CRU	513,26	87,25
9	18/09/2009	30722	00400060	2219	CASTANHA CAJU INTEIRA CRU	15,13	2,57
10	24/10/2009	181668	40801539	2219	CASTANHA CAJU INTEIRA CRU	513,26	87,25
12	05/12/2009	184134	40801539	2219	CASTANHA CAJU INTEIRA CRU	1.026,52	174,51
3	05/03/2009	170164	40801539	28639	CASTANHA CAJU INTEIRA TOR	586,08	99,63
3	07/03/2009	170266	40801539	28639	CASTANHA CAJU INTEIRA TOR	586,08	99,63
3	21/03/2009	170961	40801539	28639	CASTANHA CAJU INTEIRA TOR	540,32	91,85
4	07/04/2009	171706	40801539	28639	CASTANHA CAJU INTEIRA TOR	540,32	91,85
8	12/08/2009	177988	40801539	28639	CASTANHA CAJU INTEIRA TOR	536,58	91,22
8	15/08/2009	178173	40801539	28639	CASTANHA CAJU INTEIRA TOR	536,58	91,22
9	15/09/2009	179659	40801539	28639	CASTANHA CAJU INTEIRA TOR	536,58	91,22
10	24/10/2009	181668	40801539	28639	CASTANHA CAJU INTEIRA TOR	536,58	91,22
12	05/12/2009	184134	40801539	28639	CASTANHA CAJU INTEIRA TOR	536,58	91,22
12	19/12/2009	185310	40801539	28639	CASTANHA CAJU INTEIRA TOR	536,58	91,22
6	09/06/2009	174832	40801539	27946	CASTANHA CAJU NATURAL	466,40	79,29
7	04/07/2009	176022	40801539	27946	CASTANHA CAJU NATURAL	466,40	79,29
7	21/07/2009	176840	40801539	27946	CASTANHA CAJU NATURAL	411,40	69,94
9	15/09/2009	179659	40801539	27946	CASTANHA CAJU NATURAL	466,40	79,29
10	06/10/2009	180752	40801539	27946	CASTANHA CAJU NATURAL	466,40	79,29
10	24/10/2009	181668	40801539	27946	CASTANHA CAJU NATURAL	466,40	79,29
12	12/12/2009	184633	40801539	27946	CASTANHA CAJU NATURAL	466,40	79,29
11	16/11/2009	31206	00400060	75084	CASTANHA PORTUGUESA IN'NA	13,62	2,32

Alega que outros produtos conforme identificou nos demonstrativos elencados, também não são incluídos no regime de ST e as autuantes sobre os mesmos não se manifestam. Junta os demonstrativos impressos e em meio magnético, para dirimir qualquer dúvida dos Senhores Julgadores e entendemos que os valores que reconhecemos e quitamos refletem os créditos indevidos efetivamente utilizados, além de corrigir os equívocos da autuação.

EXERCÍCIO	VALOR
2007	1.161,14
2008	52,95
2009	438,67
2010	695,29
TOTAL	2.348,05

Salienta que o valor cobrado originalmente foi de R\$ 41.681,00. As auditoras fiscais dizem que os valores desta infração são reduzidos para R\$ 8.002,92, sem apresentar qualquer planilha identificando a "fórmula matemática" utilizada para tal. Na defesa reconhece como devido R\$ 4.967,75 e afirma que já foram quitados. Tendo em vista a irrelevância da diferença e visando diminuir o desgaste da discussão, acata o valor chegado pelas autuantes, mesmo sem conhecer a forma de apuração.

Na infração 6, declara que a manifestação das autuantes não é precisa, não se presta à análise do conteúdo da defesa, e se constitui numa tentativa de argumentação sem embasamento, para uma discussão que pode ser tão rica. Todavia, vamos manter a discussão apenas em relação aos exercícios de 2007 e 2008.

Quanto ao exercício de 2009, dizem as autuantes que os valores foram reduzidos para R\$ 48.944,93 conforme demonstrativo em mídia à folha 806, que não nos foi entregue. Embora desconheçamos o teor do seu levantamento, concordamos com o valor visto sua irrelevante diferença com a nossa apuração no valor de R\$ 44.841,18 cujo pagamento já efetuamos.

Referente ao exercício de 2010 tomamos a mesma postura e declaramos também desconhecer o quadro apenso à fl. 820 como citam as autuantes. Todavia, a divergência de valores entre o que reconhecemos e pagamos – R\$ 21.838,47 e o que as auditoras apuram – R\$ 25.311,68 é plenamente suportável para o deslinde da questão com maior celeridade.

Postas estas considerações, reitera os termos defensivos, para a total improcedência das autuações, no que não foi pelo autuado reconhecido.

Na última informação fiscal fls. 941 a 943, fazendo uma análise cronológica dos fatos observa a autuante que a pretensão do autuado é tumultuar o andamento deste PAF, pois as fls. 854 e 855 há a comprovação de que a mesma foi intimada, e nas fls. 856, há a recusa do recebimento da ciência por parte do preposto. Entretanto, preferiu manifestar sua censura por entender "*imprópria porque já não mais prevista legalmente*", apesar de ter sido elaborada em atenção ao quanto solicitado nas diligências do CONSEF apenas às fls. 827 e 850.

A Impugnante também insiste em ignorar o conteúdo da determinação da diligência das fls. 827, que diz:

- "1- apresente nova informação fiscal tendo em vista tais alegações do sujeito passivo;*
- 2- efetue os ajustes, se necessário, nos levantamentos pertinentes;*
- 3- apresente, se necessário, novos demonstrativos de débito do Auto de Infração." (sic)*

Destaca que não elaborou novos demonstrativos porque não se fez necessário, já que mantivemos os mesmos valores já analisados na primeira informação fiscal constantes nas fls. 757 a 806.

Na nossa segunda informação fiscal (fls. 830 a 835), ratificamos os valores registrados na primeira informação fiscal, cujo o teor já é do conhecimento da Impugnante, conforme se vê nas fls. 840 e 841.

Frisa que nas fls. 843 e 846 a Impugnante se manifesta somente para censurar conforme nos reportamos acima. As fls. 850, diante de tanto tumulto, o nobre Julgador determinou nova

diligencia para que elaborássemos nova informação fiscal, e que passamos a fazer nos reportando as alegações feitas pelo autuado nas fls.865 a 939.

Na infração 1, inconformado com o fato do fisco não concordar com os argumentos apresentados nesta infração a Impugnante deixar de observar o conteúdo deste PAF. De fato os valores estão diferentes daqueles apontados na peça inicial deste Auto de Infração, porque na primeira informação fiscal os cálculos foram refeitos, em razão de termos reconhecido alguns equívocos.. Então essa estória de cerceamento de direito de defesa "*não conseguimos entender os valores reduzidos, conforme tabela constante da informação fiscal, por falta de detalhamento dos cálculos, totalizando R\$ 33.202,21, conforme transcrevemos. Por tal razão sentimos o cerceamento do direito de defesa e que os senhores julgadores não poderão emitir qualquer juízo de valor pelo mesmo desconhecimento que nos é imposto*"(sic), jamais poderá prosperar, porque ao contrario da Impugnante os nobres Julgadores irão ler com a contumaz atenção e constatarão que os novos cálculos foram claramente demonstrados as fls. 767 a779 e que foram mantidos desde a segunda informação (fls.831) devendo os mesmos permanecerem inalterados.

Ainda de forma equivocada continua na sua peça defensiva (fls.867) afirmando que há produtos no nosso levantamento incluídos tanto no crédito indevido de material de uso/consumo como no cálculo para o estorno do crédito de produtos de embalagem, sem contudo apontar quais são esses. Isto nos causa surpresa, vez que a infração 2, se reporta ao estorno de crédito de produtos de embalagem que foi de pronto reconhecido e quitado.

Apresenta ainda um quadro com valores encontrados a partir de uma proporcionalidade que definitivamente não se enquadra nesta infração, pelo fato da exigência recair no crédito indevido de material de uso/consumo.

Em relação à infração 4, afirma que o entendimento permanece tal qual já explanado as fls. 759, 760 e 761, com demonstrativos e notas fiscais que trazem o código do NCM, fls. 780 a 793, comprovando assim a exigência do ICMS.

Aliás, nesta oportunidade pede a atenção especial para o parecer jurídico PGE - processo PGE/2013196591-0, para o Auto de Infração nº 1297120002/125 que versa sobre esta matéria e que se refere a esse mesmo contribuinte.

Quanto as infrações 2, 3 e 5 só resta informar, que apesar da representante da Impugnante denegrir os nossos levantamentos foi feito o pagamento de todo o débito levantado nas mesmas.

Na infração 6 continua a desqualificar nosso trabalho,entretanto, reconhece e quita os débitos apurados nos exercícios de 2009 e 2010 e diz que vai continuar a discussão com relação aos exercícios de 2007 e 2008, sem contudo acrescentar nenhum argumento.

Isto posto, ratifica a exigência do débito apurado a partir da informação fiscal e demonstrativos anexos às fls. 757 a 806, pedindo pela Procedência em Parte deste Auto de Infração.

Nas fls. 947 a 954, consta extrato de pagamentos com benefício da Lei no valor de R\$115.704,41.

VOTO

O presente Auto de Infração, ora impugnado, contempla 07 infrações por descumprimento de obrigação principal e acessória, já devidamente relatadas.

O sujeito passivo reconhece as infrações 2, 3 e 7, à fl. 866 dos autos, em relação às quais mantendo as exigências, pois foram imputadas em consonância com o devido processo legal.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Foram solicitadas duas diligências para oferecer melhores esclarecimentos, efetivamente cumpridas, atendendo a todas as arguições defensivas. Assim, os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

Verifico que as autuantes mantiveram, em sua segunda informação fiscal (fls. 830 a 835), os mesmos valores registrados na primeira informação fiscal, cujo teor foi do conhecimento da Impugnante, conforme consta ciência às fls. 840 e 841.

A infração 1 trata de utilização indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

As mercadorias relacionadas pelas autuantes tiveram os créditos fiscais glosados por se tratarem de materiais como copos, guardanapos, garfos, colheres, entre outros, que não podem ser considerados materiais de embalagem e sim de uso e/ou consumo porque, além de serem consumidos no próprio local, não se ajustam as características de armazenar ou para agrupar produtos com vista ao seu transporte ou armazenagem, tais como sacos, sacolas, caixas etc.

Conforme afirmam as autuantes a classificação fiscal foi um dos orientadores, bem como a identificação da mercadoria, exemplificadamente, através das Notas Fiscais, anexas ao PAF as fls. 460 a 464, 468 a 474, 506, bem como cópias dos lançamentos no livro Registro de Entradas, as fls. 368 a 370, 375 a 378, 390 a 395.

O autuado apresenta demonstrativo acolhendo parte da exigência, ou seja, reconhecendo parte dos materiais como de usos e consumo.

Quanto à arguições de cerceamento do direito de defesa em relação a não compreensão dos valores reduzidos, pelas autuantes na informação fiscal, não tem amparo, pois os novos cálculos foram detalhadamente demonstrados, as fls. 767 a 779, e mantidos na segunda informação fls. 831 dos autos.

O impugnante afirma que há produtos no levantamento incluídos tanto no crédito indevido de material de uso/consumo, infração 1, como no cálculo para o estorno do crédito de produtos de embalagem, infração 2, sem, contudo, identificar quais são os produtos.

Quanto à proporcionalidade que o autuado alega dever ser aplicada, não é cabível no presente caso, pois não se trata de material de embalagem e sim de material de uso e consumo.

Após os ajustes efetuados pelas autuantes, excluindo parte dos materiais não considerados de uso e consumo, remanesceram os valores a serem exigidos, acolhidos nesse voto, conforme segue:

EXERCÍCIO DE 2007		
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR DEVIDO
31/01/2007	09/02/2007	183,95
28/02/2007	09/03/2007	376,31
31/03/2007	09/04/2007	138,26
30/04/2007	09/05/2007	371,78
31/05/2007	09/06/2007	190,49
30/06/2007	09/07/2007	181,05
31/07/2007	09/08/2007	162,99
31/08/2007	09/09/2007	1.748,80
30/09/2007	09/10/2007	292,30
31/10/2007	09/11/2007	406,43
30/11/2007	09/12/2007	261,53
31/12/2007	09/01/2008	926,00
TOTAL		5.239,89

EXERCÍCIO DE 2008		
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR DEVIDO
31/01/2008	09/02/2008	749,25
28/02/2008	09/03/2008	2.450,33
31/03/2008	09/04/2008	4.142,07
30/04/2008	09/05/2008	2.994,70
31/05/2008	09/06/2008	3.085,42
30/06/2008	09/07/2008	4.223,57
31/07/2008	09/08/2008	2.507,13
31/08/2008	09/09/2008	2.788,61
30/09/2008	09/10/2008	0,00
31/10/2008	09/11/2008	0,00
30/11/2008	09/12/2008	0,00
31/12/2008	09/01/2009	0,00
TOTAL		22.941,08

EXERCÍCIO DE 2009		
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR DEVIDO
31/01/2009	09/02/2009	5,41
28/02/2009	09/03/2009	312,75
31/03/2009	09/04/2009	992,39
30/04/2009	09/05/2009	518,64
31/05/2009	09/06/2009	198,32

EXERCÍCIO DE 2010		
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR DEVIDO
31/01/2010	09/02/2010	32,30
28/02/2010	09/03/2010	0,00
31/04/2010	09/05/2010	0,00

30/06/2009	09/07/2009	458,83			
31/07/2009	09/08/2009	211,28			
31/08/2009	09/09/2009	227,60			
30/09/2009	09/10/2009	316,72			
31/10/2009	09/11/2009	160,97			
30/11/2009	09/12/2009	215,49			
31/12/2009	09/01/2010	1.370,54			
TOTAL		4.988,94	TOTAL		32,30

Diante do exposto voto pela procedência parcial da infração 1, conforme demonstrativo acima e o constantes nas fls. 768 a 779 dos autos. O valor do débito desta infração é de R\$33.202,21.

Quanto à infração 3, contempla a exigência de crédito indevido de mercadorias isentas do imposto, conforme indica a legislação tributária do ICMS. São mercadorias que, tanto não são tributadas, a exemplo do salmão, conforme art. 14, XIII do RICMS/97, que, conforme afirmam as autuantes, o autuado entende não tributadas, pois cadastrou em seus ECF, na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 493.

Cabe a manutenção de exigência.

Infração 4 – O sujeito passivo reconhece parte das mercadorias como efetivamente enquadradas no regime de substituição tributaria, arguindo que as demais não se enquadraram nesse regime.

As autuantes, diante da impugnação apresentada, por exercício e produtos, justificativa a manutenção da exigência, acolhidas nesse voto, detalhando as suas razões, também, por exercício, como segue.

EXERCÍCIO DE 2007

IOGURTE - O art. 353 do RICMS, que trata da substituição tributaria indica o NCM 0403 relacionando o produto IOGURTE, sem discriminar se de leite ou soja;

PEITO E FRANGO CHESTER – Trata-se de produtos resultantes do abate de aves, não cabendo o argumento de que se trata de um embutido. Mantemos, pois o nosso entendimento em obediência ao dispositivo legal além de apontar as fls. 422, 423, 441, 443 e 446, entre outras.

AMENDOIM – Está também relacionada no art. 353, a exceção dos in natura. Os demais estão todos na condição de industrializados, como são os da YOKI, que se apresenta numa embalagem promocional, aspecto suficiente para ser também gravado pelo IPI. Tanto é que a próprio autuado registrado em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 453, 488 e 491.

PEITO DE PERU DEFUMADO – É também produto da ST, admitido pela próprio autuado quando registrado em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 416, 454 verso, 482, 484 e 492.

PRESUNTO SADIA PARMA - É produto da ST, admitido pela próprio autuado quando registrado em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem, as fls. 417, 428, 439, 487 e 489.

LOMBO AURORA CANADENSE E O CONDIMENTADO - São produtos da ST, admitido pela próprio autuado quando registrado em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 475, 480, 481, 496 e 499.

Os demais produtos foram todos reconhecidos pelo autuado (R\$5.002,34), mantendo-se em sua totalidade.

EXERCÍCIO DE 2008 - o autuante apresentou os mesmos argumentos do exercício anterior que servem também para o ano de 2008, por se tratar dos mesmos produtos que tiveram seus créditos glosados (R\$4.924,33), de mesma maneira que o exercício anterior.

EXERCÍCIO DE 2009

GELO - O art. 353 do RICMS, que trata da substituição tributaria indica o NCM 2201 relacionando o produto GELO, sem discriminar sua origem;

COLCHÃO MAIA CARNE SECA BOVINA – De acordo com o fornecedor do autuado através da cópia das NF de fornecedores anexa as fls. 476, 787 e 793, portanto produto resultante do abate de gado bovino elencado como sendo da ST;

CHESTER - É produto da ST, admitido pela próprio autuado quando registrou em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 422, 423, 441 e 446.

LOMBO – APIMENTADO-CANADENSE E TEMPERADO - São produtos da ST, admitido pela próprio autuado quando registrou em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 427 verso, 429, 475, 496, 498, 480 e 481.

PÃO CROISSANT PERINE – O produto é resultante da farinha de trigo, portanto produto da ST e foi a próprio autuado que cadastrou em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 421 e 426.

IOGURTE- O art. 353 do RICMS, que trata da substituição tributaria indica o NCM 0403 relacionando o produto IOGURTE, sem discriminar se de leite ou soja;

VINHO – Na data em que foi lançado o crédito indevido, o produto estava sujeito a ST, conforme a Alteração nº 116, Decreto nº 11462 de 10/03/2009;

CASTANHA DE CAJU INTEIRA - È produto da ST, admitido pela próprio autuado quando cadastrou em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 421 verso.

PÃO DE QUEIJO – È produto da ST e foi a próprio autuado que cadastrou nos seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 490.

Sustenta que de todas as mercadorias elencadas neste exercício manteve a exigência no valor de R\$ 9.057,97 após a exclusão do produto POLVILHO. Assim, para este exercício o mês de dezembro de 2009 fica no valor de R\$978,18.

EXERCÍCIO DE 2010

COLCHÃO CARNE SECA BOVINA – De acordo com o fornecedor do autuado através das cópias das NF anexas as fls. 476, 787 e 793 trata-se de carne do sol, portanto produto resultante do abate de gado bovino elencado como sendo da ST;

CHESTER - CHESTER - É produto da ST, admitido pela próprio autuado quando registrou em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 422, 423, 441 e 446.

PEITO DE PERU- É também produto da ST, admitido pela próprio autuado quando registrado em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 416, 454 verso, 482, 484 e 492.

PERNIL - È produto da ST, admitido pela próprio autuado quando cadastrou em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 424 e 790.

CHOURIÇO- De acordo com a justificativa de que não se enquadra no regime de ST.

CAVALINHA- Mantém a glosa em razão da Impugnante não comprovar seu argumento através de documento fiscal de que se trata de conserva;

FEIJÃO- De acordo com a justificativa de que não se enquadra no regime de ST;

FILÉ DE ANCHOVA – De acordo com a justificativa de que não se enquadra no regime de ST;

AMENDOIM DESCACADO IOKY- Trata-se de produto da ST, procedente de indústria IOKY, amplamente conhecida, embalado a vácuo conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 453, 488 e 491;

CASTANHA DE CAJU INTEIRA - É produto da ST, admitido pela próprio autuado quando cadastrou em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 421 verso.

PÃO DE QUEIJO – É produto da ST e foi à próprio autuado que cadastrou nos seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 490.

MACARRÃO URBANO PENNE ARROZ – De acordo com a justificativa.

LOMBO – APIMENTADO-CANADENSE E TEMPERADO- São produtos da ST, admitido pela próprio autuado quando registrado em seus ECF na situação tributaria F1 (fonte ST), conforme cópia do cupom fiscal (fita detalhe) anexa por amostragem as fls. 427 verso, 429, 475, 496, 498, 480 e 481;

PETET GATEAU CHOCOLATE – Trata-se de um pequeno bolo, produto derivado de farinha de trigo, portanto da ST;

BANANA CHIPS – De acordo com a justificativa;

BEIJU DE GOMA – De acordo com a justificativa;

PAÇOQUINHA –. De acordo com a justificativa;

POLVILHO - De acordo com a justificativa;

PÉ DE MOLEQUE – De acordo com a justificativa;

Quanto à infração 4, compete ainda alinhar consideração quanto a segunda informação fiscal prestada pelas autuantes no que se referem as arguições trazidas em nova manifestação do sujeito passivo.

No que tange as alegações relativas ao produto iogurte, cabe orientação através da NCM, que o enquadra no regime de substituição tributaria. Com relação ao peito e frango chester, itens que já foram alvo de julgamentos anteriores, e reiteradamente são enquadados como produtos resultantes do abate de aves ou partes delas, resfriadas e encontradas nas gôndolas do seu estabelecimento, conforme consta às fls. 422, 423, 441, 443.

Para o Presunto sadia Parma, lombo canadense e peito de peru defumado há que ser mantida a exigência, pois previsto no art. 353, inciso II, item 9 do Decreto nº 6284/97, a exemplo da nota fiscal anexa as fls. 789 (peito de peru), fls. 788 e 791 (lombo canadense) e fls.792.

No que alude ao amendoim o mesmo não é in natura, pois conforme se verifica às fls. 200, 209 e 211 dos autos, o mesmo tem o tratamento de industrializado.

Quanto à afirmação do autuado de que entende desnecessário juntar embalagem para comprovação e impossível juntar amostra dos produtos a esta manifestação dada a sua condição de perecível, necessário seria a comprovação a través da documentação exigida para a operação.

No caso da castanha de caju in natura, contudo, as autuantes reconhecem como isenta, entendendo que não deveriam incluí-la no mês de dezembro, passa a sua exclusão, conforme demonstrativo apenso as fls. 782, no valor de R\$ 79,29, ficando o valor exigido para esse mês de R\$ 2.378,99. O mesmo ocorre no exercício de 2010 no mês de junho repetiu-se o equívoco com castanha in natura, conforme se vê as fls. 785, no valor de R\$ 278,63, que após a supressão deste fica a exigência do valor de R\$ 1.621,05.

Quanto ao produto carne ficam mantidas as justificativas das autuantes, com base na legislação apontada, com a indicação dos documentos fiscais, as fls. 787 e 793, que demonstram a pertinência da exigência.

No que alude a “*cavalinha*” não foi alvo do levantamento e quanto às notas fiscais correspondentes as fls. 787 e 793 deste, tratam-se de fato de mercadorias da substituição tributaria já mencionadas acima.

Destaque para o Parecer da PGE - processo PGE/2013196591-0, para o Auto de Infração nº 1297120002/125 que versa sobre esta matéria e que se refere a esse mesmo contribuinte, comungando com de alguns itens acima alinhados.

Assim, cabe a manutenção parcial da infração 4, conforme demonstrativos às fl. 781 a 786. Portanto, o valor do montante é no valor de R\$27.620,98 e não o valor de R\$27.986,91.

Em relação à infração 5 – Erro em razão da aplicação de alíquota, verifico que o sujeito passivo reconhece parcialmente, contudo quanto às mercadorias não reconhecidas, cabe manter o entendimento alinhado pelas autuantes conforme segue:

EXERCÍCIO DE 2007

BACALHAU- ...reconhecer ser o produto tributado de saída com alíquota zero, conforme demonstrativo as fls. 276 anexo;

MAÇÂ E PERA – A impugnante incorre em equívoco alegando isenção para tais produtos, sem a observância da data da vigência do Decreto nº 10.654 de 10/12/2007, sendo a data da exigência do imposto anterior a vigência do citado Decreto, conforme fls. 276. Mantemos, portanto o valor exigido integralmente no exercício de 2007;

EXERCÍCIO DE 2008

PEITO DE PERU DEC. PERINE – Conforme o Regime Especial os produtos fornecidos pela a Impugnante entram com crédito do imposto e saem todos com débito; portanto o produto deve ser tributado;

MASSA FOLHEADA DE QUALQUER ESPÉCIE – Trata-se de produto de tributação normal, mantida em ambiente refrigerado, diferentemente do que está previsto no art. 353 da ST que se refere à massa seca;

MASSA LEVE LASANHA – Produto sujeito a tributação normal, haja vista se tratar de massa fresca pré-cozida. . Mantemos, portanto o valor exigido integralmente no exercício de 2008.

EXERCÍCIO DE 2009

PEITO DE PERU DECORADO PERINE – Conforme o Regime Especial os produtos fornecidos pela a Impugnante entram com crédito do imposto e saem todos com débito; portanto o produto deve ser tributado;

PERNIL DECORADO PERINE - Conforme o Regime Especial os produtos fornecidos pela a Impugnante entram com crédito do imposto e saem todos com débito; portanto o produto deve ser tributado;

TENDER – Produto de tributação normal;

DAMASCO – Trata-se de fruta seca desidratada importada sujeita a tributação normal.

MASSA FOLHEADA DE QUALQUER ESPÉCIE – Trata-se de produto de tributação normal, mantida em ambiente refrigerado, diferentemente do que está previsto no art. 353 da ST que se refere à massa seca;

MASSA IMPORTADA CECCO - Trata-se de mercadoria importada sujeita, portanto ao pagamento do imposto por existir similar no país;

MASSA LEVE LASANHA/PASTEL – Produtos sujeitos a tributação normal, haja vista se tratar de massa fresca pré-cozida;

FILÊ DE SALMÃO – De acordo com a justificativa de que não se enquadra no regime de ST;

VINHO – Mantemos nossa exigência, entretanto apresentamos novos cálculos em razão da redução de 30% nas operações com bebidas;

CHESTER – Contestado pela a Impugnante na infração, nesta infração afirma tratar-se de produto da ST.

EXERCÍCIO DE 2010 - observa que todos os produtos foram reconhecidos pela Impugnante.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial da infração 5, conforme ajustes efetuados pelas autuantes, às fls. 795 a 797 dos autos e demonstrativo abaixo:

EXERCÍCIO DE 2009		
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR DEVIDO
31/01/2009	09/02/2009	105,03
28/02/2009	09/03/2009	18,68
31/03/2009	09/04/2009	31,97
30/04/2009	09/05/2009	411,67
31/05/2009	09/06/2009	623,80
30/06/2009	09/07/2009	627,31
31/07/2009	09/08/2009	792,95

31/08/2009	09/09/2009	1.389,76
30/09/2009	09/10/2009	480,85
31/10/2009	09/11/2009	826,45
30/11/2009	09/12/2009	644,34
31/12/2009	09/01/2010	2.050,11
TOTAL		8.002,92

Assim, o débito desta infração é de R\$12.833,90 e não o valor lançado de R\$41.681,00.

Em relação à infração 6, verifico que o sujeito passivo discute apenas os exercícios de 2007 e 2008, pois, conforme alinha em sua manifestação, acolhe os ajustes que as autuantes efetuaram em relação aos exercícios de 2009 e 2010, na forma que seguem:

EXERCÍCIO DE 2009

Afirma que não acata as justificativas da Impugnante quanto aos seguintes produtos:

CÓDIGO 41638 (fiesta assado decorado Perine) - Conforme o Regime Especial já citado acima os produtos fornecidos pela a Impugnante entram com crédito do imposto e saem todos com débito; portanto o produto deve ser tributado;

CÓDIGO 2134 (peito sadia fiesta recheado com lingüiça - PF) – Produto de tributação normal posto que não se enquadra no item 9 do art. 353, em razão de ser preparado de outro modo para o consumo;

CÓDIGO 602853 (maçã Jasmine Crocante) Trata-se de produto industrializado embalado a vácuo, portanto diferente da maçã in natura, alcançada pela a isenção;

CÓDIGO 55918 (salmão Demm defumado postas) Produto com tributação normal porque está excetuado da redução de base de cálculo no art. 87 do RICMS, transscrito abaixo: Código 18906 (queijo ralado Perine) O argumento da defesa de que o produto apresenta omissão de saídas de 409.510 kg é produto próprio para uso da loja não tem nenhum fundamento legal, pois a retirada de produtos para o preparo de outros teria que ser feita mediante a emissão de Nota Fiscal para a baixa no estoque, CFOP 5949 o que não houve.

CÓDIGO 35507 (lombo Damm de atum) não acatamos pelo mesmo argumento apresentado no produto salmão defumado, código 55918- produto industrializado.

Com relação ao produto LICOR e suas diversas marcas reconhecemos a justificativa e preparamos novo Demonstrativo retirando o produto.

Quanto aos demais códigos em que a Impugnante justifica a omissão como perda normal, também não há de ser acatado em razão da inexistência de NF dando baixa no estoque, conforme previsto no RICMS/BA.

Feitas as devidas exclusões o montante desse exercício passou para R\$ 48.944,93.

EXERCÍCIO DE 2010 - em relação ao produto Bombons e seus diversos códigos também serão retirados no novo Demonstrativo, pois reconhecemos o nosso equívoco;

Código 18906 (queijo ralado Perine) O argumento da defesa de que o produto apresenta omissão de saídas de 154 kg é produto próprio para uso da loja não tem nenhum fundamento legal, pois a retirada de produtos para o preparo de outros teria que ser feita mediante a emissão de Nota Fiscal para a baixa no estoque, CFOP 5949 o que não houve.

Quanto aos demais códigos em que a Impugnante justifica a omissão como perda normal, também não há de ser acatado em razão da inexistência de NF dando baixa no estoque, conforme previsto no RICMS/BA.

Nesta oportunidade, corrobora com a convicção, cita o Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0158-02/12, para o Auto Infração nº 281424.0003/11-1, que trata sobre perdas, entre outros itens.

Feitas as devidas exclusões o montante desse exercício passou para R\$ 25.311,68.

Assim como o impugnante, considero pertinentes os ajustes efetuados pelas autuantes em relação aos exercícios de 2009 e 2010.

No que alude aos exercícios de 2007 e 2008, verifico que:

EXERCÍCIO DE 2007

Em relação às mercadorias maçã e pêra, não cabem as alegações defensivas, pois efetivamente as datas de saídas das mesmas são anteriores a 10/12/2007, relativo ao decreto por ele citado que concedeu a isenção dos aludidos produtos.

As autuante, corretamente, em relação os códigos 51552 (queijo tirolez gouda), 94450 (azeitona Califórnia preta), 74797 (azeitona gordal verde c/ caroço) e o 8150 (queijo tirolez mussarela)

acolhem as compensações. Assim, foram apresentados novos demonstrativos com o devido ajuste.

Cabe razão as afirmações constantes da informação fiscal quanto aos demais produtos alinhados na defesa, pois não constam do levantamento de estoque em lume, conforme relatório gerado em mídia e anexo ao PAF as fls. 76.

Quanto à arguição de que houve perda normal trazidas pelo autuado, como data de validade, regulamentação da ANVISA, bem como a inexistência de índices confiáveis e falta de controles internos, não trazem elementos suficientes para que haja a certeza das quantidades a serem consideradas. Além do mais as quantidades indicadas nas omissões são visivelmente, com base na razoabilidade, fora do conceito de perdas normais.

O sujeito passivo não apresenta documento fiscal, ou até mesmo controles internos, comprovando que a quantidade tal fora transferida para fabricação.

Acompanho os ajustes efetuados pelas autuantes, com as devidas exclusões cabendo para o exercício de 2007 a exigência tributária no valor de R\$ 19.026,23.

EXERCÍCIO DE 2008

Quanto às justificativas do autuado para as omissões em razão de perdas normais, cabe alinhar aqui as mesmas considerações efetuadas nesse voto, quanto ao exercício de 2007, acrescentando a informação das autuantes de que não se pode considerar como “perda normal” a omissão de 623 unidades de doce, 569 kg de queijo ralado, conforme apurado no levantamento de estoque, às fls. 330 e 331 e contido integralmente em CD R às fls. 76. O artigo 100, inciso V e art. 102 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 ao tratar especificamente das perdas anormais, exige a emissão de notas e procedimentos que não foram atendidos pelo impugnante, bem como o respectivo estorno dos créditos fiscais, também não efetuados pelo sujeito passivo.

No que tange as omissões dos produtos referentes aos códigos 51552, 22774, 37792, 45612, 8716, 93538, 6934, 31493, 20312, 26659, 56649, 7054, 6507, 7511, 7542, 58407, 36795 e 8150 as autuantes corretamente não acatam as justificativas alinhadas pelo sujeito passivo, pois efetivamente as apontadas saídas, além de contarem outro código não corresponderem às mesmas quantidades omitidas, conforme exemplo trazido pelas autuantes, do código 7542 (queijo diminas prato peça) que apresenta uma omissão de saída de 4.222,764 kg e, a Impugnante pretende compensar com o código 7719, que afirma ter saído 3.531,22 kg fatiados, conforme demonstrativo apresentado pela Impugnante as fls. 698.

Acolho o argumento das autuantes quanto à “massa arrosa folheada” código 544290, pois o mesmo tem que ficar refrigerado, diferentemente do previsto no item 11.4.1 do art. 353 do RICMS-Ba, não cabendo o seu enquadramento na substituição tributária.

Em relação à doce especial perine, foundant perine e queijo ralado perine, bem como todos os demais relacionados no quadro apostado na defesa do autuado as fls. 819, cabe a manutenção de sua exigências com amparo nos já citados art. art.100, inciso V, e 102 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que rege a matéria.

Verifico que as autuantes, diferente do alegado, apresentaram informação fiscal observando as arguições defensivas, na forma do 127, § 7º, do RPAF/BA.

Entende que deve prevalecer a exigência do valor histórico já apontado de R\$ 71.581,37.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial da infração 6, às fls. 799 a 805 e o demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR DEVIDO
31/12/2007	09/01/2008	19.026,23
31/12/2008	09/01/2009	71.581,37
31/12/2009	09/01/2010	48.944,93
31/12/2010	09/01/2011	25.311,68
TOTAL		164.864,21

Quanto à infração 7 foi devidamente reconhecida pelo impugnante, cabendo a sua manutenção tendo em vista que foi imputada em consonância com o devido processo legal.

Após as aludidas conclusões, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração. Assim, o resultado do débito fica com a seguinte configuração:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADOR	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	63.308,54	33.202,21	60%
02	RECONHECIDA	11.998,99	11.998,99	60%
03	PROCEDENTE	1.080,65	1.080,65	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	27.986,91	27.620,98	60%
05	PROCEDENTE EM PARTE	41.681,00	12.833,90	60%
06	PROCEDENTE EM PARTE	150.917,85	139.552,53	70%
		25.514,42	25.311,68	100%
07	RECONHECIDA	13.800,00	13.800,00	-----
TOTAL		336.288,36	265.400,94	

VOTO DIVERGENTE (Infração 1)

Peço vênia para discordar do sr. Relator em relação tão somente ao voto que foi proferido para a infração nº 1, concernentes à glosa de créditos fiscais de ICMS de mercadorias classificadas pela fiscalização como de uso e consumo. O cerne da divergência concentra-se na apropriação de créditos fiscais dos alguns itens que compõem o Anexo II do Auto de Infração, inserido às fls. 80 a 99 do presente processo.

Conforme foi exposto em detalhes no Relatório, a autuada desenvolve atividade mercantil tanto no ramo de venda de produtos alimentícios, de produção própria e adquiridos terceiros, em sua lanchonete (delicatessen), como também comercializa produtos de outras linhas comprados de terceiros. A atividade empresarial é exercida neste Estado sob a denominação comercial “Perini”.

Para possibilitar a revenda dos seus produtos o contribuinte faz uso de diversos materiais, todos indispensáveis à atividade mercantil que sempre desempenhou neste Estado, relacionada às vendas de sorvetes, sanduíches, salgados, doces, pizzas, sucos etc. São utilizados diariamente, na comercialização de comestíveis, pratos de papelão e de plástico, canudos, pazinhas para mexer café e pazinhas de sorvetes, copos e talheres descartáveis, sacos e guardanapos. Esses materiais, todos eles descartáveis e alguns personalizados com a marca da empresa, são empregados na atividade empresarial na função de embalagem dos comestíveis.

Há também o emprego sacos e etiquetas de preços nas vendas de outras mercadorias, tributadas e não tributadas pelo ICMS.

Não tenho dúvidas de que os materiais acima mencionados são necessários à atividade de prestação de serviço de fornecimento de alimentação e na revenda de mercadorias adquiridas de terceiros.

É inconcebível, por exemplo, imaginar que um estabelecimento comercial que venda lanches, ao preparar, por exemplo, um suco, forneça o produto ao seu cliente sem colocá-lo em um copo.

Por sua vez, os sacos destinados a embalar os produtos e as etiquetas de preços são itens diretamente relacionados à atividade comercial de revenda de mercadorias, cujo custo é totalmente repassado ao consumidor.

Assim, não procede a glosa dos créditos fiscais lançados por conta da aquisição desses materiais relativamente às operações de saídas sujeitas à tributação do ICMS.

A situação acima descrita se enquadra perfeitamente nas disposições do art. 93, inc. I, letra “a”, do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, norma cujo teor reproduzo abaixo:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em

operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário;

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos;

a) de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem;

É importante consignar ainda que a própria Administração Tributária baiana já reconheceu que os produtos objeto da autuação, utilizados na venda de comestíveis, não são enquadráveis na categoria de “materiais de uso e consumo”, conforme entendimento formalizado recentemente no Parecer DITRI Nº 13203/2012, com o seguinte teor:

PARECER Nº 13203/2012 DATA: 06/06/2012

ICMS. Tratamento tributário dispensado às operações com embalagens personalizadas para lanches e batata frita, copos descartáveis, guardanapos, ketchup e maionese em sachê, realizadas por contribuinte que exerce a atividade de lanchonete, casas de chá, restaurantes e similares. Não se trata de aquisição de material de uso ou consumo.

Devem ser mantidos, portanto, no Auto de Infração os valores dos créditos fiscais indevidamente apropriados em relação às aquisições de embalagens (sacos, pratos, talheres, canudos, guardanapos e demais descartáveis) e etiquetas de preços, considerando a proporção das saídas tributadas e não tributadas ou isentas, adotando-se, para este item, o mesmo critério que foi utilizado na infração 2. conforme prescreve o § 1º, do art. 97, do RICMS, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

Com isso o demonstrativo de débito da infração 1 passa a ter a configuração abaixo, em conformidade com os valores quantificados pela defesa às fls. 538 a 553 (exercício de 2007); fls. 566 a 586 (exercício 2008); fls. 605 a 612 (exercício de 2009); e, fl. 613 (exercício de 2010):

EXERCÍCIO DE 2007		
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR DEVIDO
31/01/2007	09/02/2007	103,94
28/02/2007	09/03/2007	100,51
31/03/2007	09/04/2007	102,18
30/04/2007	09/05/2007	163,87
31/05/2007	09/06/2007	81,07
30/06/2007	09/07/2007	59,89
31/07/2007	09/08/2007	85,15
31/08/2007	09/09/2007	69,92
30/09/2007	09/10/2007	81,46
31/10/2007	09/11/2007	128,36
30/11/2007	09/12/2007	43,42
31/12/2007	09/01/2008	266,79
TOTAL		1.286,56

EXERCÍCIO DE 2009		
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR DEVIDO
31/01/2009	09/02/2009	37,76
28/02/2009	09/03/2009	144,03
31/03/2009	09/04/2009	255,61
30/04/2009	09/05/2009	277,57
31/05/2009	09/06/2009	150,54
30/06/2009	09/07/2009	125,47
31/07/2009	09/08/2009	153,54
31/08/2009	09/09/2009	95,34
30/09/2009	09/10/2009	131,20
31/10/2009	09/11/2009	65,22
30/11/2009	09/12/2009	110,03
31/12/2009	09/01/2010	235,34
TOTAL		1.781,65

EXERCÍCIO DE 2008		
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR DEVIDO
31/01/2008	09/02/2008	31,47
28/02/2008	09/03/2008	28,20
31/03/2008	09/04/2008	79,73
30/04/2008	09/05/2008	79,83
31/05/2008	09/06/2008	99,21
30/06/2008	09/07/2008	51,86
31/07/2008	09/08/2008	76,69
31/08/2008	09/09/2008	55,26
30/09/2008	09/10/2008	89,64
31/10/2008	09/11/2008	73,84
30/11/2008	09/12/2008	42,12
31/12/2008	09/01/2009	202,84
TOTAL		910,69
EXERCÍCIO DE 2010		
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR DEVIDO
31/01/2010	09/02/2010	26,02
28/02/2010	09/03/2010	22,93
31/04/2010	09/05/2010	276,85
TOTAL		325,80

Com a fundamentação acima nosso voto, em relação à infração 1, é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento fiscal, nos valores acima totalizados. Deverão ser homologadas as parcelas já recolhidas pelo sujeito passivo, indicadas no relatório apensado às fls. 948 a 954 do presente PAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **129.711.0003/12-9**, lavrado contra **CARBALLO FARO & CIA. LTDA. (PERINE)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$251.600,94**, acrescido das multas de 60% sobre R\$86.736,73, 70% sobre R\$139.552,53 e 100% sobre R\$25.311,68, previstas no art. 42, incisos II, "a", VII, alíneas "a" e "b" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$13.800,00**, prevista no inciso XV, "c", do mesmo diploma legal já citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR/VOTO DIVERGENTE