

A. I. Nº - 207351.0204/14-3
AUTUADO - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTE - JUAREZ ALVES DE NOVAES
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 24.08.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0124-05/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO/SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Exigência fiscal objeto de impugnação e pagamento parciais. Procedeu-se à exclusão dos itens reclamados pela defesa. Operações de devolução e produtos não enquadrados no regime da antecipação total. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. a) SAÍDAS ATRAVÉS DE ECF; b) SAÍDAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS. Infrações parcialmente elididas. Exclusão das operações com produtos hortícolas e frutícolas, beneficiadas com isenção do imposto e das operações com produtos cujo imposto foi recolhido pelo regime de substituição tributária. Retirada do lançamento parte da cobrança vinculada ao produto “bomba inseticida” - cujas operações se submetem à redução de base de cálculo do ICMS. Mantidas as demais ocorrências. 3. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS. 4. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. Infrações reconhecidas e pagas. 5. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA, OPERAÇÕES ESCRITURADAS. SAÍDAS DE LEITE EM PÓ MODIFICADO – COMPOSTOS LÁCTEOS E OUTROS PRODUTOS. Aplicável à espécie as disposições do artigo 111 do CTN. A redução da base de cálculo de que trata o inciso XXI, do artigo 87, do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, não é aplicável aos leites modificados ou compostos lácteos. Não acolhidos os pedidos de decretação de nulidade do Auto de Infração e de exclusão ou abrandamento da multa e dos juros moratórios calculados pela taxa SELIC. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 22/12/2014 para exigir ICMS no valor principal de R\$116.033,79, acrescido de juros e multa, no período compreendido entre os meses de janeiro e dezembro do exercício de 2011, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 – 01.02.06: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(a) com pagamento de imposto por substituição tributária. Devolução de vendas de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, efetuadas por consumidor final, conforme ANEXOS 01, 02, 06. É pacífico que operações de saídas de mercadorias enquadradas no*

regime da substituição tributária, efetuadas por contribuintes substituídos, se dão sem o destaque do ICMS em razão da antecipação tributária em etapa anterior. De igual modo a entrada em devolução de tais mercadorias/operações se dá sem aproveitamento de crédito, para a manutenção da uniformidade de tratamento tributário. Valor exigido: R\$6.305,37. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 03.02.02: *Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Saídas de mercadorias tributadas via ECF e notas fiscais com carga tributária menor que a prevista na legislação, conforme elencado no Anexo 03 - 02-02 (ECF) – saídas via ECF e Anexo 03-02-02 (NF) – saídas via NFs. Valor exigido: R\$32.149,00. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

Infração 03 – 03.02.05: *Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas das mercadorias regularmente escrituradas. Mercadorias cujas operações são objeto de redução de base de cálculo, tiveram sua base de cálculo reduzida em magnitude superior à prevista. Anexo 03-02-05. Valor exigido: R\$836,16. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

Infração 04 – 01.03.05: *Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Entradas de mercadorias tributadas por devolução, compra ou transferência, cujas saídas subsequentes foram objeto de redução da carga tributária nas entradas, 10% nos casos de mercadorias originárias de atacadistas – Dec. 7.799/00, ou serão nas saídas 12% de produtos derivados de leite. Documentos elencados no ANEXO 01-05-03: Valor exigido: R\$1.035,62. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “b”, da Lei nº 7.014/96.*

Infração 05 – 03.02.06: *Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Saídas de Compostos Lácteos com redução indevida de base de cálculo. Tudo conforme Anexo 03-02-06 (ECF-CL). Compostos Lácteos nas operações via ECF e 03-02-06 (NF-CL), Compostos Lácteos nas operações de saídas via NFs. Valor exigido: R\$66.670,36. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

Infração 06 – 02.01.03: *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Saídas de mercadorias tributadas como não tributadas conforme elencadas no ANEXO 02-01-03. Valor exigido: R\$9.037,28. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

O contribuinte foi notificado do lançamento em 23/12/14 e ingressou com defesa administrativa em 21/01/2015, peça que se encontra apensada às fls. 178/180 e fls. 200 a 240 do PAF. Inicialmente reconheceu a procedência parcial do Auto de Infração, requerendo a emissão de DAE para pagamento das seguintes parcelas: Infração 01: R\$6.248,48; Infração 02: R\$19.988,98; infração 03: R\$836,16 (totalidade); infração 04: R\$1.035,62 (totalidade); e, infração 06: R\$567,62. O reconhecimento de parte da autuação foi detalhado na petição juntada à fls. 178/200 e totalizou a quantia principal de R\$ 28.676,86.

Em relação aos itens impugnados, a defesa, em peça subscrita por advogado com procuração nos autos (doc. fls. 242 a 246), arguiu a preliminar de nulidade do lançamento, por violação ao princípio da legalidade, argumentando que a Fiscalização deixou de dá o devido cumprimento 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, conforme o melhor entendimento doutrinário, tornando-o ineficaz e nulo de pleno direito, quando lavrado na própria Repartição Fiscal, como ocorreu no presente caso, aplicando-se a mesma regra aos autos lavrados em “escritório” do Auditor Fiscal ou em qualquer outro local diverso do estabelecimento fiscalizado.

Disse que essa arguição não se trata de mero argumento, mas sim de grave equívoco em se omitir sobre a realidade fática e demais documentos que atestam à inexistência de irregularidades, tanto que durante as diligências/fiscalização as solicitações do(a) Auditor(a) Fiscal foram atendidas. Que o denunciado descumprimento às disposições do Código Tributário Nacional resultou na imperfeição da constituição do crédito tributário, resultando na declaração de nulidade do lançamento de ofício.

Ao ingressar no mérito da causa, a defesa discorreu que o lançamento de ofício apresenta equívocos que conduzem a sua improcedência parcial.

No tocante à infração 01 o contribuinte reconheceu como devida a quantia de R\$6.248,48. Impugnou o valor de R\$56,89. Esse valor é composto pelas notas fiscais de devolução nº 062.818, de 05/12/2011, no valor de R\$1,53 e a NF nº 062.825, de 05/12/2011, no valor de R\$27,00 e pela glosa do crédito relacionada à operação de aquisição do produto GU REFRESC. CAMP. LARANJA 1x12 (NCM 21069010), no importe de R\$ 28,36, acobertada pela nota fiscal de aquisição nº 59.250, cuja entrada se deu no mês de janeiro de 2011. A defesa sustenta que o referido produto não se encontra enquadrado no regime da substituição tributária. Já em relação às notas de devolução afirmou que as mesmas foram emitidas para acobertar operações destinadas a pessoa jurídica, não contribuinte do ICMS, desfazendo parcialmente a operação com débito do imposto realizada através da NF nº 062.817.

Na informação fiscal, prestada às fls. 271 a 304 do PAF, o autuante manteve a exigência fiscal argumentando tratar-se de devolução de amendoim, produto enquadrado no regime da ST, por força no disposto no art. 353, inc. II, item 29.2, do RICMS/97.

Instado a se manifestar, o contribuinte, às fls. 311 a 315, pede a revisão da informação fiscal. Declarou que houve destaque do ICMS nas NFs de devolução e reiterou que o produto REFRESC. CAMP. LARANJA 1x12 (NCM 21069010), não é um refrigerante e sim um refresco em pó, não sujeito ao regime da antecipação do ICMS.

Em nova informação fiscal (fls. 355 a 359), o autuante não abordou mais as questões relacionadas à infração 01.

Em relação à infração 02, o autuado reconheceu ser devido o valor de R\$12.160,02. Contestou a cobrança dos seguintes itens:

I – Condimentos – argumenta que as operações com esses produtos se encontram beneficiadas com a isenção prevista no art. 14, inc. I, alínea “a”, itens 4, 5, 11 e 16, do RICMS/97 (erva doce, louro, manjerona, orégano, salsa, ervilhas e alho poró). Pede a exclusão da quantia de R\$3.533,72;

II – Bomba inseticida – argumenta a defesa que esse produto é beneficiado com a redução da base de cálculo prevista no art. 77, inc. I, do RICMS/97, e tributada a uma carga de 8,80%. Postula a exclusão do A.I. da quantia de R\$700,07;

III – Arroz para Cães – a defesa sustenta que esse produto é beneficiado com a redução de base de cálculo de 100%, prevista no art. 78-A do RICMS/97, por tratar-se de mercadoria de origem agrícola ou extrativo. Requer que seja retirada da autuação a quantia de R\$3.015,47;

IV – Produtos enquadrados no regime da substituição tributária – ST (leite líquido Danoninho para beber; pastilha Pace tripla ação, balde 12 litros; porta escova de dente, pastilha Dori): a defesa ponderou que esses produtos são submetidos ao regime da antecipação tributária, por força das disposições do art. 353, inc. II, itens 36, 40.1 e 8.5, do RICMS/97. Formulou pedido pela exclusão do valor de R\$4.910,81, relacionado às operações com esses produtos.

Na informação fiscal, o autuante declarou que a isenção a que faz referência o Convênio 44/75 e o art. 14 do RICMS/97, se refere apenas aos produtos em estado natural. Que os adjetivos “resfriado” e “congelado” apenas contemplam produtos apresentados ‘em temperatura abaixo da do ambiente, por serem em sua maioria perecíveis, mas sem perder o seu estado natural. Ponderou

que os condimentos não são produtos hortícolas em estado natural, pois submetidos a processos de beneficiamento. Pontuou ainda que a legislação do ICMS, através do Regulamento, no capítulo do crédito presumido (art. 96), deu este tratamento aos produtos do gênero “condimentos”, o que afastaria o argumento defensivo de que os mesmos estariam beneficiados com a norma de isenção. Na mesma direção, o produto “salsa desidratada”, por não mais preencher a condição de “mercadoria in natura”. De igual forma o autuante argumentou que as ervilhas enlatadas não podem ser enquadradas na condição de produto “in natura”, visto que foram submetidas a um processo de industrialização.

O autuante, por sua vez, procedeu à exclusão da exigência fiscal dos itens: alho poró; mandioca palito (congelada) e orégano kisabor. O débito da infração sofreu o decréscimo de R\$534,10.

Quanto ao produto bomba inseticida o autuante reconheceu que de fato a mercadoria em questão é beneficiada coma redução da base de cálculo do ICMS, conforme Convênio ICMS 52/91. Foi expurgada da autuação a quantia de R\$362,39, mas mantida a cobrança do imposto, à alíquota efetiva de 8,80%, no valor de R\$337,68.

No que se refere ao produto arroz para cães, o autuante argumentou que o benefício alegado pela defesa se aplica tão somente ao arroz e ao feijão destinados à alimentação humana. Que o arroz para cães é uma ração animal, que está fora, portanto, da norma isencional.

Relativamente aos produtos enquadrados no regime da antecipação total, citados na peça de defesa, o autuante afirmou serem procedentes as alegações da impugnante, porém o valor correto a ser expurgado da autuação é de R\$4.404,71, conforme Demonstrativo juntado à fl. 280 dos autos.

O autuante apresentou novo Demonstrativo de Débito da infração 02, à fl. 281 deste PAF, totalizando para este item, a cifra de R\$28.872,51.

Após ser devidamente notificado das alterações processadas na infração 02, o contribuinte reiterou o pedido de nulidade dos relatórios de fiscalização no que concerne à duplicidade dos itens ou produtos (quantidades e ICMS a recolher), conforme detalhamento apresentado no Demonstrativo reproduzido à fl. 316.

No tocante aos produtos hortícolas a defesa discorreu que quando os mesmos são acondicionados, ainda que a vácuo, congelados, desbastados, cortados, picados, ralados ou fatiados, desde que não sejam cozidos ou sofram a adição de outros produtos, devem ser considerados “in natura”. Seria o caso dos produtos: erva doce, folha de louro, orégano, salsa, ervilha das marcas Dular e Yoki, alho poró, mandioca palito e salsa desidratada. Entende a defesa que os condimentos são temperos naturais, estando inseridos na norma e isenção do art. 14, I, “a”, itens 4, 5, 11 e 16.

Em relação às ervilhas disse que não se trata de produtos enlatados, mas em estado natural, acondicionados em embalagem plástica.

Ao refutar a cobrança do ICMS sobre o produto arroz para cães, a defesa afirmou que o benefício da redução da base de cálculo em 100% não especificou a sua aplicação exclusivamente para consumo humano. Frisou ainda que a empresa fornecedora do produto também deu tratamento de isenção na operação de venda realizada para o autuado.

Relativamente aos produtos enquadrados no regime da ST, ressaltou que o preposto fiscal reconheceu o acerto das alegações defensivas. Entretanto o valor do expurgo foi menor que o requerido, no montante de R\$4.910,81, visto que não foi retirada a parcela, no valor de R\$506,10, referente ao produto pastilha Tricloro Q Cloro, uma vez que o referido produto faz parte do rol de mercadorias enquadradas no regime da ST (art. 353, inc. II, item 36, do RICMS c/c o Protocolo ICMS 106/09), que dispõe sobre a substituição tributária de materiais de limpeza. Pede que seja adotado o mesmo tratamento dispensado aos produtos Pastilha Disqueti e Pastilha Pace Tripa, expurgados da autuação pelo preposto fiscal.

O autuante, em nova informação fiscal (fls. 355 a 357), informou, no tocante às duplicidades reclamadas pela defesa, que fez um expurgo no valor de R\$6.411,16, com demonstração analítica na planilha anexada à fl. 356. Realizada exclusão das operações apuradas em duplicidade o valor residual da infração 2 foi recalculado para o montante de R\$20.461,35, conforme planilha reproduzida à fl. 355 dos autos.

No tocante às infrações 3 e 4 o contribuinte, na fase de defesa, reconheceu a procedência das mesmas.

Na infração 05, a defesa sustenta que o produto LEITE EM PÓ 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, inc. XXI, do RICMS/BA, norma que transcreveu na peça impugnatória.

Para um exame prévio do tratamento tributário dispensado ao produto pelo fabricante, citou a título de exemplo, a nota fiscal de nº 089.889, data de 24/11/2008, emitida pela empresa NESTLÉ que, revela a carga tributária do produto em 7% em razão da redução da base de cálculo.

Que de acordo com as informações gerais colhidas no sítio do fabricante do produto, o composto lácteo é um **leite parcialmente desnatado** que, contém em sua composição química a presença da Lactose, minerais, vitaminas etc., próprio para o consumo humano.

Que o composto lácteo tem uma composição nutricional mais enriquecida e se destina a alimentar pessoas com determinadas necessidades nutricionais, de acordo com a avaliação de um profissional nutricionista.

Frisou que as informações nutricionais do LEITE EM PÓ Elege Inst. Desnatado, Leite em pó Itambé Inst. Desnatado, Leite em pó Molico Actifibras, Leite em pó Nan 1 Pro, Leite em pó Nan 2 Pro, Leite em pó Nestlé Mod Ideal, Leite em pó Nestogeno 1 Semestre, Leite em pó Ninho Cresc.3+ e Leite em pó Ninho Cresc.C.Prebio, podem ser constatados nas embalagens dos produtos.

No caso concreto, o autuado anexou ao presente PAF as embalagens dos referidos produtos com as respectivas descrições de **ingredientes**, a fim de elucidar o fato e, se chegar à conclusão de que o **composto lácteo** deve sim ser beneficiado com a redução de base de cálculo do imposto.

Ponderou mais à frente que a semelhança dos produtos e o tratamento fiscal adotado pelo fabricante/fornecedor levou o autuado na condição de adquirente e revendedor da mercadoria a acompanhar o mesmo procedimento fiscal de redução da base de cálculo do produto, no entanto, a fiscalização entendeu de forma contrária e em consequência lavrou o auto de infração impondo ao contribuinte a exigência fiscal em lide.

A respeito do tema, disse que as Câmaras de Julgamento Fiscal, do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, têm divergido no sentido de definir a melhor interpretação para a aplicação do dispositivo previsto na legislação interna, no que concerne a redução de base de cálculo do produto Leite em Pó (composto lácteo).

No julgamento do PAF n.º 206911.0005/12-9 sobre a matéria, as razões do autuado foram acolhidas pelo Digno Relator, contudo, foi voto vencido pela turma, em decisão, por maioria, que não reconheceu o benefício fiscal de redução de base de cálculo para o produto Leite em Pó modificado, *in verbis*:

“No que diz respeito ao item 05 entendendo assistir razão ao Recorrente. Com efeito, a controvérsia reside na interpretação que se deve conferir ao quanto disposto no inciso XXI do artigo 87 do RICMS/BA que prevê a redução da base de cálculo nas operações internas com leite em pó, vale dizer: se tal dispositivo legal é ou não aplicável aos compostos lácteos em pó – Leite em pó modificado.

No entendimento da fiscalização, ratificado pelo órgão julgador de primeira instância, os compostos lácteos não são espécies de “leite em pó”, razão pela qual não é possível

aplicar a norma de forma extensiva a tais mercadorias em vista do que dispõe o artigo 111 do Código Tributário Nacional – CTN.

No meu sentir, não me parece esta a mais adequada interpretação para o caso dos autos. Considerando que a matéria em debate já foi objeto de análise por parte da 3ª Câmara de Julgamento – Acórdão de n.º CJF 0289-13/13 – em processo análogo ao presente, permito-me subsidiar a conclusão a que chegarei tomando por base os mesmos fundamentos constantes do voto divergente da lavra do Conselheiro Leonardo Baruch Miranda de Souza proferido naquela assentada, com os quais me alinho integralmente:”

Afirmou a defesa que o Relator subsidiou o seu voto com base em julgamento de caso semelhante ocorrido na 3ª Câmara de Julgamento – Acórdão de n.º CJF 0289-13/13, cujos fundamentos, foram reproduzidos na peça defensiva, conforme abaixo:

“Com a devida vênia, entendo que a matéria em debate, para melhor apreciação, demanda uma análise mais cuidadosa acerca do próprio conceito de “composto lácteo” e também acerca da técnica de interpretação da norma instituidora da redução de sua base de cálculo.

De início, convém pontuar que, a partir dos elementos constantes nos autos, restou plenamente evidenciado que a conceituação de “composto lácteo” prevista na Instrução Normativa MAPA nº 28/2007 não tinha por objetivo disciplinar as repercussões tributárias sobre a venda do aludido produto, mas sim aperfeiçoar o direito de informação dos consumidores acerca dos produtos lácteos disponíveis no mercado.

Demais disso, os documentos que instruem o PAF demonstram que o produto intitulado pelo MAPA de “composto lácteo” apresenta, inegavelmente, uma composição química praticamente idêntica ao “leite em pó”, o que torna plenamente razoável a tese sustentada pelo recorrente, de que sua mercadoria “leite IDEAL” seria efetivamente “leite em pó”, fazendo jus à redução de base de cálculo prevista no dispositivo em análise, sobretudo quando o texto legal deixa dúvidas sobre a hipótese.

A dúvida sobre o texto legal torna-se ainda mais contundente a partir da constatação de que o RICMS/97, em ESTADO DA BAHIA diversos outros dispositivos disciplinadores de hipóteses de isenção, cuidou de detalhar o tipo de leite susceptível de benefício tributário, a exemplo do art. 14, inciso XII, abaixo transcrito:

Art. 14. São isentas do ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais:

(...)

XII - nas saídas internas de leite pasteurizado tipo especial, com 3,2% de gordura, de leite pasteurizado magro, reconstituído ou não, com 2,0% de gordura e de leite pasteurizado tipos A e B (Conv. ICM 25/83 e Conv. ICMS 121/89).

Causa espécie a singeleza com que o art. 87, inciso XXI, tratou da matéria em debate, limitando-se a consignar o conceito genérico “leite em pó”, sem descer a detalhes como fizera no exemplo citado adrede.

Ora, não estamos diante de um erro ou de uma lacuna deixada pelo legislador. Em verdade, o RICMS/97 limitou-se em tratar genericamente o “leite em pó” como produto susceptível do benefício pelo simples fato de que, a época de sua edição, ainda não estava em vigor a Instrução Normativa MAPA nº 28/2007, que inaugurou a celeuma em torno da diferenciação do produto em “composto lácteo”.

Com isso, demonstra-se, sem sombra de dúvidas, que a intenção do legislador foi conferir o benefício da redução de base de cálculo de forma ampla e genérica ao produto “leite em pó”, sem ponderar sobre a eventual existência de variações em sua fórmula ou se tal produto dispõe de mais ou menos nutrientes.

Tocante ao argumento suscitado pela Douta 2ª Junta de Julgamento no bojo acórdão vergastado, no sentido de que a tese sustentada pelo recorrente representaria ofensa ao

art. 111 do CTN por utilizar suposta interpretação ampliativa da norma isentiva, com a devida vênia, razão não lhe assiste.

Isso porque, o referido art. 111, malgrado eleja a interpretação literal como método de interpretação para se extrair o sentido da norma de isenção, não impede, de maneira nenhuma, que o aplicador do direito utilize outros métodos hermenêuticos para compor o melhor entendimento, sobretudo diante de eventual dúvida existente quanto ao texto legal. Em verdade, o legislador quis ressaltar que as matérias insertas no retro citado artigo não podem ser objeto de ilações ampliativas, com o objetivo de estender os benefícios fiscais a hipóteses não contempladas na lei.

Sobre o tema, convém transcrever o magistério enriquecedor de Hugo de Brito Machado, in verbis:

"O direito excepcional deve ser interpretado literalmente, e este princípio de hermenêutica justifica a regra do art. 111 do CTN, impondo a interpretação literal. Ocorre que o elemento literal, como por nós já várias vezes afirmado, é absolutamente insuficiente. Assim, a regra do art. 111 do Código Tributário Nacional há de ser entendida no sentido de que as normas reguladoras das matérias ali mencionadas não comportam interpretação ampliativa nem integração por equidade. Sendo possível mais de uma interpretação, todas razoáveis, ajustadas aos elementos sistemático e teleológico, devendo prevalecer aquela que mais se aproximar do elemento literal. É inadequado o entendimento segundo o qual a interpretação das normas reguladoras das matérias previstas no art. 111 do Código Tributário não admite outros métodos, ou elementos de interpretação, além do literal. O elemento literal é de pobreza franciscana, e utilizado isoladamente pode levar a verdadeiros absurdos, de sorte que o hermeneuta pode e deve utilizar todos os elementos da interpretação, especialmente o elemento sistemático, absolutamente indispensável em qualquer trabalho sério de interpretação, e ainda o elemento teleológico, de notável valia na determinação do significado das normas jurídicas." (Hugo de Brito Machado. Curso de Direito Tributário, 15.ª Ed. Malheiros, São Paulo, 1999, pp. 88 e 89.)

No caso em debate, a interpretação adotada pelo recorrente sobre o quanto disposto no art. 87, inciso XXI, do RICMS/BA, não representa uma tentativa de ampliar o sentido da norma que instituiu o benefício, mas sim conferir ao texto oco o verdadeiro sentido idealizado pelo legislador, que jamais pretendeu limitar a utilização da redução da base de cálculo para outros produtos que eventualmente derivassem de uma subdivisão conceitual criada posteriormente pelos técnicos do MAPA; tal entendimento é resultado da interpretação sistemática, histórica e teleológica do ordenamento em questão, como deve ser.

Inclusive, sobre a possibilidade de se utilizar outros métodos de interpretação sobre as hipóteses do art. 111 do CTN, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem vasta jurisprudência que a alberga. Vejamos:

"O art. 111 do CTN, que prescreve a interpretação literal da norma, não pode levar o aplicador do direito à absurda conclusão de que esteja ele impedido, no seu mister de apreciar e aplicar as normas de direito, de valer-se de uma equilibrada ponderação dos elementos lógico-sistemático, histórico e finalístico ou teleológico, os quais integram a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas." (STJ. RESp 192531/RS. Rel.: Min. João Octavio de Noronha. 2ª Turma. Decisão: 17/02/05. DJ de 16/05/05, p. 275.)

"Os dispositivos legais que tratam de isenção devem ser interpretados literalmente, sem, contudo, ser desvirtuado seu caráter teleológico." (STJ – RESp - Nº 567.873 – Rel. Min. LUIZ FUX - j. 10 de fevereiro de 2004.)

Por fim, cumpre registrar que este E. Conselho já enfrentou matéria similar, conforme ACÓRDÃO JJF Nº 0034- 03/13 proferido pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

Segundo entendimento unânime dos Doutos Julgadores do referido Órgão, o produto intitulado "leite NAN", também tratado como "composto lácteo", foi considerado como

“leite em pó” para fins de redução de base de cálculo prevista no art. 87, inciso XXI do RICMS/97. Segue transcrição do voto:

No mérito, a primeira infração acusa o autuado de recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, referente a produtos modificados e compostos a base de leite, como se fossem leite em pó, com alíquota inferior à devida.

Compulsando os autos, vejo que o impugnante ao comercializar os produtos rotulados como leite em pó – Nestogeno, NAN, Molico, Vale Prateado e Manacá, aplicou a redução de base de cálculo prevista no art. 87, inciso XXI do RICMS/97 do Estado da Bahia. A controvérsia consiste, portanto, em se decidir se as citadas mercadorias são leite em pó e teriam o amparo do benefício da redução de base de cálculo estampado no inciso XXI do art. 87 da citada norma regulamentar, que assim dispõe:

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).

Da análise do dispositivo regulamentar acima transcrito, resta claro que esta norma não traz qualquer limitação relativamente à composição do produto para enquadrá-lo neste benefício, exigindo apenas, que sejam operações internas com leite em pó. Não vejo nos autos qualquer indício de que os produtos relacionados no levantamento fiscal, fls.08/20, sejam comercializados sob denominação diversa de leite em pó.

Constato que os produtos alvo da lide, como Nestogeno, Molico, Manacá, são comumente conhecidos e rotulados como leite em pó e alguns deles, a exemplo do leite NAN, possuem adição de elementos que enriquecem sua composição, com nutrientes como vitaminas, ferro, cálcio, para atender a uma categoria específica, como os Lactentes, sem no entanto descaracterizá-los da qualidade de leite em pó. Se a lei não limita ou amplia um conceito tributário, não cabe ao operador do direito fazê-lo. Concluo, portanto, pela improcedência desta infração.”

Face ao exposto, entendo que a exigência consubstanciada no item 05 do Auto de Infração no que diz respeito ao Leite em Pó Nan Pro, Leite em Pó Nestogeno 1º e 2º semestre, Leite em Pó Nestlé Modificado Ideal e Leite em Pó Molico Actifibras, não tem como prosperar, razão pela qual dou Provimento ao Recurso Voluntário interposto.

Com base no entendimento acima reproduzido a defesa postula a anulação deste item do lançamento de ofício, para que seja reconhecida a redução de base de cálculo para o produto **Leite em Pó – COMPOSTO LÁCTEO**, a teor do art. 87, XXI, do RICMS/BA de 1997.

O autuante, na informação fiscal, fez diversas considerações em torno da composição do produto objeto da autuação, e ao final, disse que a inserção desse produto no benefício da redução da base de cálculo de 58,825% somente se verificou em agosto de 2013, através do Dec. nº 14.681, de 30/07/13, com efeitos a partir de 31/07/13. O referido Decreto promoveu a alteração nº 20 ao RICMS/97, de forma que para o autuante, a situação em exame comporta interpretação restritiva, nos moldes do disposto no art. 111 do Código Tributário Nacional (CTN).

O autuado, em nova manifestação nos autos, reiterou as razões expostas na peça defensiva, afirmando ainda que não obstante o levantamento fiscal ter ocorrido no ano calendário de 2011, o benefício inserido na norma do RICMS deve ser estendido à requerente, com amparo no CTN que permite a retroatividade da lei para beneficiar o contribuinte (art. 106, inc. II).

Em nova informação fiscal (fls. 355 a 359), o autuante declarou que as informações relacionadas aos compostos lácteos foram devidamente enfrentadas na informação fiscal anterior (fls. 271 a 304).

Na infração 06, o autuado reconhece ser devido o valor de R\$ 567,62. Impugnou a quantia de R\$8.469,66, cuja exigência de imposto abarca, segundo a defesa, produtos com isenção do ICMS

ou com benefício de redução de base de cálculo de 100%. Na peça impugnatória a defesa listou os produtos e os valores correspondentes:

I – produtos hortícolas (listados às fls. 225/227): R\$559,66;

II – folha de louro e orégano (fl. 227): R\$1.550,61;

III – Salsa desidratada (fl. 227): R\$125,65;

IV – Pescados (fl. 228): R\$423,75;

V – Arroz para Cães (fl. 228): R\$3.015,42;

VI – Alho (fl. 229): R\$19,52;

VII – Mandioca palito (fl. 229): R\$162,90;

VIII – Alpiste, paço e girassol (fl. 229): R\$2.612,15. Em relação a esses três últimos produtos listados, a defesa postula o benefício da isenção a teor do art. 20, do RICMS/97 e no Parecer GECOT/DITRI inserto na consulta formal n 543/99.

O autuante, por ocasião da informação fiscal, exclui do lançamento diversos produtos (orégano, mandioca palito, alho poró), mantendo, todavia, a autuação em relação aos condimentos, conforme Demonstrativo juntado à fl. 285, que indica a retirada do A.I. do valor de R\$722,85.

Procedeu também a exclusão da exigência dos pescados, no importe de R\$660,41, em razão da norma de isenção. Porém, as cobranças em relação aos produtos “arroz para cães”, por ser ração animal, e, alpiste, paço e girassol, foram preservados pelo autuante. Em relação a esses três últimos itens, o preposto fiscal registrou em sua informação que os mesmos não se encontram inseridos no benefício do art. 20, inc. V, do RICMS/97 e que a consulta nº 543/99 foi revogada pela DITRI antes do início da ação fiscal. Registrou ainda que a tese sustentada pela defesa tem sido recorrentemente rechaçada pelo CONSEF, sendo, em decorrência, mantido o valor lançado, no importe de R\$2.612,15.

O autuante, em relação à infração 06, elaborou novo Demonstrativo de Débito, anexado à fl. 299 do PAF, reduzindo a exigência para a cifra de R\$6.093,43.

O sujeito passivo, em nova manifestação acostada às fls. 327 a 329, apontou duplicidades nesse item do Auto de Infração, reiterando o pedido de nulidade dessa imputação. No mérito, voltou a repetir as alegações já articuladas na inicial.

O contribuinte discorreu ainda acerca do princípio da não cumulatividade do ICMS, fazendo transcrição de trechos de doutrina e de jurisprudência pátrias relacionadas a esse tema que tem sede em disposição constitucional.

Em razões subsidiárias, a defesa impugnou a multa de 60% do valor do imposto exigido no Auto de Infração, por entendê-la exorbitante e confiscatória, fundamentado nas disposições do art. 150, inc. IV da CF/88 que veda à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, utilizar tributo com efeito de confisco. Contestou também a aplicação dos juros com base na taxa SELIC, afirmando que a 2ª turma do STJ, no Resp nº 215991/PR, decidiu pela inconstitucionalidade e pela inaplicabilidade dessa taxa para fins de atualização do valor de tributos.

Finalizou a peça de defesa formulando os seguintes pedidos:

I – declaração de nulidade do lançamento de ofício;

II – em sendo ultrapassada a preliminar de invalidade do Auto de Infração, decretação de sua improcedência no que se refere às parcelas impugnadas.

Às fls. 365 a 368 do processo foram anexados relatórios atestando o pagamento parcial das infrações 1, 2 e 6 e a totalidade das infrações 3 e 4, no importe principal de R\$28.676,86.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 6 infrações conforme foi detalhado no relatório, parte integrante deste Acórdão.

Em razões preliminares a defesa suscitou a nulidade do Auto de Infração invocando os seguintes vícios formais:

I – que o Auto de Infração foi lavrado na repartição fiscal e não no local da ocorrência dos fatos geradores (estabelecimento do contribuinte);

II – que foram apuradas cobranças de imposto nas infrações 2 e 6 contendo duplicidades.

Conforme pontuou o autuante, na informação fiscal, a ação fiscal, iniciada em 2014, se reportou a operações pretéritas (exercício de 2011), se valendo, a autoridade fiscal, principalmente das informações registradas em meio magnético, que são disponibilizados para o fisco via transferência eletrônica de dados. Portanto, as ocorrências descritas no Auto de Infração têm por fonte principal, informações da escrituração digital do contribuinte, que se encontram armazenadas nos bancos de dados da Secretaria da Fazenda do Estado. No atual estágio da tecnologia da informação, as ações fiscais serão cada vez mais desenvolvidas sem que necessariamente as autoridades fiscais tenham que estar em tempo integral nos estabelecimentos ou escritórios dos contribuintes. Ademais, a alegação de nulidade, frente ao princípio da instrumentalidade do processo, somente deve ser acolhida se houver prejuízo para a parte, consubstanciado em embaraços que dificultem ou impossibilitem o exercício efetivo do direito de defesa. Observo, todavia, que no caso concreto, o contribuinte exerceu plenamente o seu direito de defesa, após tomar ciência do Auto de Infração, através da entrega da peça acusatória e dos demonstrativos a ele vinculados, sendo-lhe concedido o prazo para contestar as imputações fiscais, conforme previsto na norma processual vigente à época da prática do ato. Por fim, não há no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 7.629/99, qualquer norma ou princípio que vede que o Auto de Infração seja lavrado na repartição fiscal a que esteja vinculado o contribuinte.

De outro lado não conseguimos estabelecer nexos entre os artigos 108, I e 196 do CTN, citados pela impugnante, para invalidar o Auto de Infração. Os dispositivos citados estão desconectados do objeto da discussão. Vejamos então.

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Afasto, portanto, a nulidade levantada pela defesa no que se refere ao fato do Auto de Infração ter sido lavrado na Inspetoria Fiscal.

No tocante à alegação de duplicidades de cobranças, nas infrações 2 e 6, as mesmas serão enfrentadas no exame das questões de mérito. É o que passo a fazer doravante.

No tocante à infração 01, o contribuinte, na peça defensiva, reconheceu ser devida a quantia de R\$6.248,48. Impugnou o valor de R\$56,89, composto pelas notas de devolução nº 062.818, de 05/12/2011, no valor de R\$1,53 e a NF nº 062.825, de 05/12/2011, no valor de R\$27,00 e pela glosa do crédito relacionada à operação de aquisição do produto GU REFRESC. CAMP. LARANJA 1x12 (NCM 21069010), no importe de R\$28,36, acobertada pela nota fiscal de aquisição nº 59.250, cuja entrada se deu no mês de janeiro de 2011.

Em relação às notas fiscais de devolução constatei na instrução do processo que as operações originárias de venda foram efetuadas junto ao estabelecimento não contribuinte do imposto (Construtora Marquise S/A), com débito do imposto, fato que pode ser verificado a partir das

cópias dos documentos fiscais, juntados às fls. 263 a 266 do PAF. Já as devoluções foram parciais e acobertadas por notas fiscais de entrada emitidas pelo estabelecimento autuado. No caso concreto, a venda direta a não contribuinte ou consumidor não se submete ao pagamento antecipado do imposto, pelo regime de substituição tributária, conforme estabelece a regra do RICMS/97, positivada no art. 355, incisos V e VII, vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores. Assim, se a operação de venda foi tributada normalmente, a subsequente operação de devolução ou de desfazimento de negócio deve obedecer ao mesmo regime tributário.

No que se refere ao produto GU REFRESC. LARANJA (NCM 21069010), verifico que o mesmo não está enquadrado no regime de substituição tributária, com a obrigação de antecipação do pagamento do imposto, visto que o mesmo não foi inserido no art. 353, inc. II e no correspondente Anexo 88, do RICMS/97.

Portanto, os créditos fiscais apropriados pelo contribuinte em sua escrita fiscal em relação às operações acima descritas são legítimos frente ao disposto na legislação tributária.

A infração 01 é procedente em parte, no valor de R\$6.248,48, ficando alteradas as ocorrências dos meses de janeiro e dezembro de 2011, que passam a ter a seguinte configuração:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VALOR ICMS DO PAF	VL. ICMS APÓS EXCLUSÕES	% MULTA
30/01/2011	09/02/2011	152,23	123,87	60,00%
31/12/2011	09/01/2012	62,66	34,13	60,00%

Os valores já recolhidos pelo contribuinte deverão ser homologados pela repartição fiscal de origem do processo.

Na infração 02, o autuante, na fase de informação fiscal, fez o expurgo das duplicidades apontadas na peça defensiva em relação a esse item da autuação, conforme Demonstrativo Analítico reproduzido à fl. 356, procedendo à exclusão do valor de R\$6.411,16, sanando assim o vício de nulidade do lançamento apontado na peça de defesa.

Nessa mesma diretiva, na primeira informação fiscal (doc. fls. 271 a 364), foram excluídas as operações com os produtos alho poró, mandioca palito congelada e orégano Kisabor, no valor de R\$534,10, por se tratar de produtos hortícolas “in natura”, beneficiados com a isenção do imposto, seguindo a normativa do art. 14, do RICMS/97 e as disposições do Convênio ICM 44/75.

No que se refere ao produto bomba inseticida foi reconhecida a redução de base de cálculo, prevista no art. 77, inc. I, do RICMS/97 e Convênio ICMS 52/91, por se tratar de mercadoria listada nas normas do benefício (implemento agrícola), com tributação à carga de 8,80%. No anexo I do citado Convênio, o produto apresenta a seguinte descrição, com a correspondente classificação na NCM:

Aparelho para projetar, dispersar ou pulverizar fungicidas, inseticidas e outros produtos para combate a pragas, de uso agrícola, manuais 8424.81.11

Outros aparelhos para projetar, dispersar ou pulverizar fungicidas, inseticidas e outros produtos para combate a pragas, de uso agrícola 8424.81.19

Em decorrência foi expurgada da exigência fiscal a quantia de R\$362,39, restando o valor de R\$337,68.

Retirados da autuação também os produtos enquadrados no regime de substituição tributária, com pagamento do imposto nas etapas anteriores de circulação das mercadorias, a saber: leite líquido Danoninho para beber; pastilha pace tripla ação, aplicada no tratamento de piscinas; balde 12 litros; porta escova, vez que os mesmos estão listados no art. 353, inc. II, itens 3.3 (iogurtes), 36 (*Cloro estabilizado, ácido tricoloro, isocianúrico todos na forma líquida, em pó, granulado, pastilhas ou em tabletes e demais desinfetantes para uso em piscinas; flutuador 3x1 ou 4x1 – Protocolo 106/09*) e 40.1 (*produtos de adorno e materiais empregados na construção – Protocolo 104/09*), do RICMS/97.

Corretas as exclusões efetuadas pelo autuante em relação aos valores vinculados aos produtos beneficiados com isenção, redução de base do imposto e antecipação do pagamento pelo regime de substituição tributária.

No tocante aos demais produtos objeto de questionamento pela defesa, não há razões para se acolher os pedidos de exclusão.

Em relação aos condimentos (erva doce, folha de louro, salsa desidratada, ervilhas acondicionadas em embalagem plástica etc.), a isenção a que faz referência o Convênio ICM 44/75 e o art. 14, do RICMS/97 se refere apenas aos produtos em estado natural, ainda que resfriados ou congelados. Os condimentos não são produtos “in natura”, vez que submetidos a processos de beneficiamento (secagem, desidratação, acondicionamento etc.). Ademais, o próprio RICMS, no art. 96, inc. XIV concede a esses produtos crédito presumido de 70% (setenta por cento) do valor do imposto destacado nos documentos fiscais, nas operações internas e interestaduais, desde que observadas as condições fixadas na referida norma, o que afasta o argumento defensivo de que estariam beneficiados com a isenção prevista no art. 14. Mantida a autuação em relação às operações de saídas processadas através de ECF de condimentos.

Quanto ao produto “arroz para cães”, trata-se de um produto preparado e destinado à alimentação animal, configurando, portanto, uma típica ração para consumo de animais de estimação, razão pela qual não pode ser enquadrado na norma do benefício contida no art. 78-A, do RICMS/97. Item mantido.

Após as exclusões processadas pelo autuante, a infração 2, que totalizava o valor de R\$32.149,00, fica mantida em parte, no valor de R\$20.461,35, em conformidade com o novo demonstrativo de débito, anexado à fl. 355 deste PAF.

O contribuinte, na peça defensiva, reconheceu ser devida em relação à infração 2, a quantia de R\$19.988,98. Ressalto mais uma vez que os valores já recolhidos pelo sujeito passivo deverão ser homologados pela repartição fiscal de origem do processo.

As infrações 3 e 4 foram expressamente reconhecidas pelo contribuinte na peça de defesa, devendo, igualmente, os valores já recolhidos aos cofres públicos serem objeto de homologação. Declaro os itens 3 e 4 do Auto de Infração totalmente procedentes.

Na infração 5, a exigência fiscal recaiu sobre as operações de saídas de composto lácteo, realizadas através de ECF (equipamento emissor de cupom fiscal). O contribuinte deu a essas operações o tratamento tributário previsto no art. 87, inc. XXI, do RICMS/97, vigente à época das ocorrências dos fatos geradores, que estabelecia que nas operações internas com leite em pó a redução de base de cálculo seria de 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).

Observo, de início que o entendimento prevalente nas decisões emanadas por este Conselho de Fazenda Estadual é de que os compostos lácteos não são leite em pó, a exemplo das decisões contidas nos Acórdãos CJF 0142-11/14, CJF 0147-11/14, CJF 0168-11/14, CJF 0289-11/14 e CJF 0313-11/14. A interpretação das normas que concedem benefícios fiscais, de acordo com o art. 111 do CTN, é restritiva, abarcando tão somente o conteúdo gramatical ou literal que pode ser extraído do enunciado normativo.

O processo de produção de leite em pó é feito a partir da secagem do leite comum (líquido) e separado em diferentes fases: flocos, granulado e pulverizado, apresentando teores de gordura original do leite natural, sendo envasado com adição de gás nitrogênio para impedir a oxidação da gordura. E que o aspecto legal é definido no Decreto nº 30.691/02, que trata da Inspeção Industrial e Sanitária dos Produtos de Origem Animal, e estabelece que:

Art. 475 - Entende-se por leite, sem outra especificação, o produto oriundo da ordenha completa, ininterrupta, em condições de higiene, de vacas sadias, bem alimentadas e descansadas. O leite de outros animais deve denominar-se segundo a espécie de que proceda.

(...)

Art. 665 - Entende-se por Leite em Pó o produto obtido por desidratação do leite de vaca integral, desnatado ou parcialmente desnatado e apto para alimentação humana, mediante processos tecnologicamente adequados.

Parágrafo único. Deverá ser atendido o Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade específico, oficialmente adotado.

A designação do produto é indicada no item 2.3 do Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade dos Produtos Lácteos, aprovado pela Portaria nº 146, de 7/03/96 do Ministério da Agricultura, designando “leite em pó”, “leite em pó parcialmente desnatado” ou “leite em pó desnatado”, acrescentado da denominação “instantâneo” se o produto apresentar tal característica.

Já o “composto lácteo” é indicado no item 2.11 da Instrução Normativa nº 28 de 12/06/07, como:

Composto Lácteo: é o produto em pó resultante da mistura do leite (1) e produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) láctea(s) (2) ou não-láctea(s) (3), ou ambas (4), adicionado ou não de produto(s) ou substâncias alimentícia(s) láctea(s) ou não láctea(s) ou ambas permitida(s) no presente Regulamento, apta(s) para alimentação humana, mediante processo tecnologicamente adequado.

Os ingredientes lácteos devem representar no mínimo 51% (cinquenta e um por cento) massa/massa (m/m) do total de ingredientes (obrigatórios ou matéria-prima) do produto”.

Faço ainda referência aos Acórdãos CJF 0289-11/14 e CJF 0349-11/15 que examinaram, em grau de recurso, Autos de Infração lavrados contra a mesma empresa. Nessas decisões foi fundamentado que o “composto lácteo” possui composição de ingredientes diferentes do “leite em pó”, que é o produto contemplado com redução de base de cálculo previsto no art. 87, XXI do RICMS/97, de forma que a carga tributária equivalha a 7%.

Por fim a administração tributária estadual inseriu o composto lácteo como produto contemplado com redução da base de cálculo de modo que a carga tributária equivalente correspondesse a 7%, somente a partir de 17/06/12 mediante alteração da redação contida no art. 268, XXV, do Decreto nº 13.780/12, por meio do Decreto nº 16.151/12. Como os fatos geradores objeto desta autuação são anteriores a alteração da norma do RICMS, é de se concluir que o produto composto lácteo era tributado, em 2011, pela alíquota de 17%. Em decorrência, a exigência fiscal integrante do item 5 do Auto de Infração deve ser mantida. Item totalmente procedente, no valor de R\$66.670,36.

Na infração 06, que abarca operações de saídas processadas através de emissão de notas fiscais, o autuado reconhece ser devido o valor de R\$567,62.

Impugnou, todavia, a quantia de R\$8.469,66, cuja exigência de imposto abarcaria produtos com isenção do ICMS ou com benefício de redução de base de cálculo de 100%. Na peça impugnatória a defesa listou os produtos e os valores correspondentes a serem excluídos: I – produtos hortícolas (listados às fls. 225/227): R\$559,66; II – folha de louro e orégãos (fl. 227): R\$1.550,61; III – Salsa desidratada (fl. 227): R\$125,65; IV – Pescados (fl. 228): R\$423,75; V – Arroz para Cães (fl. 228): R\$3.015,42; VI – Alho Poró (fl. 229): R\$19,52; VII – Mandioca palito (fl. 229): R\$162,90; VIII – Alpiste, paço e girassol (fl. 229): R\$2.612,15.

O autuante, por ocasião da informação fiscal, exclui do lançamento diversos produtos (orégano, mandioca palito, alho poró e produtos listados no demonstrativo inserido às fls. 225/227), por estarem inseridos na norma de isenção do art. 14, do RICMS/97 e Convênio ICM 44/75, visto que se trata de produtos hortícolas ou frutícolas, em estado natural. Procedeu-se também à exclusão da exigência fiscal dos pescados, no importe de R\$423,75, em razão da norma de isenção contida no art. 14, inc. XIII, do RICMS/97. Corretas as exclusões dos valores relacionadas a essas operações.

Todavia, as cobranças relacionadas às operações de saídas de condimentos e “arroz para cães”, por ser ração animal, devem ser mantidas. Valho-me da mesma fundamentação já alinhavada no exame da infração 2, para manter a exigência fiscal em relação a esses itens.

Já em relação à cobrança do ICMS sobre as operações com os produtos alpiste, paço e girassol, verifico que essas mercadorias são sementes, comumente destinadas à alimentação de aves. Já a

norma de isenção mencionada pela defesa (art. 20, inc. V, do RICMS/97), condiciona a aplicação do benefício somente às sementes destinadas à semeadura (plantio) e desde que atendidos os padrões estabelecidos pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. No tocante à consulta nº 543/99, da DITRI, sequer a defesa juntou aos autos a peça e a correspondente resposta em que fundamenta o seu direito. Ademais, o próprio autuante consignou, na informação fiscal, que a consulta citada foi objeto de posterior revogação pela Administração Tributária. As alegações do contribuinte são, portanto, totalmente insubsistentes, sendo, em decorrência, mantido o valor lançado em relação a esses itens, no importe de R\$2.612,15.

Após as exclusões processadas pelo autuante, inclusive em relação às duplicidades apontadas na inicial, a infração 06, que totalizava o valor de R\$9.037,28, fica mantida em parte, no valor de R\$6.093,43, em conformidade com o novo demonstrativo de débito, anexado à fl. 299 deste PAF.

No tocante à penalidade de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto exigido, afasto também argumentos defensivos relacionados com o cancelamento ou redução da referida multa com espeque nos princípios do não confisco, positivado no art. 150, IV, da CF/88. Isto porque não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É que o prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF, aprovado pelo Dec. 7.629/99.

Pelas mesmas razões não também acato o pedido subsidiário do contribuinte que postula a não aplicação da taxa de juros SELIC para a atualização dos valores dos créditos tributários reclamados neste lançamento.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, que passa a ter a composição reproduzida na tabela abaixo:

INF	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO-JJF	MULTA
1	PROC. EM PARTE	6.305,37	6.248,48	60%
2	PROC. EM PARTE	32.149,00	20.461,35	60%
3	RECONHECIDA	836,16	836,16	60%
4	RECONHECIDA	1.035,62	1.035,62	60%
5	PROCEDENTE	66.670,36	66.670,36	60%
6	PROCEDENTE EM PARTE	9.037,28	6.093,43	60%
TOTAL		116.033,79	101.345,40	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207351.0204/14-3**, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$101.345,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea "a", e VII, alíneas "a" e "b" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo sujeito passivo.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2016.

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR