

A. I. N° - 206941.0080/13-4
AUTUADO - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COM. E IND. LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ VALDEMIR BRAGA SANTOS e CLEUDES CERQUEIRA DE FREITAS
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 01.04.15

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0029-02/15

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. SAÍDA DE MERCADORIA. Refeitos os cálculos mediante diligência realizada pela ASTEC/CONSEF. Infração parcialmente caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Defesa não apresentou elemento capaz de elidir imputação. Mantida a exigência. 3. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Refeitos os cálculos mediante diligência realizada pela ASTEC/CONSEF. Infração parcialmente caracterizada. Negado o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/03/2013, para constituir o crédito tributário ao ICMS no valor histórico de R\$253.054,29, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor histórico R\$98.131,32.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.05 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Valor histórico: R\$ 24.579,69.

INFRAÇÃO 03 – 07.15.03 – Multa percentual sobre o imposto ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Valor da infração R\$130.343,28.

O autuado ao impugnar o lançamento tributário, folhas 34 a 72, incialmente transcreve as infrações e requer a aceitação dos documentos acostados pela defesa, aduzindo que parte da autuação não pode prosperar.

Ao arguir nulidade, tece comentários sobre o princípio da legalidade tributária, destacando que a fiscalização deixou de cumprir às disposições do Código Tributário Nacional, em seus artigos 108, inciso I e 196, que obriga a lavratura do Auto de Infração no local da verificação da infração, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado, tornando-o ineficaz e nulo de pleno direito, quando lavrado na própria Repartição Fiscal, como ocorreu no presente caso.

Em relação à infração 01, reconhece como devido o R\$45.246,53, referente ao produto G.U.MIST.BOLO, impugnando o valor de R\$ 52.884,79, alegando que os autuantes deixaram de considerar diversas situações tributárias, a saber: produtos com alíquota do ICMS de 7% e produtos com base de cálculo reduzida.

Alega que:

- 1- CANJICA – faz parte da CESTA BÁSICA, por se tratar de um produto natural resultante da Trituração do milho; não é pré-cozido e nem contém condimentos é tributado à alíquota de 7% a teor do art. 51, I, a, do RICMS/97. Cita que o Parecer GECOT/DITRI nº 18536/2011, de 25/08/2011, define o milho de canjica como um produto natural, na forma prevista no art. 51, inciso 1, alínea “a” do RICMS/BA. No mesmo sentido, o Acórdão CJF nº 0012-11/13, pacifica a matéria em debate, esclarecendo de forma bem fundamentada a classificação do produto e a sua carga tributária, com base no art. 51, inciso I, “a”, do RICMS/97. Destaca que o Parecer GECOT nº 543/99 que, assegura ao contribuinte a alíquota de 7% para o referido produto.
- 2- XEREM MILHO – o produto em referência faz parte da CESTA BÁSICA, por se tratar de milho natural, resultante da Trituração do milho, sujeito à alíquota de 7% a teor do art. 51, I, a, do RICMS/97.
- 3- MILHO PIPOCA - o produto em referência faz parte da CESTA BÁSICA, por se tratar de um produto natural, com tributação à alíquota de 7% a teor do art. 51, I, a, do RICMS/97. Ressalta que o Acórdão CJF nº 0016-11/13, pacifica a matéria em debate, esclarecendo de forma bem fundamentada a classificação do produto, assim como a sua carga tributária, com base no art. 51, inciso I, “a”, do RICMS/97, o qual transcreveu trecho do voto.
- 4- LEITE LONGA VIDA e LEITE EM PÓ - O produto LEITE (Longa vida) e LEITE EM PÓ (Nestlé) tem base de cálculo reduzida em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento), nos termos do art. 87, XXI, do ICMS/BA. Ao dispor sobre a redução da base de cálculo do ICMS do produto LEITE, a legislação interna não excluiu taxativamente o produto LEITE EM PÓ MODIFICADO, NCM 19.01. Cita as NF-e nº 000016057, 000035600, da Nestlé do Brasil S/A e a NF nº 22264 da Cooperativa Central dos Prod. Rurais de MG Ltda.
- 5- COND NIELY ORQUIDEA 1x1 200G - Trata-se do produto MARGARINA, como se depreende da descrição do referido produto constantes nas Notas Fiscais de nº NF 48264, 57935. Esclarecendo que em razão de ERRO NO ARQUIVO MAGNÉTICO, o produto figurou com a denominação de COND NIELY ORQUIDEA 1x1 200G, portanto, deve receber o mesmo tratamento dispensado no item anterior. Os referidos produtos estão relacionados em planilha anexa, com a descrição dos produtos, situação tributária e base legal, que é parte integrante da defesa.

Requer que sejam excluídos os referidos produtos da exigência fiscal.

No tocante a infração 02, salienta que os produtos estavam no período da ação fiscal sujeitos ao regime normal de apuração:

- a) MACARRÃO - O produto macarrão de diversas marcas, comercializado pela Autuada (art. 353, 11.4.3, do RICMS/BA - macarrão instantâneo – NCM 1902.30.00); foi acrescentado ao subitem 11.4 do item 11 do inc. II do *caput* do art. 353 pela alteração nº 136 (Decreto nº 12.158, de 01/06/10, DOE de 02/06/10), com efeitos a partir de 01/06/10. O imposto foi levantado até a data de 21/01/2010, quando a tributação era pelo regime normal de apuração do RICMS, portanto, o lançamento de ofício é insubstancial.
- b) BEBIDAS (Conhaque, Ron Montilla, Whisky e Vodka) - Os produtos em referência foram acrescentados ao art. 353 do RICMS/97, através do Decreto nº 11462, de 10/03/09, DOE de 11/03/09, com efeitos de 01/04/09 a 31/12/09 e o Decreto nº 11523, de 06/05/09 a partir de 07/05/2009. O imposto foi levantado em ação fiscal com período de apuração fiscal em data anterior à vigência dos efeitos da situação tributária dos referidos produtos, portanto, o crédito fiscal foi aproveitado pelo autuado de forma regular.
- c) MASSA - O produto em referência não está sujeito ao regime da substituição tributária, por se tratar de uma massa fresca refrigerada, por conseguinte, o crédito fiscal foi aproveitado de forma regular, transcrevendo trecho do Parecer GECOT/DITRI nº 12647/2009 de 27/07/2009:

"Temos, assim, que as massas alimentícias classificadas nas posições NCM 1902.11.00 e 1902.19.00, subgrupos da NCM 1902.1, estão incluídas no tratamento previsto no referido dispositivo regulamentar, estando sujeitas ao regime de substituição tributária nas operações internas.

Ressalte-se, porém, que as "massas para pastel" não estão incluídas nas posições da NCM acima citadas, mas sim na posição 1902.30.00, não fazendo parte, portanto, do grupo de classificação 1902.1 (massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo), mas sim do grupo 1902.30 (outras massas alimentícias), não estando alcançadas, portanto, pelo regime de substituição tributária referido no art. 353, inciso II, item 11.4.1, do RICMS/BA". (Grifo da defesa).

- d) ACUÇAR CONFEITEIRO - Não obstante, reconhecer a situação tributária do produto disposta no item 12, inciso II, do art. 353, do RICMS/BA, o crédito fiscal foi aproveitado na entrada, contudo, o imposto foi pago na saída à alíquota de 17%, cuja base de cálculo do imposto foi acrescida de M.V.A., legal. No presente caso, não houve prejuízo ao Erário Público, já que, o imposto foi retido e recolhido na modalidade da substituição tributária, em consequência, no momento em que o contribuinte calcula e recolhe o imposto sobre as mercadorias com fase de tributação encerrada, nasce para o contribuinte direito de restituir o imposto ou compensar o valor do imposto pago na saída e, para o fisco nasce o direito de exigir o estorno do crédito.

Quanto a infração 03, destaca que os autuantes aplicaram a multa percentual de 60% sobre o valor do ICMS apurado pela sistemática de antecipação parcial do imposto, deixando de levar em consideração o disposto no art. 352-A, § 1º, I, II, III e § 2º, do RICMS/BA. Acontece que, apurou-se o ICMS em operações com mercadorias acobertadas pelo benefício fiscal da ISENÇÃO, NÃO INCIDÊNCIA, SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e BASE DE CÁLCULO REDUZIDA, citando os seguintes produtos:

- 1- CEBOLA - goza do benefício fiscal da isenção do ICMS, a teor do art. 14, I, 3, do RICMS/BA.
- 2- OVO - goza do benefício fiscal da isenção do ICMS, a teor do art. 14, IV, "a", do RICMS/BA.
- 3- ABACAXI – MELANCIA – MAÇÃ – PERA - gozam do benefício fiscal da isenção do ICMS, a teor do art. 14, IV, "b", do RICMS/BA.
- 4- BEBIDAS (Vinhos etc) - está enquadrado no regime da substituição tributária, a teor do art. 353, II, 2, do RICMS/BA, ou seja, com o ICMS-ST recolhido e por conseguinte, a fase de tributação encerrada.
- 5- REVISTA - não incide ICMS sobre o produto em referência, a teor do art. 6, I, do RICMS/BA. O referido produto, também goza da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "d", da Constituição Federal de 1988.
- 6- PRODUTOS DA CESTA BÁSICA - os produtos que fazem parte da CESTA BASE, são tributados à alíquota de 7% a teor do art. 51, I, a, do RICMS/97. Acresce que anexa a defesa uma planilha contendo a descrição de diversos produtos e a respectiva situação tributária. A título de demonstração lista alguns produtos constantes na referida planilha, todos, sujeitos à alíquota de 7% a teor do art. 51, I, a, do RICMS/97, a saber: MILHARIL FLOCOS PRE COZIDOS 1x30 500G; FUBÁ MILHARIL E OUTRAS; FLOCAO CORINGA 1x20 500G; FARINHA MILHO NOVOMILHO 1x30 500G; CANJIQUINHA.
- 7- PRODUTOS COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA – aduz que a presente uma planilha contendo a descrição de diversos produtos e a respectiva situação tributária. A título de demonstração segue a lista de alguns produtos constantes na referida planilha, todos, com a carga tributária correspondente a 7% a teor do art. 87, do RICMS/BA: CHARQUE MARBA JERKEED BEEF 1x20 500G; VINAGRE CASTELO CLASSICO TTO 1x12 750ML; MARG.CLAYBOM C/SAL 1x24 250G; AGRIN MARATA e PEIXE.

Salienta que a finalidade da antecipação parcial é cobrar de forma antecipada o pagamento do imposto. No presente caso, o autuado comprova através de planilha anexa à defesa, o valor recolhido de antecipação parcial no importe de R\$162.776,12, este sim, é o valor real que deveria ter sido pago a título de ICMS-Antecipação Parcial, e, efetivamente, o imposto foi recolhido dentro do prazo regulamentar pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

Argumenta que a suposta diferença de imposto no montante de R\$54.462,69 (R\$217.238,81 – R\$162.776,12) está sendo apurada e oportunamente será colacionada aos autos do presente PAF, uma nova planilha, salientando que, não constataram diferenças de imposto a recolher na sistemática da Antecipação Parcial.

Entende que a multa aplicada é indevida pelas razões já exposta, entretanto, na hipótese de se confirmar a denunciada diferença de recolhimento do ICMS-Antecipação Parcial, o valor da infração seria de R\$32.677,61 (R\$54.462,69 x 60%) e não de R\$130.343,28, como consta da peça impositiva.

Destaca que a Constituição Federal de 1988, no art. 155, § 2º, I, dispõe que o ICMS “será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.

Entende que o instituto constitucional da não cumulatividade espanta a pretensão do fisco, pois, o contribuinte não recolheu a menor o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota e, sim, aproveitou o crédito fiscal naquelas operações com produtos sujeitos a tributação normal, bem como, deixou de apurar o imposto nas saídas mercadorias sujeitas ao regime da substituição, citando doutrina e jurisprudência de outros tribunais.

Argumenta que a multa de 60% aplicada é exorbitante e inconstitucional, uma vez que não leva em consideração a proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento. Transcreve a doutrina a respeito.

Afirma que a aplicação da SELIC como taxa de juros é inconstitucional e inaplicável aos débitos tributários, como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 215.881/DJU 19/06/2000.

Requer a realização de perícia.

Ao final, requer que Seja declarada a nulidade, em sendo ultrapassada a preliminar arguida, seja julgado improcedente o auto de infração em discussão e a homologação dos valores pagos a título de ICMS, mediante DAEs.

À fl. 91, consta extrato do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária), referente ao pagamento de parte da infração 01 no valor histórico de R\$45.246,53.

Os autuantes ao prestarem informação fiscal, fls. 96 a 100, em relação ao local da lavratura do Auto de Infração, aduz que o §1º do artigo 39 do RPAF/99, coloca por terra o argumento da defesa tendo em vista que autoriza, também, a lavratura dentro da repartição fazendária, no caso em concreto na IFEP NORTE, razão pela qual solicita a manutenção da presente ação fiscal em sua inteireza exceto nos valores ajustados conforme segue.

Salienta que o autuado reconhece como devido o valor de R\$45.246,53, referente ao produto G.U MIST. BOLO, e apresenta suas razões de impugnação para os outros produtos elencados no Anexo B do presente PAF. Para melhor elucidação, transcrevem resumo dos itens relacionados no Anexo B, sobre os quais passou a comentar.

No tocante aos produtos Canjica, Canjiquinha, Milho de Pipoca e Xerém de Milho, registram que o autuado aplicou nas saídas por ECF, a alíquota de 7% por considerar que são produtos da cesta básica. Entretanto, entendem estes agentes que a regra imposta no artigo art. 51 do RICMS se refere exatamente aos produtos ali relacionados, não devendo ter interpretação extensiva. Em assim sendo, considerando que os produtos acima relacionados e objeto da lide no presente processo não fazem parte dos produtos elencados no item I, a do artigo 51 do RICMS conforme abaixo transcrito, solicitam a manutenção da imputação fiscal conforme inicial do PAF que somam em R\$42.316,49 de imposto devido.

Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% nas operações com:

a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha e fubá de milho e farinha de mandioca;

Quanto ao produto Leite Longa vida e Leite em pó, informam que o RICMS em seu artigo 87, XXXV concede o benefício da redução da base de cálculo para as operações internas com leite de gado longa vida fabricado neste Estado. Considerando que a empresa ITAMBÉ tem suas fábricas localizadas nos Estados de Minas Gerais e Goiás não há o que se falar em redução de base de cálculo nas operações internas com este produto. Com referência ao produto denominado pela autuada como “leite pó Nestle mod Ideal 2824 8x3 500g”, este não pode ser beneficiado com a regra do art. 87 inciso XXI por se tratar de um “composto lácteo”, não podendo ser confundido com o produto leite em pó. Sobre o tema, transcreve parte do Acordão JJF nº. 0062/01/13 da 1ª. Junta de Julgamento para conhecimento desta Douta Corte.

“No tocante ao item 3º, a solução é simples. O art. 87, XXI, do RICMS então vigente previa a redução da base de cálculo do imposto nas operações internas com “leite em pó”. A mercadoria objeto da autuação não é leite em pó – é um “composto lácteo” em cuja composição entra leite em pó, com outros ingredientes. Trata-se portanto de um produto em pó, que aos olhos do consumidor se assemelha ao leite em pó, tanto assim que, para evitar burla, os órgãos reguladores determinam que na embalagem conste a advertência de que não é leite em pó.”

O preceito regulamentar em exame veicula uma exclusão tributária. Esse tipo de regra não admite interpretação analógica ou extensiva. O benefício diz respeito unicamente a leite em pó. Como o composto lácteo em questão é um produto obtido com vários ingredientes – leite em pó, soro de leite, óleo de soja, ferro, vitaminas – é evidente que não se subsume à previsão do supracitado dispositivo regulamentar.

Mantenho o lançamento do item 3º.”

Solicitam a manutenção dos valores lançados na inicial do A.I. no total de R\$10.390,98 referente a estes itens.

Em relação ao produto “Cond. Niely Orquidea 1x1 200g”, frisam que o autuado reconhece o erro na descrição do arquivo magnético e afirma tratar-se do produto margarina. Apresenta cópia de notas fiscais e espelho do cadastro existente em seus sistemas de controle. Em assim sendo, considerando os documentos apresentados e em total respeito às afirmativas da autuada, resolvem os agentes fiscais, propor a exclusão do valor lançado na inicial no valor de R\$177,32.

Em relação à infração 02, aduzem que em suas alegações defensivas a autuada apresenta seus argumentos sobre os diversos produtos constantes do Anexo C, sobre os quais apresentam as seguintes informações:

- 1- Macarrão – Refutam os argumentos da autuada sobre o período em que o produto foi incluído no regime da substituição tributária. Transcrevem abaixo as alterações ocorridas no item 11.4 do art. 353, confirmando que o mesmo foi adicionado ao regime da substituição tributária através do Dec. 7947 de 02/05/2001, com efeitos a partir de 01/06/2001:

“11.4 - preparações à base de farinha de trigo a seguir especificadas:

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

Nota: A redação atual do subitem 11.4.1 do inc. II do caput do art. 353 foi dada pela Alteração nº 136 (Decreto nº 12.158, de 01/06/10, DOE de 02/06/10), efeitos a partir de 01/06/10.

Redação anterior dada ao subitem 11.4.1 do inc. II do caput do art. 353 pela Alteração nº 135 (Decreto nº 12.156, de 28/05/10, DOE de 29 e 30/05/10), sem efeitos:

“11.4.1 - macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1 e macarrão instantâneo – NCM 1902.30.00;”

Redação anterior dada ao subitem 11.4.1 do inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 23 (Decreto nº 7947 de 02/05/01, DOE de 03/05/01), efeitos de 01/06/01 a 31/05/10:

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

- 2- Bebidas (Conhaque, Ron Montila, Whisky e Vodka) - os produtos constam do rol dos produtos sujeitos a Substituição Tributária, especificamente no item 2.6 do inciso II do artigo 353 desde a redação original do RICMS.
- 3- Massa - a imputação fiscal não foi efetuada de forma genérica, o produto objeto da lide é especificamente “massa para lasanha” e ou “talharim”, sendo estes produtos literalmente relacionados no rol dos produtos sujeitos a Substituição Tributária.
- 4- Sobre Açúcar de Confeiteiro – discordam da defesa, vez que, o inciso IV do artigo 97 do RICMS literalmente veda a utilização do crédito, entendem também que, caso tenha havido recolhimentos indevidos a autuada deve adotar os procedimentos autorizados na legislação para resarcimento destes valores.

Relativamente à infração 03, frisam que, em vista aos argumentos da autuada, resolvem alterar o teor do Anexo A, para excluir os valores referentes a produtos isentos, com não incidência e do regime da substituição tributária. Com relação aos produtos milharil flocos pré-cozidos, fubá milharil, flocão coringa e canjiquinha, entendem que os produtos não fazem parte do elenco de itens da cesta básica.

Ao final, requerem que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

O autuado foi intimado, fl. 109, para tomar ciência da informação fiscal, fls. 96 a 100, e para apresentar manifestação dentro do prazo de 10 dias.

Em nova defesa, fls. 114 a 131, o autuado, em relação à infração 01, reiterou os argumentos em relação aos produtos: CANJICA; XEREM MILHO; MILHO PIPOCA; LEITE EM PÓ e COND NIELY ORQUIDEA 1x1 200G.

Quanto à infração 02, reiterou os argumentos em relação aos produtos: MACARRÃO; BEBIDAS (Conhaque, Ron Montilla, Whisky e Vodka); MASSA e ACÚCAR CONFEITEIRO.

Relativamente à infração 03, aduz que houve a redução do crédito tributário de R\$130.343,28, para R\$98.019,74, entretanto, ao fornecer apenas as fls. 104 (primeira folha) e 105 (última folha) de um total de 169 páginas do Anexo A, o Auditor Fiscal inviabiliza a conferência dos valores excluídos do levantamento fiscal, bem como, dos itens mantidos no referido relatório fiscal. Ressalta que, no presente caso, é imprescindível que o fisco entregue ao contribuinte todas as folhas do ANEXO A, para a necessária conferência pelo autuado, sob pena de caracterizar cerceamento do direito de defesa, bem como, a nulidade do auto de infração.

Ao final, pede a entrega do Anexo A completo sob pena de nulidade do Auto de Infração, revisão dos valores mantidos e julgamento parcialmente improcedente do presente Auto.

A 2^a JJF, em 26 de setembro de 2013, fl. 156, decidiu converter o processo em diligência à INFRAZ DE ORIGEM para que fossem tomadas as seguintes providências: a) aos autuantes, que acostem aos autos cópia completa do demonstrativo revisado relativo ao item 03 dos autos; b) à Inspetoria após cumprida a exigência pelos autuantes, realizasse a entrega ao autuado, mediante recibo, de cópias, do pedido de diligência e do resultado da diligência e seus anexos, intimando o autuado para se manifestar.

Cumprida a diligência, fl. 160 dos autos, informaram que anexaram ao PAF cópia completa do Anexo A conforme apresentado em meio magnético.

À fl. 330, o autuado recebeu cópias da solicitação da diligência fiscal requerida pela 2^a JJF, fl. 156, e da conclusão da diligência, fl. 160 a 328, ficando intimado a manifestar-se dentro do prazo de 10 dias contado do recebimento.

Em manifestação, fl. 335, quanto à intimação da folha 330, o autuado pede que lhe seja disponibilizado CD contendo as planilhas referentes ao Auto de Infração para efetuar nova

defesa, o que foi atendido, conforme recibo assinado na mesma folha do PAF. Entretanto, o autuado não se manifestou.

Considerando a necessidade de exclusão de algumas operações das infrações 01 e 03, foi proposta por este Relator e aceita pela 2^a JJF a conversão do PAF em diligência a ASTEC, para:

EM RELAÇÃO A INFRAÇÃO 01:

1. Excluir os produtos: CANJICA; XEREM MILHO; MILHO PIPOCA e COND NIELY ORQUIDEA 1x1 200G, revisando os levantamentos fiscais;
2. Elaborar novo demonstrativo de débito.

EM RELAÇÃO A INFRAÇÃO 03:

3. Excluir aos produtos: fubá milharil e canjiquinha, revisando os levantamentos fiscais, tomando como referência a revisão fiscal elaborada pelos autuantes às folhas 161 a 328;
4. Elaborar novo demonstrativo de débito.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO DA ASTEC Nº 0082/2014 às fls. 350 a 352 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator e de como foi realizado o trabalho diligencial, concluiu que efetuadas as devidas exclusões, elaborou novos demonstrativos para as infrações 01 e 03, sendo o demonstrativo de débito conforme planilha à folha 352 dos autos, sendo R\$56.425,45 para infração 01 e R\$97.614,74 para infração 03.

Através das intimações de fls. 355 a 359, cientificou o autuado e o autuante, para se manifestarem com relação ao Parecer da ASTEC, entretanto não se manifestaram.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que os autuantes lavraram o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multas por descumprimento de obrigações acessórias decorrente de 03 (três) infrações.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99. Ressalto que foram realizadas duas diligências.

Não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

No tocante ao local da lavratura do Auto de Infração, igualmente não pode ser acolhido a argüição defensiva, uma vez que o RPAF/BA no art. 39 - § 1º determina: “O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.” Assim, o AI foi lavrado na INFRAZ não existe motivação da nulidade como pretende a defesa.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Superadas as questões preliminares, no mérito na infração 01 é imputando ao sujeito passivo ter recolhido a menos ICMS, no valor histórico R\$98.131,32, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Em sua defesa o autuado, em relação à infração 01, reconhece como devido o R\$45.246,53, referente ao produto G.U.MIST.BOLO, impugnando o valor de R\$ 52.884,79, alegando que os autuantes deixaram de considerar diversas situações tributárias, a saber: produtos com alíquota do ICMS de 7%; produtos com base de cálculo reduzida, as quais especificou conforme consta no relatório acima.

Por sua vez, os autuantes acataram apenas a exclusão do valor relativo ao produto “*Cond. Niely Orquidea 1x1 200g*”, frisam que o autuado reconhece o erro na descrição do arquivo magnético e afirma tratar-se do produto margarina. Fato comprovado mediante apresentação de cópia de notas fiscais e espelho do cadastro existente em seus sistemas de controle, tendo opinado pela exclusão do valor de R\$177,32.

O sujeito passivo voltou a se manifestar solicitando a exclusão dos valores relativos aos produtos: CANJICA; XEREM MILHO; MILHO PIPOCA; LEITE EM PÓ e COND NIELY ORQUIDEA 1x1 200G.

Em relação aos produtos “*Leite Longa vida e Leite em pó*”, entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, pois, como bem ressaltaram os autuantes, o RICMS em seu artigo 87, XXXV concede o benefício da redução da base de cálculo para as operações internas com leite de gado longa vida fabricado neste Estado. Considerando que a empresa ITAMBÉ tem suas fábricas localizadas nos estados de Minas Gerais e no estado de Goiás não há o que se falar em redução de base de cálculo nas operações internas com este produto. Com referência ao produto denominado pela autuada como “leite pó Nestle mod Ideal 2824 8x3 500g”, este não pode ser beneficiado com a regra do art. 87, inciso XXI, por se tratar de um “composto lácteo”, não podendo ser confundido com o produto leite em pó, conforme jurisprudência deste CONSEF, a título de exemplo cito o Acordão JJF nº. 0062/01/13 da 1ª. Junta de Julgamento Fiscal.

Em relação aos demais produtos, CANJICA; XEREM MILHO; MILHO PIPOCA e COND NIELY ORQUIDEA 1x1 200G, após discursão em pauta suplementar o PAF foi convertido em diligência para ASTEC/CONSEF para que os referidos produtos fossem excluídos da autuação.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO DA ASTEC Nº 0082/2014 às fls. 350 a 352 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator e de como foi realizado o trabalho diligencial, concluiu que efetuadas as devidas exclusões, elaborou novo demonstrativo para a infração 01, sendo o demonstrativo de débito conforme planilha à folha 352 dos autos, R\$56.425,45.

Acolho o resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, destacando que foi atendido o que foi solicitado pela Junta de Julgamento Fiscal, além do fato de que o resultado não foi impugnado pelas partes, autuado e autuantes.

Logo, a infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$56.425,45, conforme planilha à folha 352 dos autos.

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

A defesa aduziu que existem produtos relacionados que não estão inseridos no sistema de substituição tributária, ou seja, estavam sujeito ao regime normal de tributação: *MACARRÃO; BEBIDAS (Conhaque, Ron Montilla, Whisky e Vodka); MASSA e ACUÇAR CONFEITEIRO*.

Entendo que os argumentos da defesa não são capazes de elidir a infração pelas razões abaixo.

MACARRÃO – Fica mantido na autuação em razão das alterações ocorridas no item 11.4 do art. 353, confirmando que o mesmo foi adicionado ao regime da substituição tributária através do Dec. 7947 de 02/05/2001, com efeitos a partir de 01/06/2001:

“11.4 - preparações à base de farinha de trigo a seguir especificadas:

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

Nota: A redação atual do subitem 11.4.1 do inc. II do caput do art. 353 foi dada pela Alteração nº 136 (Decreto nº 12.158, de 01/06/10, DOE de

02/06/10), efeitos a partir de 01/06/10.

Redação anterior dada ao subitem 11.4.1 do inc. II do caput do art. 353 pela Alteração nº 135 (Decreto nº 12.156, de 28/05/10, DOE de 29 e

30/05/10), sem efeitos:

"11.4.1 - macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1 e macarrão instantâneo – NCM 1902.30.00;"

Redação anterior dada ao subitem 11.4.1 do inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 23 (Decreto nº 7947 de 02/05/01, DOE de 03/05/01),

efeitos de 01/06/01 a 31/05/10:

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

BEBIDAS (Conhaque, Ron Montila, Whisky e Vodka) - os produtos constam do rol dos produtos sujeitos a Substituição Tributária, especificamente no item 2.6 do inciso II do artigo 353 desde a redação original do RICMS.

MASSA – Como bem destacaram os autuantes, a imputação fiscal não foi efetuada de forma genérica, o produto objeto da lide é especificamente “massa para lasanha” e ou “talharim”, sendo estes produtos literalmente relacionados no rol dos produtos sujeitos a Substituição Tributária.

AÇÚCAR DE CONFEITEIRO – Também fica mantido na autuação, pois o inciso IV do artigo 97 do RICMS literalmente veda a utilização do crédito. Caso tenha havido recolhimentos indevidos, o sujeito passivo deverá comprovar em processo específico para tal fim.

Logo, a infração 02 é procedente, considerando que a defesa não apresentou elemento capaz de elidir imputação.

Na infração 03 é aplicada multa percentual, no valor de R\$130.343,28, sobre o imposto ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Em sua defesa, o autuado, em relação à infração 03, alega que os autuantes deixaram de considerar o disposto no art. 352-A, § 1º, I, II, III e § 2º, do RICMS/BA, apurando o ICMS em operações com mercadorias acobertadas pelo benefício fiscal da ISENÇÃO, NÃO INCIDÊNCIA, SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e BASE DE CÁLCULO REDUZIDA, citando os produtos listados no relatório acima.

Aduz a defesa que o autuado comprova, através de planilha anexa à impugnação, o valor recolhido de antecipação parcial no importe de R\$162.776,12, este sim, é o valor real que deveria ter sido pago a título de ICMS-Antecipação Parcial, e, efetivamente o imposto foi recolhido dentro do prazo regulamentar pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Argumenta que a suposta diferença de imposto no montante de R\$54.462,69 (R\$217.238,81 – R\$162.776,12) está sendo apurada e oportunamente será colacionada aos autos do presente PAF, uma nova planilha, salientando que, não constatou diferenças de imposto a recolher na sistemática da Antecipação Parcial. Entende que a multa aplicada é indevida pelas razões já exposta, entretanto, na hipótese de se confirmar a denunciada diferença de recolhimento do ICMS-Antecipação Parcial, o valor da

infração seria de R\$32.677,61 (R\$54.462,69 x 60%) e não de R\$130.343,28, como consta da peça impositiva.

Por sua vez, na primeira informação fiscal, os autuantes frisam que, em vista os argumentos da autuada, resolvem alterar o teor do Anexo A, para excluir os valores referentes a produtos isentos, com não incidência e do regime da substituição tributária. Com relação aos produtos milharil flocos pré-cozidos, fubá milharil, flocão coringa e canjiquinha, entendem que os produtos não fazem parte do elenco de itens da cesta básica.

O PAF foi abaixo em diligência para que fossem acostados aos autos e entregues ao contribuinte o demonstrativo completo do resultado da revisão fiscal.

Em relação aos produtos, *fubá milharil e canjiquinha*, após discursão em pauta suplementar o PAF foi convertido em nova diligência, desta vez para ASTEC/CONSEF, para que os referidos produtos fossem excluídos da autuação.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO DA ASTEC Nº 0082/2014 às fls. 350 a 352 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator e de como foi realizado o trabalho diligencial, concluiu que efetuadas as devidas exclusões, elaborou novo demonstrativo para a infração 03, sendo o demonstrativo de débito conforme planilha à folha 352 dos autos, R\$97.614,74.

Acolho o resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, destacando que foi atendido o solicitado pela Junta de Julgamento Fiscal, além do fato de que o resultado não foi impugnado pelas partes, autuado e autuantes.

Constatei, ainda, que os autuantes consideraram corretamente a alíquota interna de 7%, para os produtos da cesta básica, conforme demonstrativo à fl. 162.

Logo, a infração 03 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$97.614,74, conforme planilha à folha 352 dos autos.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	56.425,45
2	PROCEDENTE	24.579,69
3	PROCEDENTE EM PARTE	97.614,74
TOTAL		178.619,88

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 206941.0080/13-4, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COM. E IND. LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$81.005,14**, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II, alínea "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\$97.614,74**, prevista no art. 42, inciso II, alínea "d" do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE
ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR
LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA - JULGADOR