

A. I. N° - 298958.0020/17-7
AUTUADO - SUPERMERCADO RIO BRANCO LTDA.
AUTUANTES - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19.11.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0172-05/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM A ISENÇÃO DO IMPOSTO. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Itens reconhecidos. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Item reconhecido. **b)** DESENCONTRO ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO. **c)** APLICADA ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Considerações de defesa elidem estes itens da autuação. Itens insubsistentes. **d)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **d.1)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. **d.2)** MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Itens reconhecidos 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIA DESTINADA AO ATIVO FIXO. Considerações de defesa não elidem este item da autuação. Infração subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2017, exige o valor de R\$156.823,58, inerente aos anos de 2012 e 2013, conforme demonstrativo e documentos às fls. 16 a 108 dos autos, e CD/Mídia de fl. 109, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 INFRAÇÃO 1 - 01.02.03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto nos meses de janeiro a outubro, dezembro de 2012 e abril de 2013, conforme demonstrativo de fls. 16/17, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109. Lançado ICMS no valor de R\$206,86, com enquadramento no art. 29, § 2º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inc. I, alínea “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- 2 INFRAÇÃO 2 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária nos meses de janeiro a dezembro dos anos de 2012 e de 2013, conforme demonstrativo de fls. 18/68, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109. Lançado ICMS no valor de R\$7.921,17, com enquadramento no art. 9º, e art. 29. § 4º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- 3 INFRAÇÃO 3 - 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro dos anos de 2012 e 2013, conforme demonstrativo de fls. 30/67, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109. Lançado ICMS no valor de R\$32.792,66, com enquadramento no art. 2º

- inciso I; e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- 4 INFRAÇÃO 4 - 03.01.01: Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto nos meses de abril e dezembro de 2012, conforme demonstrativo de fl. 68, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109. Lançado ICMS no valor de R\$1.133,65, com enquadramento no art. 24 a 26 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.
- 5 INFRAÇÃO 5 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de Janeiro dezembro dos anos de 2012 e 2013, conforme demonstrativo de fls. 69/84, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109. Lançado ICMS no valor de R\$39.398,99, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96, e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- 6 INFRAÇÃO 6 - 06.01.01 Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento relativo aos meses de julho, setembro de 2012; e julho, agosto e setembro de 2013, conforme demonstrativo de fls. 85/89, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109. Lançado ICMS no valor de R\$66.355,42, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c artigo 305, § 4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.
- 7 INFRAÇÃO 7 - 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 no mês de fevereiro de 2012; e julho, agosto e setembro de 2013, conforme demonstrativo de fls. 85/89, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 109. Lançado ICMS no valor de R\$74,05, com enquadramento no art. 371; art. 125, inc. II, alínea “b”, c/c artigo 61, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, mais multas de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.
- 8 INFRAÇÃO 08 – 16.01.01 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro a novembro de 2012; e janeiro a dezembro de 2013, conforme demonstrativos acostados às fls. 91/93 dos autos, e CD/Mídia de fl. 109. Lançada multa no valor de R\$1.784,37, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.
- 9 INFRAÇÃO 01 – 16.01.02 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro a dezembro de 2012; e janeiro a dezembro de 2013, conforme demonstrativos acostados às fls. 94/108 dos autos, e CD/Mídia de fl. 109. Lançada Multa no valor de R\$7.156,42, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Às fls. 115 a 124 dos autos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Da Infração 01: Diz verificar que procede a alegação do pleito, logo, não apela pela correção.

Da Infração 02: Diz tratar-se, na sua grande maioria de aquisições de iogurte e que em alguns casos também eram denominados de DANONE, porém todos continham o mesmo enquadramento de NCM (04031000). Portanto, aduz que estes produtos estavam enquadrados no regime de substituição tributária, fato esse que levou ao digníssimo autuante a glosar o crédito.

Descreve que todas as saídas desse item foram tributadas normalmente com a alíquota interna, gerando portanto, um pagamento indevido sobre tais operações, o que para chegar a almejada justiça fiscal diz que terá que ser reconhecida e abatida do valor reclamado como prejuízo para o erário estadual, o valor indevidamente debitado.

Diante disto, apela que na fase da informação fiscal o auditor designado para tal feito, reconheça este débito destacado nas notas e cupons fiscais de venda, abatendo tal montante do valor histórico devido ao representante fazendário.

Da Infração 03: Diz que no que concerne ao mérito das saídas tributáveis como não tributáveis, concordam com o autor, porém diz constatar que no momento da entrada das mercadorias no estabelecimento não exerceu o direito de apropriar do crédito de ICMS contido nos documentos fiscais de aquisição.

Situação pela qual, diz que se torna imperioso o reconhecimento desse direito, fato em que apela que na fase da informação fiscal o auditor designado para tal feito reconheça este crédito destacado nas notas fiscais abatendo sobre o valor reclamado, pois este é o princípio fundamental do regime da não cumulatividade sobre ICMS.

Infração 04: Diz que é totalmente descabida a pretensão fiscal, haja visto que os valores reclamados foram recolhidos em sua totalidade, conforme assim destaca:

a) O débito no valor de R\$35,57 relativo à competência 04/2012, foi recolhido com seus acréscimos legais em 25/05/2012, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, ora anexado a este. (Doc. 01)

b) O débito no valor de R\$1.098,08 relativo à competência 12/2012, foi recolhido com seus acréscimos legais em 13/02/2013, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, ora anexado a este. (Doc. 02)

Infração 05: Quanto a esta infração diz existirem dois itens relacionados como se houvesse erro na aplicação da alíquota cabível, porém, verifica-se que este fato não ocorreu, conforme a seguir destaca:

- a) *Leite em pó*: Observa que a legislação reduziu a base de cálculo para as operações internas com Leite em pó, ela não faz ressalva, logo, não há balizamento legal quanto a exclusão de leite em pó, senão vejamos como RICMS, em seu artigo 87, inciso XXI, versa sobre a matéria:

“Art.87

XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).”

Diz que este dispositivo legal prevaleceu até março de 2012, quando entrou em vigência o novo RICMS, através do Decreto 13.780/12, que assim tratou a matéria:

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

.....

*XXV- das operações internas com leite em pó, de forma que carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento). **redação esta com efeitos até 31/07/013.*

Sendo alterada a redação deste inciso, com efeito até 31/12/2013, para a seguinte:

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

Neste contexto, diz que, no período auditado, foram estes os dispositivos legais que normatizavam as operações internas com leite em pó, não deixando explicitado que a carga tributária era de 7% (sete por cento). Observa que inexplicavelmente o nobre fiscal não acatou.

Diz que (não) utilizou alíquota diversa prevista na legislação e sim reduziu a base de cálculo conforme previsão legal.

- b) *Margarinas*: Destaca que o mesmo ocorreu quanto a este item. Diz que o fiscal excluiu alguns tipos de margarina e a legislação não impõe esta exclusão, logo, estes itens são indiscutivelmente beneficiados com a alíquota de 7%.

Destaca, também, que foram excluídos os itens denominados erroneamente de “*Creme Vegetal*”, quando na verdade se tratam de “*margarinas*”, esta situação foi provocada por erro no cadastro do sistema, pois, ao verificar as notas de aquisições, constatou que a sua denominação assim como também o seu enquadramento no NCM, os enquadram de “*margarinas*”, fato este confirmado como compara o seu NCM descrito nas notas de aquisições, o que para melhor elucidação descreve o capítulo do item na tabela do NCM:

1517.10.00 - Gorduras e óleos animais ou vegetais; produtos da sua dissociação; gorduras alimentares elaboradas; ceras de origem animal ou vegetal - Margarina; misturas ou preparações alimentícias de gorduras ou de óleos animais ou vegetais ou de frações das diferentes

III - Gorduras e óleos animais ou vegetais; produtos da sua dissoc...

15 - Gorduras e óleos animais ou vegetais; produtos da sua dissoc...

1517 - Margarina; misturas ou preparações alimentícias de gorduras ...

1517.10.00 - Margarina, exceto a margarina líquida

Portanto, diz que não há o que discutir, pois o simples fato de algumas indústrias denomina-las como creme vegetal e outras de margarinas, porém, são exatamente os mesmos produtos e classificados na mesma classe, grupo e subgrupo da Nomenclatura Comum do Mercosul.

Senhores, não há o que discutir, todos os produtos classificados com o NCM 1517.10.00 tratam-se inequivocamente de “*margarinas*”, ainda que alguns denominem diferente, já o “*Creme Vegetal*” verdadeiramente dito, são aqueles com o NCM **1517.90.90 – Outras**.

Neste mesmo diapasão, diz que cita o princípio empregado para apuração do IPI e nas contribuições do PIS/COFINS, que pelo instituto da analogia, pois já que o regulamento do ICMS é silencioso nesta conceituação, aduz parecer bastante aconselhável que se aplique tal procedimento, que para melhor ilustrar reproduz a consulta abaixo:

“Tabela TIPI

Capítulo 15

Posição: 1517 – Margarina; misturas ou preparações alimentícias de gorduras ou de óleos animais ou vegetais ou de frações das diferentes gorduras ou óleos do presente Capítulo, exceto as gorduras e óleos alimentícios e respectivas frações da posição 15.16.

1517.10.00 – Margarina, exceto a margarina líquida

NESH

Os principais produtos incluídos nesta posição são:

A) A **margarina** (exceto a margarina líquida), que é uma massa plástica geralmente amarelada, obtida a partir de gorduras ou óleos de origem vegetal ou animal ou de suas misturas. É uma emulsão do tipo água-em-óleo tendo geralmente recebido uma preparação de modo a fazê-la assemelhar-se à manteiga pelo aspecto, consistência, cor, etc.

Creme Vegetal: NCM/SH 1517.90.90.

“Produto em forma de emulsão plástica ou fluida, constituído principalmente de água e óleo vegetal e ou gordura vegetal, podendo ser adicionado de outro(s) ingrediente(s). Livre de gordura animal, composto basicamente de gorduras vegetais, chegando a praticamente 70%”. Resolução RDC nº 270, de 22 de setembro de 2005 – (Anvisa).

Tabela TIPI

Capítulo 15

Posição: 1517 – Margarina; misturas ou preparações alimentícias de gorduras ou de óleos animais ou vegetais ou de frações das diferentes gorduras ou óleos do presente Capítulo, exceto as gorduras e óleos alimentícios e respectivas frações da posição 15.16.

1517.90

1517.90.90 – Outras

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 72 de 19 de Agosto de 2011

ASSUNTO: Classificação de Mercadorias

EMENTA: Código TIPI: 1517.90.90 Mercadoria: Creme vegetal com soja – preparação alimentícia composta por 72,49% de água; 20% de gordura vegetal hidrogenada; 2,4% de proteína isolada de soja; 1,2% de aditivos alimentares classificados como emulsificantes, espessantes, estabilizantes, gelificantes e antiespumantes; maltodextrina; amido modificado; sal; aromatizante e corante urucum.”

Face aos fatos, diz que procedeu a elaboração do ANEXO 01 (peça integrante deste contraditório às fls. 125/129), com o real pleito reclamado que, por conseguinte foram excluídos os itens amparados pela redução da base de cálculo, assim como os produtos classificados no NCM 15171000 - MARGARINA e LEITE EM PÓ – NCM - 0402.21.20 e 0402.29.10, chegando portanto, ao verdadeiro valor da infração 05 do auto em lide, que depois de sua revisão assim ficou constituída:

Valor histórico reclamado infração 5	R\$ 39.398,99
(-) Exclusão Leite em pó – NCM- 0402.21.20 e 0402.29.10	R\$ 14.645,89
(-) Exclusão Margarinas NCM- 1517.10.00	R\$ 9.125,01
Valor histórico devido	R\$ 15.628,09

Infração 06 Diz que é totalmente descabida a pretensão fiscal, haja visto que os valores reclamados foram recolhidos em sua totalidade, conforme a seguir:

a) O débito no valor de R\$8.800,00 relativo a competência 07/2012, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$43.200,16 em 09/08/2012, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, ora anexado a este. (Doc. 03);

b) O débito no valor de R\$4.650,00 relativo a competência 09/2012, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$56.873,43 em 09/10/2012, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, ora anexado a este. (Doc. 04);

c) O débito no valor de R\$4.315,06 relativo a competência 07/2013, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$85.112,78 em 09/08/2013, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, ora anexado a este. (Doc. 05);

d) O débito no valor de R\$47.827,38 relativo a competência 08/2013, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$77.788,15 em 09/09/2013, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, ora anexado a este. (Doc. 06);

e) O débito no valor de R\$762,98 relativo a competência 09/2013, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$75.289,94 em 09/10/2013, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, ora anexado a este. (Doc. 07).

Infração 07: Quanto à pretensão da infração tipificada neste item, que possui o valor histórico de R\$784,05, diz que concorda com sua procedência, logo, não apela pela correção ou contestação.

Infrações 08 e 09: Diz contar que os valores reclamados nestes itens, tratam-se de mercadorias destinadas ao uso ou consumo, sendo todas lançadas diretamente na contabilidade, com o assentamento das operações registradas no livro Diário e no Razão, que mais uma vez apela que na fase de informação fiscal constate tal afirmativa, caracterizando que não houve dolo ou fraude por fato, logo, apela para seja reduzida ou dispensada em sua totalidade a omissão dos lançamentos no SPED Fiscal.

Em conclusão, diz que, por tudo quanto aqui foi exposto, consubstanciado nos elementos fáticos e jurídicos ora apresentados, vem a este Egrégio Conselho Estadual de Fazenda, suplicar o pedido de procedência parcial da infração tipificada nos itens 02, 03 e 04; e a improcedência da infração tipificada nos itens 05 e 06 do auto em lide, face aos elementos comprobatórios ora suscitados, e, principalmente, por ser Justo.

Requer, por fim, o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive laudos periciais expedidos por perícia técnica designada por este órgão, revisões fiscais, documentos ou testemunhas, na melhor forma da lei.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 145/157 dos autos, com relação às infrações lançadas no Auto de Infração em tela, passa a contra arrazoar ponto a ponto as alegações da defesa, que a seguir destaco:

INFRAÇÃO 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Diz que a autuada, em sua peça impugnatória, reconhece como procedente esta Infração. Assim sendo, diz que mantém integralmente a Autuação em tela.

INFRAÇÃO 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Diz que para esta infração, alega a Autuada tratar-se na sua grande maioria de aquisições de iogurte, também denominado DANONE, sendo estes enquadrados com NCM (04031000), e que foi dado saída de tais produtos com tributação normal pela alíquota interna, o que gerou um pagamento indevido sobre tais operações.

Observa que em sua peça defensiva, a autuada reconhece como indevida a utilização dos créditos fiscais, uma vez que o produto IOGURTE está enquadrado no regime de substituição tributária (NCM 04031000).

Informa que, tendo a autuada tributado e recolhido o ICMS correspondente às mencionadas mercadorias, esta pode, a qualquer momento, enquanto não extinto o prazo decadencial, requerer o ressarcimento do valor pago indevidamente. Salienta que a planilha de crédito fiscal indevido não é composta apenas por este produto.

Destaca que, como a autuada não apresentou em sua peça impugnatória, nenhum fato que ilida a ação fiscal, reafirma a manutenção desta Infração em sua totalidade.

INFRAÇÃO 03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Diz que a autuada alega que, quando da entrada de tais produtos no estabelecimento, esta não exerceu o direito de utilização dos créditos contidos nos documentos fiscais de aquisição. Mais adiante, diz que refuta e anexa a este PAF, planilhas elaboradas a partir do registro de entrada de mercadorias (amostragem) que comprovam a apropriação dos créditos fiscais.

Neste contexto, é inoquua a alegação da autuada, pois trata-se de mercadorias que são efetivamente tributáveis pela legislação do ICMS, e que não poderiam sair sem tributação, pelo simples fato desta não ter utilizado o crédito quando da entrada destas mercadorias no estabelecimento, uma vez que, enquanto não extinto o prazo decadencial, esta pode requerer a utilização extemporânea destes créditos fiscais.

173281	'0'	15.931.256/0015-95	BA	'17049020'	AMENDOIM DORI COLORIDO 0714	30	UN	1152	27,30	27,30	0,91	27,30	17	4,64	11
174166	'0'	15.931.256/0015-95	BA	'17049020'	AMENDOIM DORI COLORIDO 0714	30	UN	1152	27,30	27,30	0,91	27,30	17	4,64	11
3426	'2912021593125600019055004000034261000044524'	15.931.256/0001-90	BA	'20081100'	AMENDOIM GRAPIUNA DEBULHADO 0126	1	UN	1202	3,85	3,85	3,85	3,85	17	0,65	2
152437	'0'	15.931.256/0015-95	BA	'20081100'	AMENDOIM GRAPIUNA DEBULHADO 0126	20	UN	1152	54,00	54,00	2,70	54,00	17	9,18	1
168707	'0'	15.931.256/0015-95	BA	'12345678'	AMENDOIM RICO DOCE 5930	30	UN	1152	73,80	73,80	2,46	73,80	17	12,54	8
171582	'0'	15.931.256/0015-95	BA	'12345678'	AMENDOIM RICO DOCE 5930	120	UN	1152	320,40	320,40	2,67	320,40	17	54,46	10

Assim sendo, diz manter a cobrança desta Infração em seu montante integral.

INFRAÇÃO 04) Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Destaca que, após constatação de que o ICMS foi efetivamente recolhido, conforme demonstrativos às fls. 130 e 131, reconhece como procedentes as alegações da Autuada e opina pela IMPROCEDÊNCIA desta Infração.

INFRAÇÃO 05) Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Em sua peça defensiva, a Autuada chama os produtos objeto da ação fiscal e relacionados nas planilhas às fls. 43 a 58 de

“Leite em pó” e “Margarinas”, como se estes efetivamente fossem leite em pó e margarina, quando em verdade trata-se de COMPOSTO LÁCTEO e CREME VEGETAL.

Com relação às mercadorias “leite em pó” e “margarina”, ressalte-se de plano que não são objeto de autuação. Em verdade, a infração aponta justamente o equívoco da Autuada em considerar como sendo leite em pó o que na verdade é “composto lácteo”; e “margarina”, que na verdade é “creme vegetal”, e, portanto, sem direito ao benefício da redução da base de cálculo relativo exclusivamente ao primeiro.

Diz que a autuada, desta forma, estendeu indevidamente o benefício fiscal aludido, nas saídas do produto “*composto lácteo*”, sem o permissivo legal autorizado, que proporcionou a conseqüente diminuição do “*quantum debeatur*”.

Assim, diz que LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS, LEITE EM PÓ NINHO +1, LEITE EM PÓ NINHO 3+, LEITE EM PÓ NINHO 6+, LEITE EM PÓ MOLICO ACTICOL, LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS e LEITE EM PÓ CRESCIMENTO PREBIO são compostos lácteos, e não leite em pó, como denominados pelo contribuinte. Tal fato comprova-se pela simples análise dos rótulos destes produtos, onde consta claramente a indicação que os mesmos não são leite em pó, servindo de alerta aos consumidores, conforme prescrição contida na Instrução Normativa n. 28/07.

Observa, que tal instrumento normativo, expedido pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA – assim classifica os retro citados produtos, obrigando os fabricantes a grafarem nas suas embalagens a frase “COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ” ou “ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ”, no item 9.3 (IN-28/07).

Observa que, no ordenamento jurídico pátrio, as normas complementares, como foi a citada Instrução Normativa, têm validade concedida pela norma hierárquica superior, no particular, pela Lei 1.283, de 18 de dezembro de 1950 – Código Tributário Nacional. Diz que, como é de conhecimento geral, as leis são criadas para atender a um propósito da sociedade, logo, este no particular, seria o de regular a produção e comercialização dos produtos lácteos, de forma a atender aos interesses e necessidades regulatórias para assegurar o bem estar da população.

Diz que, o legislador infraconstitucional baiano, harmonizado com a Constituição Federal, particularmente quanto ao disposto no seu art. 155, que respeita ao princípio da seletividade, concedeu tratamento tributário diferenciado objetivamente ao LEITE EM PÓ, com o fito de desonerar parcialmente do ICMS o produto e proporcionar o acesso universal de todas as classes sociais às fontes protéicas e nutricionais do LEITE EM PÓ puro.

Aduz que, essa foi a vontade do legislador, até mesmo, porque à época da edição do diploma legal, Inciso XXI, do Art. 87, do Decreto 6.284/97, ainda não existia a figura do “*Composto Lácteo*” que não pode ser contemplado com o status de LEITE EM PÓ segundo o MAPA, pela simples razão de que Leite, não é. Logo, se o “*composto lácteo*” não é Leite em Pó, não pode gozar do benefício da redução da base de cálculo prevista para este.

Diz que corrobora o disposto acima o recente julgamento de Auto de Infração proferido pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do ACÓRDÃO JJF Nº 0268-02/12, que destaca a ementa. Acrescenta que esta decisão foi ratificada em segunda Instância administrativa pela 3ª Câmara de Julgamento Fiscal – CJF, cuja ementa diz transcrever.

Diz verificar, desta forma, não restar dúvida quanto à exigibilidade do imposto na situação descrita no âmbito da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Em resumo, afirma ser pela manutenção total do imposto lançado referente à Infração 04, de forma que: quanto às saídas de “*leite em pó*” (na verdade “*composto lácteo*”) e “*margarina*” (*creme vegetal*), não merece guarida as alegações da Autuada em sua defesa, devendo ser mantida integralmente a autuação.

INFRAÇÃO 06) Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Afirma que a Autuada alega ser totalmente descabida a pretensão fiscal, haja vista, que os valores reclamados foram recolhidos em sua

totalidade. Para tanto anexa a este PAF às fls. 132 a 136 comprovantes de recolhimento do ICMS REGIME NORMAL – COMÉRCIO, receita 0759.

Observa que, ao analisar os valores registrados na EFD, campo da Apuração do ICMS, constatou não serem verídicas tais afirmações, uma vez que tais receitas referem-se ao total do ICMS apurado referente ao respectivo mês, e não ao informado referente ao diferencial de alíquota de mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, conforme a seguir destacado:

- a) *O valor apurado pela Autuada para o mês de julho de 2012 foi de R\$8.800,00 e o informado na EFD foi de R\$80,00, tendo sido apurado um débito tributário de R\$8.800,00;*
- b) *Para o mês de setembro de 2012 o valor apurado pela Autuada e escriturado na EFD foi de R\$16.062,40, enquanto que o débito escriturado no campo outros débitos foi de R\$11.412,40, tendo sido apurada uma diferença de R\$4.650,00;*
- c) *O mês de julho de 2013 o montante escriturado a título de diferencial de alíquota de mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento foi de R\$48.626,46, e o débito declarado na EFD foi da ordem de R\$44.311,40, gerando uma diferença de R\$4.315,06;*
- d) *Para o mês de agosto de 2013 o diferencial de alíquota apurado foi de R\$79.963,59, enquanto que o valor informado no campo outros débitos referente ao diferencial de alíquota foi de R\$32.136,20, gerando uma diferença de R\$47.827,38;*
- e) *Em setembro de 2013 o montante do diferencial de alíquota apurado foi de R\$43.154,96, enquanto que o valor informado no campo outros débitos referente ao diferencial de alíquota foi de R\$42.391,98, e uma diferença de R\$762,98.*

Para comprovar o aqui exposto, diz anexar a este PAF demonstrativos dos valores registrados pela Autuada a título de diferencial de alíquota no campo outros débitos da EFD, referentes aos exercícios de 2012 e 2013.

Assim sendo, mantemos a autuação em seu montante integral.

INFRAÇÃO 07) 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.

Para esta infração, diz que a autuada não se manifestou. Mantém a autuação em seu montante integral.

INFRAÇÃO 08) Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Diz que a autuada não se manifestou para esta infração. Mantém pois a autuação em seu montante integral.

INFRAÇÃO 09) Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

Diz que, também, para esta infração, a autuada não se manifestou. Mantém pois a autuação em seu montante integral.

DA CONCLUSÃO: Diante do acatamento parcial das alegações da autuada, diz ter efetuado os expurgos pertinentes constantes no PAF ora em lide, referente a Infração 04. Assim, diz que reclama em favor da Fazenda Pública Estadual um crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$156.689,93.

Diante das controvérsias, ainda, existentes entre as partes, autuante e autuado, porquanto os termos do Auto de Infração, em lide, lavrado em 28/06/2017, que exige crédito tributário no valor de R\$156.823,58, conforme demonstrativos acostados às fls. 15/108 dos autos, e CD/Mídia de fl. 109, em especial, decorrente das considerações produzidas, pelo autuante, em sede de Informação Fiscal às fls. 145/157, relativamente às Infrações 5 e 6.

Objetivando a busca da verdade material, com fulcro no § 1º, do art. 18, c/c no § 7º, do art. 127, do RPAF, a 5ª JF, em pauta suplementar do dia 31/01/2018 decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que sejam adotadas as seguintes providências:

- **1ª Providência:** encaminhar o presente PAF ao órgão competente da INFAZ, que deve cientificar o autuado, mediante Termo de Intimação, do resultado da Informação Fiscal, de fls. 145/157, com entrega dos documentos acostados aos autos, indicando 10 (dez) dias para se manifestar, querendo, em especial ao que foi posto de informação relativamente às Infrações 5 e 6.
- **2ª Providência:** havendo manifestação do autuado, produzir nova informação fiscal, conforme depreende os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, quantos aos fatos aduzidos pelo defendente.

Após as providências solicitadas, os autos deverão ser devolvidos ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

Às fls. 168 e 172 do PAF, consta cópia de expediente extraído do Sistema DTE (Domicílio Tributário Eletrônico) demonstrando a cientificação da Informação Fiscal de fls. 145/157 ao sujeito passivo, o qual se manteve silente.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$147.882,80, relativo a sete irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$8.940,79, relativo a duas irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o montante de R\$156.823,58, sendo impugnadas as infrações 4, 5 e 6. As infrações 1, 2, 3, 7, 8 e 9, não foram impugnadas pelo defendente, inclusive com manifestação, em relação às infrações 1 e 7, de que não apela pela correção ou contestação; quanto às infrações 2 e 3, pede para compensar créditos destacados nos documentos fiscais, e as infrações 8 e 9, também não nega, porém, pede redução da multa aplicada por não ter existido dolo ou simulação pelo fato cometido. De pronto, as infrações 1, 2, 3, 7, 8 e 9 são consideradas procedentes, não fazendo parte da lide, em que pese manifestarei adiante sobre os pedidos de compensação e redução da multa aplicada. Assim, a contenda se restringe apenas às infrações 4, 5 e 6, as quais foram totalmente impugnadas.

A infração 2, diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no montante de R\$7.921,17, referente a aquisições de mercadoria com pagamento de imposto por substituição tributária nos meses de janeiro a dezembro dos anos de 2012 e de 2013, conforme demonstrativo de fls. 18/68, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109.

Em sede de defesa, o sujeito passivo não nega o cometimento da infração 2, entretanto, alega que todas as saídas (*IOGURTE NCM-04031000*) desse item da autuação, foram tributadas normalmente com a alíquota interna, gerando portanto, um pagamento indevido sobre tais operações, o que para chegar à almejada justiça fiscal, diz que terá que ser reconhecida e abatida do valor reclamado como prejuízo para o erário estadual, o valor indevidamente debitado.

Na informação fiscal, o autuante destaca que a autuada reconhece como indevida a utilização dos

créditos fiscais, uma vez que o produto *IOGURTE* está enquadrado no regime de substituição tributária (NCM 04031000). Entretanto, observa que, tendo o autuado tributado e recolhido o ICMS correspondente às mencionadas mercadorias, a qualquer momento, enquanto não extinto o prazo decadencial, pode requerer o ressarcimento do valor pago indevidamente.

Já a infração 3, relaciona a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$32.792,66, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro dos anos de 2012 e 2013, conforme demonstrativo de fls. 30/67, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109.

Na defesa, o sujeito passivo afirma que no que concerne ao mérito das saídas tributáveis como não tributáveis, concordam com os termos da autuação, porém, diz constatar que no momento da entrada das mercadorias no estabelecimento, não exerceu o direito de apropriar o crédito de ICMS contido nos documentos fiscais de aquisição.

Situação pela qual, diz que se torna imperioso o reconhecimento desse direito, fato em que apela que na fase da informação fiscal, o auditor designado reconheça o crédito destacado nas notas fiscais, abatendo sobre o valor reclamado, pois este é o princípio fundamental do regime da não cumulatividade sobre ICMS.

O autuante diz que é inoquua a alegação da autuada, pois se trata de mercadorias que são efetivamente tributáveis pela legislação do ICMS, e que não poderiam sair sem tributação, pelo simples fato desta não ter utilizado o crédito quando da entrada das mercadorias no seu estabelecimento, uma vez que, enquanto não extinto o prazo decadencial, esta pode requerer a utilização extemporânea destes créditos fiscais.

Isto posto, como destacado no início deste voto, tanto a infração 2, quanto a infração 3, por não haver lide, em razão do reconhecimento pelo sujeito passivo, manifesto pela subsistência desses dois itens da autuação.

Por outro lado, quanto aos pedidos de compensação dos créditos constituídos, relativamente às duas infrações, não vejo qualquer orientação na legislação que autorize tal compensação no estágio em que se encontra o presente processo, o que coaduna com o entendimento do autuante de que, observando o aspecto decadencial do crédito tributário, poderá o defendente requerer, junto à unidade Fazendária de sua circunscrição, a solicitação do indébito fiscal nos termos da orientação posta no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, e suas alterações, mais especificamente o art. 74, onde expressa que a restituição de tributo recolhido de forma indevida, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, do mesmo diploma legal.

Quanto à infração 8, bem assim a infração 9, dizem respeito à cobrança ao sujeito passivo de multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrente de ter dado entrada de mercadorias no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sejam sujeitas à tributação, ou não sujeitas à tributação, ou com a fase de tributação encerrada, respectivamente.

Como tal, o sujeito passivo não nega o cometimento das infrações, porém, porquanto tais operações terem sido registradas na sua contabilidade (livros Diário e Razão), apela que na fase de informação fiscal se constate tal afirmativa, caracterizando que não há dolo ou fraude por tais fatos, para em seguida requerer que seja reduzida ou dispensada em sua totalidade as multas aplicadas pela omissão dos lançamentos no SPED Fiscal.

De fato, respaldado no § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Ocorre, entretanto, que a defendente disse que as operações teriam sido registradas na sua contabilidade, porém, não acostou aos autos qualquer documento que demonstre tais registros, o que deveria ter feito em sede de defesa, como assim estabelece o artigo 147, inc. I, “b” do

RPAF/BA. Em sendo assim, não vendo nada que desabone as autuações, em que a fiscalização agiu nos termos da legislação, refuto o pedido de redução das multas aplicadas. Infrações 8 e 9 subsistentes.

A infração 4 relaciona-se ao recolhimento a menor de ICMS no montante de R\$1.133,65, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto nos meses de abril e dezembro de 2012, conforme demonstrativo de fls. 68, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 109, com enquadramento no art. 24 a 26 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa aplicada de 60%, na forma do art. 42, inc. VII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo alega que é totalmente descabida a pretensão fiscal, haja vista que os valores reclamados foram recolhidos em sua totalidade, conforme assim destaca: *“o débito no valor de R\$35,57 relativo a competência 04/2012, foi recolhido com seus acréscimos legais em 25/05/2012; o débito no valor de R\$1.098,08 relativo a competência 12/2012, foi recolhido com seus acréscimos legais em 13/02/2013”*

Ao traçar suas considerações na informação fiscal, o autuante diz ter constatado que o ICMS lançado na infração 4 foi efetivamente recolhido, conforme demonstrativos às fls. 130/131, reconhecendo como procedentes as alegações da defendente, e opina pela improcedência da Infração. Logo, não vendo nada que desabone a informação fiscal, entendo restar insubsistente a infração 4.

A infração 5 diz respeito a recolhimento a menor de ICMS no valor de R\$39.398,99, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro dos anos de 2012 e 2013, conforme demonstrativo de fls. 69/84, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96, e multa aplicada de 60%, na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Na defesa, o sujeito passivo diz existir dois itens de produtos – *“leite em pó”* e *“margarina”* relacionados ao objeto da autuação, como houvesse erro na aplicação da alíquota cabível, à época dos fatos geradores, porém, diz verificar que este fato não ocorreu, conforme a seguir destaca em relação a cada um dos produtos:

“Leite em pó: Observa que a legislação reduziu a base de cálculo para as operações internas com Leite em pó, ela não faz ressalva, logo, não há balizamento legal quanto à exclusão de leite em pó, senão vejamos como o RICMS, em seu artigo 87, inciso XXI, versa sobre a matéria”

“Margarinas: Destaca que o mesmo ocorreu quanto a este item. Diz que o fiscal excluiu alguns tipos de margarina e a legislação não impõe esta exclusão, logo, estes itens são indiscutivelmente beneficiados com a alíquota de 7%.”

Neste contexto, diz o defendente que não utilizou alíquota diversa da prevista na legislação e sim reduziu a base de cálculo conforme previsão legal, que destaca em sede de defesa.

O autuante, em sede de informação fiscal, diz que a defendente denomina os produtos objeto da ação fiscal, e relacionados nas planilhas às fls. 43/58 de *“Leite em pó”* e *“Margarinas”*, como se estes efetivamente fossem leite em pó e margarina, quando em verdade trata-se de *“composto lácteo”* e *“creme vegetal”*.

Com relação às mercadorias *“leite em pó”* e *“margarina”*, ressalta que não são objeto de autuação. Diz que, em verdade, a infração aponta justamente o equívoco da autuada em considerar como sendo leite em pó o que na verdade é *“composto lácteo”*; e *“margarina”*, que na verdade é *“creme vegetal”*, e, portanto, sem direito ao benefício da redução da base de cálculo relativo exclusivamente ao primeiro.

Diz que a autuada, desta forma, estendeu indevidamente o benefício fiscal aludido, nas saídas do

produto “*composto lácteo*”, sem o permissivo legal autorizado, que proporcionou a conseqüente diminuição do “*quantum debeatur*”.

Assim, diz que *LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS*, *LEITE EM PÓ NINHO +*, *LEITE EM PÓ NINHO 3+*, *LEITE EM PÓ NINHO 6+*, *LEITE EM PÓ MOLICO ACTICOL*, *LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS* e *LEITE EM PÓ CRESCIMENTO PREBIO* são “compostos lácteos”, e não “leite em pó”, como denominados pelo defendente, conforme prescrição contida na Instrução Normativa nº 28/07, emitida pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (D.O.U. 14/06/2007)

Observa, que tal instrumento normativo, expedido pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA – assim classifica os retro citados produtos, obrigando os fabricantes a grafarem nas suas embalagens a frase “*COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ*” ou “*ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ*”, na forma descrita no item 9.3 (IN-28/07).

Mais adiante, diz que o legislador infraconstitucional baiano, harmonizado com a Constituição Federal (art. 155), concedeu tratamento tributário diferenciado objetivamente ao “leite em pó”, como está posto no inc. XXI, do Art. 87 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, vigente à época dos fatos. Destaca também que à época, não existia a figura do “*composto lácteo*”.

Nesse contexto, diz que o “composto lácteo” não pode ser contemplado com o status de “*leite em pó*”, segundo o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA (item 9.3 da IN-28/07). Destaca então, que se o “composto lácteo” não é “*leite em pó*”, não pode gozar do benefício da redução da base de cálculo prevista para este.

O autuante finaliza suas contrarrazões para manutenção da infração 5, destacando que quanto às saídas de “*leite em pó*”, à luz do seu entendimento “*composto lácteo*”, bem assim as saídas de “*margarina*”, ao seu entendimento “*creme vegetal*”, as alegações da autuada em sua defesa, não merecem guarida, devendo ser mantida integralmente a autuação.

Passo agora a me manifestar sobre razões e contrarrazões das partes em relação à infração 5.

Relativamente à afirmação do autuante de que não merece guarida as alegações de improcedência da autuada em sede de defesa, diz respeito ao fato que o defendente alega que não utilizou alíquota diversa prevista na legislação, como assim está posto na descrição dos fatos “*recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas*”; mas sim, reduziu a base de cálculo nas saídas das operações, objeto da autuação, constantes do demonstrativo de fls. 69/83, por estarem amparadas pelo art. 268 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, vigente à época dos fatos geradores, mais especificamente o inciso XXI, em relação ao leite; e o inciso XXI em relação às operações com margarinas.

Porquanto tal afirmação, destaco a seguir os incisos XXI e XXXI, Art. 87 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, vigente à época dos fatos geradores.

XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).(Grifo acrescido).

[...]

XXXI - das operações internas com vinagre, charque e margarina, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento).(Grifo acrescido).

Compulsando o demonstrativo de débito da autuação de fls. 69/84, vê-se que o NCM destacado para os itens de produtos *LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS*, *LEITE EM PÓ NINHO +1*, *LEITE EM PÓ NINHO 3+*, *LEITE EM PÓ NINHO 6+*, *LEITE EM PÓ MOLICO ACTICOL*, *LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS* e *LEITE EM PÓ CRESCIMENTO PREBIO*, são os de número “0402.29.10 – *Leite Integral*”, “0402.21.20 – *Leite Parcialmente Desnatado*” e “1901.10.10 – *Leite Modificado*”, como tal leite e não composto lácteos na forma destacada pelo autuante para embasar a autuação.

De outra parte da autuação que diz respeito à “*Margarina*”, em que o entendimento do autuante seja “*Creme Vegetal*”, vê-se da análise do NCM 1517.90.90, constante do demonstrativo objeto da

autuação, tratar-se, de fato, de margarina, como assim está descrito na Tabela de NCM constante do Site CST (<https://www.codigocest.com.br/>).

Em sendo assim, entendo restar razão ao defendente, dado os NCM constantes dos documentos fiscais objeto da autuação, de fato se tratam de operações com “leite em pó” e “margarina”, logo estão acobertadas pelas disposições dos incisos XXI e XXXI, Art. 87 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, vigente à época dos fatos geradores, o que enseja afirmar que o sujeito passivo não utilizou alíquota diversa da prevista na legislação e sim reduziu a base de cálculo conforme previsão legal. Voto, portanto, pela insubsistência da infração 5.

A infração 6, diz respeito a ter deixado de recolher ICMS no valor de R\$66.355,42, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento relativo aos meses de julho e setembro de 2012; e julho, agosto e setembro de 2013, conforme demonstrativo de fls. 85/89, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109.

Em sede de defesa, o sujeito passivo diz que é totalmente descabida a pretensão fiscal, haja visto que os valores reclamados foram recolhidos em sua totalidade, conforme a seguir:

“a) O débito no valor de R\$8.800,00 relativo a competência 07/2012, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$43.200,16 em 09/08/2012, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, que anexa (fl. 132)”

“b) O débito no valor de R\$4.650,00 relativo a competência 09/2012, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$56.873,43 em 09/10/2012, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, que anexa (fl. 132)”

“c) O débito no valor de R\$4.315,06 relativo a competência 07/2013, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$85.112,78 em 09/08/2013, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, que anexa (fl. 132)”

“d) O débito no valor de R\$47.827,38 relativo a competência 08/2013, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$77.788,15 em 09/09/2013, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, que anexa (fl. 132)”

“e) O débito no valor de R\$762,98 relativo a competência 09/2013, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$75.289,94 em 09/10/2013, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, que anexa (fl. 132)”

O autuante, em sede de informação fiscal, observa que ao analisar os valores registrados na EFD, campo da apuração do imposto, constatou não serem verídicas tais afirmações do defendente, uma vez que tais receitas referem-se ao total do ICMS normal apurado no respectivo mês, e não ao informado de ICMS referente ao diferencial de alíquota de mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, conforme a seguir destacado:

“ a) O valor apurado pela Autuada para o mês de julho de 2012 foi de R\$8.800,00 e o informado na EFD foi de R\$80,00 (fl. 159), tendo sido apurado um débito tributário de R\$8.800,00;”

“ b) Para o mês de setembro de 2012 o valor apurado pela Autuada e escriturado na EFD foi de R\$16.062,40, enquanto que o débito escriturado no campo outros débitos foi de R\$11.412,40 (fl. 159), tendo sido apurada uma diferença de R\$4.650,00;”

“ c) O mês de julho de 2013 o montante escriturado a título de diferencial de alíquota de mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento foi de R\$48.626,46, e o débito declarado na EFD foi da ordem de R\$44.311,40 (fl. 160), gerando uma diferença de R\$4.315,06;”

“ d) Para o mês de agosto de 2013 o diferencial de alíquota apurado foi de R\$79.963,59, enquanto que o valor informado no campo outros débitos referente ao diferencial de alíquota foi de R\$32.136,20 (fl. 161), gerando uma diferença de R\$47.827,38;

“ e) Em setembro de 2013 o montante do diferencial de alíquota apurado foi de R\$43.154,96, enquanto que o valor informado no campo outros débitos referente ao diferencial de alíquota foi de R\$42.391,98 (fl. 161), e uma diferença de R\$762,98.

Dado a tal controvérsia entre as partes, este relator, em respeito ao princípio da verdade material e ampla defesa, na sessão suplementar do dia 31/01/2018, sugeriu aos membros da 5ª JF, e este concordaram, em enviar o presente PAF à unidade Fazendária de origem para cientificar o

autuado, mediante termo de intimação, do resultado da Informação Fiscal de fls. 145/157, com entrega dos documentos acostados aos autos, indicando 10 (dez) dias para se manifestar, querendo, em especial ao que foi posto de informação relativamente à infração 6, objeto em análise.

Vê-se às fls. 168 e 172 do PAF, que constam cópia de expediente extraído do Sistema DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), demonstrando a cientificação da Informação Fiscal de fls. 145/157 ao sujeito passivo, o qual se manteve silente.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone os termos da Informação Fiscal, entendo que as considerações de defesa não foram suficientes para elidir a autuação. Desta forma, vejo restar subsistente a infração 6.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0020/17-7**, lavrado contra **SUPERMERCADO RIO BRANCO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$107.350,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “d” “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$8.940,79**, previstas no art. 42, incisos IX e XI da Lei citada, e dos acréscimos moratórios, previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR