

**A. I. Nº** - 232941.1013/13-9  
**AUTUADO** - RONDELLI CENTER LTDA.  
**AUTUANTE** - KLEITON GUSMÃO SCOFIELD  
**ORIGEM** - DAT/SUL INFAZ/TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** - 22.10.2014

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0198-02/14**

**EMENTA:** ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. PRODUTOS ESCRITURADOS. DIVERSOS. A redução da base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda a 7% nas operações internas com o leite longa vida é restrita ao produto fabricado neste Estado (artigo 87, XXXV, RICMS BA). Por seu turno, massa para pastel possui tributação normal na saída, não havendo que se falar em substituição tributária. O autuante acatou os argumentos defensivos postos, excluindo diverso itens da autuação, mantendo, porém, a cobrança para "massa de pastel" e "leite longa vida", em relação aos quais o contribuinte não conseguiu elidir a acusação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 24 de setembro de 2013 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$55.614,52, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração.

Infração 03.02.02. Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2009.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 93 a 102, onde argüi em sua defesa, inicialmente, que o lançamento é parcialmente improcedente, sendo que na infração 01 a autuação foi procedida em face de produtos que saíram na ECF e em NF's sem tributação ou com tributação com alíquota inferior à 17% e que segundo o entendimento equivocado do preposto fiscal deveriam ser tributadas.

Primeiramente, argumenta que segundo levantamento efetuado pelo auditor algumas bebidas alcoólicas tiveram suas saídas classificadas indevidamente pela autuada como substituição tributária e, por conseguinte deveriam ter sido tributadas uma vez que diante de seu entendimento estas mercadorias eram tributadas no ano de 2009. Ocorre, no entanto, que as bebidas alcoólicas passaram a ser amparadas novamente pelo regime da substituição tributária a partir de 01 de abril de 2009, conforme Decreto 11.462 de 10 de março de 2009, que revigorou o item 2 do decreto anterior. Portanto, a cobrança de tributação em relação a todas as bebidas alcoólicas relacionados a partir desta data são indevidas.

Aponta que pretende o autuante tributar as saídas de produtos que estavam sob o regime de substituição tributária, sendo, portanto absurda a pretensão contida na autuação. Menciona bebidas alcoólicas como bitter, whisky, cachaça, champanhe, conhaque, espumante, ice, licor, rum, vermouth, vodka, etc., fazem parte das NCM 2208 e 2205, conforme tabela TIPI e portanto eram produtos incluídos na substituição tributária, desde 2005 e revigorado pelo decreto 11.462/09. Transcreve alteração na norma regulamentar, e assegura incabível a tributação a partir da data aludida.

Indica que o produto "removedor litro" deveria ser classificado como mercadoria tributada. Ocorre que segundo o RICMS/BA em seu anexo 88 o mesmo está classificado como em regime de

substituição tributária, constando no item 17, bem como no artigo 353, item 16 do RICMS/97, transcritos.

Da mesma forma, entende descabida a pretensão de tributar o produto "chocolate kinder 20 gr. joy" e "kinder 43 gr. bueno", posto que ambos estão na substituição tributária, pois estão classificados conforme o RICMS/BA., conforme anexo 88, na posição do item 08, que se reporta a "Ovos-de-páscoa e chocolates, desde que industrializados".

O mesmo se pode dizer da pretendida imposição fiscal em relação ao item "massa de pastel" que em sua análise também submete-se à substituição Tributária, na condição de "Produtos preparados a base de farinha de trigo especificados no subitem 11.4, do inciso II do art. 353, excetuada a 1ª operação com mercadorias produzidas neste Estado, conforme RICMS/97".

Quanto a farinha de trigo, observa que está sob o regime de substituição tributária. Assim o produto já ingressa com o imposto pago antecipadamente e elimina a tributação nas operações futuras de todas as mercadorias fabricadas com este produto.

A lógica do autuante, entretanto, ao seu entender, é equivocada por ferir frontalmente, preceito legal que assegura a não tributação, em operações futuras, de produtos que sofreram antecipação tributária. Passa a seguir, a discorrer acerca do instituto da substituição tributária chamada progressiva.

Quanto ao valor do ICMS antecipado, diz que a substituição tributária progressiva plena pode ser: com liberação – antecipada a tributação, as saídas subsequentes ficam dispensadas de qualquer outro pagamento do imposto, ficam livres de cobrança; sem liberação – o imposto deverá ser recolhido quando o valor da antecipação retido pelo contribuinte-substituto for inferior àquele cobrado pelo contribuinte-substituído intermediário na operação subsequente.

Considerando as classificações apresentadas, aponta ser possível enquadrar os produtos derivados de farinha de trigo como sendo decorrente do regime de substituição tributária progressiva plena e com liberação consoante o RICMS do Estado da Bahia.

Assim, não haveria mais qualquer tributação a incidir nas operações de saídas com esses produtos, já que sofreram antecipação do tributo, sendo que a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia já se pronunciou acerca da não incidência tributária de produtos derivados de farinha de trigo justamente em face de ter sofrido antecipação tributária. É o que fica patenteado do Parecer 06549/2009, de 24/04/2009, emitido pela DITRI em face de consulta de contribuinte enquadrado nesta situação, cujo teor transcreve.

No Parecer, portanto, a DITRI reafirma o entendimento da não tributação dos produtos derivados de farinha de trigo o que torna a autuação, neste ponto, manifestamente improcedente.

Do mesmo modo, entende incabível a tributação pretendida acerca do produto "lustra moveis", que em sua ótica é também do regime de Substituição Tributária, até porque está contido dentro do âmbito dos produtos assinalados nos itens 2, 3 e 5, conforme artigo 353 do RICMS/97, item 16.3.

De igual sorte não há razão para a tributação do "leite longa vida". Este produto tem uma alíquota diferenciada quando adquirido de dentro do Estado. O autuante impôs a tributação em face de a empresa oferecer à tributação o valor da alíquota reduzida do imposto, para compatibilizar as saídas de um mesmo produto já que não poderá haver diferenciação de alíquotas em virtude da origem ou procedência do produto consoante os termos da carta Magna da República, artigo 152.

Certo que o autuante deverá rejeitar a dedução desses argumentos da defesa, por entender que não cabe ao Fisco perquirir acerca de justiça ou da injustiça da tributação e de que não cabe aos órgãos julgadores declarar a inconstitucionalidade de lei. Neste ponto merece reparos essa possível postura.

Sempre se discutiu acerca da possibilidade, ou não, da autoridade administrativa de julgamento apreciar questões de cunho constitucional, e, especialmente, declarar a inconstitucionalidade da lei na qual se funda o ato impugnado.

Entretanto, a doutrina mais respeitada afirma que é possível à autoridade administrativa declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Segundo entende, como a Constituição é a norma mais importante do ordenamento, sua aplicação não pode ser preterida em função da aplicação de uma lei, pouco importando que o aplicador seja órgão integrante do Poder Executivo. Afirma, pois que, se pode ser feita a revisão de atos administrativos ilegais, com maior razão essa revisão deve ser exercida em se tratando de atos administrativos inconstitucionais.

Embora os órgãos administrativos de julgamento, venham decidindo por sua incompetência para efetuar o controle de constitucionalidade, há os que sustentam a possibilidade da Administração declarar a inconstitucionalidade de leis, como defendido, em síntese, no entendimento consagrado na decisão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que colaciona.

Isto posto, a não apreciação de argumentos de defesa fundados na inconstitucionalidade da lei aplicada pela administração implica uma restrição infundada ao direito de defesa, inconstitucional por ofensa aos incisos LIV e LV do artigo 5º da CF/88, incisos que são os fundamentos da própria existência dos processos administrativos.

Diz que o auditor autuante em interpretação puramente subjetiva decidiu dar sua interpretação pessoal aos dispositivos do RICMS, com o fito exclusivo, de cobrar imposto onde a lei não autoriza, nem permite

Assinala que é princípio inconcusso e autêntico brocardo jurídico, que *“ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”*, isto é, *“onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir”*, não se podendo distinguir, ainda para agravar a situação do jurisdicionado ou administrado, porquanto, na esteira da máxima: *“odiosa restringenda, favorabilia amplianda”*, isto é, *“restringa-se o odioso; amplie-se o favorável”*.

Ressalta que o valor reconhecido pelo contribuinte na defesa (R\$ 27.018,11) deverá ser objeto de pagamento ou de pedido de parcelamento. Porém irressignou-se com o restante da autuação, pelo que pretende ver reformada a imposição fiscal no tocante aos itens não reconhecidos.

Houve, no seu ponto de vista, grave equívoco de avaliação do autuante, o que poderá ser constatado em qualquer trabalho de nova revisão fiscal a ser determinado por este Egrégio Conselho, providência que se impõe e que, desde já, fica requerida, a fim de que fiscais estranhos ao feito possam reexaminar o trabalho e concluir pela improcedência da autuação.

Requer como imprescindível, sob pena de cerceamento de defesa, a realização tanto de diligência quanto de perícia, nos termos admitidos pelo RPAF/99, a fim de se deixar patenteada a falibilidade completa dos levantamentos realizados pelo preposto fiscal.

Em face do quanto foi exposto e considerando que a imposição contida no referido Auto de Infração, foi injustificada e até ilegal, posto que baseando-se o lançamento, como já demonstrado, em fatos não susceptíveis de tributação e ainda em elementos precários e inseguros e apenas decorrente de uma presunção, é de ser a autuação tornada nula no que concerne ao levantamento fiscal realizado, pelas razões já apontadas e que, no mérito, seja julgado o auto parcialmente improcedente em face das argumentações já apresentadas.

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado improcedente, acatando-se as alegações defensivas

Informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 120 a 122), ao tempo em que reconhece ter cometido alguns erros, acata os equívocos cometidos, bem como justifica o conteúdo legal no Auto de Infração apresentado.

No que se refere ao Item "bebidas" como bitter, whisky, cachaça, champanhe, conhaque, espumante, ice, licor, rum, vermuth, vodka etc., NCM 2208 e 2205, reconhece assistir razão ao contribuinte, o mesmo o correndo em relação aos itens 02 (removedor), 03 (Chocolate Kinder 20gr. joy e Kinder 43 gr. bueno), e 05 (lustra móveis).

Porém no item, massa de pastel, não assiste razão o contribuinte, vez ter seguido exatamente o entendimento do RICMS/BA como se vê da leitura do art. 353, inciso II, item 11.4.1, que se refere a

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

Opondo-se ao entendimento do contribuinte, antecipa que interpretou o dispositivo legal em questão e que nem todos os produtos do gênero NCM 1902.1, estão enquadradas no regime de substituição tributária, mas apenas os que se dão no NCM 1902.1 o legislador indica quais são, e os indica: "macarrão, talharim, espagete, massas para sopas e lasanha, além de outras preparações similares não cozidas nem recheadas, nem preparadas de outro modo". E, assim, "massa folhada, massa para pastel, massa para panquecas e massa para pizza", que compõem o pedido de exclusão do contribuinte, neste caso; massa para pastel, não fazem parte dos produtos especificados na norma citada.

Observa o teor do artigo 506 G do RICMS/97, transcrito, sendo o documento fiscal referente às operações com os produtos compreendidos nas posições 1901 (massa para pastel), 1902 e 1905 da NCM, realizadas pelos fabricantes, elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo já objeto de antecipação tributária, contera 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.

Indica que o destaque do ICMS no valor 12% ocorre, porque a legislação visa 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), e sendo o contribuinte estabelecimento com atividade de comércio varejista, as suas saídas de massas de pastel sofrem tributação normal com as alíquotas previstas no artigo 50 do RICMS/BA.

Como esta questão tem sido objetivo de diversas consultas tributárias cita ainda para melhor compreensão os pareceres DITRI/GECOT de 12847/2009 de 29/07/2009 ; 12647/2009 de 27/07/2009 10723/2009 de 29/06/2009.

Desse modo, a infração apontada resta caracterizada e inteiramente subsistente. Devendo ser recolhido com as correções devidas o valor de R\$1.169,30 (Hum mil cento e sessenta e nove reais e trinta centavos).

Quanto ao item "Leite Longa Vida", afirma assistir razão o contribuinte, apontando às fls. 11 a 16 todo o demonstrativo do cálculo sobre o produto, com muita clareza e tomando o cuidado de não cobrar a parte que caberia à compras internas previstas no RICMS/BA como se observa da leitura do artigo 87, inciso XXXV do RICMS/97, cujo texto traslada para a sua peça.

Observa, ainda, que em outras fiscalizações o contribuinte acatou a cobrança do Leite Longa Vida no que se refere à entradas de outras unidades da Federação, e que a cobrança foi feita não porque já houve pagamento desta infração em outro Auto de Infração, mas porque é devida; conforme orientação legal do RICMS/BA, cabendo ao contribuinte recolher como valor devido a esta infração R\$17.093,11 (dezessete mil noventa e três reais e onze centavos) apontado na fl. 16 do processo.

Finaliza, acatando a defesa no que se refere aos meus equívocos e suportando a parte que deverá ser mantida no processo, entendendo que ainda resta ser recolhido o valor de R\$ 1.169,30 referente à infração massa de pastel, bem como R\$17.093,11 referente à infração Leite Longa Vida, totalizando assim o valor de R\$18.262,41 (dezoito mil duzentos e sessenta e dois reais e quarenta e um centavos) com as correções devidas.

Cientificado do teor da informação fiscal (fls. 127 e 128), o sujeito passivo retorna ao feito (fls. 130 e 131), reiterando todos os termos das argumentações já deduzidas em sua peça de defesa, vez que aqueles ali expendidos não sofreram impugnação relevante que importasse na decretação da subsistência do Auto. Ressalta, contudo, que a correção dos valores do lançamento não elidem os fundamentos defensivos já expostos em sua impugnação inicial, diante do fato do autuante

apenas ter refutado os fundamentos defensivos sem qualquer fundamentação válida ou consistente.

No tocante à parte do Auto de Infração em que não foi reconhecida a argumentação da defesa referente às mercadorias "leite longa vida" e "massa de pastel", discorda do posicionamento do autuante, uma vez que a definição de ser, ou não, o produto sujeito a substituição tributária não tem qualquer correlação com a sua codificação na NCM e sim observando-se as características próprias da mercadoria.

Ora se o autuante não contesta todos os aspectos da defesa é porque admitiu os fatos versados naquela peça de impugnação inicial, e o mesmo incorre em equívoco ao promover uma interpretação puramente subjetiva, para dar sua interpretação pessoal aos dispositivos do RICMS, com o fito exclusivo, de cobrar imposto onde a lei não autoriza, nem permite.

Destarte não pode distinguir, ainda para agravar a situação do jurisdicionado ou administrado, porquanto, na esteira da máxima: *"odiosa restringenda, favorabilia amplianda"*, isto é, *"restringa-se o odioso; amplie-se o favorável"*, não havendo como defender-se, ou manifestar qualquer inconformidade com a informação fiscal, já que totalmente destituídos de fundamentos, os argumentos lançados pelo autuante.

É, pois, o caso de postular-se pelo julgamento da improcedência da autuação, reservando-se para apresentar novos fundamentos quando do julgamento por este Conselho.

Consta às fls. 107 a 109, Termo de Confissão de Dívida, e Demonstrativo de débito relativos às parcelas reconhecidas, com os benefícios da Lei 12.903/13.

## VOTO

O presente lançamento, consta de apenas uma infração, que se reporta a recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, relativamente a diversos produtos, dos quais a empresa autuada contesta parcialmente.

Inexistem questões preliminares a serem enfrentadas, tendo o lançamento obedecido aos preceitos legais, e atendido aos requisitos formais e materiais, estando apto a ter o seu mérito apreciado, e ser julgado.

Inicialmente, nego o pedido do contribuinte, de realização de diligência ou perícia, diante do fato de que o defendente não observou o contido no artigo 145 do RPAF/99:

*"Art. 145. O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade."*

*Parágrafo único. Tratando-se de solicitação de perícia fiscal, o interessado deverá formular no pedido os quesitos a serem respondidos, sob pena de indeferimento de plano, podendo indicar, se preferir, seu assistente técnico, indicando sua qualificação e endereço".*

Pela interpretação de tal dispositivo, não basta o pedido genérico, como realizado, mas a apresentação de argumentos que convençam o julgador de tal necessidade, para fins de esclarecimento da matéria discutida, o que no caso concreto, não ocorre, diante da presença de todos os elementos necessários para tal nos autos.

Ademais, o fato do próprio autuante, em sede de informação fiscal ter acatado parcialmente os argumentos defensivos, após a devida análise, torna desnecessária a realização de diligência.

Quanto a colocação posta, acerca de inconstitucionalidade da legislação, o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA, veda ao julgador adentrar na análise de tal aspecto da norma vigente, motivo pelo qual me escuso de analisá-lo.

No mérito, a diferença apurada, refere-se a produtos que de acordo com o autuante estariam submetidos à substituição tributária, ou mesmo alíquota inferior à legalmente prevista. Por uma

questão de didática, adotarei a mesma ordem de produtos observada na peça defensiva, para apreciação.

Início pelas bebidas alcoólicas, em relação às quais, (bitter, whisky, cachaça, champanhe, conhaque, espumante, ice, licor, rum, vermouth, vodka, etc.), de acordo com a argumentação posta pelo sujeito passivo, fazem parte das NCM 2208 e 2205 conforme tabela TIPI e nesta condição, encontravam-se incluídos na substituição tributária, desde 2005 e revigorado pelo Decreto 11.462/09, razão pela qual entende que aplicou a alíquota correta.

Em relação a tal argumento, o autuante, quando da informação fiscal, acatou o mesmo, excluindo tais itens da acusação. Com efeito, a edição do Decreto 11.462/2009, de 10 de março de 2009, publicado no Diário Oficial do dia seguinte, com efeitos a partir de 1º de abril de 2009, promoveu alterações na sistemática de substituição tributária nas operações com bebidas quentes, modificando a sistemática do artigo 353, item 2 do RICMS/97, então vigente à época dos fatos geradores, incluindo no item 23 do Anexo 86 de tal diploma regulamentar, a substituição tributária para os produtos "vermutes e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas, classificados na posição NCM 2205; e bebidas alcoólicas classificadas na posição NCM 2208, exceto aguardente de cana e de melão". Desta forma, assiste razão ao sujeito passivo na sua argumentação, devendo, como já o foi os valores relativos a tais produtos serem excluídos do levantamento realizado.

Quanto ao produto "removedor", com efeito, o item 16 do artigo 353 do RICMS/97, então vigente, determina que "tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores (grifei), solventes, essências de terebintina, secantes, catalisadores, corantes e demais mercadorias da indústria química especificadas, obedecida a respectiva codificação segundo a NCM (Convênio ICMS 74/94)" estão sujeito a substituição tributária, motivo pelo qual o produto foi acertadamente excluído pelo autuante do lançamento.

No que concerne aos chocolates, igualmente acolhidos pelo autuante, com a sua exclusão, o RICMS/97, Anexo 88, na posição do item 08, prevê adoção de substituição tributária para "Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não - 1806.3, 1806.9", sendo que na redação vigente até 31 de julho de 2012 (época dos fatos abarcados na autuação), sujeitavam-se à substituição tributária "Chocolates e ovos de páscoa, desde que industrializados – 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1", no que laborou em acerto em expurgá-los do lançamento.

Para o produto "lustra móveis," igualmente encontra-se abrangido na substituição tributária, na forma do item III do Anexo ao Convênio ICMS 74/94, englobando os produtos "massas, pastas, ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, polimento ou conservação", nos quais se inclui, vez se enquadrar na condição de "cera de polir" de que fala o item 16 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97 então em vigência. Desta forma, o autuante não deveria incluí-lo no lançamento, motivo pelo qual foi realizada a retirada dos valores a ele correspondentes.

No tocante ao item "massa de pastel", esclareço que a mesma não está classificada nas posições da NCM que fazem parte da substituição tributária de massas, no caso 1902.11.00 e 1902.19.00, mas na posição 1902.30.00, portanto, não enquadrada no regime de substituição tributária, motivo pelo qual não assiste razão ao autuado quanto a este aspecto, devendo as operações de saídas por ele realizadas serem tributadas normalmente, com débito do imposto.

Relevante o registro feito pelo autuante, quando da sua informação fiscal, de existência de inúmeros Pareceres da Diretoria de Tributação da SEFAZ (DITRI), nesse sentido, dos quais menciona alguns, que de forma cristalina espancam qualquer dúvida acaso existente sobre a matéria.

A título ilustrativo, permito-me transcrever trecho de uma das respostas dentre aquelas elencadas, que se reporta a consulta formulada por contribuinte, relativamente a tributação de

massa para pastel e massa para pizza, tendo na oportunidade, o órgão técnico da Secretaria da Fazenda assim se manifestado, no Parecer 12.847/2009:

*"Para melhor esclarecimento da situação apresentada, afigura-se necessário trazermos à lume a disposição do art. 506-A do RICMS-BA, a saber:*

*'Art. 506-A. Fica atribuída 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 subseqüentes 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.'*

*Por sua vez, o art. 506-G da mesma norma regulamentar dispõe que o documento fiscal referente às operações com os produtos compreendidos nas posições 1901, 1902 e 1905 da NCM, realizadas pelos fabricantes, 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 subseqüentes.*

*Entendemos da disposição supra, 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 na posição da NCM 1902, consideradas massas alimentícias não cozidas, nem recheadas nem preparadas de outro modo, não sofrerão incidência do ICMS nas operações de saídas promovidas pelo fabricante, haja vista que a antecipação tributária sofrida pelo o trigo em grãos ou pela farinha de trigo alcança as operações subseqüentes promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas, alimentícias e biscoitos.*

*No tocante ao destaque do ICMS no valor equivalente a 12% visa apenas à concessão de um crédito presumido para o destinatário compensar o imposto incidente nas operações subseqüentes com os referidos produtos, que retornam à tributação normal no comércio (atacado e varejo).*

*Feitas essas considerações em frente à legislação vigente, podemos concluir que, sendo a Consulente um estabelecimento com atividade de comércio varejista, as saídas de massas de pizza e **massas de pastel sofrerão tributação normal** e as alíquotas aplicadas serão as previstas no art. 50 do RICMS-BA, conforme a operação realizada, ou seja, operação interna ou interestadual". (grifos do relator).*

Entendo importante, da mesma forma, mencionar o fato de que a matéria tem sido apreciada com alguma frequência por este órgão julgador, o qual tem firmado posição no mesmo sentido daquele contido no Parecer acima transcrito, podendo citar julgamento que redundou no Acórdão JJF 0179-01/13, exarado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, o qual considera tal produto submetido ao regime normal de tributação, decisão confirmada através do Acórdão CJF 0489-12/12, da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal.

O Parecer 6549/2009 trazido pelo sujeito passivo ao amparo de seu procedimento, não pode ser acolhido, diante do fato de que reporta-se a consulta acerca de saídas de pães, bolos e biscoitos produzidos com farinha de trigo adquirida com o imposto antecipado, e tratamento tributário dispensado à atividade de panificação, não guardando qualquer relação com o assunto ora discutido.

Assim, por tais argumentos, e diante do fato de que o sujeito passivo não conseguiu demonstrar que a NCM da massa para pastel que comercializa possui NCM 1901 ou 1902, mantenho o lançamento quanto a este produto.

Finalmente, quanto ao leite longa vida, observo, inicialmente, que no demonstrativo de fl. 11, o autuante cometeu um pequeno equívoco, na elaboração da planilha, ao nomear as operações ocorridas no mês de janeiro de 2009, como se referissem a dezembro de 2009, muito embora tal fato passasse despercebido do sujeito passivo, que, inclusive, não somente deixou de alegar o fato, como, de igual forma, não teve o seu direito de defesa prejudicado. Ademais, a planilha de fls. 12 a 16, da qual o sujeito passivo recebeu cópia, indica os meses corretamente.

Da mesma forma que em relação à massa para pastel, não assiste razão ao sujeito passivo. Isso diante do fato de que este, erroneamente entende que se aplica a tal produto, alíquota de 7%, ao invés de 17% na operação interna. Lembro que tal leite, se apresenta sob a forma líquida, e não se confunde com o leite em pó.

O artigo 87, inciso XXXV do RICMS/97, então vigente à época dos fatos geradores, estabelecia que

*"Art. 87. É reduzida a base de cálculo:*

*(...)*

*XXXV - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento)";*

Ou seja: a legislação estabelece condições para a fruição de tal benefício, a saber: que a operação seja intera, ou seja, o leite tem que ser produzido neste Estado, e a sua saída também tem que ser interna, sendo tal benefício inserido na legislação pelo Decreto 7.826/00, de 21 de julho de 2000.

De início, verifico que o sujeito passivo não conseguiu trazer aos autos a necessária prova de que o leite objeto da ação fiscal foi adquirido internamente, condição *sine qua non* para a fruição do benefício.

Esclareça-se que a fundamentação trazida pelo sujeito passivo, de que a limitação do benefício da redução da base de cálculo em relação às mercadorias produzidas neste Estado é inconstitucional, não é da competência deste Órgão julgador, conforme previsão expressa do artigo 167, inciso I, do RPAF/BA, já manifestada anteriormente.

Assim, tal infração, respeitado o limite de competência do julgador, se encontra correta, diante dos termos postos, vez ter restado comprovado que o sujeito passivo, de fato, aplicou indevidamente o benefício previsto no Decreto Estadual nº 7.826/00 nas vendas de leite longa vida, tanto que o mesmo não nega tal fato, apegando-se a outra linha de argumento. Comprovado que o referido decreto encontrava-se vigente à época dos fatos ora analisados, com plena eficácia e aplicação, a infração quanto a tal produto é procedente.

No tocante à decisão trazida na peça defensiva, é do Conselho de Contribuintes da Receita Federal, sem qualquer efeito vinculante, até em nome da independência das instâncias, e da competência estadual tanto quanto a legislação, quanto ao procedimento de julgamento de seus tributos constitucionalmente previstos.

Ressalto que tal matéria não é estranha a este órgão, à vista de diversos julgados deste órgão, como os Acórdãos CJF Nº 0432-13/13 e CJF Nº 0276-13/13, que espelham o entendimento dominante quanto à matéria, e aos quais me alinho.

Todavia, tendo em vista o fato do autuante, quando de sua última manifestação apresentar números para a liquidez do débito, porém, não ter acostado qualquer demonstrativo de como chegou a tais valores, especialmente dos demais produtos arrolados na autuação (massa para pastel, bebidas lácteas, desinfetantes, brinquedos, etc.), o que além de impossibilitar aos julgadores a liquidez perseguida e necessária, além de ofender os princípios do contencioso e ampla defesa, fica -se impossibilitado de indicar as parcelas dos demais produtos, não acatando o



valor indicado pelo autuante, pela absoluta ausência de segurança quanto a base de cálculo utilizada para o valor residual apontado.

Por tais razões, julgo o Auto de Infração procedente em parte, no valor de R\$ 17.093,11, na forma do demonstrativo abaixo:

2009

janeiro	R\$ 1.197,66
fevereiro	R\$ 1.253,83
março	R\$ 1.375,81
abril	R\$ 1.356,20
maio	R\$ 1.356,17
junho	R\$ 1.223,66
julho	R\$ 1.613,42
agosto	R\$ 1.560,07
setembro	R\$ 1.319,42
outubro	R\$ 1.657,85
novembro	R\$ 1.489,77
dezembro	R\$ 1.689,25

#### 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. **232941.1013/13-9** lavrado contra **RONDELLI CENTER LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.093,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 07 de outubro de 2014.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA - JULGADOR