

PROCESSO	- A. I. N° 294888.0003/19-0
RECORRENTE	- DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2 <sup>a</sup> JJF n° 0089-02/20-VD
ORIGEM	- DAT SUL / INFAC COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 17/07/2023

**1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF N° 0170-11/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A mercadoria *IOG DANONE CORPUS LIGHT MORANGO LIQ 900ML* foi descrita como iogurte e possui NCM específica de iogurte. Negado o pedido de diligência. Não acolhidas a arguição preliminar. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 2<sup>a</sup> JJF N° 0089-02/20-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela, lavrado em 25/03/2019, para exigir ICMS no valor histórico de R\$203.250,02, em razão de uma única infração, descrita a seguir.

*Infração 01. 01.02.05. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017. Consta a informação da autuante de ter a infração sido apurada “Conforme Levantamentos Fiscais, realizados com base na EFD (Livros Registro de Entradas, RAICMS e Notas Fiscais), em anexo”.*

Após a devida instrução processual, a 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência em Parte (folhas 476/498), por unanimidade, nos termos a seguir.

**“VOTO**

*O presente lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.*

*Verifico que a mesma foi intimada acerca do início da ação fiscal através da lavratura de Termo de Início de Fiscalização em 31/01/2019 (fl. 06).*

*A autuante, cientificou a autuada através do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), por meio da mensagem de número 112.082, postada em 31/01/2019, com leitura e ciência por parte da empresa na mesma data (fl. 07).*

*A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 10 a 218-v, entregue ao contribuinte ao final da ação fiscal, através de recibo tendo a mídia de fl. 218, em cópia, como se constata através do recibo de fl. 224, recebida pelo estabelecimento.*

*A autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, os todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.*

*A empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou o aspecto da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.*

*Ainda assim, existem questões preliminares a serem analisadas, entretanto, antes de adentrar na sua análise, tenho como importante fazer algumas observações; a primeira delas é a de que a autuação, em sua única infração se refere ao uso tido como indevido de crédito fiscal relativo a aquisições de produtos que estariam submetidos à substituição tributária, e como já afirmado acima, todos os elementos e demonstrativos colacionados ao feito se reportam à mesma, não podendo prosperar a argumentação defensiva de que saídas não foram comprovadas, ou que as provas colacionadas ao feito não seriam suficientes.*

*De igual modo, descabe se falar em omissões de saídas, ou emissão e registro de notas fiscais neste feito, sequer em levantamento quantitativo, vez que, como dito, se analisam apenas os créditos fiscais em sua higidez e legitimidade quanto ao uso, em função exclusivamente da situação tributária das mercadorias adquiridas.*

*Também não há que se falar, como posto na defesa, em antecipação tributária parcial e importação de mercadorias, igualmente matérias estranhas ao presente lançamento.*

*Quanto à alegação de que presente estaria a nulidade, pelo fato do Auto de Infração não ter sido lavrado no seu estabelecimento, consta no mesmo que o local da lavratura foi Inspetoria da Secretaria da Fazenda da Bahia, o que não se constitui em motivo para decretação de nulidade do lançamento, vez que atende ao quanto previsto no artigo 39, § 1º, do RPAF/99, que determina que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.*

*Tal redação não deixa pairar qualquer dúvida acerca da existência de opção para a lavratura do Auto de Infração, contrariamente ao entendimento da autuada, tendo no caso, a preposto fiscal optado por lavrá-lo nas dependências da Inspetoria, o que possui o devido respaldo legal, como visto.*

*Também não cabe aqui se falar em reforma de decisão, sequer Recurso, como dito várias vezes na impugnação apresentada, pois se trata de julgamento em primeira instância, passível, dependendo da decisão a ser prolatada, de apresentação de Recursos Voluntário e/ou de Ofício.*

*Também não é objeto da autuação, qualquer inobservância do Convênio ICMS 57/95, o qual dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, o que faz com que toda a afirmação neste sentido, não tenha qualquer fundamentação fática ou jurídica.*

*No lançamento, como dito, se questiona não a escrituração do contribuinte, em suas regras, mas o crédito apropriado em relação a mercadorias com fase de tributação encerrada, por força da substituição tributária.*

*Em relação a busca do Poder Judiciário, é um direito inalienável do contribuinte, não cabendo a este Órgão qualquer medida em contrário, sequer aceitar tal fato como ameaça ou intimidação, frente ao princípio do livre convencimento motivado do julgador.*

*Quanto a alegação de ter havido cerceamento de defesa, além de violação a outros princípios, também descabe, diante do fato de que o lançamento, na forma do artigo 39 do RPAF/99 se fez acompanhar do demonstrativo de débito, no qual foi plena e satisfatoriamente demonstrado o período sobre o qual incidiu a cobrança, bem como seus valores, base de cálculo, datas em que o imposto passou a ser devido, enquadramento legal, e demais requisitos ali postos, consoante já registrado no início do presente voto.*

*Assim, descabe em se falar sobre tal tema, e por tal motivo, ou por qualquer outro, diante da observância de todos os requisitos legais, bem como do acesso irrestrito da empresa a todos os elementos do lançamento ora analisado, e a própria autuada menciona os demonstrativos e produtos arrolados na autuação, em sua peça defensiva, o que vem a ser uma grande contradição.*

*Além disso, a empresa entendeu perfeitamente o móvel da autuação, compareceu ao processo, interveio quando chamada, exercendo, sem qualquer restrição ou limite os seus direitos processuais.*

*Por tais razões, não acolho as arguições preliminares.*

*Quanto ao pedido para a realização de diligência ou perícia, realizada nos termos do artigo 123, § 3º do RPAF/99, nego nos termos previstos no artigo 147 do mesmo dispositivo regulamentar:*

*“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

*a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*

*b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

*II - de perícia fiscal, quando:*

*a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*  
*b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*  
*c) a verificação for impraticável.*

*§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo.*

*§ 2º O indeferimento do pedido de prova, diligência ou perícia será feito:*

*I - pelo relator, quando este, individualmente, não houver acatado o pleito, devendo as razões do indeferimento serem enunciadas e fundamentadas na exposição do seu voto;*

*II - pela Junta ou Câmara de Julgamento, na fase de instrução do processo, caso em que:*

*a) o indeferimento deverá ser consignado na ata da sessão em que o mesmo for declarado;*

*b) por ocasião da decisão da lide, o relator mencionará a ocorrência e os motivos do indeferimento no relatório do acórdão da decisão”.*

*Os elementos necessários para o esclarecimento da lide se encontram em poder da empresa autuada, além do que aqueles contidos nos autos são os necessários e suficientes para a apreciação da matéria.*

*Falta, ainda a necessária motivação exigida no artigo 145 do RPAF/99, não tendo a empresa fundamentado a necessidade da sua realização, e em se tratando de perícia, faltou a quesitação a ser respondido pelo perito, previsto nos termos do parágrafo único do mencionado artigo 145 do citado diploma regulamentar.*

*Além disso, em sede de informação fiscal, a autuante acatou alguns dos argumentos da autuada, reduzindo o montante lançado, o que também concorre para a não aceitação do pedido.*

*O assunto, para seu deslinde, prescinde apenas e tão somente da análise de cada produto contestado no levantamento realizado, em relação aos produtos em discussão quanto a incidência da substituição tributária, o que passo a fazer neste momento, antes ressaltando que o critério a ser utilizado é aquele já plenamente conhecido, inclusive mencionado pela defesa em suas intervenções, de análise conjunta da NCM e descrição do produto.*

*Inicialmente vejamos o BALÃO DE ENCHER (REGINA): muito embora a autuante sustente que a NCM utilizada pelo sujeito passivo (9503) se refira a brinquedo, presente lista do Anexo I ao RICMS/12, no item 7, no exercício de 2015, não posso concordar, uma vez que tal item se refere a brinquedos, triciclos, patinetes, carros de pedais e outros brinquedos semelhantes de rodas; carrinhos para bonecos; bonecos; outros brinquedos; modelos reduzidos e modelos semelhantes para divertimento, mesmo animados; quebra-cabeças (“puzzles”) de qualquer tipo.*

*Em verdade, tal artigo não se constitui em “brinquedo” ou assemelhado, e sim, em “artigo de festa”, sendo a NCM apropriada a 9505.90.00, que se reporta a “brinquedos, jogos, artigos para divertimento ou para esporte; suas partes e acessórios – artigos para festas, carnaval ou outros divertimentos, incluindo os artigos de magia e artigos surpresa – outros”.*

*Tal NCM (9505), no ano de 2015 não constava no rol daquelas sujeitas a substituição tributária, o que implica na exclusão de tal item do lançamento.*

*E a reforçar a justificativa para tal entendimento, menciono que o produto “Vareta Canudo Regina Pega Balão” que nada mais é do que a haste que segura o balão, produto de GTIN/EAN 7899743847002, possui a NCM 9505.90.00, o que soa lógico, pois como o acessório (suporte) do “brinquedo” (balão) poderia ser “artigo para festa”, se o principal não o é?*

*BEBIDA LÁCTEA: Efetivamente existe a NCM 0403.1, referente a iogurte, no exercício de 2015, no Anexo I, item 21, entretanto, o produto sujeito a substituição é o iogurte, e não a bebida láctea.*

*Tais produtos não possuem a mesma natureza: “Apesar de parecidos, eles não são a mesma coisa. O iogurte em si é fruto da fermentação do leite. A versão natural não contém adição de sabor ou açúcar, mas a maioria é adocicada e possui alguma fruta, suco ou aromatizante. Já a bebida láctea é feita do leite fermentado com até 51% de soro de leite e também pode ter adição de polpa ou suco de fruta. Porém, para ficar mais encorpado, com a consistência próxima a do iogurte, costuma ter amido de milho e um pouco de leite em pó” (<https://www.cpt.com.br/noticias/a-diferenca-entre-bebida-lactea-e-iogurte>).*

*Muitas pessoas não sabem, mas há diferença entre iogurte e bebida láctea. Nas prateleiras do supermercado, variedades não faltam e novas embalagens e sabores surgem a todo momento. Por isso, vamos esclarecer neste texto as maiores diferenças e falar mais sobre cada opção. Contamos com a participação da Carolina Assumpção, Engenheira de Alimentos e mestre e doutoranda em Ciência e Tecnologia de Alimentos, que esclareceu diversas dúvidas.*

*A bebida láctea é mais líquida e trata-se de uma mistura de leite (que pode ser integral, desnatado ou parcialmente desnatado) com o soro do leite (que é o subproduto da produção do queijo). Ela contém leite fermentado, fermentos lácteos e outros produtos alimentícios como polpa de frutas, mel, açúcar, espessantes, amido, corantes, estabilizantes e por aí vai. A base láctea do produto deve corresponder a pelo menos 51% do total do alimento. Teoricamente, a bebida láctea tem maior teor de lactose por não ser fermentado e por ter adição de soro de leite (onde se concentra a maior parte da lactose do leite)’, fala Carolina.*

*Normalmente a bebida láctea é mais barata por ter em sua composição uma quantidade menor de nutrientes (por ter menos leite) e mais soro.*

O iogurte é o leite coagulado produzido através de leite fermentado por bactérias, por isso possui uma consistência mais cremosa. Então, para ser considerado iogurte, o leite deve ser fermentado por micro-organismos específicos (usualmente *Lactobacillus bulgaricus* e *Streptococcus thermophilus*) que contribuem para a formação das características finais do produto. Variam entre desnatados e integrais, dependendo da quantidade de gordura presente e podem ter adição de amido, segundo a legislação brasileira. Costumamos dizer que o “iogurte verdadeiro” é aquele que tem somente 2 ingredientes: leite e fermento lácteo (que são os micro-organismos)”, fala Carolina. No Brasil, é mais difícil encontrar produtos assim, existem poucas opções nas prateleiras dos supermercados, e são geralmente os mais caros.

Do ponto de vista nutricional, o iogurte é mais benéfico para a saúde, pois possui maior teor de proteínas, cálcio, bactérias probióticas (aqueles boas para o organismo), por isso, seu consumo regular pode ajudar a manter a microbiota (flora) intestinal saudável, e sabemos o quanto é importante para a nossa saúde e até mesmo peso corporal mantermos a nossa microbiota intestinal saudável.

A bebida láctea apresenta menor teor calórico e é mais barata, porém, levar em conta apenas as calorias e o preço não é o suficiente quando falamos em boa nutrição e saúde. É necessário analisar de forma global os benefícios de cada alimento e, como foi dito antes, a bebida láctea tem menor valor nutritivo em relação ao iogurte. No entanto, ela é uma boa fonte de lactoferrina, um tipo de proteína presente no soro do leite que é boa para a imunidade, pois é um antibiótico natural” (<https://www.adrianalauffer.com.br/diferenca-entre-iogurte-e-bebida-lactea/>).

Assim, da mesma maneira, deve ser retirado do lançamento.

Quanto a CERA FINALIZADORA (CABELO), efetivamente tal descrição não se encontra no Anexo 1 ao RICMS/12, quanto a sujeição à substituição tributária, motivo pelo qual acertadamente foi retirado do lançamento pela autuante, em sede de informação fiscal, com o que concordo.

Para o CEREAL EM BARRA, a NCM utilizada foi 1806.9 que se refere a outras preparações alimentícias contendo cacau, presente no exercício de 2016 (de 01/01/2016 a 31/12/2017) no Anexo 1, item 11.4. A autuada apenas argumentou que tal produto “não pode ser confundido como salgadinho industrializado”, entretanto, não trouxe qualquer prova contrária à acusação, o que concorre para a manutenção na infração de tal item.

Em relação ao CEREAL MATINAL E CEREAL MUCILON nenhuma dúvida existe em relação a tributação normal de tal produto, sendo descabida a argumentação utilizada pela autuante, no tocante não somente a NCM de tal produto, como, de igual forma, à sua tributação, não podendo ser mantida no lançamento.

Isso, pelo fato de que não pode, contrariamente ao entendimento da autuante, ser considerado salgadinho industrializado, vez que de acordo com o fabricante conforme descrito no endereço eletrônico <https://www.nestlebabyandme.com.br/nossas-marcas/mucilon/cereais>, ser “um cereal infantil produzido com aveia e ameixa natural desidratada”.

Ademais, sua NCM é 1901.10.90, que diz respeito a “preparações à base de cereais, farinhas, amidos, féculas ou de leite...” de acordo com constatação presente em <https://cosmos.bluesoft.com.br/ncms/19011090-outras/products>, inexistente na previsão de substituição tributária.

Já a COALHADA, de acordo com a autuante, a NCM utilizada foi 0403.1, referente a iogurte, no exercício de 2015, Anexo 1, item 21. Se por um lado o iogurte “é o leite que sofreu uma ação onde a lactose se transforma em ácido láctico. Ou seja, é o leite que passou por fermentações bacterianas não patogênicas. São esses *Streptococcus thermophilus*, *Lactobacillus delbrueckii*, *bulgaricus* e *Lactobacillus acidophilus*”.

Originado do Oriente Médio, mais preciso de origem Balcãs que é o nome histórico e geográfico designado para o sudeste da Europa, englobando Grécia, Albânia, Bósnia, Turquia entre outros.

O iogurte despertou interesse dos ocidentais pela sua rica fonte de proteínas, que ajuda na flora intestinal, além disso, é riquíssimo em vitaminas e minerais.

Definindo é um líquido espesso, rico em proteínas, vitaminas e minerais.

A Coalhada é resultante da coagulação do leite, onde o soro é retirado da parte sólida. Essa transformação ocorre com a adição de um ácido ou com a utilização de uma enzima chamada renina ou quimosina também conhecida como coalho, essa enzima que é retirado do estômago dos animais ruminantes ainda em fase de aleitamento materno. A coalhada é uma fase antes da transformação do leite em queijo” (<http://gastrobllog.blogspot.com/2013/05/diferenca-entre-iogurte-e-coalhada.html>).

Dai se conclui que são produtos diversos, ainda que com a mesma NCM. Em função do critério de associação entre a NCM com a descrição, a coalhada não está sujeita a substituição tributária, motivo para a exclusão do lançamento

**COBERTURA DE CHOCOLATE:** A NCM utilizada pela autuada foi 1806.9, estabelecida no Anexo 1, no item 11, no exercício de 2015, ao passo que no item 11.4, do mesmo Anexo nos exercícios de 2016 e 2017, de acordo com explicação da autuante.

Com efeito, tal produto vem a se enquadrar na descrição dos produtos “chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitoria, recheados ou não” e “bombons, balas, caramelos, confeitos, pastilhas e outros produtos de confeitoria, contendo cacau”, presentes nos itens acima mencionados, o que concorre para a manutenção da glosa do crédito fiscal em relação a tal produto.

O produto *COLCHONETE ORTOBOM*, foi lançado, com base no argumento de ser a NCM utilizada pela autuada 9404.2, prevista no Anexo 1, item 15.1, no exercício de 2015, o que dispensa maiores comentários, pois inegavelmente o colchonete é um colchão, submetido, pois, à substituição tributária.

*FONDANT DE LEITE* de acordo com a autuante, a NCM utilizada foi 1704.90.1, no exercício de 2016 (01/01/2016 a 31/01/2017), inserida no Anexo 1, item 11.1 do RICMS/12. Em tal item, a descrição da mercadoria sujeita a substituição tributária é “chocolate branco, em embalagens de conteúdo inferior ou igual a 1 kg, excluídos os ovos de páscoa de chocolate”, ou seja, a substituição tributária se aplica a produtos de chocolate, exclusive Ovos de Páscoa.

O *Fondant de leite*, contudo, tem na sua composição “açúcar, xarope de glucose de milho, leite em pó, gordura vegetal, farinha de trigo enriquecida com ferro e ácido fólico, sal refinado e conservante sorbato de potássio. Contém glúten”, de acordo com informação obtida no endereço <https://aritana.com.br/doces/fondant-de-leite/>.

Dai se infere que, ainda com a NCM mencionada no Anexo 1 ao RICMS/12, tal produto não corresponde em sua descrição a qualquer dos ali mencionados, sobretudo pela ausência de chocolate em sua formulação, o que implica na exclusão do mesmo no levantamento.

*GRANOLA*: NCM 1904.1 se refere a *Salgados Industrializados*, sendo que no exercício de 2015 constava no Anexo 1, item 38, ao passo que no exercício de 2016 (01/01/2016 a 31/01/2017), no item 11.7. Já no exercício 2017, a partir de 01/02/2017, no Anexo 1, item 11.8, e apesar de diversas aquisições com a mesma discriminação dos produtos e NCM diferentes foram considerados indica que apenas as entradas com NCM 1904.1 para fins do levantamento fiscal realizado.

A descrição de tal produto é ser “uma combinação perfeita de frutas desidratadas, flocos de aveia, gergelim, tapioca, flocos de milho e castanha de caju garantem uma alimentação saudável e deliciosa”, conforme contido no endereço eletrônico na internet de fabricante do produto ([https://www.emporiotiasonia.com.br/tradicional?gclid=EA1aIQobChMlyMXftrvm6QIVc\\_jBx2OYgYXEAYASAAEgIkSPD\\_BwE](https://www.emporiotiasonia.com.br/tradicional?gclid=EA1aIQobChMlyMXftrvm6QIVc_jBx2OYgYXEAYASAAEgIkSPD_BwE)).

Para reforçar o entendimento, pertinente mencionar trechos do Acórdão JJF 0147-02/19 em julgamento realizado em 14 de agosto de 2019, cujo trecho destaco quando da informação fiscal pelo autuante, ao abordar recolhimento a menor do imposto por utilização incorreta da base de cálculo:

“GRANOLA TRAD NEFIST - NCM 19042000 - para este produto vale a mesma análise feita para cereal em barra: ‘NCM 19042000 - O Anexo 1, do RICMS, vigente até 31.01.2017, trazia em seu item 11.7, os NCM 1904.1 e 1904.9 para os produtos salgadinhos a base de cereais. Já no Anexo 1 vigente a partir de 01.02.2017, passando a ser tratado no item 11.8, houve mudança na definição da nomenclatura de ‘salgadinhos’ para ‘produtos a base de cereais obtidos por expansão ou torrefação’. Pesquisando a descrição do NCM relacionado ao produto descrito no levantamento fiscal - 19042000 na Tabela de Nomenclatura Comum do MERCOSUL, temos a seguinte descrição: ‘Preparações alimentícias obtidas a partir de flocos de cereais não torrados ou de misturas de flocos de cereais não torrados com flocos de cereais torrados ou expandidos’. Observe-se que na descrição contida no item 11.8 - temos a definição de produto obtido por expansão ou torrefação, deixando claro que o legislador optou apenas para esses produtos o tratamento de tributação pelo regime de substituição. Portanto, o produto em questão não se inclui, pois refere-se a produtos obtidos de cereais não TORRADOS, mesmo que se misture a outros produtos torrados. Não fosse assim, o legislador especificaria o NCM 1902.2, ou então não efetuaria o detalhamento em 1904.1 e 1904.9, bastando mencionar 1904, que incluiria os torrados e não torrados’.”

O relator daquele feito, Jorge Inácio de Aquino, assim se posicionou ao analisar o assunto, de relação a tal produto: “Algumas por não terem previsão de ST por não estarem no Anexo 01 (osso palito pulgão, silicone tecovel aromat, balde com escorredor limpano, limpador de língua, caixa de papelão, desentupidor para pia, touca para banho, sabão cremoso higi calcinha, pulverizador export Guarany, polvilho para pés, escova para unha, pincel p/barba, granola, torta gelada, barra de frutas, peixe desfiado e arroz doce)”.

Logo, acorde tal entendimento, cujo teor acompanho, granola não se encontra inserida na substituição tributária, o que implica na exclusão do lançamento das parcelas relativas a tal produto.

Quanto ao *LEITE FERMENTADO*: NCM utilizada foi 0403.1, referente a iogurte, sendo que para o exercício de 2015, segundo a autuante, a mesma se encontrava no Anexo 1, item 21.

Com efeito, no item 21 do Anexo 1 ao RICMS/12, consta a previsão de realização de substituição tributária para o produto descrito como iogurte. A questão é saber se iogurte e leite fermentado são o mesmo produto, uma vez

que inexiste qualquer previsão de substituição tributária para o “leite fermentado”.

“O iogurte é produzido por duas bactérias: *Streptococcus thermophilus* e *Lactobacillus bulgaricus*. Já o leite fermentado é produzido por outros micro-organismos, como *Lactobacillus casei* e *Bifidobacterium animalis*. O iogurte é de consistência mais cremosa devido ao processo de fermentação causada pelas bactérias e pelo acréscimo de leite em pó. É considerado mais saudável por ser mais completo, inclusive na quantidade de cálcio.

O leite fermentado possui quantidade mais concentrada dessas bactérias e auxiliam a recompor a flora intestinal, por isso é também considerado um alimento funcional. A bebida láctea, a principal diferença é a presença de 51% de soro de leite, não é 100% lácteo como o iogurte, o que justifica sua consistência mais líquida. Possui baixa quantidade de bactérias benéficas e menor valor nutritivo, pois contém mais amido de milho do que leite em pó” (<https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/nutricao/diferenca-entre-iogurte-leite-fermentado-e-bebida-lactea/31287>).

Por tal diferenciação, vemos que se tratam de produtos diferentes, e ainda que tenham a mesma NCM, acaso o legislador quisesse incluir o leite fermentado na substituição tributária, em consonância com a lógica estabelecida, o incluiria de forma explícita no Anexo 1 ao RICMS/12, o que não aconteceu, e resulta na necessidade de exclusão do mesmo do demonstrativo fiscal.

A suportar tal entendimento, posso mencionar o Acórdão CJF 0310-11/16, do qual destaco o seguinte trecho do voto condutor:

“ACTIVIA ABACAXI C/ HORT L F 400G, ACTIVIA LIQ AMEIXA 180 LTE FERM X3, DANETTE CHOCOLATE 360G SOB LACTEA, pois não são ‘iogurtes’, enquadrados no regime de substituição tributária, mas, sim, como leite fermentado ou bebida láctea, mercadorias tributadas normalmente.

Dos citados produtos, os autuantes reconheceram procedentes todas alegações de defesa e anexam novo demonstrativo, às fls. 178 a 190 dos autos, no total de R\$ 28.349,14, do que concordo, em razão das justificativas apresentadas nos autos”.

Para a MASSA DE ARROZ a NCM utilizada foi 1902.1, no exercício de 2016 (01/01/2016 a 31/01/2017), presente no Anexo 1, item 11.16, enquanto em 2017, a partir de 01/02/2017, no mencionado Anexo, item 11.17.0, de acordo com o entendimento da autuante, o qual sigo, tendo em vista que o item 11 do Anexo 1 ao RICMS/12 no período autuado fala em “massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo”, descrição que se enquadra o produto em questão, o que contribui para a manutenção no lançamento.

Embora a defesa se reporta a MASSA PRÉ COZIDA (PASTEL E LAZANHA), a autuante aponta que tais produtos não foram arrolados com tal discriminação, o que prejudica qualquer análise a ser feita.

Quanto ao PINO, com NCM utilizada 7415, segundo a autuante em 2015 se encontrava no Anexo 1 ao RICMS/12, no item 24.69, ao passo que nos exercícios de 2016/2017, constante no anexo 1, item 8.66.

A descrição dos produtos elencados para substituição tributária é de “tachas, pregos, percevejos, escápulas e artefatos semelhantes, de cobre, ou de ferro ou aço com cabeça de cobre, parafusos, pinos ou pernos, roscados, porcas, ganchos roscados, rebites, chavetas, cavilhas, contra pinos, arruelas (incluídas as de pressão), e artefatos semelhantes, de cobre”, que se coaduna perfeitamente com o produto lançado, o qual deve ser mantido na autuação.

PÓ PARA SORVETE de acordo com o informado, de NCM utilizada em 2106, sendo que no exercício de 2017, a previsão de substituição tributária se encontrava no Anexo 1, item 15.2.

A defesa não trouxe a necessária prova de que o produto não se referia a diverso daquele previsto nos itens acima, o que desconstituiria a autuação quanto a ele, o que faz com que se mantenha no lançamento.

PIZZA: NCM utilizada pela autuada 1901.2, presente no anexo 1, item 11.13. Tal item no ano de 2017, se referia aos produtos “mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo”. A descrição do produto se coaduna com aquela constante no mencionado Anexo 1. Logo, o mesmo há de ser mantido no lançamento, diante do fato de que a autuada não trouxe qualquer elemento em sentido contrário ao da acusação, para elidí-la.

De relação ao produto REGULADOR DE GÁS, a previsão para inserção na substituição tributária se encontrava no RICMS/12, em seu Anexo 1, no item 24.83, na NCM 8481 (2015), para 2016, no Anexo 1, item 8.79, na NCM 8481 (01/01/2016 a 09/03/2016), e item 8.79, NCM 8481 (10/03/2016 a 31/01/2017), e Anexo 1, item 8.79, NCM 8481, a partir de 01/02/2017, segundo a autuante indicou.

A descrição da mercadoria sujeita à substituição tributária é “torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes”, correspondendo àquele contido na autuação, o que mantém no demonstrativo, com lançamento a favor da Fazenda Pública.

**SOBREMESA:** NCM utilizada de 0403.1, referente a iogurte, com previsão no exercício de 2015 no Anexo 1, item 21, e, ainda que verificadas diversas aquisições com a mesma discriminação dos produtos e NCM diferentes foram considerados apenas as entradas com NCM 0403.1 para fins dos levantamentos fiscais.

Se trata de definição genérica, diante do fato de não explicitar que tipo de sobremesa é aquela inserida na autuação, tendo sido arroladas as mercadorias “sobremesa Danette brigadeiro de colher”, “sobremesa Danette brigadeiro 210g”. Todavia, o fato de a NCM 0403.1 se referir unicamente ao produto iogurte, afasta a cobrança, uma vez que a descrição não se adequa a NCM, para fins de substituição tributária, o que implica na exclusão de tal item do demonstrativo que serviu de base para o Auto de Infração.

O produto “APTAMIL DANONE SOJA”, ainda que venha a possuir a mesma NCM 0403.1 não vem a se constituir em iogurte, mas sim, em suplemento alimentar em pó, conforme indicação presente em <https://loja.sabordeviver.com.br/default/catalogsearch/result/?q=aptamil+danone+soja>, o que traz como consequência, a exclusão do lançamento, o que faço neste momento.

**ÓLEO SINGER P/MAQUINA 100ML:** inserida no exercício 2015, no RICMS/12, Anexo 1, item 40.3 (massas, pastas, ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, polimento ou conservação), sendo a NCM constante da EFD 2710. Em 2016, presente no Anexo 1, item 6.7 (óleos lubrificantes derivados de petróleo). NCM 2710.19.3. A NCM constante da EFD foi 2710.19.3.

Já em 2017, presente no Anexo 1, item 6.7 (Óleos lubrificantes), com NCM 2710.19.3, mesma constante da EFD do contribuinte, consta na manifestação fiscal.

Segundo indicação do próprio fabricante, encontrado no site da internet <http://www.singer.com.br/produto/oleo-domestico/>, possui as seguintes características e composição: “Óleo Singer 100ml Lubrificante multiuso, sem aditivos, derivado de petróleo. O Óleo lubrificante Singer é um composto finíssimo de óleos selecionados, que garante maior ação penetrante, lubrificação e conservação mais duradouras. Seu uso frequente evita desgastes em todos os aparelhos domésticos, bicicletas, máquinas de costura, ciclomotores, automóveis, trincos, dobradiças, engrenagens, entre outros”.

Logo, perfeitamente caracterizado o produto, sendo cabível a substituição tributária, e por consequência, a manutenção no lançamento.

**ÓLEO KING MULTI-USO 100ML:** De acordo com a acusação fiscal, para o exercício de 2015, a previsão se encontrava no Anexo 1, item 40.3 (massas, pastas, ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, polimento ou conservação), sendo a NCM constante da EFD a 2710, mesma da previsão normativa. Para 2016 e 2017, se encontra no item 6.7, do mencionado Anexo (óleos lubrificantes derivados de petróleo), de NCM 2710.19.3, tal como lançada na EFD.

Em relação ao mesmo, na forma da informação contida no site da internet de seu fabricante, (<http://peroba.com.br/produtos/solventes-e-lubrificantes/>), se trata de “Lubrificante multiuso. Óleo King é um óleo de alta qualidade. Sua capacidade de aderência e penetração proporciona uma excelente lubrificação e um por um período maior que a dos óleos comuns. Usado com frequência o Óleo King lubrifica e conserva evitando o desgaste de aparelhos domésticos, máquinas e motores industriais, dobradiças, trincos, máquinas de costura, ventiladores, bicicletas, automóveis, mecanismos sensíveis como relógios e ferramentas em geral protegendo contra a oxidação e permitindo um funcionamento e desempenho melhores e duradouros”.

Tal como no produto anterior, sujeito a substituição tributária.

**MISTURA P/VATAPÁ D. ANASTACIA 250G:** no exercício de 2015 constava no Anexo 1, item 26, (mistura de farinha de trigo), NCM 1901.2, e não se aplica a ST p/mistura para bolo). Tal NCM consta na EFD do contribuinte. Em 2016, a previsão estava no Anexo 1, item 11.13 (mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo), com NCM 1901.2, a mesma constante da EFD do sujeito passivo, enquanto em 2017, estava inserida no item 11.14.2 (mistura de farinha de trigo com, no mínimo, 80% de farinha de trigo na sua composição), sendo a NCM constante da EFD 1901, são as informações da autuante. Tendo em vista o fato de não ter a defesa trazido elementos de prova no sentido de que tal produto não se compunha do ingrediente “farinha de trigo”, o mesmo é mantido na autuação.

**FITA ISOLANTE EXTRA 5M:** De acordo com a autuante, no exercício de 2015, se encontrava a previsão no Anexo 1, item 24.6 (chapas, folhas, tiras, fitas, películas e outras formas planas, autoadesivas, de plásticos, mesmo em rolos, para uso na construção civil), de NCM 3919. O mesmo constante na EFD do contribuinte autuado. No exercício 2016, estava no Anexo 1, item 1.90 (fitas, tiras, adesivos, autocolantes, de plástico, refletores, mesmo em rolos; placas metálicas com película de plástico refletora, próprias para colocação em carrocerias, para choques de veículos de carga, motocicletas, ciclomotores, capacetes, bonés de agentes de trânsito e de condutores de veículos, atuando como dispositivos refletivos de segurança rodoviário), de NCM 3919.1, a mesma encontrada na EFD que suportou a autuação.

Para o ano de 2017, se encontrava no Anexo 1, item 8.8 (chapas, folhas, tiras, fitas, películas e outras formas planas, autoadesivas, de plásticos, mesmo em rolos, para uso na construção) na NCM 3919, constante da EFD,

indica a autuante, na sustentação do lançamento.

**FITA ISOLANTE EXTRA 5M:** Tal material, na forma da informação encontrada, através do endereço eletrônico <https://www.decorlux.com.br/importancia-de-utilizar-fitas-isolantes/>, diz ser tal produto “A fita isolante é feita com base em materiais que não conduzem eletricidade, sendo fundamental para isolamento de fios e também segurar cabos de iluminação. Ela é encontrada em várias cores para facilitar a diferenciação em situações em que há muitos cabos juntos, tornando o processo ainda mais seguro. Para saber para que serve cada cor de fita isolante, especificamente.

Uma grande vantagem das fitas isolantes é que são simples e fáceis de aplicar. No entanto, por envolver uma situação delicada, deve ser aplicada com cuidado e observar alguns pontos, como:

- Evitar ligações improvisadas;
- Não deixar fios próximos a locais com água ou úmidos;
- Não realizar amarração da fiação sobre metais ou ferragens;
- Evitar deixar os fios soltos no chão;
- Usar fita isolante em cabos desencapados”.

Inequívoco o uso da mesma na construção civil, como seu material.

Da verificação feita no ano de 2015, no Anexo 1 ao RICMS/12, efetivamente assiste razão ao Fisco a glosa do crédito, vez que tal produto se enquadrava na descrição de “chapas, folhas, tiras, fitas, películas e outras formas planas, autoadesivas, de plásticos, mesmo em rolos, para uso na construção civil”.

Para 2016, com a mesma descrição do produto acima posta, se encontrava no item 8.8, e não 1.90 do Anexo 1 ao RICMS/12, sendo sujeito à substituição tributária, o mesmo ocorrendo em 2017. Por esta razão, fica mantido na autuação.

**A MISTURA P/PAO DE QUEIJO ADIMIX 10XIK** (e não Adimax, como consta na manifestação), de acordo com a autuante estaria respaldada a cobrança, para o ano de 2015, no Anexo 01, item 26, (mistura de farinha de trigo – 1901.2), sendo a NCM constante da EFD 1901.2, a mesma da previsão normativa. Em 2016 se encontrava no Anexo 1, item 11.13 (mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo), com NCM 1901.2, igualmente encontrada na EFD. Já em 2017, se localizava no item 11.14.2 (mistura de farinha de trigo com, no mínimo, 80% de farinha de trigo na sua composição), com NCM 1901, também constante da EFD.

No endereço eletrônico do fabricante do produto mencionado disponível em <https://www.adimix.com.br/produtos/panificacao-2>, consta a informação de que tal produto se compõe dos seguintes ingredientes: “Fécula de mandioca, gordura vegetal hidrogenada, leite em pó desnatado, sal refinado e aroma artificial de queijo. Contém glúten. Contém lactose”.

Ou seja: a farinha de trigo, base para a caracterização do mesmo como sujeito a substituição tributária, não é ingrediente, o que faz com que não se enquadre no item tomado como base pela fiscalização para tal enquadramento.

Dai a necessidade de retirada do mesmo do lançamento.

**PREPARADO P/PANETONE COM GEMA:** Em 2015, presente no Anexo 1, item 33.1 (macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo; pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares; macarrão instantâneo), com as NCM 1902.1, 1905 e 1902.3, sendo a inserida na EFD a 1905. Em 2016, igualmente inserido no mencionado Anexo, através do item 11.13 (mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo), na NCM 1901.2, sendo que quando do lançamento na EFD a autuada utilizou indevidamente a NCM 1905 (mesma de 2015), ao passo que em 2017 constante no Anexo 1, item 11.14.2, relativo a (mistura de farinha de trigo com, no mínimo, 80% de farinha de trigo na sua composição), com a NCM 1901, informando que ao realizar o lançamento na EFD a empresa utilizou indevidamente a NCM 1905 (mesma de 2015).

Tal produto, de acordo com as informações indicadas pelo fabricante Adinor, comercializado sob a marca comercial Adinomax e disponibilizado através do endereço eletrônico <http://www.adinor.com.br/produto/58/preparado-para-panetone>, tem a seguinte composição química: “açúcar cristal, gordura vegetal hidrogenada, extrato de malte, lecitina de soja (INS 322), estabilizante polisorbato 80 (INS 433) e estearyl-2-lactil lactato de sódio (INS 482), monoglicerídeo de ácidos graxos (INS 471), conservante propionato de cálcio (INS 282), aroma natural de panetone, soro de leite, ácido ascórbico (INS 300) e enzima alfa amilase (INS 1100)”.

Como visto, a exemplo dos itens anteriores, farinha de trigo não integra o produto, o que faz com que o mesmo não esteja submetido à substituição tributária.

**IOG DANONE CORPUS LIGHT MORANGO LIQ 900ML:** Ante o argumento defensivo de não ser tal produto iogurte, e sim, leite fermentado, se constata não ser o mesmo válido, à vista de informações diversas acerca do

produto, como aquela encontrada na internet, no endereço eletrônico <https://www.clubextra.com.br/produto/151690/iogurte-liquido-light-com-polpa-de-morango-corpus-170g#>, no qual tal produto é descrito da seguinte maneira “Corpus é o iogurte Light da Danone com 0% de gordura e sem adição de açúcares”.

Em sua composição constam os seguintes ingredientes: “leite desnatado e/ou Leite desnatado reconstituído, creme, preparado de morango (água, polpa de morango, cálcio, amido modificado, acidulante ácido cítrico, conservador sorbato de potássio, aromatizante, edulcorantes, artificiais sucralose, acessulfame de potássio e neotame, espessantes goma xantana e pectina e corante artificial azorrubina), amido modificado, fermento lácteo, proteínas lácteas e estabilizantes gelatina e pectina”.

Já em <https://www.nagumo.com.br/leite-fermentado-sabor-morango-corpus-break-danone-170g-701860/p> temos a indicação de que “Corpus é o Iogurte Light da Danone, com 0% de gordura e sem adição de açúcares. Corpus ainda possui VitaCal que, em uma porção de 100g supre 22% das necessidades diárias”.

Observe-se que o produto em discussão é o Iogurte Danone Corpus Light Morango Líquido, entretanto, em sua última manifestação, a empresa autuada apresentou foto do produto Danone Corpus Leite Fermentado, que, embora seja da mesma linha do fabricante (Corpus), não se constitui no mesmo produto, distinguindo os dois produtos, conforme pode ser visto na descrição do produto “Leite Fermentado Danoninho”, do mesmo fabricante (Danone), em sua composição descrita em [https://www.danoninho.com.br/encontre-uma-atividade/leite-fermentado-danoninho-450g?gclid=EAIAIQobChMI6dSdvPnl6QIVxQqRCh3uAAisEAAYASAAEgKG8\\_D\\_BwE](https://www.danoninho.com.br/encontre-uma-atividade/leite-fermentado-danoninho-450g?gclid=EAIAIQobChMI6dSdvPnl6QIVxQqRCh3uAAisEAAYASAAEgKG8_D_BwE):

“Leite desnatado e/ou leite desnatado reconstituído, xarope de açúcar, dextrose, fermento lácteo, estabilizante pectina, aromatizante e acidulante ácido cítrico”, diversa daquela do iogurte vista acima. Item mantido na autuação.

Frente ao fato das circunstâncias atuais, e tendo em vista a elaboração do demonstrativo de forma detalhada, por produto, ainda que apresentado em formato não editável, dispensada a diligência para os ajustes, sendo os mesmos retirados do lançamento pelo relator.

Quanto aos aspectos de constitucionalidade invocados e postos pela defesa, lembro que nos termos do artigo 167, inciso I do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, razão pela qual deixo de os apreciar.

Em relação aos argumentos relativos a confisco, bem como quanto a observação de que a multa aplicada deveria ser de 2%, esclareço que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, um de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “império da lei” ou “jus imperium”.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência está descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro *Princípios Constitucionais Tributários*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independentemente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) a qual disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Por fim, para sepultar qualquer discussão a respeito, frente às colocações defensivas, mencione decisão do STF através da sua 1ª Turma, ao analisar o AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 833.106 GOIÁS, assim decidiu:

**“TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.**

*Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral”.*

Em tal decisão, o Relator, Ministro Marco Aurélio Melo, assim se manifestou:

*“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011.*

*Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”.*

Esclareço que a multa aplicada na presente autuação foi de 60%, ou seja, não houve penalidade em valor maior do que o devido a título de imposto. Logo, não há que se aventar a possibilidade de confisco.

Diante de tais argumentos, e respaldado nas observações feitas ao longo do presente voto, o lançamento é tido como procedente em parte em R\$ 166.574,08, de acordo com o seguinte demonstrativo:

**2015**

Janeiro	R\$ 5.527,99
Fevereiro	R\$ 3.593,62
Março	R\$ 7.302,61
Abril	R\$ 4.200,04
Maio	R\$ 3.585,88
Junho	R\$ 3.741,98
Julho	R\$ 3.680,07
Agosto	R\$ 4.250,16
Setembro	R\$ 4.240,76
Outubro	R\$ 4.834,79
Novembro	R\$ 3.822,73
Dezembro	R\$ 4.992,89

**2016**

Janeiro	R\$ 2.504,09
Fevereiro	R\$ 1.841,12
Março	R\$ 2.265,32
Abril	R\$ 1.512,25
Maio	R\$ 1.913,56
Junho	R\$ 1.521,47
Julho	R\$ 2.396,62
Agosto	R\$ 3.940,89
Setembro	R\$ 2.780,81
Outubro	R\$ 3.572,53
Novembro	R\$ 3.551,31
Dezembro	R\$ 3.672,26

**2017**

Janeiro	R\$ 4.985,51
Fevereiro	R\$ 2.551,75
Março	R\$ 2.759,87
Abril	R\$ 2.916,53
Maio	R\$ 4.085,83
Junho	R\$ 3.188,27

<i>Julho</i>	<i>R\$ 4.193,46</i>
<i>Agosto</i>	<i>R\$ 7.516,27</i>
<i>Setembro</i>	<i>R\$ 5.007,28</i>
<i>Outubro</i>	<i>R\$ 5.692,92</i>
<i>Novembro</i>	<i>R\$ 11.396,89</i>
<i>Dezembro</i>	<i>R\$ 27.033,75."</i>

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário (folhas 506/513), aduzindo as razões a seguir.

Alega que empresa NÃO recebeu novo demonstrativo com o que restou de itens lançados na glosa do crédito fruto do Auto de Infração. Registra que tal fato dificulta sobremaneira o exercício de sua defesa. Neste sentido requer neste momento realização de DILIGÊNCIA, de forma que a empresa tome ciência de quais itens efetivamente restaram na cobrança, de forma que possa averiguar devidamente o lançamento fiscal.

Pontua que, como não foram aceitos os argumentos trazidos em manifestação pela impugnante em relação ao item “CORPUS”, reitera que o IOG DANONE CORPUS LIGHT MORANGO LIQ 900ML (a linha CORPUS da DANONE) em verdade se trata de LEITE FERMENTADO, igualmente ao ACTIVIA. Informa que na própria embalagem do produto está discriminado que se trata de LEITE FERMENTADO. Registra que, muitas vezes, é chamado de iogurte apenas para efeitos comerciais).

Acosta imagem do produto (conforme abaixo) onde destaca a informação de que é LEITE FERMENTADO.



Relata que, no julgamento de piso, o relator afirma que, embora a imagem apresentada pela empresa mostre que o produto é LEITE FERMENTADO, o que está sendo cobrado não seria o caso, mas não se sabe ao certo o porquê, haja vista que TODOS os produtos da Linha CORPUS são leite fermentado. Conclui, portanto, que a glosa é INDEVIDA.

Face a estes alegados erros nas planilhas demonstrativas da infração, requer a realização de diligências e perícias para se comprovar o erro do Fisco com a consequente redução do presente Auto de Infração.

Por todo o exposto, reitera os pedidos formulados em sede de Impugnação e requer seja reconhecida a NULIDADE do lançamento, ou que no mínimo, seja determinada nova diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todos os documentos acostados pela Peticionária, com a consequente declaração de IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Nestes termos, pede deferimento.

## VOTO

Quanto à alegação preliminar de nulidade por não lhe ter sido disponibilizado novo demonstrativo de débito, não merece acolhida, pois a autoridade fiscal anexou demonstrativos impressos e em mídia (CD à folha 350), mediante os quais detalha, item a item, as mercadorias e notas fiscais consideradas para fins de manutenção parcial do presente lançamento.

É verdade que o valor final remanescente (após decisão da JJJ) foi ainda reduzido, posteriormente, pelo órgão *a quo*, cuja elucidação foi feita no corpo da Decisão recorrida, mas com as minuciosas e individualizadas considerações do eminentíssimo Relator, sem qualquer prejuízo à compreensão do contribuinte.

Rejeito, portanto, a alegação preliminar deduzida.

Denego o pedido de diligência por entender que os elementos do processo são suficientes à formação da convicção dos julgadores, nos termos do art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/BA.

No mérito, a conduta infratora foi descrita como “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, discordando, exclusivamente, da manutenção do item IOG DANONE CORPUS LIGHT MORANGO LIQ 900ML, que alega tratar-se de leite fermentado, sem previsão de enquadramento da substituição tributária.

O exame do demonstrativo de débito revela que os documentos fiscais emitidos informaram a NCM 0403.10.00, relacionada a iogurte, na tabela NCM, o que contraria a tese defensiva. Entendo que não assiste razão ao sujeito passivo neste ponto.

Peço vênia para reproduzir trecho da decisão de piso que empreendeu uma pesquisa na rede mundial de computadores e colheu informações, acerca da mercadoria autuada, que validam o lançamento, conforme argumentos abaixo.

*“IOG DANONE CORPUS LIGHT MORANGO LIQ 900ML: Ante o argumento defensivo de não ser tal produto iogurte, e sim, leite fermentado, se constata não ser o mesmo válido, à vista de informações diversas acerca do produto, como aquela encontrada na internet, no endereço eletrônico <https://www.clubeextra.com.br/produto/151690/iogurte-liquido-light-com-polpa-de-morango-corpus-170g#>, no qual tal produto é descrito da seguinte maneira “Corpus é o iogurte Light da Danone com 0% de gordura e sem adição de açúcares”.*

*Em sua composição constam os seguintes ingredientes: ‘leite desnatado e/ou Leite desnatado reconstituído, creme, preparado de morango (água, polpa de morango, cálcio, amido modificado, acidulante ácido cítrico, conservador sorbato de potássio, aromatizante, edulcorantes, artificiais sacarose, acessulfame de potássio e neotame, espessantes goma xantana e pectina e corante artificial azorrubina), amido modificado, fermento lácteo, proteínas lácteas e estabilizantes gelatina e pectina’.*

Já em <https://www.nagumo.com.br/leite-fermentado-sabor-morango-corpus-break-danone-170g-701860/p>

temos a indicação de que 'Corpus é o Iogurte Light da Danone, com 0% de gordura e sem adição de açucares. Corpus ainda possui VitaCal que, em uma porção de 100g supre 22% das necessidades diárias'.

Observe-se que o produto em discussão é o Iogurte Danone Corpus Light Morango Líquido, entretanto, em sua última manifestação, a empresa autuada apresentou foto do produto Danone Corpus Leite Fermentado, que, embora seja da mesma linha do fabricante (Corpus), não se constitui no mesmo produto, distinguindo os dois produtos, conforme pode ser visto na descrição do produto "Leite Fermentado Danoninho", do mesmo fabricante (Danone), em sua composição descrita em [https://www.danoninho.com.br/encontre-uma-atividade/leite-fermentado-danoninho-450g?gclid=EAIAIQobChMI6dSdvPnl6QIVxQqRCh3uAAisEAAYASAAEgKG8\\_D\\_BwE](https://www.danoninho.com.br/encontre-uma-atividade/leite-fermentado-danoninho-450g?gclid=EAIAIQobChMI6dSdvPnl6QIVxQqRCh3uAAisEAAYASAAEgKG8_D_BwE):

"Leite desnatado e/ou leite desnatado reconstituído, xarope de açúcar, dextrose, fermento lácteo, estabilizante pectina, aromatizante e acidulante ácido cítrico", diversa daquela do iogurte vista acima. Item mantido na autuação (grifos acrescidos)."

Ao meu juízo, a Decisão recorrida se encontra adequada e muito bem fundamentada, a partir das informações colhidas na internet.

Considerando que a autoridade fiscal somente manteve os itens cuja NCM é específica de iogurte (0403.10.00), e que estão descritas como iogurte, entendo que não merece reparo a decisão de piso.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 294888.0003/19-0 lavrado contra DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$166.574,08, acrescido da multa de 60% e prevista no artigo 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS