

A. I. N° - 282219.1201/09-2
AUTUADO - MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A
AUTUANTE - CARLOS ROBERTO SOARES SOUZA e RUBENS MINORU HONDA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 13.12.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JF N° 0362-02/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTE DESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO, RETENÇÃO A MENOR, RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO RETIDO DO ICMS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. MERCADORIAS RELACIONADAS NOS CONVÊNIOS ICMS 74/94; 76/94; 03/99; PROTOCOLOS 15 A 19/85; E PORTARIA 270. Comprovado que parte das mercadorias não estão enquadradas no regime de substituição tributária, eis que, não estão listadas no Anexo Único do Convênio ICMS nº 03/99. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 14/12/2009, para exigência de ICMS no valor de R\$108.578,46, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Procedeu a retenção a menor do ICMS, no valor de R\$3.962,67, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro a 2006 a dezembro de 2007, conforme demonstrativo e documentos às fls.21 a 120.
2. Procedeu a retenção a menor do ICMS, no valor de R\$5,78, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de março e abril de 2006, conforme demonstrativo e documentos às fls.21 a 120.
3. Procedeu a retenção a menor do ICMS, no valor de R\$103,99, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a abril de 2006, conforme demonstrativo e documentos às fls.21 a 120.
4. Procedeu a retenção a menor do ICMS, no valor de R\$2,68, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de março e abril de 2006, conforme demonstrativo e documentos às fls.21 a 120.
5. Procedeu a retenção a menor do ICMS, no valor de R\$3,00, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de março e abril de 2006, conforme demonstrativo e documentos às fls.21 a 120.
6. Procedeu a retenção a menor do ICMS, no valor de R\$3,88, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de março e abril de 2006, conforme demonstrativo e documentos às

7. Procedeu a retenção a menor do ICMS, no valor de R\$0,12, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no mês de abril de 2006, conforme demonstrativo e documentos às fls.21 a 120.
8. Procedeu a retenção a menor do ICMS, no valor de R\$0,71, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de março e abril de 2006, conforme demonstrativo e documentos às fls.21 a 120.
9. Reteve e recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$4,51, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de março e abril de 2006, conforme demonstrativo e documentos às fls.121 a 543.
10. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$508,26, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro e março de 2006, conforme demonstrativo e documentos às fls.121 a 543.
11. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$58.188,59, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, conforme demonstrativo e documentos às fls.121 a 543.
12. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$12.172,49, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro, março, abril, outubro e novembro de 2006, julho a dezembro de 2007, conforme demonstrativo e documentos às fls.121 a 543.
13. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$16,08, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no mês de abril de 2006, conforme demonstrativo e documentos às fls.121 a 543.
14. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$2.483,48, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de março e abril de 2006, conforme demonstrativo e documentos às fls.121 a 543.
15. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$571,60, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de março e abril de 2006, conforme demonstrativo e documentos às fls.121 a 543.
16. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$52,76, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de março e abril de 2006, conforme demonstrativo e documentos às fls.121 a 543.
17. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$59,33, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia nos meses de março e agosto de 2006, conforme demonstrativo e do

18. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$30.438,53, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, conforme demonstrativo e documentos às fls.121 a 543.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, em sua defesa às fls.553 a 572, impugnou parcialmente o auto de infração, com base nas seguintes razões de fato e de direito.

Esclareceu que a empresa autuada é contribuinte regularmente inscrito sob o número 36.309.649 no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, tendo como atividade, representantes comerciais e agentes do comércio de mercadorias em geral não especializado, estando, portanto, sujeito à substituição tributária nas suas operações mercantis.

Informou que possui Regime Especial para efetuar o pagamento do ICMS antecipação, referente à operação com mercadorias constante na Portaria 270/93 nas operações de venda para contribuintes deste Estado.

Em seguida, argüiu a nulidade da autuação por cerceamento do direito de defesa, sob alegação de que não foram disponibilizados, juntamente com o auto de infração, os arquivos eletrônicos (extensão xls.) preparados pelos auditores fiscais contendo o demonstrativo de apuração do ICMS ST, supostamente retido a menor ou não retido, os quais serviram de base para a composição da exigência fiscal. Inclusive informou que formalizou pedido junto à SEFAZ e a dilação do prazo de defesa em 15 (quinze), não tendo obtido resposta.

Pede que seja determinada a entrega os arquivos magnéticos e a reabertura do prazo de defesa.

No mérito, apresentou o quadro a seguir contendo os valores das infrações impugnadas e os valores das infrações reconhecidas, no total de R\$ 15.988,67:

RESUMO DO AUTO DE INFRAÇÃO					
Infração	Código	Retenção	Valor Histórico	Valor Impugnado	Valor Reconhecido
Infração 01	08.10.02	A menor	3.962,67	3.962,67	0
Infração 02	08.18.02	A menor	5,78	0	5,78
Infração 03	08.15.02	A menor	103,99	0	103,99
Infração 04	08.21.02	A menor	2,68	0	2,68
Infração 05	08.22.02	A menor	3,00	0	3,00
Infração 06	08.23.02	A menor	3,88	0	3,88
Infração 07	08.24.02	A menor	0,12	0	0,12
Infração 08	08.20.02	A menor	0,71	0	0,71
Infração 09	07.02.02	A menor	4,51	0	4,51
Infração 10	08.10.03	Não	508,26	0	508,26
Infração 11	08.18.03	Não	58.188,59	58.188,59	0
Infração 12	08.15.03	Não	12.172,49	0	12.172,49
Infração 13	08.21.03	Não	16,08	0	16,08
Infração 14	08.22.03	Não	2.483,48	0	2.483,48
Infração 15	08.23.03	Não	571,60	0	571,60
Infração 16	08.24.03	Não	52,76	0	52,76
Infração 17	08.20.03	Não	59,33	0	59,33
Infração 18	07.02.03	Não	30.438,53	30.43	
TOTAL			108.578,46	92.58	

Juntou à fl.592, o comprovante de pagamento da importância reconhecida (R\$ 15.988,67) com os acréscimos devidos, totalizando R\$ 26.426,04, pugnando que seja declarada a extinção do crédito tributário respectivo, nos termos do Art. 156, inciso I do Código Tributário Nacional.

Ressalta que quanto às infrações 11 e 18 mencionadas acima, parte da exigência será impugnada conforme as razões a seguir delineadas, e parte da exigência será reconhecida como devida, isto porque, admite que em alguns dias específicos de sua operação foram promovidas algumas parametrizações e alterações tributárias em seus sistemas de faturamento, sendo que, por falhas técnicas, as retenções do ICMS ST realmente não foram feitas nestes dias. Sobre estes valores reconhecidos pede que lhe seja garantido o direito de recolher o débito com a redução da multa de até 80%.

Aduz que todos os demais valores ficam, desde já, devidamente impugnados consoante as razões a seguir apresentadas.

INFRAÇÃO 01: 08.10.02 – QUEROSENE E AGUARRAS

Alega que o querosene comercializado é utilizado em limpeza geral e para diluição de tintas, e que a aguarrás é um solvente mineral filtrado para uso geral como limpeza de pisos, tapetes, peças, ferramentas, correntes, etc. e que ambos teriam o MVA de 30% conforme inciso IV, § 1º da cláusula 3ª do Convênio 03/99. Discordou que tais produtos estariam contemplados com a não incidência prevista no art.155, § 2º, X, "b", da CF e portanto não poderia ser enquadrado no inciso III do § 1º da cláusula 3ª do citado Convênio o que resultaria em MVA de 56,63%.

Ou seja, aduz que a fiscalização enquadrou ambas operações no disposto na alínea “c” do Inciso III do §1º da Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 03/99, com MVA de 56,63%, enquanto entende que a operação está enquadrada no Inciso IV do §1º da Cláusula Terceira do referido Convênio, com MVA de 30%.

INFRAÇÃO 11: 08.18.03 – ÓLEO DE PEROBA

Esclarece que esta infração relativa a fatos geradores ocorridos entre janeiro de 2006 e dezembro de 2007, contempla além dos valores relativos a falta de recolhimento do ICMS ST em decorrência de problemas operacionais no seu sistema de faturamento em alguns dias específicos, a ausência de recolhimento do ICMS ST sobre as vendas do produto “Óleo de Peroba”.

Em seguida, alega que este produto tem a classificação NCM no título 27 - combustíveis minerais, óleos minerais e produtos da sua destilação, matérias betuminosas, ceras minerais, subtítulo 2710 - Óleo de petróleo ou de minerais betuminosos, contendo como constituintes básicos 70% ou mais de óleos de petróleo ou de minerais betuminosos, e que o mesmo tem a classificação NCM 2710.1999 (outros) conforme informações do fabricante.

Assevera que o código NCM do óleo de peroba encontra-se no Convênio 74/94, porém especificado no item das preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas, vernizes e outros, mas que o referido NCM não consta no item que trata das preparações para conservação e limpeza de móveis de madeira, soalhos e de outros artigos de madeira, e que portanto não estaria sujeito ao regime de substituição tributária pelo citado Convênio, pois serve para limpar, lustrar e proteger móveis (fl.565).

Assim, sustenta que o “Óleo de Peroba” comercializado pela empresa e objeto da autuação, está enquadrado na NCM 27101919, e não está sujeito ao regime de substituição tributária previsto pelo Convênio ICMS nº 74/94.

INFRAÇÃO 18: 07.02.03 – CAFÉ MELITA DESCAFEINADO E CEREAIS

Esclarece que esta infração refere-se além dos valores relativos a falta de recolhimento do ICMS ST em decorrência de problemas operacionais no sistema de faturamento da Impugnante em alguns dias específicos, a presente exigência fiscal está adstrita a ausência de recolhimento do ICMS ST sobre as vendas dos produtos “Café Melita Descafeinado”

No caso do Café Melita Descafeinado, entende o defendente que o referido café é solúvel e que estaria utilizando o mesmo NCM do fabricante ou seja, NCM 2101.1110 (café solúvel, mesmo descafeinado) e que o fato de ser descafeinado seria apenas um detalhe do café solúvel e passa a descrever a fabricação do produto.

Para fundamentar seu entendimento de que café descafeinado não se confunde com café solúvel descafeinado, explica que o café solúvel é uma forma de café instantâneo com vários processos de fabricação na qual sofre desidratação e pode ser encontrado sob a forma de pó ou grânulos, enquanto que o café descafeinado é aquele no qual se extrai a cafeína existente no produto.

Quanto ao produto Cereal Kellogs e Cereal Nestlé - NCM 1904.10.00, o sujeito passivo concorda que a mercadoria enquadra-se na classificação estabelecida no Art. 353, inciso II, item 29.1, porém, alegou que não são todos os produtos enquadrados neste NCM que estão no campo da incidência do ICMS-ST, mas somente aqueles que são salgados.

Discordou da classificação fiscal dada ao produto pelo fisco baiano, por entender que o item 29 do inciso II do artigo 353 do decreto 6.284/97 prevê a responsabilidade pelo recolhimento de ICMS ST decorrente da venda de salgados industrializados. Já o subitem 29.1 da referida lei em que o fisco baiano alega que o Cereal vendido pela Impugnante se enquadra, trata de salgados produzidos à base de cereais - NCM 1904.10.00 e 1904.90.00.

Observa que apesar de ser enquadrado na NCM 1904.10.00 e este item está descrito na legislação baiana, deve-se considerar que não é escopo do legislador abranger todos aqueles produtos inseridos dentro do universo daquela NCM. A legislação baiana elegeu como itens que deverão ter o ICMS ST recolhido somente aqueles constantes na NCM 1904.10.00 **que são salgados e somente estes**.

Desta forma, argumenta que os demais itens que, apesar de fazerem parte do universo que a NCM compreende e não forem salgados, não são abrangidos pela substituição tributária, tais como, os cereais matinais à base de milho, em que pese se enquadrarem no universo da NCM 1904.10.00 não estão sujeitos à legislação baiana justamente por não serem salgados industrializados.

Ao final, requer: a nulidade da autuação por cerceamento de defesa, pela não entrega dos arquivos eletrônicos na extensão “xls”, ou caso contrário o saneamento do processo com a disponibilização dos referidos arquivos, com a garantia do direito ao pagamento de eventuais débitos apurados como devidos com redução do valor da multa em até 80%; a homologação dos valores já reconhecidos e recolhidos; e a revogação do Auto de Infração quanto a exigência fiscal relativa às operações de comercialização dos produtos querosene, aguarrás, óleo de peroba, café descafeinado e cereais.

Requer ainda sejam as intimações e notificações referentes ao presente Processo Administrativo Fiscal realizadas e encaminhadas aos advogados Rosiris Paula Cerizze Vogas, inscrita na OAB/MG sob o nº 96.702 e ao advogado Pauliran Gomes e Silva, inscrito na OAB/MG sob nº 70.112, na Cidade de Uberlândia, Estado de Minas Gerais, na Rua Jataí, nº 1150, Bairro Aparecida, CEP 38400-632.

Na informação fiscal às fls.626 a 630, os autuantes rebateram a preliminar de nulidade dizendo que a ação fiscal transcorreu na estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, cujas cópias dos demonstrativos de débito detalhados, nota a nota, item a item, separados por Convênios e Protocolos, foram regularmente entregues para a exata identificação do crédito tributário reclamado.

Esclareceram que foram disponibilizados arquivos eletrônicos extensão “pdf” dos mesmos demonstrativos para facilitar a visualização do auto de infração. A entrega ou a falta de entrega dos referidos arquivos em extensão “xls” ou em quaisquer outros meios adicionais, conforme argumenta o autuado, é deliberação livre e espontânea d pode o contribuinte alegar cerceamento do direito de defesa q

entregues o auto de infração com todas as cópias do demonstrativo na forma impressa, conforme determina o RPAF.

Consideraram descabido o pedido de dilação de prazo para defesa ou para pagamento do auto de infração com redução da multa aplicada.

No mérito, os prepostos fiscais formularam sua informação fiscal quanto a alegação defensiva de que os produtos seguintes não estariam sujeito à substituição tributária, ponderando:

Aguarrás – Concordaram com o contribuinte e reconheceram que este produto não está contemplado com a não incidência prevista no art.155, § 2º, X, "b", da CF, ficando assim, enquadrado no inciso IV do parágrafo 1º da cláusula terceira do Convênio 03/99.

Querosene – Salientam que no informativo juntado pelo próprio autuado, fls.591 e 584, este produto trata-se, entre outras características, de combustível. Observam que possui diversas características, conferindo tanto poder de solvência quanto poder de fulgor, portanto utilizado domesticamente como combustível na iluminação em lampiões e lâmparas, o que de fato ocorre com bastante frequência. Entendem que sendo o querosene um combustível derivado de petróleo, enquadra-se na alínea "c" do inciso III, § 1º da cláusula terceira do Convênio 03/99, pois o produto é contemplado com a não-incidência prevista no art. 155, § 2º, X, "b", da Constituição Federal, portanto, dizem que tem MVA de 56,63%.

Óleo de Peroba – Salientam que embora o fabricante utilize a NCM 27101999, o produto refere-se às preparações para conservação e limpeza de móveis de madeira, soalhos e de outros artigos de madeira, conforme consta no item 16.7.3 do inciso II do Art. 353 do RICMS/BA.

Frisam que o produto não confere relação alguma com o NCM informado pelo autuado, que trata dos combustíveis minerais, óleos minerais e produtos da sua destilação, matérias betuminosas, ceras minerais e subtítulo 2710 - Óleo de petróleo ou de minerais betuminosos, contendo como constituintes básicos 70% ou mais de óleos de petróleo ou de minerais betuminosos.

Sobre a alegação do autuado no sentido de que o NCM do óleo de peroba encontra-se no Convênio 74/94 especificado no item das preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas, vernizes e outros, mas que o referido NCM não consta no item que trata das preparações para conservação e limpeza de móveis de madeira, soalhos e de outros artigos de madeira, e portanto não estaria sujeito ao regime de substituição tributária pelo Convênio 74/94, salienta que embora o próprio contribuinte afirme que o produto tem a função de limpar, lustrar e proteger móveis (fl.565) bem como folheto explicativo às fl.58, entendem que “óleo de peroba” encontra-se perfeitamente enquadrado no item retro citado das preparações para conservação e limpeza de móveis de madeira, soalhos e de outros artigos de madeira.

Café Melita Descafeinado – Destacam que o produto, cujo código do contribuinte é 1642860, tem como descrição café melitta descafeinado 250g, conforme registro 75 do arquivo magnético fornecido pelo autuado. Frisam que a partir das informações do fabricante, verificam-se duas linhas de produtos: Linha torrado e moído e a Linha instantânea café solúvel. Portanto, o café descafeinado tanto é comercializado como café solúvel quanto café torrado e moído. Dizem que a linha Instantâneo Mellita (café solúvel) é comercializado nas versões 50g, 100g e 200g, enquanto o café torrado e moído é apresentado nas embalagens 250g e 500g. Chamam a atenção de que próprio autuado faz a mesma distinção às fl.567 e ainda, faz acostar ao PAF, cópia da nota fiscal do fabricante às fl.597 onde mostra que a NCM utilizada pelo fabricante é 09012200.

Cereais Kellogs e Nestlé – Ressaltam que a NCM - 1904.10.00 - o item 29 do inciso II do art. 353 do RICMS provem da Lei 7660/00 no seu anexo I, item 7, dispõe: “7 - *Balas, bombons, caramelos, chocolates em barras, tabletes ou paus, confeitos, dropes, gomas de mascar, ovos-de-páscoa à base de chocolate, pastilhas, picolés, pirulitos, salgados e sorvetes, desde que industrializados.*”. Argumentam que o RICMS deixa claro a exigência 1904.10.00 com descrição genérica de salgados, e que por se tratar

industrializados, pois mesmo no item 7 do Anexo I da Lei 7660/00 existem vários produtos tanto doces quanto salgados, com a única ressalva de serem industrializados é devida a exigência fiscal.

Concluem ratificando a autuação, e solicitam o julgamento PROCEDENTE EM PARTE do Auto de Infração.

Na manifestação às fls.633 a 634, o autuado diz que a SEFAZ/Ba disponibilizou as planilhas referentes ao auto de infração na extensão (.pdf), porém, alegou que ficou impossibilitado de analisar o conteúdo das informações para dimensionar os valores eventualmente devidos ou aqueles passíveis de impugnação.

Esclarece que expôs a situação para o Sr. Amarildo Tosta Santos - Supervisor do Segmento Atacado (Cad 279.776-5) e para a Sra. Márcia Libório Fraga Lima - Supervisara de ST (Cad 271.331-3), tendo sido requerido o envio dos arquivos na extensão (.xls), pelo que foi informado da impossibilidade do deferimento de seu pleito em virtude dos arquivos estarem nos computadores dos fiscais autuantes que estavam de férias.

Por conta disso, solicitou o envio dos arquivos referentes ao auto de infração na extensão (xls.), com a dilação de 15 (quinze) dias do prazo de defesa contados à partir do recebimento dos referidos arquivos.

Conforme intimação à fl.639, o sujeito passivo foi cientificado do teor da informação fiscal, mediante a entrega das folhas 626 a 631, tendo se manifestado no prazo concedido, fls. 641 a 644, com base nas razões defensivas.

Reitera que houve cerceamento do seu direito de defesa, vez que os arquivos eletrônicos contendo o demonstrativo de apuração do ICMS ST, os quais serviram de base para a composição da exigência fiscal, não haviam sido disponibilizados pela autoridade administrativa juntamente com o Auto de Infração em formato "xls" (excel) mas tão somente impressos.

Reafirma que considerando a quantidade e nível das informações contidas no Auto de Infração, quando da apresentação de sua Impugnação não foi possível dimensionar com suficiente segurança todos os valores que entendia como devidos, já que em alguns dias foram feitas parametrizações no sistema de faturamento, sendo que por falhas técnicas operacionais o ICMS ST deixou de ser retido e recolhido.

Confirma que um dos auditores no dia 25/02/2010 enviou os arquivos eletrônicos em formato "xls", e a partir desta data foi possível a conclusão das análises da contribuinte quanto aos valores que entendia como efetivamente devidos em relação ao Auto de Infração, conforme memória de cálculo resumo constante da tabela a seguir:

ANO 2006			Infração 11 - 08.18.03		Infração 18 - 07.02.03	
Mês	Valor total Orig Reconhecido	Data Venc.	Valor Reconhecido	Valor Exigido	Valor Reconhecido	Valor Exigido
janeiro	112,86	9/2/2006	112,86	1.504,65		
março	4.436,84	9/4/2006	1.071,35	1.071,35	3.365,49	3.530,27
abril	846,59	9/5/2006			846,59	1.883,67
maio	1.286,30	9/6/2006			1.286,30	1.646,82
junho	998,41	9/7/2006			998,41	1.969,65
julho	1.195,87	9/8/2006			1.195,87	2.060,23
novembro	836,13	9/12/2006			836,13	2.714,33
TOTAL	9.713,00					

ANO 2007			Infração 11 - 08.18.03		Infração 18 - 07.02.03	
Mês	Valor total Orig.Reconhecido	Data Venc.	Valor Reconhecido	Valor Exigido	Valor Reconhecido	Valor Exigido
maio	12,81	9/6/2007			12,81	1.573,41
setembro	195,99	9/10/2007	195,99	3.557,33		
TOTAL	208,80					

Salienta que na informação fiscal os autuantes concordaram com os seus argumentos em relação ao produto "Aguarrás", vez que o mesmo não está contemplado com a não incidência prevista no Art. 155, parágrafo 2º, X, b da CF, devendo, portanto, ser enquadrado no inciso IV do parágrafo 1º da cláusula terceira do Convênio 03/99 e não na alínea c do inciso III do parágrafo 1º da cláusula terceira do aludido Convênio, tornando indevido o lançamento do débito em relação a este produto, porém, apresentaram a mesma planilha constante à fl.631, sem a exclusão deste item da autuação.

Reitera que todos os demais valores continuam devidamente impugnados consoante as razões já apresentadas na peça impugnatória.

Conclui, requerendo que:

a) seja declarada a extinção do crédito tributário pago conforme comprovante em anexo, nos termos do Art. 156, I do CTN;

b) seja reconhecido crédito em favor da contribuinte correspondente a diferença entre o valor da multa paga em decorrência do reconhecimento do débito retro mencionado e o benefício de "redução da multa em até 70% para os casos de pagamento efetuados entre o 11º e o 20º dia contados da data de ciência do Auto de Infração", vez que apenas teve acesso aos arquivos eletrônicos completos para cálculo do débito em 25/02/2010 tendo o pagamento sido realizado aos 11/03/2010, ou caso não seja este o entendimento destes r. julgadores, que seja reconhecido crédito equivalente a "redução de 25% do valor multa, para os pagamentos efetuados até antes do julgamento do processo administrativo fiscal pelo CONSEF".

c) revogação do total do saldo remanescente do débito exigido no Auto de Infração e que não foi pago e reconhecido pelo contribuinte, quanto a exigência fiscal relativa às operações de comercialização dos produtos querosene, óleo de peroba, café descafeinado e cereais, nos termos da peça impugnatória apresentada.

Considerando que na informação fiscal os autuantes concordaram, em relação ao item 01, com o argumento defensivo de que o produto "Aguarrás" não está contemplado com a não incidência prevista no Art. 155, parágrafo 2º, X, "b" da CF, e se enquadra no inciso IV do parágrafo 1º da cláusula terceira do Convênio 03/99, e não na alínea "c" do inciso III do parágrafo 1º da cláusula terceira do aludido Convênio, tornando indevido o lançamento do débito em relação a este produto, porém, apresentaram a mesma planilha constante à fl.631, sem a exclusão deste item da autuação.

Foi proposto pelo Relator e acatado pelos membros da 2ª JF, na pauta suplementar do dia 27/07/2010, baixar o processo em diligência à IFEP COMÉRCIO, para que os autuantes adotassem as seguintes providências:

- Refizesse o levantamento fiscal que serviu de base ao lançamento do débito da infração 01 considerando a MVA de 30%, tendo em vista que, conforme eles admitiram, a operação está enquadrada no Inciso IV do §1º da Cláusula Terceira do Convênio ICMS 03/99.
- Se da alteração anterior resultasse imposto a recolher, elaborasse demonstrativo indicando os totais mensais a serem mantidos neste item da autuação.

Foi recomendado que a Infaz de origem, após o cumprimento das providências por parte dos autuantes, expedisse intimação ao contribuinte autuado, com a concessão do prazo de 10 (dez) para o exercício da ampla defesa e do contraditório, mediante a entrega, sob recibo, de cópias dos documentos juntados ao processo por força da presente diligência (demonstrativos, levantamentos, informação fiscal, etc); e cópia do pedido de diligência constante à fl.678.

À fl.681, os autuantes informam atendendo ao pedido de diligência dizem está anexando pela segunda vez o “Resumo – Retido a menor e falta de retenção – 2006/2007”. Observando que este demonstrativo é de teor e valores iguais ao anteriormente anexado quando da informação fiscal (fl.631), no qual, já havia sido excluído o produto “Aguarrás”.

Conforme intimação e AR dos Correios às fls.683 a 684, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal, tendo se manifestado às fls.686 a 689, com base nos seguintes esclarecimentos e razões defensivas.

1 - Informa que em 19/01/2010 em sua impugnação administrativa reconheceu como devido parte do crédito tributário exigido no valor original de R\$15.988,67, tendo naquela oportunidade juntado aos autos comprovante de recolhimento de tal montante efetuado em 18/01/2010, acrescido de juros e multa, o que fez a quantia de R\$ 26.426,04;

2- Diz que em 15/03/2010 em relação às informações fiscais de fls. 626 a 631, reconheceu como devida mais uma parcela do crédito tributário exigido, no valor original de R\$9.921,79, tendo juntado aos autos o respectivo comprovante de recolhimento de tal montante efetuado em 11/03/2010, acrescido de juros e multa, o que fez a quantia de R\$ 19.089,24.

3 - Ressalta que tal providência foi adotada após a apresentação da impugnação, pois conforme restou consignado, que houve cerceamento do direito de defesa, na medida em que os auditores fiscais, somente disponibilizaram os arquivos que deram ensejo a autuação no formato “xls” em 25/02/2010.

4 - Observa que em sua manifestação anterior requereu expressamente o reconhecimento de crédito em seu favor correspondente a diferença entre o valor da multa paga em decorrência do reconhecimento do débito retro mencionado e o benefício de “redução da multa em até 70% para os casos de pagamento efetuados entre o 11º e o 20º dia contados da data de ciência do Auto de Infração”, com base na alegação de que apenas teve acesso aos arquivos completos para cálculo do débito em 25/02/2010, tendo o pagamento sido realizado aos 11/03/2010. Aduz que caso não seja este o entendimento dos r. julgadores, que seja reconhecido, o crédito equivalente a “redução de 25% do valor da multa, para os pagamentos efetuados até antes do julgamento do processo administrativo fiscal pelo CONSEF.

5- Frisa que a discussão do Auto de Infração, deve se limitar, doravante, somente a exigência fiscal relativa às operações de comercialização dos produtos querosene, óleo de peroba, café descafeinado e cereais, nos termos da peça impugnatória já apresentada.

6 - Observa que em cumprimento à diligência determinada pelo órgão julgador, os autuantes esclareceram que já haviam retificado o lançamento para excluir a parte incontroversa do crédito tributário, isto é, em relação ao lançamento do ICMS sobre a venda do produto “Aguarrás”, tendo sido juntada nova planilha resumo.

7 - Argumenta que ao contrário do que foi requerido, não foi excluído o crédito tributário já extinto pelo pagamento, consoante suso demonstrado, tendo sido mantida a exigência fiscal, mesmo diante dos comprovantes de pagamento parcial do débito objeto do Auto de Infração carreados ao processo.

8 - Assim, ressalta que o lançamento com todas as retificações necessárias para que seja possível dar sequência ao processo somente em relação à parte controversa, deveria ter sido feito nos exatos termos da planilha em anexo.

Ao final, requer:

a) *“seja retificado o lançamento conforme planilha anexa e declarada a extinção do crédito tributário já pago, nos termos do Art. 156, I do CTN;*

b) *seja reconhecido crédito em favor da contribuinte correspondente a diferença entre o valor da multa paga em decorrência do reconhecimento do débito retro mencionado e o benefício de “redução da multa em até 70% para os casos de pagamento efetuados entre o 11º e o 20º dia contados da data de ciência do Auto de Infração”, vez que a contribuinte apenas teve acesso aos arquivos eletrônicos completos para cálculo do débito em 25.02.2010 tendo o pagamento sido realizado aos 11.03.2010, ou caso não seja este o entendimento destes r. julgadores, que seja reconhecido crédito equivalente a “redução de 25% do valor multa, para os pagamentos efetuados até antes do julgamento do processo administrativo fiscal pelo CONSEF”.*

c) *prosseguimento do processo em relação ao saldo remanescente do débito exigido no Auto de Infração e que não foi pago e reconhecido pela contribuinte, quanto a exigência fiscal relativa às operações de comercialização dos produtos querosene, óleo de peroba, café descafeinado e cereais, nos termos da peça impugnatória já apresentada.”*

Os autuantes se manifestam à fl.702, argüindo que o contribuinte autuado não interpôs arrazoadado defensivo à sua informação fiscal prestada por força da diligência fiscal, e retornaram o processo para o CONSEF.

Foram juntados às fls.704 a 712, extrato do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, referente a recolhimentos efetuados das parcelas reconhecidas pelo autuado em sua defesa administrativa, no montante de R\$15.988,67 e R\$ 9.921,79 (valor principal).

VOTO

Analisando, inicialmente, a preliminar de nulidade, a pretexto de cerceamento do direito de defesa, sob alegação de que não foram disponibilizados, juntamente com o auto de infração, os arquivos eletrônicos (extensão xls.) elaborados pela fiscalização contendo o demonstrativo de apuração do ICMS ST, retido a menor ou não retido, os quais serviram de base para a composição da exigência fiscal, verifico que no curso do processo o pedido do contribuinte foi devidamente atendido pelos autuantes, tendo o próprio sujeito passivo declarado à fl.642, que em 25/02/2010, foram enviados os arquivos no formato solicitado, possibilitando, assim, o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Quanto ao pedido do contribuinte para dilação do prazo de defesa para mais 15 (quinze) dias contados a partir do recebimento dos arquivos disponibilizados pela fiscalização, verifico que, a previsão legal contida no § 7º do artigo 127 do RPAF/99, é de que no caso de serem anexados novos elementos ao processo, o prazo estabelecido é de 10 (dez) dias, prazo esse, que foi devidamente cumprido, conforme intimação à fl.639.

Assim, fica rejeitada a argüição de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie as disposições contidas no artigo 18, incisos II e III, do RPAF/BA aprovado pelo Decreto 7.629 de 09/07/1999.

Ainda em preliminar o autuado pediu que seja reconhecido crédito em sem favor correspondente a diferença entre o valor da multa paga em decorrência do reconhecimento do débito e o benefício de "redução da multa em até 70% para os casos de pagamento efetuados entre o 11º e o 20º dia contados da data de ciência do Auto de Infração", vez que apenas teve acesso aos arquivos eletrônicos completos para cálculo do débito em 25/02/2010, tendo o pagamento das parcelas reconhecidas sido realizado em 11/03/2010, ou caso não seja este o entendimento do órgão julgador, que seja reconhecido crédito equivalente a "redução de 25% do valor multa, para os pagamentos efetuados até antes do julgamento do processo administrativo fiscal pelo CONSEF".

Deixo de acolher o pleito do contribuinte, tendo em vista que o prazo é contado a partir da ciência do auto de infração, e não existe previsão legal para dilação do prazo para redução da multa por descumprimento de obrigação principal.

No mérito, nos itens 01 a 09 a acusação fiscal diz respeito a retenção a menor do ICMS ST, enquanto que nos itens 10 a 18, o fulcro da autuação é que o autuado deixou de proceder a retenção do ICMS-ST, conforme demonstrativo à fl.20, no qual, encontram-se especificados os débitos de acordo os respectivos convênios, protocolos e portarias.

Tendo em vista que na impugnação apresentada em 19/01/2010 (fls.553 a 572), o sujeito passivo impugnou apenas as infrações 1, 11 e 18, ante o seu reconhecimento quanto às demais infrações, considero todas elas subsistentes, inclusive o autuado já comprovou o devido recolhimento, no valor principal de R\$ 15.988,67, conforme DAE à fl.592.

Quanto aos itens impugnados, na análise das peças processuais é possível concluir o seguinte.

Infração 01 – Trata de exigência fiscal relativa a retenção a menor do ICMS, no valor de R\$3.962,67, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de QUEROSENE E AGUARRÁS realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, em razão de erro na aplicação da MVA, conforme documentos às fls. 04 a 120.

No tocante ao produto “Querosene”, o autuado discute que a MVA deve ser de 30%, nos termos do inciso IV, § 1º da cláusula 3ª do Convênio 03/99, enquanto que a fiscalização aplicou a MVA de 56,63%, enquadrando no inciso III, “c”, do citado dispositivo.

De acordo com o inciso IV, § 1º da cláusula 3ª do Convênio 03/99, in verbis:

Cláusula terceira A base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente.

§ 1º Na falta do preço a que se refere o "caput", a base de cálculo será o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o substituto, ou, em caso de inexistência deste, o valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, ainda, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais de margem de valor agregado:

I - na hipótese em que o sujeito passivo por substituição seja a distribuidora de combustíveis, como tal definida e autorizada pelo órgão federal competente, em relação aos produtos indicados no Anexo I, os percentuais nele constantes;

II - na hipótese que o sujeito passivo por substituição seja produtor nacional de combustíveis, em relação aos produtos indicados no Anexo II, os percentuais nele constantes;

III - em relação aos demais produtos não abrangidos pelos incisos I e II, contemplados com a não-incidência prevista no art. 155, § 2º, X, “b”, da Constituição Federal:

(...)

c) 56,63% nas operações interestaduais quando a alíquota interna do produto na unidade federada de destino for 17%;

IV - em relação aos demais produtos não referidos nos incisos anteriores, 30%. (grifamos)

Portanto, para que seja considerado o disposto no inciso III, “c”, acima transcrito, necessário que o produto esteja sujeito a não incidência prevista no Art. 155, § 2º, X, “b”, da Constituição Federal.

Neste caso, considero desacertado o entendimento da fiscalização em aplicar a MVA de 56,63%, uma vez que o aludido dispositivo constitucional aplica-se às operações que destinem aos outros Estados, petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, por distribuidora nacional de combustíveis. Deste modo, não subsiste esta parte da exigência fiscal descrita no item 01, pois o produto, apesar de derivado de petróleo, o autuado não é distribuidor nem produtor de petróleo.

Com relação ao produto “Aguarrás”, considerando que os autuant de que este produto não está contemplado com a não incidência p

da CF, ficando assim, enquadrado no inciso IV do parágrafo 1º da cláusula terceira do Convênio 03/99, o débito inerente a tais produtos torna-se insubsistente.

Observo que a NCM da Aguarras é a 27101130, conforme Nota Fiscal nº 781460, da Renner Sayerlock S/A, fl.608, e também não se enquadra como petróleo, combustível ou lubrificantes.

Desta forma, considero insubsistente este item da autuação.

Infração 11 – Este item faz referência à falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de ÓLEO DE PEROBA realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O débito lançado no Auto de Infração totaliza a cifra de R\$ 58.188,59, sendo que o autuado reconheceu como devido o total de R\$ 1.380,20, justificando que o não recolhimento decorreu de problemas operacionais no seu sistema de faturamento, conforme demonstrativo à fl.642.

Quanto ao valor de R\$ 56.808,39, o sujeito passivo o impugnou sob alegação de que o produto “Óleo de Peroba” comercializado pela empresa e objeto da autuação, não está sujeito ao regime de substituição tributária previsto pelo Convenio ICMS nº 74/94, pois tem a classificação fiscal NCM 27101919, qual seja, no título 27 - combustíveis minerais, óleos minerais e produtos da sua destilação, matérias betuminosas, ceras minerais, subtítulo 2710 - Óleo de petróleo ou de minerais betuminosos, contendo como constituintes básicos 70% ou mais de óleos de petróleo ou de minerais betuminosos, e que o mesmo tem a classificação NCM 2710.1999 (outros) conforme informações do fabricante.

Ocorre, que de acordo com a Nota Fiscal nº 212083, da Manufatura Produtos King Ltda, fl.594, a NCM deste produto é 2710.1999, logo, está sujeita à substituição tributária, conforme Item II do Anexo ao Convênio ICMS 74/94.

Logo, considero correto o entendimento dos autuantes de que este produto, embora o fabricante utilize a NCM 27101999, o mesmo é utilizado nas preparações para conservação e limpeza de móveis de madeira, soalhos e de outros artigos de madeira, e está submetido ao regime de substituição tributária, conforme 16.7.3 do inciso II do artigo 353, do RICMS/97. Mantido o lançamento.

Infração 18

Diz respeito à falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de **CAFÉ MELITA DESCAFEINADO E CEREAIS** realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A tese defensiva é de que o Café Melita Descafeinado, estaria enquadrado na NCM do fabricante ou seja, NCM 2101.1110 (café solúvel, mesmo descafeinado), e que o fato de ser descafeinado seria apenas um detalhe do café solúvel e passa a descrever a fabricação do produto.

Examinando a Nota Fiscal de Entrada nº 425230, da Mellita do Brasil Ltda, fl.597, verifico que a NCM nela constante é 0901.2200, e portanto, está relacionada no Anexo ao Convênio ICMS nº 74/94, para fins de substituição tributária, e especificado no item 10, do inciso II do artigo 353 do Decreto nº 6.284/97.

Quanto ao produto Cereal Kellogs e Cereal Nestlé - NCM 1904.10.00, o patrono do autuado concorda que a mercadoria enquadra-se na classificação estabelecida no Art. 353, inciso II, item 29.1, porém, alegou que não são todos os produtos enquadrados nesta NCM que estão no campo da incidência do ICMS-ST, mas somente aqueles que são salgados industrializados.

O citado dispositivo legal, não deixa dúvida de que o produto em questão por está enquadrado na NCM 1904.10.00, está sujeito ao recolhimento do ICMS-ST, o que torna subsistente a exigência fiscal. Mantido o lançamento.

Ante o exposto, a configuração do Auto de Infração passa a ser a cc

INFRAÇÃO	Valor Orig.Lançado	Valor Reconhecido e Rec.(DAE fl.592)	Valor Reconhecido e Rec.(DAE fl.645)	Infração Improcedente	Infração Procedente
1	3.962,67			3.962,67	
2	5,78	5,78			
3	103,99	103,99			
4	2,68	2,68			
5	3,00	3,00			
6	3,88	3,88			
7	0,12	0,12			
8	0,71	0,71			
9	4,51	4,51			
10	508,26	508,26			
11	58.188,59		1.380,20		56.808,39
12	12.172,49	12.172,49			
13	16,08	16,08			
14	2.483,48	2.483,48			
15	571,60	571,60			
16	52,76	52,76			
17	59,33	59,33			
18	30.438,53		8.541,60		21.896,93
TOTAIS	108.578,46	15.988,67	9.921,80	3.962,67	78.705,32

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$104.615,79, devendo serem homologados os valores de R\$15.988,67 e R\$9.921,80, recolhidos conforme DAEs às fls.558 e 645, respectivamente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **282219.1201/09-2**, 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\$104.615,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, “II, “e”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos através dos DAEs às fls.558 e 645.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR