

**A. I. Nº** - 298616.0007/17-3  
**AUTUADO** - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A ILPISA  
**AUTUANTE** - ANDRÉ LUIZ SOUZA AGUIAR  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 22/11/2017

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0216-03/17**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO INDEVIDO. a) MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** Comprovado trataram-se de material promocional, embalagem e brindes. Mantida a acusação do crédito indevido quanto à aquisição de brindes por falta do recolhimento previsto no art. 389 do RICMS/12. Infração subsistente em parte. **b) LANÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE.** Defesa concorda com a acusação fiscal. Infração subsistente. **c) FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL DE CRÉDITO FISCAL.** Carga tributária definida pela legislação do ICMS para leite em pó, composto lácteo em pó e leite de gado tipo longa vida (esterilizado), nas operações internas, é de apenas 7%. Não é permitido creditamento de ICMS em valor superior ao calculado pela alíquota definida pela legislação. Infração subsistente. **d) FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL DE CRÉDITO FISCAL.** Redução da base de cálculo apenas ao leite produzido em território baiano. Autuada tanto adquiriu leite produzido no território da Bahia quando o leite produzido no estado de Alagoas. Verificado que em todas as saídas foram aplicadas indistintamente a redução da base de cálculo. É devido estorno do crédito fiscal a todas as entradas de forma a equalizar o tratamento tributário. Infração subsistente **e). FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS UTILIZADAS PARA FINS ALHEIOS À ATIVIDADE DO ESTABELECIMENTO.** Não comprovada alegação de tratar-se de matéria prima. Não foi apurado venda da produção do estabelecimento decorrente das entradas objeto da autuação. Infração subsistente. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES PARA USO OU CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO.** Comprovado trataram-se de aquisições para distribuição como brindes e embalagens. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 14/06/2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$653.601,75, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 – 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Referente ao período de JAN A MAI, JUL E NOV/2013; FEV A JUN, SET A DEZ/2014; JAN A MAI/2015. No valor de R\$51.285,60;

Infração 02 – 01.02.20 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade. Referente ao período de MAI E NOV/13; JAN A JUN, AGO E

NOV/14. No valor de R\$7.590,04;

Infração 03 – 01.05.03 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Referente ao período de JAN E SET/13; JAN/14; JAN A MAR, JUL A SET/15. No valor de R\$33.571,42;

Infração 04 – 01.05.03 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Referente ao período de JAN E FEV, ABR, JUN A DEZ/13; JAN A MAR, MAI A DEZ/14; JAN A ABR, JUN, AGO A DEZ/15. No valor de R\$60.986,75.

Infração 05 – 01.05.16 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias utilizadas em fins alheios à atividade do estabelecimento. Referente ao período de FEV A DEZ/13; JAN A DEZ/14; JAN A NOV/15. No valor de R\$463.451,65.

Infração 06 – 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do próprio estabelecimento. Referente ao período de JAN A MAR, MAI, JUN, AGO, SET E NOV/13; FEV, MAR, MAI, SET, OUT/14; JAN A JUN/15. No valor de R\$36.716,29.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 349 a 364, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

Assevera inicialmente que a totalidade do Auto de Infração se provará totalmente improcedente, por não se configurar infração a qualquer dispositivo legal, a exceção da Infração 02, cuja duplicidade de lançamento concorda que, de fato, ocorreu por erro da Impugnante.

Destaca que ao examinar o demonstrativo fiscal relativo à infração 01, verificou que praticamente a totalidade dos itens glosados pela Fiscalização se refere a aquisições de mercadorias que irão acompanhar os produtos comercializados pela Impugnante, seja como brindes, seja como embalagens, como será a seguir demonstrado.

Afirma a defesa que a Impugnante fornece alguns brindes a seus clientes e que no exercício de 2013, do total glosado de R\$ 26.846,12, o montante no valor de R\$ 22.277,68, se refere a aquisição de canecas, conforme pode ser verificado no demonstrativo fiscal, e que tem como finalidade acompanhar as vendas dos produtos, em campanhas promocionais.

Explica que a fiscalização errou quando entendeu que as referidas canecas foram adquiridas como sendo de material para consumo do estabelecimento, pois, na realidade, estas canecas foram adquiridas para acompanhar os produtos nas vendas, em campanhas promocionais, conforme gravura que plota em sua defesa.

Ressalta que houve um único equívoco cometido pela Impugnante, com relação às aquisições dessas canecas, que afirma ter sido a utilização do CFOP 2.556 em duas dessas aquisições, ocorridas em março de 2013, as quais foram acobertadas pelas notas fiscais nº 2938 e 2939.

Assevera que este erro levou a Fiscalização a entender tratar-se de material para consumo do estabelecimento, quando, entende estar comprovado que se referem a aquisições para acompanhar produtos destinados a vendas.

Ainda quanto ao exercício de 2013, salienta que os demais itens que compõem o demonstrativo fiscal se referem a aquisição de ‘Caixa Display Celebridades 200g’ e ‘Caixa Display Celebridades 400g’, onde, aduz que mais uma vez, a Fiscalização se equivocou ao concluir tratarem-se de itens destinados ao consumo do estabelecimento, quando, na realidade se refere às embalagens dos chocolates de marca “Celebridades”, fabricado pela Impugnante, conforme pode ser abaixo verificado.

Explica que neste caso específico das caixas display, verifica-se no próprio demonstrativo elaborado pelo fisco que a Impugnante utilizou corretamente o CFOP 2101 para classificar tais

aquisições, entretanto, a Fiscalização, por mera presunção, entendeu que se tratavam de materiais de consumo do estabelecimento e glosou os referidos créditos fiscais a que fazia jus a Impugnante.

Quanto ao exercício de 2014, diz que da mesma forma se verifica que do total autuado de R\$ 16.202,07, o montante de R\$ 14.427,00 se refere a aquisição de caixas display, ou seja, o equivalente a praticamente 90% do total autuado neste ano. Apresenta ilustração das caixas display do chocolate de marca “Inevitável”, também produzido pela Impugnante no exercício de 2014. Explica que essas caixas servem para acompanhar os chocolates para venda.

Por fim, Tratando do exercício de 2015, cujo total autuado foi de R\$ 8.237,41, aponta que o percentual equivalente a 99% se refere também a aquisições de caixas display, e que, portanto, resta demonstrado que não se referem a materiais destinados a consumo do estabelecimento, como assim entendeu o fisco.

Requer a Impugnante a total improcedência dessa Infração 01, pois essas mercadorias não se enquadram no conceito de material de consumo, e, como tal, não estão sujeitas à glosa de créditos fiscais de ICMS, como assim procedeu o fisco.

Em relação a infração 03 explica que refere-se a falta de estorno dos créditos de ICMS nas entradas de leite em pó, transferidos da sua fábrica situada em Itapetinga – BA, pois, segundo o RICMS-BA, caso as saídas subsequentes ocorram com redução da base de cálculo fixada, o crédito somente poderá ser utilizado até o limite percentual da carga tributária.

O que ocorre é que o estabelecimento da Impugnante, no período fiscalizado, além desenvolver a atividade de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, também desenvolvia a atividade de fabricação de produtos derivados do cacau e de chocolates, conforme afirma demonstrar com a ilustração de seu COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL NA RECEITA FEDERAL, onde se verifica a previsão como atividade secundária de “10.93-7-01 - Fabricação de produtos derivados do cacau e de chocolates”.

Diz que por possuir essas duas atividades no mesmo estabelecimento, o produto leite em pó, que era transferido do seu estabelecimento industrial de Itapetinga – BA, era utilizado tanto para revenda, quanto para utilização como insumo na fabricação de chocolates.

Explica que o leite em pó utilizado como insumo era sempre na embalagem de 25 kg, enquanto que o leite em pó cuja entrada se dava para revenda era em embalagens menores, próprias para consumo, conforme gravuras que apresenta do produto “Leite em pó Sachê integral 200g”.

Assevera que no demonstrativo fiscal nos exercícios de 2013, 2014 e 2015, verifica-se que a totalidade das entradas glosadas se refere a leite em pó com embalagens de 25 kg. E que isso significa que estas aquisições de leite foram utilizadas como matéria-prima para fabricação de chocolates, e que, por isso não teriam as saídas subsequentes com redução de base de cálculo, já que os chocolates são produtos sujeitos ao regime de substituição tributária.

Ressalta que por ser a marca VALEDOURADO conhecida neste município é de fácil percepção que as embalagens de leite em pó colocadas nas prateleiras dos mercados são aquelas de 200g. E que em sentido contrário, uma embalagem de 25 kg não parece ser própria para revenda, mas para utilização como insumos na fabricação de chocolates.

Requer a Impugnante a total improcedência dessa Infração 03, visto que as saídas subsequentes dos produtos objeto da glosa – chocolates – estão sujeitos ao regime de substituição tributária do ICMS, e, portanto, sem redução de base de cálculo.

Quanto à infração 04, diz que a Fiscalização entendeu que a Impugnante deveria efetuar o estorno dos créditos do ICMS que foram aproveitados por ocasião da entrada de leite em pó e leite UHT transferidos da sua unidade situada em outra unidade da federação (Alagoas), de maneira que a alíquota máxima de creditamento correspondesse a 7%, já que tais produtos possuem redução da base de cálculo de ICMS nas operações internas.

Inicialmente, alega a defesa que em relação às transferências interestaduais de que trata essa Infração 04, as quais se referem às entradas de leite em pó de 25 kg, as razões defensivas remetem ao item anterior tratado acima, e solicita também a sua improcedência, pois tais entradas se referem a insumos para fabricação de chocolates.

Já em relação às demais entradas de leite em pó, que se apresentam em embalagens menores, como também às entradas de leite UHT, a Impugnante aduz que ao analisar os dispositivos legais supostamente infringidos (art. 268, incisos XXV e XXIX, do RICMS-BA/2012), se percebe que somente os produtos fabricados na Bahia é que possuem previsão de redução de base de cálculo do ICMS para 7%.

Salienta que se o próprio enunciado desta Infração e também o demonstrativo elaborado pela Fiscalização reconhecem que o leite em pó e o leite UHT foram produzidos na sua unidade fabril em Alagoas e posteriormente transferidos para serem comercializados pela sua filial na Bahia, não há que se falar em estorno de crédito nessas operações de entradas, visto que tais produtos não são alcançados pela redução da base de cálculo prevista no artigo 268, incisos XXV e XXIX, do RICMS-BA/2012.

Ressalta que é irrelevante o fato da Impugnante ter ou não realizado as saídas subsequentes de tais produtos com as referidas reduções, já que a infração se refere unicamente a falta de estorno de crédito fiscal de ICMS incidente nas entradas de mercadorias transferidas de outra unidade da federação.

Registre-se que não existe nos autos a comprovação de que as saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo do ICMS e nem que a Impugnante está afirmando o contrário, apenas está sendo dito que a acusação feita contra a Impugnante, de que deveriam ter sido estornados os créditos até o limite de 7%, não procede, visto que, para essas mercadorias transferidas de outros estados não lhe são permitidas realizar saídas subsequentes com redução de base de cálculo do ICMS.

Pede que o objeto da Autuação seja analisado de outra forma, e sugere que se imagine que num momento posterior, *“em uma nova ação fiscal, se verifique que as saídas desses produtos, fabricados em outros estados, ocorreram indevidamente com redução da base de cálculo do ICMS”*.

Pondera que em *“ocorrendo essa hipótese, certamente a Fiscalização iria lavrar uma nova infração com a acusação de aplicação indevida da redução da base de cálculo do ICMS nas saídas de mercadorias fabricadas em outro estado, ou seja, a Impugnante seria duplamente penalizada: primeiramente, ao ser exigido o estorno dos créditos nas entradas, objeto da infração ora combatida, e, posteriormente, no momento da ocorrência da situação descrita nesse exemplo hipotético, ao ser exigido a complementação da alíquota em função da aplicação indevida da redução da base de cálculo”*.

Afirma haver constatado que a Fiscalização apresentou como enunciado da infração a falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, partindo da premissa que a Impugnante deu saída de mercadorias com redução de base de cálculo do ICMS, sem amparo legal para tal procedimento.

Assevera que, se o fato verificado foi à saída subsequente de mercadorias fabricadas em outra UF com redução indevida da base de cálculo do ICMS, esta deveria ter sido o enquadramento da infração, e não o enquadramento original, de que deveria haver o estorno dos créditos por ocasião das entradas.

Diz que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, prevê expressamente nos seus dispositivos as hipóteses de nulidade do lançamento do ofício, e cita com paradigma a alínea “a” do inciso IV do Art. 18 e o art. 19 ambos do RPAF, reproduzindo o seu texto em seguida.

Requer a Impugnante que seja declarada a nulidade desta Infração 04 em relação ao leite UHT e ao leite em pó de embalagens próprias para a venda. Já em relação ao leite em pó de embalagens

de 25 kg, requer a Impugnante a total improcedência do lançamento, visto que se tratam de produtos a serem utilizados como insumos na fabricação de chocolates.

Em relação à infração 05 lembra que no item anterior foi mencionado pela Impugnante que a Fiscalização não percebeu que o estabelecimento autuado tinha como atividade principal a de comércio atacadista de produtos alimentícios e como atividade secundária a de fabricação de produtos derivados do cacau e chocolates.

E que sendo assim, quando a empresa ainda estava em atividade, pois informa que foi desativada em meados de 216, havia neste mesmo estabelecimento tanto a fabricação de chocolates, quanto o armazenamento e posterior comercialização dos produtos derivados do leite, transferidos das suas unidades industriais de Itapetinga – BA e Palmeira dos Índios – AL.

Aduz que com uma análise dos documentos fiscais de saídas ocorridas nos períodos autuados (2013 a 2016), cujo arquivo é de fácil análise da Fiscalização, restaria facilmente demonstrado que ocorreram saídas tanto com o CFOP 5.102 ou 6.102, para as revendas, quanto com o CFOP 5.401 ou 6.401, para as vendas de produtos de industrialização própria sujeitas ao regime de substituição tributária, no caso, os chocolates.

Entretanto, em função de algumas infrações lavradas, aí inclusa a presente Infração 05, resta claro para a Impugnante que a Fiscalização desconhecia a atividade de fabricação de chocolates, inclusive deixou muito claro isso no próprio enunciado dessa infração, a qual reproduz no texto da defesa.

Explica que inicialmente, esse estabelecimento autuado, embora tivesse como atividade secundária também a de fabricação de laticínios, nunca exerceu tal atividade nesse estabelecimento situado em Salvador. É de conhecimento geral que a única fábrica da VALEDOURADO que produz derivados do leite na Bahia está situada em Itapetinga – BA.

Contesta a afirmativa do Autuante que consta do enunciado da infração 05 quanto a que a unidade fabril do estabelecimento teria sido encerrada em fevereiro de 2013 e afirma que a fabricação de chocolates neste período era corriqueira, bastando verificar as saídas com CFOP 5.401 / 6.401 que ocorrerem nesse período e também em períodos posteriores.

E para ilustrar a sua assertiva de que fabricava chocolate no período de 2103 a 2016, apresenta algumas imagens dizendo serem extraídas no próprio site da VALEDOURADO, que referem-se a campanhas publicitárias relativas ao chocolate que produzia e que afirma demonstrar que a fabricação de chocolates ocorria no período autuado, entre 2013 e 2016.

Ressalta que da análise dos itens objetos da glosa constante nessa Infração 05, verifica-se claramente tratar-se de itens relativos aos insumos da fabricação de chocolates, conforme diz demonstrar com a imagem da planilha extraída do próprio demonstrativo fiscal, sendo utilizado como exemplo o exercício de 2013.

Assevera que no demonstrativo elaborado pelo fisco os CFOPs utilizados para a totalidade dos itens adquiridos são compatíveis com o de aquisições de insumos para a fabricação de chocolates (1.101, 2.101, 2.151), o que derruba a alegação da Fiscalização de que tais mercadorias foram adquiridas com fins alheios ao da atividade.

Sugere a JJF que, se ainda restarem dúvidas acerca do funcionamento de uma fábrica de chocolates no período autuado, converta o presente PAF em diligência para que a ASTEC possa, através de auditagens específicas, constatar que naquele período efetivamente houve atividade industrial no estabelecimento autuado, o que justificaria a aquisição dos referidos insumos.

Acrescenta que poderá ser sugerida nessa diligência uma filtragem das notas fiscais de saídas emitidas pela Impugnante com os CFOPs 5.401 ou 6.401 ou mesmo uma filtragem nas notas fiscais de saídas com aplicação do NCM relativo a chocolates.

Conclui que após o eventual retorno do PAF, requer a Impugnante a total improcedência dessa Infração 05.

De referência à infração 06 aduz que a Fiscalização entendeu que as aquisições ocorridas entre 2013 e 2015, constantes no demonstrativo fiscal que embasou a presente autuação, se referem à materiais para o uso e consumo do estabelecimento, já que a Impugnante atribuiu o CFOP 2.556 para a totalidade dessas compras. Explica a defesa que a Impugnante reconhece o erro na atribuição do CFOP, porém, afirma que será demonstrado que a maioria dessas aquisições se refere a brindes.

Apontando como exemplo, o exercício de 2013, a Impugnante inicialmente reproduz o demonstrativo elaborado pela Fiscalização e afirma que da sua análise, verifica-se que os maiores fornecedores, que respondem por cerca de 85% do montante das aquisições, são fornecedores de brindes, conforme diz ser verificado nos respectivos cartões CNPJ que reproduz.

Arremata afirmando haver demonstrado que a grande maioria das aquisições ocorridas se referem a brindes, e, como tal, pelos motivos já expostos na defesa relativa à Infração 01, não podem ser consideradas como sendo relativas ao consumo do estabelecimento, e, portanto, não estão sujeitas ao pagamento do diferencial de alíquotas do ICMS.

E quanto à utilização indevida do CFOP 2.556 para acobertar essas aquisições, a Impugnante invoca o princípio da verdade material, próprio do direito tributário, e que assevera deve nortear os julgamentos realizados pelo CONSEF, conforme consta no RPAF, de onde se aduz que se deve, sempre, esgotar todos os meios e recursos cabíveis para a apreciação da verdade do direito alegado pelo contribuinte.

Em seguida a defesa discorre sobre a doutrina acerca do princípio da verdade material, contraposto pelo princípio da verdade formal. Ressalta a finalidade do processo administrativo e sua divergência em relação à finalidade do processo judicial, e pugna ao final pela conversão do PAF em diligência para que se possa verificar se a maioria dos itens adquiridos com o CFOP 2.556 se refere ou não a brindes, o que do seu ponto de vista cominaria com a extinção dos valores cobrados. Após essa análise, requer a Impugnante que seja declarada a improcedência dessa infração, por não restarem configuradas quaisquer infrações à legislação tributária estadual.

A Impugnante conclui sua defesa requerendo que as infrações 05 e 06 sejam convertidas em diligência para que, através de revisão independente, possam ser devidamente apuradas as alegações apresentadas. Adicionalmente, em relação à todas as demais infrações, a exceção da Infração 02, requer a sua total improcedência, em virtude de tudo que foi alegado.

O Autuante inicia a sua informação fiscal destacando que procedeu a fiscalização conforme a Ordem de Serviço nº 501.097/17, em relação aos exercícios de 2013, 2014, 2015 e 2016, e que encerrou a atividade em 04 de abril de 2017, e deu ciência ao contribuinte em 06 de abril de 2017, conforme dados do DTE – Domicílio Tributário.

Explica que conforme Histórico de Atividade Principal (página 18), de 09/07/2003 a 26/02/2013, o contribuinte ora exerce a função de Comércio Atacadista de Leite e Produtos Derivados, ora as atribuições fiscais de Fabricação de Produtos de Laticínios, oriundas de suas alterações cadastrais.

Afirma ainda, não haver encontrado no banco de dados da SEFAZ/BA nenhuma informação de inclusão da Atividade Principal como Fabricação de chocolates, conforme sugere o contribuinte em sua defesa. E afirma que, com base em dados oficiais, a atividade principal exercida, de fato, pelo Contribuinte para fins de direito à apropriação de créditos, entre 04 de abril de 2010 até o dia 25 de fevereiro de 2013, era a Atividade Econômica Principal, qual seja: “Fabricação de Laticínios”.

Explica que a partir de 26 de fevereiro de 2013, a atividade econômica principal do contribuinte, conforme alteração cadastral foi o “Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral”, o que entende o Autuante significar dizer que, entre os exercícios fiscalizados, somente os meses de janeiro e fevereiro de 2013 são vinculados a uma atividade industrial, visto que a fabricação de laticínios foi encerrada, a pedido do próprio contribuinte, em 25/02/2013.

Salienta que o contribuinte Autuado emitiu a Escrituração Fiscal Digital (EFD) que disponibiliza os lançamentos das notas fiscais de entrada e de saída, conhecimentos de transporte, bem como os Registros Fiscais dos Documentos de Saída, Entrada, Apuração e Inventário.

Acrescenta que os documentos em formato eletrônico, por sua vez, são encaminhados pelo sistema EFDG – Gestão de Escrituração Fiscal Digital. Por meio deles, se verifica as regularidades dos registros efetuados pelo Contribuinte. Para realização dos roteiros de auditoria fiscal, utilizamos o SIAF (Sistema Integrado de Auditoria Fiscal).

Destaca que os livros fiscais, bem como as EFD'S dos períodos fiscalizados também foram reproduzidos no CD anexado a este PAF (página 29). A forma de apuração do ICMS, até 2016, é Conta Corrente Fiscal, sendo o contribuinte foi considerado Inapto a partir de 13 de outubro de 2016, e atualmente está em Recuperação Judicial.

Informa que os documentos eletrônicos gerados pela EFDG – Gestão de Escrituração Fiscal Digital, em função do volume, não puderam ser gravados em mídias comuns como CD. Caso haja necessidade de confrontar alguma informação, sugerimos o acesso aos sistemas da área tributária disponibilizados pela SEFAZ/BA, disponível para todos os seus servidores envolvidos na fiscalização.

Registra que todos os roteiros de auditoria fiscal, efetuados pelo SIAF, foram realizados de forma bastante criteriosa, atendendo as normas regulamentares vigentes, e que todas as infrações encontram-se, salvo melhor juízo, fundamentadas e acompanhadas de documentação probante.

Assevera que a fiscalização não tem o poder de construir, modificar, inventar ou alterar a escrituração fisco-contábil produzida pelo contribuinte a partir da sua movimentação de mercadorias, o que afirma levar à conclusão que não houve a tão alegada fabricação de chocolates no mesmo espaço físico onde funcionava o atacadista porque não foram apresentados elementos e nem provas incontestáveis por parte do contribuinte.

Ressalta que a análise, de natureza fiscal, foi efetuada em livros e documentos fiscais gerados pela contabilidade do próprio contribuinte, e seus elementos não demonstram nenhuma atividade de industrialização durante os períodos fiscalizados, exceto a fabricação de laticínios até 25/02/2013.

**Com relação à infração 01** afirma haver estornado os créditos de ICMS de mercadorias como caneca, display, e caixa display, não consideradas como embalagem, e sim como material de uso e consumo. Acrescenta o que no período fiscalizado, não houve saídas de tais mercadorias como brindes.

Informa que na opinião do contribuinte, a totalidade dos itens glosados se referem a aquisições de mercadorias que irão acompanhar os produtos comercializados pela impugnante, seja como brindes, seja como embalagens. E que a caneca, por exemplo, tem como finalidade acompanhar as vendas dos produtos, em campanhas promocionais, apesar de terem sido registradas como ingresso de material de uso e consumo (CFOP 2.556, em março de 2013). E que desta forma, inclusive demonstradas às reproduções de campanhas publicitárias em sua defesa, requer a improcedência da Infração n. 01.

O Autuante afirma que houve ingressos de mercadorias como bens de uso e consumo e que o entendimento não poderia ser outro e, por isso, considera como válido a sua indicação da destinação da mercadoria em Registros de Entradas de Mercadorias.

Destaca que no caso de comercialização de alimentos, nem display e nem canecas são objetos de vendas. Informa que durante os exercícios fiscalizados, não há saídas de brindes de canecas ou similares, nem em forma individualizada e nem em conjunto com outras mercadorias.

Quanto aos displays, em forma de caixa ou não, entende o Autuante que não são embalagens de chocolates, e sim peças publicitárias de divulgação dos produtos e que essas mercadorias não são para comercialização, ainda que ofertadas a clientes em campanhas promocionais. Acrescenta que estas mercadorias quando dadas como brindes, também são passíveis de tributação, mas que

não foi o caso.

Afirma o Autuante que as referidas mercadorias são peças de marketing, cujo objetivo específico é incrementar as vendas de outros produtos e que considera como válida a autuação pedindo pela sua procedência, ressaltando, inclusive, julgados do CONSEF, conforme citado Acórdão JJF n. 0205-01/16, que não entendeu ser o display mercadoria para comercialização.

Em relação à infração 02 relembra o Autuante que quanto a esta Infração, o contribuinte não apresenta nenhum tipo de questionamento, e pede também pela manutenção da Infração.

Com relação à infração 03 o Autuante confirma que os estornos de créditos de ICMS foram, de fato, efetuados apenas para mercadoria leite em pó integral em embalagens de 25 kg, e que o contribuinte, quando da entrada das mercadorias, com previsão de redução de base de cálculo é obrigado a estornar parcialmente o valor do crédito do ICMS para que haja uma equiparação da carga tributária.

Diz que o contribuinte, para as saídas internas, poderá adotar ou não a redução da base de cálculo para o leite em pó fabricado neste Estado. E explica que caso o contribuinte pratique algum tipo de movimentação do leite em pó sem redução da base de cálculo, poderá lançar, na mesma proporção, o seu direito ao crédito integral, mas que em uma fiscalização, não cabe ao responsável pela auditoria fazer esse tipo de compensação de valores porque não está autorizado para isso. Remata que o fato concreto encontrado foi o ingresso de leite em pó, fabricado neste Estado, com a utilização de crédito fiscal superior a 7%.

Confirma que, conforme analisou, de fato, não há movimentação do leite em pó de 25 kg como vendas a outros contribuintes. Mas, mantém o entendimento de que a obrigatoriedade do estorno dos créditos dessas mercadorias não está condicionada a sua saída interna efetiva no mesmo dia, mês, ou ano do seu ingresso, ou seja, não é uma operação de entrada vinculada a saída no mesmo exercício, visto que as vendas podem ocorrer em datas posteriores.

Acrescenta que os inventários demonstram que o contribuinte mantém essas mercadorias em estoque permanente. Diz que no caso específico, também não há uma única nota fiscal de saída destinada a suposta fábrica de chocolates como consumo interno de matéria-prima, o que põe em suspeita a argumentação do contribuinte.

Em seguida o Autuante faz às seguintes indagações: *“De que forma o leite em pó de 25 foi transferido para o setor industrial? Por que não emitiram notas fiscais de consumo interno?”* E concluiu que se trata de questões sem respostas. Explica que nos exercícios fiscalizados, especialmente em 2013 e 2015, encontrou apenas movimentação de transferências para as filiais de Palmeiras dos Índios (AL) e Itapetinga (BA).

Aduz que para estes casos, o contribuinte poderia manter o seu crédito integralmente, sob a supervisão da fiscalização, mas não o fez. Acrescenta que não apurou lançamentos fiscais dessa natureza em sua escrita fiscal, e que não restou provado se houve consumo interno para fabricação de chocolates. E que não existe nenhuma comprovação do funcionamento da fábrica de chocolates na filial de Salvador (BA).

Finaliza suas considerações sobre a infração 03 reafirmando considerar válida a Infração em discussão porque não considera o leite em pó em embalagem de 25 kg como insumos para a fabricação de chocolates e somos obrigados, de acordo com o nosso regulamento, a ajustar sua carga tributária quando da sua entrada efetiva no estabelecimento do contribuinte.

Quanto à infração 04 o Autuante diz que quando das saídas das mercadorias de leite em pó e leite de gado tipo longa vida citadas, exceto para o leite em pó em embalagens de 25 kg, o contribuinte, indevidamente, aplicou a redução da base de cálculo (art. 268, Inciso XXV, XXIX, RICMS-BA, 2012), e que por isso, atendendo também ao disposto no § 1º do mesmo artigo, exigiu o estorno proporcional do crédito do ICMS, de modo a equiparar a carga tributária das mercadorias quando das suas saídas.

Ressalta que os estoques de leite, em pó ou longa vida, são unificados pela Impugnante quando



da escrituração em seus inventários, e que em suas entradas, em suas saídas, o contribuinte usa, sempre, o mesmo código para os leites transferidos de filial neste Estado e transferidos de outros Estados.

Afirma ainda que em todas as suas saídas de mercadorias aplica a redução da base de cálculo prevista no dispositivo acima citado. E em vista do fato de que a Impugnante não ofereceu ao Fisco uma codificação distinta e vinculada à origem de cada leite, ficou o Autuante impossibilitado de estornar a redução da base de cálculo das saídas de mercadorias oriundas de outros Estados.

Assevera que esta sistemática não é fator impeditivo para o Fisco deixar de estornar os créditos oriundos de outros Estados e acrescenta que a nossa legislação, salvo melhor interpretação, dá todo o amparo para a fiscalização proceder ao estorno de crédito do leite oriundos de outros Estados se for provado que, quando das saídas, de forma indistinta, houve a prática da redução da sua base de cálculo para todos os tipos de leite comercializados.

Salienta que com relação à mercadoria leite em pó de 25 kg, repete a informação fiscal proferida em relação à Infração n. 03, por ter o mesmo entendimento mesmo ali exposto. Conclui pela manutenção da Infração ora discutida.

Quanto à infração 05 informa o Autuante que se refere ao estorno de crédito de mercadorias registradas como matéria-prima. E diz que desconsiderou esta classificação, pois constatou que desde 27/02/2013, a Atividade Principal do Contribuinte é Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral, e por isso decidiu não considerar os créditos fiscais de ICMS então lançados porque se tratam de créditos que são exclusivos da Atividade Industrial.

Acrescenta ainda que não consta a atividade de fabricação de chocolates no banco de dados da SEFAZ-BA, e que não verificou movimentação de saídas de mercadorias que comprove sua existência.

Ressalta o Autuante que de acordo com o Histórico de Atividade Econômica da Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S/A – ILPISA, constante deste PAF (Página n. 20), a partir de 2003, inclusive com informações expedidas pela Secretaria da Receita Federal, o contribuinte efetuou diversas alterações da sua atividade principal, mas que no interstício de tempo entre 2003 e 2016, nunca houve a inclusão dessa filial como Fábrica de Chocolates.

Diz ainda que em 26/02/2013, houve alteração para Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral e que ao contrário do que consta da defesa, e com base nos documentos fiscais disponibilizados pela SEFAZ/BA, podemos afirmar que essa filial, localizada na Rua das Honduras, S/N, Granjas Rurais Presidente Vargas, em Salvador (BA), exercia, conforme dados extraídos do INC – Informações do Contribuinte, somente o Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral.

Salienta que concretamente, as atividades da Impugnante foram encerradas em 2016 e como a fiscalização foi realizada em 2017, tornou-se impossível uma verificação in loco para saber, de fato, se houvera o funcionamento de uma fábrica de chocolates no mesmo local onde funcionava oficialmente o comércio atacadista.

Em seguida o Autuante indaga: *“Qual foi o chocolate produzido na filial de Salvador? A defesa não cita um único exemplo de chocolate que foi, de fato, fabricado no endereço para funcionar legalmente o atacadista. Por que não menciona os códigos desses produtos não citados”*

Afirma que a investigação efetuada nos exercícios de 2013, 2014, 2015 e 2016 identifica diversos produtos relacionados ao chocolate, a exemplo chocolate ao leite único; chocolate ao leite crocante amado; chocolate branco cookies inevitável; ball chocolate ao leite cripies; caixa de bombom celebridades; ovos de chocolate; chocolate em pó douradinho, etc. e que não existe nenhum produto relacionado ao chocolate duffý.

Destaca que todos os produtos comercializados como chocolate foram transferidos da filial localizada em Palmeira dos Índios (AL) como mercadorias adquiridas e recebidas de terceiros,

conforme EFD's e documentos fiscais eletrônicos do período fiscalizado.

Assevera que a metodologia aplicada nos roteiros de fiscalização e em documentos fiscais, em que buscou informações complementares, lhes permite assegurar que a movimentação destas mercadorias ocorreu com produtos fabricados em Palmeira dos Índios (AL). Afirma que em seu entendimento, essa filial deve ser tratada apenas como Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral, e não como Fábrica de Chocolates, informação esta que jamais integrou o banco de dados da SEFAZ-BA.

Acrescenta que o Estatuto Social da Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S/A, de 02/08/2010, conforme páginas n. 368 a 374, inclusive, não faz nenhuma menção à criação ou dissolução de atividade principal da filial de Salvador (BA). Esse documento foi anexado pelo próprio contribuinte.

Ressalta que nos cadastros da SEFAZ/BA, o exercício da atividade de fábrica de chocolates não foi formalizado, o que nos leva a impedir o creditamento de ICMS de matéria-prima porque não temos amparo tributário para considerar como válida a informação do contribuinte.

Explica que de acordo com o RICMS-BA, em seus Artigos n. 220 e 221, o contribuinte é obrigado a escriturar o Registro de Controle de Produção e Estoque, cujos lançamentos serão feitos operação a operação e, quando optar por pela substituição do livro, deverá comunicar à SEFAZ/BA, e que em nenhum momento, inclusive no momento da defesa, houve a apresentação desse documento essencial, assim como também não há nenhum comunicado a nossa Inspeção sobre a adoção simplificada de controle de estoque de produção, o que torna bastante frágil a tese ora defendida pelo contribuinte em insistir de que houvera a fabricação de chocolates na filial de Salvador (BA).

Reafirma o entendimento de que a movimentação de ingresso de chocolates na filial de Salvador (BA), em 2013, 2014, 2015 (2016 não tem movimento), é decorrente de mercadorias transferidas do Estado de Alagoas, o que nos leva a concluir, portanto, de que não houve fabricação nas filiais de nosso Estado.

Diz que analisou o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, emitido pela Receita Federal do Brasil, em consulta realizada no dia 05/09/2017, e verificou que há registros de Atividade Econômica Principal como Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral; e como Atividades Econômicas Secundárias, a Fabricação de Produtos Derivados do Cacau e de Chocolates e a Fabricação de Laticínios. Explica, porém que estas últimas, apesar de autorizadas pelo fisco federal, não foram executadas na filial de Salvador (BA) no período ora fiscalizado.

Assevera que verificação dos dados fiscais do contribuinte, portanto, leva-nos a considerar apenas a Atividade Econômica Principal, ou seja, o Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral.

Remata dizendo estar convicto de que a filial em Salvador (BA) exerceu no período fiscalizado apenas a atividade de comércio de mercadorias, o ponto principal desta Infração é que o contribuinte utilizou indevidamente os créditos fiscais oriundos de aquisições de matéria-prima, quando não poderia o estabelecimento comercial se creditar do ICMS oriundo de matéria-prima porque não exerce nenhuma atividade industrial. Pede pela manutenção da infração 05.

Com relação à infração 06 que acusa a Impugnante de não haver recolhido o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do próprio estabelecimento, o Autuante afirma que em sua compreensão, o contribuinte não apresenta nenhum fato relevante que altere os valores cobrados por esta Infração.

Acrescenta que depois de vários anos, é interessante para defesa apenas alegar que o problema está relacionado a um erro de codificação, e tentar induzi-lo a erro de fiscalização. Diz haver efetuado os lançamentos de acordo com a escrituração fiscal do contribuinte, conforme EFD's dos exercícios fiscalizados.

Salienta que não há se falar em alteração de informações fiscais descobertas pelo Fisco. Pois, entende que não se trata de um descumprimento de obrigação acessória, e sim de falta de pagamento do diferencial de alíquota de mercadorias adquiridas para uso e consumo do contribuinte. Pede também pela manutenção da Infração n. 06.

Concluí sua Informação Fiscal reafirmando a discordância quanto à solicitação de improcedência do presente auto de infração afirmando que todas as argumentações apresentadas pelo contribuinte não possuem nenhuma fundamentação que justifique alterar os valores ora constituídos.

Considera que há esclarecimentos suficientes a respeito dos questionamentos apresentados pela defesa, o que o leva a pedir pela manutenção integral do Auto de Infração, com julgamento totalmente procedente de todas as infrações.

Assevera que presente PAF contém documentos fiscais que corroboram, individualmente e por amostragem, cada Infração, que foi gravado, eletronicamente, também um CD com outros elementos, a exemplo de CFOPs, livros fiscais, inventários, EFD, Mandado de Segurança, etc., que poderão ser uteis quando da sua análise final para julgamento pelo CONSEF.

Diz ainda que em sua informação fiscal, apresentou apenas uma síntese dos principais pontos levantados pelo contribuinte, sem prejuízo dos fatos abordados, e por isso sugere aos julgadores a leitura da peça original, para uma melhor análise e compreensão do Processo Administrativo Fiscal.

É o relatório.

#### VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

De forma que afasto qualquer possibilidade das acusações fiscais constantes da peça vestibular ser alcançadas pela nulidade tendo em vista que os presentes lançamentos de ofício contém todos os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, ao contrário da alegação defensiva quanto à infração 04.

Inicialmente registro que a defesa concordou com a acusação fiscal referente a infração 02 de forma que afirmamos a sua procedência, e que a presente demanda continua apenas quanto as demais infrações, ou seja: Infrações 01, 03, 04, 05 e 06.

Com relação à **infração 01** que acusa a Impugnante de haver utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, verifiquei que as glosas de crédito a que se referem esta infração referem-se às aquisições de produtos utilizados pela autuada para fins promocionais, conforme inferi das imagens dos produtos constantes da peça defensiva, sobre as quais não consta opinativo contrário por parte de Autuante.

Verifiquei que as referidas aquisições, objeto da autuação, foram escrituradas pela Impugnante com diversos CFOPs, como por exemplo: 2.151 - Transferência para industrialização ou produção rural; 2.152 - Transferência para comercialização; 2.101 - Compra para industrialização ou produção rural; 2.116 - Compra para industrialização ou produção rural originada de encomenda para recebimento futuro; inclusive o CFOP 2.556 – que se refere a Compra de material para uso ou consumo, ocorridas em março de 2013, as quais foram acobertadas pelas notas fiscais nº 2938 e 2939.

O Autuante confirma haver estornado os créditos de ICMS de mercadorias como caneca, display, e caixa display, pois não considerou a primeira como material promocional (brindes) e a segunda

como embalagem, e sim a ambas como material de uso e consumo.

Todavia, ao examinar as gravuras apresentadas pela defesa entendo que as canecas se tratam de fato de brindes, pois acompanham a mercadoria com objetivo de distribuição gratuita como atrativo promocional para as vendas e desta forma devem atender ao procedimento fiscal previsto no Art. 389 do RICMS/2012, sobretudo a previsão do inciso II deste referido artigo que determina a emissão de nota fiscal de saída com destaque do imposto no mesmo período de apuração em que ocorrer a entrada no estabelecimento da mercadoria que se destinará a distribuição como brinde.

Considerando que não consta dos autos a comprovação de que o contribuinte tenha respeitado procedimento tributário próprio para os casos de aquisições de brindes, previsto no referido inciso II do Art. 389 do RICMS/2012, voto pela procedência da infração 01 no que tange a acusação de crédito indevido com relação às aquisições dos materiais promocionais que se caracterizam como brindes a exemplo das canecas que conforme gravura apresentada pela defesa acompanham seus produtos para distribuição gratuita.

Entretanto, com relação aos displays considero tratar-se de meras embalagens de apresentação do produto, sendo estes integrados a mercadorias e servem para dar funcionalidade e praticidade para fins de sua venda, verifica-se que estes displays se tratam de uma embalagem prática de apresentação.

Estes displays diferem daqueles feitos em acrílicos ou mesmo em papelão, que não é a própria embalagem do produto e servem apenas para fins de demonstração das mercadorias, inclusive estes displays de acrílico ou papelão costuma servir para uso em mais de uma ocasião, pois em geral são regularmente reabastecidos de novos produtos. Ao contrário do display objeto da autuação que são a própria embalagem da mercadoria.

Sendo assim voto pela procedência parcial da infração 01 mantendo as glosas de crédito com relação às aquisições dos brindes em questão, e a exclusão dos itens referentes às caixas display, pois considere estas como embalagens e portanto com direito ao crédito, de forma que apurei novo valor do débito conforme demonstrado a seguir.

Data	mês	Código Descrição	VICredAud
21/01/13	jan-13	CANECA 2 ALÇAS	13.064,48
		<b>jan-13 Total</b>	13.064,48
18/03/13	mar-13	CANECA 2 ALÇAS	1.286,35
		<b>mar-13 Total</b>	1.286,35
04/08/15	ago-15	PALETE PBR	54,60
		<b>ago-15 Total</b>	0,00
<b>15/05/15</b>	mai-15	CAMISA AZUL-CLARO PÓLO VALEDOURADO N° 4	6,68
<b>15/05/15</b>	mai-15	CAMISA AZUL-CLARO PÓLO VALEDOURADO N° 3	26,73
<b>15/05/15</b>	mai-15	CAMISA AZUL-CLARO PÓLO VALEDOURADO N° 2	13,36
<b>15/05/15</b>	mai-15	CAMISA AZUL PÓLO VALEDOURADO N° 4	8,52
<b>15/05/15</b>	mai-15	CALÇA AZUL ROYAL VALEDOURADO N° 48	3,58
<b>15/05/15</b>	mai-15	BOTA DE COURO PRETO N° 42	7,11
		<b>mai-15 Total</b>	65,98
		<b>Total Geral</b>	14.416,81

Em relação à infração 03 que se refere ao estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias adquiridas no mercado interno, cujas operações de saídas dispõem do benefício de redução da base de cálculo, e que teve por fulcro a regra de redução de base de cálculo preconizada nos incisos XXV e XXIX do art. 268 do RICMS/2012. A defesa afirmou que o estabelecimento da Impugnante, no período fiscalizado, além desenvolver a atividade de

comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, também desenvolvia a atividade de fabricação de produtos derivados do cacau e de chocolates e que estas aquisições de leite que foram objeto da glosa de créditos foram para fins de utilização como insumos na fabricação de chocolates, pois tem como atividade secundária o CNAE “10.93-7-01 - Fabricação de produtos derivados do cacau e de chocolates”, e que, desta forma, o produto objeto da autuação não seria passível de glosa de créditos pois foi tributado integralmente em sua saída junto com o produto final chocolate.

Explicou ainda a defesa que o leite em pó utilizado como insumo era sempre na embalagem de 25 kg, enquanto que o leite em pó cuja entrada se dava para revenda era em embalagens menores, próprias para consumo, conforme gravuras que apresentou do produto que se referem a “Leite em pó Sachê integral 200g”. Disse ainda que a autuação se deu exclusivamente sobre as aquisições de leite em pó com embalagens de 25 kg os quais por serem utilizados na fabricação de chocolates, teriam suas saídas subsequentes como – chocolates – e estariam sujeitos ao regime de substituição tributária do ICMS, e, portanto, sem redução de base de cálculo.

Verifico que a legislação do ICMS é absolutamente clara quanto a carga tributária de 7% para as operações internas com as mercadorias leite em pó, composto lácteo em pó e leite de gado tipo longa vida (esterilizado), *ex vi* dos incisos XXV e XXIX do art. 268 do RICMS/2012 e conforme preconiza o §7º do art. 309 do RICMS/2012 somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado. Destarte, não acato as alegações defensivas, pois nenhuma foi capaz de justificar sua conduta em se utilizar de crédito fiscal calculado em valor superior ao autorizado pela legislação do ICMS.

Assim, entendo que não está em voga quanto à infração 03, se a saída subsequente se deu ou não com redução de base de cálculo, ou mesmo se o produto tenha sido utilizado na fabricação de chocolate cuja saída não se beneficia coma redução de base de cálculo em tela, o óbice intransponível para a não utilização do crédito integralmente é o fato de que a carga tributária definida pela legislação do ICMS para os produtos em questão, nas operações internas, é de apenas 7%, e sendo assim, considerando que as aquisições se deram no mercado interno, não importa qual tenha sido a alíquota aplicada pelo seu fornecedor, deve o adquirente se apropriar de apenas 7%, conforme preconiza o §7º do art. 309 do RICMS/2012. Portanto, voto pela procedência da infração 03.

De referência à **infração 04**, que diz respeito à imposição de estorno dos créditos do ICMS que foram aproveitados por ocasião da entrada de leite em pó e leite UHT transferidos da sua unidade situada em outra unidade da federação (Alagoas), de maneira que apenas foram admitidos créditos de ICMS calculados pela alíquota máxima de 7% traço as seguintes considerações.

Entendo que, a despeito da legislação, conforme prescreve o inciso XXV e XXIX do art. 268 do RICMS, restringir o benefício fiscal da redução da base de cálculo apenas ao leite produzido em território baiano, o que se constata dos autos é que a autuada tanto adquiriu leite produzido no território da Bahia quando o leite produzido no estado de Alagoas e jamais fez distinção em relação às saídas destas mercadorias, de forma que procedeu às saídas, desconsiderando a sua origem e aplicando indistintamente a redução da base de cálculo para todas.

Sendo assim entendo assistir razão ao Autuante ao proceder ao estorno do crédito fiscal a todas as entradas de forma a equalizar o tratamento tributário para as mercadorias independentemente de serem fabricadas ou não no estado da Bahia. Destarte voto pela procedência da infração 04.

Em relação à infração 05 que acusa a Impugnante de haver deixado de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias utilizadas em fins alheios à atividade do estabelecimento. Compulsando os autos, verifico que tais mercadorias tidas pelo Autuante como alheias às atividades da autuada se referem a produtos que foram considerados pela contribuinte como matéria prima para a produção de chocolate e derivados de cacau.

O Autuante considerou estes produtos alheios à atividade da Impugnante tendo em vista não haver verificado entre os documentos fiscais de saída da Impugnante nenhum produto derivado

de cacau sendo objeto de venda como produção própria do estabelecimento autuado, nem mesmo qualquer outro indício de que de fato a autuada exercia a sua atividade secundária de CNAE “10.93-7-01 - Fabricação de produtos derivados do cacau e de chocolates”.

Verifico dos autos que a Impugnante não apresentou nenhuma contra prova à assertiva do Autuante de que não encontrou em seus documentos de saída de mercadoria nenhuma venda de chocolate ou derivados de cacau que tenha sido objeto de produção do próprio estabelecimento. E a despeito de haver alegado na defesa de que deu saída de produtos com CFOPs 5.401 ou 6.401 os quais se referem a “Venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto” sequer colacionou aos autos uma nota fiscal para comprovar que estas saídas se referem aos produtos chocolate ou derivados de cacau que diz produzir, ou mesmo apresentou o livro CONTROLE DA PRODUÇÃO.

Desta forma considerando que os elementos de prova contrária à acusação fiscal estão acessíveis à defesa e em posse da Impugnante e que esta não fez uso a seu favor, indefiro de plano o seu pedido de perícia ou diligência para reexame pelo ASTEC ou estranho ao feito. Ademais, verifico que os elementos constantes dos autos são suficientes para formação da cognição e decisão quanto ao mérito do feito. Assim julgo procedente a infração 05.

De referência à infração 06 que acusa a Impugnante de não haver recolhido o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do próprio estabelecimento, a defesa afirmou que as aquisições ocorridas entre 2013 e 2015, não se referem a materiais para uso e consumo do estabelecimento, apesar de atribuído o CFOP 2.556 para a totalidade dessas compras e que a maioria das aquisições se referem a brindes e não estão sujeitas ao pagamento do diferencial de alíquota.

Verifico dos autos que as mercadorias objeto da exigência fiscal contida na infração 06 são as mesmas constantes do rol de mercadorias que foram alcançadas pela acusação referente à infração 01. Nesta última, entretanto, foi aplicado pelo Autuante glosas de crédito sob a acusação de que as aquisições que alega a autuada tratar-se de material promocional e embalagens, seriam material para uso e consumo.

Todavia, conforme voto já proferido quanto à infração 01, do exame das imagens dos produtos constantes da peça defensiva, sobre as quais não consta opinativo contrário por parte de Autuante, pude constatar que de fato se tratam de brindes quanto as aquisições das canecas que acompanham os produtos para distribuição gratuita e embalagens funcionais o que consta discriminado nas notas fiscais de aquisição como DISPLAYS, de forma que apenas considere crédito indevido o ICMS creditado em relação às aquisições de brindes (canecas promocionais), pois não consta dos autos que a Impugnante procedeu ao recolhimento do ICMS devido pela saída dos brindes conforme reza o Art. 389 do RICMS/2012.

Destarte, voto pela improcedência da infração 06, pois constatei que do rol das aquisições objeto desta infração constam apenas os produtos que se caracterizam como brindes (canecas) e displays (embalagens), haja vista estes produtos não se enquadrem no conceito de aquisições para uso e consumo.

Por fim voto pela procedência parcial do presente Auto de Infração, conforme demonstrativo final a seguir.

<b>Infração</b>	<b>de</b>	<b>para</b>
infração 01	51.285,60	14.416,81
infração 02	7.590,04	7.590,04
infração 03	33.571,42	33.571,42
infração 04	60.986,75	60.986,75

infração 05	463.451,65	463.451,65
infração 06	36.716,29	0,00
total	653.601,75	580.016,67

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº**2986160007/17-3**, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A ILPISA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$580.016,67**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alíneas “a” e “b”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2017

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA