

A. I. Nº - 282219.0601/09-7
AUTUADO - MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A.
AUTUANTES - CARLOS ROBERTO SOARES SOUZA e RUBENS MINORU HONDA
ORIGEM - IFEPE COMÉRCIO
INTERNET 30.03.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0045-05/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** IMPOSTO RETIDO A MENOS. Imputação parcialmente elidida. Contribuinte providenciou o pagamento do débito reconhecido na peça de defesa. Correta a MVA aplicada para o produto querosene. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Imputação também em parte elidida. Recolhimento das parcelas reconhecidas pela defesa. Afastada a incidência das normas de substituição tributária em relação a diversos itens (cereais matinais, produtos veterinários, café solúvel, água de coco e aguarrás mineral). Ademais, o lançamento fiscal contém diversas inconsistências – fato reconhecido pelos autuantes. Afastada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe contém 13 (treze) infrações, apuradas nos exercícios de 2004 e 2005, e descritas pelas autoridades fiscais conforme abaixo reproduzido:

INFRAÇÃO 1 – Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor exigido: R\$522,97;

INFRAÇÃO 2 – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequentemente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor: R\$ 9.523,52. (mercadorias da Portaria nº 270);

INFRAÇÃO 3 - Procedeu à retenção a menor e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo à operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$ 500,54. (Produto querosene – Convênio ICMS 03/99);

INFRAÇÃO 4 – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$74,94 (Convênio ICMS 03/99);

INFRAÇÃO 5 – Procedeu a retenção a menos de ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$5,56. (Convênio ICMS 74/94);

INFRAÇÃO 6 – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valc 74/94);

INFRAÇÃO 7 – Procedeu a retenção a menos de ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$217,14 (Convênio ICMS 76/94);

INFRAÇÃO 8 – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$149,29 (Convênio ICMS 79/94);

INFRAÇÃO 9 – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$2,58 (Protocolo ICM 15/85);

INFRAÇÃO 10 – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$116,30 (Protocolo ICM 16/85);

INFRAÇÃO 11 – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$74,99 (Protocolo ICM 17/85);

INFRAÇÃO 12 – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$62,28 (Protocolo ICM 18/85);

INFRAÇÃO 13 - Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$12,12 (Protocolo ICM 19/85).

Fundamentam o Auto de Infração os demonstrativos e relatórios apensados às fls. 12 a 226.

O contribuinte, através de seus defensores (procuração anexa, fls. 246 e 247), ingressou com impugnação. Inicialmente reconheceu como devidos os valores a seguir especificados: Infração 2 – R\$ 4.139,06; Infração 6 – R\$ 3.668,89; Infração 7 – R\$ 217,14; Infração 8 – R\$ 71,40, totalizando a quantia de R\$ 8.096,49, informando, ainda, já ter recolhido essas parcelas, conforme atesta o documento de arrecadação, em anexo (doc. fl. 310).

Em seguida, suscitou a decadência dos créditos tributários, de todas as imputações, referentes aos fatos geradores ocorridos antes de 22 de junho de 2004, visto que a empresa só fora cientificada do lançamento de ofício, através da intimação firmada em 22 de junho de 2009, exaurindo-se assim o prazo de 5 (cinco) anos para a constituição do crédito tributário.

Ao ingressar no mérito, disse ser indevida a cobrança do ICMS por substituição tributária dos produtos a seguir elencados, integrantes da infração nº 2:

- a) Café Melita descafeinado (NCM 2101.11.10): primeiramente destacou que classifica este produto na mesma NCM da indústria. O fisco baiano, no entanto, entendeu que a impugnante é responsável pelo recolhimento do ICMS-ST por enquadrar o produto na posição NCM 0901.22.00, correspondente à classificação do café torrado ou moído.. Declarou não se justificar a cobrança, pois o café solúvel, mesmo descafeinado, é uma forma de café instantâneo derivado de vários processos de fabricação, nos quais o café sofre desidratação e pode ser encontrado sob a forma de pó ou de grânulos. Frisou que o diferencial entre este tipo de café e os demais são as etapas de fabricação e a forma como o consumidor. Disse que o café objeto da autuação derivou d produto na forma solúvel, que decorre da extração do café das

em água e que dão o aroma e o sabor característicos da bebida, não se confundido com o café, torrado, que foi simplesmente descafeinado. Arrematou dizendo que a NCM que o fisco baiano entende que o produto comercializado pela autuada se encaixa não condiz com as características da mercadoria objeto da ação fiscal, tendo a impugnante seguido o descriptivo adotado pelo fabricante, correspondente à NCM 2101.11,10, qual seja café solúvel, mesmo descafeinado, que deve ser entendido não como café propriamente dito, mas como extrato das substâncias que, após desidratadas e aglutinadas, permitirão o preparo da bebida com as características de café.

b) Cereais (NCM 1904.10.00): no que concerne aos produtos feitos à base de cereais (Cereal Kellog's, Cereal Nestlé e variações), afirmou que o fisco baiano entendeu que a impugnante é responsável pela retenção do ICMS-ST, por enquadrar os referidos produtos no item 29.1, do inc. II, do art. 353, do RICMS. Destacou que a classificação fiscal dada aos produtos pelo fisco não diverge da impugnante, havendo tão somente discordância no que concerne à restrição imposta pela legislação baiana, que restringe a incidência do ICMS-ST tão somente aos produtos salgados produzidos à base de cereais (posições NCM 1904.10.00 e 1904.90.00). Sustenta a impugnante que o legislador baiano não incluiu todos os produtos englobados nas referidas NCMs, mas tão somente os constantes da posição NCM 1904.10.00 que são salgados e somente estes.. Os demais itens apesar de fazerem parte do universo que a NCM abarca, se não forem salgados, não estão abrangidos pela substituição tributária. Nesse escopo, sustenta que não se encontram alcançados pela norma aplicada pela fiscalização os cereais matinais, que apesar de se enquadrarem no universo da NCM 1904.10.00, não estão sujeitos à legislação baiana justamente por não serem salgados industrializados.

Frisou em seguida que o fisco baiano não pode fazer uso da interpretação analógica para fazer incidir a responsabilidade de recolhimento do ICMS-ST de produto que a legislação não tenha designado para tanto. Invocou a aplicação dos arts. 108 e 111 do CTN, para sustentar a linha de interpretação restritiva das normas de incidência tributária.

c) Vitalgold Oral Potenciado: afirmou que o referido produto é um suplemento vitamínico para alimentação animal, não estando abrangido, por expressa disposição da norma tributária, à incidência do ICMS-ST, visto que destinado a uso veterinário.

d) Água de Coco: a defesa sustenta que a norma que serviu de base para o lançamento, correspondente ao item 7.7, do inc. II, do art. 353, do RICMS, que previa retenção do imposto pelo contribuinte alienante de suco de coco (leite de coco e água de coco – posição NCM 2009.80.00), foi revogada pelo Decreto nº 9.547/2005, publicado em 21/09/2005 e que todas as notas constantes do Auto de Infração foram emitidas após a publicação do referido Decreto.

e) Nozes com casca (NCM 0802.31.00): relata a defesa que o fisco efetuou a cobrança do ICMS-ST, enquadrando as operações no item 29, do inc. II, do art. 353, do RICMS. O referido dispositivo refere-se a salgados industrializados e traz em seus subitens salgados produzidos à base de cereais, salgados preparados à base de batata e salgados à base de amendoim ou castanha de caju. A defesa contesta a exigência fiscal, alegando que o produto nozes com casca não são salgados industrializados e que a NCM em que se encontra listado do produto refere-se a “*outras frutas de casca rija, frescas ou secas mesmo sem casca ou peladas*” (posição 0802.31.00), que é distinta da que se encontra sujeita à incidência do ICMS-ST. Conclui que o entendimento do fisco no que concerne a este produto não pode prosperar, dado que o produto nozes com casca sequer possuem semelhança com salgados industrializados.

Informa ainda o impugnante que o fisco baiano lhe teria cobrado diferencial de alíquota decorrente da entrada de produtos neste Estado. No que concerne a essa exigência afirmou que apesar de não ter sido promovido o pagamento das parcelas referentes ao diferencial de alíquotas do ICMS, procedeu o recolhimento do ICMS ST, que é em valor suficiente para o erário baiano e solicitou que fosse revisada a conta corrente de comprovar os mencionados recolhimentos. Juntou cópias de nota

Ao concluir a impugnação da infração 2, fez registrar que contestava tão somente a exigência fiscal lançada, no valor de R\$ 5.384,46, reconhecendo com devida a quantia de R\$ 4.139,06.

No tocante à infração 3, reafirmou o pedido de declaração de decadência em relação aos créditos anteriores a 22 de junho de 2004. Na questão de fundo, afirmou que as divergências apuradas nesta infração referem-se ao produto querosene, e se concentram na questão atinente à MVA (margem de valor agregado) que deveria ser aplicada na operação, tendo o fisco considerado a margem de 56,63%, prevista no Convênio ICMS 03/99, e a autuada utilizado a MVA de 30%, prevista também no mesmo Convênio. Destacou que o produto querosene possui destinações diversas, conforme sua composição, prestando-se a uso como combustível, na aviação, podendo também ser empregado na indústria de tintas, na função de diluente, para o acerto da viscosidade do produto fabricado. Afirmou, que no caso em exame, o querosene, fabricado pela empresa Natrielli Química Ltda., e comercializado pela empresa, não se destinava a emprego como combustível, mas para utilização na limpeza em geral e para diluição de tintas. Apesar de ser produto derivado de petróleo não se destinava a utilização com combustível, até porque o fornecedor do produto não desenvolve atividade de distribuição de combustíveis. Mais a frente, frisou que o querosene comercializado pela autuada se encontra enquadrado na posição NCM 2710.19.19, ao passo que o querosene combustível possui NCM específica e diferente (NCM 2710.19.11). Sendo assim, a margem de valor agregado a ser aplicada seria a prevista no inc. IV, da Cláusula Terceira, do Convênio ICMS 03/99. Destacou ainda que as operações com os produtos “querosene Natrielli” e “querosene King”, por não serem destinados para fins combustíveis, não se encontram albergados pela norma constitucional de não incidência (imunidade), nas operações interestaduais, razão pela qual a margem de valor agregado aplicável as mesmas é de 30%.

Em relação à infração nº 4, reiterou pedido de declaração de decadência, em relação aos fatos geradores anteriores a 22 de junho de 2004. No mérito, requereu a declaração de improcedência da imposição fiscal ao argumento de que o ICMS-ST já se encontrava recolhido. Juntou à peça de defesa cópias reprodutivas de notas fiscais.

Na infração 5, limitou-se a pedir a declaração de caducidade dos créditos tributários pelas mesmas razões expostas nos itens acima.

Quanto à infração 6, também pediu a declaração de perecimento do direito de lançar o tributo aos fatos verificados antes de 22 de junho de 2004. Na questão de fundo, mencionou que as divergências com o fisco referem-se ao produto “aguarráz”, comercializado pela impugnante. Afirmou, que segundo o entendimento do fisco, o referido produto se enquadra nas disposições do Convênio ICMS 74/94, que fixa regras sobre o regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química. Entretanto, a autuada discorda da exigência fiscal, por entender que o citado produto não se encontra enquadrado no Convênio de substituição tributária, isto porque a NCM a ele referente, nº 2710.11.30, contida na posição 27.10, só esteve vinculada ao Convênio ICMS 74/94 até 31/05/95. Ademais, ressaltou que o próprio Convênio excepciona expressamente o produto em referência, razão pela qual pediu a exclusão deste item da autuação.

Em função disso, reconhece como devido, para esta infração, a quantia de R\$ 3.668,89, ficando impugnada a parcela remanescente, no montante de R\$ 2.121,05.

No tocante às infrações 8, 9, 10, 11, 12 e 13, voltou a manifestar sua discordância com o lançamento, ao argumento de perecimento do direito do Estado para lançar os créditos tributários anteriores a 22 de junho de 2004. Não obstante esse pedido, afirmou que o ICMS-ST cobrado no Auto de Infração já se encontrava totalmente recolhido aos cofres públicos.

Ao finalizar, requereu que as intimações e notificações referentes ao presente processo administrativo fiscal sejam encaminhados aos advogados da impugnante estabelecidos na cidade de Uberlândia, Estado de Minas Gerais, na rua Jataí, nº 1150, bairro

Os autuantes prestaram informação fiscal na forma da legislação de regência do processo administrativo (fls. 314 a 317). Ressaltaram, preliminarmente, que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme prescreve o art. 143, do RPAF/99.

Afirmaram que a empresa autuada é regularmente inscrita no Estado da Bahia, tendo como atividades, a representação comercial, o agenciamento e o comércio de mercadorias em geral. Declararam, em seguida, que o contribuinte é possuidor de Regime Especial com fisco baiano para efetuar o pagamento do ICMS, por antecipação, em relação às mercadorias constantes da Portaria 270/93 e nas operações de vendas para contribuintes estabelecidos neste Estado e que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância das disposições legais.

Quanto à alegação de decadência, invocaram a aplicação ao caso das disposições do art. 173 do CTN, que estabelece que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetivado.

No mérito, reconheceram serem indevidas as cobranças relacionadas aos produtos VitalGold Oral Potenciado, água de coco, nozes com casca, além do ICMS - diferencial de alíquotas, itens que fazem parte da infração nº 2.

Mantiveram, entretanto, a exigência fiscal quanto aos produtos Café Melitta descafeinado e cereais (NCM 1904.10.00).

Quanto ao primeiro item, afirmaram que café descafeinado tanto é comercializado na forma de café solúvel como em café em grãos e que a linha instantânea da Mellitta (café solúvel) é oferecido em versões de 50, 100 e 200 gramas. Concluíram pela manutenção da imposição fiscal, ao argumento de que o produto, objeto da autuação, na versão de 250 g, trata-se de café em grãos, torrado ou moído, tendo por base as informações fornecidas pelo fabricante do produto (não anexadas aos autos).

Quanto aos cereais, os autuantes transcreveram o item, 29, do inc. II, do art. 353 do RICMS, derivado da Lei nº 7.660/00, no seu Anexo I, item 7, para afirmar quer a norma em questão deixa clara a incidência para o produto de código NCM 1904.10.00, com descrição genérica de salgados. Todavia, por se tratar de guloseimas industrializadas e por existirem no item 7, do Anexo I, da Lei, vários produtos, doces e salgados, com a única ressalva de serem industrializados, defendem a manutenção da exigência fiscal.

Em relação à infração 3, afirmaram que o produto querosene é um combustível derivado de petróleo, mesmo que tenha outras utilidades e que a MVA correta é de 56,63%, conforme determina a alínea “c”, inc. III, parágrafo 1º, da Cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99.

Na infração 4, foi reconhecida a cobrança indevida do ICMS em vista dos resultados inconsistentes apresentados pelo sistema de fiscalização utilizado.

No tocante à infração 6, os autuantes declararam que o produto “aguarrás mineral” (NCM 2710.11.30) se encontra enquadrada nas normas do Convênio ICMS 03/99, não se aplicando às operações com essas mercadorias as regras do Convênio ICMS 74/94, que serviu de base para fundamentar o lançamento.

Por último, no que se refere às infrações 8, 9, 10, 11, 12 e 13, os autuantes reconheceram que os valores cobrados no Auto de Infração são indevidos, tendo em vista os resultados inconsistentes apresentados pelo sistema de fiscalização utilizado.

Solicitaram, nas razões finais, que o Auto de Infração seja mantido em parte, com os ajustes de valor apresentados no Demonstrativo acostado à fl. 318 dos autos.

O autuado, ao contra-arrazoar a informação fiscal, fls. 322 a 330, c auditores responsáveis pela ação fiscal concordaram em parte com :

Já em relação aos itens mantidos no Auto de Infração, reiteraram as teses articuladas na peça defensiva e apresentaram novas razões para fundamentar o pedido de revisão do lançamento.

Quanto ao item Café Melita Descafeinado, afirmou que o entendimento dos autuantes, que embasa a cobrança do ICMS-ST, se encontra fundamentado em premissa falsa, por ter origem em informação do “site” da empresa que fabrica os produtos, onde consta que a linha de café descafeinado é vendida nas versões de 50, 100 e 200 gramas e que a versão de 250g, seria produto integrante do regime de antecipação, pertencendo, portanto, por exclusão, à categoria de café torrado ou moído. Disse o impugnante que a autuação refere-se a fatos passados e que não obstante, na atualidade, o fabricante não venda o produto descafeinado, na versão de 250 g, não significa que não o vendia no passado. A defesa entende não ser razoável a manutenção da autuação deste item.

No tocante aos produtos feitos à base cereais, a defesa reiterou a posição de que a tributação antecipada só alcança os salgados industrializados (NCM 1904.10.00 e 1904.90.00) e que apesar dos cereais matinais, à base de milho, se enquadram no universo da referida NCM, não estão sujeitos às regras do ICMS-ST, justamente porque não se encontram na categoria de salgados industrializados. Contesta também o entendimento de que os cereais Kellog's seriam guloseimas industrializadas.

Voltaram a refutar também a cobrança de ICMS-ST sobre o produto VitalGold Oral Potenciado, por se tratar de mercadoria destinada ao uso exclusivamente veterinário.

Em relação às operações com o produto querosene, a defesa compartilha do entendimento do fisco de que se trata de mercadoria derivada de petróleo. Entretanto, reiterou sua discordância quanto à imposição fiscal, que enquadrou o produto na MVA de combustíveis, (56,63%), destacando que o produto por ela comercializado destina-se a aplicação como solvente e para fins de limpeza. Frisou ainda que a NCM do produto por ela revendido se encontra na posição 2710.19.19. Por sua vez, o querosene combustível possui NCM específica e distinta, (posição 2710.19.11). Defende assim a aplicação da MVA de 30%, conforme foi lançado nas notas fiscais de remessa do produto para o Estado da Bahia.

Às fls. 334 a 228, a Coordenação Administrativa do CONSEF providenciou anexar ao PAF relatório extraído do Sistema Informatizado da Secretaria da Fazenda, para documentar o pagamento parcial do débito lançado no Auto de Infração.

VOTO

Da análise da impugnação interposta, preliminarmente incumbe a apreciação do pedido de decretação de decadência em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 22/06/2004.

A questão apresentada pelo contribuinte se reveste de controvérsia jurídica na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Isto porque o CTN tem dois dispositivos que tratam da decadência, contidos no art. 150, § 4º e no art. 173.

Deduz-se, da linha argumentativa desenvolvida na defesa, que o contribuinte entende ser aplicável ao ICMS a forma de contagem prevista no art. 150, § 4º da Lei Complementar Tributária, ou seja, a partir do fato gerador do gravame fiscal. Nos parece que a tipologia dos tributos, a qual pertence o ICMS, comporta a aplicação dos dois dispositivos retro-mencionados. Reside a diferença da incidência normativa na avaliação da conduta adotada pelo devedor: se este antecipa o pagamento ou declarada o “quantum” devido, aplica-se o art. 150; todavia, se o contribuinte é omisso de pagamento ou não declara ao fisco os valores que deveriam ser recolhidos, aplica-se o art. 173.

Ressalto que em relação a esta matéria o CONSEF vem decidir a aplicação das disposições contidas no Código Tributário do Estado

107-A, inc. I). Nessa linha de entendimento, foi exarado o Acórdão nº 0009-12/08, originário da 2ª Câmara de Julgamento, lavrado nos seguintes termos:

“Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

No caso em exame, percebe-se que o ICMS lançado no Auto de Infração diz respeito a fatos geradores da substituição tributária em que o contribuinte não efetuou a retenção e recolhimento do tributo ou o fez em valor inferior ao efetivamente devido. Portanto, não houve da parte do sujeito passivo qualquer antecipação de pagamento, capaz de autorizar a incidência da norma estampada no art. 150, § 4º, do CTN. Ademais, ação fiscal abrangeu os exercícios de 2004 e 2005, e o Auto de Infração foi lavrado em 15/06/2009, ainda dentro do período de 5 (cinco) anos.

Opto em seguir a diretiva contida no julgado acima transcrito, que representa a jurisprudência assente neste CONSEF, e sem me alongar nas disputas doutrinárias e jurisprudenciais de cercam o do tema, afasto a preliminar de decadência suscitada pela defesa, quanto aos fatos geradores que se verificaram antes de 22 de junho de 2004.

Ingressando agora nas questões atinentes às infrações imputadas ao contribuinte, verifico, inicialmente, que o mesmo reconheceu como devidas as parcelas de R\$ 4.136,06 (infração 2); R\$ 3.668,89 (infração 6); R\$ 217,14 (infração 7); R\$ 71,40 (infração 8), totalizando a quantia de R\$ 8.096,49, que foi objeto de pagamento, conforme atesta o documento de arrecadação anexado à fl. 310 dos autos. Em relação às quantias recolhidas inexiste lide, cabendo tão somente a homologação das mesmas pela autoridade fazendária competente.

Passo agora ao exame das impugnações específicas, relacionadas às infrações 2, 3, 4, 6, 8, 9, 10, 11, 12 e 13.

No tocante à infração 2, versa a irresignação do sujeito passivo em relação exigência de ICMS, por substituição tributária, dos produtos Café Melita descafeinado; cereais matinais; VitalGold Oral Potenciado; Água de coco e Nozes em casca. Os autuantes reconheceram ser indevida a cobrança do ICMS em relação aos produtos VitalGold Oral Potenciado; Água de coco e Nozes em casca.

Para o produto VitalGold Oral Potenciado a exclusão se justificou em razão de ser medicamento de uso veterinário, não se submetendo à regra de substituição tributária do Conv. ICMS nº 76/94 que alcança tão somente os medicamentos da linha humana.

Quanto à água de coco, este produto deixou de figurar no rol das mercadorias sujeitas à antecipação do ICMS, a partir da edição de Dec. Estadual nº 9.547, de 2005, sendo que as notas fiscais que serviram de base para o lançamento foram emitidas após a edição daquela norma.

No que tange as operações com nozes em casca o lançamento é indevido, visto se tratar de mercadoria que jamais esteve no regime de substituição tributária.

Também foram excluídas, do item 2 do Auto de Infração, outras operações, relacionadas a mercadorias inseridas na Portaria nº 270/93, tendo os autuantes identificado, na geração dos demonstrativos de apuração da infração, erros de inconsistência apresentados pelo sistema de fiscalização utilizado.

Todas as exclusões efetuadas pelos autuantes, acima enumeradas, estão corretas revelando assim o acerto da impugnação empresarial.

Para o produto Café Melita Descafeinado, verifico que razão também assiste ao contribuinte. Isto porque o item em questão se encontra enquadrado na posição NCM 2101.11.10, que é distinta do café torrado ou moído (NCM 0901.21.00 e 0901.22.00), submetido ao regime da antecipação tributária, (item 10, do inc. II, do art. 353, do RICMS). Por sua vez, o fato da apresentação do produto, na versão 250g, não constar atualmente no “site” do fabricante, não autoriza presumir que a mercadoria não era comercializada, à época da ocorrência dos fatos geradores, com aquela especificação.

Em relação aos cereais matinais, é igualmente indevida a cobrança do ICMS-ST. Sem maior esforço hermenêutico, percebe-se que o legislador baiano, na Lei nº 7.660/00 e no RICMS/97, delimitou a incidência do ICMS-ST aos produtos “salgados industrializados (item 29, do inc. II, do art. 353, do RICMS). A despeito da NCM dos produtos objeto da autuação ser a mesma da constante da norma de incidência, optou o legislador baiano em tributar de forma antecipada tão-somente os produtos “industrializados salgados”, estando fora desse rol, os cereais matinais, a exemplo das marcas: Cereal Kellog’s; Cereal Nestlé e variações.

O item 2, portanto, é procedente em parte.

Na infração 3, a querela gira em torno da MVA aplicável às operações com querosene. O autuado afirma que adquiriu o produto junto a empresas que não se dedicam à atividade de distribuição de combustíveis, sendo indevida a exigência de ICMS, através da utilização da margem de valor agregado de 56,63%. Esclareceu ainda que o querosene que comercializa se presta a aplicação na função de diluente de tintas e para a limpeza em geral. Esclareceu, por fim, que a mercadoria foi tributada na operação interestadual de remessa para o Estado da Bahia, não estando albergada pela regra de imunidade constitucional, referente aos combustíveis derivados de petróleo. Juntou cópias de notas fiscais de aquisição e ficha de informações do produto visando fundamentar as suas alegações. Frisou ter aplicado a MVA de 30%, na apuração do imposto devido por substituição tributária nas operações que destinou a este Estado.

Da análise dos fatos e a partir da legislação aplicável às operações com combustíveis, verifica-se que o Convênio ICMS 03/99 e, mais especificadamente, o RICMS/Ba, submetem o querosene destinado a uso na aviação à tributação por MVA diferenciada (querosene combustível – NCM 2710.19.11). Já em relação ao querosene de uso comum, classificado como produto químico, derivado de petróleo (posição NCM 2710.19.19), o legislador fixou a margem de agregação de 30%, conforme se extrai da leitura do art. 512-B, inc. VI, letra “a”, combinado com o art. 512-A, inc. I, letra “c” do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia. Portanto, correto o entendimento esposado pelo autuado, razão pela qual é improcedente a exigência de ICMS contida no item 3 do Auto de Infração.

Na infração 4, os próprios autuantes reconheceram ser indevida a exigência fiscal, gerada a partir de inconsistências do sistema informatizado de fiscalização utilizado pelos auditores. Item improcedente.

Procede, também, a retirada, na infração 6, das operações com o produto “aguarrás mineral” (NCM 2710.11.30), visto que o mesmo não se encontrava contemplado nas normas de incidência da substituição tributária, previstas no Conv. ICMS 74/94, que serviu de base “legal” para a lavratura do Auto de Infração. Ademais o citado Convênio, que regula o regime de antecipação aplicável às operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, excluiu de forma expressa esse o produto. Os autuantes, por sua vez, reconheceram, na informação fiscal, o erro cometido. O item é procedente em parte, ficando mantidas as parcelas reconhecidas pelo autuado e aquelas em que o mesmo se limitou a pedir a extinção do crédito por caducidade do direito do Estado de lançá-las.

No tocante às infrações 8, 9, 10, 11, 12 e 13, o autuado além de arguir a decadência dos créditos lançados anteriormente a 22 de junho de 2004, afirmou que já havia substituição tributária, trazendo aos autos cópias das notas fiscais p do débito apontado no Auto de Infração. Os autuantes, na inf

argumentos defensivos, registrando que os resultados gerados na ação fiscal decorreram, mais uma vez, de inconsistências do sistema informatizado de fiscalização utilizado por eles. Mantida, assim, em parte, a infração nº 8, no montante de R\$ 71,40, cujo valor foi reconhecido e pago pelo contribuinte. Os demais itens são improcedentes.

Em relação às infrações 1 e 5, o sujeito passivo limitou-se a pedir que o débito fosse declaro extinto, por ter se operado a decadência quinquenal. A argüição de caducidade dos créditos tributários não foi acatada por este órgão julgador e, no mérito, o contribuinte não apresentou razões que justificassem a revisão desses itens. Infrações mantidas.

Por último, a infração 7 foi expressamente reconhecida pelo sujeito passivo, que providenciou o seu pagamento integral. Item procedente.

O valor do débito fiscal, por infração, passa a ter a composição constante do Demonstrativo de Débito abaixo; devendo ser homologado os valores já recolhidos.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico/Autuado (R\$)	Val. Mantido (R\$)
07.02.02	1	31/01/2004	09/02/2004	522,97	522,96
07.02.03	2	31/01/2004	09/02/2004	2.960,55	2.370,19
07.02.03	2	28/02/2004	09/03/2004	26,48	26,48
07.02.03	2	30/06/2004	09/07/2004	47,84	0,00
07.02.03	2	31/08/2004	09/09/2004	40,88	40,88
07.02.03	2	31/10/2004	09/11/2004	1.449,88	971,04
07.02.03	2	30/11/2004	09/12/2004	1.398,84	877,60
07.02.03	2	31/12/2004	09/01/2005	1.648,03	1.229,62
07.02.03	2	30/04/2005	09/05/2005	39,86	39,86
07.02.03	2	31/05/2005	09/06/2005	88,06	88,06
07.02.03	2	30/06/2005	09/07/2005	892,00	892,00
07.02.03	2	31/07/2005	09/08/2005	32,20	0,00
07.02.03	2	31/10/2005	09/11/2005	738,68	0,00
07.02.03	2	30/11/2005	09/12/2005	160,22	0,00
08.10.02	3	31/01/2004	09/02/2004	71,31	0,00
08.10.02	3	31/10/2004	09/11/2004	102,22	0,00
08.10.02	3	30/11/2004	09/12/2004	52,60	0,00
08.10.02	3	31/12/2004	09/01/2005	31,45	0,00
08.10.02	3	30/04/2005	09/05/2005	71,64	0,00
08.10.02	3	31/05/2005	09/06/2005	91,95	0,00
08.10.02	3	30/06/2005	09/07/2005	58,99	0,00
08.10.02	3	31/10/2005	09/11/2005	20,38	0,00
08.10.03	4	31/01/2004	09/02/2004	74,94	0,00
08.18.02	5	31/03/2004	09/04/2004	5,56	5,56
08.18.03	6	31/01/2004	09/02/2004	395,11	268,88
08.18.03	6	30/06/2004	09/07/2004	2.515,27	2.515,27
08.18.03	6	31/07/2004	09/08/2004	387,44	387,44
08.18.03	6	31/10/2004	09/11/2004	265,46	82,17
08.18.03	6	30/11/2004	09/12/2004	371,41	226,15
08.18.03	6	31/12/2004	09/01/2005	202,25	120,13
08.18.03	6	28/02/2005	09/03/2005	14,25	14,25
08.18.03	6	30/04/2005	09/05/2005	181,11	109,76
08.18.03	6	31/05/2005	09/06/2005	199,95	62,43
08.18.03	6	30/06/2005	09/07/2005	261,68	101,04
08.18.03	6	31/07/2005	09/08/2005	48,63	0,00
08.18.03	6	31/08/2005	09/09/2005	3,22	0,00
08.18.03	6	30/09/2005	09/10/2005	62,64	0,00
08.18.03	6	30/11/2005	09/12/2005	67,49	50,25
08.18.03	6	31/12/2005	09/01/2006	41,89	0,00
08.18.03	6	30/04/2004	09/05/2004	87,-	-
08.18.03	6	28/02/2004	09/03/2004	53,	-
08.18.03	6	31/03/2004	09/04/2004	631,	-
08.15.02	7	30/10/2004	09/11/2004	33,	-

08.15.02	7	30/11/2004	09/12/2004	16,63	16,63
08.15.02	7	31/12/2004	09/01/2005	40,23	40,23
08.15.02	7	30/04/2005	09/05/2005	54,50	54,50
08.15.02	7	31/05/2005	09/06/2005	25,01	25,01
08.15.02	7	30/06/2005	09/07/2005	23,37	23,37
08.15.02	7	31/10/2005	09/11/2005	24,11	24,11
08.15.03	8	31/01/2004	09/02/2004	77,89	0,00
08.15.03	8	31/08/2004	09/09/2004	71,40	71,40
08.21.03	9	31/01/2004	09/02/2004	2,58	0,00
08.22.03	10	31/01/2004	09/02/2004	116,30	0,00
08.23.03	11	31/01/2004	09/02/2004	31,45	0,00
08.23.03	11	31/05/2004	09/06/2004	43,54	0,00
08.24.03	12	31/01/2004	09/02/2004	62,28	0,00
08.20.03	13	31/01/2004	09/02/2004	12,12	0,00
			TOTAIS	17.052,17	12.062,70

* Valores reconhecidos e pagos pelo contribuinte

Assim, diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 282219.0601/09-7, lavrado contra **MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$12.062,70, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILo REIS LOPES – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA