

A. I. Nº - 206911.0010/15-7
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - JALDO VAZ COTRIM
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14.11.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0167-05/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração improcedente, haja vista que não houve repercussão no conta corrente fiscal, das entradas e saídas de pallets, caixas plásticas, camisão térmico etc, produtos destinados ao acondicionamento, transporte e movimentação física das mercadorias comercializadas. Infração improcedente. **b)** MERCADORIAS DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não contestada. **c)** MERCADORIAS ISENTAS. Infração reconhecida. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. PRODUTOS ESCRITURADOS. DIVERSOS. A redução da base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda a 7% nas operações internas com o leite longa vida é restrita ao produto fabricado neste Estado (art. 87, XXXV, RICMS BA). Sendo a redução da base de cálculo um benefício fiscal, que impõe interpretação restritiva, aquela concedida às margarinas (art. 87, XXXV, RICMS/BA), não pode ser alargada para alcançar o creme vegetal, bem como outros produtos objeto da autuação. Caracterizada parcialmente a infração. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de produtos destinados ao uso ou consumo do estabelecimento. Infração procedente. 4. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração procedente em parte, com a exclusão dos produtos ABS P SEIOS; MMS CHOCOLATE; TUBETE RECHEADO. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO E NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Demonstrado o registro de parte das notas fiscais, que foram excluídas da exigência. Infração parcialmente mantida. Negado o pedido de perícia fiscal. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 21/12/2015, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$882.947,24, e multa de 60% em decorrência das seguintes

infrações:

- 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$52.124,95 e multa de 60%.
- 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. ICMS no valor de R\$7.822,43 e multa de 60%.
- 3 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. ICMS no valor de R\$3.092,43 e multa de 60%.
- 4 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$488.652,44 e multa de 60%.
- 5 – Deixou 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 do estabelecimento. ICMS no valor de R\$5.779,72 e multa de 60%.
- 6 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$291.061,30 e multa de 60%.
- 7 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$19.883,00.
- 8 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$14.530,97.

O sujeito passivo ingressa com defesa, fls. 26 a 65, por meio de patrono legalmente constituído, e após ressaltar a tempestividade da sua impugnação, esclarece que enviou para o endereço eletrônico da SEFAZ, a cópia exata da peça de defesa. Após descrever as infrações, pede a nulidade do lançamento fiscal diante da incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da fiscalização, que é de 90 dias, consoante o art. 28, § 1º do RPAF/99. Por sua vez, a norma reguladora do processo administrativo indica que a intimação, de todos e quaisquer atos praticados pelo agente fiscalizador, deve ser feita, preferencialmente, na pessoa do contribuinte. Aduz que não foi apresentada a Ordem de Serviço, vez que segundo descrito no Auto de Infração, nela teve sua origem a fiscalização. Assim, não pode constatar se os autuantes estavam designados para promover a atividade fiscalizatória, que é plenamente vinculada, sob pena de sua inobservância viciar o ato praticado. (art. 142, parágrafo único do CTN). Nesse sentido traz o entendimento do Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco (TATE), bem como do contencioso administrativo do Estado do Ceará.

No mérito, aduz que a infração 01 é improcedente. Os produtos não são comercializados, mas também não se prestam para uso e consumo do estabelecimento. São produtos destinados ao acondicionamento, transporte e movimentação física das mercadorias comercializadas. Ademais, afirma que estornou em tempo o crédito tomado, não perdurando o suposto creditamento como indicado pelo fiscal. Tais bens, como pallets, caixas plásticas, camisão térmico, embora não sejam comercializados, auxiliam o transporte das mercadorias comercializadas, logo apresentam movimentações físicas constantes de entrada e saída nos estabelecimentos da impugnante. Em razão dessas movimentações credita-se e debita-se do imposto, o que não traz qualquer prejuízo para o Estado. Assim, o lançamento do crédito é anulado pelo do débito, no momento das saídas. Nesse sentido junta entendimento deste CONSEF que considera improcedentes autuações idênticas por inexistir prejuízo ao erário. (CJF 0065-12/12), (JJF 0273001/12)

Diante do grande volume de operações e mercadorias, apresenta mídia magnética – CD, contendo planilhas com os dados das Notas Fiscais de Saída relativos aos produtos da infração 01.

Pede a apuração do imposto efetivamente devido, o que seria alcançado pela reconstituição da escrita fiscal. Novamente traz decisão do Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco – TATE.

Requer a realização de diligência e perícia de modo que não seja promovido o pagamento de tributo indevido, sob pena de violação à ampla defesa e ao contraditório.

Aduz que a infração 04 é improcedente, posto que o autuante se equivoca ao desconsiderar a redução da base de cálculo do Leite tipo Longa Vida, leite em pó e composto lácteo. Isso porque essas mercadorias possuem tratamento diferenciado esculpida nos artigos 267, XXV e art. 268, XXIX, ambos do RICMS/BA, que aborda a redução da base de cálculo do ICMS.

Lista uma série de produtos constituídos a base de leite, leite em pó e composto lácteo.

Aponta outros itens, indicados erroneamente para esta infração, tais como o vinagre e margarina, que possuem redução de BC de ICMS para 7% conforme RICMS/BA (Dec. 13780/12) - art. 268, XXVII, do RICMS/BA (creme aceto paganini fruti 250ml, ncm 22090000 – marg becel proactiv 250g, ncm 15171000).

Aduz que outro equívoco ocorreu no tocante ao item BECEL MANTEIGA 250G, vez que manteiga goza de redução de base de cálculo (12%) conforme art. 266, XIX, do RICMS.

Por essa razão, não prospera a exigência fiscal de falta de recolhimento do ICMS, descabida a autuação e tributação à alíquota de 17%, haja vista possuírem as mercadorias redução de base de cálculo.

Pede a improcedência da infração 06, onde, mais uma vez, o Autuante se equivoca ao desconsiderar as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária ou com isenção. Nesse bojo foram desconsiderados os seguintes gêneros: iogurte, brinquedos, derivados de farinha de trigo e hortifrútis.

Outrossim o produto Iogurte é sujeito a substituição tributária por força do item 21, do anexo 1, do RICMS/BA, e passa a listar uma série de produtos tidos como iogurte, considerando ser indevida a autuação, conforme NFs em anexo (doc. 04).

Menciona que o item 33.1 do Anexo 1 do RICMS/BA (Decreto Estadual 13.780/2012), disciplina o regime de substituição tributária para as operações com produtos derivados da farinha de trigo.

Assim, os produtos MASSA FOLHADA LAMIN M LEVE 300G, MASSA PASTEL FESTA M.LEVE 500G, MASSA PASTEL FORNO M.LEVE 300G, NHOQUE MASSA LEVE 500G, PIZZA FRIGIDEIRA SABORI 300G, TUBETE REC CHO AVELA BARION 50g e TUBETES REC CHOC AVE BARION 150g, BOLO FUBÁ, BOLO MILHO 320G, PÃO DE ALHO C/QUEIJO 280G, MAS PIZZA MD C 2 MAS LEVE 280G, MASSA FRESCA LAZANHA LUITTI 500G, MASSA LASANHA LUITTI 400G, MASSA MINI PIZZA LUITTI 300G, MASSA PAST CUMB MASS LEVE 200G, MASSA PASTEL M LEVE 400G CUMB, MASSA PIZZA MÉDIA C2 LUITTI 300G, TUBETE 1118 SIMP PAC FLOW 25g, todos classificados nas NCMs 1902.1, 1905 e 1902.3, conforme NFs em anexo (doc. 04), estariam contemplados na S/T.

Aponta como equívoco a pretensão da fiscalização de tributar, com base na alíquota de 17%, produtos que não sofrem incidência tributária por estarem acobertados pelo benefício da isenção. E esse é o caso das mercadorias BP JARDINEIRA LEGUMES 300G, BP MIX LEGUMES 300G, MANGERICÃO DESIDRATA KITANO 7G, ERVA DOCE KITANO 40g, ACAFRAO KIVITA 50g, ORÉGANO KITANO 3G, ORÉGANO KITAPACK KITANO 10g, ALECRIM KITANO PET 28g, MANGERICÃO KITANO PET 20g, PINHÃO KG, PAPRICA PICANTE KIVI 45g, consoante o que determina o art. 265, I, “a”, do RICMS/BA (Dec. 13.780/12).

Ademais, o Convênio 44/75, mencionado pelo dispositivo acima transcrito, traz expressamente a previsão para a isenção do produto em questão (ervilha), na Cláusula primeira, sendo produtos naturais e a NCM das mercadorias aqui mencionadas denota que não passaram por nenhum processo industrial.

Mais ainda, a fabricante das mercadorias acima descritas realizou consulta à GECOT, tendo o indicativo da SEFAZ/BA que seus produtos são isentos nas saídas internas e gozam de 60% nas saídas interestaduais (doc. 05).

Por mais essa razão, denota-se a improcedência da infração.

No tocante aos hortifrúrtis em estado natural congelados, improcede o argumento de que, por se tratar de produto congelado, restaria descaracterizado o seu estado natural, na medida em que o congelamento do vegetal não altera suas características ou composição química, nem configura qualquer tipo de transformação ou processamento, permanecendo o produto tal qual fora retirado da natureza, tendo sua temperatura diminuída apenas para fins de conservação do mesmo.

Em outras palavras, o produto em estado natural é aquele que mantém suas características originais, não sendo assim considerado quando submetido a processo de industrialização (o que não é o caso em questão), não considerando, para tanto, sua temperatura (frescos, resfriados ou congelados). Ressalta que o mero acondicionamento para transporte, regra geral, não descaracteriza o estado natural da mercadoria, posto que, assim como o congelamento, apenas contribui para higienização e segurança no consumo de tais produtos.

O mesmo para os “mixes” que são produtos 100% natural, como atestam na embalagem, com uma mistura dos produtos constantes no Convênio 45/75, como pode ser visto abaixo.

Quanto aos brinquedos, outro equívoco do Autuante foi não ter observado a NCM de alguns produtos, por se tratarem de brinquedos, sujeitos ao regime ST, sendo eles: Almofada Decorativa, Ferramentas Elétricas, Bal. Sort Zerinho 100, Balão Coração 6 Verm Verm, Balão L.65 Vd. Limão, Balão Liso 65 Lilás, Balão Liso 65 Preto, Conjunto Chá 14 pcs, Frigideira Acessório, Kc Balão 250 Sort, Kc Balão Amar.C/50, Kc Balão Az C/50, Kc Balão Rosa C/50, Kc Balão Verm C/50, Pisc Inf 1281 57403 1281, Piscina de Bolinha, Piscina Estrela do Mar, Piscina Infantil Flores Plast, Poltrona Guarujá 58889 E Poltrona Pisc. Dobrav.

Destaca que todos os produtos acima indicados são enquadrados na substituição tributária conforme item 7, do Anexo 1, do RICMS/BA.

No que concerne a isotônicos e energéticos, novamente olvida o fiscal que os produtos CITRUS INDAIÁ UVA BM 330ML, SKINKA FRUTAS VERM 450ml, SKINKA FR ROXAS 450ML, estão sujeitos ao regime de pauta fiscal, de acordo com a Instrução Normativa 04/2009.

Portanto, improcede a cobrança da alíquota geral de ICMS para o presente item.

Quanto ao absorvente, aponta que outro item equivocado é o absorvente de peito (ABS P SEIOS YORK C 12 e ABSORVENTE P/SEIOS YORK 30UN), que está sujeito ao regime de substituição tributária, conforme item 32.2, do anexo 1, do RICMS/BA.

Portanto, improcedente a Autuação para o presente item.

Também sujeito ao regime de substituição tributária é o chocolate, desconsiderado pelo Autuante, o qual está amparado pelo item 11, do Anexo 1, do RICMS/BA.

Portanto, não há imposto a recolher para as mercadorias MMS CHOCOLATE BRAN 40GR, MM SG AMENDOIM 25G 24X18 25G e MM SG CHOC AO LEIT 24X18 25G, por estarem sujeitas ao regime ST.

Com relação às Infrações 07 e 08, assevera que a Impugnante não está obrigada a registrar o documento fiscal de mercadorias que não foram entregues. Nesse sentido, não pode responder por eventual infração cometida por terceiros, fornecedor ou transportador, em especial quando se comportou conforme a legislação vigente, e em ambos os casos não há a realização da circulação econômica da mercadoria (fato gerador do ICMS), o que gera a improcedência da exigência fiscal.

Aponta que, em situação análoga, o Conselho de Contribuintes do Estado do Piauí vem julgando insubstancial o lançamento fiscal, conforme o Acórdão nº 193/2013, AI nº 1514163000801-4, 2^a Câmara do Conselho de Contribuinte, julgado em 06/11/2013).

Suscita que caberia ao Fisco, utilizando-se de seu poder de polícia, para, no primeiro caso, verificar se a mercadoria foi internada no Estado, já no segundo caso, monitorar nos postos fiscais o retorno das mercadorias, bem como junto aos fornecedores.

De fato, ao caso se aplica o disposto nos §§ 1º e 2º, do art. 450, do RICMS/2012, cuja norma determina que o remetente/fornecedor escriture o retorno da mercadoria, e não prevê que o destinatário/Impugnante registre mercadoria que não deu entrada no estabelecimento, de forma que improcede a presente autuação. Traz uma amostragem de notas fiscais que foram devidamente registradas, aponta a folha do Livro Registro de Entradas (doc. 06 – CD-mídia).

Logo, a Impugnante vinha recusando o recebimento de mercadoria que não adquiriu, observando essa circunstância nas primeiras vias dos documentos relativos à carga e à prestação do serviço, ou seja, noutras palavras, não aceitava a entrega da mercadoria para depois devolver, simplesmente recusava-se em receber e declarava os motivos, tudo conforme preceitua a legislação tributária vigente.

Desse modo, ao lavrar o auto de infração o Autuante inverte o ônus da prova e transfere para o Impugnante o ônus de comprovar quando é dele a obrigação de provar, o que contraria a jurisprudência, inclusive nos Tribunais Superiores, no sentido da necessidade da prova no lançamento tributário posto quem deve produzi-las é o Fisco (ou quem as alega - artigo 333, I do CPC) e não o contribuinte, porque é do fisco, de acordo com a lei, o dever de lançar nos moldes do artigo 142 do CTN e ao julgador analisar as provas apresentadas no processo.

Invoca o princípio da moralidade, deve nortear a atuação do Estado, sendo obrigatória a sua observância, consoante o art. 37, *caput* da Constituição. Ademais, há meios de descobrir se a mercadoria não deu entrada no estabelecimento da Impugnante, basta observar, além do livro de entrada, o livro Registro de Inventário ou analisar os registros contábeis, eis que a compra de mercadoria é registrada a débito na conta de estoque e a crédito na conta de caixa ou banco no ativo ou fornecedor no passivo, tudo devidamente registrado na contabilidade.

Outrossim, a simples entrada dos produtos não caracteriza operação relativa à circulação de mercadorias apta a justificar a obrigatoriedade de escrituração da nota fiscal. Ou seja, esta presunção não supre a necessidade de comprovação cabal da efetiva realização de operações relativas à circulação de mercadorias (com cunho econômico). Nesse sentido está o posicionamento desse Tribunal Administrativo (CONSEF/BA), que reproduz, bem como o do Estado de Pernambuco.

Afora isso, assevera que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Pede para ser levado em consideração também o benefício da dúvida, de acordo com o art. 112, do CTN que é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Requer a improcedência da autuação.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 146 a 183 do PAF, e em que pese a evocação da Preliminar de Nulidade interposta pela Autuada, em virtude de uma “incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da fiscalização” (fls. 28 do PAF em tela), evocando os artigos 196 do CTN e Art. 28, § 1º do Decreto 7.629/99 (RPAF-BA) ao pugnar pela nulidade do PAF ora em lide, por conta de uma suposta não apresentação da Ordem de Serviço nº 505902/15, quando da ciência do lançamento fiscal, nada mais inócuo. A Autuada já havia sido previamente científica, não somente da Ação Fiscal a ser desenvolvida, bem como, sobre a Ordem de Serviço respaldadora de tal, que vem a ser a de nº 506435/15 e não, a desconhecida 505902/15, alegada pela Impugnante, conforme consta na Primeira Intimação Para Apresentação de Livros e Documentos, efetuada por escrito, junto a preposto da Autuada em 13/10/2015, cuja cópia, encontra-se originariamente acostada à fl. 17 do PAF ora em lide.

Ademais, enfatiza que não ofendeu quaisquer das hipóteses ensejadoras do vício da nulidade, previstas no Art. 18 do Dec. 7.629/99 (RPAF-BA).

Salienta que a Autuada, recorre ao expediente, de reproduzir julgados do egrégio Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco (TATE), versando sobre questões de vícios no processo de prorrogação de prazo para conclusão de trabalhos fiscais, matéria esta, totalmente dissociada do caso concreto.

Adentra na análise do mérito, informando quanto a Infração 01, que em momento algum, o Autuante considerou tais produtos como sendo mercadorias, porquanto, efetivamente, não o são! Tratou-as simplesmente, como material, porquanto, não se destinavam a comercialização, logo, não ensejando a apropriação de quaisquer créditos de ICMS, cujas hipóteses de usufruto, encontram-se disciplinadas no Art. 93 do Dec. 6.284/97 e Art. 309 do Dec. 13.780/12, ambos do RICMS-BA.

Aduz ser cristalina a ilegalidade cometida pela Autuada, ao apropriar-se de créditos fiscais de ICMS, decorrentes das entradas dos materiais Pallets, Caixas Plásticas e Camisão Térmico, vez que, mercadorias, não o são! Tampouco, se enquadram como Ativo Imobilizado, únicas hipóteses, no caso concreto, passíveis da geração de crédito de ICMS, respeitados os limites temporais da apropriação mensal desse último (1/48), consoante regras contidas no Art. 93, § 17, I do Dec. 6.284/97 - RICMS-BA.

Esses materiais não se enquadram no conceito de mercadoria, e sim, como materiais de acondicionamento e transporte, cuja circulação, é isenta da cobrança do ICMS, consoante norma disposta no Artigo 19, § 1º do RICMS - BA (Dec. 6.284/97) e Art. 264, LVII do RICMS - BA (Dec. 13.780/12).

Alerta sobre os valores indevidamente debitados nas saídas (materiais para acondicionamento e transporte), por ato voluntário da Autuada e ao arrepio da legislação fiscal pertinente, que são passíveis de ulterior pedido de restituição do indébito, remédio jurídico legalmente assegurado conforme Art. 33 da Lei 7.014/99 e Art. 73 do Dec. 7.629/99 (RPAF-BA).

Reafirma a manutenção em sua totalidade, da INFRAÇÃO 01 no montante de R\$52.124,95.

Quanto a Infração 04, a defendant não logra o êxito pretendido, por conta da inobservância do aspecto temporal da norma, no que respeita aos produtos "Leite em Pó" e "Compostos Lácteos", bem como, por ignorar as especificidades do alcance da norma, nos aspectos do beneficiário do favor fiscal da redução da base de cálculo do ICMS e da sua localização geográfica, no que respeita ao "Leite Longa Vida", como ao final, restará comprovado.

O período objeto da autuação fiscal, ora em lide, se inicia em 01/01/2012 e se finda em 31/12/2013, desse modo, foi regido pelas normas dos Decretos 6.284/97, envolvendo o interstício de 01/01/2012 a 31/03/2012; e Decreto 13.780/12 (vigente), abarcando o interstício de 01/04/2012 a 31/12/2013. Nesse passo, o produto Leite Longa Vida, objeto da autuação fiscal em comento, é regido pelos decretos supracitados, cujos artigos pertinentes, reportam-se às fabricações neste Estado, posto que o pugnado benefício da Redução da Base de Cálculo, somente alcança os produtos fabricados no Estado da Bahia.

Todavia, nesse diapasão, reconhece a pertinência das alegações, no que se refere ao Leite Longa Vida da marca "LEITÍSSIMO", porquanto, este é efetivamente fabricado no Estado da Bahia. Desse modo, foram procedidos os competentes expurgos nos demonstrativos de débito originários, constantes nos Anexos 06 e 07.

Elabora uma tabela na qual lista os produtos e a UF de origem, destacando que somente o Leite UHT Integral Leitíssimo 1 L é fabricado no Estado da Bahia.

Quanto ao Leite em Pó e Composto Lácteo, como já informado na alínea anterior, o período objeto da autuação fiscal, ora em lide, se inicia em 01/01/2012 e se finda em 31/12/2013, desse modo, foi regido pelas normas dos Decretos 6.284/97, envolvendo o interstício de 01/01/2012 a 31/03/2012; e Decreto 13.780/12 (vigente), abarcando o interstício de 01/04/2012 a 31/12/2013.

Nesse passo, os produtos Leite em Pó e Composto Lácteo, objeto da autuação fiscal em lide, são regidos pelos decretos supracitados, cujos artigos pertinentes são, art. 87, XXI, (RICMS/97), e art. 268, XXV, (RICMS/2012).

Outros produtos considerados como sendo “Leite em Pó”, efetivamente, não passam de “Fórmula Infantil”, logo, não acobertados pelo benefício da Redução da Base Cálculo, pretendida.

Acosta ao PAF, cópias dos rótulos e/ou reproduções da internet dos fabricantes dos produtos envolvidos, que cristalinamente, informam as suas efetivas identidades, todos juntados ao Anexo 16.

Desta sorte, as mercadorias erroneamente denominadas como sendo "Leite em Pó", quais sejam: APTAMIL 1 800G; APTAMIL 2 800G; APTAMIL AR 800G e NAN 1 FORMULA INF 800G; apontados à fl. 41 do PAF, são efetivamente classificadas pelo MAPA - Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, como "FÓRMULA INFANTIL", por tratar-se de uma mistura alimentar, diversa do Leite em Pó.

Com o fito de complementar as provas da impropriedade da classificação dos Compostos Lácteos como sendo Leite em Pó, junta ao PAF cópias dos ACÓRDÃO JJF Nº 0268-02/12 – da 2^a Junta de Julgamento Fiscal de 23/11/2012 - Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF-BA; ACÓRDÃO JJF Nº 0215-01/13 – da 1^a Junta de Julgamento Fiscal de 04/10/2013 - Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF-BA; e ACÓRDÃO CJF Nº 0347-11/15 da 1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL de 14/12/2015 – 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”.

Outrossim, consoante a inteligência do Art. 111, II do CTN (Lei nº 5.172, de 25.10.1966) ao tratar de matéria que envolva isenção, determina que a interpretação, haverá de ser literal.

Reconhece a pertinência das alegações contidas em relação ao produto CREME ACETO PAGANINI FRUTI 250ML, em virtude deste, ser efetivamente Vinagre, e por tal, beneficiado com a Redução da Base de Cálculo em 58,825% consoante norma contida no Art. 268, XXVII do Dec. 13.780/12.

Promoveu as devidas correções nos demonstrativos de débito originários, a partir do expurgo dos valores indevidamente cobrados, nos Anexos 06 e 07, os quais foram substituídos pelos Anexo 06 - CORRIGIDO e ANEXO 07 – CORRIGIDO.

No que diz respeito ao produto MARGARINA, a Autuada claudica mais uma vez, quanto à correta classificação dos produtos, MARG BECEL PROACTIV 250g e BECEL MANTEIGA 250G conforme alegações contidas na sua peça de defesa, acostada à fl. 42, pelo fato de que, o primeiro produto, não é 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, previsto nos Art. 87, XXXI do RICMS - Dec. 6.284/97; e 268, XXVII do RICMS - Dec. 13.780/12.

Em obediência estrita, ao princípio da verdade material que norteia o Direito Tributário e objetivando instruir devidamente o processo em tela, foram juntadas ao presente PAF, cópias dos rótulos dos produtos supracitados, através do Anexo 16, os quais identificam, perfeitamente, a sua condição de "CREME VEGETAL", em detrimento da equivocada nomeação utilizada pela Impugnante, de que seriam "Margarina" e "Manteiga" e como tal, gozariam dos benefícios fiscais da Redução da Base de Cálculo, previstas nos supracitados Art. 87, XXXI do Dec. 6284/97 – (RICMS-BA) e Art. 266, XIX, do Dec. 13.780/12 - (RICMS-BA).

Diante do exposto produz novos demonstrativos de débito ANEXO 06 – CORRIGIDO e ANEXO 07 – CORRIGIDO, em substituição aos originários, Anexo 06 e Anexo 07, remanescendo um crédito total de ICMS em favor da Fazenda Estadual, referente à INFRAÇÃO 04 no valor de R\$481.587,68;

No que concerne à infração 06, o sujeito passivo alega que o Autuante desconsiderou as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária ou com isenção, tais como: brinquedos, derivados de farinha de trigo e hortifrutícolas”.

Quanto ao item IOGURTE, existe tratamento tributário diverso, entre as espécies lácteas, como sejam: IOGURTE - NCM 0403.10.00 (Regime de Antecipação Tributária - ICMS); Bebidas Lácteas e Leite Fermentado - NCM 0403.90.00 (Regime Normal de Tributação - ICMS) decorrendo daí, a autuação fiscal em tela.

Reconhece parcialmente, a pertinência das alegações da Autuada, somente, quanto ao produto "IOG NAT DESN BETANIA 170G", porquanto, efetivamente, trata-se de IOGURTE.

Quanto ao produto nomeado pela Impugnante como sendo, "IOGURTE COALHADA IND VIGOR 170G", paradoxalmente, a prova documental apresentada pela defendant, constante na fl. 125 do PAF, volta-se contra a suplicante, haja vista que informa a exata natureza do produto, como sendo "COALHADA" produto não somente diverso de Iogurte em suas propriedades alimentares, bem como, sob o ponto de vista do regime tributário do ICMS, como seja, Iogurte - mercadoria tributada pelo regime de antecipação tributária; enquanto, a Coalhada, submete-se ao Regime Normal.

Apresenta novo demonstrativo intitulado como ANEXO 10 - CORRIGIDO, remanescendo todos os demais produtos, pelas razões fáticas e de direito, supra aduzidas.

Junta rótulos dos produtos classificados como "Bebida Láctea" e "Leite Fermentado", erroneamente classificados pela Impugnante, como se IOGURTE fossem.

Quanto aos derivados de farinha de trigo, ocorre, que o Impugnante, desconsiderou o detalhe, de que são excluídas do Regime de Antecipação Tributária, as MASSAS FRESCAS, as quais se encontram incluídas na posição 1902.30.00, não fazendo parte, do grupo de classificação 1902.1 (massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo) e sim, do grupo 1902.30 (outras massas alimentícias), não sendo alcançadas pelo Regime de Antecipação Tributária.

Quanto aos produtos, "BOLO FUBÁ" e "BOLO MILHO 320", não são derivados de Farinha de Trigo, submetendo-se portanto, ao Regime Normal de Tributação pelo ICMS.

No que respeita às provas documentais, trazidas ao Processo pela Impugnante e acostadas às fls. 112 a 114 do PAF, estas, voltam-se contra a própria defendant, porquanto as Massas Frescas constantes nas Notas Fiscais alusivas às fls. 112 a 114 supracitadas, emitidas pelo fabricante dos produtos, comprovam o correto tratamento tributário aplicável, ou seja, o da tributação Normal e não o do Regime de Antecipação Tributária, pretendido pela Autuada.

Todavia, reconhece a pertinência das alegações da Autuada, quanto aos produtos: TUBETE REC CHO AVELA BARION 50g; TUBETES REC CHO AVE BARION 150g; PÃO DE ALHO C/QUEIJO 280G e TUBETE 1118 SIMP PAC FLOW 25g; os quais, são efetivamente incluídos no Regime de Antecipação Tributária, e por conta disso, terão seus valores devidamente expurgados do demonstrativo de débito, constantes nos Anexos 10 e 11, que serão substituídos pelos, ANEXO 10 - CORRIGIDO e ANEXO 11 - CORRIGIDO.

No que concerne aos produtos hortis, a defesa aponta como equívoco do Autuante "a pretensão da fiscalização de tributar com base na alíquota de 17% produtos que não sofrem a incidência tributária por estarem acobertados pelo benefício da isenção". Nesse passo, arrola as mercadorias "BP JARDINEIRA DE LEGUMES 300G, BPMIX LEGUMES 300G, MANGERICÃO DESIDRATA KITANO 7G, ERVA DOCE KITANO 40g, AÇAFRÃO KIVITA 50g, OREGANO KITANO KITAPACK KITANO 10g, ALECRIM KITANO PET 28g, MANGERICÃO KITANO PET 20g, PINHÃO KG, PAPRICA PICANTE KIVI 45g; e reproduz o texto do Art. 265, I, "a" do RICMS/BA (DEC. 13.780/12). Alega também a Impugnante, que a NCM das mercadorias denota que não passaram por nenhum processo de industrialização.

Aduz também a Autuada, que a fabricante dos produtos desidratados, interpôs consulta à GECOT, tendo a SEFAZ/BA se manifestado, que os seus produtos são isentos nas saídas internas e gozam de 60% nas saídas interestaduais.

Em contraposição às alegações de defesa da Autuada, informa que em virtude do envolvimento de produtos de natureza diversa e processamento industrial próprio, como sejam: produtos que adquiriram uma nova forma apresentação e identidade (legumes diversos + processamento =

Jardineira de Legumes/Mix de Legumes); os separou daqueles, que adquiriram, não somente, nova forma de apresentação, nova identidade e novas características (hortícolas em estado natural + processamento = Temperos Desidratados); e também do produto PINHÃO KG, classificado como sementes oleaginosas e não fruto, como pretende a Autuada. Analisa, separadamente, para que seja tornado mais claro, o entendimento das questões envolvidas.

Quanto ao BP JARDINEIRA DE LEGUMES e BP MIX DE LEGUMES, diferentemente do que afirma a Autuada, ao fixar-se tão somente no processo de congelamento, como método de conservação do produto, informa, que os legumes utilizados, são submetidos a um processo industrial, que envolve: o descasque, a higienização, corte e acondicionamento. (embalagem). Portanto, esses legumes diversos, submetidos a preparação (processo), resultam em um novo produto, ao qual foi agregado valor econômico, gerando portanto, uma nova identidade: Jardineira ou Mix de Legumes. Não se trata portanto de produtos in natura, há um processo de industrialização.

Da mesma forma, os produtos hortícolas desidratados, em contraposição às razões de defesa da Autuada, interpostas à fl. 46 do PAF, resultaram da submissão das matérias-primas em estado natural, a um processo industrial, envolvendo, a higienização, seleção, corte, secagem e acondicionamento (embalagem). Resultam em um novo produto, ao qual foi agregado valor econômico, gerando uma nova identidade e a qualidade de desidratados, diversa portanto, daqueles em estado natural, os quais são alcançados pelo benefício da Isenção, previsto nos Art. 14, I, "a" do Dec. 6.284/97 - (RICMS - BA) e Art. 265, I, "a" Dec. 13.780/12 - (RICMS - BA).

Como resultam em produtos industrializados: Temperos Desidratados, não há que se falar em gozo do benefício da isenção tributária pelo ICMS, para os temperos e ervas desidratadas, objeto da autuação fiscal ora em lide.

Quanto ao PINHÃO KG, trata-se de Semente Oleaginosa, cujas características a enquadram como produto sujeito a tributação Normal, pelo ICMS (NCM - 0802.90.00), inexistindo qualquer razão fática ou de direito, que lhe assegure o benefício da isenção. Para fins de comprovação reproduz, as classificações fiscais, constantes na TIPI.

A impugnante, alega em sua peça defensiva (fls. 46 e 47 do PAF) que a ocorrência de outro equívoco do Autuante foi não ter observado a NCM de alguns produtos, por se tratarem de brinquedos, sujeitos ao regime de ST, sendo eles: ALMOFADA DECORATIVA, FERRAMENTAS ELÉTRICAS, BAL, etc., pugnando que todos os produtos acima, estariam enquadrados na substituição tributária, item 7, do anexo 1. Em contraposição, aduz que estão sujeitos ao regime normal de tributação, e reproduz as classificações fiscais, constantes na TIPI, itens 85.16; 95.05; 95.06.

Reafirma a manutenção da cobrança originária, referente aos produtos supra.

Quanto aos isotônicos e energéticos, os produtos a seguir: CITRUS INDAIÁ UVA BM 330ML, SKINKA FRUTAS VERMELHAS 450ml, SKINKA FR ROXAS 450ML, são classificados como SUCO, e como tal, não se encontram enquadrados no Regime de Antecipação Tributária, como pretende a Autuada, não se tratam de isotônicos ou energéticos. Salienta a classificação fiscal, constante na TIPI:22.02 Águas, incluindo as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas e outras bebidas não alcoólicas, exceto sucos (sumos) de frutas ou de produtos hortícolas, da posição 20.09. Mantém a cobrança do item em sua totalidade.

Reconhece a pertinência das alegações da Autuada, contidas em sua peça defensiva (fls. 47 e 48 do PAF), quanto aos produtos ABS P SEIOS YORK C 12 e ABS P/SEIOS YORK 30UN, haja vista, que se encontram efetivamente, incluídos no Regime de Antecipação Tributária, (NCM 9619.00.00). Assim sendo, terão seus valores devidamente expurgados do demonstrativo de débito, constante no Anexo 10 o qual será substituído pelo ANEXO 10 – CORRIGIDO.

Reconhece a pertinência das alegações, quanto aos produtos: MMS CHOCOLATE BRAN 40GR, MM SG AMENDOIM 25G 24 X 18 25G e MM SG CHOC AO LEIT 25G 24 X 18 25G, haja vista, que se encontram efetivamente, incluídos no Regime de Antecipação Tributária, (NCM 1806.90.00), os

quais terão seus valores devidamente expurgados no demonstrativo de débito, constantes nos Anexo 10, Anexo 11 os quais serão substituídos pelos: ANEXO 10 - CORRIGIDO e ANEXO XI - CORRIGIDO;

Efetuados os necessários expurgos, remanesceu um crédito fiscal de ICMS em favor da Fazenda Estadual, referente à INFRAÇÃO 06 no valor de R\$286.158,70.

Quanto às Infrações 07 e 08, promoveu os competentes expurgos nos demonstrativos de débito originários, constantes nos Anexos 12, 13, 14, e 15, os quais, foram substituídos pelos: ANEXO 12 - CORRIGIDO; ANEXO 13 - CORRIGIDO; ANEXO 14 - CORRIGIDO e ANEXO 15 - CORRIGIDO, respectivamente.

Faz-se necessário que a destinatária das mercadorias, não reconheça a aquisição, que se insurge contra os emitentes dos documentos fiscais e promova a apresentação dos meios de prova, da não ocorrência do pedido comercial, desacordo ou o que o valha, vez que a prova material de tal situação deve ser promovida, através de ações emanadas das partes intervenientes (remetente/destinatário) e não, do Fisco.

Diante do exposto, mantém parcialmente as Infrações 07 e 08 e informa, que, após terem sido efetuados os necessários expurgos, decorrentes da localização dos registros fiscais dos documentos, originariamente considerados como ausentes, foram produzidos os Anexo 12 - CORRIGIDO; Anexo 13 - CORRIGIDO; Anexo 14 - CORRIGIDO e Anexo 15 - CORRIGIDO, que substituem os originários Anexos 12, 13, 14 e 15, respectivamente.

Desse modo, remanesceu um crédito tributário em favor da Fazenda Estadual, referente às: INFRAÇÃO 07 - R\$6.323,51 e INFRAÇÃO 08 - R\$6.718,79.

Ademais, ressalta a existência de previsão legal para redução da multa aplicada através do PAF, em lide, fato este, que descaracteriza a pugnação da Defendente. Nesse diapasão, reproduz a norma contida no Art. 45, da Lei 7014/96 de 04/12/1996.

Conclui pela MANUTENÇÃO PARCIAL do PAF ora em lide, assim discriminado: 1) INFRAÇÃO 01 - Mantida Integralmente no valor total de R\$52.124,95; 2) INFRAÇÃO 02 - Reconhecida Tacitamente pela Autuada, (maneve-se silente): valor total de R\$7.822,43; 3) INFRAÇÃO 03 - Reconhecida tacitamente pela Autuada, (maneve-se silente) valor total de R\$3.092,43; 4) INFRAÇÃO 04 - Mantida Parcialmente; Valor Total de R\$481.587,68; 5) INFRAÇÃO 05 - Reconhecida tacitamente pela Autuada, (maneve-se silente) Valor Total de R\$5.779,72; 6) INFRAÇÃO 06 - Mantida parcialmente: Valor total de R\$286.158,70; 7) INFRAÇÃO 07 - Mantida parcialmente Valor total R\$6.323,51 ; 8) INFRAÇÃO 08 - Mantida parcialmente - Valor total de R\$6.718,79.

Remanesce um crédito tributário em favor da Fazenda Pública Estadual, no valor total de R\$849.608,21 (oitocentos e quarenta e nove mil, seiscentos e oito reais e vinte e um centavos) + acréscimos legais pertinentes, demonstrativo de débito às fls. 180 a 183.

O autuado se manifesta, fls. 292 a 320, e quanto aos pallets, constantes na infração 01, destaca que não houve repercussão na arrecadação tributária. Fala da anulação do crédito pelo débito na saída, posto que visando estabelecer um controle e ao mesmo tempo legitimar o transporte dos mesmos, promoveu o lançamento do crédito e do débito fiscal, conforme a movimentação realizada de entrada ou saída.

Relata entendimento deste CONSEF, que considera improcedentes autuações idênticas por inexistir prejuízo ao erário. Frisa que deve ser levado em conta o fato de ausência de prejuízo para a arrecadação estadual em razão do lançamento do débito fiscal em montante equivalente ao crédito fiscal questionado.

Clama pela necessidade de apuração do imposto efetivamente devido, consoante o art. 142 do CTN.

Quanto ao leite em pó, o fato de o autuante somente ter admitido a redução de base de cálculo para o produzido no Estado, essa limitação imposta pelo Estado, por meio de carga majorada e

diferenciada nas operações interestaduais para mesma mercadoria, viola a Constituição Federal, em seu art. 150, V, e art. 152. O princípio da isonomia também impede o tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados.

Noticia que em sentenças proferidas na Fazenda Pública de Salvador, a impugnante obteve sucesso quanto à declaração da constitucionalidade da aplicação da redução da carga tributária apenas para o leite longa vida produzido no Estado. Nesse sentido, decisões no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e no Supremo Tribunal Federal.

Quanto aos derivados de farinha de trigo, ao contrário do afirmado pelo Autuante, os derivados de farinha de trigo aqui indicados, item 33.1 do Anexo 1 do RICMS/BA (Decreto Estadual 13.780/2012) – regime de substituição tributária –, não se enquadram na NCM 1902.3, como quer impor o Auditor, mas sim na NCM 1902.1 e 1905, como fizeram prova as notas fiscais colacionadas à Impugnação (doc. 04 da Impugnação), cuja reprodução colaciona.

No que concerne aos produtos hortifrutícolas, o autuante ignora Consulta GECOT trazida pela impugnante, na qual foi obtida resposta que as mercadorias aqui discutidas são isentas nas saídas internas e gozam de 60% nas saídas interestaduais.

Novamente o autuado se irresigna contra os isotônicos e energéticos Citrus indaiá Uva BM 330 ML, Skinka Frutas Vermelhas 450 ml, Skinka Fr Roxas 450 ML, sob o argumento de que se tratam de suco de fruta, mas o fato de possuir na fórmula suco de frutas não retira delas a condição de isotônico/energéticos. Não altera sua fórmula, nem a exclui da IN 04/2009, como pretende o auditor.

Clama pela improcedência das infrações 07 e 08, vez que não pode responder por eventual infração cometida por terceiros, fornecedor ou transportador, em especial quando se comportou conforme legislação vigente. Aduz que a norma do art. 450 do RICMS/2012, determina que o remetente/fornecedor escreiture o retorno da mercadoria, e não prevê que o destinatário/impugnante registre mercadoria que não deu entrada no estabelecimento, de forma que improcede a presente autuação.

Novamente discorre sobre a competência normativa do Decreto, e da produção das provas pelo fisco, no sentido de que o autuante inverte o ônus da prova e transfere para a impugnante o ônus de comprovar quando é dele a obrigação de provar.

Também aborda sobre o poder de fiscalização da Administração Pública. Requer que seja dado provimento à impugnação apresentada.

Em sessão de julgamento realizada em 29/06/2016, a 6ª JJF deliberou que o presente PAF retornasse à inspetoria de origem, para que o autuante retirasse da infração 04, os produtos leite em pó e composto lácteo em pó, inclusive fórmula infantil, compreendidos no período de 1/08/2013 a 31/12/2013. Foi ressaltado que deve ser mantida a exclusão promovida na informação fiscal, com relação ao produto Leitíssimo, fabricado na Bahia. (fl. 324).

O autuante em cumprimento à diligencia fiscal informa que procedeu ao seguinte: (fl. 331)

- os expurgos determinados;
- a manutenção das exclusões, originariamente apontadas;
- elaborou novo demonstrativo de débito;

Manifesta a sua discordância quanto ao entendimento alusivo ao item 1, que trata da infração 04, quanto a aplicação do benefício da redução da base de cálculo sobre as saídas do produto fórmula infantil, haja vista que, no seu entender, inexiste previsão legal de benefício para este produto.

O sujeito passivo manifesta-se quanto ao resultado da diligência e de início destaca que não procede o argumento fiscal de que não há previsão para a redução da base de cálculo para o

produto NAN 1 FORMULA INFANTIL 800G, pois a legislação estadual contempla também o leite em pó, com a redução de base de cálculo, o que é o caso.

Reafirma a sua defesa inicial quanto aos pallets, caixas plásticas, camisão térmico. Traz o entendimento do CONSEF, quanto a autuações idênticas, que considerou improcedentes. (Acordão CJF N° 0065-13/12; JJF N° 0273-01/13).

Clama pela necessidade de apuração do imposto efetivamente devido, consoante art. 142 do CTN, na infração 01, especificamente quanto aos produtos Leite em Pó e Longa Vida, Derivados de farinha de Trigo, Produtos Hortifrutícolas, Isotônicos e Energéticos.

Quanto às infrações 07 e 08, reafirma a improcedência com base em que não estaria obrigado a registrar nota fiscal cuja mercadoria não ingressou no estabelecimento.

Discorre sobre o poder de fiscalização da administração pública, e fala da produção de provas pelo fisco.

O autuante presta a informação fiscal, fl. 357 e reafirma, em sua totalidade, todas as informações prestadas anteriormente e pugna pela procedência parcial do Auto de Infração.

A 5ª JJF diligenciou à inspetoria de origem, fl. 360, para que fossem anexadas cópias em papel dos demonstrativos elaborados pelo autuante, cujo CD se encontra na fl. 330. Também que fossem elaborados novos demonstrativos, com o atendimento pleno do solicitado na diligência de fl. 324, caso não tenha sido retirado os produtos nela apontados.

Em cumprimento à diligência, diante do afastamento temporário do autuante, auditor fiscal estranho ao feito informa: (fl. 369)

- Acosta ao processo as cópias impressas do Anexo 07, corrigido.
- Esclarece que o autuante já havia cumprido *ipsis literis* a determinação contida na diligência fiscal, fl. 324, com o expurgo dos produtos leite em pó, composto lácteo em pó e formula infantil.
- Foram fornecidas cópias impressas ao Anexo 07 – Corrigido, bem como demonstrativo de débito da infração em comento, embora não tenha havido mais alteração, haja vista que os acertamentos do direito já haviam sido efetuados anteriormente, quando do cumprimento da diligência fiscal constante à fl. 324 do PAF.

O sujeito passivo manifesta-se, fls. 389 a 395, e argui com relação ao produto leite em pó e do tipo “longa vida”, que a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais para a mesma mercadoria viola a Constituição Federal em seu artigo 150, V, e art. 152, atropela o pacto federativo. Além disso o princípio da isonomia, art. 5º e 150, II da CF impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados.

Aduz que a solução da lide impõe duas respostas às seguintes questões:

1 – A teor da Carta Magna, é lícito aos Estados estabelecer diferença tributária entre bens de qualquer natureza, em razão de sua procedência?

2 – Sendo negativa a resposta, é válida regra do Decreto nº 7.826/2000 e, por sua vez, do RICMS, quando cria benefício de redução de base de cálculo para as operações internas com leite, mas limita o benefício aos produtos produzidos no Estado da Bahia?

Reproduz decisões emanadas pela 11ª Vara da Fazenda Pública, pela 2ª Vara da Fazenda Pública, ambas de Salvador, e decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido da constitucionalidade do tratamento diferenciado entre as operações internas e interestaduais para o mesmo produto. Também o Tribunal de Justiça da Bahia já se pronunciou sobre a questão.

Diante do exposto, conclui que o benefício concedido ao leite longa vida e leite em pó produzidos neste Estado de se estender também aos demais Estados, com tratamento igualitário aos produtos, independentemente da sua procedência.

O autuante ao se manifestar pugna pela manutenção parcial do Auto de Infração, no valor de R\$847.426,34. (fls. 399/400).

Mais uma vez, após ser cientificado, o sujeito passivo apresenta manifestação, fls. 407 a 411, na qual após citar decisões proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça da Bahia, bem como do Supremo Tribunal Federal, quanto a constitucionalidade da cobrança diferenciada entre os produtos Leite, produzidos na Bahia ou em outros Estados da Federação, clama que a única conclusão possível é no sentido de reconhecer que a limitação trazida no art. 1º do Decreto 7.826/00, é constitucional por afronta do art. 152 da CF/88, como já fora feito em processo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

Portanto o benefício concedido ao leite longa vida e leite em pó produzidos neste Estado (da Bahia) deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência.

Outrossim, a manutenção da constitucional exação só onerará o Estado, que terá de suportar o ônus da sucumbência na via judicial. Pede a improcedência do Auto de Infração, e reitera os termos da impugnação.

VOTO

Nego o pedido de perícia haja vista que os fatos arrolados na autuação não dependem de conhecimentos especializados para a sua elucidação, bem como os elementos constantes do PAF são suficientes para a formação de meu juízo de valor quanto às infrações em lide.

Destaco que o Auto de Infração em lide foi lavrado com a observância do art. 39 do RPAF/99, portanto apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Quanto à preliminar de nulidade da autuação, diante da incerteza quanto ao cumprimento do prazo de conclusão da fiscalização, que é de 90 dias, bem como pela falta de apresentação da Ordem de Serviço, por parte dos prepostos fiscais, o autuante alerta para o fato de que o autuado já havia sido previamente cientificado, não somente da Ação Fiscal a ser desenvolvida, bem como, sobre a Ordem de Serviço respaldadora de tal, que vem a ser a de nº 506435/15 e não, a desconhecida 505902/15, alegada pela Impugnante, conforme consta na Primeira Intimação Para Apresentação de Livros e Documentos, efetuada por escrito, junto a preposto da Autuada em 13/10/2015, cuja cópia, encontra-se originariamente acostada à fl. 17 do PAF ora em lide.

Portanto, como a primeira intimação para apresentação de livros e documentos data de 13/10/2015, e o Auto de Infração foi lavrado em 21/12/2015, obedeceu ao prazo da conclusão da fiscalização, cujo máximo seria de 90 dias.

No mérito, o Auto de Infração aponta o cometimento de 08 infrações, sendo que foram impugnadas as infrações 01, 04, 06, 07 e 08. Deste modo por terem sido reconhecidas as infrações 2, 3, 5, ficam mantidas.

Na infração 01, relativa à utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Caracterizado pelos materiais utilizados para acondicionamento, transporte e movimentação de mercadorias, tais como Pallets, Caixas Plásticas, Camisão Térmico etc, os quais não ensejam a apropriação de créditos fiscais de ICMS, haja vista que são consideradas como mercadorias na atividade desenvolvida pela autuada. Tudo discriminado conforme Demonstrativo de débito, constante no Anexo 01, juntado ao presente PAF, sob a forma de mídia gravada.

Foi constatado que, embora o sujeito passivo tenha se creditado desses valores, de operações contempladas com isenção, também se debitou, posteriormente, nas saídas, embora indevidamente, o que neutralizou o crédito fiscal indevido e assim não houve repercussão econômica. Portanto, embora tenha irregularmente se creditado de tais operações, também restou caracterizado o indébito fiscal e, consequentemente não cabe a exigência da glosa dos créditos

fiscais exigidos na infração 01. Essa decisão tem sido mantida em sede de Recurso, neste CONSEF, a exemplo do Acordão CJF nº 0147-12/17 e CJF Nº 0177-11/15.

Infração improcedente.

Na infração 04, está apontado que houve o recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Decorreu de erro na aplicação da alíquota, para os produtos arrolados nos demonstrativos de débito constantes nos Anexos 06 e 07, ambos juntados ao presente PAF, sob a forma de mídia gravada.

A autuação abrange os seguintes produtos: Leite Longa Vida, leite em pó e composto lácteo em pó; vinagre, margarina, que, segundo o impugnante, possuem redução de base de cálculo, tratamento diferenciado esculpida nos artigos 267, XXV, e art. 268, XXIX, ambos do RICMS/BA; e no art. 268, XXVII; Art. 266, XIX, c. do RICMS/BA.

No que diz respeito aos produtos "Leite em Pó" e "Compostos Lácteos", o período objeto da autuação fiscal, ora em lide, se inicia em 01/01/2012 e se finda em 31/12/2013, desse modo, encontra-se regido pelas normas dos Decretos 6.284/97, envolvendo o interstício de 01/01/2012 a 31/03/2012; e Decreto 13.780/12 (vigente), abarcando o interstício de 01/04/2012 a 31/12/2013. Nesse passo, o produto Leite Longa Vida, objeto da autuação fiscal em comento, é regido pelos decretos supracitados, cujos artigos pertinentes, reportam-se às fabricações neste Estado, posto que o pugnado benefício da Redução da Base de Cálculo, somente alcança os produtos fabricados no Estado da Bahia.

Todavia, nesse diapasão, o Autuante, reconhece a pertinência das alegações da Autuada, no que se refere ao Leite Longa Vida da marca "LEITISSÍMO", porquanto, este é efetivamente fabricado no Estado da Bahia. Desse modo, foram procedidos os competentes expurgos nos demonstrativos de débito originários, constantes nos Anexos 06 e 07.

Com a finalidade de sanear a infração o PAF foi diligenciado ao autuante, para que expurgasse do demonstrativo da infração os produtos leite em pó, composto lácteo em pó e formula infantil, constantes do período de 01/08/2013 a 31/12/2013, momento em que foram fornecidos ao contribuinte, cópias impressas do Anexo 7, corrigido, fls. 371 a 379 do PAF.

O Autuado alega que existe conflito entre os arts. 1º, 5º, 150, II e V, 152 e 155, II, § 2º, XII, "g", da CF/88 e o inciso XXXV, art. 87 do RICMS/97-BA, que reduziu a base de cálculo para a saída de leite produzido no Estado de forma que a carga tributária corresponda a 7%, pois a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, afronta o princípio da isonomia, assim como a proibição ao limite de tráfego em razão de sua origem, previsto na Carta Magna. Para tanto, transcreve emendas de acórdãos proferidos pelas 2ª e 11ª Varas da Fazenda Pública de Salvador, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Superior Tribunal Federal.

A saída de "Leite Tipo Longa Vida" a uma carga tributária de 7%, indiscriminadamente, seja fabricado na Bahia, ou não, infringe o Art. 87, XXXV, do RICMS/97-BA, que concede uma redução de base de cálculo para a carga tributária de 7% apenas aos produtos fabricados no Estado.

Com relação à origem do referido produto, destacamos que as únicas marcas comerciais fabricadas no Estado da Bahia são a Valedourado e a Alimba, produzidas pela empresa Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S/A - ILPISA, estabelecida na cidade de Itapetinga, sob Inscrição Estadual 51.109.077 e CNPJ 09.342.379/0097-34. Para estas duas marcas foram consideradas a redução da base de cálculo de 58,82%, redundando numa carga tributária de 7% e que nenhuma delas consta nos relatórios desta infração. Todas as demais marcas de "Leite Tipo Longa Vida" e que integram esta infração são fabricadas fora do Estado da Bahia e, portanto, sujeitas a alíquota de 17%.

Com relação ao argumento de que a Constituição não permite tal distinção, a teor do que dispõe o art. 167, inciso I, do RPAF/99, Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto Nº 7.629 de 09 de Julho de 1999, este órgão julgador não tem competência para apreciar questões de constitucionalidade de lei.

Acompanho o posicionamento adotado pelo autuante, com relação ao leite fabricado em outras unidades da Federação, e ressalto que este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual já firmou posicionamento pela procedência desta infração, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0007-11/15 proferido pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Quanto ao vinagre o Autuante, reconhece a pertinência das alegações contidas no primeiro parágrafo da sua peça de defesa, acostada à fl. 42 do PAF em lide, em relação ao produto CREME ACETO PAGANINI FRUTI 250ML, em virtude deste, ser efetivamente Vinagre, e por tal, beneficiado com a redução da Base de Cálculo em 58,825% consoante norma contida no Art. 268, XXVII do Dec. 13.780/12. Retificou o demonstrativo da infração, a partir do expurgo dos valores indevidamente cobrados, nos Anexos 06 e Anexo 07, os quais foram substituídos pelos Anexo 06 - CORRIGIDO e ANEXO 07 - CORRIGIDO

No que diz respeito ao produto MARGARINA, quanto à correta classificação dos produtos, MARG BECEL PROACTIV 250g e BECEL MANTEIGA 250G concordo com o entendimento de que o primeiro produto, não é 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, previsto no Art. 87, XXXI do RICMS - Dec. 6.284/97; e 268, XXVII do RICMS - Dec. 13.780/12.

Quanto ao segundo produto, intitulado pela Impugnante, como BECEL MANTEIGA 250, ao qual o contribuinte atribui a classificação como MANTEIGA e por tal, passível se um suposto benefício de Redução da Base de Cálculo, que reduziria a gravação tributária pelo ICMS, para a alíquota efetiva de 12%, consoante norma contida no Art. 266, XIX, do RICMS – Dec. 13.780/12, o benefício fiscal, também não lhe seria concedido, ainda que manteiga fosse, em virtude deste, ser outorgado apenas, às empresas fabricantes do produto, estabelecidas no Estado da Bahia, consoante a norma supracitada; todavia, não é esta a atividade da Impugnante.

Diante do exposto o autuante produz novos demonstrativos de débito CORRIGIDO, fls. 366 a 369, e ANEXO 07 – CORRIGIDO, fls. 371 a 379, remanescendo um crédito total de ICMS em favor da Fazenda Estadual, referente à INFRAÇÃO 04 no valor de R\$107.894,85; no que concordo. Infração procedente em parte.

Na infração 06 está sendo exigido ICMS por erro na aplicação da alíquota, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. A Autuada alega que o Autuante desconsiderou as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária ou com isenção, tais como: iogurte, derivados de farinha de trigo, produtos hortifrutiçolas, brinquedos, isotônicos e energéticos, absorvente, chocolate, os quais analisaremos de forma individualizada:

a) - IOGURTE

Quanto as alegações da Autuada, referentes ao item IOGURTE, estas não são procedentes, haja vista, que classificou generalizadamente os produtos, como "IOGURTE", sem observar a sua real identidade. Assim procedendo, considerou uma espécie (Iogurte), como se gênero fosse.

Ocorre, que existe tratamento tributário diverso, entre as espécies lácteas, como sejam: IOGURTE - NCM 0403.10.00 (Regime de Antecipação Tributária - ICMS); Bebidas Lácteas e Leite Fermentado - NCM 0403.90.00 (Regime Normal de Tributação - ICMS) decorrendo daí, a autuação fiscal em tela. Nesse diapasão, o autuante reconheceu parcialmente, a pertinência das alegações da Autuada, somente, quanto ao produto "IOG NAT DESN BETANIA 170G", porquanto, efetivamente, trata-se de IOGURTE.

Quanto ao produto nomeado pela Impugnante como sendo, "IOGURTE COALHADA IND VIGOR 170G", paradoxalmente, a prova documental apresentada pela defendant, constante na fl. 125 do

PAF, volta-se contra a suplicante, haja vista que informa a exata natureza do produto, como sendo "COALHADA" produto não somente diverso de Iogurte em suas propriedades alimentares, bem como, sob o ponto de vista do regime tributário do ICMS, como seja, Iogurte - Mercadoria tributada pelo Regime de Antecipação Tributária; enquanto, a Coalhada, submete-se ao Regime Normal.

O autuante apresenta novo demonstrativo intitulado como ANEXO 10 - CORRIGIDO, remanescendo todos os demais produtos, pelas razões fáticas e de direito, supra aduzidas.

b) DERIVADOS DE FARINHA DE TRIGO

Quanto aos derivados de farinha de trigo, ocorre, que o Impugnante, desconsiderou de que são excluídas do Regime de Antecipação Tributária, as MASSAS FRESCAS, as quais se encontram incluídas na posição 1902.30.00, não fazendo parte, do grupo de classificação 1902.1 (massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo) e sim, do grupo 1902.30 (outras massas alimentícias), não sendo alcançadas pelo Regime de Antecipação Tributária.

Quanto aos produtos, "BOLO FUBÁ" e "BOLO MILHO 320", não são derivados de Farinha de Trigo, submetendo-se portanto, ao Regime Normal de Tributação pelo ICMS.

No que respeita às provas documentais, trazidas ao Processo pela Impugnante e acostadas às fls. 112 a 114 do PAF, estas, voltam-se contra a própria defendant, porquanto as Massas Frescas constantes nas Notas Fiscais constantes nas Notas Fiscais alusivas às 112 a 114 supracitadas, emitidas pelo fabricante dos produtos, comprovam o correto tratamento tributário aplicável, ou seja, o da tributação Normal e não o do Regime de Antecipação Tributária, pretendido pela Autuada.

Todavia, o autuante reconhece a pertinência das alegações da Autuada, quanto aos produtos: TUBETE REC CHO AVELA BARION 50g; TUBETES REC CHO AVE BARION 150g; PÃO DE ALHO C/QUEIJO 280G e TUBETE 1118 SIMP PAC FLOW 25g; os quais, são efetivamente incluídos no Regime de Antecipação Tributária, e por conta disso, tiveram seus valores devidamente expurgados dos demonstrativos de débito, constantes nos Anexos 10 e 11, substituídos pelos, ANEXO 10 - CORRIGIDO e ANEXO 11 - CORRIGIDO.

c) PRODUTOS HORTIFRUTÍCOLAS

No que concerne aos produtos hortifrutícolas, a defesa aponta como equívoco do Autuante " a pretensão da fiscalização de tributar com base na alíquota de 17% produtos que não sofrem a incidência tributária por estarem acobertados pelo benefício da isenção". Nesse passo, arrola as mercadorias "BP JARDINEIRA DE LEGUMES 300G, BPMIX LEGUMES 300G, MANGERICÃO DESIDRATA KITANO 7G, ERVA DOCE KITANO 40g, AÇAFRÃO KIVITA 50g, OREGANO KITANO KITAPACK KITANO 10g, ALECRIM KITANO PET 28g, MANGERICAO KITANO PET 20g, PINHÃO KG, PAPRICA PICANTE KIVI 45g; e reproduz o texto do Art. 265, I, "a" do RICMS/BA (DEC. 13.780/12). Alega também a Impugnante, que a NCM das mercadorias denota que não passaram por nenhum processo de industrialização.

Aduz também a autuada, que a fabricante dos produtos desidratados, interpôs consulta à GECOT, tendo a SEFAZ/BA se manifestado, que os seus produtos são isentos nas saídas internas e gozam de 60% nas saídas interestaduais.

Evoca ainda a Defendente, à fl. 45 da sua peça de defesa (fl. 45 do PAF), que em relação aos hortifrutis, o "congelamento do vegetal não altera suas características ou composição química, nem configura qualquer tipo de transformação ou processamento, permanecendo o produto tal qual fora retirado da natureza".

O autuante passa a analisar, separadamente, o entendimento das questões envolvidas:

BP JARDINEIRA DE LEGUMES E BP MIX DE LEGUMES:

Informa que os legumes são submetidos a um processo industrial que envolve: o descasque, a higienização, corte e acondicionamento. Assim, geram um novo produto, com uma nova identidade: Jardineira ou Mix de Legumes.

PRODUTOS HORTÍCOLAS E DESIDRATADOS

Também resultaram da submissão das matérias-primas em estado natural, a um processo industrial, envolvendo a higienização, seleção, corte, secagem e acondicionamento. Resultam, portanto, em um novo produto com seu valor econômico potencializado pela adição do processo. São produtos industrializados.

Assim, os produtos hortícolas desidratados, em contraposição às razões de defesa da Autuada, interpostas às fls. 44 a 46 do PAF, resultaram da submissão das matérias-primas em estado natural, a um processo industrial, envolvendo, a higienização, seleção, corte, secagem e acondicionamento (embalagem). Resultam em um novo produto, ao qual foi agregado valor econômico, gerando uma nova identidade e a qualidade de desidratados, diversa portanto, daqueles em estado natural, os quais são alcançados pelo benefício da Isenção, previsto nos Art. 14, I, "a" do Dec. 6.284/97 - (RICMS - BA) e Art. 265, I, "a" Dec. 13.780/12 - (RICMS - BA).

PINHÃO KG

Semente oleaginosa, cujas características a enquadram como produto sujeito a tributação normal, pelo ICMS (NCM - 0802.90.00), e não há razão para a isenção.

d) BRINQUEDOS E OUTROS PRODUTOS.

Quanto ao argumento de que foram autuados, erroneamente considerados, por se tratarem de brinquedos, sujeitos ao regime de ST, sendo eles: ALMOFADA DECORATIVA, FERRAMENTAS ELÉTRICAS, BAL. SORT. ZERINHO 100, BALÃO CORAÇÃO 6 VERM, BALÃO L.65 VD LIMÃO, BALÃO LISO 65 LILAS, BALÃO LISO 65 PRETO, CONJUNTO DE CHA 14PCS, FRIGIDEIRA ACESSORIO, KC BALÃO 250 SORT, KC BALÃO AMAR. C/50, KC BALÃO AZ C/50, KC BALÃO ROSA C/50, KC BALÃO VERM C/50, PISC INF 128L 57403 128 L, PISCINA DE BOLINHA, PISCINA ESTRELA DO MAR, PISCINA INFANTIL FLORES PLAST, POLTRONA GUARUJA 58889 e POLTRONA PISC DOBRAV.", o autuante, em contraposição, aduz que estão sujeitos ao regime normal de tributação, e reproduz as classificações fiscais, constantes na TIPI, e reafirma a manutenção dos mesmos na exigência fiscal.

e) ISOTÔNICOS E ENERGÉTICOS

Quanto aos isotônicos e energéticos, o autuante refuta que os produtos CITRUS INDAIÁ UVA BM 330 ML, SKINKA Frutas Verm, 450 ml. Skinka frutas Rxas, 450 ml, estão sujeitos ao regime de pauta fiscal, de acordo com a Instrução Normativa 04/2009, posto que se tratam de suco de frutas, e como tal não se encontram enquadrados no regime de antecipação tributária. Junta rótulos dos produtos, indicando a sua real identidade: Suco. Reafirma a manutenção da cobrança deste item.

f) ABSORVENTE

O autuante reconhece a pertinência das alegações da Autuada, contidas em sua peça defensiva (fls. 47 e 48 do PAF), quanto aos produtos ABS P SEIOS YORK C 12 e ABS P/SEIOS YORK 30UN, haja vista, que se encontram efetivamente, incluídos no Regime de Antecipação Tributária, (NCM 9619.00.00). Assim sendo, terão seus valores devidamente expurgados do demonstrativo de débito, constante no Anexo 10 o qual será substituído pelo ANEXO 10 – CORRIGIDO.

g) CHOCOLATE

Reconhece a pertinência das alegações, quanto aos produtos: MMS CHOCOLATE BRAN 40GR, MM SG AMENDOIM 25G 24 X 18 25G e MM SG CHOC AO LEIT 25G 24 X 18 25G, haja vista, que se encontram efetivamente, incluídos no Regime de Antecipação Tributária, (NCM 1806.90.00), os quais terão seus valores devidamente expurgados no demonstrativo de débito, constantes nos Anexo 10, Anexo 11 os quais serão substituídos pelos: ANEXO 10 - CORRIGIDO e ANEXO XI - CORRIGIDO;

Efetuados os necessários expurgos, remanesceu um crédito fiscal de ICMS em favor da Fazenda Estadual, referente à INFRAÇÃO 06 no valor de R\$286.158,70, no que concordo. Infração parcialmente procedente.

Quanto às Infrações 07 e 08, o autuante efetuou as verificações das notas fiscais suscitadas pela defesa, e quando comprovados os registros dos documentos fiscais, promoveu os competentes expurgos nos demonstrativos de débito originários, constantes nos Anexos 12, 13, 14, e 15, os quais, foram substituídos pelos: ANEXO 12 - CORRIGIDO; ANEXO 13 - CORRIGIDO; ANEXO 14 - CORRIGIDO e ANEXO 15 - CORRIGIDO, respectivamente.

Não acato a alegação de que o sujeito passivo não estaria obrigado a registrar os documentos fiscais referentes às mercadorias rejeitadas na sua entrega.

É que as infrações são decorrentes da falta de escrituração de notas fiscais eletrônicas enviadas ao banco de dados da SEFAZ, quando da entrada, respectivamente, de mercadorias tributáveis e não tributáveis. Desta forma, o levantamento fiscal que originou a presente infração não é proveniente de um sistema de Controle de Fronteiras, montado pela Administração Fazendária do Estado da Bahia, no qual registra todas as entradas e saídas de mercadorias originadas de outros Estados ou destinadas a outras Unidades da Federação, como ressaltaram os autuantes.

A captura dos referidos documentos fiscais, como antigamente, pelo CFAMT, tornou-se desnecessário com o advento do SPED, que criou a nota fiscal eletrônica, cuja existência é apenas digital, em conformidade com o § 1º da cláusula primeira do ajuste SINIEF 07/05.

O ponto central da defesa, repetidamente relatada pelo Autuado, consiste no fato de que as mercadorias não chegaram a ingressarem seu estabelecimento, por terem sido rejeitadas. Ocorre que quando as mercadorias retornam por meio do próprio DANFE, após as devidas observações do destinatário, o remetente é obrigado a emitir nota fiscal de entrada, fazendo menção a chave do documento fiscal de origem, conforme pode ser verificado em parte da tabela abaixo extraído do Anexo I (Leiaute da NF-e) do Manual de Orientação dos contribuintes emissores de NF-e:

#	ID	Campo	Descrição	Ele	Pai	Tipo	Ocorrência	tamanho	Dec.	Observação
17	B13	refNFe	Chave de acesso da NF-e referenciada	CE	B12a	N	1-1	44		Utilizar esta TAG para referenciar uma Nota Fiscal Eletrônica emitida anteriormente, vinculada a NF-e atual.

Esta exigência permite que o Sistema Informatizado de Auditoria Fiscal (SIAF) gere uma rotina prevendo tal situação. Além disso, a Cláusula sétima, § 7º, do acima citado ajuste SINIEF, determina que o emitente da NF-e, obrigatoriamente, encaminha ou disponibiliza download do arquivo da NF-e e seu respectivo Protocolo de Autorização de Uso ao destinatário e ao transportador contratado, imediatamente após o recebimento da autorização de uso da NF-e.

Outrossim, o reclamante pode verificar a autenticidade dos documentos por meio da rede mundial de computadores em site específico, em consonância com a cláusula décima quinta do mencionado ajuste (SINIEF 07/05).

Portanto, cabe ao Impugnante desconstituir a presunção mediante provas que disponha, o que não foi feito em sua totalidade.

Tal fato enseja as situações previstas nos artigos 142 e 143 do RPAF/99, os quais dispõem que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório, cuja informação esteja necessariamente em seu poder, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o Sujeito Passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Esse é o entendimento que vem se tornando predominante nesse Egrégio Conselho de Fazenda Estadual, conforme pode ser constatado nos acórdãos proferidos nas câmaras superiores de nºs 0022-12/14, 0389-11/14, 0085-12/15, 0134-11/15, 0239-03/15 e 0301-12/15, especialmente este último por trazer um embasamento mais completo, reunindo todos os argumentos das decisões mais recentes.

Diante do exposto, o autuante reafirma a manutenção parcial das Infrações 07 e 08 após terem sido efetuados os necessários expurgos, decorrentes da localização dos registros fiscais dos documentos, originariamente considerados como ausentes, foram produzidos os Anexo 12 - CORRIGIDO; Anexo 13 - CORRIGIDO; Anexo 14 - CORRIGIDO e Anexo 15 - CORRIGIDO, que substituem os originários Anexos 12, 13, 14 e 15, respectivamente.

Desse modo, remanesceu um crédito tributário em favor da Fazenda Estadual, referente às: INFRAÇÃO 07 - R\$6.323,51 e INFRAÇÃO 08 - R\$6.718,79, no que acompanho.

Quanto à alegação de confisco da multa aplicada, a apreciação de matéria que envolve inconstitucionalidade, extrapola o campo de competência legal deste CONSEF, a teor do que dispõe o art. 167, I do RPAF/99, Decreto 7.629/99.

Ressalto a existência de previsão legal para redução das multas aplicadas conforme a norma contida no Art. 45, e 45-B, da Lei 7014/96 de 04/12/1996.

Em conclusão, concluo pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, assim discriminado: 1) INFRAÇÃO 01 - Improcedente 2) INFRAÇÃO 02 - Reconhecida tacitamente pela Autuada, (maneve-se silente): valor total de R\$7.822,43 ; 3) INFRAÇÃO 03 - Reconhecida tacitamente pela Autuada, (maneve-se silente) valor total de R\$3.092,43; 4) INFRAÇÃO 04 - Mantida parcialmente; Valor total de R\$107.894,85; 5) INFRAÇÃO 05 - Reconhecida tacitamente pela Autuada, (maneve-se silente) Valor total de R\$5.779,72; 6) INFRAÇÃO 06 - Mantida parcialmente: Valor total de R\$286.158,70; 7) INFRAÇÃO 07 - Mantida parcialmente. Valor total R\$6.323,51; 8) INFRAÇÃO 08 - Mantida parcialmente - Valor total de R\$6.718,79.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Infração 06)

Cumpre inicialmente observar que a nossa divergência em relação ao voto proferido pela Sra. Relatora deste PAF se restringe à exigência de ICMS, na infração 06, sobre as saídas promovidas pelo estabelecimento autuado dos produtos classificados com “iogurtes”, adquiridos pelo contribuinte em operações acobertadas por nota fiscais emitidas por seus fornecedores com a devida retenção do ICMS por substituição tributária (ICMS-ST). Trata-se, portanto, de divergência parcial, ou seja, não alcança a totalidade das cobranças lançadas no item 06 do Auto de Infração.

O produto iogurte, classificado na posição NCM 0403.1, é mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária interna na legislação do Estado da Bahia e se encontra listado no anexo I do RICMS/12 (Dec. nº 13.780/2012), no item 21, com a seguinte descrição: *Iogurte - 0403.1 – MVA's nas operações interestaduais: 56,87% (Alíq. 7%); 48,43% (Alíq.12%) e 40% (MVA nas operações internas)*

A título de exemplo a defesa anexou na peça impugnatória, para fins meramente ilustrativos das suas alegações, a Nota Fiscal de aquisição nº 052.983 (doc. fl. 125), que documenta a entrada desses produtos no estabelecimento autuado com a correspondente retenção do ICMS-ST na etapa de circulação promovida pelo estabelecimento fornecedor/fabricante. Em relação a todos os produtos enumerados naquele documento fiscal, abrangendo iogurtes naturais, integrais, desnatados, coalhada e adicionados com mel, a exigência de ICMS na saída subsequente é indevida, pois trata-se, conforme já ressaltado acima, de operações com mercadorias que estão enquadradas no regime da ST interna e nova cobrança de imposto implicaria em “*bis in idem*” tributário (dupla tributação), situação que é vedada em nosso ordenamento jurídico, especialmente em razão do fato das operações anteriores terem sido tributadas por antecipação, com encerramento da incidência do imposto nas etapas posteriores de circulação das mercadorias.

Pelas razões acima expostas acolho as alegações defensivas quanto à inexigibilidade do ICMS nas saídas subsequentes dos produtos classificados como “iogurtes”, da posição na NCM 0403.1.000, cujas operações devem ser excluídas do Auto de Infração, englobado as exigências fiscais que recaíram sobre os seguintes itens: IOGURTE DESN BETANIA MEL 900G, IOGURTE LIQ NATURIS SOJA AMEIXA 180G, IOGURTE LIQ NATURIS SOJA BANMAC 180G, IOGURTE LIQ NATURIS SOJA MORANG 180G, IOGURTE NAT DESN BETANIA 170G, IOGURTE BETANIA MORANG 900G, IOGURTE

LIQ MOR NESTL 180G, IOGURTE LIQ PES NESTL 180G, IOGURTE POLPA CHAMYT.CER NESTLE 130G, IOGURTE. LIQ LIGHT MOLICO 170G, IOGURTE. LIQ. MOLICO DUAL AMEIXA 170G, IOGURTE COALHADA IND VIGOR 170G, IOGURTE NATURIS SOJA BANMAC 400G, IOGURTE NATURIS SOJA FRU VERM 400G, tudo conforme descrição contida nas Notas Fiscais integrante do anexo (doc. 04 da peça de defesa).

Deixo, todavia, de proceder à quantificação dessas exclusões no Demonstrativo de Débito da Infração 06, visto que o nosso entendimento não foi acolhido pelos demais membros do colegiado da Junta de Julgamento e a apuração dos novos valores demandaria a remessa dos autos para que o autuante elaborasse outro Demonstrativo com as retiradas das operações de saídas dos iogurtes.

Em relação às demais ocorrências do Auto de Infração acompanho o voto proferido pela Sra. Relatora.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206911.0010/15-7**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$410.748,13**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, “a”, “f” e VII “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$13.042,30**, previstas nos incisos IX e XI da citada Lei, mais os acréscimos moratórios previstos na Lei 9.837/05.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE