

A. I. Nº - 279463.0005/10-2  
AUTUADO - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.  
AUTUANTE - KÁTIA M. DACACH MACHADO FRÁGUAS e WILSON F. DE OLIVEIRA JÚNIOR  
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL  
INTERNET 25.08.2011

## 5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0221-05/11

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ISENTAS. Exigência reconhecida; b) MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Acolhida parte das razões de defesa. Exigência parcialmente subsistente; 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO. Exigência reconhecida. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Exigências parcialmente subsistentes, após consideração parcial das razões de defesa. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/05/2010, exige o débito no valor de R\$ 84.071,66, conforme documentos às fls. 12 a 134, inerente ao exercício de 2009, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 779,48, referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto;
- 2 Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 8.715,45, referente à aquisição de mercadorias com pagamento de imposto por substituição tributária;
- 3 Deixou de reter o ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$ 106,05, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas e subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes inaptos localizados neste Estado;
- 4 Recolhimento a menor do ICMS, no valor de R\$ 72.655,41, em razão de erro na classificação tributária e aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias através de ECF;
- 5 Recolhimento a menor do ICMS, no valor de R\$ 1.815,27, em razão de erro na classificação tributária e aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias através de notas fiscais.

O autuado nos termos da Lei nº 11.908/10, requer o pagamento do débito integral das infrações 1 e 3, e parcial das infrações 2, 4 e 5, no total reconhecido de R\$ 8.552,03, consoante documentos às fls. 136 a 138 dos autos.

Em seguida, apresenta defesa tempestiva, às fls. 149 a 163, na qual, inicialmente, cita doutrina sobre o princípio da legalidade, concluindo que “*Ora, não estando o fato da vida tipificado no dispositivo legal, apontado como violado, nem sendo possível interpretar-se norma, de caráter punitivo, de modo ampliativo, a conclusão é uma só, ou seja, a Administração violou o princípio da legalidade, que lhe é imposto pelo “caput” do art. 37 e, do mesmo modo, violou direito fundamental do Recorrente, Autuado, inserido no art. 5º, inciso II, da Lei Maior, não podendo, portanto, subsistir o Auto de Infração.*” (sic)

Sustenta, também, a improcedência do lançamento de ofício, especificamente, quanto à apuração do ICMS sob o fundamento de utilização indevida de crédito fiscal e de erro na aplicação de alíquota nas saídas de mercadorias por parte do contribuinte. Aduz que não há como prosperar a

imposição fiscal, considerando que os dispositivos legais relacionados no Auto de Infração, tidos como infringidos, não são aplicáveis às hipóteses levantadas na verificação fiscal.

Inerente à primeira infração, reconhece a procedência do lançamento de ofício e, em consequência, recolhe o valor integral do imposto no importe de R\$ 779,48.

No tocante à segunda infração, reconhece parte da exigência, no valor de R\$ 1.116,48, e impugna o montante de R\$ 7.598,97, sob o entendimento de que, com base na NCM/SH (fl. 165), os produtos não estão sujeitos ao regime da substituição tributária, em face do princípio da especificidade. Assim, segundo o autuado, como os produtos estão sujeitos ao regime normal de tributação, escriturou as respectivas notas fiscais e, em consequência, aproveitou o crédito fiscal. Afirma que as mercadorias objeto de aproveitamento de crédito fiscal estão fora do campo de abrangência do Convênio ICMS 110/2007, Protocolo ICMS 41/2008, Decreto nº. 11.462/2009 e art. 353, II, do RICMS/BA, ou seja, não estão inseridos no rol daqueles produtos sujeitos à substituição tributária. A título de exemplo, cita que o produto “AUTO. ADITIVO P/ RADIADOR – NCM 29053100” não está inserido no Convênio ICMS 110/2007, que trata do regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo. Como também que o produto “AUTOM. CAPA P/ CARRO – NCM 63079090” não faz parte do Protocolo ICMS 41/2008, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais. Assim como os produtos “BEB. CHOPP & VINHO LECKER; CAF-GAS CARBÔNICO e CATUABA”, também não estão inseridos no Decreto nº. 11.462/2009, que procedeu à alteração nº 116 ao RICMS/BA e alterou o art. 353, II, item 2, do RICMS/BA. Destaca que, conforme Acórdão JJF nº. 0146-03/03, o entendimento do CONSEF é no sentido de que os referidos produtos sejam excluídos do levantamento fiscal por falta de acordo ou protocolo que preveja a substituição tributária. Assim, concluiu que o crédito foi utilizado de forma regular.

Com relação à terceira infração, também reconheceu a exigência e efetuou o recolhimento do ICMS no valor de R\$ 106,05.

No tocante às infrações 4 e 5, relativas ao recolhimento a menor do ICMS em face de erro na aplicação da alíquota (ECF e NF), o autuado aduz que reconheceu como devido o imposto apurado no valor de R\$ 6.037,05, inerente à infração 4, e R\$ 513,55 referente à infração 5, valor pago conforme DAE (fl. 164). Salienta que a planilha de relação de produtos, às fls. 166/167, identifica as mercadorias, o número do documento fiscal e a base de cálculo que serviu de base para a quantificação do valor do imposto pago.

Quanto ao valor impugnado de R\$ 67.920,08, salienta o defendente que os prepostos fiscais deixaram de considerar as seguintes situações tributárias: produtos sujeitos ao regime da substituição tributária; produtos com base de cálculo reduzida para 12%; produtos com alíquota de 7% e classificação do produto de acordo com a NCM/SH. Ressalta que, com a finalidade de facilitar a identificação do produto e sua real situação tributária, anexou planilha contendo a listagem dos produtos, valores, embasamento legal e observação.

Alega o autuado que, no que se refere aos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, não há que se falar em diferença de imposto em virtude do encerramento da fase de tributação, a teor do artigo 353 do RICMS. Cita, a título de exemplo, que os autuantes relacionaram em sua planilha os seguintes produtos:

1. Cachaça composta (Old Cesar 88; Pitu Cola; Sapupara Limão e Villa Velha), cujas mercadorias foram incluídas no regime de substituição tributária em 10/03/2009 pelo Decreto nº. 11.462/2009, acrescentando o item 23 ao anexo 86 do RICMS/BA. Salienta, ainda, que apurou e recolheu o ICMS sobre todo o valor de estoque de mercadorias existentes em seu estabelecimento, por força do art. 5º, IV, do Decreto nº. 11.462/09, encerrando, assim, a fase de tributação. Registra que ficou de fora do alcance do citado Decreto a bebida quente aguardente de cana e de melaço, que, não é caso em discussão. Porém, segundo o autuado, os autuantes ao procederem ao levantamento fiscal as classificaram como aguardente de cana e de melaço, o que não é, logo, não cabe a exigência.

2. Chocolates e outros (CHOC. GRANULADO DORI; COBERT. CHOC. GAROTO BLEND; COBERT. CHOCOLATE HARALD GOTAS LEITE; COBERT. CHOC. NESTLÉ M. AMARGO; COBERT. GAROTO CHOC. BCO; COBERT. HARALD CONFEITEIRO LEITE; COBERT. HARALD FORN. PIZZA LEITE; COBERT. HARALD RASPAR/COBRIR BRANCO; COBERT. MIL CORES PREMIUM LEITE; G.U. CHOC. GRAN. MAVALERIO; G.U. COBERT. GAROTO M. AMARGO; PIRULITO DORI MAST. CHOC.). Afirma o autuado que, de igual forma, os produtos relacionados e os demais constantes da planilha anexa continuam na substituição tributária, especificamente no art. 353, II, 8.5 do RICMS/BA.
3. Sidra Cereser Zero. Sustenta o autuado que este produto, que é um refrigerante de maçã (NCM 2206.00), está enquadrado no regime de substituição tributária no art. 353, II, 2.4, do RICMS.
4. MD. Polvilho A. Séptico Granado não é talco, mas, sim, um medicamento e, por conseguinte, está enquadrado na substituição tributária, listado no art. 353, II, 13.2 e Convênio ICMS 76/94.
5. O produto “G.U. MIST. BOLO ITAIQUARA CHOC. 1x1 2KG e de outras marcas”, listados na planilha, gozam do benefício de redução de base de cálculo (carga tributária reduzida – ICMS 12%), a teor do art. 506-G e Protocolo ICMS 46/00. Aduz que os autuantes aplicaram a alíquota de 17%.
6. O produto “MILHO PIPOCA CAMPO BELO” faz parte da cesta básica, sendo sua alíquota de 7% de acordo com o art. 51, I, “a”, do RICMS, uma vez que este produto é natural, e não industrializado.

Por fim, defende o autuado que realizou as operações de circulação de mercadorias com base na legislação do Estado da Bahia, sendo ilegal o lançamento de ofício, do que entende que tem seu direito protegido com base no princípio da legalidade, da especificidade, na legislação tributária, na jurisprudência e na doutrina.

Por derradeiro, insurge-se contra a imposição de multas exorbitantes e a aplicação de juros com base na taxa SELIC.

Ao findar sua impugnação, o autuado suscita a necessidade de ser realizada perícia contábil nos livros, arquivos magnéticos e demais documentos, a fim de que possa ser provada a inexatidão do procedimento fiscal, como única forma de demonstrar o correto procedimento adotado pelo contribuinte. Registra, ainda, que muitas das alegações denotam de supostas inconsistências e irregularidades registradas em livros fiscais, cuja improcedência se torna impossível de se mostrar apenas com defesa e documentos. Assim, entende que deva prevalecer a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e o equilíbrio entre as partes.

Em conclusão, requer que seja julgado procedente em parte o Auto de Infração, a homologação dos pagamentos efetuados pelo autuado com o benefício da anistia fiscal, no valor de R\$ 8.552,51, do que protesta por todos os meios de prova em direito permitido.

O autuante, Wilson Ferreira de Oliveira Júnior, ao realizar a informação fiscal, às fls. 170 e 171 dos autos, após análise da defesa, acatou parte de sua argumentação, mantendo, porém, a seguinte cobrança:

Em relação à infração 2, sustentou a exigência integral para os seguintes produtos: aditivos, por entender que é substituído junto com combustíveis e lubrificantes; capas para banco e para carro, por se classificarem como acessórios para veículo; beb chop e vinho, visto que à época estava no regime de substituição tributária; gás carbônico, por se tratar de insumo de refrigerante servido no sistema post mix, e ave codorna, pois toda ave abatida está sujeita a substituição tributária.

Quanto às infrações 4 e 5, confirmou a exigência para os produtos: chocolate granulado, por acreditar que não é guloseima pronta para consumo (Parecer GETRI 15.718/2008); cobertura de chocolate, idem, idem (Parecer GETRI 754/2002); mistura para bolo, uma vez que a alíquota prevista no art. 506-G trata-se de mero destaque e se aplica para as indústrias que já haviam cobrado o ICMS por substituição tributária; milho de pipoca, pois não é a mesma coisa de milho e

não está enquadrado com a alíquota de 7%; Sidra Cereser por se tratar de bebida alcoólica que à época estava com tributação normal; pirulito mastigável com chocolate, pois é pirulito e não chocolate (tributação normal) e polvilho anti-séptico Granado, pois não é remédio e sim talco.

Assim, diante de tais considerações, concluiu que remanesce o débito de R\$ 71.423,76.

Em pauta suplementar do dia 28 de setembro de 2010, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o PAF em diligência para que os autuantes apensassem aos autos os novos levantamentos e demonstrativos necessários para a nova configuração dos valores apurados na Informação Fiscal e, em seguida, cientificasse o sujeito passivo do resultado da diligência, fornecendo-lhe cópia de todos os documentos apensados, concedendo-lhe, ainda, o prazo de 10 (dez) dias para se pronunciar, caso desejasse.

O citado preposto fiscal, à fl. 182 dos autos, informa que a planilha pedida está no “DVD” anexo (fl. 172), que deixa de ser impressa por economia processual, ao tempo em que esclarece os seguintes valores remanescentes do Auto de Infração:

Infração 1 – mantida integralmente e reconhecida pelo autuado no valor de R\$ 779,48;

Infração 2 – mantida integralmente, no valor de R\$ 8.715,45;

Infração 3 – mantida e reconhecida integralmente, no valor de R\$106,05;

Infração 4 – mantida parcialmente, no valor de R\$ 60.786,99, e

Infração 5 – mantida integralmente, no valor de R\$ 1.815,27.

Assim, pede que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte no valor de R\$ 72.203,24.

Conforme recibo aposto à fl. 182, o contribuinte atesta o recebimento, em 22/10/2010, de um “CD contendo as planilhas na nova demonstração de autuação”.

Às fls. 184 a 198 dos autos, foi apensada manifestação do sujeito passivo com idêntico teor da sua defesa anteriormente apresentada.

Considerando que as irregularidades 4 e 5 se tratam de infrações similares, diferenciando apenas pelas saídas através de ECF e de notas fiscais; considerando que os autuantes, em sua informação fiscal, acolheram parcialmente as razões de defesa relativas à quarta infração, reduzindo o valor original de R\$ 72.655,41 para R\$ 60.786,99 (fl. 182), contudo mantendo na íntegra a quinta infração, por decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, o PAF foi convertido, novamente, em diligência aos autuantes para que:

1º) Através da NCM constantes nas notas fiscais de aquisição, verifiquem se os produtos “Capa para banco” e “Capa para carro” estavam, à época dos fatos geradores, sujeitos ao regime normal de apuração e, caso positivo, exclua do levantamento fiscal relativo à segunda infração, como também se o produto “Pirulito Mastigável com Chocolate” estava sujeito ao regime de substituição tributária e, caso positivo, exclua dos levantamentos fiscais relativos a quarta e quinta infrações;

2º) Apliquem, por equidade, o mesmo tratamento à quinta infração, excluindo os itens que entenderam como indevidos na quarta exigência, também, na quinta infração;

3º) Apresentem demonstrativos das citadas infrações, configurando os novos valores mensais a serem exigidos, conforme originalmente consignados às fls. 2 e 3 dos autos.

À fl. 205 dos autos, em resposta à diligência determinada pelo CONSEF, o autuante Wilson Ferreira de Oliveira Júnior informa que:

*1 - Acessórios para veículos – Capa para banco e capa para carro. A redação do Art 353 inciso II item 30 é:*

*Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

**30 - peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores;**

Desta forma, entendemos que a antecipação tributária é devida independentemente do NCM dos produtos e até mesmo do Protocolo ICMS 41/2008.

2 – Pirulito mastigável com Chocolate – Com relação a este item transcrevo abaixo nota do Art. 353 do RICMS que elucida a questão:

**8.4 - revogado**

*Nota: O item 8.4, do inciso II do caput do art. 353 foi revogado pela Alteração nº 108 (Decreto nº 11289, de 30/10/08. DOE de 31/10/08), efeitos a partir de 01/01/09.*

*Redação originária, efeitos até 31/12/08:*

"8.4 - pirulitos - NCM 1704.90.90;"

*Após os esclarecimentos solicitados encaminho o presente para julgamento.*

Considerando que a diligência anteriormente solicitada não foi atendida pelo preposto fiscal que subscreve o documento de fl. 205, o qual se limita apenas a transcrever dispositivo regulamentar, sem, contudo, cumprir o quanto foi determinado, os membros desta 5ª Junta de Julgamento Fiscal, acordam converter o PAF em diligência à INFRAZ de origem para que o Inspetor Fazendário empenhe esforços necessários no sentido de cumprir a diligência solicitada, por ser imprescindível ao deslinde da lide. Assim, reitera em todos os termos a diligência consignada à fl. 202 dos autos.

O citado autuante, à fl. 210 dos autos, em resposta à diligência limita-se a reiterar o seu “entendimento” afirmando que “*Capa para banco está na substituição tributária e pirulito mastigável com chocolate está sujeito à tributação normal, e, sendo assim, as infrações devem ser mantidas, não havendo necessidade de retificação nas planilhas.*”

Em seguida, à fl. 211 dos autos, a Srª Inspetora Fazendária IFEP Sul, transcreve as argumentações do autuante, do que concluiu que se trata de juízo de interpretação normativa.

**VOTO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no total de R\$ 84.071,66, relativo a cinco irregularidades, sendo a primeira e terceira infrações objeto de reconhecimento pelo contribuinte, logo, não fazendo parte da lide, sendo, no entanto, procedentes as citadas infrações. Assim, a contenda se restringe apenas às infrações 02, 04 e 05.

Inicialmente, indefiro o pedido de prova pericial, aqui entendida como diligência, nos termos do art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, diante dos elementos existentes nos autos, por considerá-los suficientes para a formação da convicção dos julgadores deste Colegiado.

Também vislumbro que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que o sujeito passivo atacou a matéria, objeto da autuação, com muita clareza e precisão, o que demonstra inexistir cerceamento ao direito de defesa.

Ainda há de se ressaltar que, conforme previsto no art. 19 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99,

*“A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”.*

Por fim, quanto à multa de 60% e à aplicação da taxa de SELIC, entendo que estão de acordo com a previsão legal, não sendo este tribunal administrativo o fórum adequado para discussão sobre legalidade, mas, sim, para o cumprimento do dispositivo legal. Ademais, através do Recurso Especial nº 586039, o STJ já declarou a legalidade da aplicação da taxa SELIC em matéria tributária.

No mérito, quanto à segunda infração, a qual se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 8.715,45, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por

substituição tributária, verifico que o sujeito passivo, em sua impugnação ao lançamento de ofício, reconheceu como devida à quantia de R\$ 1.116,48 e apresentou impugnação da parte remanescente de R\$ 7.598,97 em razão de que os produtos não estão sujeitos ao regime da substituição tributária, mas, sim, em face do princípio da especificidade, ao regime normal de tributação, e, em consequência, ao direito de utilizar o correspondente crédito fiscal, do que cita:

- “AUTO. ADITIVO P/ RADIADOR – NCM 29053100”, pois não está inserido no Convênio ICMS 110/2007, que trata do regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo;
- “AUTOM. CAPA P/ CARRO – NCM 63079090”, pois não faz parte do Protocolo ICMS 41/2008, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais.
- “BEB. CHOPP & VINHO LECKER; CAF-GAS CARBÔNICO e CATUABA”, pois também não estão inseridos no Decreto nº. 11.462/2009, que procedeu à alteração nº 116 ao RICMS/BA e alterou o art. 353, II, item 2, do RICMS/BA.

Por outro lado, os autuantes, em sua informação fiscal, mantém integralmente a cobrança para os produtos, sob as seguintes razões:

- aditivos, por entenderem que é substituído junto com combustíveis e lubrificantes;
- capas para banco e para carro, por classificarem como acessórios para veículos;
- chopp e vinho, por se tratarem de bebidas e, à época, sujeitos ao regime de substituição tributária;
- gás carbônico, por se tratar de insumo de refrigerante servido no sistema post mix;
- ave codorna, por se tratar de ave abatida sujeita a substituição tributária.

Da análise da legislação pertinente e das espécies em questão, vislumbro que cabe razão parcial aos autuantes, pois, à época dos fatos geradores, encontravam-se sujeitos ao regime de substituição tributária e, como tal, o autuado não poderia se utilizar dos créditos fiscais, quando da entrada de aditivo (cláusula primeira, § 1º, I, “a”, do Conv. ICMS 110/07); chopp e vinho; gás carbônico e ave abatida (art. 353, II, itens: “2”, “4” e “9”, do RICMS, Decreto nº 6.284/97).

Contudo, quanto aos itens “capa para banco” e “capa para carro”, cabe razão ao autuado, uma vez que a redação atual do art. 353, II, item “30”, do RICMS, vigente para os fatos geradores ocorridos no exercício de 2009, dada pela Alteração 102 (Decreto nº. 11089, de 30/05/08), determina a substituição tributária para peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores.

Porém, o art. 1º, inciso XXXI, do referido Decreto nº 11089/08, dispõe que:

*XXXI - o item 30 do inciso II do art. 353, produzindo efeitos a partir de 1º de junho de 2008 (Prot. ICMS 41/08): “30 – peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores;”*

*Por sua vez, o aludido Protocolo ICMS 41/08, no qual a Bahia é signatária, prevê em sua cláusula primeira que:*

*Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, relativo às operações subsequentes.*

Já os produtos listados no Anexo Único deste protocolo, os itens que mais se aproximam de “capa para banco” e “capa para carro”, são “Tapetes e revestimentos, mesmo confeccionados”, sob NCM/SN nº 4016.99.90 e 5705.00.00, como também “Tecidos impregnados, revestidos, recobertos ou estratificados, com plástico”, sob código 5903.90.00 (itens 9 e 10).

No entanto, como nos autos os autuantes não fundamentaram a acusação fiscal de que os itens “capa para banco” e “capa para carro” se incluem sob tais códigos de NCM/SN, previstos no

Anexo Único do Protocolo 41/08, apesar de duas diligências nesse sentido, como também não destituíram o código da NCM 63079010, citado pelo autuado à fl. 165 dos autos, para o produto “AUTOM. CAPA P/CARRO AUTO FÁCIL GD”, considero que não ficou comprovada a obrigatoriedade da substituição tributária destes produtos, devendo os correspondentes valores, listados às fls. 16 a 30 do PAF, serem excluídos dos montantes exigidos na infração 2, remanescendo os seguintes valores:

DATA	Vlr ICMS cfme Auto de Infração	Vlr. ICMS a Excluir	ICMS Devido	Notas Fiscais	Fonte Fls.
Ocorrência	Vencmtº				
31/01/09	15/02/09	396,95	55,13	341,82	295551;3119112
28/02/09	09/03/09	255,59	114,90	140,69	5021;20944;328327;334061
31/03/09	09/04/09	352,68	78,76	273,92	21042;
30/04/09	09/05/09	643,23	206,82	436,41	10620;21194;21341
31/05/09	09/06/09	411,62	178,14	233,48	21390;394371
30/06/09	09/07/09	767,55	45,68	721,87	281;18069;419698;16797
31/07/09	09/08/09	460,67	92,61	368,06	3003;3014;21877
31/08/09	09/09/09	495,66	89,79	405,87	3512;3513;4534
30/09/09	09/10/09	540,07	96,31	443,76	4892;27332;27581
31/10/09	09/11/09	1.471,09	37,85	1.433,24	8149
30/11/09	09/12/09	1.292,76	-	1.292,76	-
31/12/09	09/01/10	1.627,58	62,52	1.565,06	16294;18046
TOTALS:		8.715,45	1.058,51	7.656,94	

Portanto, subsiste em parte a infração 2, no montante de R\$ 7.656,94.

No tocante à quarta infração, a qual reclama o valor de ICMS de R\$ 72.655,41, em decorrência de erro na classificação tributária e consequentemente na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias consignadas no ECF, o autuado, em sua defesa, reconheceu como devida a quantia de R\$ 6.037,05 e, quanto à parte impugnada, apresentou diversas alegações.

Das alegações de defesa, os autuantes acolhem e excluem os valores correspondentes aos produtos: Old Cesar 88; Pitu Cola; Sapupara Limão e Villa Velha, por se tratarem de aguardente composta; MD Polvilho A. Séptico Granado, por entenderem que seja medicamento e não talco; gelatina, doce Teta Nega e “Pc Esc Cab Marco Boni Mad”, por erro no arquivo magnético. Contudo, mantêm os itens: chocolate granulado e cobertura de chocolate, por não se tratar de guloseima pronta para o consumo (Parecer GETRI 15.718/08); mistura para bolo, por se tratar à alíquota de 12% de mero destaque (art. 506-G); milho de pipoca, por não se tratar de milho à alíquota de 7%; Sidra Cereser, por ser à época com tributação normal, e pirulito mastigável com chocolates, por se tratar de pirulito com tributação normal, resultando na redução do ICMS exigido para R\$ 60.786,99, conforme mídia eletrônica à fl. 172 dos autos, cuja cópia foi fornecida ao autuado, consoante recibo à fl. 182 dos autos, o qual reitera todas suas alegações.

Da análise da aludida mídia, precisamente do arquivo “Contestação\_83”, verifico que procede a exigência relativa do ICMS relativo aos itens chocolate granulado e cobertura de chocolate; mistura para bolo; milho de pipoca; Sidra Cereser e pirulito mastigável com chocolates, por se tratarem de produtos sujeitos à tributação normal do imposto, à época, conforme considerado na informação fiscal, remanescendo o valor de R\$ 60.786,99, consoante a seguir:

#### DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 04

Data da Ocorrência	Data de Vencimento	Base de Cálculo	Alíq. (%)	Multa (%)	ICMS Devido
31/01/09	09/02/09	6.797,82	17%	60%	1.155,63
28/02/09	09/03/09	24.872,18	17%	60%	4.228,27
31/03/09	09/04/09	31.075,35	17%	60%	5.282,81
30/04/09	09/05/09	41.425,94	17%	60%	7.042,41
31/05/09	09/06/09	30.752,47	17%	60%	5.227,92
30/06/09	09/07/09	34.047,82	17%	60%	5.788,13
31/07/09	09/08/09	28.923,47	17%	60%	4.916,99
31/08/09	09/09/09	32.617,71	17%	60%	5.545,01
30/09/09	09/10/09	31.252,47	17%	60%	5.312,92
31/10/09	09/11/09	34.380,35	17%	60%	5.844,66
30/11/09	09/12/09	28.544,06	17%	60%	4.852,49
31/12/09	09/01/10	32.880,88	17%	60%	5.589,75
<b>TOTAL</b>					<b>60.786,99</b>

Assim, subsiste parcialmente a infração 4, no valor de R\$ 60.786,99.

Inerente à quinta infração, por ficar constatado que se trata de infração similar à infração 4, diferenciando apenas pelas saídas através de notas fiscais, como também de que na aludida infração 4 os autuantes acataram e excluíram os valores relativos aos produtos bebidas alcoólicas, gelatina e “Pc Esc Cab Marco Boni Mad”, produtos esses constantes também entre os relacionados na infração 5, conforme planilhas às fls. 106 a 134 dos autos, a exemplo de: “BEB. CACHAÇA SAPUPARA LIMÃO” (fls. 112/119); “TEQUILA SAUZA OURO” (fls. 113/116/117), “CACHAÇA VILLA VELHA” (fls. 113/114), gelatina (fl. 118), macarrão (fl. 123), etc., foi determinado, por duas vezes, às fls. 202 e 208 dos autos, que os autuantes aplicassem à infração 05, por equidade, o mesmo tratamento dispensado à quarta infração, ou seja, excluíssem do levantamento fiscal os produtos acatados (bebidas alcoólicas, gelatina, e macarrão). Contudo, nas duas oportunidades o preposto fiscal que prestou a informação fiscal se silenciou sobre a determinação, consoante se pode constatar às fls. 205 e 210 dos autos.

Assim, diante da recusa de se apurar a liquidez da quinta infração, por parte de um dos autuantes, deveria declarar NULA a infração 5, nos termos do art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a liquidez da infração. Contudo, por ter o sujeito passivo reconhecido parte do débito a ela inerente, no valor de R\$ 513,55, conforme demonstrativo à fl. 138 dos autos, a considero parcialmente subsistente, nos valores recolhidos pelo autuado.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 69.843,01, sendo R\$ 779,48, relativo à infração 1, conforme lançamento original; R\$ 7.656,94, à infração 2, conforme demonstrado acima; R\$ 106,05, à infração 3, conforme lançamento original; R\$ 60.786,99, à infração 4, conforme demonstrado acima, e R\$ 513,55, à infração 5, conforme demonstrado à fl. 138, devendo homologar os valores recolhidos (fls. 137/138 e 174/178).

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279463.0005/10-2, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$69.843,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA