

A. I. Nº - 269352.0053/16-7
AUTUADO - WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07. 11. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0174-01/17

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. ECF. Corrigido o demonstrativo para exclusão dos produtos sujeitos à substituição tributária, isentos e com redução de base de cálculo. Infração parcialmente procedente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. Infração procedente. 3. CRÉDITO FISCAL. a) MERCADORIAS ISENTAS. Infração reconhecida. b) MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Corrigido o demonstrativo para exclusão dos produtos tributados normalmente. Infração parcialmente procedente. c) EFD. ATIVO IMOBILIZADO. Creditados valores superiores aos escriturados no CIAP. Infração procedente. d) FRETE. CRÉDITO EXTEMPORÂNEO. Não houve comprovação de que o crédito fiscal se refere aos Conhecimentos de Transporte apresentados e o crédito não poderia ter sido lançado diretamente no Registro de Apuração sem comunicação à repartição fiscal. Infração procedente. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. SAÍDAS TRIBUTADAS. MULTA. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/12/2016, exige crédito tributário no valor histórico de R\$ 1.450.086,09, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 03.02.02 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se de operações registradas em Equipamento Emissor de Cupom Fiscal com aposição de alíquota ou carga tributária menor do que a devida pela Legislação. Relatórios constantes do Anexo I. Infração apurada nos meses de janeiro a dezembro de 2012 a 2014 e de janeiro a agosto de 2015, no valor total de R\$ 1.018.792,76, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 - 01.02.03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Relatórios constantes do Anexo II. Infração apurada nos meses de janeiro a dezembro de 2012 a 2015, no valor total de R\$ 30.356,43, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 - 01.02.05 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Relatórios constantes do Anexo III. Infração apurada nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e 2013, janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2014 e janeiro a dezembro de 2015, no valor total de R\$ 66.721,91, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 - 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. Relatórios constantes do Anexo IV. Infração apurada nos meses de janeiro, março, maio e dezembro de 2015, no valor total de R\$ 26.815,87, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 - 01.03.12 - Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Lançou no Registro de Apuração créditos referentes aquisições de Ativo Imobilizado em valores maiores do que os apurados no CIAP. Relatórios constantes do Anexo V. Infração apurada nos meses de janeiro a dezembro de 2012, no valor total de R\$ 28.965,21, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 06 - 01.02.10 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. A empresa lançou créditos extemporâneos de FRETE, no exercício de 2012, sem comprovação da origem. Relatórios constantes do Anexo VI. Infração apurada nos meses de janeiro, março, abril, junho, julho, agosto, setembro e dezembro de 2012, no valor total de R\$ 53.067,02, com aplicação de multa de 150%, prevista no Art. 42, V, “b”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 07 - 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. Relatórios constantes do Anexo VII. Infração apurada nos meses de fevereiro a novembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro a maio e julho a dezembro de 2014 e fevereiro, março, maio e outubro a dezembro de 2015, no valor total de R\$ 225.366,89, com percentual de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O Autuado apresentou defesa (fls. 86 a 127), onde suscitou a nulidade do lançamento, diante da incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da fiscalização, do período a ser fiscalizado e do Auditor Fiscal designado, por não ter sido apresentada a ordem de serviço nº 506468/16.

Transcreveu os Arts. 2º, §1º, 18 e 28, §1º do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o Art. 196 do CTN e ementas de acórdãos do Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco e do Contencioso Administrativo do Estado do Ceará para embasar suas alegações.

Também afirmou que a autuação é nula porque o Autuante afrontou os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, conforme o art. 39, VI, do RPAF, cerceando o direito de defesa pela ausência das notas fiscais que respaldam as infrações. Transcreveu as ementas dos Acórdãos JJF nº 2027/00 e CJF nº 0384-12/02.

Disse que, antecipando-se à alegação da dispensa da apresentação por se tratar de documento fiscal pertencente e de posse da Impugnante, é forçoso reforçar que a apresentação dos documentos que respaldam a infração é uma obrigatoriedade disposta em lei e não uma faculdade da fiscalização, e a planilha apresentada, mesmo que elaborada com dados do contribuinte, não é suficiente para ser utilizada como prova da infração.

No tocante à Infração 01, falou que não procede a acusação fiscal quanto aos seguintes produtos e motivos:

- TODDY WAFER CHOCOLAT SO 147G, TODDY WAFER TRUFADO SO 147G, TODDY TORTINHA CHOCO SO 160G, TODDY TORTINHA BAUNI SO 160G e APFFEL STRUDEL: produtos sujeitos à substituição tributária com liberação da saída subsequente, uma vez que, são derivados de farinha de trigo, nos termos do art. 373 e item 33.1 do Anexo 1 do RICMS/12;

- Cigarros C LUCKY STRIKE BLUE 200S C/10, C LUCKY STRIKE BLUE 200S C/10, LUXOR SL e LM BLUE KS SC 10EA: produtos sujeitos à substituição tributária com liberação da saída subsequente, nos termos do item 13 do Anexo 1 do RICMS/12;

- LTE PO INST 50X200G PCT IDEAL, LTE PO INST 200G PCT IDEAL, LTE PO INST 50X200G PCT IDEAL, LTE PO INST 200G PCT IDEAL, NAN PRO 1 400G, NAN AR 400G, NAN PRO 2 800G, NAN PRO 2 400G, NESTOGENO 1 400G, NESTOGENO 2 400G, NESTOGENO 1 800G, NESTOGENO 2 800G, NAN COMFORT 1 400G, NAN COMFORT 1 800G, NAN COMFORT 2 800G, NAN COMFOR 3 800G NA, SACH INST ITAMB 400G 400G, NESTOGENO 2 SO 800G, NESTOGENO 2 800G, NESTOGENO 2 400G, NESTOGENO 1 800G, NESTOGENO 1 400G, NAN PRO 2 SO 800G, NAN PRO 2 SO 400G, NAN PRO 2 800G, NAN PRO 2 400G, NAN COMFORT 1 SO 800G, NAN COMFORT 1 SO 400G, NAN COMFORT 1 800G, NAN COMFORT 1 400G, NAN COMFOR 3 800G NAC 800G, NAN AR SO 400G, NAN AR 400G, LTE PO PCT INST 200G ITAMBE, LTE PO INTG SACH 1.2KG NINHO, LTE PO INTG RF 25X 400G ITAMBE, LTE PO INTG PCT 400G ITAMBE, LTE PO INTG LT 24X 400G NINHO, LTE PO INTG 50X200G CCGL, LTE PO INTG 50X 200G ITAMBE, LTE PO INTG 400G CCGL, LTE PO INTG 25X400G CCGL, LTE PO INTG 200G CCGL, LTE PO INST SACH 1.2KG NINHO, LTE PO INST RF 25X 400G ITAMBE, LTE PO INST LT 24X 400G NINHO, LTE PO INST 50X 200G ITAMBE, LTE PO INST 200G CCGL, LTE PO DESNATADO ITAMBE 200G, LTE PO DESN MOLICO 300G, LTE PO DESN 50X200G CCGL, LTE PO DESN 400G CCGL, LTE PO DESN 300G ITA 300G, LTE PO DESN 25X 400G CCGL, LTE PO DESN 24X300G MOLICO, LTE PO DESN 200G CCGL, LTE PO CRES 3 LT 24X 400G NINHO, LTE PO 50X200G ITALAC, LTE PO 200G ITALAC, LTE MOLICO LT 300G, LTE ITAMBE INT-LT 400G, LTE ITAMBE INST-LT 400G, LTE ITAMBE INST 400G, LTE ITAMBE DESN LT 300G, LT PO PCT 200G ITAMBE, LT PO INTG 400G NINH 400G, LT PO INST LT ITAMBE 400G, LT PO INST 400G NINH 400G., LT INT LT 400G ITAMB 400G, LT INST NINHO F3 400 400G, LT INST NINHO F1 400 400G, COMP LACT NINHO F4 400G e COMP LACT NINHO F3 400G: a exigência fiscal está de encontro ao consignado no RICMS/12, o qual prevê uma carga tributária de 7% para as operações com leite em pó e composto lácteo, no período autuado;

- Leite longa vida: LTE UHT INTG 12X1L COTOCHES, LTE UHT DESN 12X1L COTOCHES, LTE INTG UHT 1L IBITUR, LTE UHT DESNATADO 1L COTOCHES, LTE INTG 12X1L COTO CHES, LTE DESN 12X1L COTO CHES, LTE INT UHT 12X1L IBITUR, LTE DESN UHT 1L IBITUR, LTE DESN 1L COTO CHES, LTE DESN UHT 12X1L IBITUR, LTE INTG UHT 1L IBITUR, LTE INTG 1L DAMARE, LTE INTG 1L COTO CHES, LTE INTG 12X1L DAMARE, LTE INTG 12X1L COTO CHES, LTE INT UHT 12X1L IBITUR, LTE DESN UHT 1L IBITUR, LTE DESN UHT 12X1L IBITUR, LTE DESN 1L DAMARE, LTE DESN 1L COTO CHES, LTE DESN 12X1L DAMARE, LTE DESN 12X1L COTO CHES, LTE INTG 1L COTO CHES, LTE DESN 1L COTO CHES, LTE INTG 1L DAMARE e LTE DESN 1L DAMARE: a legislação estadual, ao só permitir a redução da base de cálculo para o leite longa vida produzido no Estado, atropela o pacto federativo, sendo ilíquida a exigência fiscal, quando a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário da Bahia que, confirmando a majoração da carga tributária, vem se posicionando pela improcedência da exigência de recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de leite longa vida;

- SKINKA: produto submetido ao regime de pauta fiscal, nos termos da Instrução Normativa nº 04/2009;

- IOGURTES (diversas marcas e sabores): produtos sujeitos à substituição tributária, nos termos do art. 353, II, item 3.3, do RICMS/97 e item 21 do Anexo 1 do RICMS/12;

- OVOS BCO GRD 360UNID: produto isento, nos termos do Art. 14, VI, “b”, do RICMS/97 e Art. 264, III, “a”, do RICMS/12;

- LAV PRES K227 KARCHE AMAREL 110V e PARAF RECARREGAVEL MONDIAL 3.6V 9C PPF02: máquina de pressão com base de cálculo reduzida, de forma que a carga tributária equivale a 8,80%, nos termos do Convênio ICMS nº 52/91;

- MILHO PIP 24X500G PREMIUN YOKI, MILHO PIP PREM YOKI 500G, MIL PIP PREMIUN 24 X500G YOKI, MILHO DE PIPOCA 20X500G DULAR, MIL PIP NAC KERI 24X500G YOKI, MILHO PIP PREM YOKI 500G, MILHO DE PIPOCA 500G DULAR, MILHO DE PIPOCA 20X500G DULAR, MILH PIPOCA NAC YOKI 500G, MIL PIPOCA KERI YOKI 20 X500G, MIL PIP KERI 500G YOKI, MILHO PIP PREM YOKI 500G e MIL PIP KERI 500G YOKI: milhos para pipoca, possuem carga tributária de 7% e não 17%, segundo determinado no art. 16, I, “a”, da Lei nº 7.014/96;

- TAMBAQUI CONG KG NATIV, FILT PAP GD C/30 STA CLARA e DOURADO POSTA CONG 1KG COSTA SUL: produto isento, nos termos do Art. 265, II, “e”, do RICMS/12;
- BRASSO LUSTRA M 200 LATA 200: produtos sujeitos à substituição tributária, nos termos do item 40.3 do Anexo 1 do RICMS/12;
- LING 500G VITARELLA, PIZZA BROTO MAS LEVE NAC 300G e PIZZA MEDIA C/2UN 280G: macarrão e massa pronta para preparação de pizza, derivados de farinha de trigo, sujeitos à substituição tributária, com liberação da saída subsequente, nos termos do item 33.1 do Anexo 1 do RICMS/12;
- KIT 3 DT LUMINOUS GT ENXAG 10X1UN, FR PAMPER SUPSEC M32 M32 e FR PAMPER SUPSEC M32: creme dental e fralda descartável, sujeitos à substituição tributária, nos termos do item 32.2 do Anexo 1 do RICMS/12;
- GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G CREM C/ PASSA, GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G BABALOO, GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G GRAVIOLA, GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G LTE COND, GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G MARACUJA e GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G MORANGO: sorvetes, sujeitos à substituição tributária, nos termos do item 39 do Anexo 1 do RICMS/12;
- OLEO ADVANCE 4T AX5 20W5 1 LT: óleo lubrificante, sujeito à substituição tributária, nos termos do item 16.12 do Anexo 1 do RICMS/12;
- BL PEDID 1/18MD 50F TILIBR: bloco de pedidos, sujeito à substituição tributária, nos termos do item 27.32 do Anexo 1 do RICMS/12;
- DES ACTI L170ML P150ML FLORAL: desinfetante, sujeito à substituição tributária, nos termos do item 25.11 do Anexo 1 do RICMS/12;
- CANETA CRIST FIN C/3 AZ C/3: caneta, sujeita à substituição tributária, nos termos do item 27.12 do Anexo 1 do RICMS/12;
- TORRADA LGHT MABEL 140G e EQLIBRI TORRADA ORIG NAC 140G: torradas, sujeitas à substituição tributária, nos termos do item 33.2 do Anexo 1 do RICMS/12;
- BAT ONDULADA QJO 50G GRATICIA: salgados industrializados, sujeitos à substituição tributária, nos termos do item 38 do Anexo 1 do RICMS/12;
- PAP SENINHA BCO 100F: papel cortado, sujeito à substituição tributária, nos termos do item 27.39 do Anexo 1 do RICMS/12;
- RCAO ADUL 15KG BIRIBA: ração para animais domésticos, sujeito à substituição tributária, nos termos do item 36 do Anexo 1 do RICMS/12;
- TEQ J CUERVO SILVER 750ML: tequila, sujeita à substituição tributária, nos termos do item 5.2 do Anexo 1 do RICMS/12;
- MAL ESP SAL MDOC 2TC 660ML: vinho espumante, sujeito à substituição tributária, nos termos do item 5.4 do Anexo 1 do RICMS/12;
- RUN BIG APPLE 12X750 ML BACARD: rum, sujeito à substituição tributária, nos termos do item 5.5 do Anexo 1 do RICMS/12;
- OLEO VELEIRO 900ML 900G e OLEO CONCORDIA 900ML PET 900ML: óleo de soja, possui carga tributária de 12% e não 17%, nos termos do art. 268, XXII, do RICMS/12.

Aduziu que, em relação aos produtos listados pela fiscalização na Infração 03, encontram-se aqueles não sujeitos ao regime de antecipação tributária, significando que a tomada do crédito seria legítima: REFR PO MARCJ 15X35G MARATA, CASTANHA TOR S/SAL 180, STEAK FGO 28X100G SEARA, STEAK DE FGO 25X120G SADIA, REQ REKE4QJ CRE BISN ROSELI 250G, CONC AMONIACO 24X 500ML LYSOFO, SAC FREEZER 20X33 24X100U 2KG ROYAL PACK, MARG LIGHT C/SAL 12X500G QUALY, DROPS MENTHOL 21UN HALLS, DROPS MORG 21UN HALLS, STEAK FG REZ 72X100G, POLPA ACEROLA 10X100G CANAA, POLPA GOIABA 10X100G CANAA, TENDER BOLI SEARA KG, MARG LIGHT C/SAL 12X500G QUALY, STEAK FGO 28X100G SEARA, STEAK DE FGO 25X120G SADIA,

FILE DE LINGUADO CONG 1KG PCTE, LF CHAMYTO UVA 450G, STEAK FG REZ 72X100G, CAST CJ CCAST PAR BP 12X 140G, CAST CAJ TOR/SAL BPR ECO 12X140, CASTANHA TOR S/SAL 180, CAST CAJ GRAN BP 12X 150G, CAST/CAJU 100G YOKI, LIMP DESENG 24X500ML SQZ VEJA, STEAK FG REZ 72X100G, STEAK FGO 28X100G SEARA, STEAK DE FGO 25X120G SADIA, FILE DE LINGUADO CONG 1KG PCTE, CASTANHA TOR S/SAL 180, CAST/CAJU 100G YOKI, CASTANHA CAJU LT 6X100G IRACEM, CAST CAJU SACHE 18X30G IRACEM, FNHA MIL FLOCD 20X 500G MARATA, TENDER BOLI SEARA e CAST CAJU TOR IR100 100G.

Quanto ao produto SC LX REFOR EMBALIXO 110L 10X25U, o saco de lixo sujeito à antecipação tributária é aquele com conteúdo igual ou inferior a 100 litros, previsto no item 25.36 do Anexo 1 do RICMS/12, o que não é o caso do produto indicado pela fiscalização (110L).

Esclareceu que a Infração 04 não pode prosperar, uma vez que promoveu o recolhimento do ICMS por antecipação quando da passagem pelos postos fiscais, decorrente da entrada de produto proveniente de operações interestaduais (fls. 170 a 210).

Argumentou que o lançamento da Infração 05 partiu da presunção de que a apuração dos créditos decorrentes da aquisição de aquisição imobilizado foi efetuada além do previsto na legislação (1/48), quando na realidade promoveu a apropriação nos termos da legislação vigente, sendo inconcebível que o Fisco pretenda cobrar imposto sem previsão em lei, afrontando a norma Constitucional e pretendendo exigir tributo como se a imposição tributária pudesse ser imposta por ato de força e não por força de lei.

Alegou que a Infração 06 é improcedente, uma vez que existem os Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas, tendo sido a tomadora do serviço, sendo legítima a utilização dos créditos fiscais, nos termos do Art. 93, III e IV, do RICMS/97 e Art. 309, V e VI, do RICMS/12, conforme pode ser verificado através dos documentos que anexou (fls. 212 a 320).

Questionou a possibilidade de aplicação de multa aplicada nos percentuais de 60% e 150%, pela ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela e pela exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Requeru a nulidade e/ou extinção parcial do crédito tributário pela sua decadência e/ou improcedência e, sucessivamente, que a multa aplicada seja reduzida ou afastada, bem como que se aplique a interpretação mais favorável ao contribuinte, nos termos do Art. 112 do CTN.

Protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

O Autuado acostou nova manifestação (fl. 324), onde requereu a juntada dos comprovantes de pagamento total das Infrações 02 e 07 e parcial das Infrações 01, 03 e 06 (fls. 327 a 336), pugnando pela homologação dos recolhimentos e extinção dos referidos créditos tributários, nos termos do art. 156, I do CTN.

O Autuante apresentou informação fiscal (fls. 363 a 377), onde relatou que o Autuado efetuou o recolhimento integral das Infrações 02 e 07 e parcial das Infrações 01, 03 e 06.

Disse que não procede a afirmação de que faltaram o Termo de Início de Fiscalização e o Termo de Prorrogação, tendo em vista que o Termo de Início de Fiscalização está anexado (fl. 18), com data de lavratura em 29/09/2016 e ciência do Autuado através do Domicílio Tributário Eletrônico – DTE no dia 03/10/2016, não tendo ocorrido prorrogação, pois o Auto de Infração foi lavrado em 22/12/2016.

Em relação à Infração 01, falou que concordou com os argumentos do Autuado em relação aos seguintes itens:

TODDY WAFER CHOCOLAT SO 147G, TODDY WAFER TRUFADO SO 147G, TODDY TORTINHA CHOCO SO 160G e TODDY TORTINHA BAUNI SO 160G; C LUCKY STRIKE BLUE 200S C/10, LUXOR LS e LM BLUE KS SC 10EA; IOGURTES; OVOS BCO GRD 360UND; MILHO PIPOCA; BRASSO LUSTRA M 200 LATA 200; LING 500G VITARELLA, PIZZA BROTO MAS LEVE NAC 300G e PIZZA MEDIA C/2UN

280G; KIT 3 DT LUMINOUS GT ENXAG; FR PAMPER; OLEO ADVANCE 4T; BL PEDID 1/18MD 50F TILIBR; DES ACTI L170ML FLORAL; CANETA CRIST FIN; TORRADA LGHT MABEL 140G e EQLIBRI TORRADA ORIG NAC; BAT ONDULADA QJO; PAP SENINHA BCO; RCAO ADUL; TEQ J CUERVO SILVER, MAL ESP SAL MDOC 2TC e RUN BIG APPLE; OLEO VELEIRO e OLEO CONCORDIA; LAV PRESS K227 KARCHE AMAREL 110V; PARAF RECARREGAVEL MONDIAL 3.6V 9C FPF02.

Elaborou novos demonstrativos da Infração 01, os quais anexou (fls. 342 a 345), e gravou em CD (fl. 341), reduzindo-a para os seguintes valores:

Exercício	Valor ICMS Original	Valor ICMS Reduzido
2012	92.048,17	90.831,95
2013	312.488,47	180.326,36
2014	509.930,91	499.017,38
2015	104.325,21	88.932,59
Total	1.018.792,76	859.108,28

Afirmou que não concordou com os argumentos do Autuado em relação aos seguintes produtos:

- SKINKA: O produto não é mais da Substituição Tributária desde 2007, por força de mudança de composição de sua fórmula, o que mudou seu NCM, não sendo mais antecipado, como declarado por representante do setor Jurídico-Tributário do próprio fabricante do Produto, conforme e-mail transcrito e cópia de DANFE do fornecedor, onde o produto deixa de ser classificado como ENERGÉTICO e passa a ser BEBIDA MISTA, inclusive não mais fazendo parte da Pauta Fiscal.

- LEITE EM PÓ: Somente foi lançado no auto de infração aqueles que, por serem fabricados fora do Estado, deixaram de ter carga tributária de 7%, a partir de 01/01/2014, conforme redação do inciso XXV do art. 268 do RICMS/12, dada pelo Decreto nº 14.898, de 27/12/2013, que transcreveu. Portanto, não há lançamentos de Leite em Pó antes de 2014, com exceção do LEITE EM PÓ LA SERENISSIMA, que foi lançado em 2012, mas por conta de ter sido tributado a 0%, quando o correto seria 7%. Importante destacar que produtos que a empresa denomina como Leite em Pó, em verdade se trata de Composto Lácteo, como por exemplo o LTE PO INST 50X200G PCT IDEAL e o NINHO FASES que, conforme imagem dos rótulos que acostou, se trata de produto diverso do Leite em Pó.

Disse que esta matéria já foi amplamente debatida no CONSEF, citando o Acórdão JF nº 0196-02/13 e a Instrução Normativa nº 28/07 do Ministério da Agricultura, específica para o produto em questão, com o objetivo de estabelecer a identidade e os requisitos mínimos de qualidade do produto Composto Lácteo e determinar aos fabricantes a obrigação de inserir no seu rótulo que não é leite em pó, tendo sido inclusive concedido o benefício de redução de base de cálculo a partir de 01/08/2013.

- NAN e NESTOGENO: Informou que os produtos NAN e NESTOGENO não são nem Leite em Pó nem Composto Lácteo, pois têm composição diferente de todos, são FÓRMULA INFANTIL, haja vista que são misturados a vários tipos de óleos, como óleo de palma, óleo de canola e óleo de milho, além de outros variados ingredientes, conforme rótulos que copiou.

- LEITE LONGA VIDA (LEITE UHT): Teve saídas tributadas a 7%, indiscriminadamente, seja fabricado no Estado da Bahia, ou não, infringindo o Art. 267, XXIX, do RICMS/12, que concede redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária seja de 7%, apenas aos produtos fabricados no Estado. Fica evidente, portanto, que para que haja a redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia e todos os itens discriminados pela empresa em sua defesa são fabricados fora do Estado. Por ser norma de benefício fiscal, a regra acima transcrita deve ser interpretada de forma literal, e não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do Art. 108, §2º, c/c Art. 111, ambos do CTN.

Falou que assiste razão ao Autuado em relação à Infração 03, exceto em relação às Castanhas de Caju salgadas e que tenham NCM que esteja inserido na Substituição Tributária, permanecendo as Castanhas relacionadas a seguir:

NCM 20081900 CAST CAJU IRACEMA SACHE 18X30G

NCM 20081900 CAST CAJU SACHE 18X30G IRACEM
NCM 20081900 CAST CAJU SC 30G IRA AZUL 30GR
NCM 20081900 CAST CAJU TOR IR100 100G
NCM 20081900 CASTANHA CAJU LT 6X100G IRACEM

Elaborou novos demonstrativos, retirando todos os demais itens, os quais anexou (fls. 346 a 348), e gravou em CD (fl. 341), reduzindo a Infração 03 para os seguintes valores:

Exercício	Valor ICMS Original	Valor ICMS Reduzido
2012	44.871,02	37.896,49
2013	12.818,62	10.169,70
2014	7.422,07	6.028,68
2015	1.610,20	1.610,20
Total	66.721,91	55.705,07

Asseverou que a Infração 04 deve ser integralmente mantida, pois os comprovantes de pagamentos de DAE's apresentados pelo Autuado, com a alegação de que foram pagos quando da passagem pelos Postos Fiscais, se referem a outros estabelecimentos, com Inscrições Estaduais diversas, conforme se verifica dos extratos de pagamento do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT, que anexou (fls. 349 a 360), com exceção dos pagamentos nos valores de R\$ 854,73 e R\$ 157,41 (fls. 180 e 201), os quais foram considerados no levantamento fiscal, conforme se verifica do demonstrativo (fl. 35).

Manteve a Infração 05, argumentando que o Autuado, no exercício de 2012, escriturou em sua Apuração do ICMS valores referentes a “CRÉDITO ICMS ATIVO IMOBILIZADO – CIAP” em valores superiores aos lançados no registro do próprio CIAP - Registro G110 da EFD (fls. 39, 41, 43, 45, 48, 49, 50 e 52), não havendo nenhuma presunção no lançamento como alegado pelo Autuado.

Alegou que o Autuado não se manifestou, apesar de ter sido intimado, por duas vezes, durante a fiscalização para justificar e comprovar os lançamentos a título de CRÉDITO EXTEMPORÂNEO DE FRETE em seu Registro de Apuração do ICMS, exigidos na Infração 06, conforme cópia do e-mail que anexou (fls. 361 e 362).

Destacou que a maioria das cópias de Conhecimentos de Transporte apresentados juntamente com a defesa do Autuado são de outras lojas da rede e que os poucos Conhecimentos do próprio Autuado são de períodos passados (exercício de 2010), devendo o Autuado, através de processo protocolado na Secretaria da Fazenda, solicitar autorização para esta escrituração, conforme determina o art. 315 do RICMS/12, apenas podendo se creditar diretamente se após o protocolo de pedido de autorização houvesse o silêncio por parte do Fisco por mais de 180 dias, como estabelece o §1º do citado dispositivo.

Explicou que este procedimento é necessário haja vista que, no exemplo concreto desta presente autuação, estes conhecimentos já podem ter sido escriturados regularmente naquele exercício de 2010, se constituindo em um procedimento específico de Fiscalização, necessitando processo individualizado e sob regras próprias.

O Autuado efetuou nova manifestação (fls. 382 a 395), onde disse que um dos temas discutidos na sua defesa questionando a nulidade por preterição do direito de defesa, foi o fato de que não foram apresentados os documentos relacionados nas planilhas tendentes a comprovar a acusação fiscal, fato não contestado pelo Autuante que, nos termos do Art. 341 do CPC/2015, presume-se verdadeiro.

Aduziu que não procede a acusação fiscal da Infração 01 em relação aos produtos a seguir:

- APFFEL STRUDEL: Produto sujeito a substituição tributária com liberação da saída subsequente, uma vez que é derivado de farinha de trigo, nos termos do Art. 373 e item 33.1 do Anexo 1 do RICMS/12, no mesmo sentido dos produtos TODDY WAFER CHOCOLAT SO 147G, TODDY WAFER TRUFADO SO 147G, TODDY TORTINHA CHOCO SO 160G, TODDY TORTINHA BAUNI SO 160G, excluídos pelo Autuante.

- LEITE EM PÓ e COMPOSTO LÁCTEO: A exigência fiscal está de encontro ao consignado no RICMS/12, o qual prevê uma carga tributária de 7% para as operações com leite em pó e composto lácteo, no período autuado.

- LEITE LONGA VIDA: Improcede a exigência, conforme decisões judiciais que colacionou, posto que a sistemática concebida pelo Estado, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de forma desleal, no comércio de leite, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da carga tributária de 17% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxaçoão reduzida a 7%.

- SKINKA: bebida energética, submetido ao regime de pauta fiscal, nos termos da Instrução Normativa nº 04/2009.

- TAMBAQUI CONG KG NATIV, FILT PAP GD C/30 STA CLARA e DOURADO POSTA CONG 1KG COSTA SUL: A acusação não procede, posto que, segundo o RICMS/12, as operações com pescado são isentas do imposto.

- GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G CREM C/ PASSA, GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G BABALOO, GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G GRAVIOLA, GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G LTE COND, GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G MARACUJA e GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G MORANGO: sorvete de iogurte, cuja tributação é realizada através da sistemática da substituição tributária (item 39 do Anexo 1 do RICMS/12).

Alegou, em relação à Infração 03, que os produtos CASTANHA TOR S/SAL 180, CAST/CAJU 100G YOKI, CASTANHA CAJU LT 6X100G IRACEM, CAST CAJU SACHE 18X30G IRACEM, CAST CAJU TOR IR100 100G, CAST CJ CCAST PAR BP 12X 140G, CAST CAJ TOR/SAL BPR ECO 12X140 e CAST CAJ GRAN BP 12X 150G não estão sujeitos à antecipação tributária, posto que não elencados no rol de produtos indicados no RICMS/97 (art. 353 e Anexo 86) e no RICMS/12 (Anexo 1), o que significa dizer que a tomada do crédito seria legítima.

Repetiu os argumentos utilizados na sua defesa em relação às Infrações 04, 05 e 06 e reiterou os termos da defesa inicial, e, notadamente, o pedido de improcedência da autuação.

O Autuante apresentou nova informação fiscal (fls. 402 a 414), onde relatou que, por lapso, permaneceram os itens APFFELL STRUDEL, TAMBAQUI CONG KG NATIV e DOURADO POSTA CONG 1KG COSTA SUL indevidamente no exercício de 2012, o primeiro por ser da Substituição Tributária e os dois últimos por possuírem redução de base de cálculo de 100%, não sendo identificados estes itens nos demonstrativos dos demais exercícios.

Reforçou os argumentos em relação aos produtos SKINKA, LEITE EM PÓ, COMPOSTO LÁCTEO, FÓRMULA INFANTIL, LEITE LONGA VIDA (UHT) e GOSTOSINHO, apresentando DANFE do próprio fornecedor deste último produto para demonstrar que o mesmo não é sujeito à Substituição Tributária, inclusive com a informação de possibilidade de aproveitamento de crédito colocada nas Informações Complementares, sem CFOP ou CST da Substituição Tributária, não se tratando de iogurte.

Refez os demonstrativos da Infração 01, no exercício de 2012, que anexou (fl. 400), e gravou CD (fl. 401), reduzindo esta Infração para os seguintes valores:

Exercício	Valor ICMS Original	Valor ICMS Reduzido 1 (1ª Informação Fiscal – fls. 363 a 377)	Valor ICMS Reduzido 2 (2ª Informação Fiscal)
2012	92.048,17	90.831,95	90.823,15
2013	312.488,47	180.326,36	180.326,36
2014	509.930,91	499.017,38	499.017,38
2015	104.325,21	88.932,59	88.932,59
Total	1.018.792,76	859.108,28	859.099,48

Ressaltou que a Infração 03 já foi reduzida em relação às Castanhas de Caju, tendo ficado comprovado pela NCM que as demais castanhas estão sujeitas à Substituição Tributária, e reafirmou os argumentos utilizados na sua defesa em relação às Infrações 04, 05 e 06.

Em mais uma manifestação (fls. 418 a 429), o Autuado disse que não procede a acusação fiscal da Infração 01 em relação aos produtos LEITE EM PÓ, COMPOSTO LÁCTEO, LEITE LONGA VIDA, SKINKA e GOSTOSINHO, reiterando os argumentos esposados em sua defesa. Apresentou imagem de embalagem do produto GOSTOSINHO, indicando que é sorvete de iogurte, cuja tributação é realizada através da sistemática da substituição tributária (item 39 do Anexo 1 do RICMS/12).

Reafirmou os argumentos utilizados na sua defesa em relação às Infrações 04, 05 e 06 e requereu a improcedência da autuação.

Em mais uma informação fiscal (fl. 433), o Autuante disse que o Autuado não trouxe novos elementos que elidam a acusação.

VOTO

Verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação.

O Autuado suscitou a nulidade do lançamento, diante da incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da fiscalização, do período a ser fiscalizado e do Auditor Fiscal designado, por não ter sido apresentada a ordem de serviço nº 506468/16, bem como pela preterição do direito de defesa por não terem sido anexadas as notas fiscais às planilhas que as relacionam.

A emissão de ordem de serviço é um ato meramente administrativo da Sefaz, não resultando em nulidade a falta da sua apresentação. A ordem de serviço nº 506468/16, que foi encerrada com a lavratura do Auto de Infração em prazo inferior a 90 dias, vincula a lavratura do Auto de Infração quanto ao Autuante e aos exercícios fiscalizados.

Ressalto que os documentos fiscais relacionados nos demonstrativos são eletrônicos, sendo sua impressão uma mera representação física sem valor legal, e assim como as informações obtidas do ECF, foram escriturados pelo Autuado que, portanto, possui a responsabilidade pela sua guarda dentro do período decadencial, não cabendo o questionamento quanto à falta da sua apresentação.

Além disso, consoante a leitura da sua defesa, constato que o Autuado demonstrou estar plenamente consciente das acusações que lhe foram imputadas, elaborando uma defesa detalhada quanto ao mérito da autuação.

Diante do exposto, afasto o requerimento de nulidade.

Quanto às alegações de inconstitucionalidade da multa aplicada, devo dizer que não cabe a este órgão administrativo julgar tais questões, mas tão somente efetuar o controle de legalidade, e é certo que as multas aplicadas se encontram dentro da ordem legal vigente, nos termos da Lei nº 7.014/96, conforme se infere da capitulação legal.

Indefiro a solicitação de perícia fiscal, com fulcro no Art. 147, II, do RPAF/99, por constatar que o processo contém todos os elementos para a decisão sobre a lide, sendo desnecessária a realização da prova pericial para o julgamento do presente feito.

No final da sua peça impugnatória, o Autuado protestou pela juntada posterior de documentos. Observo que todos os documentos acostados até a data da presente sessão de julgamento foram acolhidos.

Ressalto que foram anexados comprovantes de pagamento integral referente às Infrações 02 e 07 e parcial das Infrações 01, 03 e 06, restando em lide somente parte das Infrações 01, 03 e 06 e a integralidade das Infrações 04 e 05.

O Autuado efetuou o pagamento parcial dos valores exigidos na Infração 01 e questionou a exigência sobre diversos produtos, item a item, tendo o Autuante concordado em relação aos seguintes itens, reduzindo o seu valor total de R\$ 1.018.792,76 para R\$ 859.099,48:

- TODDY WAFER CHOCOLAT SO 147G, TODDY WAFER TRUFADO SO 147G, TODDY TORTINHA CHOCO SO 160G, TODDY TORTINHA BAUNI SO 160G e APFFEL STRUDEL (33.1); Cigarros C LUCKY STRIKE BLUE 200S C/10, C LUCKY STRIKE BLUE 200S C/10, LUXOR SL e LM BLUE KS SC 10EA (13); IOGURTES (21); BRASSO LUSTRA M 200 LATA 200 (40.3); LING 500G VITARELLA (33.1); KIT 3 DT LUMINOUS GT ENXAG 10X1UN, FR PAMPER SUPSEC M32 M32 e FR PAMPER SUPSEC M32 (32.2); OLEO ADVANCE 4T AX5 20W5 1 LT (16.8); BL PEDID 1/18MD 50F TILIBR (27.32); DES ACTI L170ML P150ML FLORAL (25.11); CANETA CRIST FIN C/3 AZ C/3 (27.12); TORRADA LGHT MABEL 140G e EQLIBRI TORRADA ORIG NAC 140G (33.2); BAT ONDULADA QJO 50G GRATICIA (38); PAP SENINHA BCO 100F (27.38); RAO ADUL 15KG BIRIBA (36); TEQ J CUERVO SILVER 750ML (5.2); MAL ESP SAL MDOC 2TC 660ML (5.4); RUN BIG APPLE 12X750 ML BACARD (5.5): verifico que são produtos inclusos no regime de substituição tributária, constantes nos itens do Anexo 1 indicados após os produtos acima.
- OVOS BCO GRD 360UNID, TAMBAQUI CONG KG NATIV e DOURADO POSTA CONG 1KG COSTA SUL: verifico que são produtos isentos ou com redução de base de cálculo de 100%.
- LAV PRES K227 KARCHE AMAREL 110V e PARAF RECARREGAVEL MONDIAL 3.6V 9C PPF02: verifico que são produtos cuja base de cálculo é reduzida, de forma que a carga tributária equivale a 8,80%, nos termos do Convênio ICMS nº 52/91 e do Art. 266, I, “a” do RICMS/12;
- OLEO VELEIRO 900ML 900G e OLEO CONCORDIA 900ML PET 900ML: verifico que são produtos com redução de carga tributária para 12%, nos termos do art. 268, XXII, do RICMS/12.
- MILHO PIP 24X500G PREMIUN YOKI, MILHO PIP PREM YOKI 500G, MIL PIP PREMIUN 24 X500G YOKI, MILHO DE PIPOCA 20X500G DULAR, MIL PIP NAC KERI 24X500G YOKI, MILHO PIP PREM YOKI 500G, MILHO DE PIPOCA 500G DULAR, MILHO DE PIPOCA 20X500G DULAR, MILH PIPOCA NAC YOKI 500G, MIL PIPOCA KERI YOKI 20 X500G, MIL PIP KERI 500G YOKI, MILHO PIP PREM YOKI 500G e MIL PIP KERI 500G YOKI: verifico que são produtos com carga tributária de 7%.

Entendo que a exclusão de todos estes itens foi efetuada de forma acertada. Mas restaram em lide alguns itens, relacionados a seguir, sobre os quais a autuação foi correta:

- SKINKA: restou demonstrado que o produto sofreu alteração na composição de sua fórmula em período anterior à autuação, deixando de ser classificado como ENERGÉTICO e passando a ser BEBIDA MISTA, com NCM diverso não sujeito ao regime de Substituição Tributária, fato declarado por representante do setor Jurídico-Tributário do próprio fabricante do Produto, conforme e-mail transcrito e cópia de DANFE do fornecedor, inclusive não mais fazendo parte da pauta fiscal, nos termos da Instrução Normativa nº 04/2009.
- Leite em pó, Composto lácteo em pó e Fórmula infantil em pó: LTE PO INST 50X200G PCT IDEAL, LTE PO INST 200G PCT IDEAL, LTE PO INST 50X200G PCT IDEAL, LTE PO INST 200G PCT IDEAL, NAN PRO 1 400G, NAN AR 400G, NAN PRO 2 800G, NAN PRO 2 400G, NESTOGENO 1 400G, NESTOGENO 2 400G, NESTOGENO 1 800G, NESTOGENO 2 800G, NAN COMFORT 1 400G, NAN COMFORT 1 800G, NAN COMFORT 2 800G, NAN COMFOR 3 800G NA, SACH INST ITAMB 400G 400G, NESTOGENO 2 SO 800G, NESTOGENO 2 800G, NESTOGENO 2 400G, NESTOGENO 1 800G, NESTOGENO 1 400G, NAN PRO 2 SO 800G, NAN PRO 2 SO 400G, NAN PRO 2 800G, NAN PRO 2 400G, NAN COMFORT 1 SO 800G, NAN COMFORT 1 SO 400G, NAN COMFORT 1 800G, NAN COMFORT 1 400G, NAN COMFOR 3 800G NAC 800G, NAN AR SO 400G, NAN AR 400G, LTE PO PCT INST 200G ITAMBE, LTE PO INTG SACH 1.2KG NINHO, LTE PO INTG RF 25X 400G ITAMBE, LTE PO INTG PCT 400G ITAMBE, LTE PO INTG LT 24X 400G NINHO, LTE PO INTG 50X200G CCGL, LTE PO INTG 50X 200G ITAMBE, LTE PO INTG 400G CCGL, LTE PO INTG 25X400G CCGL, LTE PO INTG 200G CCGL, LTE PO INST SACH 1.2KG NINHO, LTE PO INST RF 25X 400G ITAMBE, LTE PO INST LT 24X 400G NINHO, LTE PO INST 50X 200G ITAMBE, LTE PO INST 200G CCGL, LTE PO DESNATADO ITAMBE 200G, LTE PO DESN MOLICO 300G, LTE PO DESN 50X200G CCGL, LTE PO DESN 400G CCGL, LTE PO DESN 300G ITA 300G, LTE PO DESN 25X 400G CCGL, LTE PO DESN 24X300G MOLICO, LTE PO DESN 200G CCGL, LTE PO CRES 3 LT 24X 400G NINHO, LTE PO 50X200G ITALAC, LTE PO 200G ITALAC, LTE MOLICO LT 300G, LTE ITAMBE

INT-LT 400G, LTE ITAMBE INST-LT 400G, LTE ITAMBE INST 400G, LTE ITAMBE DESN LT 300G, LT PO PCT 200G ITAMBE, LT PO INTG 400G NINH 400G, LT PO INST LT ITAMBE 400G, LT PO INST 400G NINH 400G., LT INT LT 400G ITAMB 400G, LT INST NINHO F3 400 400G, LT INST NINHO F1 400 400G, COMP LACT NINHO F4 400G e COMP LACT NINHO F3 400G: a redução de base de cálculo, de forma que que a carga tributária das operações internas seja de 7%, prevista no inciso XXV do art. 268 do RICMS/12, sofreu alterações durante o período autuado pois, até 31/07/2013, só o produto leite em pó fazia jus à redução. A partir de 01/08/2013, o benefício foi estendido ao produto composto lácteo em pó. Mas a partir de 01/01/2014, o benefício foi restringido aos produtos fabricados no Estado da Bahia. Conforme afirmado pelo Autuante, os produtos leite em pó objeto da autuação não foram fabricados no Estado da Bahia e sua exigência só ocorreu após 01/01/2014, com exceção do produto LEITE EM PÓ LA SERENISSIMA, incluído em 2012, por conta de ter sido tributado a 0%, quando o correto seria 7%.

Ficou também demonstrado que alguns produtos que a empresa denomina como leite em Pó, em verdade se trata de composto lácteo em pó, como por exemplo os produtos LTE PO INST 50X200G PCT IDEAL e NINHO FASES que, conforme imagem dos rótulos que o Autuante apresentou. Verifico que a sua exigência se refere ao período anterior a 01/08/2013, quando não fazia jus à redução de base de cálculo, e após 01/01/2014, quando a legislação restringiu o benefício aos produtos fabricados no Estado da Bahia.

Quanto à fórmula infantil em pó, a exemplo dos produtos NAN e NESTOGENO, esta não possui direito à redução de base de cálculo, tendo em vista que não se trata de leite em pó nem composto lácteo, tendo composição diferente de ambos, por ser misturado a vários tipos de óleos, como óleo de palma, óleo de canola e óleo de milho, além de outros variados ingredientes, conforme rótulos copiados pelo Autuante. Sendo assim, a alíquota destes produtos é 17%, conforme a autuação.

- Leite longa vida: LTE UHT INTG 12X1L COTOCHES, LTE UHT DESN 12X1L COTOCHES, LTE INTG UHT 1L IBITUR, LTE UHT DESNATADO 1L COTOCHES, LTE INTG 12X1L COTO CHES, LTE DESN 12X1L COTO CHES, LTE INT UHT 12X1L IBITUR, LTE DESN UHT 1L IBITUR, LTE DESN 1L COTO CHES, LTE DESN UHT 12X1L IBITUR, LTE INTG UHT 1L IBITUR, LTE INTG 1L DAMARE, LTE INTG 1L COTO CHES, LTE INTG 12X1L DAMARE, LTE INTG 12X1L COTO CHES, LTE INT UHT 12X1L IBITUR, LTE DESN UHT 1L IBITUR, LTE DESN UHT 12X1L IBITUR, LTE DESN 1L DAMARE, LTE DESN 1L COTO CHES, LTE DESN 12X1L DAMARE, LTE DESN 12X1L COTO CHES, LTE INTG 1L COTO CHES, LTE DESN 1L COTO CHES, LTE INTG 1L DAMARE e LTE DESN 1L DAMARE: o Art. 268, XXIX, do RICMS/12, concede, apenas aos produtos fabricados no Estado, redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária seja de 7%. Assim, os produtos industrializados em outras unidades Federadas, situação dos produtos ora questionados, estão sujeitos à aplicação da alíquota de 17%.

O Autuado alegou que o Estado da Bahia, ao conceder benefício apenas em relação aos produtos leite em pó, composto lácteo em pó e leite longa vida produzidos neste Estado, atropela o pacto federativo, colacionando decisões judiciais para sustentar sua tese. Entretanto, a norma regulamentar está em vigor e as decisões judiciais acostadas não tem o condão de revogá-la, sendo a atividade do Auditor Fiscal vinculada às normas vigentes.

Saliento que a interpretação das normas que concedem benefício fiscal deve ser efetuada de forma literal, bem como não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido ao apelo de analogia ou equidade, a teor do Art. 108, §2º, c/c Art. 111, ambos do CTN. Diante do exposto, é correta a exigência em relação aos produtos bebida mista, leite em pó, composto lácteo em pó, fórmula infantil em pó e leite longa vida (UHT).

Mas, não concordo com a exclusão dos produtos PIZZA BROTO MAS LEVE NAC 300G e PIZZA MEDIA C/2UN 280G, acatados pelo Autuante, afinal as massas para pizza não se encontram entre os produtos elencados no item 33.1 do Anexo 1 do RICMS/12, possuindo tributação normal.

Contudo, constato que a infração não subsiste em relação aos sorvetes de iogurte, somente escriturados em 2012, GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G CREM C/ PASSA, GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G BABALOO, GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G GRAVIOLA, GOSTOSINHO

PRINCESINHA 90G LTE COND, GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G MARACUJA e GOSTOSINHO PRINCESINHA 90G MORANGO, por estarem sujeitos à substituição tributária, relacionados no item 39 do Anexo 1 do RICMS/12, o qual não faz distinção entre os sorvetes de iogurte e os demais sorvetes. A imagem de embalagem do produto, apresentada pelo Autuado, apenas reforça o meu entendimento de que se trata de sorvete.

Portanto, após a exclusão dos sorvetes de iogurte e a reinclusão das massas para pizza no levantamento, a Infração 01 fica reduzida para R\$ 857.817,66, conforme demonstrativo a seguir:

Mês/Ano	Valor ICMS
jan/12	R\$ 8.235,77
fev/12	R\$ 12.066,33
mar/12	R\$ 8.422,13
abr/12	R\$ 8.238,33
mai/12	R\$ 4.416,05
jun/12	R\$ 3.386,05
jul/12	R\$ 4.969,91
ago/12	R\$ 4.111,56
set/12	R\$ 9.370,65
out/12	R\$ 6.442,05
nov/12	R\$ 8.552,81
dez/12	R\$ 11.201,21
jan/13	R\$ 7.099,84
fev/13	R\$ 9.465,04
mar/13	R\$ 13.351,21
abr/13	R\$ 16.175,48
mai/13	R\$ 30.092,79
jun/13	R\$ 32.673,15
jul/13	R\$ 32.340,22
ago/13	R\$ 5.485,62
set/13	R\$ 5.480,66
out/13	R\$ 5.846,18
nov/13	R\$ 9.809,07
dez/13	R\$ 12.507,10
jan/14	R\$ 67.392,00
fev/14	R\$ 40.205,75
mar/14	R\$ 66.867,42
abr/14	R\$ 46.053,58
mai/14	R\$ 51.271,28
jun/14	R\$ 8.133,63
jul/14	R\$ 16.374,37
ago/14	R\$ 56.346,60
set/14	R\$ 25.995,76
out/14	R\$ 22.884,60
nov/14	R\$ 2.028,78
dez/14	R\$ 95.463,61
jan/15	R\$ 22.013,99
fev/15	R\$ 10.797,09
mar/15	R\$ 19.304,54
abr/15	R\$ 11.218,65
mai/15	R\$ 6.232,92
jun/15	R\$ 8.508,33
jul/15	R\$ 7.707,17
ago/15	R\$ 3.278,38
Total	R\$ 857.817,66

O Autuado requereu a improcedência da Infração 03, indicando diversos produtos que foram relacionados não estavam sujeitos à substituição tributária, significando que a tomada do crédito seria legítima: REFR PO MARCJ 15X35G MARATA, CASTANHA TOR S/SAL 180, STEAK FGO 28X100G SEARA, STEAK DE FGO 25X120G SADIA, REQ REKE4QJ CRE BISN ROSELI 250G, CONC AMONIACO 24X 500ML LYSOFO, SAC FREEZER 20X33 24X100U 2KG ROYAL PACK, MARG LIGHT C/SAL 12X500G QUALY, DROPS MENTHOL 21UN HALLS, DROPS MORG 21UN HALLS, STEAK FG REZ 72X100G, POLPA ACEROLA 10X100G CANAA, POLPA GOIABA 10X100G CANAA, TENDER BOLI SEARA KG, MARG LIGHT C/SAL 12X500G QUALY, STEAK FGO 28X100G SEARA, STEAK DE FGO 25X120G SADIA, FILE DE LINGUADO CONG 1KG PCTE, LF CHAMYTO UVA 450G, STEAK FG REZ 72X100G, CAST CJ CCAST PAR BP 12X 140G, CAST CAJ TOR/SAL BPR ECO 12X140, CASTANHA TOR S/SAL 180, CAST CAJ GRAN BP 12X 150G, CAST/CAJU 100G YOKI, LIMP DESENG 24X500ML SQZ VEJA, STEAK FG REZ 72X100G, STEAK FGO 28X100G SEARA, STEAK DE FGO 25X120G SADIA, FILE DE LINGUADO CONG 1KG PCTE, CASTANHA TOR S/SAL 180, CAST/CAJU 100G YOKI, CASTANHA CAJU LT 6X100G IRACEM, CAST CAJU SACHE 18X30G IRACEM, FNHA MIL FLOCD 20X 500G MARATA, TENDER BOLI SEARA e CAST CAJU TOR IR100 100G, SC LX REFOR EMBALIXO 110L 10X25U.

O Autuante concordou quase integralmente em relação aos produtos questionados pelo Autuado, exceto quanto aos produtos CAST CAJU IRACEMA SACHE 18X30G, CAST CAJU SACHE 18X30G IRACEM, CAST CAJU SC 30G IRA AZUL 30GR, CAST CAJU TOR IR100 100G e CASTANHA CAJU LT 6X100G IRACEM, NCM 2008.19.00. Reputo correta a exclusão dos itens relacionados pelo Autuado e a manutenção da autuação dos produtos castanhas de caju em função destes serem salgados industrializados, sujeitos à substituição tributária, conforme item 38 do Anexo 1 do RICMS/12. Desta forma, a Infração 03 é procedente em parte no valor de R\$ 55.705,07, conforme a Informação Fiscal e demonstrativo a seguir:

Mês/Ano	Valor ICMS
jan/12	R\$ 199,82
fev/12	R\$ 879,84
mar/12	R\$ 1.095,79
abr/12	R\$ 877,06
mai/12	R\$ 1.384,54
jun/12	R\$ 26.385,91
jul/12	R\$ 685,12
ago/12	R\$ 397,43
set/12	R\$ 1.415,53
out/12	R\$ 815,81
nov/12	R\$ 887,74
dez/12	R\$ 2.871,90
jan/13	R\$ 885,54
fev/13	R\$ 587,65
mar/13	R\$ 860,87
abr/13	R\$ 778,38
mai/13	R\$ 709,47
jun/13	R\$ 502,46
jul/13	R\$ 669,67
ago/13	R\$ 2.838,87
set/13	R\$ 134,31
out/13	R\$ 479,69
nov/13	R\$ 1.397,08
dez/13	R\$ 325,71
jan/14	R\$ 287,16
fev/14	R\$ 672,93
mar/14	R\$ 208,79
abr/14	R\$ 410,76
mai/14	R\$ 475,10
jun/14	R\$ 544,90

jul/14	R\$ 621,69
ago/14	R\$ 832,41
set/14	R\$ 26,30
out/14	R\$ 810,25
nov/14	R\$ 360,44
dez/14	R\$ 777,95
jan/15	R\$ 90,54
fev/15	R\$ 148,12
mar/15	R\$ 575,13
abr/15	R\$ 214,55
jul/15	R\$ 137,63
ago/15	R\$ 94,37
set/15	R\$ 3,39
out/15	R\$ 147,25
nov/15	R\$ 51,97
dez/15	R\$ 147,25
Total	R\$ 55.705,07

O Autuado alegou que a Infração 04 não pode prosperar, uma vez que promoveu o recolhimento do ICMS por antecipação quando da passagem pelos postos fiscais, decorrente da entrada de produtos provenientes de operações interestaduais, anexando diversos comprovantes de pagamento. Entretanto, o Autuante asseverou que os comprovantes de pagamentos de DAEs apresentados pelo Autuado se referem a outros estabelecimentos, com inscrições estaduais diversas, acostando extratos de pagamento do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT, com exceção dos pagamentos nos valores de R\$ 854,73 e R\$ 157,41, os quais foram considerados no levantamento fiscal, conforme se verifica no demonstrativo.

Constato que assiste razão em parte a ambos, pois além dos recolhimentos nos valores de R\$ 854,73 e R\$ 157,41, constantes do levantamento, identifiquei também os seguintes:

- DAE 1500287796, recolhido em 19/01/2015, no valor de R\$ 8.194,19 (R\$ 7.730,37 + 463,82), utilizado para pagamento do Auto de Infração nº 019365.0121/15-1, emitido em 16/01/2015, relativo às Notas Fiscais nº 65.274 e 65.275 da empresa Avinorte Avícola Cianorte Ltda.
- DAE 1500462040, recolhido em 28/01/2015, no valor de R\$ 6.493,87 (R\$ 6.126,29 + 367,58), utilizado para pagamento da Notificação Fiscal nº 494826.0018/15-9, emitida em 27/01/2015, relativo à Nota Fiscal nº 65.856 da empresa Avinorte Avícola Cianorte Ltda.
- DAE 1501343000, recolhido em 17/03/2015, no valor de R\$ 7.698,37 (R\$ 7.262,61 + 435,76), utilizado para pagamento da Notificação Fiscal nº 210765.0132/15-1, emitida em 16/03/2015, relativo à Nota Fiscal nº 68.935 da empresa Avinorte Avícola Cianorte Ltda.
- DAE 1501344210, recolhido em 17/03/2015, no valor de R\$ 5.506,70 (R\$ 5.195,00 + 311,70), utilizado para pagamento da Notificação Fiscal nº 210765.0133/15-8, emitida em 16/03/2015, relativo à Nota Fiscal nº 68.934 da empresa Avinorte Avícola Cianorte Ltda.
- DAE 1502583428, recolhido em 18/05/2015, no valor de R\$ 13.740,95 (R\$ 12.963,16 + 777,79), utilizado para pagamento da Notificação Fiscal nº 210765.0295/15-8, emitida em 16/05/2015, relativo às Notas Fiscais nº 73.152 e 73.155 da empresa Avinorte Avícola Cianorte Ltda.

Ocorre que as Notas Fiscais nº 65.275, 68.934 e 73.152 não constam do levantamento do Autuante, no qual também consta outras notas fiscais sem comprovação de recolhimento. Diante disso, efetuei as exclusões em relação às demais Notas Fiscais nº 65.274, 65.856, 68.935 e 73.155. Assim, voto pela procedência parcial da Infração 04 no valor total de R\$ 8.341,78, conforme demonstrado a seguir:

Mês/Ano	Valor ICMS Original	Valor ICMS Reduzido
jan/15	R\$ 9.465,31	R\$ 71,06
mar/15	R\$ 10.118,54	R\$ 2.855,93
mai/15	R\$ 7.790,25	R\$ 47,37
dez/15	R\$ 5.367,42	R\$ 5.367,42
Total	R\$ 32.741,52	R\$ 8.341,78

Na Infração 05, é apontada divergência, no exercício de 2012, entre os valores escriturados no Registro de Apuração do ICMS como “CRÉDITO ICMS ATIVO IMOBILIZADO – CIAP” e os indicados no registro do próprio CIAP - Registro G110 da EFD. Conforme consulta aos registros da EFD anexados ao Auto de Infração, embora o Autuado tenha argumentado que o lançamento partiu de presunção e que promoveu a apropriação nos termos da legislação vigente, verifico que a autuação está correta, tendo o Autuado utilizado crédito a maior do que o devido. Portanto, voto pela procedência da Infração 05.

Na Infração 06, é exigido imposto relativo ao crédito indevido por terem sido lançados, no exercício de 2012, créditos extemporâneos de frete sem comprovação da origem. Em sua defesa, o Autuado apresentou diversas cópias de Conhecimentos de Transporte (fls. 212 a 320), sendo a maioria de outras lojas da rede. Entre os Conhecimentos de Transporte do próprio Autuado apenas 3 foram emitidos em 2012 (fls. 299 a 301), todos registrados no Registro de Entradas no mês de setembro de 2012, no período correto, enquanto os demais foram emitidos no exercício de 2010 (fls. 225 a 261).

Apesar do Autuado ter alegado a extemporaneidade, não há comprovação de que os Conhecimentos de Transporte tenham sido escriturados no Registro de Entradas do EFD, mas apenas no Registro de Apuração, não havendo nem como apurar se este registro se refere aos Conhecimentos de Transporte anexados.

A escrituração extemporânea de documentos fiscais não pode ser efetuada a qualquer tempo à escolha do contribuinte, deve ser obedecido o rito estabelecido na legislação. Os Arts. 314 e 315 do RICMS/12, cujos textos vigentes em 2012 estão transcritos abaixo, determinam que o Autuado deveria ter comunicado a Secretaria da Fazenda, bem como ter efetuado a escrituração dos documentos no Registro de Entradas, registrando a causa determinante da escrituração na coluna “observações”.

*“Art. 314. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios:
I - no período em que se verificar a entrada da mercadoria ou a aquisição de sua propriedade ou a prestação do serviço por ele tomado;*

II - no período em que se verificar ou configurar o direito à utilização do crédito.

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 deverá ser comunicada à repartição fiscal do domicílio do contribuinte, observando-se o seguinte:

I - quando a entrada da mercadoria não tiver sido registrada, a utilização do crédito fiscal ocorrerá concomitantemente com a escrituração no livro Registro de Entrada;

II - quando as mercadorias ou os serviços prestados tenham sido registrados no livro Registro de Entrada, registra-se o crédito diretamente no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos”.

Parágrafo único. A causa determinante do lançamento extemporâneo será anotada na coluna “Observações” do Registro de Entradas ou, quando for o caso, na coluna “Observações” do Registro de Apuração do ICMS.”

Este procedimento é necessário para que a Secretaria da Fazenda possa verificar se os documentos fiscais não estão sendo escriturados em duplicidade na época correta e extemporaneamente. Além disso, se fosse permitida a escrituração extemporânea do crédito diretamente no Registro de Apuração, não haveria como a fiscalização verificar se estes são legítimos ou não.

Diante do exposto, voto pela procedência da Infração 06.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor histórico total de R\$ 1.259.620,06, conforme demonstrativo a seguir:

Infração	Crédito Tributário	Multa	Julgamento
01	R\$ 857.817,66	60%	Procedente em Parte
02	R\$ 30.356,43	60%	Reconhecida
03	R\$ 55.705,07	60%	Procedente em Parte
04	R\$ 8.341,78	60%	Procedente em Parte
05	R\$ 28.965,21	60%	Procedente
06	R\$ 53.067,02	150%	Procedente
07	R\$ 225.366,89	-	Reconhecida

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269352.0053/16-7**, lavrado contra **WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 1.034.253,17**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 981.186,15 e 150% sobre R\$ 53.067,02, previstas no art. 42, II, “a”, “d” e “f”, V, “b”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 225.366,89**, prevista no art. 42, II, “d”, da referida Lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR