

A. I. Nº - 206888.0060/14-0
AUTUADO - CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAUJO
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 30.04.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0046-01/15

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. PRODUTOS ESCRITURADOS. LEITE EM PÓ MODIFICADO. A redução da base de cálculo em questão prevista no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS/97, não pode ser estendida aos leites modificados ou compostos lácteos como é a pretensão defensiva, incidindo tão apenas nas saídas internas do leite em pó integral. Infração caracterizada em parte. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DO ATIVO FIXO. Excluídos os valores cobrados em duplicidade. Infração subsistente em parte. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. SAÍDA POSTERIOR TRIBUTADA NORMALMENTE. MULTA Compete a exigência de multa de 60% sobre o valor do imposto não recolhido por antecipação, conforme o art. 42, II, “d”, Lei nº 7.014/96. Excluídas da exigência as aquisições de leite em pó, beneficiadas com a redução da base de cálculo, nas saídas (art. 87, XXI, c/c art. 352-A, § 6º, RICMS/97). Infração não subsistente. Rejeitadas arguições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2014, refere-se à exigência de R\$27.624,26, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Recolheu a menor o ICMS em razão da utilização indevida do benefício fiscal de redução da base de cálculo, nas saídas de composto lácteo que o contribuinte classificou como leite em pó. Consta que na própria embalagem do produto, em cumprimento de exigência contida no item 9.3 da Instrução normativa nº 28/2007, editada pelo Ministério da Agricultura, Pesca e Abastecimento, consta a expressão “COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ”.

Descreve ainda o Auditor Fiscal que em decorrência da classificação equivocada do contribuinte que considerou composto lácteo como leite em pó, a empresa promoveu saídas de composto lácteo com o aproveitamento da Redução de Base de Cálculo no percentual de 58,825%, estabelecida no inciso XXI, do artigo 87, resultando em recolhimento a menor do ICMS no valor total de R\$7.041,42 e multa de 60%;

INFRAÇÃO 2: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas

ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme planilhas acostadas aos autos e Mídia CD entregue ao autuado. Valor de R\$2.161,96 e multa de 60%;

INFRAÇÃO 3: Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga 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. Multa de 60%. valor R\$18.420,88.

O contribuinte apresentou impugnação, às fls. 15 a 32, arguindo a tempestividade das suas alegações, nos termos do art.22 e parágrafos do RPAF/BA. Diz que faltam ao auto de infração requisitos essenciais elencados no art. 39 do mesmo diploma, uma vez que não foram apontados dispositivos da legislação tributária relativamente a cada situação. Apenas de forma genérica indicou os artigos de lei supostamente infringidos.

Reclama ainda que não consta a enumeração das situações de redução da multa, caso o contribuinte escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa, o que viola princípios fundamentais constitucionais da ampla defesa e contraditório, publicidade, isonomia, dentre outros. Insiste que a intenção da legislação traduzida no art.39, inciso VII, do RPAF BA é límpida em determinar a especificação e demonstração das reduções da multa aplicada no auto de infração. Pede sua nulidade.

Firma que os fatos geradores do exercício de 2009 se encontram tragados pelo fenômeno da decadência, nos termos do Código Tributário Nacional (art. 146, III, "b" da Constituição Federal), aduzindo que decadência é a perda do direito de lançar o crédito tributário pelo decurso de certo prazo de tempo e que o lançamento é condição de exigibilidade do crédito tributário. Diz que a falta desse ato implica a impossibilidade de o sujeito ativo cobrar o tributo.

Aduz que o ICMS tem lançamento por homologação e que a modalidade está prevista no art. 150 da Lei 5.172/66 (CTN), cabendo ao contribuinte a antecipação do pagamento do tributo, sem que o fisco promova qualquer exame prévio. Reitera que o prazo para homologação do lançamento relacionado ao ICMS é de 05 anos contados da ocorrência do "fato gerador", conforme preconiza o § 4º, do art. 150, do CTN. Cita o professor Paulo de Barros Carvalho, Eurico Marcos Diniz de Santi, a súmula n.14 da Conselho de Contribuinte, a jurisprudência.

Finaliza, solicitando que, na hipótese de não ser reconhecida como termo final da decadência a data da lavratura do auto de infração, mas sim a data do início do procedimento fiscal (abril de 2014), se vislumbre o fenômeno da decadência para os fatos geradores ocorridos antes de abril/09.

Sobre a acusação fiscal na infração 01, diz que os produtos relacionados pelo Autuante são realmente Leite em Pó e não Composto Lácteo. Exemplifica: Leite em Pó Mólico, Leite em Pó Ninho e Leite em Pó Muuleite, todos contemplados com a redução prevista no inciso XXI, caput do artigo 87 do RICMS/BA, Decreto 6.284/97. Diz ainda que nos rótulos desses produtos consta a expressão "Leite em Pó" diferente do que informou o Autuante, quando alegou que constava a expressão "Composto Lácteo não é Leite em Pó", explicando que as aquisições de tais produtos foram efetuadas diretamente de indústrias e que os próprios fornecedores emitiram as Notas Fiscais com a redução prevista no dispositivo legal, gerando o direito ao crédito do ICMS na mesma proporção, ou seja, com redução de base de cálculo no percentual de 58,825%. Como prova do fato, anexa cópia dos rótulos dos produtos e anui que se trata de Leite em Pó.

Insiste que a infração deve ser reformada, pois, os produtos estão adequadamente discriminados. Transcreve o REsp 1.1487.444-MG, STJ, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14/04/2010, (Inform. STJ 430), que pacificou o entendimento de que: *"o comerciante de boa-fé que adquire mercadoria cuja nota fiscal, emitida pela empresa vendedora, seja declarada inidônea pode aproveitar o crédito de ICMS pelo princípio da cumulatividade, uma vez que demonstrado a veracidade da compra e venda, porquanto o ato declaratório de inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação[...]"*. Completando, o acórdão informa: *"a boa-fé do adquirente em relação às notas*

fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negocio jurídico realizado, uma vez que caracterizada, legitima o aproveitamento dos créditos do ICMS".

Conclui que, na lide, as notas apresentadas não foram declaradas inidôneas, logo, a impugnante não pode ser penalizada pela divergência de entendimento.

Na infração 02, diz que as planilhas do fiscal possuem alguns erros que o levaram a encontrar supostas diferenças no recolhimento do ICMS. Exemplifica: a Nota Fiscal de nº 19402 está com o campo "VIProduto+IPI" repetido 03 (três) vezes, ou seja, o valor total da nota fiscal que é R\$ 4.154,91 e aparece repetido, o que resulta valor a mais na planilha fiscal, posteriormente, transportado para o Auto de Infração. Diz que somente nessa nota fiscal foi computado um valor indevido de R\$ 870,78 e não há como transmitir segurança as planilhas feitas pelo Autuante.

Com relação ao item 03, diz que a suposta infração teve sua origem nas planilhas elaboradas pelo iscal e que serviram de base para cobrar valores inexistente. Aponta os equívocos:

I – Período 03/2009 – Diz que o fiscal incluiu em sua planilha o produto LEITE PO COTOCHES INT 200 G (nota fiscal de n.º 34087, no valor de R\$ 8.000,00 e ICMS a recolher, R\$ 800,00, porém esquece que o leite em pó possuía, na época do período fiscalizado, redução da base de cálculo, nas operações internas, em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%. O parágrafo § 2º do caput do art. 352-A do mesmo regulamento, dispõe que: *"Quando a base de cálculo do imposto relativo à operação subsequente for reduzida, aquela do imposto antecipado será igualmente contemplada com a referida redução"*. Conclui que em relação à nota fiscal n.º 34087 não há diferença de ICMS antecipação parcial a recolher.

II –Período 04/2009 – Diz que, no caso, os equívocos ocorreram em dois momentos: primeiro na hora de transportar o valor do suposto recolhimento a menor, pois no Auto de Infração, a base de cálculo informada foi de R\$ 6.017,08, contudo este valor refere-se ao imposto total recolhido, conforme a própria planilha fiscal; o segundo erro consiste em incluir em sua planilha o produto isqueiro CRICKET FAUNA C/10 U, cod. 261235, quant. 720, nota fiscal nº 14780, de 23/04/2009, valor R\$ 7.548,98, resultando no valor de ICMS a recolher R\$ 754,90. Diz que o produto se encontra no regime de Substituição Tributária, conforme disposto no item 26, inciso II, caput do artigo 353 do RICMS/BA (Dec. 6.284/97), sendo recolhido em outro código de receita e não podendo de maneira nenhuma compor a planilha de cálculo do ICMS antecipação parcial, o que, infelizmente, ocorreu.

III –Período 09/2009 – No primeiro momento, o autuante informa em sua planilha que o autuado recolheu no período apenas R\$ 7.596,07, mas, em contrário, o recolhimento total foi na ordem de R\$12.473,42, código de receita 2175, em 26/10/2009 (valores individuais R\$2.749,20, R\$ 2.033,17, R\$3.326,53, R\$ 2.092,71 e R\$2.271,810), conforme as notas fiscais apontadas na planilha. Diz que o segundo erro do autuante foi relacionar em sua planilha produtos com redução na base de cálculo (art. 87, inciso XXI, do RICMS/BA - Dec. 6.284/97), tais como LEITE PO COTOCHES INT. 200 G da nota fiscal nº 33136, de 01/09/2009, valor de ICMS R\$ 425,00; CHARQUE FRINENSE ALCATRA KG e CHARQUE JERKEDD BUF LAGARTO KG da nota fiscal n.º 5936 de 05/09/2009, no valor do ICMS de R\$ 580,00; CHARQUE PA PARAISO K da nota fiscal 3898 de 15/09/2009 no valor do ICMS de R\$ 3.799,98 e CHARQUE PA PARAISO Kda nota fiscal 4024 de 19/09/2009 no valor do ICMS de R\$ 5.699,97, resultando na inclusão indevida de um total de R\$ 10.504,95, pois são produtos amparados pela redução retro mencionada. Nesse caso, a base de cálculo da antecipação parcial deve ser igualmente reduzida, na forma do §2º do art. 352-A do RICMS/BA (Dec.6.284/97), resultando em valor 0 (zero) do ICMS Antecipação Parcial. Abatendo-se os valores indevidos dos produtos listados anteriormente com os valores apurado pelo autuante, restou o valor de R\$ 12.225,88, menor que valor efetivamente pago R\$12.473,42.

IV –Período 11/2009 – O Autuante informou o recolhimento de R\$ 7.596,07 de ICMS Antecipação Parcial, porém, o recolhimento foi de R\$16.233,32, em virtude de 05 DAE's com o código de receita 2175, adimplidos em 28/12/2009 (R\$ 4.458,14, R\$ 2.645,48, R\$ 3.405,43, R\$ 4.162,89 e R\$ 1.561,38)

referente às notas fiscais listadas na planilha fiscal para o período informado acima. Abatendo-se do valor apurado pelo Auditor, R\$ 16.654,54, resta ainda uma diferença de R\$ 421,22, valor que só existiu porque o fiscal novamente inclui na planilha produtos com redução na base de cálculo para as operações internas (art. 87, XXI do RICMS/BA), tais como: LEITE PO LA SEREN INT INS 200 G com ICMS de R\$ 77,28; LEITE PO LA SERENI INT INST 1K (cod. 120141) ICMS - R\$ 96,60; LEITE PO LA SERE KIT 2x400+LAT (cod. 120169), ICMS R\$ 139,10 e LEITE PO LA SERENI DESN INS 300 (cod. 120068), ICMS R\$ 201,60, nota fiscal 4462, 20/11/2009, que somado totaliza o valor de R\$ 600,46. Porém, como as aquisições destes produtos, com o crédito do ICMS destacado nos documentos fiscais, resultam em carga tributada de zero de ICMS - Antecipação Parcial, pela aplicada da redução prevista o parágrafo §2º do art. 352-A do RICMS/BA, Dec. 6.284/97, a carga tributada fica em 7%, não implicando qualquer valor a recolher.

Conclui, em face da falta de aplicação da redução prevista no regulamento para as operações retro mencionadas (leite em pó e charque), em face da informação em valor menor dos valores efetivamente recolhidos do ICMS Antecipação Parcial e a inclusão indevida de isqueiro, produto da substituição tributária total, além da base de cálculo informada errada, no auto de infração, resta comprovado que não existe ICMS antecipado a recolher, tampouco a multa, na infração 03.

Discorre sobre o princípio da boa-fé objetiva; da presunção de boa-fé, no decreto 7.629/99, como possibilidade de redução de multas, considerando que não há qualquer fraude, dolo ou simulação, no presente caso.

Discorre também sobre o princípio da verdade material, aduzindo que o administrador é obrigado a buscar não só a verdade posta no processo como também a verdade de todas as formas possíveis. A própria administração deve produzir provas a favor do contribuinte, não podendo ficar restrito somente ao que consta no processo. Diz, como bem assinala, Alberto Xavier, a lei concede ao órgão fiscal meios instrutórios amplos para que venha formar sua livre convicção sobre os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte. Devendo corrigir os fatos inverídicos ou suprir lacunas na matéria de fato, podendo obter novas provas por meio de diligências e perícias.

Pede nulidade do auto de infração, reconhecimento da decadência e, no mérito, a improcedência da autuação. Pede ainda a produção de provas por todos os meios admitidos no RPAF/99, em especial a pericial, testemunhal e interrogatório pessoal, bem como, a juntada dos documentos e intimação da autoridade para apresentar informações no prazo legal.

A Informação Fiscal foi prestada (fls. 70/101). Diz o Auditor que fez um lançamento tributário "de ofício" (sem a participação do contribuinte) e indicou corretamente elementos suficientes para determinar com segurança, a infração e o infrator; aduz que a infração cometida pelo contribuinte está minuciosamente relatada e que sua defesa deve ser entendida como meramente postulatória, que o sistema jurídico rejeita.

Com relação à tese da decadência de parte do crédito tributário, afirma que o contribuinte parece desconhecer as diferenças marcantes entre as modalidades de lançamentos por declaração, por homologação e lançamento de Ofício. Opina que a defesa teve o intuito de confundir os julgadores, já que os valores constantes do processo foram apurados por meio de lançamento de ofício, modalidade passível de ser aplicada a todos os tributos.

Discorre sobre os tipos de lançamento; conclui que, no caso concreto, o contribuinte escriturou documentos fiscais, apurou o imposto e o recolheu.

Assevera, todavia, que a escrituração fiscal encontra-se eivada de erros, pois o autuado aplicou alíquota de 7%, quando deveria aplicar alíquota de 17%, diferença esta apurada mediante lançamento de ofício, com a lavratura do presente auto de infração. Diz que para os tributos lançados de ofício, a decadência será submetida ao inciso I, do artigo 173, do Código Tributário

Nacional, começando a contar no primeiro dia do exercício seguinte. Esclarece que segundo o parágrafo único do artigo 173 do CTN, o direito de constituir o crédito tributário extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. O termo inicial do prazo decadencial será antecipado se, antes do dia 1º de Janeiro, o sujeito passivo for notificado de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

No caso em exame, a alegação do sujeito passivo de que ocorreu a decadência do lançamento tributário, em relação aos meses, objetos da autuação, isto é, janeiro/08 a novembro/08, não se pode acatar, pois começou a fluir o prazo a partir de 1º de janeiro de 2009.

Defende a validade do lançamento tributário impugnado, porque a tese da nulidade não encontra amparo na norma que rege a matéria; quanto à decadência, por se tratar de lançamento de ofício, reitera que o seu prazo começa a contar a partir do primeiro dia do exercício seguinte, no caso concreto a partir de 01/01/2010, de modo que a decadência só atingiria tais créditos a partir de primeiro de janeiro de 2015 e o crédito em questão foi lançado em 30/09/2014.

No mérito, para a infração 01, afirma que já prestou as informações necessárias no relatório do próprio auto de infração e que o tema já se encontra pacificado no CONSEF.

Com referência à infração 02, admite que cabe razão ao contribuinte quanto à alegação de que houve repetições da nota fiscal número 19402, constante da planilha, de modo que os valores indevidamente repetidos serão excluídos do auto no valor de R\$ 870,78, conforme pugnado pela empresa e o valor da infração para o mês de dez/12, passa de R\$ 1.486,81, para R\$ 616,04.

Informa que os produtos apelidados de LEITE EM PÓ, em que pese o esforço do contribuinte, de LEITE EM PÓ não se trata, são COMPOSTOS LÁCTEOS, e como tal não goza da redução da base de cálculo. A infração 02, que originariamente era R\$ 2.161,96, após excluídos os R\$ 870,78, passa a ser de R\$ 1.291,18.

Com relação à infração 03, serão excluídas as seguintes parcelas: a) o valor total do mês de abril de 2009, pois a nota fiscal nº 14780 refere-se à aquisição de isqueiros, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária total, indevidamente incluída no demonstrativo; b) em setembro de 2009, a exclusão de R\$ 10.079,95 referente a aquisição de charque, que tem redução de carga tributária reduzida para 7%, assim como apontado, corretamente, o valor efetivamente recolhido com o código de receita 2175, de modo que o valor a remanescer no auto de infração no mês em referência é reduzido para R\$ 106,46; c) em relação ao mês de novembro de 2009, corrigiu o valor efetivamente recolhido pelo contribuinte, conforme DAE s apresentados pelo contribuinte.

Por outro lado, não foram acatados os pedidos de exclusão referentes aos compostos lácteos, que o contribuinte promoveu saídas com aproveitamento indevido da alíquota para 7%, referentes às notas fiscais 34087, 4024, 4462, respectivamente, fls. 26, 27 e 28 do presente processo. Demonstra os novos valores para a terceira infração: a) mês 03/2009 - R\$ 294,69; b) mês 09/2009 - R\$ 106,46; e c) mês 11/2009 - R\$ 252,73, que totalizou R\$ 653,88.

Diz que após a defesa do contribuinte, o valor do auto de infração passa a ter a seguinte composição: Infração 01 - R\$ 7.041,42; infração 02 - R\$ 1.291,18 e infração 03 - R\$ 653,88.

O Sujeito Passivo volta a se manifestar (fls. 106/111). Questiona afirmação do Auditor fiscal que sua defesa é apenas postulatória, tendo convicção que a egrégia Junta de julgamento irá acolher seus fundamentos, em relação ao artigo 39 e seguintes do RPAF, posto que se trata dos requisitos essenciais do auto de infração, sobretudo, acerca da *"indicação das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida"*.

Argúi que o auto de infração não apontou o dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação. Apenas de forma genérica indicou a artigo de lei supostamente infringido. Reitera o pedido de nulidade do Auto de Infração.

Diz que o fiscal deduz em 20 laudas sobre o instituto da decadência, defendendo que o lançamento do auto de infração seria na modalidade “de ofício”, o que concorda, ou seja, a confecção e lançamento no sistema da receita estadual foi na modalidade de ofício, porém o lançamento das informações no auto de infração foi por homologação.

Insiste que isso é tanto verdadeiro que o sujeito ativo poderia ter verificado se o mesmo estaria correto no prazo de 05 anos, contudo, não o fez, estando os lançamentos realizados no exercício de 2009 estão tragados pelo fenômeno da decadência. Discorre sobre o instituo, socorre-se da jurisprudência (Agravo regimental no Recurso Especial 1318020/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 27/08/2013). para concluir que o Fisco estaria correto, caso a impugnante não tivesse recolhido o ICMS, porém o auto de infração exarado está supostamente cobrando recolhimentos realizado a menor, logo à regra aplicada é do art.150, §4º do Código Tributário Nacional.

Na infração 01, no mérito, recolhimento a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício de redução de base de cálculo, nas saídas de COMPOSTO LÁCTEO em pó, classificados como LEITE EM PÓ, diz que não observou elementos capazes de sustentar a permanência de tal cobrança. Reitera a alegação de que os produtos Leite em Pó Mólico, Leite em Pó Ninho e Leite em Pó Muuleite realmente são Leite em Pó e não Composto Lácteo, como afirma o fiscal, o que incluiu em sua planilha, gerando o debito indevido.

Diz que anexou os rótulos dos produtos citados, para demonstrar sua afirmação e, sendo leite em pó, estão contemplados com a redução prevista no art. 87, XXI, Decreto 6.284/97. Diz que não discute o tema tratado no Acórdão JJF nº 0180-04/14, o que combate não é a aplicação da redução da base de calculo indevida do composto lácteo, mas o ato de o Auditor ter incluído em suas planilhas produtos que não são compostos lácteos e sim leite em pó.

Na infração 02 ratifica as alegações anteriores.

Na infração 03, questiona a sua manutenção, multa percentual sobre a parcela do ICMS - 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.

Sobre o período 03/2009, mantido pelo autuante, aduzindo que se trata de composto lácteo, diz que anexou cópia da nota fiscal 34087 provando a aquisição do produto leite em pó Cotoches Integral 200 g, que se trata, realmente, de leite em pó e não o mencionado composto, como afirmou o autuante, incluindo em sua planilha e gerando débito indevido no referido período.

Diz que o mesmo ocorreu no período 09/2009, onde o Auditor Fiscal acata as correções para o produto charque, mas, não reconhece o produto Leite em Pó Cotoches Integral 200 g, adquirido através da nota fiscal 33136 (anexada ao processo). Diz ainda que no mês 11/2009, insiste o autuante que os produtos leite em pó la Sereníssima integral e instantâneo constantes na nota fiscal de aquisição n.º 4462 são compostos lácteos, porém, afirma que já mostrou nos rótulos desses produtos que se trata realmente de leite em pó, com direito à redução na base de cálculo do ICMS que, em obediência ao disposto no § 2º do art. 352-A do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97), não resultou em ICMS antecipação parcial a recolher, nessa infração 03.

O Auditor Fiscal toma conhecimento de tais manifestações e diz que não apresenta fato novo.

É o relatório.

VOTO

Lavrado o presente lançamento de ofício, tendo em vista a apuração das infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão objeto de apreciação, nas linhas procedentes.

Preliminarmente, o sujeito passivo argúi que não foram observados os requisitos essenciais do art. 39, RPAF BA, sem apontar os dispositivos legais vinculados aos fatos tributários; que não constam dos autos as situações de redução da multa, violando princípios fundamentais da ampla defesa e contraditório, publicidade, isonomia, dentre outros.

Insiste que se encontra decaído o direito de a Fazenda constituir crédito tributário, no período anterior a abril de 2009. Pede a realização de diligência a fim de corrigir os fatos inverídicos ou suprir lacunas, em respeito ao princípio da verdade material.

O auto de infração em tela foi formalmente lavrado em obediência ao devido processo legal e na forma do art. 39, RPAF BA (Decreto 7.629/99). O processo administrativo fiscal - PAF está revestido de todas as formalidades legais, sem violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo fiscal, sendo entregues ao autuado as peças geradas do PAF e necessárias à sua defesa, que a exerceu amplamente, contraditando da forma que melhor lhe aprouve e quantas vezes entendeu pertinentes. Os dispositivos legais infringidos foram consignados no Auto de Infração, aduzindo a sua motivação, com a indicação dos fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública e o objeto do ato de constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública desse Estado.

Inexistiu qualquer procedimento que desse margem à quebra da segurança jurídica, desprezo à relação fisco-contribuinte ou a direitos fundamentais, como alega, sem razão, o autuado. Para as infrações enquadradas, as multas aplicadas foram tipificadas no art. 42 da Lei nº 7.014/96. Os acréscimos e redução das multa ocorrem de acordo com a legislação vigente, conforme grafado na próprio demonstrativo de débito do Auto de Infração (fl. 05).

Sobre a decadência do direito de constituir créditos tributários, no período anterior a 2009, não se pode prosperar a pretensão defensiva, posição que vem sendo mantida de forma dominante, por este CONSEF, haja vista as disposições do artigo 173, inciso I do CTN, que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e não da ocorrência do fato gerador, conforme o artigo 150, § 4º do CTN invocado pelo impugnante. Rejeitada, portanto, a preliminar de decadência apresentada pela defesa.

Por fim, resta indeferido o pedido de diligência ou Perícia fiscal, uma vez que as provas existentes nos autos são suficientes ao convencimento do julgador e porque tais fatos não dependem do conhecimento especial de técnicos (art. 147, II, RPAF BA).

Superadas as questões preliminares, adentro no mérito da lide.

A infração 01 acusa o sujeito passivo de recolhimento a menos do ICMS em razão da utilização indevida do benefício fiscal de redução da base de cálculo, nas saídas de composto lácteo que o contribuinte classificou como leite em pó. Diz ainda o Auditor que na própria embalagem dos produtos consta a expressão "COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ, em cumprimento ao item 9.3 da IN nº 28/2007, editada pelo Ministério da Agricultura, Pesca e Abastecimento,.

Nas razões, argumenta o autuado que os produtos relacionados pelo fiscal não são compostos lácteos, mas leite em pó, exemplificando, Leite em Pó Molico, Leite em Pó Ninho e Leite em Pó Muuleite, todos contemplados com a redução prevista no inciso XXI, artigo 87 do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97). Explica que nos rótulos dos produtos, em contrário da afirmação fiscal, consta a expressão "*Leite em Pó*" e que as aquisições foram efetuadas diretamente de indústrias e os próprios fornecedores emitiram as Notas Fiscais com a redução prevista no dispositivo legal,

gerando o direito ao crédito do ICMS na mesma proporção, ou seja, com redução de base de cálculo no percentual de 58,825%.

O Regulamento de ICMS (Decreto 6.284/97) vigente à época do fato gerador dessa infração, assim expressa acerca do benefício fiscal em debate:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).

Devo ressaltar, inicialmente, que o leite em pó beneficiado pela redução da base de cálculo destina-se exclusivamente às operações internas. As mercadorias são descritas na TIPI - Tabela do Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados, com base na Classificação NCM do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio na posição 0402 - "Leite e creme de leite, concentrados ou adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes".

Nesse passo, a legislação desse Estado incluiu no art. 87 do RICMS/BA-97, dentre as hipóteses de redução da base de cálculo, no seu inciso XXI as operações internas com leite em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).

Verifico que a Fiscalização relacionou em seu demonstrativo fiscal, mídia CD (fl. 11), produtos identificados, dentre outros, como leite em pó Molico desnatado, leite em pó Molico desnatado ACTIF 300, leite em pó Molico desnatado C Plus 300, leite em pó Molico ACTICOL 300G, leite em pó Ninho Calci-N5 +400G, leite Ninho Cresc 1 + 400G, leite Ninho Preb 1 + 400G, leite em pó Muuleite integral SH 200.

Por tratar o benefício da redução de base de cálculo de uma espécie de isenção parcial, entendo que sua interpretação deve ocorrer de forma restritiva, conforme determinação do art. 111, CTN - Código Tributário Nacional. Dessa forma, a redução da base de cálculo somente pode ser aplicada para o produto "leite em pó", conforme consta expressamente no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS/97. Vale destacar que o citado dispositivo não faz nenhuma referência ao produto ou a qualquer outro composto lácteo, leite modificado ou outro que o valha.

As cópias de embalagens dos produtos acostadas aos autos (fls. 33/35), por si só, não são hábeis aos esclarecimentos da lide, porque não provam sua relação com os produtos colocados na infração. O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), responsável pela gestão das políticas públicas de estímulo à agropecuária, pelo fomento do agronegócio e pela regulação e normatização de serviços vinculados ao setor tem como uma de suas funções, garantir a segurança alimentar da população brasileira, na qualidade de órgão oficial do governo brasileiro posiciona-se sobre o produto em questão, através da IN 27, de 12.06.2007, definindo que *"leite em pó modificado é o produto resultante da dessecação do leite previamente preparado, considerando-se como tal, além do acerto de teor de gordura, a acidificação por adição de fermentos lácticos ou de ácido láctico e o enriquecimento com açúcares, com sucos de frutas ou com outras substâncias permitidas, que a dietética e a técnica indicarem (art. 699 do Decreto 30.691, de 29 de março de 1952.RIISPOA)".*

Nesse sentido, procedi a exclusão da planilha elaborada pelo fiscal de leite em pó integral não modificado, uma vez que a redução da base de cálculo, prevista no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS/97, não pode ser aplicada aos leites modificados ou compostos lácteos. A infração 01 resta caracterizada em parte, no valor de R\$4.792,63, correspondente aos seguintes períodos: fev/2009 - R\$320,81; mar/2009 - R\$329,82; abr/2009 - R\$399,50; mai/2009 - R\$459,03; jun/2009 - R\$527,46; jul/2009 - R\$583,48; ago/2009 - R\$651,30; set/2009 - R\$499,26; out/2009 - R\$475,93; nov/2009 - R\$546,03.

Na infração 2, acatadas pelo Auditor Fiscal, as razões do autuado, no que se refere à repetição dos valores relacionados à nota fiscal número 19402, com a consequente exclusão de R\$ 870,78, o

valor da infração para o mês de dez/12, passou de R\$1.486,81, para R\$ 616,04. Ocorre que no mês de outubro, houve a mesma imprecisão e o valor correspondente à nota fiscal número 565, de 16.10.09 foi também considerado repetido; com a exclusão, o valor da exigência passa de R\$675,15 para R\$271,59. A infração passa de R\$2.161,96 para R\$887,63.

Na infração 3, o Auditor Fiscal também acata as alegações do autuado com relação à exclusão do charque modificando a exigência para R\$653,88 (03/2009 - R\$294,69; 09/2009 - R\$106,46 e 11/2009 - R\$252,73). No entanto, o direito assiste ao autuado com relação à exclusão da nota fiscal 34087 (leite em pó catochés), em março de 2009; a nota fiscal 33.139, em setembro de 2009, além da nota fiscal 4462, em novembro de 2009. Procedendo tais exclusões, não subsiste qualquer valor de ICMS a pagar e, por consequência, improcedente é a exigência da multa percentual sobre parcela do ICMS antecipação parcial, nessa infração 03. As planilhas eletrônicas com as alterações procedidas pelo órgão julgador encontram-se anexadas nos autos (fl. 11).

Diante do exposto, o crédito tributário acima tratado resta subsistente parcialmente, no valor de R\$5.680,26 e o presente Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206888.0060/14-0**, lavrado contra **CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento no valor de **R\$5.680,26**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a" e "f" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR