

**PROCESSO** - A. I. Nº 269352.0053/16-7  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.  
**RECORRIDOS** - WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJP nº 0174-01/17  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 15/10/2018

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0226-11/18

**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 SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Corrigido o demonstrativo para exclusão dos produtos tributados normalmente. Infração parcialmente procedente. b) EFD. ATIVO IMOBILIZADO. Creditados valores superiores aos escriturados no CIAP. Infração procedente. c) 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora quanto à infração 1. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª JJP nº 0174-01/17 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte com respaldo no art. 169, I, “b” do citado Regulamento, tendo o Sujeito Passivo reconhecido as infrações 2 e 7 e parte das infrações 1, 3 e 6.

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 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.*

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.

Após a devida instrução processual, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial, por unanimidade, pelos seguintes fundamentos abaixo colacionados:

#### **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 GRATICA (38); PAP SENINHA BCO 100F (27.38); RCAO 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 FPF02: 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 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
<b>Total</b>	<b>R\$ 857.817,66</b>

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 CHAMITO 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:

<b>Mês/Ano</b>	<b>Valor ICMS</b>
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
<b>Total</b>	<b>R\$ 55.705,07</b>

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
<b>Total</b>	<b>R\$ 32.741,52</b>	<b>R\$ 8.341,78</b>

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:*

<b>Infração</b>	<b>Crédito Tributário</b>	<b>Multa</b>	<b>Julgamento</b>
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

Nos termos do Art. 169, I, “a”, do RPAF, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Irresignado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso pelos seguintes argumentos:

Inicialmente atesta a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos que fundamentaram a autuação.

Preliminarmente, aponta a nulidade do Auto de Infração pela incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal.

Afirma o recorrente de que não restou comprovado nos autos (mediante a apresentação da ordem de serviço com as datas de emissão e ciência do contribuinte) que o prazo de 90 dias foi observado, sendo que a norma regulamentadora do processo administrativo fiscal determina a intimação pessoal do contribuinte para o início do procedimento fiscal (art. 26, III e art. 28, I do Decreto nº 7.629/99), o que significa dizer que é uma obrigação normativa a apresentação da

Ordem de Serviço ao contribuinte e, por sua vez, ao processo administrativo para verificação do cumprimento de seu prazo legal de 90 dias para conclusão da ação fiscal (art. 28, § 1º do Decreto nº 7.629/99).

Entende que houve cerceamento ao direito de defesa, posto que não houve comprovação do cumprimento do prazo determinado pela legislação para validade da Ordem de Serviço, ou seja, não foi apresentado nos autos a data da ciência da Recorrente acerca do início da ação fiscal, pois é desta data, e não da data indicada no Termo de Início de Fiscalização, que se contará o prazo de 90 dias.

Assim, argui a nulidade por violação ao art. 2º, § 1º e art. 18 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), e cita decisões do TATE de Pernambuco e do Ceará sobre a matéria.

Ademais, suscita a nulidade do Auto de Infração por preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude de ausência de comprovação, eis que não foram apresentados os documentos fiscais mencionados em seu demonstrativo.

Assim, atesta que não logrou por comprovar a autuação, bem como os dados dispostos na planilha apresentada.

Nessa diretriz, a recorrente apresenta decisão do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE), em caso análogo, no sentido de que apresentação dos documentos (planilha, escrita fiscal) em mídia digital, não dispensa a fiscalização de entregá-los também em via impressa, evitando-se, desta forma, quaisquer erros e equívocos nos valores apresentados, o que não foi observado pelo Autuante, posto que não apresentou as planilhas impressas em sua totalidade.

Assim, nos termos do art. 18, II, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99, afirma que são nulos os atos proferidos com preterição do direito de defesa e que desobedeçam a dispositivos expressos em lei, o que, pelo visto, é exatamente o caso presente.

No mérito, quanto à infração 01, aduz que a acusação fiscal entendeu que a Recorrente teria calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite em pó e composto lácteo, uma vez que utilizou a carga tributária diversa a que deveria ser (17%).

Todavia, aponta que a exigência fiscal está de encontro ao consignado no RICMS/2012, o qual prevê uma carga tributária de 7% para as operações com leite em pó e composto lácteo, no período autuado. Assim, não havendo recolhimento a menor do ICMS por erro na aplicação da alíquota, chega-se a conclusão de que os valores apresentados pelo Autuante são improcedentes, já que a carga tributária disposta na legislação estadual foi devidamente observada pela Recorrente.

Discorre sobre a improcedência da limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, posto que viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna.

Cita sentença proferida nos autos da Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001 pelo Tribunal de Justiça da Bahia, de modo a não haver discriminação tributária (guerra fiscal).

Em relação ao produto SKINKA, afirma que, ao contrário do entendimento da fiscalização de que o citado produto seria tributado normalmente pelo ICMS em sua saída, este está submetido ao regime de substituição tributária com fixação da base de cálculo por pauta fiscal, nos termos da Instrução Normativa nº 04/2009. Portanto, improcede a cobrança da alíquota geral de ICMS para o presente item.

Quanto ao item FILT PAP GD C/30 STA CLARA, aponta que o Autuante excluiu do lançamento fiscal os produtos TAMBAQUI CONG KG NATIV e DOURADO POSTA CONG 1 KG COSTA SUL, pois “são produtos isentos ou com redução da base de cálculo de 100%.” Contudo, deixou de excluir o produto FILT PAP GD C/30 STA CLARA, para o qual, segundo o RICMS/2012, as operações com pescado são isentas do imposto.



Assim, não há dúvidas, portanto, da improcedência de toda a acusação fiscal, uma vez que a Recorrente não calculou de forma errônea o ICMS decorrente da saída do produto pescado.

No pertinente ao item PIZZA BROTO MAS LEVE NAC 300G e PIZZA MEDIA C/2UN 280G, aduz que Referidos produtos estão sujeitos a substituição tributária com liberação da saída subsequente, uma vez que são derivados de farinha de trigo/mistura de farinha de trigo, nos termos do item 33.1 do Anexo I do RICMS/2012. Fato confirmado pelo Autuante em sua Informação Fiscal, não procedendo a acusação fiscal.

No concernente à infração 03, a qual a fiscalização acusa a recorrente de uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária, esta afirma que dentre os itens autuados, encontram-se aqueles não sujeitos ao regime de antecipação tributária, o que significa dizer que a tomada do crédito pela Recorrente seria legítima.

É o caso da 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, que não está sujeito à antecipação tributária, posto que não elencados no rol de produtos indicados no RICMS/97 (art. 353 e Anexo 86) e no RICMS/2012 (Anexo I).

Razão pela qual, não procede a acusação fiscal.

Na infração 04, aponta que, diante da comprovação do recolhimento do ICMS por antecipação, parte do valor exigido pela fiscalização foi excluída do lançamento fiscal, restando o montante de R\$8.341,78.

Todavia, aduz que o valor indicado no acórdão recorrido como sendo o “Valor ICMS Original: R\$32.741,52” não condiz com o indicado no Auto de Infração: “Valor Histórico: R\$26.815,87”, fato que gera insubsistência no valor indicado como devido no acórdão recorrido.

Deste modo, a Recorrente alega que todo o montante exigido pela fiscalização, a título de ICMS por antecipação quando da passagem pelos postos fiscais, foi devidamente recolhido (doc. 05 da Impugnação).

Em relação à infração 05, a qual trata de crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, aproveitando-se de valor superior ao permitido pela legislação, a fiscalização aponta que o recorrente lançou no Registro de Apuração créditos referentes aquisições de Ativo Imobilizado em valores maiores do que os apurados no CIAP.

Diz que a denúncia fiscal parte da presunção de que a apuração dos créditos decorrente da aquisição de ativo imobilizado foi além do previsto na legislação (1/48), quando na realidade a Recorrente promoveu a apropriação nos termos da legislação vigente.

Entende a recorrente que os elementos utilizados pelo Autuante para a lavratura da denúncia fiscal não foram, para tanto, utilizados com a devida cautela. Tomou-se por base presunções e não os reais documentos que pudessem exibir a fidelidade e a legalidade do fato lançado, o que por certo elide a lavratura do Auto de Infração.

Assim, é 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.

A infração 06 trata de “uso indevido de 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.”.

Todavia, a recorrente aponta a improcedência do lançamento fiscal diante da existência dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas, fato que torna regular o crédito fiscal utilizado pela Recorrente, conforme pode ser verificado através dos documentos em anexo (doc. 06 da Impugnação).

Informa que tanto o Autuante como o acórdão recorrido confirma o direito ao crédito, mas condicionam o mesmo à solicitação prévia de autorização a SEFAZ. Contudo, esquece que a legislação legítima a sua utilização, independente de autorização ou não pelo Órgão Fazendário. Nesse contexto, diante da autenticidade do referido crédito, é legítima a sua utilização, nos termos do art. 93, III e IV do RICMS/97 e art. 309, V e VI do RICMS/2012.

Assim, a recorrente afirma que resta demonstrando ser o crédito utilizado amparado em documento fiscal idôneo, cujo direito está previsto na legislação estadual vigente, não havendo porque prosperar a exigência fiscal, razão pela qual, impõe-se a total improcedência da autuação, uma vez que o Autuante findou por laborar em equívoco, ao concluir, por presunção, que a Recorrente deixou de recolher o ICMS por utilizar o crédito da prestação de serviço de transporte indevidamente.

Ademais, assevera a recorrente a exorbitância da multa aplicada e seu caráter confiscatório, bem como a necessidade de ser levado em consideração também o art. 112 do CTN para que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em combate.

Nos pedidos, requer o provimento do Recurso Voluntário para o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da impropriedade da exigência fiscal.

#### **VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário – Infração 1)**

Inicialmente tratemos das nulidades aventadas pelo recorrente. Saliento que as mesmas já foram objeto de análise em primeira instância, as quais foram devidamente rechaçadas.

Quanto à alegação de que haveria nulidade do Auto de Infração pela incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal, bem como preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude de ausência de comprovação nos autos dos documentos fiscais mencionados em seu demonstrativo, as mesmas não devem prosperar, uma vez que:

*1- a emissão de ordem de serviço é um ato eminentemente administrativo da própria SEFAZ, não sendo motivo de nulidade a sua não apresentação; o momento da ação fiscal que antecede a lavratura do Auto de Infração diz respeito a apuração, por parte do agente fiscal, não havendo que se falar em cerceamento de defesa, eis que não há, no presente momento, o contraditório.*

*Ademais, conforme fl. 18, o Termo de Início de Fiscalização encontra-se anexado, com data de postagem em 29/09/2016 e ciência do contribuinte no DTE em 03/10/2016, sendo que não houve prorrogação da fiscalização.*

*2- Todos os documentos fiscais que ensejaram a presente autuação encontram-se presentes no PAF, em demonstrativos e em mídia digital anexada à fl. 77, tendo sido entregues ao autuado, que produziu, de forma pormenorizada sua defesa nos autos, em conformidade com os preceitos da ampla defesa e do contraditório.*

Assim, restam superadas as nulidades apresentadas.

Em relação ao presente Recurso de Ofício, este teve origem nas reduções realizadas nas infrações 1, 3 e 4 em sede de informação fiscal, as quais foram parcialmente acatadas pelo julgador de piso, que também identificou algumas reduções na infração 4.

No pertinente a infração 1, após a apresentação da defesa inicial, o autuante acatou alguns itens apontados pelo recorrente, referentes aos seguintes itens:

*TODDY WAFER CHOCOLAT SO 147G; TODDY WAFER TRUFADO SO 147G; TODDY TORTINHA CHOCO SO 160G; TODDY TORTINHA BAUNI SO 160G; C LUCKY STRIKE BLUE 200S C/10; LUXOR LS; 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; 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; EQLIBRI TORRADA ORIG NAC; BAT ONDULADA QJO; PAP SENINHA BCO; RCAO ADUL; TEQ J CUERVO SILVER; MAL ESP SAL MDOC 2TC; RUN BIG APPLE; OLEO VELEIRO e OLEO CONCORDIA; LAV PRESS K227 KARCHE AMAREL 110V; PARAF RECARREGAVEL MONDIAL 3.6V 9C FPF02;*

Assim, a infração passou de R\$1.018.792,76 para R\$859.108,28.

Todavia, o julgador de piso divergiu da revisão fiscal em dois pontos:

1. não concordou com a exclusão dos produtos PIZZA BROTO MAS LEVE NAC 300G e PIZZA MÉDIA C/2UN 280G, acatados pelo Autuante, eis que, no seu entendimento, as massas para pizza não se encontram entre os produtos elencados no item 33.1 do Anexo 1 do RICMS/12, possuindo tributação normal.
2. não concordou com a manutenção 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, ao seu sentir, 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.

Assim, com tais correções, a Infração 01 ficou reduzida para R\$857.817,66.

Compulsando os elementos contidos nos autos, vislumbro que agiu acertadamente os agentes fiscais ao procederem com as devidas correções realizadas. Todavia, acato as alterações apontadas pelo julgador de piso.

Em relação às massas de pizza, o item 31.1 do Anexo 1 do RICMS/12 é claro ao determinar os itens que seriam abarcados pela substituição ou antecipação tributária. Vejamos:

33	Produtos derivados de farinha de trigo				
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 - 1902.1; 1905; 1902.3	Prot. ICMS 50/05-AL, BA, CE, PB, PE, PI, RN e SE	Macarrão e outras preparações similares não cozidas: 20%  Macarrão instantâneo e pães: 20%  Demais produtos: 30%	Macarrão e outras preparações similares não cozidas: 23,87% (Aliq. 4%) 20% (Aliq. 7%) 20% (Aliq. 12%)  Macarrão instantâneo e pães: 38,80% (Aliq. 4%) 34,46% (Aliq. 7%) 27,23% (Aliq. 12%)  Demais produtos: 50,36% (Aliq. 4%) 45,66% (Aliq. 7%) 37,83% (Aliq. 12%)	Macarrão e outras preparações similares não cozidas: 20%  Macarrão instantâneo e pães: 20%  Demais produtos: 30%

No texto que diz “e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo” denota-se que tal oração diz respeito aos tipos similares de macarrão, não tendo o legislador adentrado nas mercadorias referentes a pizzas.

Quanto ao item “sorvete”, o legislador, como bem observado pelo julgador de piso, não fez distinção entre os tipos de sorvetes, afirmando, inclusive, ser aplicável a “qualquer espécie” de sorvete, sendo correto o procedimento de retirada de tais itens pela Junta de Julgamento Fiscal. Vejamos o que diz o anexo:

39	Sorvetes de qualquer espécie, inclusive sanduíches de sorvetes e picolés, 2105	Prot. ICMS 20/05 – AC, AL, AM, AP, BA, DF, ES, MA, MG, MS, MT, PA, PB, PE, PI, PR, RJ, RN, RO, RR, RS, SC, SE, SP e TO	Quando não houver preço de tabela: 96,63% (Aliq. 4%) 90,48% (Aliq. 7%) 80,24% (Aliq. 12%)	Quando não houver preço de tabela: 96,63% (Aliq. 4%) 90,48% (Aliq. 7%) 80,24% (Aliq. 12%)	Quando não houver preço de tabela: 70%
	Preparados para fabricação de sorvetes em máquinas: 1806, 1901 e 2106	Prot. ICMS 20/05 – AC, AL, AM, AP, BA, DF, ES, MA, MG, MS, MT, PA, PB, PE, PI, PR, RJ, RN, RO, RR, RS, SC, SE, SP e TO	395,04% (Aliq. 4%) 379,57% (Aliq. 7%) 353,78% (Aliq. 12%)	395,04% (Aliq. 4%) 379,57% (Aliq. 7%) 353,78% (Aliq. 12%)	328%

Quanto a infração 3, o recorrente comprovou que a maioria dos itens autuados estavam sujeitos à ST (Substituição Tributária), sendo legítimo o crédito, os quais foram reconhecidos pela autuação e junta, em relação aos itens:

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 CHAMITO 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.*

Corroboro com as retiradas, sendo que os novos demonstrativos encontram-se anexados a fl. 341.

Na infração 4, o contribuinte apresentou comprovantes de pagamentos de DAEs (fls. 170/210), alegando que os valores foram pagos quando da passagem pelos postos fiscais. Todavia, a autuação apontou que os pagamentos da fl. 180, referente ao valor de R\$857,73 e da fl. 201 referente ao valor de R\$157,41 foram considerados no levantamento fiscal.

Todavia, o julgador de piso, criteriosamente, observou outros recolhimentos que não foram considerados na revisão fiscal. Vejamos:

*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.*

Assim, resta patente que as reduções efetuadas pela Junta estão em conformidade com o que preconiza a legislação. Deste modo, a infração passa ao valor de R\$8.341,78.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Passemos, então, para a análise do Recurso Voluntário.

Em relação ao remanescente da infração 1, restam em discussão: leite em pó; leite longa vida; SKINKA, FILT PAP GD C/30 STA CLARA e PIZZA BROTO MAS LEVE NAC 300G e PIZZA MEDIA C/2UN 280G (já discutida em sede de Recurso de Ofício).

Ao contrário do entendimento exposto pelo autuante e pelo julgador de piso de que “compostos lácteos” diferem do “leite em pó”, posiciono-me no sentido de que são produtos similares, que merecem receber o mesmo tratamento tributário (redução a base de cálculo aplicada ao leite em pó).

Em que pese não receba a mesma nomenclatura, o composto lácteo é um leite em pó com aditivos, mas nem por isso deixa de ser leite em pó. A mudança de nomenclatura é necessária e obrigatória, eis que qualquer alteração/adição no produto deve ser informado ao Contribuinte (princípio da transparência), bem como resulta na alteração da NCM.

Como bem informou o contribuinte: o produto “composto lácteo” por se tratar de um produto constituído de nutrientes do leite, cálcio, ferro, vitamínicos, sais minerais, soro e óleo vegetal, para que tivesse seu custo barateado, por isso na embalagem é indicado que o composto lácteo não é leite em pó, mas não perde a característica essencial do leite em pó e é um produto que integra a cesta básica.

Tal entendimento já se encontra pacificado em nosso ordenamento jurídico, tanto que o Estado, acatando as razões supracitadas, promoveu a alteração do inciso XXV do art. 87 do RICMS/2012 (ora revogado Decreto nº 17.304, de 27/12/16), contemplando a redução da base de cálculo (RBC) do composto lácteo com efeitos a partir de 01/08/13:

*Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pela Alteração nº 15 (Dec. 14.681/13 efeitos de 01/08/13 a 31/12/13):*

*“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”*

*Redação originária, efeitos até 31/07/13:*

*“XXV - das operações internas com leite em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”*

Deste modo, considerar a redução da base de cálculo aos períodos autuados (2012/1015) é aplicar o entendimento que já vinha sendo amplamente defendido, o qual foi referendado pela alteração acima apresentada.

Assim, faz jus a recorrente à redução da base de cálculo para 7% dos compostos lácteos autuados na infração 1.

Quanto ao leite longa vida produzido em outro Estado, não cabe o entendimento do Recorrente.

A Recorrente defende tratar-se de hipótese de redução da base de cálculo, prevista no art. 268, inciso XXIX do RICMS/12 (vigente à época dos fatos geradores). Vejamos o disposto na norma, grifado por esta relatora:

*“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:*

*...  
XXIX - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);  
...”*

Conforme observado de forma clara na norma em apreço, o benefício fiscal exige o requisito de que o leite tenha sido fabricado no Estado da Bahia.

A Recorrente, todavia, defende que tal redução deve ser aplicada também nas operações relativas ao “leite longa vida” produzidos em outros estados da federação, sendo tal condicionante (redução apenas para os produtos fabricados no Estado da Bahia) uma afronta ao Princípio Constitucional da “vedação ao estabelecimento de diferença tributária entre bens, em razão da procedência ou do seu destino”.

Saliento que, em conformidade com o disposto no art. 167, incisos I e III do RPAF/99, não se inclui na competência desse colegiado a apreciação de alegação de inconstitucionalidade da norma, sendo-lhe vedado negar aplicação a ato normativo (de qualquer natureza) emanado de autoridade superior. É o que se observa do artigo supramencionado abaixo colacionado, por mim grifado:

*“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

*I - a declaração de inconstitucionalidade;*

*...  
III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”*

Em relação ao item SKINKA, restou devidamente comprovado, inclusive reconhecido pelo próprio representante do jurídico tributário da recorrente que, por força de mudança na composição, tal item deixou de fazer parte da ST desde 2007, eis que passou de “repositor energético para atletas” para “bebida mista”, não estando mais na ST. (fls. 365/366). O autuante

anexou também DANFE do fornecedor que comprova que tal mercadoria não se encontra na ST.

Quanto a alegação de que o item FILT PAP GD C/30 STA CLARA, não assiste razão as alegações da recorrente, eis que tal produto não diz respeito a pescados, como o mesmo afirmou no recurso apresentado.

Em pesquisa realizada, constatou-se que tal rubrica diz respeito a filtros de papel, devendo ser mantido na autuação. Segue anexa imagem pertinente ao item apontado para que não restem dúvidas quanto a sua manutenção:



Os itens referentes a massas de pizza foram mantidos na autuação pelas razões já apresentadas no fundamento do Recurso de Ofício.

Assim, resta Parcialmente Procedente a infração 1.

Quanto a infração 3, o recorrente insurge-se quanto a manutenção dos itens 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.

Todavia, tais produtos são salgados industrializados, sujeitos à substituição tributária, conforme item 38 do Anexo 1 do RICMS/12.

Deste modo, entendo pela manutenção parcial da infração 03.

Quanto ao remanescente da infração 04, a recorrente aduz que o valor indicado no acórdão recorrido como sendo o “Valor ICMS Original: R\$ 32.741,52” não condiz com o indicado no Auto de Infração: “Valor Histórico: R\$ 26.815,87”, fato que geraria insubsistência no valor indicado como devido no acórdão recorrido.

O que não observou a recorrente foi que os valores apresentados pelo julgador de primeiro grau como sendo “Valor ICMS Original” diz respeito aos valores devidos encontrados na auditoria, conforme demonstrativo analítico apresentado pela autuação junto à fl. 35. Assim, agiu acertadamente o julgador de piso, que ao refazer os cálculos em conformidade com as alterações apresentadas no Recurso de Ofício, considerou os valores originais, conforme explicado.

Deste modo, não há que se falar em insubsistência no valor indicado, eis que os mesmos encontram-se corretos.

A infração 05 versa sobre “crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, aproveitando-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.”.

Em que pese a recorrente tenha abordado que a denúncia fiscal parte da presunção de que a apuração dos créditos decorrente da aquisição de imobilizado foi além do previsto na legislação (1/48), a autuação demonstrou que não houve presunção, afirmando que a empresa, no exercício de 2012, lançou em sua Apuração do ICMS valores referentes “CRÉDITO ICMS ATIVO IMOBILIZADO – CIAP” em valores superiores ao lançado pela própria empresa no registro do próprio CIAP (Registro G110 da EFD).

Ademais, em consulta aos registros da EFD anexados ao Auto de Infração, restou comprovado pelo julgador de piso a utilizado crédito a maior do que o devido.

Mantida integralmente a infração 05.

No pertinente a infração 06, a qual imputa ao contribuinte a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado, tendo a empresa lançado créditos extemporâneos de FRETE, no exercício de 2012, sem comprovação da origem, aproveito o ensejo para repisar as afirmações do acórdão da Junta, por explicar detalhadamente as razões de manutenção da infração, com a qual coaduno meu posicionamento:

*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.*

Em relação a pretensão do contribuinte de aplicar a decisão mais favorável ao contribuinte (art. 112 do CTN), o mesmo não tem aplicabilidade no caso em comento, uma vez que inexistem dúvidas em relação a matéria.

Sobre cancelamento ou redução da multa imposta, tendo em vista que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal (art. 158, do RPAF/BA), deixo de apreciá-la.

Deste modo, por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

#### **VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário – Infração 1)**

Venho divergir da eminente Conselheira apenas no que diz respeito ao acolhimento das pretensões recursais quanto ao composto lácteo. Este Conselho já vem se debruçando de longa data sobre esta discussão, e ficou consolidado o entendimento quanto à verdadeira caracterização deste alimento.

A alteração legislativa não significa o reconhecimento de que se trata de leite, mesmo porque a redução de base de cálculo pode atingir qualquer alimento que o estado entenda que mereça diminuição de carga tributária, independente de ser leite ou não, mesmo porque para efeitos nutricionais são alimentos equivalentes, e se o composto lácteo não tem carga reduzida, a população a quem é dirigida a redução da carga, pode se valer do consumo do leite.

Que se o rótulo declara e adverte, que um determinado produto é diverso de Leite em Pó, e o benefício da Redução da Base de Cálculo é dirigido especificamente ao Leite em Pó, logo, não há que se falar em extensão do benefício a produto diverso.

Que é inequívoco que o ato do ente tributante, estendendo o benefício da Redução da Base de Cálculo aos Compostos Lácteos em Pó, é favorável aos contribuintes, todavia, há de ser obrigatoriamente respeitado o aspecto temporal do Decreto, quanto a sua vigência a partir de 01/08/2013, pelo princípio da legalidade estrita do Direito Tributário.

Não existe retroatividade benéfica quanto à obrigação principal, mas tão somente quanto à aplicação de penalidades. O Código Tributário Nacional, por seu turno, em seu art. 144, esclarece que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. Infração 1 Procedente em Parte. Mantida a Decisão recorrida.

Face ao exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269352.0053/16-7**, lavrado contra **WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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, incisos II, alíneas “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 inciso II, “d”, do referido artigo e Lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário – Infração 1) – Conselheiros: Ildemar José Landin, Fernando Antonio Brito de Araújo e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Recurso Voluntário) – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Elde Santos Oliveira e José Rosenvaldo Evangelista Rios.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA/VOTO VENCIDO  
(Recurso Voluntário – Infração 1)

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - VOTO VENCEDOR  
(Recurso Voluntário – Infração 1)

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. PGE/PROFIS