

A. I. Nº - 300766.0005/18-6
AUTUADO - ATACADÃO DM LTDA.
AUTUANTE - LUCIMAR RODRIGUES MOTA
ORIGEM - INFRAZ PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/01/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0205-04/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS DO ATIVO PERMANENTE. Item reconhecido. **b)** MERCADORIA PARA USO E CONSUMO. Item reconhecido. **c)** MERCADORIAS ISENTAS. Razões de defesa não elidem a acusação. **d)** MERCADORIAS DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA. Razões de defesa não elidem a acusação. **e)** ENERGIA ELÉTRICA NA COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS. Item reconhecido. **f)** VALOR SUPERIOR AO DESTCADA NO DOCUMENTO FISCAL. Item reconhecido. **g)** VALOR DESTCADA NO DOCUMENTO FISCAL MAIOR QUE O DEVIDO. Razões de defesa não elidem a acusação. **h)** VALOR A MAIOR QUE A ANTECIPAÇÃO PARCIAL EFETUADA. Razões de defesa elidem em parte a acusação. 2. DOCUMENTO FISCAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a.1)** OPERAÇÕES ESCRITURADAS NO LIVRO PRÓPRIO. Item reconhecido **a.2)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NO LIVRO PRÓPRIO. Item reconhecido. **b)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NO LIVRO PRÓPRIO. **b.1)** VALOR INFORMADO NA EFD MENOR QUE O VALOR DO ICMS DESTACADO NA NFE. Item reconhecido **b.2)** VALOR INFORMADO INCORRETAMENTE NA COLUNA OUTROS CRÉDITOS NO LRAICMS. Razões de defesa não elidem a acusação. **b.3)** ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Razões de defesa não elidem a acusação. **b.4)** ERRO NA APURAÇÃO DO VALOR DO IMPOSTO. Razões de defesa não elidem a acusação. **b.4)** ERRO NA BASE DE CÁLCULO. Razões de defesa não elidem a acusação. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIA ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a.1)** DESTINADAS AO ATIVO FIXO. Item reconhecido **a.2)** DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Item reconhecido. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. Item reconhecido. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAIDA POSTERIOR TRIBUTADA. MULTA. Item reconhecido. Afastadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/09/2018, constitui crédito tributário no valor de

R\$2.631.694,84, conforme os demonstrativos de fls. 32 a 161 dos autos, que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 162, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.01: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 32/40 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$89.040,40, com enquadramento no art. 30, inc. III, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inc. IX, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 01.02.02: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 41/50 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$36.328,56, com enquadramento no art. 29, § 1º, inc. II e art. 53, inc. III, da Lei nº 7.014/96 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 01.02.03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 52/61 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$163.281,93, com enquadramento no art. 29, § 2º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inc. I, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 62/71 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$178.49,08, com enquadramento no art. 29, § 2º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inc. I, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 - 01.02.18: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 72/76 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$149.550,81, com enquadramento no art. 29, § 1º, inc. III, e §2º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, inc. IV, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 - 01.02.40: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento (s) fiscal (is) nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 77/82 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$6.348,64, com enquadramento nos arts. 29 e 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, § 6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 7 - 01.02.41: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal (is) nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 83/88 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$43.976,02, com enquadramento nos arts. 29 e 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, § 7º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 8 - 01.02.74: Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS, referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação ou do Exterior nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 89/96 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$59.821,02, com enquadramento no art. 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, inc. II; art. 314; e art. 315 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60%

aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 9 - 01.06.01: Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto no ano 2014, conforme demonstrativo de fls. 97/98 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$21.816,00, com enquadramento nos arts. 24, 25 e 26, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 307 e 308 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 10 - 02.01.01: Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es), referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios nas datas de ocorrências 30/11/2015 e 31/12/2015, conforme demonstrativo de fls. 99/100 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$56.315,45, com enquadramento no art. 2º, inc. I e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 11 - 02.01.02: Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), o ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios nas datas de ocorrências 30/06/2015 e 30/11/2015, conforme demonstrativo de fls. 101/103 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$42.045,81, com enquadramento no art. 2º, inc. I e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, § 6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 100% aplicada na forma do art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 12 - 03.01.04: O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômicas-fiscais e /ou arquivos eletrônicos nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 104/109 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Consta da descrição dos fatos o registro da ocorrência de valores do ICMS na EFD menores que os valores do ICMS destacados nas NF-e de Saídas Lançado ICMS no valor de R\$529.674,41, com enquadramento nos arts. 24 à 26, 32 e inc. III do art. 34, da, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 215, 248, 255, 257 à 259, 263, 304 e 332, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 13 - 03.01.04: O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômicas-fiscais e /ou arquivos eletrônicos nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 110/112 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Consta da descrição dos fatos o registro da ocorrência de débito a menor do ICMS devido a valores escriturados incorretamente na coluna Outros Créditos do Registro de Apuração do ICMS; contribuinte devidamente intimado para justificar os lançamentos que reduziram o valor do imposto a recolher, entretanto não apresentou justificativa. Lançado ICMS no valor de R\$125.173,72, com enquadramento nos arts. 24 a 26, 32 e inc. III do art. 34, da, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 215, 248, 255, 257 a 259, 263, 304 e 332, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 14 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas em 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 113/118 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$102.556,98, com enquadramento nos arts. 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 15 - 03.02.04: Recolheu a menor ICMS em razão de erro na apuração dos valores do imposto em 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 119/124 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Consta da descrição dos fatos o registro d débito a menor por erro na determinação da Carga Tributária nas operações com ECF. Lançado ICMS no valor de R\$561.077,64, com enquadramento nos arts. 24 a 26, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 16 - 03.02.05: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas em 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 125/130 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$161.299,30, com enquadramento nos arts. 17 a 21, e art.23, da Lei nº 7.014/96 (a depender da hipótese) e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 17 - 06.01.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 131/138 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$145.683,00, com enquadramento nos arts. 4º inciso XV, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, inc. III alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 18 - 06.02.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 139/147 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$21.506,05, com enquadramento nos arts. 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 19 - 07.01.02: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do Exterior nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 148/153 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$104.434,95, com enquadramento nos arts. 8º, inciso II, e § 3º; art. 23, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 20 - 07.15.05: Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 154/161 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado Multa no valor de R\$33.715,07, com enquadramento no art. 12-A, da Lei nº 7.014/96 e multa tipificada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 164 a 192 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz ser uma empresa com sede na Rua Otaviano Leandro de Moraes, 860, Vila Poty, Paulo Afonso/BA, CEP: 48.602-490, inscrita no CNPJ sob nº 000.977.879/0002-07, e no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia sob o nº 065.817.557, neste ato representado por sua advogada legalmente constituída nos termos do instrumento de procuração que diz anexar, em que pede para deverá ser intimada de todos os atos concernentes ao presente processo administrativo, sob pena de nulidade no caso da sua inobservância, uma vez que totalmente inconformado com a lavratura do auto de Infração em epígrafe, vem, respeitosa e tempestivamente, apresentar suas razões de defesa, que passo a destacar:

I - DA INCONTESTÁVEL NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

I.1 - DA FALTA DE TERMOS

Diz que, preliminarmente, como é sabido, o auto de infração é um ato jurídico que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos necessários para sua validade jurídica para tanto, ou seja, que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e

que obedeça à forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 do CC). (Grifei)

E mais, diz que, também, é um ato administrativo, ou seja, é um ato jurídico praticado por autoridade pública competente (art. 42, I do Decreto nº 7.629/99), que tem por finalidade apurar infrações, mas sempre de maneira vinculada, ou seja, seguindo as exatas prescrições da lei. E que, sua inobservância, acarreta na sua anulabilidade, como no caso em tela!

Após descrever o artigo 18 do Decreto nº 7.629/99, que instituiu o RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal) no âmbito do Estado da Bahia, registra que, no presente Auto de Infração, sem tampouco registrar quais documentos, diz que houve flagrante Cerceamento ao Direito de Defesa e falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração, como diz que restará comprovado de forma mais robusta com as informações de mérito que adiante serão demonstradas.

Depois de descrever algumas considerações de estudiosos sobre aspectos da nulidade, diz que a empresa não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizada. Diz, também, que não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco. Da mesma forma também não foi intimada a apresentar livros ou documentos.

Pontua que o art. 26 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF estabelece alguns das documentações, para se considerar iniciado o procedimento fiscal. Neste contexto, diz que não se observa no presente PAF nenhum dos documentos elencado no citado artigo.

Portanto, após trazer, também, considerações de outro estudioso do direito, sobre a instrução do procedimento fiscal administrativo, requer a nulidade do presente PAF.

I.2 – DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – QUANTIDADE EXCESSIVA DE INFRAÇÕES NO MESMO PROCESSO

Diz que outro fator desestrutivo da validade jurídica do presente Auto de Infração é o fato de haver um flagrante cerceamento do direito de defesa em desfavor do Contribuinte Autuado, que é a elevadíssima quantidade de Infrações no presente lançamento fiscal, alcançando 20 (vinte).

I.3 – DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – NÃO RESPEITO AO DESMEMBRAMENTO DE INFRAÇÕES

Diz que é de conhecimento público que a Secretaria da Fazenda, baseado no princípio da razoabilidade, já estabeleceu no seu Sistema de lavratura de Autos de Infração que as infrações acima de R\$200.000,00 (Duzentos mil) sejam desmembradas das demais, de forma a facilitar a análise dos processos por parte dos julgadores deste Conselho de Fazenda.

No presente PAF, diz que se percebe que há 2(duas) infrações acima deste valor, o que, ao seu entender, mostra que houve erro interno no Sistema da SEFAZ, devendo ser considerado nulo.

I.4 – DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – FORMATO INADEQUADO DOS DEMONSTRATIVOS

Diz que mais um agravante que corrobora com a nulidade do presente procedimento fiscal é o fato de que os demonstrativos em meio magnético apresentado em CD estão apenas em formato PDF (Adobe Reader), o que, à luz do seu entendimento, impossibilita que possa importar os dados em banco de dados, com intuito de que possa, de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações, para poder se defender de forma adequada, dentro do prazo.

Acrescenta que não é difícil a inteleção deste pedido de nulidade, pois o próprio RPAF determina que os contribuintes ao protocolarem suas consultas e recursos, apresentem cópia em arquivo digital em formato (WORD, EXCEL), para que os prepostos fazendários possam manusear o arquivo.

Neste contexto, diz que a sua inobservância acarreta em nulidade do lançamento fiscal, ora em análise.

Entretanto, apenas por amor ao debate, diz que adentrará no mérito da autuação, para demonstrar a sua total improcedência na forma que a seguir passo a destacar:

II – DO DIREITO

II.1 –DO ERRO MATERIAL

II.1.1 Infração_03_Crédito Indevido Mercadorias Isentas

Diz que o produto Flocos de Milho (Flocão de Milho Coringa 1Kg, Flocão de Milho Coringa 500g) que ora estão tendo seus créditos glosados na presente infração não se tratam de produtos isentos.

Observa que isto pode ficar comprovado pela própria fiscalização, pois na Infração 15 – Débito a Menor nas saídas de ECF a mesma mercadoria está tendo o imposto de 17% cobrado. Destaca quadro na defesa, que faz parte integrante dos autos à fl. 169.

Portanto, diz que há uma flagrante contradição em querer a Fiscalização glosar créditos em uma infração e cobrar imposto integral em outra.

II.1.2 Infração_04_Crédito Indevido Mercadorias Substituição Tributária

II.1.2.1 Produto CHARQUE

Diz que este produto não é enquadrado na Substituição Tributária, tendo em vista que o Anexo I do RICMS/BA, em seu item 34, excetua o charque quando lista produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, conforme diz que se observa do quadro que destaca na peça de defesa à fl. 170 dos autos.

Portanto diz que estes produtos precisam ser excluídos dos demonstrativos levantados pela Fiscalização.

II.1.2.2 Produto BATATA PALITO

Diz que este produto não faz parte da Substituição Tributária, pois não é salgado industrializado, que diz ter sido, supostamente, o critério utilizado pela Fiscalização para glosar o crédito desta mercadoria.

Pontua que a batata palito é um alimento pré-cozido que nem sal leva em sua preparação. Não é um salgadinho. Destaca que através do DANFE (000.376.080) do fornecedor, objeto da figura que consta da defesa à fl. 171 dos autos, inclusive pelo seu NCM 20041000, não está no rol das mercadorias da ST.

II.1.2.3 Produto QUE TIVERAM SAÍDAS TRIBUTADAS

Diz que, embora tenha seus créditos glosados, nesta Infração 4, referentes mercadorias da ST, diz que a nobre Auditora não observou que as saídas de vários itens foram integralmente tributadas, não havendo prejuízo ao Estado.

Aduz que a quantidade de itens nesta situação é grande, o que diz ter motivado anexar em CD planilha em EXCEL que mostra o extrato do registro C425, constante da EFD, que mostra o resumo mensal dos itens, em que neles se percebe que neste registro, que vai para a totalização da apuração do ICMS, a empresa tributou as mercadorias.

Neste contexto, diz que é indevida a cobrança de todos os itens levantados, pois do contrário ocorreria a “bi-tributação”, haja vista que tributou nas saídas, não havendo prejuízo ao Estado com os créditos levantados pela Fiscalização.

II.1.3 Infração_07_Crédito Indevido Erro Cálculo Imposto

Nesta infração 7, diz que a Fiscalização cobra supostos erros no cálculo do imposto. Aduz, então, que vem provar que há erros materiais na elaboração dos demonstrativos da Fiscalização.

- EX. 1 – Produto CATCHUP TAMBAU TRADICIONAL 400G – NFE 4652

Diz que este produto está no relatório da Fiscalização de 2014 com base de cálculo R\$104,31. Ocorre que no DANFE destacado na peça de defesa à fl. 172, diz que o valor correto da base de

cálculo é R\$178,80. O valor do ICMS no relatório da Fiscalização é de R\$17,73 só que no DANFE é R\$30,40. E o cálculo na nota diz estar 100% correto.

Destaca que a mesma coisa acontece, na mesma nota 4652, em outros produtos, conforme a seguir:

- EXTRATO DE TOMATE TAMBAU COPO 260G – Diz que a base de cálculo no relatório R\$32,76. Na nota fiscal R\$56,16. ICMS no relatório R\$5,57. ICMS na nota R\$9,55
- SALSICHA ANGLO LATA 300G - Diz que a base de cálculo no relatório R\$12,45. Na nota fiscal R\$521,36. ICMS no relatório R\$2,12. ICMS na nota R\$3,63

Não obstante esses dois destaques, diz que observa divergência entre o valor descrito no Relatório da Fiscalização como “*VlIcmsInf*”, Coluna J, em que o valor que é o informado pela empresa de ICMS, mas diferentes valores observam-se no DANFE.

- **EX. 2 – Produto CREMOGEMA TRADICIONAL 200G – NFE 4686**

Diz que este produto está no relatório da Fiscalização de 2014 com valor de Base de Cálculo R\$4,61. Ocorre que o DANFE destacado na peça de defesa à fl. 174, diz que o valor correto da base de cálculo é R\$11,15. O valor do ICMS no relatório da Fiscalização é de R\$1,68, só que no DANFE diz que é R\$1,90. E o cálculo na nota diz estar 100% correto.

Neste contexto, pontua que há um total comprometimento desta Infração 7, em virtude de provável erro no Sistema da Fiscalização, no que diz levar a solicitar que seja julgada improcedente a presente infração, ou no mínimo, que seja deferida a realização de diligencia para que se verifique a verdade material do lançamento.

II.1.4 Infração_08_Crédito Indevido Antecipação Parcial

Diz que a Fiscalização apresenta planilha, listando os meses em que a empresa teria se creditado a maior dos valores a título de ICMS Antecipação Parcial. Observa que a Fiscalização lança valores recolhidos de ICMS Antecipação Parcial e os valores lançados a título de outros créditos na apuração do ICMS na Escrituração Fiscal Digital.

Neste contexto, diz que o campo outros créditos na EFD não são destinados apenas ao ICMS Antecipação Parcial. Como o próprio nome diz, serve para lançar créditos outros que não sejam oriundos diretamente das entradas por aquisições de mercadorias.

Diz que é sabença geral que para se fazer valer da efetiva validação do correto crédito de ICMS Antecipação Parcial deve a Fiscalização abri os detalhes dos ajustes a crédito lançados na EFD.

Observa que assim não foi feito, pois se percebe que na planilha apresentada pela Fiscalização na coluna denominada “*Credito Indevido – Uso a maior der Credito do ICMS Ant Tributaria Parcial*”, que serviu de memória de cálculo para lavratura da presente autuação, não são os corretos valores lançados a título de ICMS Antecipação Parcial.

Por exemplo, no mês de 03/2015, a Fiscalização afirma no demonstrativo que a empresa se creditou de valor de Antecipação Parcial o valor de R\$37.634,09. Só que, conforme extrato da EFD, extraído do validador oficial do SPED, vê-se que o credito lançado foi o valor de R\$24.032,16, conforme extrato colacionado na peça de defesa de fl. 176 dos autos.

Neste sentido, requer a defendant que seja autorizada Diligência no sentido de total revisão dos valores lançados no demonstrativo desta Infração 8, ou que seja julgada improcedente.

II.1.4 Infração_13_DebMenos VIIncorreto_OutCredRAICMS

Diz que a Fiscalização glosa créditos lançados na EFD de forma indevida, conforme os seguintes destaques:

- A NF-e 978, em que afirma tratar de biscoito, em verdade há um equivoco, pois se comprova que se trata de outro produto, conforme se verificado DANFE destacado na peça de defesa de fl. 177. Diz, então, a possibilidade do credito está contida na observação da nota, qual seja, a de

que se trata de nota emitida por empresa do Simples Nacional, com direito ao crédito de 2,58%

- Em relação a NF 155, bem como outras notas fiscais, embora seja biscoito, diz que a LC 123/06 não proíbe o crédito de mercadorias da Substituição Tributária exatamente pelo fato de que o Simples Nacional ter uma tributação simplificada e incentivada. Pontua que a exclusão da ST se dá apenas para efeito do oferecimento ao faturamento tributado pelo Simples Nacional, mas em relação à transferência de créditos em suas vendas não há vedações em relação as mercadorias da ST. Destaca o art. 23 da LC123/06.

Destaca na peça de defesa os DANFE's 000.000.155 e 000.000.157, ao tempo que diz que a mesma situação ocorre com as NF-e 91, 101, 105, 112, 157, 162, 142, 146, 122, 119 e 134.

II.1.5 –VALORES DE DAES DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL CONSIDERADOS A MENOR

Diz que, para validar o correto crédito do ICMS Antecipação Parcial, deve-se apurar o correto recolhimento dos DAE's referente a esta rubrica, o que alega não ter ocorrido, pois alguns meses foram considerados valores menores do que os valores efetivamente recolhidos.

Tal fato aduz ser comprovado através da lista de DAE's destacados na peça de defesa às fls. 181/187 dos autos.

II.1.6 Infração_09_Estorno Débitos Indevidos

Em relação à Infração 9, diz que a Fiscalização simplesmente glosou os estornos de débito lançados pela empresa, mas a Auditora em nenhum momento intimou ou solicitou informações da empresa no sentido de se justificar acerca dos estornos.

Neste contexto, diz que o procedimento está maculado, haja vista que não se pode lançar débitos sem embasar o motivo do lançamento. Destaca que a Fiscalização apenas colocou seu demonstrativo a informação “sem especificação”.

Requer que seja julgada nula, por não identificar a infração cometida pela impugnante.

II.1.6 Infração_14_Estorno Débitos Indevidos

Em relação à Infração 14, diz que há produtos da Substituição Tributária, já com a fase de tributação anteriormente encerrada, o que entende justificar as suas saídas sem tributação, bem como produtos isentos, que, por amostragem, relaciona às fls. 188/189, onde destaco:

- Produto: CAFÉ – Item 8 do Anexo I, do RICMS/BA, com efeitos até 2014 e consta nos relatórios de 2014;
- Produto: MEDICAMENTOS – Item 32 do Anexo I, do RICMS/BA.
- Outros Produtos da ST: REPELENTE OFF FAMILY 100ML; FARINHA ESPECIAL P/PASTEL 5KG, MASSA DE BEIJINHO PASTORIZA 400G; ACETONA IDEAL OLEO DE ARGAN 100ML; ACETONA IDEAL TEEN QUERA+VITAM; STEAK DE FRANGO PEPERI 116G; LENÇO UMID. COTTONBABY A; TOALHA UMEDECIDAS COTTONBABY.
- Produto ISENTO – LEITE EM PÓ

II.1.7 Infração_15_DébMenorOpECF_ErroCargaTrib

Em relação à Infração 15, diz que há produtos da Substituição Tributária, já com a fase de tributação anteriormente encerrada, o que diz justificar as saídas sem tributação, bem como produtos isentos, que, por amostragem, relaciona à fl. 190, onde destaco:

- Produtos da SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: IOGURTE DANONE DANONINHO ICE MORANGO UM; IOGURTE BATAVO CARAMELO 100G...[TERMINAR DE DIGITA]
- Produtos ISENTOS: MILHO ALPISTE GRAO VERDE 500G, ...[TERMINAR DE DIGITA]

II.1.8 Infração_16_DébMenorErroDetermBC

Em relação à Infração 16, diz que o produto LEITE EM PÓ, de marcas variadas, que também está sendo cobrado na presente infração, possui redução de base de cálculo no período em questão,

conforme inc. XXV, do art. 268, do RICMS/BA, que destaca.

Observa que não justifica o motivo da suposta irregularidade quanto a este produto. E, por mera suposição, diz que, caso a justificativa seja a de o produto ter sido ou não fabricado em território baiano, conforme condiciona o dispositivo legal, não foi apresentado pela Fiscalização nenhuma prova de que a mercadoria não tenha sido fabricada no Estado da Bahia.

Pede a exclusão, do presente lançamento, das ocorrências relacionadas a este produto no levantamento fiscal.

III – PEDIDO DE DILIGÊNCIA

Face a estes erros identificados nas planilhas demonstrativas do presente Auto de Infração, requer a realização de diligências e perícias para comprovar o erros apontados cometidos pela Fiscalização e, por conseguinte, provocar o seu refazimento.

IV – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, reitera os pedidos formulados em sede de impugnação e reque seja reconhecida a nulidade do lançamento, ou que, no mínimo seja determinada nova diligencia fiscal, para que, nesta oportunidade sejam efetivamente analisados todos os documentos acostados em sede de defesa.

A autuante prestou Informação Fiscal, nas fls. 215 a 225, destacando, inicialmente, que a empresa autuada opera na condição de regime normal de apuração do ICMS, com atividade no ramo de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – “supermercados” - em que ingressou com defesa tempestiva, apensada ao presente PAF, às fls. 164 a 192, e seus anexos. A seguir, diz que oferece sua Informação Fiscal para confirmar as infrações questionadas no supracitado processo.

Preliminarmente, após descrever resumidamente o objeto de cada uma das infrações imputadas no Auto de Infração, em tela, diz que a defendant apresenta arguição de nulidade, que destaca, bem assim, traz à tona, todos os argumentos de mérito da defesa de forma bem resumida, em relação a cada uma das infrações contestadas, para em seguida apresentar suas contrarrazões, que passo a descrever.

• DA LEGALIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Diz que o pedido de nulidade do Auto de Infração é desnecessário, visto que o mesmo não desobedeceu ao que preceitua o art. 18 do RPAF, Decreto nº 7.629/1999.

Observa que, às fls. 167, do PAF, a representante legal da empresa, afirma que a empresa não tomou ciência de que estava sendo fiscalizada. Fato totalmente inverídico, pois às fls. 30, do PAF, consta em anexo a cópia do Termo de Intimação, informando o início da fiscalização no seu estabelecimento, enviado através de DTE – Domicílio Eletrônico Tributário.

E ainda, nas fls. 31, do PAF, diz constar cópia de Intimação para justificar lançamentos na Apuração do ICMS, enviada também por DTE, onde se vê que o contribuinte tomou ciência no mesmo dia do envio, portanto está comprovado que o contribuinte tinha total conhecimento de que estava sendo fiscalizado.

Pontua que autuado reclama da quantidade de infrações, entretanto diz que 8 (oito) delas se tratam de utilização indevida de crédito fiscal por motivos distintos; 1 (uma) por ter efetuado estornos de débitos de ICMS em desacordo com a legislação do Estado da Bahia; 1 (uma) por ter deixado de recolher o ICMS, mesmo estando o imposto apurado e escriturado na sua EFD; 5 (cinco) por recolhimento a menor de ICMS em função de diferentes motivos de divergência na EFD; 2 (duas) por falta de recolhimento de diferencial de alíquotas; 1 (uma) por NF-e de Saídas não escrituradas na EFD; 1 (uma) por ter recolhido ICMS da Substituição Tributária a menor; e por último 1 (uma) por multa percentual sobre a parcela que deixou de ser paga do ICMS devido por Antecipação Tributária.

Neste contexto, sustenta, na forma do art. 40 do RPAF, Decreto Nº 7.629/99, que o preposto fiscal poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado, não afirma, todavia, ser uma obrigação. Tanto que, o Sistema Eletrônico de Lançamento de Crédito Tributário (Sistema SEFAZ/BA) não efetuou o desmembramento do específico Auto de Infração, mesmo contendo infração acima de R\$200.000,00 (duzentos mil reais).

Destaca que todos os demonstrativos e planilhas elaborados por esta fiscalização, constando cópias exatas do especificado nas infrações, foram armazenadas em dados e entregues pessoalmente ao Contribuinte no mesmo dia em que ele compareceu a Inspetoria de Paulo Afonso, para tomar ciência da científicação do Crédito Tributário, e assim, puder exercer seu direito a ampla defesa.

• **DAS CONTRARAZÕES À DEFESA**

Diz que o sujeito passivo não se defendeu especificamente das Infrações 01, 02, 05, 06, 10, 11, 12, 17, 18, 19 e 20, concordando assim, implicitamente, com as procedências das mesmas.

- *Da Infração 3 - CredIndevidoMercIsentas*

Diz que defensor alega que o produto “*FLOCOS DE MILHO (FLOCÃO DE MILHO CORINGA 1KG, FLOCÃO DE MILHO CORINGA 500G)*” não se trata de produto isento. Entretanto, fubá de milho consta no rol dos produtos isentos na alínea “d”, inciso II, do Art. 265, do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/2012.

Complementa com o destaque de que “*a impugnante quer nos fazer acreditar que os supracitados produtos são iguais aos descritos como FLOCÃO DE MILHO CORINGA RECHEADO CHARQUE 200G e FLOCÃO DE MILHO CORINGA RECH CARNE DE SOL 200G, que estão em cópia de um demonstrativo de outra infração (infração 15) às fls. 169, estes não fazem parte da cesta básica, pois possuem misturas, não sendo simplesmente fubá e, por isso, são tributados normalmente em 17%, tanto que na infração 15 foram alcançados por terem saídas de ECF com débito a menor*”.

Explica que não há contradição alguma, o produto “*flocão de milho*” é isento e o produto “*flocão de milho recheado*” é tributado normalmente.

Diz que não houve questionamento de nenhuma outra mercadoria constante do demonstrativo da Infração 3. Pede sua procedência.

- *Da Infração 4-CredIndevidoMercST*

Diz que a defensora cita o produto CHARQUE e diz que não é enquadrado na substituição tributária, inclusive, coloca cópia de parte do Anexo I do RICMS/BA, item 34, que excetua “charque” e “jerked beef”, às fls. 170, do PAF, esquecendo de mencionar a Nota de redação que alterou o item: “*Mercadoria – NCM*” do item 34 foi dada pela Alteração nº 26 (Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14), efeitos a partir de 01/12/14”.

Realmente diz que o produto CHARQUE não está enquadrado no rol das mercadorias sujeitas à Substituição Tributária. Todavia, a alteração mencionada na nota do item 34 foi apenas para o produto “*Jerked Beef*”, pois passou a ser tributado normalmente a partir de 01/12/2014.

De 01/01/2014 a 30/11/2014, não existia a exceção para “*Jerked Beef*”, por isso pontua que a empresa teve seus créditos glosados em relação a este produto somente neste período, conforme mostra o demonstrativo “**Crédito indevido - Mercadorias com ICMS substituído - Resumo por item**”, anexada ao CD, fls. 162, do PAF, que diz transcrever, para melhor visualização de parte das fls. 7, 8 e 9 do mencionado demonstrativo, na fl. 219 dos autos.

Destaca que a defensora cita, também, o produto BATATA PALITO dizendo não se tratar de produto industrializado, e às fls. 171, anexa parte da NF-e Nº 000.376.080, que descrimina o produto BATATAS PRÉ-FRITAS, item distinto de BATATA PALITO, que é um produto que necessita ir ao fogo para ficar pronto, sendo, portanto, tributado normalmente e com certeza não consta no

demonstrativo do “*Crédito Indevido – Mercadorias ICMS Substituição*” elaborado pela fiscalização.

Destaca que o item BATATA PALITO, que é um produto industrializado e pronto para o consumo, faz parte das mercadorias enquadradas no Anexo 1 do RICMS/2012, no item 38 – Salgados Industrializados - NCM: 1904.1, 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19; e por isso é indevida a utilização do seu crédito pela empresa.

Diz que a defendant não mencionou nenhum outro produto. Todos os itens relacionados nos demonstrativos da infração 04 estão enquadrados na Substituição Tributária, sendo indevido o uso do crédito pelo estabelecimento, portanto infração procedente.

- *Da Infração 7-CredIndevidoErroCálculoImposto*

Em relação à infração 07, diz que os cálculos da infração foram calculados com base nos valores escriturados na EFD da empresa. Para comprovar a veracidade do demonstrativo destaca, na fl. 220 dos autos, cópia do Espelho da NF-e 4652 extraída da EFD do contribuinte, onde diz ter marcados os produtos CATCHUP TAMBAU TRADICIONAL 400G, EXTRATO DE TOMATE TAMBAU COPO 260G e SALSICHA ANGLO LATA 300GR.

Neste contexto, diz que, para todos os produtos especificados, a base de cálculo foi lançada igualmente ao demonstrativo, por isso há diferença no cálculo do imposto. No caso do CATCHUP teve uma base de cálculo escriturada: 104,31, alíquota de 17%, o imposto seria $104,31 \times 0,17 = 17,73$ e não 21,87, portanto uma diferença de 4,14 como consta do demonstrativo.

Destaca que, se existiram erros, estes foram praticados pelo próprio contribuinte no momento de escriturar os valores das bases de cálculos na EFD. Diz, então, que a Infração 7 deve ser julgada procedente.

- *Da Infração 8-CredIndevidoAntecParcial*

Em relação à infração 08, que diz respeito a uso de crédito a maior do imposto devido por Antecipação Parcial (código de receita 2175) a mais do que o efetivamente recolhido no período, perfaz o montante de R\$59.821,02.

Neste contexto, diz que, somente no mês de março de 2015, a fiscalização cometeu um erro na elaboração do demonstrativo relativo a esta infração. Pois ao invés de usar R\$24.032,16 como valor do Crédito Lançado pela Empresa para seus créditos referentes à Antecipação Parcial do mês 03, usou erradamente o valor total do ajuste de crédito no valor de R\$37.634,09 daquele mês, sendo assim, o valor correto do demonstrativo Crédito Indevido – Uso a maior de Créditos do ICMS Ant Tributária Parcial, que diz respeito ao ano de 2015, cópia anexa às fls. 94, do PAF, passa a ser o seguinte:

Demonstrativo: Crédito Indevido - Uso a maior de Créditos do ICMS Ant Tributária Parcial					
Ano	Mês	VICrédLançado	VICrédPermitido	VICrédIndevido	Observação
2015	2	25.351,83	24.596,43	755,40	E111
2015	3	24.032,16	23.642,11	390,05	E111
2015	6	41.698,37	30.322,77	11.375,60	E111
2015	7	26.759,87	26.505,37	254,50	E111
2015	8	15.394,79	14.798,81	595,98	E111
2015	9	26.699,40	26.079,75	619,65	E111
2015	10	14.454,93	14.203,53	251,40	E111
2015	11	11.531,42	9.170,64	2.360,78	E111
2015	12	8.124,07	4.370,32	3.753,75	E111
Total				20.357,11	

Desta forma, diz que o valor do Crédito Indevido no mês de março/2015 diminuiu de R\$13.991,98 para R\$390,05. E o valor total dos Créditos Indevidos em 2015 diminuiu de R\$33.959,04 para R\$20.357,11.

Ainda sobre esta infração 8, diz que a defendant questiona valores de recolhimento da Antecipação Parcial, anexando DAES, das fls. 180 a 187, do PAF. Diz que, no mês 08/2014, o valor do crédito permitido pela fiscalização é igual R\$16.320,71, mas foi recolhido ao mês R\$25.632,76.

Pontua que a Autuada faz uma confusão entre referência da Ant Parcial (mês 8) e o mês do efetivo pagamento (meses 9 e 10). Diz observar, das fls.181 a 182, do PAF, por exemplo, que os pagamentos aconteceram nos meses de setembro e outubro, e não no mês 8 (agosto) como quer mostrar a defendant.

Observa que a defendant comete a mesma confusão entre os meses de referência da Antecipação Parcial e os meses dos efetivos pagamentos em todos os casos que houve citação de exemplos entre valores permitidos pela fiscalização e valores recolhidos, das fls. 183 a 187, do PAF.

Destaca que, no mês 12/2014, o valor permitido pela fiscalização é R\$18.084,10, e a empresa diz que recolheu R\$19.328,17, todavia os recolhimentos aconteceram em janeiro, fevereiro e março de 2015. O efetivo recolhimento no mês de dezembro/2014 para ICMS ANT PARCIAL (código de receita 2175) foi de R\$18.084,10, conforme demonstrado pela fiscalização às fls. 92, do PAF.

Sendo assim, diz reconhecer erro no demonstrativo do débito da Infração 8 apenas em relação ao valor histórico do mês de março/2015 de R\$ 13.991,98 para o valor devido de R\$390,05, em que sua base de cálculo de R\$82.305,76 passa para R\$2.294,12 e, consequentemente, o valor total da Infração de R\$59.821,02 para o valor de R\$46.219,09, conforme novo demonstrativo de débito que destaca à fl. 222 dos autos.

- Da Infração 13-Divergência entre Valor Recolhido Valor Informado Livro Fiscais

Quanto à infração 13, que diz relacionar a débito a menor decorrente de valor incorreto em outros créditos no RAICMS, observa que a Autuada afirma que o crédito da NF-e 978 se trata de BISCOITO, mas na descriminação da NF-e consta FILME ESTICÁVEL, cuja cópia foi anexada às fls. 177, do PAF, pelo próprio contribuinte; crédito este de uma empresa do simples de 2,58% não podendo ser aproveitado pelo mesmo, por se tratar de bens de consumo da empresa.

Acrescenta que, mesmo que fosse biscoito, o crédito também não poderia ser utilizado, pois biscoitos (produtos derivados de farinha de trigo) estão na relação das mercadorias tributadas por Substituição Tributária no Anexo 1 do RICMS/2012.

Ademais, destaca que uma empresa Normal só pode se apropriar de créditos destacados no campo de informação das NF-e de fornecedores do Simples Nacional, quando suas saídas forem tributadas normalmente.

Destaca que, no demonstrativo da infração 13, às fls. 111, do PAF, nomeado como ***“Débito a Menor – Valores Incorretos Lançados em Outros Créditos (Divergências no Livro de Apuração do ICMS 2014)”*** que os créditos foram glosados por serem lançadas pela empresa em CFOP's 1551 (mercadoria do Ativo), 2556 (uso e/ou consumo), produtos da ST (todas as NF-e são de biscoitos, inclusive, algumas NF-e foram anexadas pelo próprio contribuinte, às fls. 179 e 180, do PAF), e outros casos, pela inexistência de processos na análise de crédito ou também porque não houve justificativas por parte da empresa, mesmo tendo sido intimada para prestar informações à fiscalização a respeito de tais ajustes, conforme se comprova às fls. 31, do PAF.

Diz, então, implicitamente que a Infração 13 deve ser julgada procedente.

- Da Infração 9-Estornos Debitos Indevidos

Quanto à infração 9, relativo a estornos de débitos indevidos, diz que a Autuada fez vários estornos de débito sem especificação, simplesmente lançou valores sem justificá-los.

Destaca que a representante do Contribuinte faltou com a verdade ao afirmar que não houve intimação solicitando informações da empresa para se justificar sobre tais estornos. A Intimação se encontra acostada às fls. 31, do PAF, onde tomou ciência no mesmo dia do envio. Sem se falar, nas inúmeras vezes em que diz ter pedido explicações ao Contador da empresa por telefone, mas não teve resposta.

Portanto, pede pela manutenção da autuação.

- Da Infração 14-DebMenorErroAliq

Em relação à infração 14, que relaciona a débitos a menor do imposto por erro na aplicação de alíquota, diz que a Autuada alega que foi cobrado tributo de mercadorias com fase de tributação já encerrada e de produtos isentos, o que pontua ser totalmente inverídico, conforme a seguir passo a destaca:

- O item CAFÉ foi revogado da ST a partir de 01/01/2015, entretanto o CAFÉ que fazia parte da ST, era o CAFÉ TORRADO OU MOÍDO, estando fora, portanto, o CAFÉ SOLÚVEL (citado pela empresa como CAFÉ SANTA CLARA REFIL 50G). Os CAFÉS DESCAFEINADOS e os misturados com outros produtos (citado pela empresa como CAFÉ C/LEITE 3 CORAÇÕES C/CÁLCIO), estes exemplos da empresa são tributados normalmente.
- O item 32 do Anexo 1 do RICMS/2012 – produtos FARMACÊUTICOS – são substituídos para farmácias. A autuada não diz que produto está na relação.
- O produto REPELENTE OFF FAMILY 100ML tem tributação normal, o que era da ST até 31/01/2015 como sendo Material de Limpeza (item 25.10) eram os REPELENTES (USO NO AMBIENTE) apresentados ou embalados exclusivamente para uso sanitário direto, portanto esses de uso na pele das pessoas são tributados normalmente.
- FARINHA ESPECIAL P/PASTEL 5KG também é tributação normal, a farinha de trigo é que é da ST.
- MASSA DE BEIJINHO PASTORA 400G é produto para fazer docinhos, também tributado normalmente.
- STEAK DE FRANGO PEPERI 116G (produtos empanados) não se enquadra nos cortes de frango natural, congelado ou resfriado, tendo sua tributação normal.
- LENÇO UMID COTTONBABY E TOALHA UMEDECIDAS COTTONBABY seu NCM não está enquadrado no item 32 do Anexo 1 do RICMS/2012.

Neste contexto, diz que os produtos, citados como sendo isentos pela Autuada, na verdade são todos tributados normalmente, por exemplo, FEIJÃO PRETO QUERO 340g (produto industrializado, inclusive enlatado). A FARINHA DE MANDIOCA é produto isento, mas FÉCULA DE MANDIOCA tem tributação normal. Os produtos HORTIFRUTÍCOLAS são isentos, desde que não sejam destinados à indústria, portanto SEMENTE DE GIRASSOL, SEMENTE DE CHIA, LINHAÇA, XERÉM DE MILHO (tributação igual ao milho 7%) e ORÉGANO MARATÁ 10G, são todos industrializados, sendo, portanto, tributados normalmente.

Quanto ao produto LEITO EM PÓ, só tem redução da base de cálculo nas operações internas quando produzidos na Bahia. São exemplos de fábricas de leite baianas: BETÂNIA, PARMALAT e VALEDOURO. Pela a origem da NF-e ou descrição do leite, a fiscalização tem garantia de que o leite foi fabricado ou não no território baiano.

Diz, por fim, que a defendant não mostrou, não apontou, não fez referência clara, se existia erro de valores nos demonstrativos. Também não disse em que demonstrativo constava o produto LEITE EM PÓ que fora produzido na Bahia.

Sendo assim, pede que a infração 14 seja julgada totalmente procedente.

- Da Infração 15-DebMenorOpECF_ErrCargaTrib

Diz que, em relação a infração 15, que diz respeito a constatação de débito a menor por operações em ECF dado erro na carga tributária, a empresa não apontou nenhum erro de valores nos demonstrativos apresentados para esta infração.

Pontua que a defesa cita produtos que já foram explicados anteriormente, como sendo tributados normalmente, tais como: ACETONA, LENÇO UMIDECIDOS, REPELENTE OFF FAMILY, CAFÉ SANTA

CLARA REFIL 50 G (café solúvel), MASSA DE BEIJINHO PASTORA, MILHO ALPISTE GRÃO VERDE 500 G, MILHO PAINCO GRAO VERDE 500G, FEIJÃO PRETO TP 340 G (enlatado), FÉCULA DE MANDIOCA, SALSA DESIDRATADA MARATÁ 8G, ÓREGANO KITANO 200 e LEITE EM PÓ (já explicado anteriormente porque não houve redução de base de cálculo).

Destaca também IOGURTE DANONE DANONINHO ICE MORANGO, IOGURTE BATAVO CARAMELO, IOGURTE BATAVA CREAMY CHOCOLATE 100G, IOGURTE BATAVINHO DANONINHO MORANGO 45G, CHAMYTO NESTLE, DANONE DANONINHO CREMOSO, IOGURTE NESTLÉ NINHO SOLEIL, DANONE DANITO, são produtos que equivocadamente a empresa considerou como sendo IOGURTE (NCM 0403.10.00), produtos da ST, mas que na realidade são bebida láctea, leite fermentado ou peti suis, sendo portanto todos tributados a 17%.

Diz, ainda, que os BISCOITOS elencados no Anexo 1 do RICMS/2012 são somente os derivados de farinha de trigo, o BISCOITO DE GOMA 350g tem tributação normal. Por sua vez, diz que o produto COAGILANTE LÍQUIDO é um produto usado para coagular leite, não está incluído no rol das mercadorias enquadradas na ST.

Sendo assim, pede que a infração 15 seja julgada totalmente procedente.

- Da Infração 16-DebMenorErroDeterminBC

Na defesa da infração 16, que diz respeito a débito a menor por erro na determinação da Base de Cálculo, observa que a defendant cita novamente o produto LEITE EM PÓ, mas não apontou nenhum erro nos valores dos demonstrativos.

Destaca que o LEITE EM PÓ cobrado como alíquota de 17%, com certeza, não foi produzido na Bahia. Para verificar a verdade dos fatos basta uma olhada nos papéis de trabalho elaborado por esta fiscalização, logo na primeira página do demonstrativo, cópia anexa às fls. 126, do PAF, tem LEITE EM PÓ CAMPONESA INTEGRAL 200G e LEITE EM PÓ IDEAL SACHE 200 G, produtos não produzidos na Bahia.

Sendo assim, pede que a infração 16 seja julgada totalmente procedente.

Às fls. 231/233 dos autos, a defendant traz suas considerações em relação aos termos da Informação Fiscal produzida pela Fiscalização, que a seguir destaco.

Em relação às preliminares de nulidade, repete toda sua argumentação da peça de defesa, sem tampouco acrescentar qualquer elemento ao já explicitado anteriormente, onde conclui que reafirma a necessidade de nulidade do presente processo.

No mérito, diz que na infração de Crédito Indevido de Mercadorias Isentas, a Auditora alega que a cobrança sobre o produto FLOCOS DE MILHO é baseada em FUBÁ DE MILHO. Neste contexto, diz que é visível que são produtos diferentes.

Pontua que as suas diferentes texturas, o fubá, a farinha de milho e o flocão apresentam usos distintos na cozinha, por exemplo: “*Fubá: bolos, sopas, mingau, broas, biscoitos, polenta, cremes, empanados e angu*”; “*Farinha de milho: bolos, broas, farofa, tutu, tacos mexicanos, pies e outros produtos de panificação*”; e “*Flocão: virado, farofa, cuscuz e bolos*”.

Desta forma, diz que, como cada um desses produtos passou por um processo de fabricação distinto, nem sempre é possível substituir um pelo outro nas suas receitas, pois eles se diferenciam em relação à capacidade de absorção de líquidos, ao tempo de cozimento e ao grau de gelatinização conferido aos pratos.

Por isso, sustenta que há diferença entre fubá e farinha de milho, o que tributariamente sabe-se que qualquer interpretação deve ser literal, específica, quando se discrimina itens em relação a tributação especial.

Em relação ao CHARQUE, alega que o JERKED BEEF apenas foi retirado da ST em 01/12/2014, e confirma que o CHARQUE realmente não era da ST. Observa que os próprios produtos listados em sua Informação, estão visíveis que são CHARQUE, como escrito em suas descrições, e a menção

destes mesmos itens ao JERKED BEEF é apenas comercial, pois possuem pequenas variações no processamento.

Portanto, diz reafirmar que se trata de CHARQUE efetivamente. Ou seja, se pelo fato de estar escrito na descrição do produto ao mesmo tempo CHARQUE e JERKED BEEF, porque que na interpretação do FISCO prevalece que é JERKE BEEF e deixa de ser charque?

Em relação ao produto BATATA PALITO, diz que insiste a Auditora em manter na cobrança que visivelmente é indevida, tendo em vista que a BATATA PALITO, da forma que é vendida nem SALGADA é, pois, a adição de sal somente é feita, se desejável, na hora do consumo.

Destaca que, na prateleira do ponto de venda, este produto não é salgado. Acrescente-se que em nenhum momento a defendant afirmou que o produto não é industrializado. Afirmou sim, que é não é um “SALGADO INDUSTRIALIZADO”, na concepção de “SALGADINHO”, que é o objetivo desta Substituição Tributária que ora se estar a discutir. BATATA PALITO não é um salgadinho. Tal fato diz que já foi comprovado, inclusive, na Defesa inicial através de DANFE do fornecedor.

Quanto à Infração 07, em que diz haver erros de cálculo nos demonstrativos apresentados pela Fiscalização, à empresa esclarece mais uma vez que se creditou do valor correto, qual seja, o que está contido na Nota Fiscal do fornecedor.

Pontua que, se o sistema da fiscalização obtém o valor da EFD, ao invés da NF-e, e se como supôs a Auditora, há algum erro nesta EFD, deveria ser apresentado/comprovado este erro e a empresa ser intimada para correções, se for o caso, e até aplicar penalidades por esta questão formal, mas não cobrar imposto onde não há imposto devido, já que a empresa se creditou do valor exato contido no documento fiscal, valor este permitido pela legislação.

Neste aspecto, diz que, se o sistema utilizado pela Fiscalização não obtém alguma informação no seu devido campo, não pode o Contribuinte pagar por uma falha que é do Fisco.

Portanto, diz que a infração 7 é insubstancial.

Em relação à infração 08, desta que a Auditora simplesmente não aceita o fato de haver efetivos recolhimentos referentes a Antecipação Parcial, tentando justificar que foram recolhidos em outros meses, mas ainda assim, a empresa tem o direito aos créditos dos recolhimentos efetuados, não podendo ser desconsiderados estes valores.

Diz que, se a fiscalização não aceita valores recolhidos em outros meses, nestes outros meses estes valores deveriam ser considerados, o que também não ocorreu no levantamento.

Portanto, requer a defendant a improcedência da infração 08 ou seu refazimento, considerando-se eventuais recolhimentos em meses seguintes nestes meses subsequentes.

Em relação à Infração 13, a impugnante diz que apresentou em sua Defesa inicial prova da legislação do Simples Nacional de que não há restrição para crédito de produto da ST, haja vista que o mesmo é limitado ao percentual devido por empresas desse regime, que possui tributação menor.

Por todo o exposto, a ora Petionária reitera os pedidos formulados em sede de Impugnação e requer que seja reconhecida a nulidade do lançamento ou sua improcedência.

Por fim, em homenagem ao Princípio da Verdade Material, protesta a Petionária pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental.

Voltando aos autos, às fls. 237/238, a Auditora apresenta sua manifestação em relação às contrarrazões da Autuada, de fls. 231/233, que a seguir passo a destacar:

Em relação às considerações quanto à afirmação de que o formato dos papéis de trabalho apresentado pela fiscalização foi inadequado para exercer sua defesa, destaca que, além de entregar todos os papéis de trabalho à Autuada no mesmo dia da ciência do Auto de Infração, conforme se ver nas assinaturas do contribuinte às fls. 14 e 29, e ainda rubricas em todos os

demonstrativos das infrações, apresentou presencialmente o resultado da fiscalização tanto para o Sócio Antônio dos Santos, quanto para o contador da empresa Sr. Jessé.

Neste contexto, diz que o direito de defesa pôde ser exercido, tanto que a defesa foi apresentada às fls. 164 a 192, do PAF. E a fiscalização, na Informação Fiscal às fls. 215 a 225, do PAF, pediu a procedência em parte do Auto de Infração passando de R\$2.631.694,84 (valor histórico) para R\$2.618.092,91, pois a infração de nº 08 teve seu valor diminuído.

Também, diz que o art. 40 do RPAF, Decreto Nº 7.629/99, onde registra que o preposto fiscal *poderá* lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado, não afirma ser uma obrigação. Tanto que, o Sistema Eletrônico de Lançamento de Crédito Tributário (Sistema SEFAZ/BA) não efetuou o desmembramento do específico Auto de Infração, mesmo contendo infração acima de R\$200.000,00 (duzentos mil reais). E por isso, não há necessidade de nulidade do processo, pois os preceitos do Art. 18 do RPAF, Decreto Nº 7.629/1999, foram atendidos.

Quanto ao mérito, diz que, na manifestação, a Autuada continua querendo nos fazer acreditar que o produto **FLOCÃO DE MILHO REACHEADO COM CHARQUE** (que é tributado normalmente) é idêntico ao produto **FLOCÃO DE MILHO** sem conter mistura alguma (que é uma mercadoria isenta), inclusive, na sua manifestação é citado o produto **FLOCO DE MILHO, FUBÁ DE MILHO E FLOCÃO** falando das diferentes finalidades. Estes sim são isentos.

Neste aspecto, diz que não há contradição alguma, o produto **FLOCÃO DE MILHO** é isento e o produto **FLOCÃO DE MILHO REACHEADO** é tributado normalmente, conforme explicado na Informação Fiscal, às fls. 218, do PAF.

Também em sua manifestação, diz que a defendant quer fazer acreditar que não existem diferenças entre os produtos **CHARQUE** e **JERKED BEEF**. E ainda diz que apesar de está escrito na descrição do produto **JERKED BEEF** é apenas **CHARQUE** como se não houvesse diferença de tratamento tributário entre estes produtos, pois o produto **JERKED BEEF** de 01/01/2014 a 30/11/2014 fazia parte das mercadorias enquadradas na ST, enquanto **CHARQUE** sempre foi tributado normalmente, conforme explicado na Informação Fiscal às fls. 219, do PAF.

Como já explicado na informação fiscal às fls. 219, quanto ao produto **BATATA PALITO** (Salgados Industrializados vendidos prontos para o consumo) está enquadrada no Anexo 1 do RICMS/2012, no item 38, NCM 1904.1, 1904.9; 2005; 2008.11 e 2008.19, e por isso é indevido o uso de seus créditos pela empresa.

Já o item **BATATAS PRÉ-FRITAS**, que a Impugnante diz que especificou DANFE na sua defesa, é um produto tributado normalmente, ou seja, não está enquadrado no rol das mercadorias da Substituição Tributária do Anexo 01 do RICMS/2012.

Quanto à Infração 07, a Apuração do ICMS é feita na EFD pelo contribuinte, baseando-se no § 2º do Art. 227, do RICMS/2012, que diz que a escrituração do Registro de Apuração do ICMS será feita com base no Registro de Entradas e no Registro de Saídas; então se tais registros não forem autênticos, ou seja, se o contribuinte lançar valores incorretos, o valor do imposto apurado estará incorreto, podendo ser cobrado pela fiscalização em períodos futuros, enquanto não houver ocorrido a decadência.

Quanto à Infração 08, já foi feita a correção e pedido a procedência em parte, estando tudo explicado minuciosamente na Informação Fiscal às fls. 220, 221 e 222, do PAF. Por outro lado, diz que a Autuada comete confusão entre mês de referência da Antecipação Parcial e seu efetivo pagamento, pois conforme Inciso II, Art. 309 do RICMS/2012, constitui-se crédito fiscal do estabelecimento o valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de conta-corrente fiscal, cabendo **a sua escrituração** no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS, **no período em que ocorrer o recolhimento**.

Quanto à Infração 13, também já foi explicado na Informação Fiscal às fls. 222, do PAF, que uma empresa Normal só poderá se apropriar de créditos destacados no campo de informação das NF-e

de fornecedores do Simples Nacional se estes forem relativos há produtos que sejam da tributação normal.

Por fim, diz que reitera os termos da Informação Fiscal acostada às fls. 215 a 225, do PAF, e pede a este Conselho de Fazenda a procedência em parte do Auto de Infração Nº 3007660005/18-6, com imposto (valor histórico de R\$2.618.092,91), mais os acréscimos tributários devidos, já que a infração de nº 08 foi alterada.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, tendo o autuado demonstrado total entendimento da acusação, inclusive apresentando razões de mérito, das quais, em relação à infração 8, foi acolhida em parte, pela Autuante, quando da sua informação fiscal.

Ainda nesse contexto, o sujeito passivo suscita, de forma específica, sem apresentar qualquer elemento probante, argui a nulidade do Auto de Infração por cometimento de vícios formais na constituição do crédito tributário relacionados à “*quantidade excessiva de infrações no mesmo processo*” e “*formato inadequado dos demonstrativos*”, como também, “*do não respeito ao desmembramento de infrações*”, onde, à luz do seu entendimento, levam ao cerceamento do direito de defesa. Tais alegações não prosperam.

Sobre a quantidade excessiva de infrações no mesmo processo, apesar de reconhecer que o Auto de Infração de fato contém muitas acusações, não vejo que seja um elemento motivador de nulidade da autuação, vez que não se vê qualquer dispositivo na legislação, à época da constituição do lançamento, que o restringisse, mesmo porque, o deficiente exerceu seu direito de defesa, como dito anteriormente, na sua plenitude, apresentando razões de mérito, em que algumas foram acolhidas pela Autuante.

Quanto ao formato inadequado dos demonstrativos, não vejo, também, na legislação, qualquer disposição específica de como devem ser elaborados os demonstrativos pela a Autuante, exceto quanto a ser apresentado em um formato que se possa identificar o cometimento da infração, a base de cálculo sobre o qual foi determinado o valor do tributo, a alíquota aplicada e outros dados, conforme o caso específico de cada infração cometida, onde se identifique com clareza a apuração do valor exigido, e é que se vê em todos os lançamentos que assim ensejaram a elaboração demonstrativos.

Por fim, relativamente ao desmembramento de infrações, arguida pela defesa, não vejo que tenha trazido qualquer prejuízo a este Relator, quando do desenvolvimento da fase instrutória deste processo, na análise do mérito das infrações, como assim poderá se perceber a seguir.

Em sendo assim, afasto as preliminares de nulidades do lançamento aventadas pelo deficiente.

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$2.597.979,77, relativo a dezenove irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$33.715,07, relativo a uma irregularidade, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o total de R\$2.631.694,84, sendo impugnadas as infrações 3, 4, 7, 8, 9, 13, 14, 15 e 16. Por sua vez, em relação às infrações 1, 2, 5, 6, 10, 11, 12, 17, 18, 19 e 20, não foram traçadas qualquer manifestação na peça de defesa de fls. 164/192, nem tampouco nas contrarrazões à Informação Fiscal produzida pela agente Fiscal de fls. 215/225, apresentadas às fls. 231/233, em que de pronto serão consideradas procedentes, na forma do art. art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Assim, a

contenda se restringe de forma parcial em relação às infrações 3, 4, 7, 13, 14,15 e 16.

A infração 3 diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 52/61 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$163.281,93, com enquadramento no art. 29, § 2º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inc. I, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo diz que o produto “*Flocos de Milho*” (“*Flocão de Milho Coringa 1Kg*”, “*Flocão de Milho Coringa 500g*”) que ora estão tendo seus créditos glosados na presente infração não se tratam de produtos isentos. Observa que isto pode ficar comprovado pela própria fiscalização, pois na Infração 15, que se relaciona a “*Débito a Menor nas saídas de ECF*” a mesma mercadoria está tendo o imposto de 17% cobrado.

Como está posto, pela autuante, em sede de Informação Fiscal, a defesa equivocadamente interpreta que o produto “*Floco de Milho*”, objeto da presente autuação, é o mesmo produto caracterizado como “*Flocão de Milho Coringa 1KG*” e “*Flocão de Milho Coringa 500KG*” que estão em cópia de um demonstrativo de outra infração, a de nº 15 do presente PAF, ou seja, a infração 15, objeto do demonstrativo de débito de fls. 169, que relaciona a cobrança de ICMS a menor em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

Estes produtos - “*Flocão de Milho Coringa 1KG*” e “*Flocão de Milho Coringa 500KG*” - na realidade, possuem misturas, não sendo considerado simplesmente fubá e, por isso, são tributados normalmente em 17%, tanto que na infração 15, como destacado assertivamente pela autuante, foram alcançados por estarem registradas em saídas no campo próprio da ECF com débito a menor.

O produto “*Floco de Milho*”, objeto da presente autuação, trata-se de fubá de milho e se encontra no rol dos produtos isentos na forma da alínea “d”, inciso II, do Art. 265, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012. Coaduno, portanto com o entendimento da Fiscalização.

Neste sentido, não havendo questionamento de nenhuma outra mercadoria objeto do demonstrativo de débito da autuação, entendo restar procedente a Infração 3.

A infração 4 diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 62/71 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$178.49,08, com enquadramento no art. 29, § 2º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inc. I, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo destaca dois produtos – “*Charque*” e “*Batata Palito*” - constantes do demonstrativo de débito da autuação, que não estariam enquadrados no regime da substituição tributária, arguindo a suas exclusões da autuação, não sendo devido a glosa dos créditos decorrentes de suas aquisições.

A agente Fiscal confirma, em sede de Informação Fiscal, que o produto “*Charque*” de fato não está enquadrado na substituição tributária, todavia não consta do demonstrativo esse produto propriamente dito. Na realidade o produto objeto da glosa do crédito diz respeito a “*Jerked Beef*”, que à época dos fatos geradores, mais especificamente no período de 01/01/2014 a 30/11/2014, estava abarcado pela substituição tributária.

Tal produto veio a sair da substituição tributária, sendo tributado normalmente, a exemplo do produto “*Charque*”, com a alteração nº 26, através do Decreto nº 15.661, de 17/11/14, e efeitos a partir de 01/12/2014.

Logo, coaduno com o procedimento da Fiscalização da glosa do crédito, relativo ao produto “*Jerked Beef*”, no intervalo de 01/01/2014 a 30/11/2014, que estava abarcado pela substituição tributária.

Vejo, também, dos argumentos de defesa, dada a descrição dos créditos dos produtos glosado constar “*Charque Vilheto Jerked Beef*”, sem trazer qualquer elemento probante, entende ser o mesmo produto “*Charque*” e “*Jerked Beef*”, vez que a menção ao “*Jerked Beef*”, na descrição do produto, ser apenas comercial.

Nesse aspecto, entendo que a legislação fiscal não cabe tal interpretação. Se o produto é “*Jerked Beef*”, cabe observar que, no intervalo de 01/01/2014 a 30/11/2014, estava abarcado pela substituição tributária, logo não poderia a empresa autuada, adquirente da mercadoria, apropriar-se de qualquer crédito em relação a tais aquisições. Vejo procedente a autuação em relação esse produto da autuação, em análise.

Em relação ao produto “*Batata Palito*”, como bem destacado pela Fiscalização, em sede de Informação Fiscal, trata-se de um produto industrializado e pronto para o consumo, que integra o bloco de mercadorias enquadradas no Anexo I do RICMS/2012 no item 38 – “Salgados Industrializados – NCM 1904.1, 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19” – sendo indevido o uso do crédito do ICMS, pelo estabelecimento adquirente, decorrente de suas aquisições, por, de fato, estarem abarcadas pelo instituto da substituição tributária.

Traz, o defensor, a argumentação de que tal produto é vendido na prateleira de produtos considerados não salgado, e por isso, entende que não estaria abarcado pela substituição tributária. Também não vejo como dar razão a tal argumento de defesa, vez que o documento fiscal consta claramente os NCM abarcados pelo item 38 do Anexo I do RICMS/2012 – “Salgados Industrializados”, ensejando a glosa do crédito tomado pelo defensor na aquisição de tais produtos.

Neste sentido, não havendo questionamento de nenhuma outra mercadoria objeto do demonstrativo de débito da autuação, entendo restar procedente a Infração 4.

A infração 7 diz respeito a ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 83/88 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$43.976,02, com enquadramento nos arts. 29 e 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, § 7º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo diz que a Fiscalização cobra supostos erros no cálculo do imposto. Aduz, então, que há erros materiais na elaboração dos demonstrativos da Fiscalização. Para atestar sua tese de defesa traz aos autos alguns exemplos, conforme a seguir:

- **EX. 1 – Produto CATCHUP TAMBAU TRADICIONAL 400G – NFE 4652**

Diz que este produto está no relatório da Fiscalização de 2014 com base de cálculo R\$104,31. Ocorre que no DANFE destacado na peça de defesa, à fl. 172, diz que o valor correto da base de cálculo é R\$178,80. O valor do ICMS no relatório da Fiscalização é de R\$17,73 só que no DANFE é R\$30,40. E o cálculo na nota diz estar 100% correto.

Destaca que a mesma coisa acontece, na nota 4652, em outros produtos, conforme a seguir:

- EXTRATO DE TOMATE TAMBAU COPO 260G – Diz que a base de cálculo no relatório R\$32,76. Na nota fiscal R\$56,16. ICMS no relatório R\$5,57. ICMS na nota R\$9,55

- SALSICHA ANGLO LATA 300G - Diz que a base de cálculo no relatório R\$12,45. Na nota fiscal R\$521,36. ICMS no relatório R\$2,12. ICMS na nota R\$3,63

Não obstante esses dois destaque, diz que observa divergência entre o valor descrito no Relatório da Fiscalização como “*VlIcmsInf*”, Coluna J, em que o valor que é o informado pela

empresa de ICMS, mas diferentes valores observam-se no DANFE.

• **EX. 2 – Produto CREMOGEMA TRADICIONAL 200G – NF-e 4686**

Diz que este produto está no relatório da Fiscalização de 2014 com valor de Base de Cálculo R\$4,61. Ocorre que o DANFE destacado na peça de defesa à fl. 174, diz que o valor correto da base de cálculo é R\$11,15. O valor do ICMS no relatório da Fiscalização é de R\$1,68, só que no DANFE diz que é R\$1,90. E o cálculo na nota diz estar 100% correto.

Neste contexto, pontua que há um total comprometimento desta Infração 7, em virtude de provável erro no Sistema da Fiscalização, no que diz levar a solicitar que seja julgada improcedente a presente infração, ou no mínimo, que seja deferida a realização de diligencia para que se verifique a verdade material do lançamento.

Em sede de Informação Fiscal, a autuante, em relação à Infração 7, diz que os cálculos da infração foram efetuados com base nos valores escriturados na EFD da empresa. Para comprovar a veracidade do demonstrativo destaca, na fl. 220 dos autos, cópia do Espelho da NF-e 4652 extraída da EFD do contribuinte, onde diz ter marcados os produtos CATCHUP TAMBAU TRADICIONAL 400G, EXTRATO DE TOMATE TAMBAU COPO 260G e SALSICHA ANGLO LATA 300GR, os mesmos itens acima destacados na peça de defesa.

Neste contexto, diz que, para todos os produtos especificados acima, a base de cálculo foi lançada igualmente ao demonstrativo, por isso há diferença no cálculo do imposto. No caso do CATCHUP teve uma base de cálculo escriturada: 104,31, alíquota de 17%, o imposto seria $104,31 \times 0,17 = 17,73$ e não 21,87, portanto uma diferença de 4,14 como consta do demonstrativo.

Destaca que, se existiram erros, estes foram praticados pelo próprio contribuinte no momento de escriturar os valores das bases de cálculos na EFD. Diz, então, que a Infração 7 deve ser julgada procedente.

O sujeito passivo, ao se manifestar sobre os termos da Informação Fiscal desenvolvida pela autuante, pontua que se o sistema da fiscalização obtém o valor da EFD, ao invés da NF-e, e se como supôs a Fiscalização que há algum erro nessa EFD, deveria ser apresentado/comprovado este erro e a empresa ser intimada para correções, se for o caso, e até aplicar penalidades por esta questão formal, mas não cobrar imposto onde não há imposto devido, já que a empresa se creditou do valor exato contido no documento fiscal, valor este permitido pela legislação.

Todavia, com as documentações acostadas aos autos pela agente Fiscal não observo que a empresa se creditou do valor exato contido no documento fiscal, valor este permitido pela legislação, vez que os registros na EFD, informados pelo próprio sujeito passivo, relativo as operações objeto do demonstrativo de débito da infração 7, atestam o contrário.

É fato, como bem destacado pela Autuante, em sede de Informação Fiscal, que, em relação os erros cometidos, na apuração do ICMS, através da EFD apresentada pelo contribuinte, baseando-se no § 2º, do art. 227 do RICMS/2012, que diz que a escrituração do Registro de Apuração do ICMS será feita com base no Registro de Entradas e no Registro de Saídas, tais registros não forem os corretos, em relação às operações objeto do demonstrativo de débito da infração 7.

Neste sentido, coaduno com o posicionamento da Fiscalização, de que, se o contribuinte lançar valores incorretos na EFD, o valor do imposto apurado estará incorreto, podendo ser cobrado pela fiscalização em períodos futuros, enquanto não houver ocorrido a decadência. É o que se apresenta com o lançamento da glosa do crédito através do demonstrativo de fls. 83/88 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Infração 7 subsistente.

A Infração 8 diz respeito a utilização a maior crédito fiscal de ICMS, referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação ou do Exterior nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 89/96 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$59.821,02, com enquadramento no art. 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, inc. II; art. 314; e art. 315 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de

60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo diz que a Fiscalização apresenta planilha, listando os meses em que, a empresa teria se creditado a maior dos valores a título de ICMS Antecipação Parcial. Observa que a Fiscalização lança valores recolhidos de ICMS Antecipação Parcial e os valores lançados a título de outros créditos na apuração do ICMS na Escrituração Fiscal Digital.

Neste contexto, diz que o campo outros créditos na EFD não são destinados apenas ao ICMS Antecipação Parcial. Como o próprio nome diz, serve para lançar créditos outros que não sejam oriundos diretamente das entradas por aquisições de mercadorias.

Diz que é sabença geral que para se fazer valer da efetiva validação do correto crédito de ICMS Antecipação Parcial deve a Fiscalização abri os detalhes dos ajustes a crédito lançados na EFD.

Observa que assim não foi feito, pois se percebe que na planilha apresentada pela Fiscalização na coluna denominada “*Credito Indevido – Uso a maior de Credito do ICMS Ant Tributaria Parcial*”, que serviu de memória de cálculo para lavratura infração 8, não são os corretos valores lançados a título de ICMS Antecipação Parcial.

Por exemplo, no mês de 03/2015, a Fiscalização afirma no demonstrativo que a empresa se creditou de valor de Antecipação Parcial o valor de R\$37.634,09. Só que, conforme extrato da EFD, extraído do validador oficial do SPED, vê-se que o crédito lançado foi o valor de R\$24.032,16, conforme extrato colacionado na peça de defesa de fl. 176 dos autos.

Quanto a presente infração 08, que diz respeito a uso de crédito a maior do imposto devido por Antecipação Parcial (código de receita 2175) a mais do que o efetivamente recolhido no período, perfaz o montante de R\$59.821,02, a agente Fiscal diz que somente no mês de março de 2015, a fiscalização cometeu erro na elaboração do demonstrativo relativo a esta infração.

Ao invés de usar R\$ 24.032,16, como valor do Crédito Lançado pela Empresa para seus créditos referentes à Antecipação Parcial do mês 03/2015, usou erradamente o valor total do ajuste de crédito no valor de R\$ 37.634,09 daquele mês, sendo assim, o valor correto do demonstrativo “*Crédito Indevido – Uso a maior de Créditos do ICMS Ant Tributária Parcial*”, que diz respeito ao ano de 2015, cópia anexa às fls. 94, do PAF, passa a ser o seguinte:

Demonstrativo: Crédito Indevido - Uso a maior de Créditos do ICMS Ant Tributária Parcial					
Ano	Mês	VI Crédito Lançado	VI Crédito Permitido	VI Crédito Indevido	Observação
2015	2	25.351,83	24.596,43	755,40	E111
2015	3	24.032,16	23.642,11	390,05	E111
2015	6	41.698,37	30.322,77	11.375,60	E111
2015	7	26.759,87	26.505,37	254,50	E111
2015	8	15.394,79	14.798,81	595,98	E111
2015	9	26.699,40	26.079,75	619,65	E111
2015	10	14.454,93	14.203,53	251,40	E111
2015	11	11.531,42	9.170,64	2.360,78	E111
2015	12	8.124,07	4.370,32	3.753,75	E111
Total				20.357,11	

Desta forma, diz que o valor do Crédito Indevido no mês de março/2015 diminuiu de R\$13.991,98 para R\$390,05. E o valor total dos Créditos Indevidos em 2015 diminuiu de R\$33.959,04 para R\$20.357,11.

Ainda sobre esta infração 8, diz que a defensora questiona valores de recolhimento da Antecipação Parcial, anexando DAES, das fls. 180 a 187, do PAF. Diz que no mês 08/2014 o valor do crédito permitido pela fiscalização é igual R\$16.320,71, mas foi recolhido ao mês R\$25.632,76.

Pontua, também, que a Autuada faz uma confusão entre referência da Antecipação Parcial (mês 8) e o mês do efetivo pagamento (meses 9 e 10). Diz observar, das fls. 181 a 182, do PAF, por exemplo, que os pagamentos aconteceram nos meses de setembro e outubro, e não no mês 8 (agosto), como quer mostrar a defensora.

Observa que a defendant comete a mesma confusão entre os meses de referência da Antecipação Parcial e os meses dos efetivos pagamentos em todos os casos que houve citação de exemplos entre valores permitidos pela fiscalização e valores recolhidos, das fls. 183 a 187 do PAF.

Destaca que, no mês 12/2014, o valor permitido pela fiscalização é R\$18.084,10, e a empresa diz que recolheu R\$19.328,17, todavia os recolhimentos aconteceram em janeiro, fevereiro e março de 2015. O efetivo recolhimento no mês de dezembro/2014 para ICMS Antecipação Parcial (código de receita 2175) foi de R\$18.084,10, conforme demonstrado pela fiscalização às fls. 92, do PAF.

Sendo assim, diz reconhecer erro no demonstrativo do débito da Infração 8 apenas em relação ao valor histórico do mês de março/2015 de R\$13.991,98 para o valor devido de R\$390,05, em que sua base de cálculo de R\$82.305,76 passa para R\$2.294,12 e, consequentemente, o valor total da Infração de R\$59.821,02 para o valor de R\$46.219,09, conforme novo demonstrativo de débito que destaca à fl. 222 dos autos.

Em sede de manifestação à Informação Fiscal, relativamente a infração 08, a defendant diz que a Fiscalização não aceita o fato de haver efetivos recolhimentos referentes à Antecipação Parcial, tentando justificar que foram recolhidos em outros meses, mas ainda assim, a empresa tem o direito aos créditos dos recolhimentos efetuados, não podendo ser desconsiderados estes valores.

Pontua que se a fiscalização não aceita valores recolhidos em outros meses, nestes outros meses estes valores deveriam ser considerados, o que também diz não ter ocorrido no levantamento.

Consigna a Fiscalização que já foi efetuada a correção arguida pela defesa e pedido à procedência em parte, estando tudo explicado na Informação Fiscal às fls. 220, 221 e 222 do PAF.

Por outro lado, diz que a Autuada comete confusão entre mês de referência da Antecipação Parcial e seu efetivo pagamento, pois conforme inc. II, do art. 309, do RICMS/2012, constitui-se crédito fiscal do estabelecimento o valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de conta-corrente fiscal, cabendo **a sua escrituração** no quadro “*Crédito do Imposto - Outros Créditos*” do Registro de Apuração do ICMS, **no período em que ocorrer o recolhimento**.

É o que este Relator observa dos autos. O sujeito argui que a agente Fiscal não considerou todos os recolhimentos referente à Antecipação Parcial (Cód. Receita 2175), todavia não traz qualquer demonstrativo aos autos que possa validar tal afirmação. O que observo é que os valores apontados de ICMS Antecipação Parcial (Cód. Receita 2175), no demonstrativo de débito de fls. 89/96 dos autos, objeto da infração 8, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162, são, de fato os valores efetivamente recolhidos aos cofres do Estado, como assim determina a legislação.

Neste sentido, não vendo nada que desabone a correção do demonstrativo do débito da Infração 8, em relação ao valor histórico do mês de março/2015 de R\$13.991,98 para o valor devido de R\$390,05, como anteriormente destacado, voto pela procedência parcial desta infração.

Entendo, portanto, restar subsistente parcialmente a infração 8 no valor de R\$46.219,09, com manutenção de todos os valores das ocorrências contates do demonstrativo de débito da autuação, exceto em relação a data de ocorrência de 31/03/2015, com vencimento em 09/04/2015 que deve ser alterado do valor de R\$13.991,98 para o valor de R\$390,05.

A infração 9 diz respeito a estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto no ano 2014, conforme demonstrativo de fls. 97/98 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$21.816,00, com enquadramento nos arts. 24, 25 e 26, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 307 e 308 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Em sede defesa, o sujeito passivo alega que a Fiscalização simplesmente glosou os estornos de débito lançados pela empresa, mas em nenhum momento intimou ou solicitou informações da empresa no sentido de se justificar acerca dos estornos.

Neste contexto diz que o procedimento está maculado, haja vista que não se pode lançar débitos

sem embasar o motivo do lançamento. Destaca que a Fiscalização apenas colocou seu demonstrativo a informação “sem especificação”.

Na Informação Fiscal, de fls. 215/225, a Autuante diz que a defendant faltou com a verdade ao afirmar que não houve intimação solicitando informações da empresa para se justificar sobre tais estornos. Pontua que a Intimação se encontra acostada às fls. 31 dos autos, onde, o mesmo, tomou ciência através DTE – Domicílio Tributário Eletrônico, além de inúmeras vezes, no percurso do desenvolvimento a Ação Fiscal, pedir explicações ao Contador da empresa por telefone, o que não teve resposta.

O sujeito passivo, ao se posicionar sobre os termos da citada Informação Fiscal, através da manifestação de fls. 231/233, manteve-se silente em relação à infração 9. Vejo, por sua vez, da descrição dos fatos da autuação, o destaque “*estornos de débitos lançados a maior nos ajustes da Apuração do ICMS*”, com o adendo de que tais estornos de débitos não foram especificados, como assim orienta a legislação.

Ademais, vê-se, também, a informação de que o Contribuinte Autuado fora intimado para justificar, e, ao não justificar foi lavrado a presente infração. Neste sentido, na forma dos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Infração 9 subsistente.

A infração 13 diz respeito ao contribuinte ter recolhido a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômicas-fiscais e/ou arquivos eletrônicos nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 110/112 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162.

Consta da descrição dos fatos o registro da ocorrência de débito a menor do ICMS devido a valores escriturados incorretamente na coluna Outros Créditos do Registro de Apuração do ICMS. Contribuinte devidamente intimado para justificar os lançamentos que reduziram o valor do imposto a recolher, entretanto não apresentou justificativa. Lançado ICMS no valor de R\$125.173,72, com enquadramento nos arts. 24 a 26, 32 e inc. III, do art. 34 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 215, 248, 255, 257 à 259, 263, 304 e 332, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo alega que a Fiscalização glosa créditos lançados na EFD de forma indevida, conforme os seguintes destaques:

- A NF-e 978, afirma tratar de biscoito. Em verdade diz que há um equívoco, pois se comprova que se trata de outro produto, conforme se verificado DANFE destacado na peça de defesa de fl. 177. Registra, então, a possibilidade do crédito está contida na observação da nota, qual seja, a de que se trata de nota emitida por empresa do Simples Nacional, com direito ao crédito de 2,58%.
- Em relação à NF 155, bem como outras notas fiscais, embora seja biscoito, diz que a LC 123/06 não proíbe o crédito de mercadorias da Substituição Tributária exatamente pelo fato de que o Simples Nacional ter uma tributação simplificada e incentivada. Pontua que a exclusão da ST se dá apenas para efeito do oferecimento ao faturamento tributado pelo Simples Nacional, mas em relação à transferência de créditos em suas vendas não há vedação em relação às mercadorias da ST. Destaca o art. 23 da LC123/06.
- Destaca, também, na peça de defesa os DANFE's 000.000.155 e 000.000.157, que diz que a mesma situação ocorre com as NF-e 91, 101, 105, 112, 157, 162, 142, 146, 122, 119 e 134.

Em sede de Informação Fiscal, de fls. 215/225, a Fiscalização diz relacionar a débito a menor decorrente de valor incorreto em outros créditos no RAICMS. Observa que a defendant afirma que o crédito da NF-e 978 se trata de “*Biscoito*”, mas na descrição da citada NF-e consta “*Filme Esticável*”, cuja cópia foi anexada às fls. 177 dos autos, pelo próprio contribuinte; crédito

este de uma empresa do simples de 2,58% não podendo ser aproveitado pelo mesmo, por se tratar de bens de consumo da empresa.

Acrescenta, a agente Fiscal, que, mesmo que fosse “*biscoito*”, o crédito também não poderia ser utilizado, pois biscoitos (“*produtos derivados de farinha de trigo*”) estão na relação das mercadorias tributadas por Substituição Tributária no Anexo 1 do RICMS/2012.

Ademais, destaca que uma empresa Normal só pode se apropriar de créditos destacados no campo de informação das NF-e de fornecedores do Simples Nacional, quando suas saídas forem tributadas normalmente.

Destaca, também, que, no demonstrativo da infração 13, às fls. 111/112 dos autos, nomeado como “*Débito a Menor – Valores Incorretos Lançados em Outros Créditos (Divergências no Livro de Apuração do ICMS 2014)*” os créditos foram glosados por serem lançadas pela empresa em CFOP’s 1551 (mercadoria do Ativo), 2556 (uso e/ou consumo), produtos da ST (todas as NF-e são de biscoitos, inclusive, algumas NF-e foram anexadas pelo próprio contribuinte, às fls. 179 e 180, e outros casos, pela inexistência de processos na análise de crédito ou também porque não houve justificativas por parte da empresa, mesmo tendo sido intimada para prestar informações à fiscalização a respeito de tais ajustes, conforme se comprova às fls. 31.

Ao manifestar sobre os termos da Informação Fiscal de fls. 215/225, relativamente à infração 13, a defendant limitou-se apenas a dizer que apresentou, em sua Defesa inicial, prova da legislação do Simples Nacional de que não há restrição para crédito de produto da ST, haja vista que o mesmo é limitado ao percentual devido por empresas desse regime, que possui tributação menor.

Analizando detidamente as razões e contrarrazões das partes em relação a infração 13, que se trata de recolhimento a menos do ICMS devido a valores escriturados na coluna “*Outros Créditos*” do Livro Registro de Apuração do ICMS, em que, devidamente intimado para justificar os lançamentos que reduziram o valor do imposto a recolher, vejo que não apresentou qualquer justificativa.

Ademais, esses créditos devidamente identificados pela Fiscalização como entrada de mercadoria do ativo (CFOP 1551), mercadoria de uso e/ou consumo (CFOP 2556) e produtos da ST – “*biscoitos*” – não me apresenta que possa ensejar crédito na conta corrente fiscal do defendant.

Por outro lado, mesmo que estas mercadorias tenham origem de fornecedores integrantes do Simples Nacional, como assim deixa entender a defesa, para arguir a improcedência dos créditos glosados, observo que, independentemente de quem se estar adquirindo os produtos, como assertivamente destacou a Atuante, em sede de Informação Fiscal, há de se observar a natureza da operação.

No caso em tela, “*mercadoria de uso e/ou consumo*”, “*mercadoria enquadrada na ST*”, não autoriza o adquirente apropriar do crédito na sua escrita fiscal. Em relação a “*mercadoria do Ativo*”, necessariamente seu crédito autorizado, caso integre ao rol de ativo do parque operacional da empresa, tal crédito teria de ser registrado primeiramente no livro CIAP, para em seguida levar para sua escrita fiscal de apuração do imposto, que não me apresenta que tenha sido o caso objeto em análise.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone o levantamento fiscal da Fiscalização, entendo restar procedente a glosa do crédito escriturados incorretamente na coluna “*Outros Créditos*” do livro Registro de Apuração do ICMS, objeto do item 13 do Auto de Infração em tela. Infração 13 subsistente.

A Infração 14 diz respeito a recolhimento a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas em 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 113/118 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$102.556,98, com enquadramento nos arts. 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Alega o defendant que, em relação a Infração 14, há produtos da Substituição Tributária, já com a fase de tributação anteriormente encerrada, o que entende justificar as suas saídas sem tributação, bem como produtos isentos, que, por amostragem, relaciona às fls. 188/189, conforme a seguir:

- *Produto: CAFÉ* – Item 8 do Anexo I, do RICMS/BA, com efeitos até 2014;
- *Produto: MEDICAMENTOS* – Item 32 do Anexo I, do RICMS/BA;
- *Outros Produtos da Substituição Tributária ST: REPELENTE OFF FAMILY 100ML; FARINHA ESPECIAL P/PASTEL 5KG, MASSA DE BEIJINHO PASTORIZA 400G; ACETONA IDEAL OLEO DE ARGAN 100ML; ACETONA IDEAL TEEN QUERA+VITAM; STEAK DE FRANGO PEPERI 116G; LENÇO UMID. COTTONBABY A; TOALHA UMEDECIDAS COTTONBABY.*
- *Produto Isento: LEITE EM PÓ*

Na Informação Fiscal de fls. 215/225, a agente Fiscal, em relação à infração 14, diz que a autuação relaciona a débitos a menor do imposto por erro na aplicação de alíquota, decorrente de saídas regularmente escrituradas. Registra, então, que a Autuada alega que foi cobrado tributo de mercadorias com fase de tributação já encerrada e de produtos isentos, o que pontua ser totalmente inverídico, conforme os seguintes destaques:

- *Produto - CAFÉ:* O item CAFÉ diz que foi revogado da Substituição Tributária (ST) a partir de 01/01/2015. Entretanto o CAFÉ que fazia parte da ST, era o CAFÉ TORRADO OU MOÍDO, estando fora, portanto, o CAFÉ SOLÚVEL (citado pela empresa como CAFÉ SANTA CLARA REFIL 50G). Os CAFÉS DESCAFEINADOS e os misturados com outros produtos (citado pela empresa como CAFÉ C/LEITE 3 CORAÇOES C/CÁLCIO), estes exemplos da empresa são tributados normalmente.
- *Produto – MEDICAMENTO:* O item 32 do Anexo 1 do RICMS/2012 – produtos FARMACÊUTICOS – são substituídos para farmácias. Neste contexto diz que a defendant não especifica que produto está na relação.
- *Produto - REPELENTE OFF FAMILY 100ML:* Tem tributação normal, o que era da ST até 31/01/2015 como sendo Material de Limpeza (item 25.10) eram os REPELENTES (USO NO AMBIENTE) apresentados ou embalados exclusivamente para uso sanitário direto, portanto esses de uso na pele das pessoas são tributados normalmente.
- *Produto - FARINHA ESPECIAL P/PASTEL 5KG:* Diz que é de tributação normal. A “farinha de trigo” é que é da ST.
- *Produto - MASSA DE BEIJINHO PASTORA 400G:* Diz que é produto para fazer docinhos, também tributado normalmente.
- *Produto - STEAK DE FRANGO PEPERI 116G:* Diz que são produtos empanados não se enquadra nos cortes de frango natural, congelado ou resfriado, tendo sua tributação normal.
- *Produto - LENÇO UMID COTTONBABY E TOALHA UMEDECIDAS COTTONBABY:* Diz que seu NCM não está enquadrado no item 32 do Anexo 1 do RICMS/2012.

Por outro lado, diz que os produtos citados pela defendant como sendo isentos pela Autuada, na verdade são todos tributados normalmente, por exemplo, FEIJÃO PRETO QUERO 340g (produto industrializado, inclusive enlatado). A FARINHA DE MANDIOCA é produto isento, mas FÉCULA DE MANDIOCA tem tributação normal. Os produtos HORTIFRUTÍCOLAS são isentos, desde que não sejam destinados à industrialização, portanto SEMENTE DE GIRASSOL, SEMENTE DE CHIA, LINHAÇA, XERÉM DE MILHO (tributação igual ao milho 7%) e ORÉGANO MARATÁ 10G, são todos industrializados, sendo, portanto tributados normalmente.

Quanto ao produto LEITO EM PÓ, diz que só tem redução da base de cálculo nas operações internas quando produzidos na Bahia. Cita exemplos de fábricas de leite baianas: BETÂNIA,

PARMALAT e VALEDOURO. Pela a origem da NF-e ou descrição do leite, diz que a Fiscalização tem garantia de que o leite foi fabricado ou não no território baiano.

Diz, por fim, que a defendant não mostrou, não apontou, não fez referência clara, se existia erro de valores nos demonstrativos. Também não disse em que demonstrativo constava o produto LEITE EM PÓ que fora produzido na Bahia.

O sujeito passivo, ao posicionar sobre os termos da citada Informação Fiscal, fls. 215/225, através da manifestação de fls. 231/233, manteve-se silente em relação às contrarrazões apresentadas pela a agente Fiscal quanto às considerações de defesa relacionadas a esta infração 14.

Neste sentido, não vendo nada que desabone as contrarrazões apresentadas pela a agente Fiscal quanto as considerações de defesa relacionadas a infração 14, tendo o defendant tomado ciência através do documento de fl. 227, mantendo-se silente, na forma da sua manifestação de fls. 231/233 dos autos, voto pela subsistência da infração 14, consubstanciado nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Infração 14 subsistente.

A infração 15 relaciona a recolhimento a menor ICMS em razão de erro na apuração dos valores do imposto nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 119/124 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Consta da descrição dos fatos o registro de débito a menor por erro na determinação da carga tributária nas operações com ECF. Lançado ICMS no valor de R\$561.077,64, com enquadramento nos arts. 24 a 26, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo pontua que há produtos da Substituição Tributária, já com a fase de tributação anteriormente encerrada, o que diz justificar as saídas sem tributação, bem como produtos isentos, que, por amostragem, relaciona à fl. 190, onde destaco:

- Produtos da SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: IOGURTE DANONE DANONINHO ICE MORANGO UM; IOGURTE BATAVO CARAMELO 100G...[TERMINAR DE DIGITA]
- Produtos ISENTOS: MILHO ALPISTE GRAO VERDE 500G, ... [TERMINAR DE DIGITA]

Em relação à infração 15, que diz respeito a constatação de débito a menor por operações em ECF dado erro na carga tributária, pondera que a defendant não apontou nenhum erro de valores nos demonstrativos apresentados para esta infração.

Pontua, entretanto, a defesa, que existem produtos constantes do demonstrativo de débito que houve redução de base de cálculo, o que diz já ter sido rechaçado anteriormente, como explicitado no corpo deste voto, de que tais produtos foram tributados normalmente, são eles: ACETONA, LENÇO UMIDECIDOS, REPELENTE OFF FAMILY, CAFÉ SANTA CLARA REFIL 50 G (café solúvel), MASSA DE BEIJINHO PASTORA, MILHO ALPISTE GRÃO VERDE 500 G, MILHO PAINCO GRAO VERDE 500G, FEIJÃO PRETO TP 340 G (enlatado), FÉCULA DE MANDIOCA, SALSA DESIDRATADA MARATÁ 8G, ÓREGANO KITANO 200 e LEITE EM PÓ.

Diz também que IOGURTE DANONE DANONINHO ICE MORANGO, IOGURTE BATAVO CARAMELO, IOGURTE BATAVA CREAMY CHOCOLATE 100G, IOGURTE BATAVINHO DANONINHO MORANGO 45G, CHAMYTO NESTLE, DANONE DANONINHO CREMOSO, IOGURTE NESTLÉ NINHO SOLEIL, DANONE DANITO, são produtos que equivocadamente a empresa considerou como sendo IOGURTE (NCM 0403.10.00), produtos da ST, mas que na realidade são bebida láctea, leite fermentado ou “petisuis”, sendo portanto todos tributados a 17%.

Consigna, ainda, que os BISCOITOS elencados no Anexo 1 do RICMS/2012 são somente os derivados de farinha de trigo, o BISCOITO DE GOMA 350g tem tributação normal. Por sua vez, diz que o produto COAGILANTE LÍQUIDO é um produto usado para coagular leite, não está incluído no rol das mercadorias enquadradas na ST.

Neste sentido, não vendo nada que desabone as contrarrazões apresentadas pela a agente Fiscal quanto as considerações de defesa relacionadas a infração 15, tendo o defendant tomado ciência através do documento de fl. 227, mantendo-se silente, na forma da sua manifestação de fls. 231/233 dos autos, voto pela subsistência da infração 15, consubstanciado nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Infração 15 subsistente.

A infração 16 diz respeito a recolhimento a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas em 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 125/130 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 162. Lançado ICMS no valor de R\$161.299,30, com enquadramento nos arts. 17 a 21, e art.23, da Lei nº 7.014/96 (a depender da hipótese) e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

Em relação à Infração 16, diz que o produto LEITE EM PÓ, de marcas variadas, que também está sendo cobrado na presente infração, possui redução de base de cálculo no período em questão, conforme inc. XXV, do art. 268 do RICMS/BA, que destaca.

Observa que não justifica o motivo da suposta irregularidade quanto a este produto. E, por mera suposição, diz que, caso a justificativa seja a de o produto ter sido ou não fabricado em território baiano, conforme condiciona o dispositivo legal, não foi apresentado pela Fiscalização nenhuma prova de que a mercadoria não tenha sido fabricada no Estado da Bahia.

Em sede de Informação Fiscal, a Autuante, em relação à infração 16, que diz respeito a débito a menor por erro na determinação da base de cálculo, observa que a defendant cita novamente o produto LEITE EM PÓ, mas não apontou nenhum erro nos valores dos demonstrativos.

Sustenta que o LEITE EM PÓ cobrado como alíquota de 17%, com certeza, não foi produzido na Bahia. Para verificar a verdade dos fatos diz que basta verificar nos papéis de trabalho da infração 16 elaborado pela Fiscalização, logo na primeira página do demonstrativo, à fl. 126 dos autos, tem-se LEITE EM PÓ CAMPONESA INTEGRAL 200G e LEITE EM PÓ IDEAL SACHE 200 G, produtos não produzidos na Bahia, que não cabe à redução arguida pela defesa.

Neste sentido, não vendo nada que desabone as contrarrazões apresentadas pela a agente Fiscal quanto às considerações de defesa relacionadas à infração 16, tendo o defendant tomado ciência através do documento de fl. 227, mantendo-se silente, na forma da sua manifestação de fls. 231/233 dos autos, voto pela subsistência da infração 165, consubstanciado nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Infração 16 subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração. Assim, o montante da autuação é o seguinte:

INFRAÇÃO	VALOR LANÇADO	VALOR JULGADO	MANIF. AUTUADA	DECISÃO
INFRAÇÃO 01	89.040,40	89.040,40	ACATADA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 02	36.328,56	36.328,56	ACATADA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 03	163.281,93	163.281,93	DEFESA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 04	178.049,08	178.049,08	DEFESA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 05	149.550,81	149.550,81	ACATADA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 06	6.348,64	6.348,64	ACATADA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 07	43.976,02	43.976,02	DEFESA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 08	59.821,02	46.219,09	DEFESA	PROC. EM PARTE
INFRAÇÃO 09	21.816,00	21.816,00	DEFESA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 10	56.315,45	56.315,45	ACATADA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 11	42.045,81	42.045,81	ACATADA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 12	529.674,41	529.674,41	ACATADA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 13	125.173,72	125.173,72	DEFESA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 14	102.556,98	102.556,98	DEFESA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 15	561.077,64	561.077,64	DEFESA	PROCEDENTE

INFRAÇÃO 16	161.299,30	161.299,30	DEFESA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 17	145.683,00	145.683,00	ACATADA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 18	21.506,05	21.506,05	ACATADA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 19	104.434,95	104.434,95	ACATADA	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 20	33.715,07	33.715,07	ACATADA	PROCEDENTE
TOTAL	2.631.694,84	2.618.092,91		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300766.0005/18-6**, lavrado contra **ATACADÃO DM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.584.377,84**, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$2.542.332,03 e de 100% sobre o valor de R\$42.045,81, previstas no Art. 42, Incisos II, Alíneas “a”, “b”, “d” e “f”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$33.715,07**, prevista no Inciso II, “d” da citada Lei e Artigo, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOSMES RUIZ – JULGADORA