

A. I. N° - 232954.0001/12-9  
AUTUADO - CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA  
AUTUANTES - ADAIR ZAMBONI RIBEIRO  
ORIGEM - IFEP NORTE  
INTERNET - 14/05/15

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0087-03/15**

**EMENTA: ICMS.** 1. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO NOMINAL DA ALÍQUOTA DA CARGA TRIBUTÁRIA EFETIVA, EM BASE DE CÁLCULO JÁ REDUZIDA. O fato das notas fiscais de aquisição de mistura alimentar com base no leite em pó e também as alterações efetuadas nos itens comumente chamados de “margarina” indicar as NCM como sendo produtos compatíveis com a redução de base de cálculo, não absolve o impugnante de ter que aplicar o tratamento tributário adequado, não se aplicando ao caso o princípio da boa fé, e também o julgamento do STJ, que diz respeito ao aproveitamento de crédito em notas fiscais inidôneas, não sendo este o caso em lide. O informante reconheceu que alguns itens realmente se tratava de produtos sujeitos à redução de base de cálculo, por serem efetivamente margarina, e não creme vegetal, corrigindo o demonstrativo. Infração 1 procedente em parte. 2. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO À ENTRADA DE MERCADORIA ADQUIRIDA DE PRODUTOR NÃO INSCRITO. O autuante considerou como aquisições de produtor rural ou extrator não inscritos, CFOP 1102, os produtos originários de transformação na própria padaria, CFOP 1949. Comprovado as aquisições de não inscritos teve recolhimento devidamente comprovados assim como as saídas internas para padaria. Infração 2 improcedente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Na informação fiscal, foi confirmado o equívoco, referente a produtos como bolo de aipim, feijão e andu, e outros que são sujeitos à tributação Normal. No entanto restaram produtos outros com substituição tributária, cujo crédito fiscal foi apropriado, conforme demonstra a planilha corrigida. Infração 3 procedente em parte. b). FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO RELATIVO A MERCADORIAS CUJAS OPERAÇÕES SUBSEQÜENTES FORAM EFETUADAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. A impugnação trouxe notas fiscais, e apresenta cálculo na impugnação, apresentando comparativo com o do autuante, demonstrando erros que foram acatados pelo informante e confirmadas por este julgador. Infração 4 improcedente. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO.

Na impugnação foram apresentados diversos comprovantes de pagamento. Os DAEs comprobatórios foram prontamente reconhecidos na informação fiscal, e referendados por este Julgador. Infração 5 improcedente. **b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** O impugnante apresenta diversas comprovações de recolhimentos dizendo restar, apenas, o valor devido de R\$ 526,48, ratificado na informação fiscal e também verificado por este Julgador. Infração 6 procedente em parte. **5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. VALOR LANÇADO MAIOR QUE O VALOR PAGO. Infração 7 reconhecida. **6. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS.** **a) OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS.** O impugnante apresenta diversas notas fiscais comprovando que o ICMS foi devidamente destacado, sem que tenha havido qualquer sonegação. Os valores ora remanescentes alusivos às espécies supracitadas, devem-se à condição de Tributação Normal pelo ICMS, a exemplo de Alecrim Erva-Doce, Folha de Boldo, e algodão de uso geral, diverso daquele de uso medicinal; foi elaborado uma nova planilha Em sua nova manifestação o impugnante não apresenta nenhuma contestação. Infração 8 procedente em parte. **b) OPERAÇÕES ESCRITURADAS POR MEIO DE ECF.** Não observado por parte do Autuante, dispositivos legais de redução, antecipação ou isenção de ICMS dos diversos produtos, relacionados em sua planilha. O informante altera a planilha, fazendo expurgo das mercadorias impropriamente cobradas, por conta dos seus enquadramentos nas situações tributárias de isentas, no Regime de Antecipação Tributária e até mesmo, alcançadas pela Imunidade Tributária. Desse modo, produziu uma nova planilha corrigindo os valores. Diante do exposto, remanesceu ainda um débito de ICMS para com a Fazenda Pública Estadual. Na manifestação o impugnante repete os argumentos da inicial, não constituindo nenhuma outra prova incidente que venha alterar o lançamento já corrigido. Infração 9 procedente em parte. **7. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITRADAS.** O impugnante apresenta notas onde se pode constatar os erros de cálculos cometidos pelo autuante, e diante disso, o informante reconhece como procedentes em sua totalidade as suas alegações, culminando assim, em total improcedência deste item. Infração 10 improcedente. **8. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES.** **a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS.** O autuante acata as notas fiscais efetivamente apresentadas e elabora novo demonstrativo em

substituição ao originariamente acostado, remanescendo assim, um débito de ICMS alusivo à Infração 11, no valor de R\$ 49.286,49. Tem-se aqui o fato de que o impugnante deixou de lançar no arquivo magnético, notas fiscais de transferências entre matriz e filial por entender que não eram tributadas. As transferências são tributadas, conforme o disposto na LEI 7.014/96, em seu art. 2º, parágrafo 1º. Infração 11 procedente em parte. **b)** FALTA DE REGISTRO, NA ESCRITA FISCAL, DA SAÍDA DE MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS. O impugnante não logrou apresentar qualquer inconsistência no levantamento efetuado e as notas fiscais de saída, não servem para elidir a infração por omissão de entradas, mas tão somente para agravar a infração, fato impossível neste mesmo processo, restando a manutenção do quantum lançado. Infração 12 procedente. **c)** DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Embora tenha sido acatada a defesa pelo responsável pela informação fiscal, o fato de haver mercadorias isentas lançadas na infração 11 e devidamente corrigidas na informação fiscal, não tem relação com o fato de que efetivamente houve diferença de estoque em itens que estavam sujeitos à isenção, não podendo ser lançado o imposto sobre mercadorias isentas, mas é perfeito o lançamento da multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração 13 procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 29/06/2012, foi efetuado lançamento de ICMS e multa no valor total de R\$206.072,34, em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

01 – Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível das saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado o valor de R\$7.484,14 acrescido da multa de 60%.

02 – Deixou de recolher o ICMS referente à aquisição de mercadorias de produtor rural ou extrator não inscrito no cadastro estadual do ICMS na qualidade de responsável solidário, sendo lançado o valor de R\$8.137,43 acrescido da multa 60%.

03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, sendo lançado o valor de R\$4.652,61 acrescido da multa de 60%.

04 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, sendo lançado o valor de R\$11.879,63 acrescido da multa de 60%.

05 – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas

ao ativo fixo do próprio estabelecimento, sendo lançado o valor de R\$7.7412,77 acrescido da multa de 60%.

06 – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, sendo lançado o valor de R\$1.621,60 acrescido da multa de 60%.

07 – Utilizou a maior o crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação sendo lançado o valor de R\$2.707,22 acrescido da multa de 60%.

08 – Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas, sendo lançado o valor de R\$16.942,89 acrescido da multa de 60%.

09 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas por meio do ECF, sendo lançado o valor de R\$33.581,65 acrescido da multa de 60%.

10 - Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação de base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas em notas fiscais, sendo lançado o valor de R\$20.668,60 acrescido da multa de 60%.

11 – Falta de recolhimento do imposto relativo a 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 mercadoria em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, sendo lançado o valor de R\$82.589,92, acrescido da multa de 70%.

12 – Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, sendo lançado o valor de R\$8.013,88 acrescido da multa de 60%.

13 – Omissão de saída de mercadorias isentas ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente sem a respectiva escrituração apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, sendo lançada multa fixa de R\$50,00.

A impugnante apresentou defesa fls. 567/87, e em preliminar de nulidade, arguiu que faltam os requisitos essenciais do auto de infração, pois não apontou-se o dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação. Que apenas de forma genérica, o autuante indicou o artigo de lei supostamente infringido e como se não bastasse tais vícios, consta ainda no combatido auto de infração, grave omissão.

Alega que não consta no auto de infração enumeração das situações de redução da multa, caso o contribuinte, ora Impugnante, escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa. Com isso, o AI encontra-se eivado de vício insanável, haja vista a violação a norma precisa e articulada no epigrafado decreto, assim há evidente infração à princípios fundamentais constitucionais, a saber: ampla defesa e contraditório, publicidade, isonomia, dentre outros. Que torna-se primordial a declaração de nulidade do auto de infração e conseqüente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

No mérito, quanto à infração 1, alega que o Auditor incluiu indevidamente em seu demonstrativo os produtos “leite em pó e margarina”, que tem base de cálculo reduzida de forma tal que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7%, conforme itens XXI e XXXI do art. 87 do RICMS (relatórios anexos) e que a soma do ICMS destes produtos apontados como recolhimento a menor, no relatório do autuante, é de R\$ 6.714,56, que abatido do total da infração, resta o valor devido de R\$ 769,57.

Quanto à infração 2, diz que é totalmente indevida por erro no preenchimento da planilha demonstrativa, que incluiu indevidamente, junto com as aquisições de produtor rural ou extrator não inscritos CFOP 1102, os produtos originários de transformação em padaria interna, CFOP 1949.

Que na infração 3, o autuante incluiu em sua planilha demonstrativa, produtos com tributação normal, passível da utilização do crédito fiscal, conforme tabela demonstrativa da impugnação. Devido à necessária redução acima especificada, o valor desta infração fica reduzido para R\$ 2.598,72, conforme planilha anexa.

Na infração 4, alega que é totalmente improcedente pois o equívoco é latente, haja vista apuração dos valores que originaram o presente auto, que contém inúmeros erros na base de cálculo e não condiz com a realidade das notas fiscais, bem como com o Livro Registro de Entradas. A título de exemplificação, faz demonstração fática através das notas fiscais, escolhidas por amostragem: nºs. 130645, 275961 e 122486 de 27/12/2007, 26/07/2007 e 19/06/2007, e apresenta cálculo na impugnação, apresentando comparativo com o do autuante.

Que não é possível o cálculo correto apenas com os arquivos do SINTEGRA e para fins de análise no julgamento da presente infração, está anexando inúmeras Notas Fiscais com cópias das páginas de seus registros nos respectivos Livros de Entradas, referente os exercícios de 2007 e 2008, e que desta forma, verifica-se de forma cristalina que o demonstrativo apresentado pelo Autuante não expressa corretamente os valores dos estornos de créditos efetuados pela empresa.

Já na infração 5, alega que as diferenças de alíquotas sobre notas fiscais de aquisição do Ativo Permanente foram devidamente recolhidos, com os comprovantes de recolhimento e respectivas notas fiscais relacionadas na peça defensiva, e pede portanto, a improcedência .

Na infração 6, destaca que a grande maioria das notas fiscais relacionadas para pagamento de diferença de alíquotas, já estavam quitadas conforme relação de notas fiscais e respectivos comprovantes de recolhimentos comprovados na defesa e que com as comprovações de recolhimentos, resta, apenas, o valor devido de R\$ 526,48.

Na infração 7, o impugnante reconhece a procedência da autuação e diz que procederá o pagamento e quanto à infração 8, diz que é totalmente indevida, pois não houve prática de quaisquer operações tributáveis como não tributáveis. Que houve, em verdade, erro na planilha elaborada pelo Autuante, conforme o seguinte:

- a) Produtos indicados por ter saída sem tributação, estão com o imposto devidamente destacados nas respectivas notas fiscais.
- b) Embora constem em sua planilha itens com alíquotas de 7% e 12%, estes foram calculados a 17%.
- c) Por amostragem anexa as notas fiscais nºs.026052, 026532, 026974, 031259 e 031418 com cópia dos demonstrativos da fiscalização, onde pode se verificar que o ICMS foi devidamente destacado, sem que tenha havido quaisquer sonegação.

E que para comprovação, está enviando em anexo notas fiscais de saída período janeiro 2007 a dezembro 2008, por conseguinte, a infração é improcedência.

Alega que com relação à infração 9, o valor devido é de R\$3.952,18, pois a diferença de R\$29.629,47, refere-se a não observação por parte do autuante, de dispositivos legais de redução, antecipação ou isenção de ICMS dos diversos produtos, relacionados em sua planilha, conforme

lista de produtos que coloca na peça defensiva, a exemplo de algodão, amendoim, iogurte, etc, resultando em cobrança indevida de R\$29.629,47 e que os produtos relacionados encontra-se grifados em relação anexa e em mídia eletrônica, e portanto, o valor remanescente da infração é de R\$3.953,18.

Na infração 10, alega que a planilha elaborada pelo autuante para determinar esta infração é baseada em premissas equivocadas, pois deixou de considerar as reduções de base de cálculo para diversos produtos, prevista no art. 87, além de erros na informação da base de cálculo dos produtos não sujeitos as reduções.

Por amostragem anexa cópias das notas fiscais nºs 021948, 022016, 022064 e 022307 de 02/01, 05/01, 09/01 e 26/01/2007, juntamente com as planilhas demonstrativas do Autuante, onde se pode constatar os erros de cálculos cometidos pelo mesmo. Segue em anexo, cópia das notas fiscais indicadas no demonstrativo do autuante, período janeiro 2007 a dezembro 2008, para averiguações caso necessário.

Quanto às infrações 11,12 e 13, tiveram origem com base no levantamento quantitativo de estoque. No entanto, os valores de omissão de saídas apurados pelo autuante através de levantamento quantitativo de estoque estão totalmente equivocados, em função de erros nos seus demonstrativos elaborados durante a fiscalização.

Para comprovar esta afirmação anexa relatórios demonstrativos, apenas com valores de omissão superiores a R\$500,00 em função da relevância numerária. No relatório comparativo entre o levantamento e o do auditor, detecta que as entradas dos itens relacionados estão iguais, porém quanto às saídas há uma grande diferença, conforme planilha em anexo.

Que analisando minuciosamente os documentos em anexo e nos autos, detecta que o autuante não incluiu as notas fiscais de transferência entre matriz e filial, em seu relatório, daí a grande divergência e que essas notas de saídas jamais poderiam integrar a base de cálculo da infundada infração. Salientar que todos esses itens destacados na referida planilha contém os respectivos arquivos emitidos pelo programa da “sofcon” (gestora de estoque) que demonstram esse erro.

Face ao exposto verifica que o levantamento fiscal que deu origem às infrações 11, 12 e 13, estão totalmente equivocados. Portanto, diante de tais informações, resta cabalmente comprovado que o auto de infração laborou em equivoco, já que, não considerou às informações em anexo.

Questiona a incidência do imposto entre matriz e filial, já que imposto relativo Circulação de Mercadorias e Serviços tem sua fundamentação na Constituição Federal de 1988, art. 155, II. Que a simples transferência de produtos da matriz para filial, não é fato gerador do ICMS. Aduz que tal matéria está pacificada, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça, tanto é verdade que foi editada a súmula 166. Portanto não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

A seguir fala de suposto tributação bis in idem da substituição tributária e que no caso em julgamento, nas do combatido auto de infração vem impondo o rechaçado instituto do *bis in idem*. Dessa forma, o auto de infração ao exigir da impugnante o recolhimento do ICMS sobre produtos com entrada de Substituição Tributária, conforme notas fiscais em anexo está em verdade tributando produtos que já tiveram recolhimento do tributo, sendo que, a impugnante apura seus tributos pelo regime não-cumulativo.

Invoca o princípio da boa-fé objetiva trata-se de figura jurídica de real importância que, vem sendo aplicada nos processos administrativos fiscais. Verifica-se, no caso posto, a regra esculpida nos arts. 158 e 159 do RPAF, destarte, às multas aplicadas devem ser reduzidas pela ínclita junta julgadora. Que neste sentido, em decorrência do princípio da legalidade, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a verdade material.

Em vista do exposto, requer o acolhimento a preliminar, a fim de declarar a nulidade do auto de infração. Caso não seja acolhida a preliminar, no mérito, espera e requer a defendanteseja

acolhida a presente impugnação para o fim de julgar parcialmente improcedente o combatido auto de infração. Requer, outrossim, que o julgamento seja convertido em diligência, em vista da busca da verdade material principalmente em relação às infrações 11, 12 e 13.

Às fls. 2.457/480 um Auditor Fiscal estranho ao feito foi designado para apresentar a informação fiscal, quando diz que a evocação da preliminar de nulidade, por conta de uma pretensa não observância dos alegados “requisitos essenciais” elencados no Art. 39 do Decreto ° 7.629/99 – RPAF-BA, especialmente nos seus incisos V e VII, não merece acolhimento, haja vista, que a ausência do indicativo de redução da multa no Auto de Infração, não se inclui entre as hipóteses ensejadoras de nulidade, previstas no Art. 18 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF-Ba). Ademais, conclui, a existência de previsão legal para redução da multa, consoante norma contida no Art. 45, da Lei 7014/96 de 04/12/1996.

No mérito, quanto à infração 1, o impugnante alega que o Autuante "*incluiu indevidamente em seu demonstrativo leite em pó e margarina, que tem base de cálculo reduzida de forma tal que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7%, conforme itens XXI e XXXI do art. 87 do RICMS*". Que vem rechaçar as alegações de defesa da Autuada, fundamentando a seguir, separadas por espécie, como sejam:

Leite em Pó - diz que a autuada labora em equívoco, ao classificar generalizadamente como sendo "LEITE EM PÓ", produtos diversos, cujas propriedade organolépticas não lhes asseguram tal *status* e por conseguinte, não lhes proporcionam o usufruto do benefício fiscal da Redução da Base de Cálculo.

Aduz que as mercadorias erroneamente denominadas como sendo "Leite em Pó", a exemplo de FORMULA INF NAN 1 450G, FORMULA INF NAN 1 PROBIOT 400G, FORMULA INF NAN 2 450G, FORMULA INF NAN S/LACTOSE 400G, são efetivamente classificadas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, como "FÓRMULA INFANTIL" tratando-se de uma mistura alimentar diversa do Leite em Pó. Que tal afirmativa pode ser perfeitamente comprovada através das cópias dos rótulos dos produtos, ora acostados ao presente PAF, à guisa de prova documental.

Encontram-se também, os produtos: LEITE PO NINHO CRESC 1+ 400G e LEITE PO NINHO CRESC 3+ 400G, os quais são efetivamente classificados como sendo "COMPOSTOS LÁCTEOS", constituindo-se por óbvio e por conta das razões retrocitadas, em produtos diversos de Leite em Pó. Tal afirmativa, encontra respaldo com a juntada ao Processo em lide, dos rótulos dos produtos envolvidos, consistindo assim, em irrefutável prova de acerto do Autuante. Por fim, há o produto, LEITE PO BLENDY MODIF 200G, cuja denominação de MODIFICADO, retira-lhe o *status* de Leite em Pó, e por tal, o alija do usufruto do benefício fiscal da Redução da Base de Cálculo a este dirigido.

Que nesse passo, estão sendo também juntados ao PAF em lide como meio de prova, cópia da Instrução Normativa nº 28 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, datada de 12 de junho de 2007, que regula o setor industrial de alimentos. Que o mesmo sucede quanto ao produto “Leite em Pó Modificado”, pertencente ao capítulo 19.01 da TIPI, cuja definição encontra-se abaixo transcrita, bem como, cópia das informações técnicas sobre os produtos, colhidas no site oficial [www.cquali.gov.br](http://www.cquali.gov.br), transcrevendo os dados obtidos no sítio indicado, conforme capítulo 19, indicado preparações à base de cereais, farinhas, amidos, féculas ou leite; produtos de pastelaria.

Apresenta em seguida, descrição constante no site [www.cquali.gov.br](http://www.cquali.gov.br) :

*“Entende-se por leite em pó o produto obtido por desidratação do leite de vaca integral, desnatado ou parcialmente desnatado e apto para a alimentação humana, mediante processos tecnologicamente adequados, não se admitindo a inclusão de outros ingredientes, apenas os aditivos já previstos na legislação. Leite em Pó Modificado: entende-se por leite em pó modificado o produto resultante da dessecção do leite previamente preparado, considerando-se como tal, além do teor de gordura, a acidificação por adição de*

*fermentos lácteos ou de ácido láctico e o enriquecimento com açúcares, com sucos de frutas ou com outras substâncias permitidas, que a dietética e a técnica indicarem. O leite em pó modificado deverá ter no mínimo 70% de leite e 50% de açúcares, considerando aqueles já provenientes do leite."*

Que ademais, é importante ressaltar que a afirmação de que os produtos supra elencados não são LEITE EM PÓ, emana dos próprios fabricantes, que por imposição do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, são obrigados a prestar tal esclarecimento ao consumidor, fazendo constar nas respectivas embalagens, a expressão: "ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PO" atendendo à disposição contida no Anexo – Regulamento Técnico para Fixação de Qualidade de Composto Lácteo Item 9 – Subitem 9.3 da Instrução Normativa nº 28 do Ministério da Agricultura, Pecuária Abastecimento datada de 12 de junho de 2007.

Com o fito de complementar as provas da impropriedade da classificação dos Compostos Lácteos como sendo Leite em Pó, faz juntada ao PAF ora em lide, de cópias dos ACÓRDÃOS JJF Nº 0268-02/12 – da 2ª Junta de Julgamento Fiscal de 23/11/2012 - Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF-Ba e ACÓRDÃO CJF Nº 0289-13/13 da 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL de 30/07/2013 – Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF - Bahia; cujas decisões comprovam, que COMPOSTO LÁCTEO não é leite em pó, "não sendo possível aplicar a redução da base de cálculo prevista no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS/97".

Margarina – no que respeita ao produto MARGARINA, alega que a correta classificação dos produtos, MARG BECEL AZ OLIVA 250G, MARG BECEL AZ OLIVA 500G, MARG BECEL C/SAL 250G, MARG BECEL C/SAL 500G, MARG BECEL PROACTIV PT 250GR, MARG BECEL S/SAL 250G, MARG BECEL S/SAL 500G e MARG CYCLUS SAUDE C/SAL não são efetivamente Margarina e sim, CREME VEGETAL, logo, produto diverso de margarina e assim sendo, não contemplado com o benefício da Redução da Base de Cálculo, prevista no Art. 87, XXXI do RICMS - Dec. 6.284/97.

Todavia, reconhece a procedência das alegações da Autuada quanto a impropriedade da Autuação Fiscal sobre os produtos: MARG DORIANA VITAL C/SAL250G, MARG DORIANA YOFRESH 250gr, MARG SADIA VITA C/SAL 250G e MARG SADIA VITA C/SAL 500G, posto que, são efetivamente classificados como "Margarina" e como tal, contemplados com o benefício da Redução da Base de Cálculo.

Diante do exposto, promove os necessários expurgos na planilha originária, que indicava o valor de R\$ 7.484,14 e elaborou, a planilha "INFRAÇÃO 01 - CORRIGIDA" a qual passa a fazer parte integrante do Processo em lide, sob a forma de mídia gravada, cuja cópia foi entregue à Autuada mediante recibo juntado aos Autos. Assim sendo, reclamamos um saldo remanescente alusivo à Infração 01 no valor de R\$ 7.306,80.

Quanto à infração 2, reconhece a pertinência das alegatórias da Autuada, competindo-lhe porém, a título suplementar, informar a esse colendo colegiado, que a defendant possui uma unidade de transformação de alimentos (Padaria), operando internamente, como parte integrante da entidade. Diante de tal premissa, ocorre efetivamente a movimentação de matérias primas para transformação e consequente retorno de produtos acabados, os quais, se sujeitos à tributação serão gravados tributariamente pelo ICMS, quando das suas ulteriores operações de saídas.

Quanto à cobrança dos produtos primários adquiridos de contribuintes não-inscritos e elencados originariamente na Infração 02, ocorreu o efetivo pagamento dos valores imputados através do Auto de Infração, conforme DAE acostados às folhas nºs 661; 685; 702; 724; 742; 760; 774; 813; 855; 889; 913 e 933 do PAF em comento. Diante das informações supra e da comprovação da pertinência das alegações da Autuada, foi elidida em sua totalidade, a cobrança alusiva à Infração 02.

Quanto à infração 3, também reconhece a pertinência das alegações da Autuada, haja vista, que os produtos BALA DE GENIPAPO, BISCOITO BRASÍLIA (Caseiro), BOLO DE AIPIM, FEIJÃO ANDU, FILÉ DE SARDINHA G. COSTA e MASSA PASTEL PASTICREM FAM, são efetivamente sujeitos à

tributação Normal, conforme pugna a Autuada em sua peça defensiva acostada às fls. 572 do PAF, contrapondo-se à originária imputação da cobrança de Créditos Indevidos, sobre as entradas das mercadorias retrocitadas, como se sujeitas ao Regime de Antecipação Tributária, fossem.

Que foi produzida em sua substituição, a planilha "INFRAÇÃO 3 - CORRIGIDA" a qual foi juntada ao Processo sob forma de mídia gravada e entregue à Autuada conforme recibo. Desse modo, remanesce a cobrança do valor de R\$ 2.598,72 alusivos à Infração 03, já reconhecida pela Autuada às fls. 572 do PAF ora em lide.

Quanto a Infração 04, reconhece a pertinência total das alegações da Autuada. Houve a juntada das notas fiscais, a prova da materialidade das suas alegações, sendo que por conta dos Arquivos Magnéticos de informações a título de reduções de base de cálculo, involuntariamente, induziram o Autuante ao erro. Assim, admite, há de ser reconhecido que a presença das provas materiais trazidas pela Autuada ao Processo, através da juntada das notas fiscais probantes, elide a Infração 04 em sua totalidade.

Quanto a Infração 5, reconhece a pertinência total das alegatórias da Autuada, constantes em sua peça defensiva acostada às fls. 574, materializadas, seja pela indicação do cumprimento das obrigações principais através da correta escrituração do Livro RAICMS ou, pela juntada de cópia dos competentes DAE's comprobatórios da satisfação dos créditos originariamente exigidos através do PAF em lide. Diante do exposto e reconhecida a procedência total das alegações da Autuada, fica elidida a Infração 05 em sua totalidade.

Quanto a Infração 06, reconhece a pertinência total das alegações da Autuada, constantes em sua peça defensiva acostada às fls. 575, materializadas, seja pela indicação do cumprimento das obrigações principais através da correta escrituração do Livro RAICMS ou, pela juntada de cópia dos competentes DAE comprobatórios da satisfação dos créditos originariamente exigidos através do PAF ora em lide. Assim sendo e com o fito de demonstrar de forma clara a situação remanescente, foi produzida em substituição à planilha originária, a nova planilha "INFRAÇÃO 6 - CORRIGIDA" ora juntada ao PAF sob forma de mídia gravada, cuja cópia foi entregue à Autuada, conforme recibo.

Diante do exposto e reconhecida a procedência das alegações da impugnante, remanesce ainda o valor de R\$ 526,48 alusivo à Infração 06, fato já reconhecido pela Autuada, em sua peça contestatória juntada às fls. 575 do PAF em lide. Infração 6 procedente em parte.

Quanto a Infração 7, a Autuada reconhece integralmente a procedência das infrações imputadas pelo Autuante e informa que efetuará o pagamento do *quantum* devido, no montante de R\$ 2.707,22, referentes à Infração 7.

Quanto a Infração 8, a Autuada, expõe suas alegações defensivas constantes às fls. 576 do PAF em lide, pugnando pela improcedência total da Infração 08, evocando a ocorrência de "erro na planilha elaborada pelo Autuante", bem como, informa que foram enviadas as notas fiscais de saídas do período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008. Refuta parcialmente tais alegações, em virtude de razões tais como:

a) erro de identificação da situação tributária da mercadoria; b) ausência do apresentação do documento fiscal comprobatório (NF).

Assim sendo, diante das provas documentais apresentadas, foram procedidos os necessários expurgos e ajustes e elaborado a planilha INFRAÇÃO 8 - CORRIGIDA, emitida em substituição àquela originariamente juntada ao Processo. Diante do exposto, remanesceu um débito de ICMS referente à Infração 8, no valor de R\$ 12.470,50.

Quanto a Infração 9, a Autuada, em suas alegações defensivas constantes às fls. 577 do PAF em lide, pugna pela improcedência parcial da Infração 9, evocando a ocorrência de "*não observação por parte do Autuante, de dispositivos legais de redução, antecipação ou isenção de ICMS dos diversos produtos relacionados em sua planilha*". Refuta também parcialmente, tais

alegações, tendo para tanto elaborado a planilha INFRAÇÃO 09 - CORRIGIDA", emitida em substituição àquela originariamente juntada ao Processo.

Que foram excluídas em sua totalidade, a cobrança dos produtos AMENDOIM; AMENDOIM YOKI; AMENDOIM CASCA; ERVILHA; FRITELLA; GRALHADITO'S; TORRONE; TORTA; TORTA VERONICA. Todavia, foram mantidas integralmente a cobrança dos produtos: ALGODÃO; APERITIVO ST - ROUGE; BANANA PASSA; BEBIDA LÁCTEA; e parcialmente, o produto IOGURTE, tendo em vista a generalização do termo, abarcando indevidamente produtos, cujas propriedades não lhes concedem o *status* de Iogurte, por se tratarem de Leite Fermentado ou Bebida Láctea, cujas provas materiais representadas por rótulos (cópias) das respectivas embalagens, bem como, de Notas Fiscais de fabricantes/fornecedores, (também cópias), foram juntados ao PAF em lide, como elementos probantes.

Com o fito de tornar mais compreensível a interpretação da planilha, através da exibição clara dos itens excluídos e mantidos, foi inserida uma coluna auxiliar intitulada "Status da Informação Fiscal" na nova planilha (INFRAÇÃO 9 - CORRIGIDA), na qual é registrado o motivo do acatamento ou não, das alegações de defesa apresentadas. Diante do exposto, remanesceu um débito de ICMS referente à Infração 09, no valor de R\$ 26.626,49.

Quanto a Infração 10, procedidas as verificações fiscais pertinentes, levadas a efeito a partir das pugnações da Autuada e da juntada às fls. 2178 a 2452 do PAF ora em lide, das notas fiscais envolvidas na infração em comento, constatamos a procedência das alegações da Autuada, à luz das provas materiais acostadas ao processo. Desta sorte, diante das inofismáveis provas materiais trazidas pela Autuada ao processo, reconhecemos como procedentes em sua totalidade as suas alegações, culminando assim, na elidição total, da cobrança alusiva à Infração 10.

Quanto às Infrações 11, 12 e 13 foram decorrentes do "Levantamento Quantitativo de Estoques" alusivo ao Exercício de 2008. De início, vale ressaltar que refuta o critério seletivo promovido pela Autuada, conforme afirmação contida em sua peça defensiva acostada às fls. 580 do PAF em lide, que declara "estamos anexando relatórios demonstrativos, apenas com valores de omissão superiores a R\$ 500,00 em razão da relevância numerária...".

Prosseguindo, a Autuada alega em sua peça defensória juntada às fls. 580 do PAF, que o Autuante, "não incluiu as notas fiscais de transferência entre matriz e filial em seu relatório, daí a grande divergência" prosseguindo, a suplicante paradoxalmente se contradiz, ao afirmar que "Essas notas JAMAIS poderiam integrar a base de cálculo da infundada infração". Que se a Autuada alega que o Autuante não incluiu as notas fiscais de transferência e logo a seguir, afirma que tais notas jamais poderiam integrar a base de cálculo da infundada infração, está a Autuada, a reconhecer em sua totalidade o acerto do Autuante.

Que não podem ser considerados como elementos probantes, os alegados "arquivos emitidos pelo programa da sofcon (gestora de estoque) que demonstram esse erro"; porquanto, os relatórios gerados pela sofcon não se constituem em documentos legalmente previstos para informar a ocorrência das operações de entradas ou saídas praticadas, cuja previsão encontra-se contida no disposto no Convênio ICMS 57/95. Restará a indispensável apresentação das Notas Fiscais originárias, cuja materialidade poderá elidir a omissão de saídas preteritamente imputada.

Que a evocação da Súmula nº 166 do STJ, quanto ao caso concreto, não favorece à Autuada, haja vista, que esta paradoxalmente, embora pugne pela não incidência do ICMS nas operações de transferências entre as unidades do estabelecimento, no próprio Estado, procedeu a competente apropriação dos créditos naquelas, conforme comprovado nas fls. 015; 022; 040; 049; 069; 120; 153; 243; 340 e 394 dos livros REM - Registro de Entradas de Mercadorias nº 00005; fls. 004; 007; 013; 042; 045; 121; 200; 244 e 332 do REM nº 00006 e fls. 016 e 036 do REM nº 00007; créditos apropriados sob a rubrica do CFOP 1152 (Transferências), cujas cópias probantes, foram acostadas ao PAF ora em lide.

De outra, fica asseverado que em contrapartida às operações de entradas a título de Transferências (CFOP 1152), que ensejaram os créditos fiscais de ICMS apropriados, a Autuada, acertadamente e em perfeita sintonia com o princípio constitucional da não cumulatividade, insculpido no Art. 155, § 2º, I da Constituição Federal, procedeu a tributação nas operações de saídas de mercadorias a título de Transferências, gravando-as pelo ICMS sob a rubrica do CFOP 5152, conforme fls. 017; 037 e 369 do Livro RSM - Registro de Saídas de Mercadorias nºs 00010; e fls. 023; 057;198; 311 e 397 do RSM nº 00011, cujas cópias encontram-se acostadas ao processo em tela.

Que o exercício do direito de defesa, a ser materializado através do acostamento das Notas Fiscais emitidas e não constantes nos retrocitados Arquivos Magnéticos, que ensejarão se comprovadas as devidas pertinências, o expurgo das omissões de saídas originariamente apontadas. Outrossim, com o fito de respaldar tais assertivas, acata as notas fiscais apresentadas pela Defendente, de nºs: 29483; 29989; 30475; 30933; 31413; 31878; 32297; 32837; 27588; 27991; 30475 e 27588, e à luz da apresentação das notas fiscais supramencionadas, foram promovidas as competentes exclusões das cobranças indevidas, através do zeramento dos valores originariamente imputados. Assim sendo, foi produzido um novo resumo - "Safa\_Demonstrativo Infração - Corrigido", em substituição ao originariamente acostado, remanescendo assim, um débito de ICMS alusivo à Infração 11, no valor de R\$ 49.286,49.

No que respeita à Infração nº 12, a Autuada em sua peça defensiva constante às fls. 582, limita-se a discorrer doutrinariamente sobre as modalidades existentes de substituição tributária, sem entretanto, adentrar no mérito da infração em si. De outra, cabe salientar que as cópias das notas fiscais nºs 28390 (Lamina Barb. Wilkinson Cart. 20) e 28048 (Lamp. Philip Incan 60W x 220v) acostadas às fls 1434 e 1461 do PAF, respectivamente, apresentadas pela Autuada, não foram acatadas por ora, haja vista, que provocariam situação de desfavor em prol da Defendente, porquanto, diante da detecção de Omissão de Entradas de Mercadorias Enquadradas no Regime de Antecipação Tributária, a inserção de novas notas fiscais de saídas, produziriam o singular efeito de ampliar o *quantum* devido, o que em regra, não seria possível, consoante regra contida no Art. 145 do CTN.

Desse modo, sem que tenham sido apresentados elementos materiais probantes, capazes de elidir as omissões de entradas de mercadorias enquadradas no Regime de Antecipação Tributária, reafirmamos a manutenção da cobrança da Infração 12 originariamente imposta, no valor total de R\$ 8.013,88.

Quanto a Infração 13, não tendo havido a ocorrência de nenhum fato novo, ou evocação defensiva que tivesse o condão de elidi-la, reafirmamos a sua manutenção, ensejando a cobrança do valor de R\$ 50,00 a título de multa fixa por descumprimento de obrigação acessória.

Diante do acatamento das razões defensivas apresentadas pela autuada, respeitantes às Infrações nºs: 01 (acatamento parcial); 02 (acatamento Total); 03 (acatamento Total); 04 (acatamento Total) ; 05 (acatamento Total); 06 (acatamento Total); 07 (reconhecido totalmente pela Autuada) ; 08 (acatamento parcial); 09 (acatamento parcial); 10 (acatamento total) ; 11 (acatamento parcial) ; 12 (não acatamento) e 13 (não acatamento).

Nesse passo efetuados os necessários expurgos, remanesceu um crédito tributário em favor da Fazenda Pública Estadual, alusivo ao PAF Nº 232954.0001/12-9 no total de R\$ 109.586,58 (Cento e nove mil, quinhentos e oitenta e seis reais e cinqüenta e oito centavos) + acréscimos legais pertinentes.

Às fls. 2619/30 a empresa se manifesta quando diz que é imperioso observar que, o nobre auditor fiscal, reconheceu equívocos no procedimento fiscal, conforme consta nas informações prestadas.Que o Auditor fiscal reconheceu ilegalidade no combatido auto de infração, no que tange as infrações 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 10 e pugnou pela improcedência total. Já em relação às infrações 01, 08, 09 e 11 pela manutenção parcial, e quanto às infrações nºs.12 e 13 pela

manutenção total. Reafirma as mesmas alegações quanto à nulidade do auto de infração pelos vícios já apontados, alegando cerceamento de defesa.

No mérito quanto à infração 1, Auditor realizou sua pesquisa, mas esqueceu-se de verificar as NCM que se encontram nas Notas Fiscais de aquisições das indústrias, bem como verificar as reduções de base de cálculo em que os fornecedores utilizaram. Que é imperioso informar que a decisão aludida do CONSEF acerca do composto de leite, não foi unânime e não é vinculativa, e portanto, não deve ser seguida pelos ínclitos julgadores.

Que houve mudança legislativa, haja vista a publicação do Decreto nº 14.898 de 27/12/2013, DOE de 28 e 29/12/2013, que alterou os dispositivos do Regulamento do ICMS e inclui o produto Composto Lácteo em Pó no Inciso XXV, autorizando a redução da Base de Cálculo para o mesmo, dando efeitos retroativos a partir de 01/08/2013, um dia depois da decisão supracitada pelo sucessor do Autuante.

O que chama a atenção é que o Auditor sucessor mantém a existência total para os diversos Leites em Pó como não sendo, porém apresenta uma decisão favorável ao seu entendimento de apenas um tipo de produto, ou seja, Composto Lácteo, e os outros produtos o mesmo apenas alega que os rótulos são prova da não incidência do benefício. As decisões foram exaradas sob a análise do Produto Leite Ideal, como este sendo ou não composto lácteo, o que não tem nada haver com os produtos Leite em Pó que referimos em nossa Defesa e que não foram considerados com a devida redução pelo Autuante na infração.

Quanto à margarina o Auditor faz juízo igual do Leite em Pó, utilizando cópias dos rótulos dos produtos supra elencados, afirmando que estes identificam perfeitamente a sua condição de “CREME VEGETAL” E QUE NÃO GOZARIAM DO BENEFÍCIO DA Redução da Base de Cálculo, prevista no supracitado Art. 87, XXXI do RICMS-BA, porém não há equivocada nomeação utilizada como Margarina, a questão é que não existe diferenças na NCM nas notas fiscais de compras dos nossos fornecedores, os quais também adotaram a devida redução a que tiveram direito, assim como não há diferenças nos produtos MARG DORIANA VITAL C/AS 250G, MARG DORIANA YOFRESH 250 GR, MARG SADIA VITA S/SAL 250G E MARG SADIA VITA C/SAL 500G dos produtos a seguir indicados: MARG BECEL AZ OLIVA 250G, MARG BECEL AZ OLIVA 500G, MARG BECEL S/SAL 250G, MARG BECEL C/SAL 500G, MARG BECEL PROACTIV PT 250GR, MARG BECEL S/SAL 250G, MARG BECEL S/SAL 500GE MARG CYCLUS SAUDE S/SAL, entretanto, o ilustre Auditor considerou as primeiras como efetivamente Margarina e as outras como um produto chamado CREME VEGETAL. Cita jurisprudência do STJ acerca do aproveitamento de créditos em notas fiscais inidôneas.

Quanto à infração 8, elaborou a planilha INFRAÇÃO 08 – CORRIGIDA, emitida em substituição àquela originariamente juntada ao Processo e inseriu uma coluna auxiliar intitulada “Status da Informação Fiscal” na nova planilha, no qual o mesmo indica o motivo do acatamento ou não, das alegações de nossa defesa.

Afirma que nos documentos fiscais (NF) as tributações estão corretas, em relação aos produtos, sendo que, caso seja realizada uma devida análise de todos os documentos fiscais do período, certamente será encontrado as diferenças que o ilustre sucessor do Autuante diz existir. Devido a isso, mantém todo o argumento de defesa para esta suposta imputação, visto que os documentos fiscais carreados ao processo provam de forma inexorável, que o ICMS foi devidamente destacado e recolhido.

Ademais, apenas por amor ao debate, apontamos os erros na nova planilha elaborada pelo sucessor do Autuante, como por exemplo, podemos verificar diversas vendas do Produto TEMPERO V MISTO que é um produto isento de ICMS e consta relacionado na nova planilha como tributado de ICMS, outros produtos como CREME DE MILHO, BRILHA MOVEIS DESTAC 500 ML também se encontram na nova planilha em diversas vendas tributadas, indicando pelo sucessor do Autuante que fora “Mantido – Falta de comprovação documental (NF)”.

De igual sorte, situação pior acontece, com 02 (duas) MOTOS CG 125CC tiveram suas saídas com as Notas Fiscais de nº 22033 e 25350 no ano de 2007, que também estão na nova planilha com o ICMS, ou seja, cobrando tributação.

Na infração 9, o Auditor defende a manutenção parcial da suposta Infração em epígrafe no valor de R\$ 26.626,49 informando que não aceitou que excluíssem do montante original os produtos ALGODÃO, APERITIVO ST – ROUGE, BANANA PASSA, BEBIDA LACTEA e parcialmente o produto IOGURTE, porém não há dúvidas do equívoco fiscal, já que, a Legislação invocada em nossa Defesa não deixa dúvidas quanto à tributação desses itens, pois tais produtos foram recebidos com o Imposto Antecipados e não podemos pagar novamente em nossas vendas o ICMS, além disso, em sua planilha o nobre Auditor diz que parcialmente aceita a retirada do produto IOGURTE, entretanto, o que vemos é que praticamente toda a venda desse produto foi mantida como tributado em sua nova planilha.

Ficou claro que o novo demonstrativo efetuado pelo sucessor do Autuante tributa todos os Iogurtes. Mais uma vez foi utilizada Notas Fiscais estranhas ao PAF para comprovar sua alegação, que só servem ao seu entendimento, não concordamos com tal conduta, haja vista que viola o princípio da verdade material. Que a defesa apresentamos provas contundentes do equívoco por parte do Autuante. Por exemplo, o sucessor do Autuante considera as diversas vendas de algodão como tributadas.

Quanto às infrações 11,12 e 13, diz que é evidente que quando refuta as supostas Infrações, apresentando provas como relatórios demonstrativos, apenas com suposição de valores acima de R\$ 500,00, deixa bem claros qual foi o motivo, foram aproximadamente 132 itens, e quando a Auditoria é feita com Sistemas Eletrônicos próprios o tempo requerido é bem menor, porém quando precisa conferir essa auditoria para verificar quais foram suas parametrizações para ser feita a contagem e também descobrir quais foram seus equívocos, portanto, é de sapiência solar o tempo demandado para tal verificação, dito isso, fez tal alusão apenas para facilitar o trabalho da fiscalização e dos nobres julgadores.

No relatório comparativo entre o levantamento do impugnante e o do Auditor, detectou que as entradas dos itens relacionados estão iguais, porém quanto às saídas há uma grande diferença, tanto que o resultado final destes itens gera uma omissão de saídas no valor de R\$437.782,76 enquanto o nosso resultado é de omissão de saídas no valor de R\$ 7.506,95, conforme planilha anexada aos autos.

Entretanto, o ilustre auditor fiscal refuta a utilização do relatório carreado aos autos, assim sendo, nega vigência ao princípio da verdade material, posto que, poderia muito bem converter o julgamento em diligência para dirimir sua dúvida.

Que as Notas Fiscais a título de Transferências não foram incluídas nos demonstrativos e estão anexando novamente para que deixem de existir quaisquer impedimento para a aceitação de nosso pedido inicial. A título de exemplificação do relatado nos autos, temos o último item da tabela do auditor fiscal, no que tange a omissão de saída supostamente no valor de R\$ 193.502,40, a referida nota trata-se de transferência entre matriz e filial, mas os listados produtos nunca poderiam fazer parte da base de cálculo da infração nº. 11.

Não obstante o entendimento pacificado, no guerreado auto de infração há cobrança de ICMS por deslocamento de mercadorias entre matriz e filial, conforme comprova-se nas notas fiscais dos autos, em especial nas infrações 11, 12 e 13.

Ante o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, requer que seja reconhecida as preliminares suscitadas para anular o auto de infração. Requer, também, seja julgado IMPROCEDENTE o auto de infração, referente às infrações nº. 01 a 13, haja vista as argumentações adunadas na peça de defesa e reconhecida à confissão do Auditor Fiscal.

Em nova informação fiscal fls. 3.482/3504, o Auditor designado para proceder a defesa do lançamento, diz que a Autuada não traz quaisquer outros fatos novos ao Processo, senão, a equivocada alusão ao Art. 142 do CTN e as pugnações inconsistentes de uma pretensa nulidade, já devidamente rechaçadas pelo substituto do Autuante, através de Informação Fiscal constante às fls. 2457 a 2459 do PAF, as quais deixam de ser reprimidas para que se evite incorrer no já citado vício da tautologia.

Sobrepujadas mais uma vez, as inconsistentes preliminares de argüição de Nulidade do Processo em tela reapresentadas pela Autuada, passaremos a redarguir pontualmente, as alegações de mérito interpostas na sua nova peça defensória, informando:

#### Quanto à Infração 01

Ao se referir às questões que envolvem os produtos "Leite em Pó Modificado" e "Fórmula Infantil", alega a Autuada em sua nova peça de defensiva acostada ás fls. 2623 a 2626 do PAF em lide, que o Autuante "esqueceu-se de verificar as NCM que se encontram nas Notas Fiscais de aquisições das indústrias, bem como verificar as reduções de base de cálculo em que os fornecedores utilizaram". Prosseguindo, a Autuada aduz que em relação aos Compostos Lácteos, "o autuante sucessor citou Notas Fiscais estranhas ao presente PAF"

Ocorre, que a NCM relativa ao produto Leite em Pó (0402.21.10) é diferente daquela atinente aos outros produtos, a exemplo dos "Compostos Lácteos" (NCM 1901.10.10) e Leite em Pó Modificado (NCM 1901.10.10). Todavia, se algum fornecedor classificou erroneamente produtos diversos, utilizando-se para tanto do código da NCM atinente a Leite em Pó (0402.21.10), laborou em equívoco, ao apelidar reles misturas alimentares (Composto Lácteo, Fórmula Infantil ou Leite em Pó Modificado), como sendo Leite em Pó. Desse modo, não existe nenhuma razão em se referendar tal ato. Com o fito de respaldar nossa afirmativa, juntamos ao PAF em lide, como meio de prova, cópia do DANFE Nº 000035278 de 12/03/2010, emitido pela Nestlè Brasil Ltda (CNPJ/MF - 60.409.075/0120-83).

Que se o rótulo declara e adverte, que um determinado produto é diverso de Leite em Pó, e o benefício da Redução da Base de Cálculo previsto no Art. 87, XXI do RICMS-Dec. 6284/97 é dirigido especificamente ao Leite em Pó, logo, não há que se falar em extensão do benefício a produto diverso.

Quanto ás alegações defensivas da Autuada (fls. 2623 do PAF) de que o Autuante "citou notas fiscais estranhas ao PAF", cabe esclarecer, que tal procedimento teve como escopo, promover os meios de prova das assertivas pertinentes.

Que é inequívoco que o ato do ente tributante, estendendo o benefício da Redução da Base de Cálculo aos Compostos Lácteos em Pó, é favorável aos contribuintes, todavia, há de ser obrigatoriamente respeitado o aspecto temporal do Decreto, quanto a sua vigência a partir de 01/08/2013. Quanto ao produto "CREME VEGETAL", erroneamente apelidado e considerado pela Autuada, como se Margarina fosse e ensejando por tal, a aplicação indevida do instituto de Redução da Base de Cálculo, prevista no Art. 87, XXXI do RICMS-Ba - Dec. 6.284/97, o substituto do Autuante, preservando-se de incorrer no vício da tautologia, reafirma em sua totalidade, todas as alegações constantes em sua primeira peça contestatória juntada ás fls. 2465 a 2466 do PAF e mantém a cobrança alusiva aos produtos. Diante do exposto, o substituto do Autuante reafirma a manutenção da cobrança alusiva à Infração 01 no montante de R\$ 7.306,80.

Quanto a Infração 8, de início, refuta descabida as alegações da Autuada, ao imputar ao Autuante e ao seu substituto, todas as mazelas decorrentes da sua entrega de arquivos magnéticos ao Fisco, alusivos ao Exercício de 2008, os quais, não refletiam plenamente a realidade das efetivas operações realizadas, fato este, que a Autuada prefere ignorar.

De outra, ausentes os elementos materiais probantes, a "verdade absoluta" apregoada somente existia aos olhos da Autuada, haja vista, que esta dispunha de todo o seu documentário.

Ademais, quanto à alegação contida na nova peça defensiva da Autuada (fls. 2627 do PAF), é facilmente dedutível que a simples nomenclatura abreviada "Tempero V Misto", poderia perfeitamente ensejar quaisquer outras interpretações quanto ao significado da letra "V" que não necessariamente "Verde"; logo, as lamentações manifestadas são despropositadas, quando externadas por aquele que, mesmo involuntariamente, deu causa ao problema.

Assim, promoveu o expurgo dos valores que resultaram em cobranças impertinentes, tendo, porém, remanescido aqueles alusivos às espécies abaixo relacionadas, cujos totais encontram-se pormenorizadamente descritos conforme planilha INFRAÇÃO 08 - CORRIGIDA 2, cuja planilha esta que encontra-se gravada em mídia eletrônica e juntada ao PAF ora em lide, em substituição à anterior, denominada INFRAÇÃO 08 - CORRIGIDA.

Que cabe esclarecer que os valores ora remanescentes alusivos às espécies supracitadas, devem-se à condição de Tributação Normal pelo ICMS, a que estão submetidos, a exemplo de: Temperos - Alecrim Erva-Doce, Folha de Boldo, Folha de Louro, Manjericão, Manjerona e Orégano (Produtos industrializados que adquirem nova identidade, por conta da alteração do seu estado seu natural originário); Algodão - Espécie de uso geral, diverso daquele de uso medicinal, estes sim! Inseridos no Regime de Antecipação Tributária; Bebida Láctea - Produto diverso de Iogurte e por tal, não inserido no Regime de Antecipação Tributária; Iogurte - Espécies: "Corpus", "Activia", "Molico Polpa Sabores" e "Ninho Sol 2 em 1" produtos impropriamente apelidados pela Autuada como sendo "Iogurte", embora, na realidade, sejam, "Leite Fermentado" ou "Bebida Láctea"; logicamente diversos de "IOGURTE" e por isto, sujeitos à tributação normal e não ao Regime de Antecipação Tributária, como pretende a Autuada.

Diante do exposto e procedidos os necessários expurgos, foi elaborado uma nova planilha denominada INFRAÇÃO 08 - CORRIGIDA 2, em substituição à anterior INFRAÇÃO 08 - CORRIGIDA, remanescendo assim, um débito de ICMS referente à Infração 08, no valor de R\$ 467,47.

Quanto à infração 9, o fato dos fornecedores da Autuada haverem laborado em equívoco, quanto ao adequado tratamento tributário a ser dispensado às mercadorias supra evocadas, não se traduz na obrigatoriedade do seu acolhimento, haja vista, a inexistência de força vinculatória imperativa, porquanto, esta é reservada à lei.

Que ademais, nos casos em que ocorram pagamento indevidos, o remédio legal aplicável, seria o pedido de repetição do indébito, por parte dos legitimados, consoante norma contida nos Arts. 165 a 168 do CTN; ou, a depender dos casos em que envolvam a antecipação tributária indevida do ICMS, a consequente apropriação de ambos os créditos: o normal e o antecipado, consoante norma disposta Art. 356, § 3º, I do RICMS-Dec. 6.284/97, restabelecendo assim, a harmonia com o princípio constitucional da não-cumulatividade, previsto no Art. 155, § 2º, I da CF/88 e que se perfaz, quando da ocorrência das saídas das mercadorias enquadradas no Regime Normal de Tributação. Volta a rebater os temos do impugnante e suas especificidades, individualizando os produtos envolvidos na autuação em lide e informando a razão da pertinência das suas cobranças, como sejam:

ALGODÃO – so mente passou a integrar o rol dos produtos enquadrados no Regime de Antecipação Tributária, a partir da edição do Decreto nº 11.806 de 26/09/2009 com efeitos, a partir de 01/11/2009, período portanto, posterior, às autuações fiscais ora contestadas. Com o fito de respaldar nossa afirmação, reproduzimos abaixo o teor do supracitado decreto, "DECRETO Nº 11.806 DE 26 DE OUTUBRO DE 2009.

Diante do exposto, é inequívoco o acerto do Autuante, quanto a cobrança do produto Algodão, haja vista, que os fatos geradores da obrigação tributária que ensejaram a autuação em lide, ocorreram em período anterior à vigência do decreto supracitado.

APERITIVO ST-ROUGE e BANANA PASSA - A Autuada não aduz quaisquer fatos novos, senão os genericamente alegados em sua peça defensória inicial, tampouco, prova materialmente as suas alegações. Desta sorte, reafirmamos em sua totalidade, as informações prestadas em nossa

primeira peça contestatória juntada às fls. 2471 e 2472 do PAF em lide e mantemos a cobrança dos valores imputados inicialmente pelo Autuante alusivos aos produtos supra em epígrafe, tendo em vista a submissão ao Regime Normal de tributação a que estão sujeitos.

BEBIDA LÁCTEA e IOGURTE - Em virtude destes produtos guardarem semelhança quanto ao proceder da Autuada, no que respeita a generalização do termo IOGURTE, procede conjuntamente a redarguição das alegatórias apresentadas pela suplicante, informando, que a retirada do "IOGURTE" das planilhas, efetuada pelo substituto do Autuante e alegada pela Autuada, se refere estritamente ao produto "IOGURTE" e não, a produtos diversos, tais como, "LEITE FERMENTADO" ou "BEBIDA LÁCTEA" erroneamente considerados pela Autuada, como se IOGURTE fossem.

Que a Autuada ao ignorar o efeito das provas materiais contidas nas "notas fiscais estranhas", acostadas pelo substituto do Autuante e generalisticamente refutar os elementos probantes, apresentados em seu desfavor, nada mais faz, do que, aí sim, desprezar o princípio da verdade material, haja vista, que em contrapartida, não apresenta quaisquer outras contraprovas, senão ilações desprovidas da materialidade exigida para fins comprobatórios.

Para concluir, informamos que a exemplo da prática adotada em relação ao Item anterior (Infração 08) e imbuídos dos mesmos propósitos da boa-fé objetiva e lealdade processual e mesmo em detrimento da não pugnação da Autuada, procedemos também, o expurgo das mercadorias impropriamente cobradas, por conta dos seus enquadramentos nas situações tributárias de: Isentas, enquadradas no Regime de Antecipação Tributária e até mesmo, alcançadas pela Imunidade Tributária, a exemplo dos produtos: Torta, Varsol, Pipoca, Mordedor, Mandioca Frita, Temp. V.Misto e Tabuada é um Amor (Livro Didático, descrito incorretamente pela suplicante, como "TABUABA"). Desse modo, produzimos uma nova planilha, intitulada como INFRAÇÃO 09 CORRIGIDA 2 a qual se encontra gravada em mídia eletrônica juntada ao PAF em lide, emitida em substituição à planilha anterior, nominada como INFRAÇÃO 09 CORRIGIDA. Diante do exposto, remanesceu ainda um débito de ICMS para com a Fazenda Pública Estadual, alusivo à Infração 09 no valor de R\$ 26.209,42.

Quanto às Infrações 11, 12 e 13, na Infração 11, em contraposição ás novas alegações defensivas interpostas pela Autuada, informa que o critério seletivo adotado pela suplicante, quanto ao debito de ICMS decorrente do Levantamento de Quantitativo de Estoques - Exercício de 2008, alusivo à Infração 11, ao elencar tão somente, os valores acima de R\$ 500,00, mesmo em detrimento das suas motivações e propósitos, não se amoldam aos ditames da verdade material exigidos pelo Direito Tributário, cujas razões foram sobejamente contestadas pelo substituto do Autuante, através da sua primeira peça contestatória juntada às fls. 2473 a 2476 do PAF .

Outrossim, na esteira da afirmação contida no parágrafo anterior, vale aduzir, que não obstante a boa fé e elevados propósitos da Autuada, citados na sua peça defensória juntada às fls.2629 do PAF e voltados "apenas para facilitar o trabalho da fiscalização e dos nobres julgadores", não se traduz entretanto, em qualquer benefício que seja para os destinatários retrocitados, porquanto, mesmo que provadas fossem, a improcedência total das cobranças dos itens com valores acima de R\$ 500,00, remanesceriam ainda, os valores inferiores a tal patamar, haja vista , a ausência das provas materiais e diante da impossibilidade do uso da presunção, salvo, se esta fosse legalmente prevista, o que não é o caso.

Quanto a alegação defensiva constante ás fls. 2629 do PAF, dando conta de que "o ilustre auditor fiscal refuta a utilização do relatório carreado aos autos, assim sendo, nega vigência ao princípio da verdade material, posto que, poderia muito bem converter o julgamento em diligência para dirimir sua dúvida".

De início, vale aduzir que tudo foi explicado na primeira contestação efetuada pelo substituto do Autuante, através da peça acostada ás fls. 2473 a 2476 do PAF. Também são descabidas as alegações de que o substituto do Autuante, "poderia muito bem converter o

julgamento em diligência para dirimir sua dúvida". Tal alegação não possui o menor fundamento, haja vista, que ao Autuante, não compete a prerrogativa de determinar qualquer diligência que seja, porquanto, tal expediente compete ao órgão julgador, caso julgue necessário, consoante normas dispostas nos Arts.146 e 147 do RPAF-Ba-Dec.7.629/99.

Todavia, os relatórios acostados, não são documentos hábeis para substituir as notas fiscais faltantes nos Arquivos Magnéticos previstos no Convênio 57/95, logo, a alegação da Autuada perece por total ausência de elementos fáticos que lhe forneça o necessário suporte fático.

Por fim, para que não paire qualquer dúvida quanto ao propósito da busca da verdade material, do qual se encontra imbuído o substituto do Autuante, fica asseverado, que numa demonstração inequívoca de boa fé objetiva e lealdade processual, foram analisados todos os produtos arrolados na Infração nº 11 e expurgadas, todas as cobranças indevidas, equivocadamente imputadas, envolvendo produtos isentos, enquadrados no Regime de Antecipação Tributária ou sujeitos a Redução da Base de Cálculo em 100%, tais como: Repolho, Kit Cr Dental, Brilha Móveis, Brócolis, Coco Seco, Codorna Congelada; Fruitella, Grelhadito's, Interdental, Laranja Lima, Malzeb L Neck, Mininico de Bode, Orelha Gujão, Ovinhos Aperit Yoki, Polpa de Cacau, Protetor Diário Int, Querosene, Quiabo, Salsa, Tamoia Kg, Tangerina, Tempero V Misto, Kit Persona Matrix, Lasanha (exceto as pre-cozidas), Pimenta de Cheiro, Varsol etc.

Que tais exclusões, não foram postuladas pela Autuada, mas, decorreram da estrita obediência ao princípio da verdade material, do zelo do preposto fiscal Informante e, sobretudo, do elevado grau de respeito ao contribuinte, valores estes, não somente impostos por disposição legal, mas, norteadores das ações do fisco baiano.

Quanto às alegações de "que nunca poderiam fazer parte da base de cálculo da infração n.11" os valores no montante de R\$ 193.502,40, aludimos, que tal afirmativa no atual estágio, peca pela intempestividade, haja vista, que tal impropriedade já havia sido corrigida, desde a nossa primeira Informação Fiscal, prestada às fls. 2476 do PAF, que envolve também, o produto com código 360334 - Saco 22X45X04 (fls.1407 da peça impugnatória da Autuada) e dá conta dos competentes expurgos procedidos, atendendo às pugnações da Autuada, através do acostamento das provas consistentes das notas fiscais envolvidas.

Diante do exposto e á luz das novas notas fiscais trazidas ao Processo pela Autuada e arroladas no Anexo 02 juntado ao Processo, foram efetuadas as competentes exclusões das cobranças indevidas e a produção de um novo resumo - "Safa\_Demonstrativo Infração - Corrigido 2", em substituição ao originariamente entregue sob a forma de mídia eletrônica, conforme recibo acostado às fls 2614 quando da primeira Informação Fiscal, intitulado como "Safa Demonstrativo Infração - Corrigido".

Todavia, vale ressaltar, que inobstante os esforços dispendidos, não foi possível proceder a identificação dos produtos constantes nas Notas Fiscais arroladas e juntadas ao Anexo 03, ora acostado ao PAF, tendo em vista o baixo grau de legibilidade apresentado. Diante do exposto e procedidos os necessários expurgos, remanesceu ainda assim, um débito de ICMS alusivo à Infração 11, no valor de R\$ 39.268,83.

No que respeita à Infração nº 12, a Autuada em sua peça nova peça defensiva, acostada às fls. 2619 a 2630 do PAF, não faz qualquer alusão direta aos fatos ensejadores da autuação fiscal em comento. Tampouco, dentre as notas fiscais apresentadas, detectamos quaisquer elementos em seu benefício, sobretudo, pelo fato de que a infração em lide indica "omissão de entradas"; logo, considerando o fato de que a própria Autuada reconhece a exatidão dos quantitativos das "Entradas de Mercadorias" conforme declara em sua peça de defesa juntada às fls. 2629 do PAF, não foram promovidas quaisquer alterações quanto aos quantitativos e valores imputados na nossa primeira Informação Fiscal, acostada às fls. 2476 a 2477 do PAF.

Sem que tenham sido apresentados quaisquer elementos materiais probantes, capazes de elidir as omissões de entradas de mercadorias enquadradas no Regime de Antecipação Tributária, reafirma a manutenção da cobrança da Infração 12 originariamente imposta, no valor total de R\$8.013,88.

Quanto à infração 13, diante da detecção da improriedade da cobrança de diversos produtos beneficiados pelo instituto da Isenção e arrolados nominalmente no item alusivo à Infração 11, os quais foram devidamente expurgados pelo substituto do Autuante, pugnamos junto ao Colendo Conseg, pela dispensa da Multa Formal no valor de R\$50,00 aplicada originariamente pelo Autuante, por descumprimento de obrigação acessória.

Nesse diapasão e efetuados os necessários expurgos, remanesceu um crédito tributário em favor da Fazenda Pública Estadual, alusivo ao PAF Nº 232954.0001/12-9 no total de R\$87.098,82 (oitenta e sete mil e noventa e oito reais e oitenta e dois centavos) + acréscimos legais pertinentes.

Às fls. 3551 impugnante é intimado a se manifestar, repete os mesmos argumentos de antes, e diz que demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, requer que seja reconhecida as preliminares suscitadas para anular o auto de infração. Às fls 3.588 o autuante se manifesta novamente, mas apenas diz que não há fatos novos e portanto nada mais a informar.

## VOTO

Trata-se de auto de infração, em que foram lançados imposto e multa decorrentes de 13 infrações à legislação do ICMS, sendo que a impugnante, reconheceu integralmente a infração 7, e foram acatadas na informação fiscal a defesa das infrações 2, 3, 4, 5, 6, 10; houve também conhecimento parcial pelo informante, da defesa nas infrações 1, 8, 9, 11 e mantida integralmente pelo responsável pela informação fiscal, as infrações 12 e 13.

Descarto inicialmente o pedido de diligência, visto o impugnante não ter apresentado após as correções efetuadas, erros materiais passíveis de correções, havendo tão somente questões de direito a serem apreciadas.

Em preliminar de nulidade, diz o impugnante: “*insiste que o auto de infração não apontou o dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação, apenas de forma genérica indicou a artigo de lei supostamente infringido. Como se não bastasse tais vícios, consta ainda no combatido auto de infração grave omissão, pois não consta no auto de infração enumeração das situações de redução da multa, caso o contribuinte, ora Impugnante, escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa*”.

Entendo que as infrações defendidas estão perfeitamente descritas, e o fato do dispositivo legal eventualmente não apresentar clareza, não é motivo de nulidade, conforme disposto no RPAF:

*Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*

Quanto ao fato de não haver enumeração das situações de redução de multa, tal situação em hipótese alguma pode ser motivo de nulidade, pois se trata de situação extrínseca ao lançamento, não havendo qualquer cerceamento à defesa. Os critérios de redução de multa estão na Lei 7.014/96, não sendo admissível alegar cerceamento de defesa por suposto desconhecimento de Lei que favorece o infrator, como é o caso.

O impugnante, desejando pagar o auto de infração antes do prazo de apresentação de defesa, e obter benefícios de redução de multa, pode se dirigir à repartição fiscal e pedir o parcelamento ou pagamento integral da infração ou então apenas tomar conhecimento das reduções de multa. A nulidade do lançamento está vinculada a vícios de natureza intrínseca, tais como descrição dos fatos de forma equívocada, falta de demonstrativos, etc, já que nem mesmo a indicação errada do

dispositivo infringido implica nulidade, conforme dispõe o artigo retromencionado do RPAF. Assim, denego a preliminar de nulidade e passo ao julgamento de mérito.

No mérito, a Infração 1 decorreu do recolhimento a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível das saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado inicialmente, o valor de R\$7.484,14. O impugnante alega que foram incluídas indevidamente em seu demonstrativo, os produtos “leite em pó e margarina” reconhecendo uma pequena parcela do lançamento.

Cabe razão ao responsável pela informação fiscal, que sustenta que tais produtos tem base de cálculo reduzida de forma tal que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7%, conforme itens XXI e XXXI do art. 87 do RICMS”, mas que foi atribuído a qualidade de leite em pó a produtos diversos que se diferenciam de “leite”, isto porque embora sejam laticínios, são misturas alteradas em sua produção industrial, adicionando-se outros componentes, como é o caso do FORMULA INF NAN 1 450G, FORMULA INF NAN 1 PROBIOT 400G, FORMULA INF NAN 2 450G, FORMULA INF NAN S/LACTOSE 400G, FORMULA INF NESTOGENO 1 450G, etc, que são efetivamente classificadas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, como “FÓRMULA INFANTIL” tratando-se de uma mistura alimentar diversa do leite em pó.

Da mesma forma, o produto MARGARINA quando sofre alterações que alteram a sua característica original, com adição de outras substâncias como o azeite de oliva ou o acréscimo de ômega 3, e outros aditivos, tais como a MARG BECEL AZ OLIVA 250G, MARG BECEL AZ OLIVA 500G, PROACTIV PT 250GR, MARG CYCLUS SAUDE C/SAL não são efetivamente Margarina e sim, CREME VEGETAL, logo, produto diverso de Margarina e assim sendo, não contemplado com o benefício da Redução da Base de Cálculo, prevista no Art. 87, XXXI do RICMS - Dec. 6.284/97.

Acertadamente o responsável pela informação fiscal reconhece a procedência das alegações da Autuada quanto a impropriedade da Autuação Fiscal sobre alguns itens, que se classificam como margarina, como MARG DORIANA VITAL C/SAL250G, MARG DORIANA YOFRESH 250gr, MARG SADIA VITA C/SAL 250G e MARG SADIA VITA C/SAL 500G, etc.

O fato das notas fiscais de aquisição de mistura alimentar com base no leite em pó e também as alterações efetuadas nos itens comumente chamados de “margarina” indicar as NCM como sendo produtos compatíveis com a redução de base de cálculo, não absolve o impugnante de ter que aplicar o tratamento tributário adequado, não se aplicando ao caso o princípio da boa fé, e também o julgamento do STJ, que diz respeito ao aproveitamento de crédito em notas fiscais inidôneas, não sendo este o caso em lide.

Uma vez que as reduções de base de cálculo estão em lei, não se pode desconhecer tal fato, e as notas fiscais não possuem inidoneidade por conta desse erro. Quanto ao Acórdão CJF nº 0289-13/13 da 3<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal de 30/07/2013 que tratou de decisão acerca de que o composto lácteo não é o mesmo que leite em pó, o fato da decisão não ser unânime, não implica em alteração do entendimento ou cristalização de qualquer jurisprudência.

Por outro lado, a publicação do Decreto nº 14.898 de 27/12/2013, DOE de 28 e 29/12/2013, que alterou os dispositivos do Regulamento do ICMS e inclui o produto Composto Lácteo em Pó no Inciso XXV, autorizando a redução da Base de Cálculo para o mesmo, dando efeitos retroativos a partir de 01/08/2013, não faz retroagir os efeitos para o período autuado, dada a interpretação restritiva dos benefícios da isenção conforme art. 111 do CTN.

O informante reconheceu que alguns itens realmente se tratava de produtos sujeitos à redução de base de cálculo, por serem efetivamente margarina, e não creme vegetal, e substituiu pela planilha "INFRAÇÃO 01 - CORRIGIDA", fls. 2.613, restando um saldo remanescente alusivo à Infração 01 no valor de R\$7.306,80, acatado neste julgamento. Infração 1 procedente em parte.

Infração 1 após julgamento

Mês/Ano	ICMS-Devido
01/2007	363,64
02/2007	406,77
03/2007	547,24
04/2007	504,71
05/2007	617,34
06/2007	695,99
07/2007	698,11
08/2007	484,64
09/2007	613,44
10/2007	738,58
11/2007	635,65
12/2007	881,15
01/2008	11,29
02/2008	4,13
03/2008	13,36
04/2008	13,46
05/2008	5,68
06/2008	6,61
07/2008	6,28
08/2008	1,99
09/2008	17,55
10/2008	8,40
11/2008	13,73
12/2008	17,05
TOTAL	7.306,79

Na infração 2, o contribuinte supostamente deixou de recolher o ICMS referente à aquisição de mercadorias de produtor rural ou extrator não inscrito no cadastro estadual do ICMS na qualidade de responsável solidário, sendo lançado o valor de R\$8.137,43. O autuante considerou como aquisições de produtor rural ou extrator não inscritos CFOP 1102, os produtos originários de transformação na própria padaria, CFOP 1949, e as demais aquisições de não inscritos tiveram recolhimentos devidamente comprovados e acatados na informação fiscal, conforme demonstram os anexos apresentados na defesa e conferidos no julgamento. Infração 2 improcedente.

A infração 3 decorreu da suposta utilização de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. O impugnante arguiu que os produtos tinham tributação normal, passível da utilização do crédito fiscal. Na informação fiscal, foi confirmado o equívoco, referente a produtos como bolo de aipim, feijão e andu, e outros que são sujeitos à tributação Normal.

No entanto restaram produtos outros com substituição tributária, cujo crédito fiscal foi apropriado, conforme demonstra a planilha corrigida "INFRAÇÃO 03 - CORRIGIDA" remanesce a cobrança do valor de R\$ 2.598,72 alusivos à Infração 03, já reconhecida pela Autuada às fls. 572 do PAF ora em lide. Infração 3 procedente em parte.

Infração 3 após julgamento

MÊS	ICMS DEVIDO
01/2007	14,02
02/2007	8,15
03/2007	20,93
04/2007	192,75

05/2007	239,13
06/2007	106,48
08/2007	44,31
09/2007	166,29
10/2007	89,64
11/2007	57,99
12/2007	27,17
01/2008	448,18
02/2008	352,84
03/2008	37,74
04/2008	47,60
05/2008	75,33
06/2008	81,28
07/2008	49,20
08/2008	58,42
09/2008	115,68
10/2008	59,53
11/2008	99,28
12/2008	206,79
<b>TOTAL</b>	<b>2.598,73</b>

A infração 4 decorreu pelo fato de deixar de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo. A impugnação trouxe notas fiscais, e apresenta cálculo na impugnação, apresentando comparativo com o do autuante, demonstrando erros que foram acatados pelo informante e confirmadas por este julgador. Infração 4 improcedente.

Na infração 5, há imputação de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Na impugnação foram apresentados diversos comprovantes de pagamento. Os DAE comprobatórios foram prontamente reconhecidos na informação fiscal, e referendados por este Julgador. Infração 5 improcedente.

Na infração 6, por haver deixado de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. O impugnante apresenta diversas comprovações de recolhimentos dizendo restar, apenas, o valor devido de R\$ 526,48, ratificado na informação fiscal e também verificado por este Julgador. Infração 6 procedente em parte.

#### Infração 6 após julgamento

MÊS	ICMS
01/2007	1,75
06/2007	44,73
08/2007	480
<b>TOTAL</b>	<b>526,48</b>

A infração 7 não faz parte da lide, pois foi reconhecida pelo impugnante.

A infração 8, o autuante acusa o contribuinte de não recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. O impugnante apresenta

diversos notas fiscais comprovando que o ICMS foi devidamente destacado, sem que tenha havido qualquer sonegação.

Diante das provas documentais o informante elabora nova planilha INFRAÇÃO 08 - CORRIGIDA, onde foi inserida uma coluna auxiliar intitulada "Status da Informação Fiscal" na nova planilha, na qual é registrado o motivo do acatamento ou não, das alegações de defesa apresentadas, remanescendo um débito de ICMS referente à Infração 08, no valor de R\$ 12.470,50.

Na manifestação, o impugnante contesta a planilha e diz que pode-se verificar diversas vendas do Produto “*TEMPERO V MISTO que é um produto isento de ICMS e consta relacionado na nova planilha como tributado de ICMS, outros produtos como CREME DE MILHO, BRILHA MOVEIS DESTAC 500 ML também se encontram na nova planilha em diversas vendas tributadas, indicando pelo sucessor do Autuante que fora “Mantido – Falta de comprovação documental (NF)”, além de 02 (duas) MOTOS CG 125CC tiveram suas saídas com as Notas Fiscais de nº 22033 e 25350 no ano de 2007, que também estão na nova planilha com o ICMS*”.

O informante diz que seriam pertinentes e justificáveis sob o ponto de vista lógico, se os seus Arquivos Magnéticos entregues, estivessem plenamente regulares e contemplassem integralmente todas as informações devidas, fato que não ocorreu.

Esclarece que os valores ora remanescentes alusivos às espécies supracitadas, devem-se à condição de Tributação Normal pelo ICMS, a exemplo de Alecrim Erva-Doce, Folha de Boldo, etc(Produtos industrializados que adquirem nova identidade, por conta da alteração do seu estado seu natural originário); Algodão de uso geral, diverso daquele de uso medicinal, estes sim! Inseridos no Regime de Antecipação Tributária; Bebida Láctea - Produto diverso de Iogurte e por tal, não inserido no Regime de Antecipação Tributária; Iogurte - Espécies: "Corpus", "Activia", "Molico Polpa Sabores" e "Ninho Sol 2 em 1".

Assim, diante do exposto e procedidos os necessários expurgos, foi elaborado uma nova planilha denominada INFRAÇÃO 08 - CORRIGIDA 2, em substituição à anterior INFRAÇÃO 08 - CORRIGIDA, remanescendo assim, um débito de ICMS referente à Infração 08, no valor de R\$ 467,47. Em sua nova manifestação o impugnante não apresenta nenhuma contestação quanto à segunda planilha. Infração 8 procedente em parte.

Infração 8 após julgamento

MÊS	ICMS DEVIDO
01/2007	19,46
02/2007	12,25
03/2007	9,94
04/2007	187,74
05/2007	15,42
06/2007	23,28
07/2007	6,08
08/2007	18,96
09/2007	30,02
10/2007	16,48
11/2007	16,87
12/2007	10,36
01/2008	12,18
02/2008	4,48
04/2008	16,45
05/2008	6,33

06/2008	9,31
07/2008	18,08
08/2008	3,31
09/2008	9,04
10/2008	4,30
11/2008	2,54
12/2008	14,60
TOTAL	467,48

Na infração 9, ao impugnante é imputado o fato de deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas por meio do ECF. Nesta infração, o impugnante afirma que o valor devido é de R\$ 3.952,18 e que a diferença de R\$ 29.629,47, refere-se a não observação por parte do Autuante, de dispositivos legais de redução, antecipação ou isenção de ICMS dos diversos produtos, relacionados em sua planilha, de diversos itens conforma demonstra em sua defesa.

O informante diz que em parte cabe razão ao impugnante e elabora a planilha "INFRAÇÃO 09 - CORRIGIDA", emitida em substituição àquela originariamente juntada ao processo, excluindo produtos AMENDOIM, AMENDOIM YOKI, AMENDOIM CASCA, ERVILHA, FRITELLA, GRALHADITO'S, TORRONE, TORTA, TORTA VERONICA, e manteve itens tais como ALGODÃO, APERITIVO ST - ROUGE, BANANA PASSA, BEBIDA LÁCTEA, e parcialmente, o produto IOGURTE, tendo em vista que há variedades desse item que embora chamados de iogurte, se tratam de leite fermentado ou bebida láctea, cujas provas materiais representadas por rótulos das respectivas embalagens, bem como, de notas fiscais de fabricantes/fornecedores, foram juntados como elementos probantes.

O informante elaborou uma planilha (INFRAÇÃO 09 - CORRIGIDA), na qual é registrado o motivo do acatamento ou não, das alegações de defesa apresentadas quando remanesceu um débito de ICMS referente à Infração 09, no valor de R\$ 26.626,49.

Na manifestação, o impugnante contesta ainda outros itens, e o informante reconhece que houve permanência de alguns produtos impropriamente lançados, por conta dos seus enquadramentos nas situações tributárias de isentas, enquadradas no regime de antecipação tributária e até mesmo, alcançadas pela imunidade tributária, a exemplo dos produtos: Torta, Varsol, Pipoca, Mordedor, Mandioca Frita, Temp. V.Misto e Tabuada é um Amor (Livro Didático, descrito incorretamente pela suplicante, como "TABUABA").

Desse modo, produziu uma nova planilha, intitulada como INFRAÇÃO 09 CORRIGIDA 2, reduzindo novamente o valor lançado, e na manifestação o impugnante repete os argumentos da inicial, sem trazer provas de quaisquer erros, sendo que em verdade as ditas notas fiscais estranhas ao processo são meramente exemplificativas, não constituindo nenhum incidente que venha prejudicar a defesa, e também não apontou qualquer outro item que efetivamente indique erro no demonstrativo modificado. Infração 9 procedente em parte.

Infração 9 após julgamento

Mês/Ano	ICMS_Devido
01/2007 Total	2.403,11
02/2007 Total	2.107,62
03/2007 Total	2.640,56
04/2007 Total	2.084,59
05/2007 Total	1.917,64
06/2007 Total	2.371,65
07/2007 Total	2.182,75
08/2007 Total	2.735,03
09/2007 Total	2.500,47

10/2007 Total	1.163,99
11/2007 Total	1.551,01
12/2007 Total	1.000,59
01/2008 Total	163,56
02/2008 Total	69,49
03/2008 Total	109,85
04/2008 Total	121,96
05/2008 Total	119,01
06/2008 Total	164,39
07/2008 Total	130,99
08/2008 Total	127,31
09/2008 Total	127,25
10/2008 Total	142,00
11/2008 Total	135,85
12/2008 Total	138,77
Total geral	26.209,44

Na infração 10, o contribuinte supostamente recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação de base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas em notas fiscais. O impugnante apresenta notas onde se pode constatar os erros de cálculos cometidos pelo autuante, conforme anexos apresentados na impugnação, e diante disso, o informante reconhece como procedentes em sua totalidade as suas alegações, convalidado após exame das provas no julgamento, culminando assim, em total improcedência deste item do lançamento. Infração 10 improcedente.

Quanto às infrações 11 e 12, decorrem do levantamento quantitativo de estoque. Afirma a defesa, que o “*autuante não incluiu as notas fiscais de transferência entre matriz e filial, em seu relatório, daí a grande divergência e que essas notas de saídas jamais poderiam integrar a base de cálculo da infundada infração*”.

Questiona a incidência do imposto entre matriz e filial, já que imposto relativo Circulação de Mercadorias e Serviços tem sua fundamentação na Constituição Federal de 1988 e que a simples transferência de produtos da matriz para filial, não é fato gerador do ICMS . Que tal matéria está pacificada, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça, tanto é verdade que foi editada a súmula 166.

O autuante acata as notas fiscais efetivamente apresentadas e elabora novo demonstrativo. *Safa\_Demonstrativo Infração - Corrigido*”, em substituição ao originariamente acostado, remanescendo assim, um débito de ICMS alusivo à Infração 11, no valor de R\$ 49.286,49. Tem-se aqui o fato de que o impugnante deixou de lançar no arquivo magnético, notas fiscais de transferências por entender que não eram tributadas.

Em suma, não basta que o impugnante simplesmente aponte a ausência destas notas fiscais no arquivo, mas que tenha pago o imposto decorrente. No entanto, defende a inexistência de tributação em transferências de matriz e filial, ou seja, que seria irrelevante inclusive constar nos arquivos, pois não seria tributável. Tal fato não é acatado pela legislação baiana, conforme o disposto na LEI 7.014/96:

*Art. 2º O ICMS incide sobre:*

*I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados;*

*§ 1º São irrelevantes para caracterização do fato gerador:*

*I - a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo;*

*V - o resultado financeiro obtido com a operação ou com a prestação do serviço, exceto o de comunicação.*

Assim, corrigido o lançamento, fica o valor residual em R\$49.286,49. Infração 11 procedente em parte.

Na infração 12, o impugnante não logrou apresentar qualquer inconsistência no levantamento efetuado e as notas fiscais de saída apresentadas não servem para elidir a infração por omissão de entradas, mas tão somente para agravar a infração, que não é possível, por evidente afronta ao devido processo legal, restando a manutenção do *quantum* lançado. Infração 12 procedente.

Já a infração 13, embora tenha sido acatada a defesa pelo responsável pela informação fiscal, devo discordar. É que o fato de haver mercadorias isentas lançadas na infração 11 e devidamente corrigidas na informação fiscal, não tem relação com o fato de que efetivamente houve diferença de estoque em itens que estavam sujeitos à isenção, não podendo ser lançado o imposto, mas é perfeito o lançamento da multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração 13 procedente.

Face ao exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do auto de infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **232954.0001/12-9** lavrado contra **CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de **R\$97.116,51**, acrescido das multas de 60% R\$47.830,02 e de 70% sobre R\$49.286,49, previstas art. 42 nos inciso II, "a", "d" e "f", VII, "a" e "b", III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII do mesmo artigo, com os acréscimos moratórios prevista pela Lei nº 9.837/05.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR