

PROCESSO - A. I. N° 300766.0005/18-6
RECORRENTE - ATACADÃO DM LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0205-04/19
ORIGEM - INFAS PAULO AFONSO (NORDESTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/12/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0236-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ISENTAS. Razões de defesa não elidem a acusação. **b)** MERCADORIAS DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA. Razões recursais elidem parcialmente a acusação. Excluído o produto “batata palito”. **c)** VALOR DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL MAIOR QUE O DEVIDO. Razões de defesa não elidem a acusação. **d)** 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)** VALOR INFORMADO INCORRETAMENTE NA COLUNA OUTROS CRÉDITOS NO LRAICMS. Razões de defesa não elidem a acusação. **a.2)** ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Razões recursais elidem parcialmente a acusação. Excluídas as operações de transferência interna com a aplicação da Súmula nº 08/2019, deste CONSEF. **a.3)** ERRO NA APURAÇÃO DO VALOR DO IMPOSTO. Razões recursais elidem parcialmente a acusação. Excluídas as operações com o produto “iogurte”, o qual estava enquadrado no regime de substituição tributária. **a.4)** ERRO NA BASE DE CÁLCULO. Razões recursais elidem parcialmente a acusação. Excluídas as operações de transferência interna com a aplicação da Súmula nº 08/2019, deste CONSEF. Afastadas as arguições de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/09/2018, no valor de R\$2.631.694,84, em razão de 20 irregularidades, todas julgadas procedentes, salvo a Infração 08 que foi julgada procedente em parte:

Infração 01 - 01.02.01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de fevereiro, abril, maio, julho a setembro, novembro e dezembro de 2014 e janeiro, março a junho, agosto e novembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$89.040,40, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e janeiro a novembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$36.328,56, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 01.02.03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$163.281,93, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - 01.02.06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$178.049,08, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 - 01.02.18 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias, nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2014 e janeiro e março a julho de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$149.550,81, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 - 01.02.40 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro e julho a setembro de 2014 e fevereiro, abril a junho e agosto de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$6.348,64, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 - 01.02.41 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$43.976,02, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 08 - 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 meses de janeiro, fevereiro, abril e junho a dezembro de 2014 e fevereiro, março e junho a dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$59.821,02, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 09 - 01.06.01 - Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, agosto e outubro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$21.816,00, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96.

Infração 10 - 02.01.01 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de novembro e dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$56.315,45, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96.

Infração 11 - 02.01.02 - Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, o ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de junho e novembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$42.045,81, acrescido de multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 12 - 03.01.04 - 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 meses de janeiro a maio, julho a setembro, novembro e dezembro de 2014 e janeiro, março a setembro e dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$529.674,41, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "b", da Lei nº 7.014/96.

Infração 13 - 03.01.04 - 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 meses de fevereiro a agosto e outubro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$125.173,72, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "b", da Lei nº 7.014/96.

Infração 14 - 03.02.02 - 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 meses de janeiro a dezembro de 2014 e 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$102.556,98, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "a", 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$561.077,64, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "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, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$161.299,30, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96.

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 meses de fevereiro, abril, maio e julho a dezembro de 2014 e março, abril, junho, agosto a outubro e dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$145.683,00, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "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 meses de março a novembro de 2014 e fevereiro a dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$21.506,05, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "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 meses de fevereiro e abril a dezembro de 2014 e abril, junho a agosto, outubro e novembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$104.434,95, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "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 meses de setembro a novembro de 2014 e maio, julho e setembro a dezembro de 2015, sendo aplicada multa no valor de R\$33.715,07, correspondente ao percentual de 60%, prevista no Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96.

A 4ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, em decisão unânime, mediante o Acórdão JJF nº 0205-04/19 (fls. 243 a 270), com base no voto a seguir transcrito:

"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 de 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 contendá 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 defendente, 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 deficiente 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 destaques, diz que observa divergência entre o valor descrito no Relatório da Fiscalização como “VIIcmsInf”, 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 supõe 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 der 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 credito 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	V/CrédLançado	V/CrédPermitido	V/CrédIndevido	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 defendente 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 defendente.

Observa que a defendente 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 defendente 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 defendente 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 defendente afirma que o crédito da NF-e 978 se trata de “Biscoito”, mas na discriminação 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 I 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 defendente 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 defendente.

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,

independente de quem se estiver 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 deficiente 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 PASTORIZADA 400G; ACETONA IDEAL OLEO DE ARGAN 100ML; ACETONA IDEAL TEEN QUERA+VITAM; STEAK DE FRANGO PEPPERI 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 CORAÇÕES C/CÁLCIO), estes exemplos da empresa são tributados normalmente.*
- *Produto – MEDICAMENTO: O item 32 do Anexo I do RICMS/2012 – produtos FARMACÊUTICOS – são substituídos para farmácias. Neste contexto diz que a deficiente 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 PEPPERI 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 I do RICMS/2012.*

Por outro lado, diz que os produtos citados pela deficiente 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 defendente 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 defendente 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 defendente 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 defendente 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		

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 286 a 314), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual suscitou a nulidade da autuação, por cerceamento do direito de defesa, em decorrência do não desmembramento das infrações, previsto no parágrafo único do Art. 40 do RPAF/99, pois há no Auto de Infração duas infrações em valor superior ao previsto.

Ressaltou que a regra entrou em vigor em 18/08/2018, anterior à data de lavratura que ocorreu em 27/09/2018, e estabelece que o Auto de Infração deverá ser desmembrado, sendo, portanto, mandatória.

Também arguiu a nulidade em razão dos demonstrativos não terem sido apresentados em formato texto ou tabela, mas em PDF, que não é editável, desrespeitando o §3º, do Art. 8º do RPAF/99.

Em relação à Infração 03, pediu a exclusão do flocão de milho por ser o mesmo produto que flocos de milho, estando apenas no aumentativo, usado em farofas e cuscuzes, sendo diferente de fubá

de milho, farinha moída mais fina utilizada em bolos, angus e polentas.

No tocante à Infração 04, questionou o porquê de considerar que o produto é Jerked Beef ao invés de Charque, no exercício de 2014, quando a descrição do produto diz que é Charque e ao mesmo tempo Jerked Beef, conforme indicou.

Também asseverou que o produto Batata Palito não é um salgado industrializado, mas batata cortada em estado natural, pré-cozida e congelada, para servir, posteriormente, de complemento na refeição, não possuindo sal em sua composição, além de estar enquadrado no NCM 2004.10.00, não listado no Anexo 1 do RICMS/12, conforme DANFE que acostou.

Informou que tributou as mercadorias normalmente em suas saídas, já que não fazem parte da substituição tributária, não havendo prejuízo ao Estado, conforme planilha que anexou mostrando o extrato do Registro C425 da EFD, que mostra o resumo mensal dos itens que vai para a totalização da apuração do ICMS, sendo indevida a cobrança de todos os itens levantados, pois do contrário ocorreria uma bitributação.

Sobre a Infração 07, alegou que se existem erros entre os valores que foram colocados na EFD e a nota fiscal eletrônica (que é o documento que realmente importa, pois reflete a operação mercantil), ou seja, se há inconsistência entre a EFD e a NF-e, teria o direito à retificação, sob intimação para correção, com o prazo de 30 dias, de acordo com o Art. 247, §4º, do RICMS/12, o que não ocorreu.

Solicitou que a Infração 07 seja julgada improcedente, em virtude de erro no sistema da Fiscalização ou não observação da Auditoria, ou no mínimo, que seja deferida a realização de diligência para que se verifique a verdade material do lançamento, reiterando todos os detalhes de erros cometidos pela Fiscalização, trazidos na peça inicial.

Aduziu que a Decisão recorrida relativa à Infração 08 foi realizada “a toque de caixa”, sem que fossem lidas as suas peças defensivas com as respectivas provas de que os lançamentos a título de antecipação parcial estavam compatíveis.

Pedi a improcedência da Infração 08 ou a revisão total dos seus valores, sob o argumento de que os valores informados nos demonstrativos estão divergindo dos efetivamente lançados na EFD, pois teria sido utilizado o valor total do campo “Outros Créditos” em vez do detalhe do ajuste específico para a antecipação parcial, conforme o mês de março de 2015, bem como foram considerados a menor os valores de DAEs de antecipação parcial, relacionando os valores referentes aos meses a seguir:

- Mês de Referência: 08/2014 - Valor Recolhido: R\$25.632,76 e Valor Crédito Permitido: R\$16.320,71
- Mês de Referência: 11/2014 - Valor Recolhido: R\$21.161,10 e Valor Crédito Permitido: R\$10.641,10
- Mês de Referência: 12/2014 - Valor Recolhido: R\$19.328,27 e Valor Crédito Permitido: R\$18.084,10
- Mês de Referência: 08/2015 - Valor Recolhido: R\$27.638,30 e Valor Crédito Permitido: R\$14.798,81
- Mês de Referência: 10/2015 - Valor Recolhido: R\$19.396,38 e Valor Crédito Permitido: R\$14.203,53

Afirmou estar trazendo fato novo, não arguido em sua defesa, de que todas as operações listadas na Infração 14 se referem a transferências internas, CFOP 5.152, sem incidência do ICMS nos termos dos julgados que acostou, do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0 e da Súmula nº 08/2019 deste CONSEF, além de solicitar a realização de diligência para exclusão dos produtos Repelente (produto da ST - item 25.10 do Anexo 1 do RICMS/12), até 31/01/2015, Coagulante Líquido HA LA 200ml (produto da ST - medicamentos) e Semente de Girassol e de Linhaça (produtos isentos – Art. 264, XVIII, do RICMS/12, c/c Convênio ICMS nº 100/97).

Pugnou pela exclusão da Infração 15 dos produtos relacionados a seguir, pois já tiveram sua fase de tributação encerrada, por serem enquadrados na substituição tributária, estando equivocada a informação da Decisão de piso de que “são bebidas láctea, leite fermentado ou ‘petisuis’”:

- IOGURTE DANONE DANONINHO ICE MORANGO UN
- IOGURTE BATAVO CARAMELO 100G

- IOGURTE BATAVO CREAMY CHOCOLATE 100G
- IOGURTE BATAVINHO DANONINHO MORANGO 45G
- COAGULANTE LIQUIDO HA LA 200ML
- CHAMYTO NESTLE SUPER BIG 90G
- IOGURTE DANONE DANONINHO MORANGO P/BEBE 180G
- IOGURTE DANONE DANONINHO POTAO MORANGO 100G
- IOGURTE DANONE DANONINHO MORANGO C/2 85G
- AT DANONE DANONINHO CREMOSO 6X100G
- IOGURTE NESTLE NINHO SOLEIL POLPA100G
- IOGURTE NESTLE NINHO SOLEIL MORANGO 180G
- IOGURTE BATAVINHO MORANGO MAX 62.5G
- DANONE DANITO BEN FRUTA 100G

Solicitou que sejam retiradas da Infração 16, da mesma forma que na Infração 14, a quase totalidade das notas fiscais, por se referirem a transferências internas, CFOP 5.152, sem incidência do ICMS nos termos dos julgados que acostou, do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0 e da Súmula nº 08/2019 deste CONSEF.

Requeru que seja reconhecida a nulidade do lançamento ou que, no mínimo, sejam determinadas a realização de diligências e perícias, para que sejam efetivamente analisados todos os documentos que acostou, reiterou os pedidos formulados em sede de Defesa e protestou pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa relativo a 20 infrações, todas integrantes do Recurso Voluntário.

O Autuado suscitou a nulidade da autuação por cerceamento de defesa em decorrência do não desmembramento das infrações e em razão dos demonstrativos não terem sido apresentados em formato texto ou tabela, mas em PDF, que disse não ser editável.

Ressalto, que há dois tipos de arquivos PDF, os que são gravados como imagem e não permitem edição e os que são gravados como texto, permitindo a edição, que é o caso dos anexos a este Auto de Infração. Portanto não foi desrespeitado o 3º, do Art. 8º do RPAF/99.

Quanto ao desmembramento, realmente não ocorreu conforme o disposto no parágrafo único, do Art. 40 do RPAF/99, já que as Infrações 12 e 15 tem valores superiores a R\$200.000,00, certamente por falta de atualização do Sistema de Emissão de Autos de Infração, utilizado pelo Autuante, já que a regra entrou em vigor no decurso da fiscalização, menos de dez antes da data de lavratura do Auto de Infração.

Entretanto, percebo que o Autuado efetuou uma defesa pormenorizada das acusações que lhe foram imputadas, não tendo gerado nenhum prejuízo à sua defesa e, com base no princípio *pas de nullité sans grief*, inserto no §2º, do Art. 18 do RPAF/99, e no parágrafo único, do Art. 283 do novel CPC, rejeito as nulidades suscitadas.

Constatou que não foram apresentadas novas provas até o presente momento, e que não há necessidade da realização de diligência ou perícia, nos termos do Art. 147, I, “a” e II, “a” e “b” do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo que a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos e é desnecessária a par das provas já produzidas.

No mérito, o Autuado somente apresentou recurso em relação às Infrações 03, 04, 07, 08, 14, 15 e 16. Portanto, fica mantida a Decisão recorrida que julgou procedente as Infrações 01, 02, 05, 06, 09 a 13 e 17 a 20, na forma do Art. 140 do RPAF/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.

A lide reside na Infração 03, apenas em relação ao produto Flocão de Milho. Este produto realmente é isento, não por ser fubá de milho, que é uma farinha moída mais fina utilizada em bolos, angus e polentas, mas por ser farinha de milho, produto inserto no Art. 265, II, "d", do RICMS/12. Afinal, não é porque é uma farinha de milho flocada, conforme a descrição constante das suas embalagens, que deixa de ser uma farinha de milho. Mantida a Decisão recorrida.

No tocante à Infração 04, o Autuado se insurge quanto à exigência sobre os produtos Jerked Beef e Batata Palito. Não assiste razão ao Autuado em relação ao produto Jerked Beef, que já foi objeto de análise por este Relator no Acórdão CJF nº 0286-12/18, em decisão unânime, do qual transcrevo excerto do voto:

“...

Passando ao mérito, assim como o Autuado e a Decisão recorrida, analisarei conjuntamente as Infrações 2 e 4, tendo em vista que o Recurso ora analisado só trata do produto “jerked beef”. Assim, a lide fica resumida a avaliar se o produto “jerked beef” é um tipo de charque e se este produto estava ou não enquadrado na substituição tributária no período autuado.

O “jerked beef” é classificado e aprovado pelo Ministério da Agricultura do Brasil como “carne bovina salgada, curada e dessecada” e, diferentemente do charque, possui adição de alguns produtos químicos, processo de maturação e menor exposição ao sal e ao sol (fls. 19 e 20). Portanto, são produtos diferentes e que possuíam, à época dos fatos, tributações diversas.

É fato que o Estado da Bahia retirou o produto “jerked beef” do regime de substituição tributária através do Decreto nº 15.661/14, com efeitos a partir de 01/12/2014, mas o Autuado alega que este Decreto se traduziu apenas em uma norma interpretativa.

Data vênia, discordo deste entendimento. Poderia até já haver a intenção do Estado de retirar o produto da substituição tributária, mas constato que isto só ocorreu a partir de 01/12/2014, com a entrada em vigor do referido Decreto nº 15.661/14. Tanto que a norma adicionou o “jerked beef” à exceção já existente ao charque, passando a conter a expressão “exceto charque e jerked beef”.

Assim, mantida a Decisão recorrida em relação às Infrações 2 e 4.

...”

Quanto ao produto Batata Palito, assiste razão ao Autuado. Este produto não é um salgado industrializado, mas batata cortada em estado natural, pré-cozida e congelada, não possuindo sal em sua composição, além de estar enquadrado no NCM 2004.10.00, não listado no Anexo 1 do RICMS/12, conforme DANFE que acostou.

Quanto à alegação de que as mercadorias foram tributadas normalmente em suas saídas, isso não importa para a autuação, que trata de crédito indevido nas entradas. Caso tenha ocorrido uma tributação indevida nas saídas ou uma falta de recolhimento do ICMS substituição tributária na entrada, cabe, respectivamente, restituição de indébito ou autuação específica para este fim.

Diante do exposto, fica reduzida a Infração 04 para R\$176.957,26, conforme demonstrativo abaixo:

Data Ocorrência	Valor Auto de Infração	Batata Palito	Valor 2º CJF	NFs Excluídas
31/01/2014	14.318,04	246,71	14.071,33	376080
28/02/2014	7.715,70	19,13	7.696,57	386244
31/03/2014	4.803,02	50,14	4.752,88	1111511 e 394338
30/04/2014	5.671,63	-	5.671,63	-
31/05/2014	10.352,46	88,69	10.263,77	403885, 1234748 e 1257585
30/06/2014	19.525,50	84,84	19.440,66	1326245, 412274 e 1350078
31/07/2014	7.516,86	28,77	7.488,09	533607 e 8610
31/08/2014	10.014,06	37,39	9.976,67	426682
30/09/2014	14.709,15	20,50	14.688,65	582242
31/10/2014	6.843,93	56,71	6.787,22	443837 e 10473
30/11/2014	15.815,26	-	15.815,26	-
31/12/2014	6.510,39	-	6.510,39	-
31/01/2015	6.300,36	82,67	6.217,69	467165 e 473645
28/02/2015	3.495,60	15,54	3.480,06	724390

31/03/2015	2.827,36	-	2.827,36	-
30/04/2015	8.353,98	47,96	8.306,02	761338 e 497943
31/05/2015	5.835,26	38,95	5.796,31	501511 e 797584
30/06/2015	3.667,16	45,01	3.622,15	509059, 820009 e 2370027
31/07/2015	4.490,08	69,40	4.420,68	515977, 852821 e 16559
31/08/2015	7.357,34	30,65	7.326,69	2494339 e 887181
30/09/2015	1.207,66	58,68	1.148,98	530964 e 538643
31/10/2015	1.404,29	-	1.404,29	-
30/11/2015	6.039,01	23,52	6.015,49	2726460
31/12/2015	3.274,98	46,56	3.228,42	564489
Valor Total	178.049,08	1.091,82	176.957,26	

No que tange à Infração 07, verifico que assiste razão ao Autuado, pois os valores indicados no demonstrativo destoam totalmente dos valores constantes nas notas fiscais eletrônicas recebidas pelo Autuado.

Apenas a título de exemplo, cito a Nota Fiscal nº 4652, de 02/01/2014, cujo item CATCHUP TAMBAU TRADICIONAL 400G possui ICMS no valor de R\$30,40, mas no demonstrativo consta o valor de R\$21,87, indicando que o valor correto seria R\$17,73.

Também cito a Nota Fiscal nº 4686, de 03/01/2014, cujo item CREMOGEMA TRADICIONAL 200G possui ICMS no valor de R\$1,90, mas no demonstrativo consta o valor de R\$1,88, indicando que o valor correto seria R\$0,78.

E assim se sucede em todas as notas fiscais que verifiquei, tanto no exercício de 2014, quanto no de 2015. Portanto, modifico a Decisão recorrida para julgar nula a Infração 07.

Na Infração 08, o Autuado argumentou que os valores informados nos demonstrativos, estão divergindo dos efetivamente lançados na EFD, pois teria sido utilizado o valor total do campo “Outros Créditos”, em vez do detalhe do ajuste específico para a antecipação parcial, conforme o mês de março de 2015, bem como foram considerados a menor os valores de DAEs de antecipação parcial, relacionando os valores referentes aos meses de agosto, novembro e dezembro de 2014 e agosto e dezembro de 2015.

Consultei os valores arrecadados pelo Autuado, e verifiquei que quase todos os valores indicados como arrecadados nos demonstrativos estão corretos, salvo no mês de junho de 2015, que foi apontado um valor de R\$30.322,77, quando o correto foi R\$27.723,72, gerando um débito a menor de R\$2.599,05, mas que apenas compensou exatamente os valores equivocados nos meses de abril, com débito a maior de R\$2.902,72, e maio de 2015, com débito a menor de R\$303,67.

Ressalto, que o Autuado estava comparando equivocadamente os valores arrecadados, com os meses de referência dos DAEs, quando o correto são os meses dos efetivos recolhimentos do imposto, nos termos do Art. 309, II, do RICMS/12, além de lançar os valores pagos a título de acréscimos moratórios como se fosse imposto.

Também consultei as EFDs do Autuado, e constatei que somente houve o equívoco em relação ao mês de março de 2015, tendo sido apontado um valor de R\$37.634,09, quando foi lançado o valor de R\$24.032,16 e o correto seria R\$23.642,11, já corrigido pela Decisão de piso, que reduziu o valor exigido neste mês de R\$13.991,98 para R\$390,05.

Observei ainda, que foi indicado o valor de R\$14.454,93 na EFD do mês de outubro de 2015, sendo que lá não consta a discriminação do que se refere o valor dos ajustes a crédito, cujo valor total lançado foi R\$19.086,42.

Assim, mantendo a Decisão recorrida em relação à Infração 08.

No tocante à Infração 14, o Autuado requereu a exclusão dos produtos Repelente (produto da ST - item 25.10 do Anexo 1 do RICMS/12), até 31/01/2015, Coagulante Líquido HA LA 200ml (produto da ST - medicamentos) e Semente de Girassol e de Linhaça (produtos isentos – Art. 264, XVIII, do RICMS/12, c/c Convênio ICMS nº 100/97), bem como de 100% das notas fiscais relacionadas, por terem acobertado operações de transferência, mediante o CFOP 5.152, sem incidência do ICMS.

Quanto ao produto Repelente, conforme já explicitado na Decisão recorrida, os repelentes que estavam na substituição tributária, até 31/01/2015, eram os de uso domissanitário e não os para uso direto na pele. O produto Coagulante Líquido HA LA 200ml não é um medicamento, mas um produto utilizado para fazer queijos, e não está na substituição tributária nem é isento. E os produtos Sementes de Girassol e Linhaça só são isentas quando tem a finalidade de semeadura, as quais são diferentes das vendidas para alimentação.

Entretanto, assiste razão ao Autuado em relação às operações de transferência, com a aplicação da Súmula nº 08/2019, deste CONSEF, que, embora sejam a maioria absoluta, não representam 100% das operações, pois ainda remanescem algumas operações realizadas com os CFOPs 5.102, 5.403 e 6.929, motivo pelo qual modifico a Decisão recorrida para reduzir o valor da Infração 14 de R\$102.556,98 para R\$1.780,54, conforme demonstrativo a seguir:

Data	CFOP	NF	Descrição	BC	Alíq.	ICMS
11/04/2014	5102	16782	AT MILHO SACO 60KG	514,75	17%	87,51
28/04/2014	5403	16928	MORTADELA CONFIANÇA PERDIGAO CARNE KG	106,50	17%	18,10
30/04/2014	5403	16951	MORTADELA CONFIANÇA PERDIGAO CARNE KG	106,50	17%	18,10
Valor Total do ICMS devido no Mês 04/2014						123,71
05/06/2014	5403	17374	QUEIJO RALADO PARMESAO BRENTUTI 50G	62,80	17%	10,68
Valor Total do ICMS devido no Mês 06/2014						10,68
12/08/2014	5403	18107	MORTADELA CONFIANÇA PERDIGAO CARNE KG	355,00	17%	60,35
12/08/2014	5403	18107	PALMITO BRASPALM POTE 550GR	417,00	17%	70,89
28/08/2014	5403	18254	FERMENTO FERMIX D. BENTA PC 500GR	950,00	17%	161,50
28/08/2014	5403	18254	MORTADELA PERDIGAO FRANGO KG	189,20	17%	32,16
Valor Total do ICMS devido no Mês 08/2014						324,90
01/10/2014	5403	18616	MORTADELA PERDIGAO FRANGO KG	94,60	17%	16,08
29/10/2014	5403	18879	MORTADELA PERDIGAO FRANGO KG	94,60	17%	16,08
Valor Total do ICMS devido no Mês 10/2014						32,16
24/11/2014	5403	19172	MORTADELA PERDIGAO FRANGO KG	94,60	17%	16,08
Valor Total do ICMS devido no Mês 11/2014						16,08
01/12/2014	5403	19271	PALMITO BRASPALM POTE 550GR	69,50	17%	11,82
09/12/2014	5403	19352	MORTADELA PERDIGAO FRANGO KG	94,60	17%	16,08
10/12/2014	6929	19372	REFRESCO EM PO WINDY MARACUJA 250G	27,52	12%	3,30
10/12/2014	6929	19372	REFRESCO EM PO WINDY UVA 250G	27,52	12%	3,30
12/12/2014	6929	19392	REFRESCO EM PO WINDY ABACAXI 250G	27,52	12%	3,30
12/12/2014	6929	19392	REFRESCO EM PO WINDY MORANGO 250G	41,28	12%	4,95
12/12/2014	6929	19392	REFRESCO EM PO WINDY SAL. DE FRUTAS 350G	34,40	12%	4,13
18/12/2014	5403	19507	MILHO VERDE JUSSARA LT 200G	25,80	17%	4,39
Valor Total do ICMS devido no Mês 12/2014						51,27
Valor Total do ICMS devido no Exercício de 2014						558,80
Data	CFOP	NF	Descrição	BC	Alíq.	ICMS
27/01/2015	5403	19852	MILHO VERDE JUSSARA LT 200G	25,80	17%	4,39
Valor Total do ICMS devido no Mês 01/2015						4,39
10/03/2015	5403	20356	AT CARNE DE HAMB. AURORA CARNE 36X56G	158,00	17%	26,86
10/03/2015	5102	20358	OREGANO MARATA 10G	40,00	17%	6,80
26/03/2015	5403	20507	CEREAL BARRA QUAKER ACEROLA LIGHT 24G	63,20	17%	10,74
Valor Total do ICMS devido no Mês 03/2015						44,40
29/04/2015	5403	20901	DOCES DIVERSOS KG	201,00	17%	34,17
29/04/2015	5403	20901	SALAME AURORA FATIADO 100G	49,80	17%	8,47
29/04/2015	5403	20901	SALAME SADIA FAT ITALIANO 100G	109,60	17%	18,63
Valor Total do ICMS devido no Mês 04/2015						61,27
04/05/2015	5403	20901	DOCES DIVERSOS KG	201,00	17%	34,17
04/05/2015	5403	20901	SALAME AURORA FATIADO 100G	49,80	17%	8,47
04/05/2015	5403	20901	SALAME SADIA FAT ITALIANO 100G	109,60	17%	18,63
21/05/2015	5403	21146	DOCES DIVERSOS KG	201,00	17%	34,17
21/05/2015	5102	21146	POLPA DE FRUTA CANAA ACAI 100G	45,00	17%	7,65
21/05/2015	5102	21146	POLPA DE FRUTA CANAA GOIABA 100G	43,80	17%	7,45
21/05/2015	5403	21146	SALAME AURORA FATIADO 100G	49,80	17%	8,47
21/05/2015	5403	21146	SALAME SADIA FAT ITALIANO 100G	109,60	17%	18,63
27/05/2015	5102	21212	POLPA DE FRUTA CANAA GOIABA 100G	43,07	17%	7,32
27/05/2015	5403	21212	SALAME AURORA FATIADO 100G	109,60	17%	18,63
27/05/2015	5403	21212	SALAME SADIA FAT ITALIANO 100G	49,80	17%	8,47
Valor Total do ICMS devido no Mês 05/2015						172,06
10/07/2015	5102	21720	AT XEREM DE MILHO GRAO VERDE 20X500G	195,00	7%	13,65
10/07/2015	5102	21720	FECULA DE MANDIOCA LOPES 1KG	243,00	17%	41,31
14/07/2015	5403	21751	ALHO GRANDE 1KG	351,00	17%	59,67

14/07/2015	5403	21751	MILHO VERDE JUSSARA LT 200G	105,00	17%	17,85
31/07/2015	5403	21944	ALHO GRANDE 1KG	336,00	17%	57,12
Valor Total do ICMS devido no Mês 07/2015						189,60
04/08/2015	5403	22009	LUVAS DE LATEX MUCAMBO AMAR. 8G	102,90	17%	17,49
06/08/2015	5403	22042	ALHO GRANDE 1KG	230,25	17%	39,14
06/08/2015	5403	22042	AT CARNE DE HAMBURGUER FRISA IND 36UN	180,20	17%	30,63
06/08/2015	5403	22042	IOGURTE NESTLE NESTON BLACTEA POLPA 2SAB	342,00	17%	58,14
06/08/2015	5403	22042	SALAME AURORA FATIADO 100G	142,25	17%	24,18
06/08/2015	5403	22044	ALHO GRANDE 1KG	460,50	17%	78,29
06/08/2015	5403	22044	AT CARNE DE HAMBURGUER FRISA IND 36UN	180,20	17%	30,63
18/08/2015	5403	22160	ALHO GRANDE 1KG	230,25	17%	39,14
18/08/2015	5403	22160	AT CARNE DE HAMBURGUER SADIA 36X56G	180,20	17%	30,63
18/08/2015	5403	22160	IOGURTE BATAVO SOJA CREM FRUT/VERM 100G	342,00	17%	58,14
18/08/2015	5403	22160	SALAME AURORA FATIADO 100G	142,25	17%	24,18
31/08/2015	5102	22296	AT ACUCAR CRISTAL AGROVALLE 30X1KG	1.197,50	17%	203,58
Valor Total do ICMS devido no Mês 08/2015						634,17
03/09/2015	5403	22361	ALHO GRANDE 1KG	24,75	17%	4,21
03/09/2015	5102	22364	AT PILHA ALFACELL PEQ. AA LR6 1,5V 12X	53,96	17%	9,17
Valor Total do ICMS devido no Mês 09/2015						13,38
23/10/2015	5403	23021	ALHO GRANDE 1KG	460,50	17%	78,29
23/10/2015	5403	23021	SALAME SADIA FAT ITALIANO 100G	142,25	17%	24,18
Valor Total do ICMS devido no Mês 10/2015						102,47
Valor Total do ICMS devido no Exercício de 2015						1.221,74
Valor Total do ICMS devido na Infração 14						1.780,54

Em relação à Infração 15, o Autuado requereu a exclusão dos produtos que relacionou, sob o argumento de que já tiveram sua fase de tributação encerrada, por serem enquadrados na substituição tributária, estando equivocada a informação da Decisão de piso de que “são bebidas lácteas, leite fermentado ou ‘petisuis’”.

Entretanto, assiste razão parcial ao Autuado em relação à exclusão dos referidos produtos, já que os seguintes produtos não estão enquadrados no regime de substituição tributária: o produto Coagulante Líquido HA LA 200ml, conforme já explicado, não é um medicamento, mas um produto utilizado para fazer queijos, sujeito à tributação normal, o produto Iogurte Danone Danoninho Ice Morango Un é um tipo de picolé e os produtos Iogurte Danone Danoninho Morango p/ Bebe 180g e Iogurte Nestle Ninho Soleil Morango 180g são bebidas lácteas.

Assim, excluí os demais produtos do levantamento junto com outros tipos de iogurte que, embora não relacionados pelo Autuado, verifiquei que ali constavam indevidamente, a exemplo de Iogurte Danone Activia Morango 100g (e suas variações com sabor Aveia, Ameixa, Ameixa Zero, Frutas) e Iogurte Activia Grego Baunilha 100g (e sua variação com sabor Morango), entre outros.

Portanto, modifico a Decisão recorrida para reduzir o valor da Infração 15 de R\$561.077,64 para R\$519.500,00, conforme demonstrativo a seguir:

Data Ocorrência	Valor Auto de Infração	Iogurtes	Valor 2º CJF
31/01/2014	22.327,35	1.250,34	21.077,01
28/02/2014	12.163,33	1.330,33	10.833,00
31/03/2014	13.846,27	1.410,65	12.435,62
30/04/2014	14.237,17	1.471,82	12.765,35
31/05/2014	13.979,58	1.156,02	12.823,56
30/06/2014	17.003,78	1.314,71	15.689,07
31/07/2014	16.960,13	1.157,61	15.802,52
31/08/2014	17.149,29	1.318,74	15.830,55
30/09/2014	16.375,10	1.515,11	14.859,99
31/10/2014	18.299,58	1.292,56	17.007,02
30/11/2014	18.267,08	1.220,95	17.046,13
31/12/2014	21.986,86	1.621,36	20.365,50
31/01/2015	22.416,66	1.925,16	20.491,50
28/02/2015	37.587,98	2.030,62	35.557,36
31/03/2015	21.480,67	2.114,40	19.366,27
30/04/2015	19.255,50	1.938,19	17.317,31
31/05/2015	20.011,59	1.670,22	18.341,37
30/06/2015	23.451,27	1.807,84	21.643,43

31/07/2015		30.909,66	1.837,98	29.071,68
31/08/2015		37.456,92	2.087,39	35.369,53
30/09/2015		49.012,77	2.004,80	47.007,97
31/10/2015		39.730,35	2.698,09	37.032,26
30/11/2015		28.096,67	2.505,86	25.590,81
31/12/2015		29.072,08	2.896,89	26.175,19
Valor Total		561.077,64	41.577,64	519.500,00

Assiste razão ao Autuado em relação às operações de transferência na Infração 16, com a aplicação da Súmula nº 08/2019, deste CONSEF, que, embora sejam a maioria absoluta, não representam 100% das operações, pois ainda remanescem algumas operações realizadas com o CFOP 5.102, motivo pelo qual modifico a Decisão recorrida para reduzir o valor da Infração 16 de R\$161.299,30 para R\$4.757,56, conforme demonstrativo a seguir:

Data	CFOP	NF	Descrição	BC	Alíq.	ICMS	Lançado	Devido
25/03/2014	5102	16602	BEB LAC NESCAU 200ML	3.471,00	17%	590,07	242,99	347,08
25/03/2014	5102	16602	BEB LAC BATAVO MOR 180G	3.225,00	17%	548,25	225,77	322,48
Valor Total do ICMS devido no Mês 03/2014								669,56
11/04/2014	5102	16785	BEB LAC NESCAU 200ML	3.471,00	17%	590,07	242,99	347,08
11/04/2014	5102	16785	BEB LAC BATAVO MOR 180G	3.225,00	17%	548,25	225,77	322,48
Valor Total do ICMS devido no Mês 04/2014								669,56
07/05/2014	5102	17039	BEB LAC NESCAU TP 12X1L	3.650,50	17%	620,58	255,56	365,02
07/05/2014	5102	17040	BEB LAC NESCAU TP 12X1L	3.650,50	17%	620,58	255,56	365,02
07/05/2014	5102	17041	BEB LAC NESCAU TP 12X1L	3.650,50	17%	620,58	255,56	365,02
07/05/2014	5102	17039	ACHOC PO MARATA 24X400G	439,80	17%	74,77	30,79	43,98
07/05/2014	5102	17040	ACHOC PO MARATA 24X400G	439,80	17%	74,77	30,79	43,98
07/05/2014	5102	17041	ACHOC PO MARATA 24X400G	439,80	17%	74,77	30,79	43,98
07/05/2014	5102	17039	MILHO MUN GRAO VDE 20X500G	933,80	17%	158,75	65,37	93,38
07/05/2014	5102	17040	MILHO MUN GRAO VDE 20X500G	933,80	17%	158,75	65,37	93,38
07/05/2014	5102	17041	MILHO MUN GRAO VDE 20X500G	933,80	17%	158,75	65,37	93,38
Valor Total do ICMS devido no Mês 05/2014								1.507,12
09/07/2014	5102	17717	ACHOC PO MARATA 24X400G	1.032,00	17%	175,44	72,25	103,19
09/07/2014	5102	17717	MILHO MUN GRAO VDE 20X500G	1.890,00	17%	321,30	132,31	188,99
09/07/2014	5102	17717	BEB LAC VALEDOUR CHOC 12X1	8.790,00	17%	1.494,30	615,35	878,95
Valor Total do ICMS devido no Mês 07/2014								1.171,13
08/08/2014	5102	18075	ACHOC PO MARATA 24X400G	516,00	17%	87,72	36,12	51,60
08/08/2014	5102	18075	MILHO MUN GRAO VDE 20X500G	378,00	17%	64,26	26,46	37,80
08/08/2014	5102	18075	BEB LAC VALEDOUR CHOC 12X1	586,00	17%	99,62	41,02	58,60
12/08/2014	5102	18107	BEB LACTEA BOA VIDA 200ML	59,00	17%	10,03	4,13	5,90
Valor Total do ICMS devido no Mês 08/2014								153,90
03/09/2014	5102	18321	ACHOC PO MARATA 24X400G	516,00	17%	87,72	36,12	51,60
03/09/2014	5102	18321	MILHO MUN GRAO VDE 20X500G	378,00	17%	64,26	26,46	37,80
03/09/2014	5102	18321	BEB LAC VALEDOUR CHOC 12X1	879,00	17%	149,43	61,53	87,90
Valor Total do ICMS devido no Mês 09/2014								177,30
01/10/2014	5102	18616	BEB LACTEA BOA VIDA 200ML	70,80	17%	12,04	4,96	7,08
09/10/2014	5102	18679	ACHOC PO MARATA 24X400G	258,00	17%	43,86	18,06	25,80
09/10/2014	5102	18679	MILHO MUN GRAO VDE 20X500G	378,00	17%	64,26	26,46	37,80
09/10/2014	5102	18679	BEB LAC VALEDOUR CHOC 12X1	586,00	17%	99,62	41,02	58,60
10/10/2014	5102	18689	ACHOC PO MARATA 24X400G	154,80	17%	26,32	10,84	15,48
10/10/2014	5102	18689	MILHO MUN GRAO VDE 20X500G	378,00	17%	64,26	26,46	37,80
10/10/2014	5102	18689	BEB LAC VALEDOUR CHOC 12X1	293,00	17%	49,81	20,51	29,30
29/10/2014	5102	18879	BEB LACTEA BOA VIDA 200ML	70,80	17%	12,04	4,96	7,08
Valor Total do ICMS devido no Mês 10/2014								218,94
24/11/2014	5102	19172	BEB LACTEA BOA VIDA 200ML	70,80	17%	12,04	4,96	7,08
Valor Total do ICMS devido no Mês 11/2014								7,08
09/12/2014	5102	19352	BEB LACTEA BOA VIDA 200ML	70,80	17%	12,04	4,96	7,08
Valor Total do ICMS devido no Mês 12/2014								7,08
Valor Total do ICMS devido no Exercício de 2014								4.581,67
Data	CFOP	NF	Descrição	BC	Alíq.	ICMS	Lançado	Devido
10/07/2015	5102	21720	LEITE PO SUST CA+PR BAU 400G	469,35	17%	79,79	32,86	46,93
14/07/2015	5102	21751	LEITE UHT BOA VIDA INT 12X1L	282,60	17%	48,04	19,78	28,26
Valor Total do ICMS devido no Mês 07/2015								75,19
04/08/2015	5102	22009	AT AGUA SANIT LISA 12X1L	1.320,00	17%	224,40	158,40	66,00
04/08/2015	5102	22009	DETERG LISA LIMAO 500ML	196,00	17%	33,32	23,52	9,80
06/08/2015	5102	22042	BEB LACTEA BOA VIDA 200ML	83,00	17%	14,11	5,81	8,30
06/08/2015	5102	22044	BEB LACTEA BOA VIDA 200ML	83,00	17%	14,11	5,81	8,30

18/08/2015	5102	22160	BEB LACTEA BOA VIDA 200ML	83,00	17%	14,11	5,81	8,30
Valor Total do ICMS devido no Mês 08/2015								100,70
Valor Total do ICMS devido no Exercício de 2015								175,89
Valor Total do ICMS devido na Infração 16								4.757,56

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$2.274.129,25, conforme demonstrado a seguir:

Infração	Valor Auto de Infração	Valor 4ª JJF	Valor 2ª CJF	Multa	Decisão
1	89.040,40	89.040,40	89.040,40	60%	Procedente
2	36.328,56	36.328,56	36.328,56	60%	Procedente
3	163.281,93	163.281,93	163.281,93	60%	Procedente
4	178.049,08	178.049,08	176.957,26	60%	Procedente em Parte
5	149.550,81	149.550,81	149.550,81	60%	Procedente
6	6.348,64	6.348,64	6.348,64	60%	Procedente
7	43.976,02	43.976,02	-	60%	Nula
8	59.821,02	46.219,09	46.219,09	60%	Procedente em Parte
9	21.816,00	21.816,00	21.816,00	60%	Procedente
10	56.315,45	56.315,45	56.315,45	60%	Procedente
11	42.045,81	42.045,81	42.045,81	100%	Procedente
12	529.674,41	529.674,41	529.674,41	60%	Procedente
13	125.173,72	125.173,72	125.173,72	60%	Procedente
14	102.556,98	102.556,98	1.780,54	60%	Procedente em Parte
15	561.077,64	561.077,64	519.500,00	60%	Procedente em Parte
16	161.299,30	161.299,30	4.757,56	60%	Procedente em Parte
17	145.683,00	145.683,00	145.683,00	60%	Procedente
18	21.506,05	21.506,05	21.506,05	60%	Procedente
19	104.434,95	104.434,95	104.434,95	60%	Procedente
20	33.715,07	33.715,07	33.715,07	-	Procedente
TOTAL	2.631.694,84	2.618.092,91	2.274.129,25		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 300766.0005/18-6, lavrado contra **ATACADÃO DM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.240.414,18**, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$ 2.198.368,37, e 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 Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2020.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS