

PROCESSO - A. I. Nº 298932.0001/11-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.
(CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.)
RECORRIDOS - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA. (CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.) e
FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0049-04/12
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 26.11.2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0344-12/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA ISENTA; **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações caracterizadas, mas que foram parcialmente elididas. Valor reduzido na informação fiscal por acolhimento de provas de parcial improcedência. 2. RECOLHIMENTO A MENOS POR ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA NAS SAÍDAS ESCRITURADAS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS EM REGIME DE CONTA CORRENTE FISCAL CONSIDERADAS COMO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 4ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário que inicialmente lhe foi imputado, tudo a rigor do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto lavrado contra o Sujeito Passivo em 31/03/2011 decorre de quatro infrações, contudo insurge-se o recorrente contra a Decisão de piso, unicamente em relação à infração 2, enquanto que o Recurso de Ofício tem foco nas infrações 1 e 4, abaixo transcritas:

Infração 01. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$93.584,47, referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto.*

Trata-se de crédito indevido de mercadorias isentas ou com base de cálculo reduzida em 100%, tais como: Flocão de milho, arroz e feijão. Período: maio a dezembro de 2007, janeiro e fevereiro de 2008. Multa de 60%;

Infração 02. *Recolheu a menos ICMS no valor de R\$ 110.334,13, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Período: janeiro de 2006 a dezembro de 2010. Multa 60%;*

Infração 04. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$113.744,19, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Período: janeiro 2006 a dezembro 2008, janeiro a março, outubro e dezembro de 2009. Multa 60%.*

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 4ª JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é parcialmente procedente a autuação, julgando parcialmente subsistentes as infrações 1 e 4, e totalmente subsistentes as infrações 2, enquanto que a infração 3 não é objeto de discussão, conquanto reconhecida pelo Sujeito Passivo, como segue:

VOTO

Para a infração 01 que cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 93.584,47, referente aquisição de mercadorias (tais como: Flocão de Milho, Arroz e Feijão), beneficiadas com isenção do imposto e cujo demonstrativo consta das fls. 23 a 31, o impugnante apenas pediu a exclusão de R\$749,39, em face de indevida inclusão da mercadoria Kit Feijoada, que é tributável. Por ocasião da informação fiscal os

autuantes acataram a ponderação defensiva refazendo o demonstrativo da infração (fls. 168 a 174). Reduziram o valor exigido na infração para R\$ 92.835,08, importe que, na nova manifestação de fl. 223, o impugnante reconheceu devido. Portanto, caracterizada a infração e comprovado que dos produtos objeto da infração apenas KIT FEIJONADA é tributável, a infração resta subsistente no valor ajustado.

Infração procedente em parte.

Na infração 02 se exige ICMS de R\$ 110.334,13 em face de recolhimento a menos por erro de aplicação de alíquota em saídas de mercadorias regularmente escrituradas de acordo com o demonstrativo de fls. 76 a 112. O impugnante a protestou pedindo a exclusão de R\$75.598,10, conforme demonstrativo de fls. 122/123, alegando equívoco da fiscalização por não ter observado que as mercadorias MASSAS PARA PASTEL, MACARRÃO e TALHARIM são enquadradas no regime de substituição tributária prevista no art. 353, II, item 11.4.1, do RICMS/BA.

Por sua vez, os autuantes, salientando que o impugnante não apresentou alegações para os demais produtos relacionados na infração, a mantêm por discordarem do entendimento do mesmo quanto ao enquadramento das mercadorias MASSAS PARA PASTEL, MACARRÃO e TALHARIM na substituição tributária prevista no art. 353, II, item 11.4.1 do RICMS/BA.

Analisando o caso, as ponderações de acusação e defesa e documentos autuados, concluo o seguinte.

De primeiro, ressalvo que, de fato, com relação às demais mercadorias que compõem a infração, não há polêmica, inclusive porque, em posterior manifestação, o impugnante reconheceu a procedência de R\$ 31.736,03 (fl. 226).

Examinemos, então, a questão de direito que envolve as mercadorias MASSAS PARA PASTEL, MACARRÃO e TALHARIM.

Não tratarei da mercadoria MACARRÃO uma vez que na relação da exclusão pedida pelo impugnante (fls. 122/123 e 226/227) não há essa mercadoria.

O art. 353, II, 11.4.1, do RICMS/BA, tem a seguinte redação:

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:

11.4.1 - macarrão, talharim, espagete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1;

O impugnante entende que o legislador enquadrou todas as mercadorias para as quais pede exclusão na especificação **“outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo – NCM 1902.1”**.

Opondo-se ao entendimento do impugnante, a interpretação dada pelos autuantes ao dispositivo legal em questão é que nem todos os produtos do “gênero” NCM 1902.1 estão enquadrados no regime de substituição tributária, mas apenas os que da NCM 1902.1 especificamente o legislador indica, quais sejam: **o macarrão, o talharim, o espagete, as massas para sopas e lasanha, além de outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo** e, assim, a massa folhada, massa lasanha, massa para pastel, massa para panqueca e massa para pizza que compõem o pedido de exclusão do impugnante não fazem parte dos produtos especificados na norma citada.

Neste concreto caso, do valor da exclusão pedida pelo impugnante (R\$ 78.598,10), R\$ 74.449,42 (94,72%) refere-se à mercadoria “massa para pastel”, R\$ 1.349,12 (1,72%) a “massa para pizza”, R\$ 2.345,68 (2,98%), a “massa lasanha”, R\$ 193,32 (0,24%) a “massa folhada”, R\$ 193,70 (0,24%) a “massa talharim” e R\$ 66,86 (0,08%) a “massa panqueca”.

Pois bem, de logo vejo que sem conflitar com qualquer das duas interpretações acima, por ser produto recheado, o item **“massa talharim massa leve 500 gr”**, no valor de R\$ 193,70, não se sujeita à substituição tributária como alega o impugnante, mas à tributação pelo regime normal de conta corrente fiscal. Portanto, para esse produto, a razão está com os autuantes.

Os produtos “massa de pastel” e “massa para pizza” que, neste caso, representam R\$ 75.798,54 ou 96,4% do valor da exclusão pretendida pelo impugnante, estão enquadrados nas disposições do art. 506-G do RICMS/BA, dispondo que o documento fiscal referente às operações com os produtos compreendidos nas posições 1901, 1902 e 1905 da NCM, realizadas pelos fabricantes e elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo já objeto de antecipação tributária, conterà o destaque do ICMS em valor equivalente a 12% (doze por

cento) do valor da operação, exclusivamente para compensação com o imposto incidente nas operações subsequentes, isto porque o art. 506-A do mesmo regulamento atribui ao contribuinte que receber, a qualquer título, trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, do exterior ou de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo: I - às operações subsequentes com as mercadorias supramencionadas; II - às operações promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, com produtos elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo objeto da antecipação tributária de que cuida o inciso anterior.

Das disposições supra, vê-se que os produtos resultantes da utilização da farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, tais como “massa para pizza” e “massa para pastel”, enquadrados na posição da NCM 1901, considerados como mistura e pastas para preparação de produtos de padaria, pastelaria e de indústria de bolachas e biscoitos, ou NCM 1902, consideradas massas alimentícias não cozidas, nem recheadas nem preparadas de outro modo, não sofrem incidência do ICMS nas operações de saídas promovidas pelo fabricante, haja vista que a antecipação tributária pela qual passa o trigo em grãos ou a farinha de trigo alcança as operações subsequentes promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas, alimentícias e biscoitos, mas, a despeito disso, nas operações de saída desses produtos dos fabricantes ocorre o destaque do ICMS no valor equivalente a 12% visando apenas à concessão de um crédito presumido para o destinatário compensar o imposto incidente nas operações subsequentes com os referidos produtos, que retornam à tributação normal no comércio (atacado e varejo).

Sendo o contribuinte autuado estabelecimento com atividade de comércio varejista, as suas saídas de “massas de pizza” e “massas de pastel” sofrem tributação normal com as alíquotas previstas no art. 50 do RICMS/BA, conforme a operação realizada, se interna 17% ou, se interestadual 12%.

Observe que para este caso, embora o impugnante tenha juntado aos autos cópia do DANFE 1335 (fl. 155) e NF 1665 (fl. 154), descrevendo os produtos “massa pastel”, “massa lasanha pré-cozida” e “disco de pizza brotinho” com NCM 19021100 ou 19022000, por oportuno, ressalto que as massas enroladas pelo impugnante para a pretendida exclusão da exigência fiscal (exceto “massa lasanha **pré-cozida**”, item que o próprio art. 343, II, item 11.4.1 exclui da substituição tributária), não estão incluídos na posição 1902.1 (massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo), como alega o impugnante, mas sim no grupo **1902.30 (outras massas alimentícias)** da Tabela TIPI, não estando alcançadas, portanto, pelo regime de substituição tributária referido no art. 353, inciso II, item 11.4.1, do RICMS/BA.

Concluindo este ponto da lide, friso que essa questão tem sido objeto de diversas consultas tributárias à SEFAZ por parte dos contribuintes, sejam eles fabricantes, comerciantes atacadistas ou varejistas (como o contribuinte autuado) e a Administração tem se pautado firmemente em linha com o entendimento que acima manifesto. Nesse sentido são os Pareceres DITRI/GECOT Nºs 12847/2009 de 29/07/2009, 12647/2009 de 27/07/2009 e 10723/2009 de 29/06/2009. Desse modo, a infração 02 resta caracterizada e inteiramente subsistente.

Infração procedente.

A infração 04 cuida de exigência de ICMS por uso indevido de crédito fiscal referente a mercadoria(s) com pagamento de imposto por substituição. Na defesa, o contribuinte disse que a fiscalização se equivocou ao não observar que a mercadoria ESPETINHO DE LINGÜIÇA (cod. 261823) é tributada pelo ICMS e não se enquadra na substituição tributária do art. 353 do RICMS-BA. Juntou a NF 075803 (fl. 157) e pediu exclusão do valor de R\$5.493,23 do auto. Alegou a mesma coisa para PÃO DE QUEIJO FORNO MINAS (item 11.4.2 do art. 353 do RICMS/BA), juntando a NF 005080 (fl. 158) para exclusão de R\$ 1.627,50, fatos que foram acolhidos pelos autuantes na informação fiscal, reduzindo o valor da infração em R\$ 7.120,73.

O autuado reconheceu que cometeu equívoco quando do crédito nas entradas de ESPETINHO, mas alegou não ter havido prejuízo ao Erário, tendo em vista que também efetuou o débito nas saídas. Elaborou demonstrativo para indicar que pagou mais ICMS do que está sendo cobrado, pois mesmo se creditando indevidamente, o débito indevido no mesmo período foi superior em R\$ 24.900,47, pelo que requer compensação com o ICMS aqui exigido. Pediu diligência fiscal pela ASTEC para ajustes no cálculo do demonstrativo de débito da fiscalização, pois só conseguiu realizar um levantamento dos fatos englobados na autuação por dispor de apenas trinta dias para a localização de toda a documentação necessária à sua defesa, mas não conseguiu localizar todas as notas fiscais de transferência.

Entende que não apresentar todas as notas fiscais de transferência na impugnação não inviabiliza a diligência fiscal, pois a apuração interna não se presta a uma contra-fiscalização, mas uma fonte de dados para se promover a diligência fiscal, aduzindo que não é sua obrigação apresentar o cálculo específico do imposto devido cabendo-lhe, como fez, fornecer os dados atinentes às suas operações e a revisão do auto compete à fiscalização. Entende submeter-lhe a produção de prova a tal condição ser cerceamento do direito de defesa, daí ser necessária diligência fiscal, considerando os seguintes equívocos da fiscalização: a) ter enquadrado produto de tributação normal do ICMS como sendo redução de base de cálculo (infração 01); b) não observar

produtos tributados como sendo de ST (infrações 02 e 04); c) seu equívoco em ter tomado crédito indevido e se debitado também indevidamente de ICMS (infração 04).

Por sua vez, os autuantes informaram que o impugnante não apresentou ponderações quanto aos produtos FRANGO INT CONG, PEITO DE GRANGO CONGELADO e COXA E SOBRECOSA DE FRANGO CONGELADO que totalizam R\$ 31.292,02.

Quanto aos demais ESPETINHOS salientaram que o reconhecimento do erro na classificação pelo Impugnante prova o tratamento como regime normal de tributação e não como mercadorias da ST. Portanto, em relação a esses demais ESPETINHOS pedem a manutenção da infração, mas que é necessária a sua alteração de crédito fiscal indevido para a multa de 60% do valor do crédito fiscal, conforme novos relatórios que produzem (fls. 177 a 213), quando da utilização indevida do referido crédito, conforme art. 42, VII da Lei 7.014/96. Juntaram nova planilha de cálculo com o valor total da multa a ser cobrada em R\$ 45.198,86, que somados aos R\$ 31.292,02 o valor devido na infração passaria para R\$ 76.490,88.

Com fundamento no art. 147, I, “a” e “b” do RPAF não acolho e indefiro o pedido de diligência na forma solicitada pelo impugnante, pois além de considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, ela se destina a verificar fatos vinculados à escrituração e documentos que estão na posse do requerente e cuja prova simplesmente poderia ter sido juntada aos autos, uma vez que é seu o ônus probatório integral das alegações defensivas, como previsto no art. 123 do RPAF.

A verificação requerida pelo impugnante não é caso a ser resolvido por diligência fiscal e nem cabe nesse PAF, sendo, se verdade for, caso de possível uso extemporâneo de crédito fiscal ou restituição de indébito tratável por processo específico. Portanto, não há falar em compensação de crédito até porque não há crédito fiscal reconhecido pela Fazenda Pública.

Sendo o caso das situações previstas nos artigos 140, 141 e 142 do RPAF, acolho o demonstrativo da infração em relação às mercadorias FRANGO INT CONG, PEITO DE GRANGO CONGELADO e COXA E SOBRECOSA DE FRANGO CONGELADO que totalizam R\$ 31.292,02 (fls. 210, e 212), cuja acusação fiscal de uso indevido de crédito, caracterizada, de fato, não foi contestada.

Embora parcialmente configurada a infração por uso indevido de crédito que não importou em descumprimento de obrigação tributária no caso das demais mercadorias “ESPETINHOS”, cuja penalidade prevista legalmente é a proposta pelos autuantes na informação fiscal, por impossibilidade formal em face da mudança de fulcro da autuação, deixo de aplicá-la para os fatos geradores posteriores a 28/11/07, quando essa penalidade passou a produzir efeitos na Lei 7.014/96, razão pela qual, com fundamento no art. 156 do RPAF represento o caso à autoridade administrativa para instauração de novo procedimento fiscal, sem prejuízo do pagamento espontâneo da multa enquanto não iniciado o novo procedimento fiscal.

Infração procedente em parte.

Assim, por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em face do ajuste nas infrações 01 e 04, que passam a ter o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data vincto	Base Cálculo	Aliq. %	Multa %	ICMS devido
Infração 01					
31/05/2007	09/06/2007	28.862,71	17	60	4.906,66
30/06/2007	09/07/2007	47.366,12	17	60	8.052,24
31/07/2007	09/08/2007	90.774,41	17	60	15.431,65
31/08/2007	09/09/2007	38.925,53	17	60	6.617,34
30/09/2007	09/10/2007	87.457,88	17	60	14.867,84
31/10/2007	09/11/2007	9.882,35	17	60	1.680,00
30/11/2007	09/12/2007	41.343,24	17	60	7.028,35
31/12/2007	09/01/2008	102.911,76	17	60	17.495,00
31/01/2008	09/02/2008	44.564,71	17	60	7.576,00
28/02/2008	09/03/2008	54.000,00	17	60	9.180,00
Total da infração					92.835,08
Infração 04					
31/12/2008	09/01/2009	61.764,71	17	60	10.500,00
28/02/2009	09/03/2009	61.826,00	17	60	10.510,42
31/03/2009	09/04/2009	60.480,00	17	60	10.281,60
Total da infração					31.292,02

Regularmente cientificado da Decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, o Sujeito Passivo interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 262 a 276.

Referindo-se às infrações 1 e 4, requer a homologação dos valores excluídos, ao tempo que informa que efetuará o pagamento do saldo residual. Quanto à infração 3, informa que efetuará o pagamento integral da infração.

Referentemente às infrações que motivam o Recurso Voluntário, diz de pronto que reconhece a procedência parcial da autuação no montante de R\$31.736,03. Afirma que quanto à parte que impugna, provou a necessidade de revisão da infração em relação às mercadorias “massas”.

Entende que as “massas” são enquadradas na substituição tributária pelo disposto no art. 353, II, item 11.4.1 do RICMS/Ba.

Quanto à mercadoria “macarrão”, diz que o entendimento da Junta de Julgamento Fiscal foi no sentido de que *“não precisaria tratar desse produto, uma vez que na relação da exclusão requerida pelo autuado, ora recorrente, não consta essa mercadoria.”*

Referindo-se a massas para pastel e pizza, massas laranja, folhada, talharim e panqueca, diz que o autuante não observou que tais mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária, e que o relator da Decisão recorrida entendeu que sendo o estabelecimento do autuado de comércio varejista, as saídas de massas para pastel e pizza sofrem tributação normal do ICMS.

Aduzindo que o mérito da questão refere-se à classificação das “massas”, afirma que a Junta entendeu que para as mercadorias que motivam o seu pedido de exclusão da exigência fiscal não estão incluídas na posição 1902.1 da tabela TIPI, mas sim na posição 1902.30 da mesma tabela, não incluídas, portanto, na substituição tributária.

Citando o transcrevendo o art. 353, II, item 11.4.1, assevera que as mercadorias que motivaram a parte da acusação fiscal contida na infração 2 estão incluídas no regime de substituição tributária, não podendo o fisco exigir imposto apurado sob o regime normal.

Aduz que no bojo da sua defesa fez prova das suas alegações, através das notas fiscais 002719 do fornecedor Maria Gomes Silva ME, das NF's 001665 e 0001335 dos fornecedores G&D Comercial Ltda. e Massa Paulista Ind. Com. Ltda., respectivamente, nas quais constam a NCM 1902, confirmando a sua tese de defesa.

Monta quadro listando “código”, “descrição Produto” e “Vl auto”, para indicar o valor total da desoneração requerida sob o fundamento de que as mercadorias que lista estão incluídas no regime de substituição tributária.

Com fundamento na busca da verdade material e na legislação de regência da matéria, entende e requer que o feito seja convertido em diligência à ASTEC para que seja investigado o mérito da questão, concernente à correta classificação fiscal das “massas” objeto da autuação (1902.1 ou 1902.30 da tabela TIPI).

Por fim, pugna pelo integral Provimento do seu Recurso Voluntário.

A Dra. Maria José Coelho Sento-sé, Procuradora da PGE/PROFIS, exara despacho às fls. 280/281, aduzindo que a alegação recursal suscita dúvida quanto à classificação das mercadorias “massas”, para fins de enquadramento na substituição tributária, recomenda a análise das Notas Fiscais n^{os} 002719, 001665 e 0001335 trazidas aos autos pelo recorrente. Diz que como a matéria tem cunho eminentemente técnica, entende que *“os autos devem ser encaminhados para a ASTEC com vistas à emissão de Parecer técnico esclarecendo a necessidade de exclusão dos valores autuados relativos às ‘massas’”*.

Submetida à apreciação a recomendação da n. procuradora, os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar do dia 13 de março de 2013, decidiram por converter o feito em diligência à Infaz de Origem – Autuante para, considerando que a diligência anterior não foi devidamente cumprida, intimar o contribuinte a apresentar as notas fiscais relacionadas no demonstrativo relativo à infração, referente às mercadorias “massa para pastel”, “macarrão” e “talharim”, com o fim de, com base nas notas fiscais apresentadas pelo contribuinte, e com

base na tabela TIPI, elaborasse demonstrativo indicando o correto enquadramento das mercadorias acima listadas, agrupando-as por código de NCM e também indicando, individualmente, os valores correspondentes a cada operação.

Em resposta à diligência requerida, a autuante, às fls. 291/293, de plano informou que procedeu à intimação ao contribuinte a apresentar por amostragem as notas fiscais referentes às mercadorias “*massa para pastel*”, “*macarrão*” e “*talharim*”, tudo porque a totalidade das notas deriva de apenas dois fornecedores (MARIA GOMES DA SILVA - MAGO PRODUTOS ALIMENTÍCIOS, CNPJ 01.111.507/0001-85 e MASSA PAULISTA, CNPJ 04.742.611/0001-47) e tem número superior a mil notas fiscais – entendeu que as notas apresentadas seriam suficientes ao entendimento dos procedimentos mercantis das citadas mercadorias.

Cita e faz juntar Parecer da DITRI nº 10723, para dizer que “*o entendimento da SEFAZ BAHIA é que MASSA PARA PASTEL tem tributação normal, ou seja, 17% nas SAÍDAS INTERNAS*”, o que implica dizer que não é facultado ao contribuinte atribuir outra tributação ao produto MASSA PARA PASTEL que não seja a previamente determinada pela legislação vigente. Diz da possibilidade do uso do crédito fiscal por parte do Contribuinte, conforme destacado no referido Parecer e no art. 356, § 3º do RICMS.

Para o caso das mercadorias fornecidas pela MASSA PAULISTA IND. E COM LTDA, é apontado o NCM 8511.30.20 para os produtos MASSA PASTEL REDONDA 1KG, MASSA PASTEL ROLO 1KG, MASSA PASTEL FESTA 200 GR, MASSA PASTEL REDONDA 500GR, motivo pelo qual entende a autuante que não pairam dúvidas quanto à tributação normal das mercadorias, vez que o NCM da Substituição Tributária é 1902.1 conforme preceitua o RICMS e a TABELA TIPI. Transcreve o art. 353, II, item 11.4.1, além de trecho do Parecer DITRI nº 10723/2009.

Entendendo que a diligência foi cumprida, conclui que os relatórios referentes à Infração devem ser integralmente mantidos, pois reforçados pelo resultado da diligência.

De volta aos autos, a PGE/PROFIS, pela Dra. Maria José Ramos Coelho, exara Parecer opinativo, fls. 306/307, destacando que a autuante analisou as notas fiscais colacionadas pelo recorrente, concluindo que as mercadorias “*massa para pastel*”, “*massa pastel redonda*”, “*massa pastel rolo*” e “*massa pastel fresta*” estão submetidas ao regime normal de tributação, tudo com base do RICMS/Ba.

Também destaca que o Sujeito Passivo, ante as informações advindas da diligência, não se manifestou.

Por derradeiro, afirma que a diligência fiscal elucidou a classificação das mercadorias “*massa*”, afastando o enquadramento no regime de substituição tributária, tudo com fulcro no art. 353, II, 11.4.1 e no multicitado Parecer DITRI/GECOT.

Opina pelo Improvimento do apelo recursal.

VOTO

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário, o primeiro interposto pelos julgadores da 4ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0049-04/12 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual em ralação às infrações 1 e 4 do Auto de Infração, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA. O segundo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar o mesmo acórdão de primeiro grau, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido pelo cometimento da infração 2 do Auto de Infração.

O Auto de Infração é composto de quatro infrações, contudo, serão apreciadas as infrações 1, 2 e 4, pois a infração 3 foi reconhecida pelo Sujeito Passivo.

Cinge-se o Recurso Voluntário à 2, que acusa o Sujeito Passivo de haver recolhido a menos ICMS no valor de R\$ 110.334,13, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

A tese recursal, em breves palavras, para a parte não reconhecida, tem fundamento na alegação de que as mercadorias objeto da autuação, “massas”, estariam enquadradas na substituição tributária, com fundamento no disposto no art. 353, II, item 11.4.1 do RICMS/Ba.

A matéria, de cunho técnico/jurídico, mereceu da PGE/PROFIS e desta Corte especial atenção, na busca da verdade material, motivo pelo qual o feito foi convertido em diligência à própria autuante que, seguindo as orientações do requerimento de diligência, apurou de maneira clara e fundamentada que não merecia qualquer reparo o lançamento fiscal em relação à infração 2.

O fato é que as mercadorias que deram azo à autuação tiveram apenas dois fornecedores e, das notas fiscais colhidas na diligência – fornecidas pelo próprio Sujeito Passivo, ficou patente, à luz da legislação de regência da matéria, art. 353, II, item 11.4.1 do RICMS/Ba, e do Parecer DITRI nº 10723, que as mercadorias “massa para pastel”, “massa pastel redonda”, “massa pastel rolo” e “massa pastel fresta” estão todas submetidas ao regime normal de tributação.

Isto posto, com fundamento nos elementos trazidos aos autos pela diligência requerida por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal e que, registre-se, não foram contestados pelo recorrente, entendo que a tese recursal não pode ser acolhida, conquanto restou demonstrado que as mercadorias que deram azo à autuação estavam, à época dos fatos, enquadradas no regime normal de tributação do ICMS.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida quanto à infração 2.

Tratando do Recurso de Ofício, cinge-se às infrações 1 e 4, e que acusam o Sujeito Passivo do haver utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, e referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Com respeito à infração 1, vejo que a desoneração deriva da inclusão indevida da mercadoria “kit feijoada”, cuja indicação na peça de defesa foi acatada pelos autuantes que elaboraram novo demonstrativo fiscal com as correções, o que foi corretamente acatado pela Junta de Julgamento Fiscal.

Para a infração 4, entenderam os julgadores que os autuantes apenas fizeram vir aos autos elementos que dão sustentação à acusação apenas em relação às mercadorias FRANGO INT CONG, PEITO DE GRANGO CONGELADO E COXA E SOBRECOSA DE FRANGO CONGELADO que totalizam imposto passível de exigência no montante de R\$ 31.292,02. Para os demais produtos, entenderam os julgadores de piso que frente aos argumentos defensivos, os autuantes não fizeram as demonstrações necessárias à manutenção da infração, mesmo depois de tê-la reduzido, fundamentando a Decisão nos artigos 140, 141 e 142 do RPAF, cuja dicção é a seguinte:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Isto posto, considerando que a desoneração do contribuinte derivou de demonstração de equívoco por parte dos autuantes, em relação à infração 1, e falta de elementos que pudessem dar higidez a parte do lançamento da infração 4, entendo que nenhum reparo merece a Decisão da qual se recorre.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Recomendo ao setor competente a homologação dos valores eventualmente recolhidos pelo contribuinte e que tenham relação com o Auto de Infração aqui julgado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298932.0001/11-3**, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA. (CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$234.461,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII do dispositivo e lei citados, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS