

**A. I. Nº** - 269352.3003/16-0  
**AUTUADO** - SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.  
**AUTUANTE** - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 27.12.2016

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0218-05/16**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO.** Foi lançado estorno de crédito indevido pela aquisição de material de uso e consumo. No curso da impugnação e informação fiscal, apurou-se que todos os itens listados no lançamento se resumem a BOBINA e BANDEJA DE ISOPOR e o próprio autuante reconheceu que se tratam de BOBINAS de sacos plásticos para embalar produtos sendo, em verdade, materiais de EMBALAGEM. Infração 1 improcedente. **b) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** Lançamento reconhecido pelo impugnante. Infração 2 procedente. **2. ALÍQUOTA. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA DIVERSA DA LEGISLAÇÃO VIGENTE.** As provas trazidas ao processo pelo impugnante inclusive com fotos de rótulos dos produtos não deixam dúvida se tratar de compostos lácteos. A questão já foi exaustivamente tratada no âmbito deste Conselho. Como os fatos geradores objeto desta autuação são anteriores a alteração do art. 258 do RICMS, concluo que tem total procedência o lançamento. Quanto a eventuais aproveitamentos de créditos pelo impugnante por conta destas operações, no momento da aquisição, devem ser objeto de petição à Administração Tributária da SEFAZ, não podendo ser compensados no auto de infração. Infração 3 procedente. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** É decorrente da primeira infração, julgada improcedente e por conseguinte resulta em improcedência também. Infração 4 improcedente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 25/08/2016, quando foi lançado ICMS no valor total de R\$79.863,12, acrescido de multas, decorrente das seguintes infrações:

- 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento no valor de R\$19.733,60 acrescido da multa de 60%.
- 2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, no valor de R\$917,52, acrescido de multa de 60%.
- 3 - Recolheu a menos o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado o valor de R\$46.440,62 acrescido da multa de 60%.

4 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de 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\$12.771,38, acrescido de multa de 60%.

O sujeito passivo apresenta impugnação às fls. 51/63, onde afirma que a mesma visa a nulidade das infrações de n. 01, 03 (parcial) e 04, uma vez que a autuação apenas ocorreu por mero equívoco da autoridade fiscalizadora, pois, conforme será minuciosamente demonstrado nas linhas abaixo, a empresa autuada não incorreu em nenhuma das infrações apontadas. Assim, em relação à infração 02 e parcialmente em relação à infração 03, a impugnante realizou o pagamento de modo que não haverá insurgência. Passa-se, assim, a tecer as razões de impugnação das infrações questionadas. Conforme restará demonstrado nas linhas abaixo, as infrações lavradas e as penalidades aplicadas devem ser anuladas, uma vez que, tratou-se de mero equívoco do fiscal.

Alega falta de clareza do Auto de Infração – Prejuízo aos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa – Infrações 01 e 03. O processo administrativo deve ser conduzido em observância ao devido processo legal, e aos princípios dele decorrentes, contraditório e ampla defesa. No presente caso, entretanto, o Auto de Infração n. 269352.3003/16-0, descumpriu o inciso V do art. 39 do RPAF, uma vez que as infrações apontadas pela autoridade fiscal foram capituladas com base no RICMS publicado pelo Decreto 6.284/97, sem apontar a correspondência com o novo Regulamento do ICMS instituído pelo Decreto 13.780/12. As infrações apontadas se referem a registros ocorridos nos exercícios de 2011 e 2012, ou seja, em parte delas já estava em vigor o RICMS/2012, de modo que a autuada precisa saber qual o enquadramento legal das infrações apontadas pelo novo RICMS, se é que há.

Que o auto de infração ao deixar de enquadrar a infração apontada no Regulamento do ICMS vigente à época da ocorrência do fato gerador, violou o art. 39, V, alíneas “a” e “c” do RPAF, sendo, portanto, nulo. Este equívoco – gera a nulidade da infração. Assim, em relação a estas duas infrações – quais sejam, infrações 01 e 03 do auto de infração n. 269352.3003/16-0 -, a impugnante requer a declaração de nulidade parcial no que se refere aos fatos gerados a partir de março/2012 – quando já estava em vigência o RICMS/2012, por violação ao artigo 39, inciso V, do RPAF, que compromete o direito de ampla defesa do contribuinte.

Conforme apontado no item 1, o auto de infração n. 269352.3003/16-0 registra a lavratura de 4 infrações, sendo que a impugnante realizou o pagamento correspondente à infração 02 e parcialmente em relação à infração 03, em razão da dificuldade de verificação tributária. Assim, dado que o pagamento extinguiu o crédito tributário, a infração 02 e parte da infração n. 03 não serão objeto de impugnação. Sobre essas infrações, portanto, encerrou-se o litígio.

Quanto às infrações 1 e 4, estas duas infrações guardam correspondência, pois ambas resultam do mesmo fato: o enquadramento de mercadorias como adquiridas para *uso e consumo* ou para *beneficiamento* de produtos. A primeira infração indica suposta utilização de crédito fiscal de forma inconsistente; a infração 04 cobra a suposta diferença de alíquota em razão do enquadramento compreendido pelo fiscal (como uso e consumo). Dado que guardam direta conexão – partem do mesmo pressuposto – elas serão impugnadas em conjunto.

Alega que na infração 01, o fiscal, de forma equivocada, atribuiu à empresa Impugnante, a *suposta pratica de utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento*. Quis dizer a autoridade fiscalizadora, que a autuada teria utilizado crédito fiscal de produto que supostamente utiliza como destinatária final e não beneficiadora. Que do ponto de vista tributário, portanto, a questão cinge-se a discutir o enquadramento do produto como *uso e consumo* ou como *parte do produto final (beneficiamento)*.

Que o fiscal, equivocadamente, entendeu tratar-se de produtos para uso e consumo, quando, em verdade, a sua capitulação é de beneficiamento. Conforme se extrai do relatório constante no anexo I (infração 1) do auto do infração n. 269352.3003/16-0, o fiscal autuou a empresa impugnante

pela utilização de crédito fiscal quando da aquisição de *bulbinas e bandejas de isopor*, entendendo que tais produtos eram adquiridos para consumo pelo próprio estabelecimento, de modo que o ICMS deveria ser recolhido de forma integral, sem a utilização dos créditos dos antecessores da cadeia.

Os referidos produtos (bulbinas e bandejas de isopor) são adquiridos para beneficiamento de produtos ofertados ao consumidor final, tais como embalagens de produtos fracionados (queijos e fatiados), que se trata diretamente de um produto a parte e beneficiado, comercializado pelo impugnante. Tanto isso é verdade que qualquer rede de supermercados atribui valores diferentes - e majorados – para os produtos fatiados/fracionados, uma vez que o produto fatiado/fracionado possui valor agregado (beneficiamento) maior do que o produto bruto (peça inteira).

Que a autuação, portanto, carece de substrato legal, pois conforme enquadramento realizado pela própria autoridade fiscal (arts. 93, V e 124 do RICMS Decreto 6248/97), apenas estão excluídas da creditação fiscal aquelas mercadorias adquiridas pelo estabelecimento que se destinam para uso próprio, assim entendidas, aquelas que NÃO integram o produto final ou o serviço na condição de elemento necessário à sua produção, composição ou prestação.

No caso das bulbinas e bandeja adquiridas pela autuada, frisa-se, estas se destinam ao beneficiamento do produto, ou seja, ao fracionar os fatiados a empresa autuada utiliza as bulbinas, para embalar as bandejas de fatiados que oferta para o consumidor final sendo, portanto, mercadoria que inquestionavelmente integra o produto final (bandeja de frios fracionados). Deste modo, para esta infração, a autuação deve ser julgada totalmente improcedente.

O fiscal, em decorrência do equívoco que originou a infração 01, lavrou a infração 04, por entender que a empresa teria *deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo de estabelecimento*. A diferença de alíquota só se sustentaria, por hipótese, para o caso de se admitir que os produtos verificados pelo fiscal (de novo, bulbinas e bandejas) serviriam para uso e consumo do estabelecimento, quando, em verdade, tratam-se de beneficiamento dos produtos fatiados/fracionados.

Assim, demonstrada que a mercadoria apontada pelo fiscal como adquirida para consumo do próprio estabelecimento, em verdade, se refere a mercadoria adquirida para beneficiamento de produto e, portanto, que integra o produto final na condição de elemento necessário à sua composição, por via de consequência e lógica, também deve ser a infração n. 04, julgada totalmente improcedente. É o mesmo pressuposto que gera duas consequências jurídicas distintas: a primeira, tratando-se de beneficiamento de produto, o contribuinte pode creditar-se (infração 01 insubsistente); a segunda, tratando-se, igualmente, de beneficiamento de produto, o contribuinte utilizou as alíquotas corretas (infração 04 insubsistente).

No que se refere a autuação 03, o fiscal entendeu que a impugnante teria *recolhido a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas*. Conforme relatórios constantes no anexo III, a autuação em questão se referiu a fatos geradores ocorridos em 2011 e 2012. Conforme mencionado no item 3.1. acima, a Impugnante realizou o pagamento parcial da infração 03, referente aos fatos geradores ocorridos em 2011. Sobre os fatos geradores ocorridos em 2012, que se referem a composto lácteo, à autuada não restou alternativa senão impugnar a infração. Isso porque, o fiscal entendeu que a empresa teria recolhido a menor o ICMS em razão de alíquota diversa da prevista na legislação.

Inicialmente, a autuada contextualizará a realidade de fato subjacente. Durante muitos anos, a indústria produzia apenas o produto *leite*, sem que fosse realizada qualquer referência ao produto *composto lácteo*. A partir do aumento expressivo de consumo do denominado *Leite Ideal*, industrializado pela Nestlé, a indústria desenvolveu produtos distintos, cuja composição é apenas de conhecimento dela – e, por isso, é ela que apresenta a identificação do produto: *leite* ou *composto lácteo* para, a partir desta identificação, os sujeitos passivos realizarem a tributação adequada.

A questão é que os produtos *leite* e *composto lácteo*, durante certo lapso temporal (entre 2007 e 2012), submetiam-se a alíquotas diferenciadas no Estado da Bahia, uma vez que apenas o *leite* possuía benefício de encargo fiscal correspondente a 7%. Em 2012, o RICMS uniformizou a tributação desses dois produtos. É neste contexto que a autuação acontece. Por equívoco do fiscal, este entendeu que supostamente em eventuais produtos catalogados como *composto lácteo* foi utilizado o benefício de tributação a 7%, no período de setembro/2011 a dezembro/2012. Contudo, esta presunção não é verdadeira, pois, em verdade, a tributação foi realizada exatamente com base nas informações prestadas pela indústria – única capaz de identificar a composição do produto e, assim, qualifica-lo como *leite* ou como *composto lácteo*.

Especificamente, com base no enquadramento legal da autoridade fiscalizadora, o recolhimento a menor se referiu à tributação de composto lácteo (*Ideal Lepo Sachet 50x200g BR*), com alíquota própria de leite, no período em que a tributação deste seria reduzida. Já se evidenciou que a tributação o recolhimento do tributo (no caso ICMS) é feito com base no produto adquirido, cuja indicação (qualificação) é realizada pela indústria, que mantém a gestão da composição química – e, portanto, é quem pode indicar qual espécie de produto se refere. É dizer que: se o produto é qualificado pelo fornecedor como *leite*, o varejista só pode recolher com base na alíquota prevista para *leite*.

No caso em questão, os produtos que geraram a autuação foram qualificados pelo fornecedor como leite, de modo que a impugnante não poderia fazer o recolhimento do ICMS com base em outra alíquota senão aquela prevista para leite. Se a impugnante houvesse agido desta forma (recolhido ICMS com alíquota diversa da referente à qualificação do produto), sem dúvidas estaria violando a legislação.

Outro ponto merece destaque. É que, ainda que se entenda que a impugnante deveria ter realizado o recolhimento do tributo com base na alíquota de 17% (dezessete por cento), ainda assim, a autuação é equivocada. Isso porque, caso o recolhimento do ICMS referente ao produto *Ideal Lepo Sachet 50x200g BR*, houvesse que ser feito com base na alíquota de 17% (dezessete por cento), sem redução fiscal, o crédito gerado pelo antecessor da cadeia seria superior ao que foi produzido e aproveitado por esta impugnante, de modo que o valor apontado na infração como devido não está correto. Assim, demonstrado o equívoco também com relação a infração 03, deve ser esta julgada improcedente.

Na eventualidade de assim não entender, deve ser recalculado o valor apontado como devido, levando em consideração o crédito que deveria ter sido aproveitado caso a alíquota fosse 17% (dezessete por cento).

Em razão do exposto, dados os fatos e as circunstâncias que envolvem esta autuação, requer a Autuada o acolhimento desta impugnação para declarar nulas as autuações assim impugnadas e improcedentes, conforme acima especificado, com o consequente arquivamento deste processo administrativo fiscal. Requer, ainda, a produção de provas em todos os meios admitidos, em homenagem ao princípio da verdade material, especialmente a posterior juntada e apresentação de documentos, inclusive os originais dos ora apresentados, caso necessário.

O autuante apresentou informação fiscal fls. 106/111 quando expõe que em relação à INFRAÇÃO 01 – 01.02.02, que trata da utilização indevida de crédito de material de uso e consumo, afirma a defendente que o enquadramento das mercadorias listadas em verdade se trata de materiais de embalagens e não de material de uso e consumo.

Que os itens listados nesta infração estão anexados das fls. 12 a 17 e se resumem a BOBINA e BANDEJA DE ISOPOR. Numa análise mais detida, constatamos que em verdade se tratam de BOBINAS de sacos plásticos para embalar produtos hortícolas e frutícolas, sendo, em verdade, materiais de EMBALAGEM, para os quais o crédito é permitido, conforme Art. 309 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13780/12. O que nos levou a lançar como material de uso e consumo foi o fato de ter sido confundida com Bobina para utilização em Equipamento Emissor de Cupom

Fiscal – ECF. Da mesma forma a BANDEJA DE ISOPOR tem o mesmo objetivo, qual seja, de acondicionar produtos alimentícios, tendo o crédito também permitido, por ser considerada embalagem. Neste sentido, assume o lapso e concordamos com os argumentos trazidos pela Impugnante, em que sugerimos que seja a Infração 01 julgada Improcedente.

Em relação à INFRAÇÃO 02 – 01.02.05 a empresa efetuou o pagamento, não havendo impugnação.

Em relação à INFRAÇÃO 03 – 03.02.02, a empresa efetuou o pagamento dos lançamentos referentes ao exercício de 2011. No que se refere ao exercício de 2012 e quanto ao COMPOSTO LÁCTEO a redução ora em comento não se aplica, pois a Instrução Normativa nº 28/07 do Ministério da Agricultura, da qual inserimos cópia de sua integralidade às fls. 102 a 104, Instrução esta específica para o produto em questão e que tem por objetivo estabelecer a identidade e os requisitos mínimos de qualidade que deve atender o produto Composto Lácteo destinado ao consumo humano, determina que tem o fabricante a obrigação de inserir no rótulo do produto composto lácteo a expressão "COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ ou ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ".

Portanto, não se deve confundir com leite em pó, conforme atesta o próprio Ministério da Agricultura, Órgão responsável por classificar e conceituar as composições de produtos para consumo humano, não deve prosperar o argumento da empresa, pelo que não faz juz à redução da base de cálculo o produto COMPOSTO LÁCTEO, se a redução prevista é específica para leite em pó. Julgamento neste sentido já foi realizado pela 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO JFJ Nº 0196-02/13, no Auto de Infração 206830.0008/12-0.

A citada Instrução Normativa conceitua o que é COMPOSTO LÁCTEO:

*"2.1.1. Composto Lácteo: é o produto em pó resultante da mistura do leite (1) e produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) láctea(s) (2) ou não láctea(s) (3), ou ambas (4), adicionado ou não de produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) láctea(s) ou não láctea(s) ou ambas permitida(s) no presente Regulamento, apta(s) para alimentação humana, mediante processo tecnologicamente adequado. Os ingredientes lácteos devem representar no mínimo 51% (cinquenta e um por cento) massa/massa (m/m) do total de ingredientes (obrigatórios ou matéria-prima) do produto.*

*2.1.1.1 Composto Lácteo ou Composto Lácteo sem Adição: é o produto definido no subitem 2.1.1, em cuja elaboração seja(m) empregado(s) exclusivamente produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) láctea(s) (2). O produto final deve apresentar 100% (cem por cento) massa/massa (m/m) de ingredientes lácteos.*

*2.1.1.2 Composto Lácteo com Adição: é o produto definido no subitem 2.1.1, em cuja elaboração seja(m) empregado(s) produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) não lácteas (3). O produto final deve apresentar no mínimo 51% (cinquenta e um por cento) massa/massa (m/m) de ingredientes lácteos."*

Percebe-se acima que o produto em que pode ter apenas 51% de composição láctea não pode ser considerado como leite em sua essência. Trata-se de um produto diverso. Ademais, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto 13.780, de 2012, em seu Art. 268, inciso XXV, incluiu a partir de 01/08/13 o COMPOSTO LÁCTEO na redução de base de cálculo ora em comento, o que corrobora com o entendimento de que se tratam de produtos diferentes, onde antes de sua inclusão, apenas o Leite em Pó possuía o direito à redução de base de cálculo. Abaixo transcrevemos a redação anterior e a atual, com a inclusão do COMPOSTO LÁCTEO.

*Redação Originária (efeitos até 31/07/13):*

*"XXV - das operações internas com leite em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);".*

*Redação Posterior (efeitos a partir de 01/08/13):*

*"XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);"*

Portanto, somente a partir de 01/08/2013 é que foi incluído o COMPOSTO LÁCTEO na legislação

tributária do Estado da Bahia permitindo que este produto fosse passível de redução de base de cálculo, desde que fabricado no Estado. Se assim o fez é porque antes deste período não poderia ser efetivada tal redução de carga tributária pretendida pela empresa, corroborando que composto lácteo NÃO é leite em pó, e sim um novo e diferente produto.

Há ainda um agravante: os produtos denominados pela defendente como LEITE PÓ INF NESTOG, LEITE PÓ INF NAN, LEITE PÓ APTAMIL, listados na infração, não são nem LEITE EM PÓ nem COMPOSTO LÁCTEO, pois são intitulados pelo próprio fabricante em seus rótulos como FÓRMULA INFANTIL PARA LACTANTES, pois não chegam nem a alcançar o percentual de 51% de produtos lácteos estabelecidos como mínimos para serem considerados compostos lácteos, de acordo com a citada Instrução Normativa do Ministério da Agricultura. Estes produtos, por terem na sua composição óleos variados, a exemplo de Óleo de Coco, Óleo de Girassol, Óleo de Palma, Óleo de Palmiste, Canola, de peixe, Lecitina de Soja, dentre outros vários, não podem ser considerados nem como composto lácteo, muito menos como Leite em Pó. Tal fato pode ser comprovado através de cópias dos rótulos das mercadorias apresentados na informação fiscal.

Em relação à INFRAÇÃO 04 – 06.02.01, que trata do ICMS – Diferencial de Alíquotas nas aquisições de material de uso e consumo de outras Unidades da Federação, a qual foi lançada por consequência nas mesmas notas fiscais listadas na Infração 01, que tratou do crédito indevido de material de uso e consumo, mas que foi admitida como Improcedente por esta Fiscalização, por em verdade não se tratarem de material de uso e consumo, mas EMBALAGENS, sugerimos então que esta Infração 04 também seja julgada Improcedente.

Ante o exposto, solicita-se que seja o presente PAF julgado PROCEDENTE, com exceção das Infrações 01 e 04, pelos motivos anteriormente relatados.

## VOTO

Inicialmente o impugnante alega falta de clareza do Auto de Infração e inobservância ao devido processo legal, e aos princípios dele decorrentes, contraditório e ampla defesa por ter o autuante descumprido o inciso V do art. 39 do RPAF, uma vez que as infrações apontadas pela autoridade fiscal, foram capituladas com base no RICMS publicado pelo Decreto 6.284/97, sem apontar a correspondência com o novo Regulamento do ICMS instituído pelo Decreto 13.780/12.

Alega que as infrações apontadas se referem a registros ocorridos nos exercícios de 2011 e 2012, ou seja, em parte delas já estava em vigor o RICMS 2012, de modo que a autuada precisa saber qual o enquadramento legal das infrações apontadas pelo novo RICMS. Embora tal equívoco tenha ocorrido, entendo que não seria o caso de nulidade, uma vez que tendo o autuante descrito com suficiente clareza a infração cometida, eventuais erros na capitulação legal não ensejam motivo de nulidade nos termos do 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.*

Assim, se não houvesse correspondência no atual regulamento, seria o caso de improcedência e não de nulidade; no entanto a própria LEI DO ICMS, Lei 7.014/96 em seu artigo 15, trata da alíquota como elemento indispensável à consecução do *quantum* de ICMS a recolher, e que é repetido no RICMS/2012:

*Art. 305. No regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.*

*1 - o valor resultante da aplicação da alíquota cabível à base de cálculo prevista para a operação ou prestação tributada, obtendo-se o valor a ser lançado na escrita fiscal do contribuinte;*

Assim, rejeito o pedido de nulidade e passo ao julgamento do lançamento.

Na infração 1, foi lançado estorno de crédito indevido pela aquisição de material de uso e consumo. No curso da impugnação e informação fiscal, apurou-se que todos os itens listados no lançamento se resumem a BOBINA e BANDEJA DE ISOPOR e o próprio autuante reconheceu que se tratam de BOBINAS de sacos plásticos para embalar produtos sendo, em verdade, materiais de EMBALAGEM, para os quais o crédito é permitido, conforme Art. 309 do RICMS, assumindo o equívoco e pedindo pela improcedência. De fato, os materiais de embalagem ao acompanhar o produto, fazem jus ao crédito fiscal, razão pela qual acolho os argumentos do impugnante e do autuante. Infração 1 improcedente.

A infração 2, lançamento de crédito fiscal de ICMS indevido, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária foi reconhecida e paga pelo impugnante. Infração 2 procedente.

Na infração 3, o impugnante reconhece a parcialidade do lançamento, pagando os relativos ao período de 2011, mas contestando os do exercício de 2012, que se referem a composto lácteo.

As provas trazidas ao processo pelo impugnante inclusive com fotos de rótulos dos produtos não deixam dúvida se tratar de compostos lácteos. A questão já foi exaustivamente tratada no âmbito deste Conselho, e o próprio dispositivo legal, concedendo a partir de 01/08/13, do art. 268, inciso XXV, do Decreto nº 13.780, de 16/03/12, os benefícios fiscais do leite comum, só afirma que de fato há uma distinção dos produtos Leite em Pó e Composto Lácteo. Há inúmeras decisões emanadas por este Conselho de Fazenda - Acórdãos CJF 0142-11/14, CJF 0147-11/14, CJF 0168-11/14, CJF 0289-11/14 e CJF 0313-11/14, que diferenciam o leite em pó dos compostos lácteos.

Como os fatos geradores objeto desta autuação são anteriores a alteração do art. 258 do RICMS, concluo que tem total procedência o lançamento. Quanto a eventuais aproveitamentos de créditos pelo impugnante por conta destas operações, no momento da aquisição, devem ser objeto de petição à Administração Tributária da SEFAZ, não podendo ser compensados no auto de infração. Infração 3 procedente.

Em relação à INFRAÇÃO 04 – 06.02.01, que trata do ICMS – Diferencial de Alíquotas nas aquisições de material de uso e consumo de outras Unidades da Federação, é decorrente da primeira infração, julgada improcedente e, por conseguinte resulta em improcedência também. Infração 4 improcedente.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269352.3003/16-0** lavrado contra **SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$47.358,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Deve ser homologado o valor já reconhecido e recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR