

A. I. N° - 206911.3002/16-3
AUTUADO - ATACADÃO S. A.
AUTUANTE - JALDO VAZ CONTRIM
ORIGEM - IFEPE NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 02.06.2017

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0091-05/17

EMENTA: ICMS. 1. 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 alcançadas pela decadência. Mantidas as demais ocorrências para os produtos “Canjinha Yoki” e “misturas para bolo. 2. 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, e art. 268, inc. LII, “a” do RICMS/2012, não são aplicáveis aos leites modificados ou compostos lácteos. Mantidas as demais ocorrências para os produtos “Canjinha Yoki” e “Misturas para Bolo”. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. CONSTATADO, PORÉM, QUE NAS SAÍDAS SUBSEQUENTES, O ICMS FOI INTEGRALMENTE PAGO PELO REGIME NORMAL. INTEMPESTIVIDADE NO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. APLICAÇÃO DE MULTA. Infração mantida tão somente em parte da exigência fiscal vinculada do produto “Aditivo para Radiador”. Não acolhidos os pedidos de decretação de nulidade do Auto de Infração. Indeferido pedido de diligência/perícia fiscal. Acolhida a preliminar de decadência de parte do crédito tributário lançado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/09/2016 para exigência de ICMS e multa, no valor principal de R\$75.198,69, contendo as seguintes acusações:

Infração 01 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Estando tudo discriminado conforme Demonstrativos de Débito, constantes nos Anexos 01 e 02, juntados ao presente PAF, sob forma de mídia gravada (CD). Valor exigido: R\$62.858,69. Multa de 60%. Art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 03.02.06: Recolheu a menor ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Estando tudo discriminado conforme Demonstrativo de Débito, constantes nos Anexos 03 e 04 juntados ao presente PAF, sob a forma de mídia gravada (CD). Valor exigido: R\$4.734,12. Multa de 60%. Art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 07.01.03: Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Estando tudo discriminado conforme Demonstrativo de Débito, constantes nos Anexos 07 e 08, juntados ao presente PAF, sob a forma de mídia gravada (CD). Valor exigido: R\$7.605,88. Penalidade de 60% do imposto não pago, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 06/10/16, através de intimação pessoal e ingressou com defesa administrativa em 02/12/2016 em petição subscrita por preposto da empresa, habilitado a atuar no processo através do instrumento juntado às fls. 75 a 88 dos autos. A peça de defesa se encontra anexada às fls. 33 a 55 do PAF.

Após fazer transcrição de todos os dispositivos considerados infringidos no Auto de Infração a defesa pede que o lançamento seja declarado nulo afirmando que os dispositivos eleitos pela fiscalização como tendo sido infringidos pela Autuada, não guardam relação de causa e efeito com a conduta reprimida pelo fisco mediante o lançamento de ofício formalizado. Sustenta que houve ausência de subsunção fato/norma, implicando em nulidade do procedimento fiscal por cerceamento ao amplo direito de defesa e ao contraditório.

Em seguida suscitou a preliminar de decadência de parte do crédito tributário reclamado, com aplicação do §4º do art. 150 do CTN, em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 06 de outubro de 2011, porque passados mais de 5 (cinco) anos entre a ocorrência daqueles e a ciência do lançamento de ofício, acontecida no dia 06 de outubro de 2016.

Nesse ponto, declarou a defesa que a apuração do suposto crédito tributário foi realizada pela fiscalização autuante com base nos documentos apresentados / informados pela autuada ao Fisco da Bahia mensalmente, sendo que as operações em questão foram devidamente contabilizadas e registradas em livros fiscais, no livro de apuração do imposto, bem como nas Guias de Informação e Apuração do ICMS (GIAs), do período autuado, anexadas à peça defensiva (doc. 02 – fls. 90 a 126), comprovando que houve atividade sujeita a homologação: pagamento de imposto - (docs. 03 – fls. 127 a 138); e, existência de saldo credor.

Teria havido, portanto, atividade sujeita à homologação do fisco, conforme expressa determinação do §4º, do art. 150, do CTN, e, mais ainda, houve pagamentos, de forma que parte do crédito tributário reclamado se encontrava, por ocasião do lançamento de ofício, atingida pela decadência.

Transcreveu as disposições do art. 150, § 4º, do CTN, declarando ainda que:

- no caso dos autos, a Autuada efetivamente exerceu a atividade de que trata o dispositivo legal acima mencionado, tanto que regularmente constituído o crédito tributário com base na documentação por ela apresentada;
- a existência de atividade (exercida pelo contribuinte) sujeita à homologação pelo fisco, tanto que devidamente registradas as NNFF, apurado o crédito tributário, bem como apresentados à fiscalização os documentos correlatos;
- a inexistência de dolo, fraude ou simulação na conduta praticada pela Autuada;
- parte dos supostos fatos geradores teriam ocorrido entre o período de janeiro a outubro de 2011;
- a lavratura do AI, assim como a ciência pela Autuada, deram-se apenas em outubro de 2016.

Sobre essa questão transcreveu parte de decisões originárias do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Ao ingressar nas razões de mérito passou a abordar inicialmente a cobrança vinculada à infração 01. Pontuou que o fisco acusa a autuada de ter efetuado recolhimento a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, mais especificamente dos seguintes produtos: - Canjiquinha Yoki; - Mistura para bolo; - Leite em pó Itambé Modificado Precioso; - Leite em pó NAN 1; - Leite em pó NAN 1 PRO;

- Leite em pó NAN 2; - Leite em pó NAN 2 PRO; - Leite em pó NAN Comfort; Leite em pó Nestle Mod. Ideal; Leite em pó Nestogeno 1 semestre; Leite em pó Nestogeno 2 semestre; Leite em pó Ninho cresc. 3+; Leite em pó Ninho Cresc. C. Prebio; e, Leite em pó Molico Actifibras; tal como discriminadas e arroladas no demonstrativo de saídas por NF e CF anexados ao auto de infração. Entendeu a fiscalização ser aplicável à espécie a alíquota de 17%.

Entretanto a defesa sustenta que as referidas mercadorias são beneficiadas pela redução da base de cálculo, prevista, respectivamente, no art. 87, inc. XXI e no art. 51, I, “a”, e §3º, do RICMS/97, que têm a seguinte redação:

“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).”,

“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;
(...)

§ 3º Para efeito do disposto na alínea “a” do inciso I deste artigo, considera-se, desde que não se apresente sob a forma de massa fresca ou com preparo, tempero ou cozimento de qualquer espécie:

(...)

II - **fubá de milho**:

- a) fubá de milho propriamente dito;
- b) fubá ou flocos de milho pré-cozido;
- c) creme de milho;
- d) flor de milho.

(...)

Argumenta que a redução da base de cálculo prescrita no inciso XXI, do art. 87 do RICMS/97, ampara a mercadoria leite em pó – **gênero, sendo que:**

O afastamento do benefício fiscal procedido pelo fisco, com relação às mercadorias em tela, com a devida vénia, não merece prosperar, sob a égide de que deve dar ao caso interpretação literal, nos moldes do art. 111, do CTN:

- seja porque todos os produtos em tela enquadram-se na categoria leite em pó (v. infra);

- seja porque não se trata de ampliação do objeto do benefício fiscal, mas sim de interpretação sistemática da norma, conforme a evolução das circunstâncias (históricas, sociais, políticas etc) que se apresentem ao Julgador, ao qual cabe aplicar o melhor Direito ao caso concreto. E, aplicar o melhor Direito, muito longe de significar a aplicação literal dos textos normativos, implica sim tomar em consideração o sentido finalístico da norma.

A respeito do assunto, trouxe para exame o entendimento externado pelo Eg. STJ quando do julgamento do Recurso Especial nº 967.693/DF, conforme abaixo:

RECURSO ESPECIAL N° 967.693 - DF (2007/0160218-3)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS

RECORRENTE : DISTRITO FEDERAL

PROCURADOR : MARLON TOMAZETTE E OUTRO(S)

RECORRIDO : JAIRO ALEXANDRE

ADVOGADO : MÁRIO GILBERTO DE OLIVEIRA

(...)

5. *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. (REsp 192.531/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17.2.2005, DJ 16.5.2005.)*

(...)

VOTO

(...)

Sobre a contrariedade ao artigo 111 do Código Tributário Nacional, a Segunda Turma outrora assim se pronunciou, verbi:

*ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. MOLÉSTIA GRAVE. CARDIOPATIA. ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 111, INCISO II, DO CTN. LEI N. 4.506/64 (ART. 17, INCISO III). DECRETO N. 85.450/80. PRECEDENTES. 1. 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-sistêmico, histórico e finalístico ou teleológico, os quais integram a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas. 2. O STJ firmou o entendimento de que a cardiopatia grave, nos termos do art. 17, inciso III, da Lei n. 4.506/64, importa na exclusão dos proventos de aposentadoria da tributação pelo Imposto de Renda, mesmo que a moléstia tenha sido contraída depois do ato de aposentadoria por tempo de serviço. 3. Recurso especial conhecido e não-provido. (REsp 192.531/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17.2.2005, DJ 16.5.2005.)
(...)"*

No mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL Nº 734.541 - SP (2005/0044563-7)
RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX
RECORRENTE : MYRIAN GOMES DA SILVA
ADVOGADO : SÍLVIA DE LUCA
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CRISTINA HADDAD JAFET E OUTROS
(...)
VOTO
(...)

Deveras, "a regra insculpida no art. 111 do CTN, na medida em que a interpretação literal se mostra insuficiente para revelar o verdadeiro significado das normas tributárias, não pode levar o aplicador do direito à absurda conclusão de que esteja ele impedido, no seu mister de interpretar e aplicar as normas de direito, de se valer de uma equilibrada ponderação dos elementos lógico-sistêmico, histórico e finalístico ou teleológico que integram a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas" (RESP n.º 411704/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 07.04.2003).

*O Sistema Jurídico hodierno vive a denominada fase do pós-positivismo ou Estado Princiológico na lição de Norberto Bobbio, de sorte que, na aplicação do direito ao caso concreto, é mister ao magistrado inferir a ratio essendi do princípio maior informativo do segmento jurídico sub judice .
(...)"*

- destacamos -

Ainda na linha do tema em discussão e a corroborar o direito da Autuada, a defesa fez menção ao posicionamento adotado pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão JJF nº 0034-03/13, com transcrição dos seguintes trechos:

"(...)

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 regulamente 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:

XI - 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 transrito, 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. Constatou 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 descharacterizá-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.
..."

Transcreveu também o entendimento externado no voto divergente vinculado ao Acórdão CJF nº 0289-13/3 (3ª Câmara de Julgamento Fiscal):

"VOTO DIVERGENTE"

O debate proposto no processo administrativo em epígrafe gira em torno da interpretação e aplicação da legislação vigente à época dos fatos, em especial artigo 87, inciso XXI, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto Estadual nº 6284, de 14.3.1997 ("RICMS/BA"), que abaixo transcrevo:
(...)

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.

(...)

Com isso, demonstra-se, sem sombra de dúvida, 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 ressalvar 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.

(...)

... 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 nos autos do importante, conforme ACÓRDÃO JJF N°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 a 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:

(...)

Da análise do dispositivo regulamentar acima transscrito, 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.

Constatou 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 descharacterizá-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.”

(...)"

Quanto à mercadoria “canjiquinha”, sustenta também que não há como prevalecer a exigência fiscal, visto tratar-se de produto enquadrado como produto – milho *in natura* – pilado grosso (“quebrado”) – conforme definição reproduzida na peça impugnatória, extraída de (<http://www.aulete.com.br/canjiquinha>), nos seguintes termos:

“Milho cujos grãos são picados ou quebrados no pilão, us. para alimentação de aves e em certos preparados culinários”

– destacamos –

Entende que o referido produto está incluso na cesta básica, incidindo a alíquota (7%), nos moldes do disposto no art. 51, inc. I, alínea “a” do RICMS/97.

Ao ingressar na **infração 02** a defesa pontua que o Fisco acusa a empresa autuada de ter utilizado indevidamente do benefício da redução da base de cálculo em relação, entre outras, às seguintes mercadorias:

Exercício de 2011: - Ajinomoto; - Alimento Batavo Naturis Soja; - Alimento Inf. Baby Nestle, - Alimento Yoki Mais Vita Maca, - Amendoim; - Aveia em flocos e flocos finos; - Bebida láctea; - Café Nescafé Solúvel; - Caldo Kitano; - Caldo Maggi; - Caldo Sazon; - Cereal Matinal; - Composto Lácteo Itambé; - Condicionador Seda; - shampoo; Creme de Leite; Cremokrem Yoki; - Desodorante; - Doce de leite; - Paçoca; Farinha de rosca; - Fermento; - Flocão arroz Dular; - Mistura para bolo; - Tempero Sabor Ami; - Geléia Mocotó; - Grão de Bico- Ameixa seca- frutas cristalizadas - uva passa - leite condensado - leite fermentado - leite em pó modificado Itambé - leite em pó Molico Actifibras - leite em pó NAN 1 PRO - leite em pó NAN 2 PRO - leite em pó NAN Comfort - leite em pó Nestle Mod. Ideal - leite em pó Nestogeno 1 semestre - leite em pó Nestogeno 2 semestre - leite em pó Ninho cresc. 3+ - leite em pó Ninho cresc. Prebio - leite em pó Ninho crescimento 1 e 3 - leite em pó Ninho fases +1 e +3 - leite em pó integral - lentilha - manteiga - mistura creme de confeiteiro - molho de pimenta vermelha - Mucilon Arroz e Aveia - Neston Vitamina - petit ninho Soleil - petit suisse - proteína de soja texturizada - refresco em pó Mid - coalhada - creme chantilly - espeto de queijo coalho - flan Batavo - hambúrguer frango – iogurte - leite fermentado – linguiça - patê peito de peru – presunto - queijo coalho - queijo parmesão – requeijão – salame - sobremesa láctea - soja em grão - soja texturizada - sopa em pó - tapioca granulada - tempero Mais Sabor, Receita da Casa, Sabor Ami, Sazon, - trigo kibe.

EXERCÍCIO DE 2012: - Leite em pó Molico Actifibras - Leite em pó NAN 1 PRO - Leite em pó NAN 2 PRO - Leite em pó NAN Comfort - Leite em pó Nestle Composto Ideal - Leite em pó Nestle Mod. Ideal - Leite em pó Nestogeno 1 semestre - Leite em pó Nestogeno 2 semestre - Leite Ninho Fases +1 - Leite Ninho Fases +3 - Mistura para bolo - Mistura Cerais in natura - Mistura pão de queijo - mistura láctea. - tais como discriminadas e arroladas no demonstrativo de saídas por NF e CF anexados ao auto de infração em tela.

Argumenta que a referida exigência fiscal não deve prevalecer:

- i) seja porque se trata de mercadorias que foram devolvidas ao fornecedor (CFOP de devolução de mercadoria), do qual havia saído anteriormente com o benefício da redução de base de cálculo, nos moldes ora do art. 268, LII, “a”, do RICMS, ora do Decreto 7.799/2000;
- ii) seja porque se trata de mercadorias beneficiadas com redução da base de cálculo nos termos do art. 87, XXI, do RICMS/97.

Na primeira situação – envolvendo operações de devolução - a Autuada teria recebido de fornecedores (atacadistas/distribuidores) mercadorias, que por força de disposição legal expressa, eram beneficiadas com redução de base de cálculo, e ao proceder a devolução àqueles das mesmas mercadorias transacionadas, foi aplicada a mesma tributação sujeita ao benefício fiscal da redução de base de cálculo. Dentre tais mercadorias, destacou, a título exemplificativo, as relacionadas no quadro abaixo, conforme notas fiscais juntadas por amostragem (**docs. 04 – fls. 139 a 178**):

Decreto nº 7.799/2000

Nota Origem	Data	Nota devolução	Data	Num Item	Descrição Item - Devolução
111411	27/05/2011	40607	28/05/11	1	CAFE NESCAFE SOLÚVEL TRAD.VDO. CXT 1 X 24 50G (Div. descr.)
154558	21/12/2011	96099	27/12/11	3	CALDO MAGGI GALINHA AZEITE CXA 12 X 10 63G
154558	21/12/2011	96099	27/12/11	2	CALDO MAGGI GALINHA CXA 12 X 10 63G
99629	29/03/2011	24715	29/03/11	1	LEITE PÓ NINHO CRESCIMENTO 1 LATA CXA 1 X 24 400G (Div. descr.)
129361 129359	30/08/2011	68515	14/09/11	3	MUCILON ARROZ E AVEIA L400G P360G CXA 1 X 18 360G
136640	13/09/2011	68453	14/09/11	1	RF. BEB. LÁCTEA DANONE POLPA MGO CXA 1 X 10 540G
624663	27/09/2011	71441	27/09/11	1	RF. HAMBURGUER FGO PERDIGÃO CXA 1 X 36 56G
117527 116189 116188	15/06/2011 08/06/2011 08/06/2011	47317	22/06/11	7	RF. SOBREM. DANONE DANETTE BDJ 1 X 1 220G
155357	28/11/2011	87540	29/11/11	1	RF. SOBREM. DANONE DANETTE CHOC. CXA 1 X 24 220G
129361 129359	30/08/2011	65014	02/09/11	1	ALIM. INF. BABY NESTLE PÊSSEGO/LEITE CXA 1 X 6 120G

Artigo 268, LII, “a”, RICMS/97

Nota Origem	Data	Nota devolução	Data	Num Item	Descrição Item - Devolução
168119	09/11/2011	83476	12/11/11	1	RF. BEB. LÁCTEA NATURITO AMEIXA UND 1 X 1 1L
168119	09/11/2011	83484	12/11/11	1	RF. BEB. LÁCTEA NATURITO AMEIXA UND 1 X 1 1L
168119	09/11/2011	83486	12/11/11	1	RF. BEB. LÁCTEA NATURITO SAL. FRUTAS UND 1 X 1 1L
168119	09/11/2011	83474	12/11/11	2	RF. BEB. LÁCTEA NATURITO MGO UND 1 X 1 1L

No que tange às demais mercadorias, reiterou os argumentos expendidos no que tange à Infração 01, posto se tratarem dos mesmos produtos, sujeitos ao mesmo regramento de redução de base de cálculo, previsto no art. 87, inc. XXI, do RICMS/97 – leite em pó.

Pede a defesa que seja revista a autuação fiscal também no que tange à acusação formalizada como Infração 02.

No que tange à infração 03, relacionada à aplicação de multa sobre o “imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente”, a defesa pondera que não procede a aplicação da referida penalidade considerando que os documentos fiscais arrolados pelo Fisco abrangem **mercadorias cujos NCM's não se submeteriam ao regime de substituição/antecipação tributária**.

A título exemplificativo fez referência aos seguintes produtos, conforme transcrição abaixo:

• **Artigo 512-A, do RICMS: aditivo para radiador:**

O mencionado artigo 512-A, quando regula hipóteses de sujeição passiva por substituição tributária específica, de forma taxativa, o produto “aditivo” classificado na NCM 3811.

O produto comercializado pela Autuada insere-se, todavia, na NCM 3820.0000, como se depreende das notas fiscais anexadas (docs. 05), não sendo legítima, assim, a extensão pretendida pelo Fisco.

• **Item 8.5, do inciso II, do art. 353, do RICMS/97: chocolate barra cobertura:**

As mercadorias arroladas pela fiscalização autuante e por ela consideradas sujeitas ao regime de substituição tributária estão assim descritas nos documentos fiscais: COBERT.CHOC.HARALD CONFEIT.BRANCO 1x10 1010G; COBERT.CHOC.HARALD CONFEIT.BRANCO 1x5 8KG; COBERT.CHOC.HARALD CONFEIT.M.AMARGO 1x5 5KG; COBERT.CHOC.HARALD RASP/COBRIR AMAR 1x5 5KG; COBERT.CHOC.HARALD TOP BRANCO 1x10 1010G; COBERT.CHOC.HARALD TOP BRANCO 1x10 1010G; COBERT.CHOC.HARALD TOP BRANCO 1x10 1010G; COBERT.DU PORTO CHOC. 1x12 1300G; COBERT.DU PORTO CHOC. 1x24 300G; as quais são identificadas pelos seguintes NCM's: 17049090; 18062000; 21069090.

A seu turno, o artigo 353, do RICMS/97, que elenca hipóteses de substituição tributária, no que concerne à situação dos autos, em seu inciso II, item 8.5, assim dispõe:

*"Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto nas operações de saídas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:
(...)*

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

(...)

l) guloseimas industrializadas, a saber:

(...)

6 - chocolate em barras, tabletes, paus ou sob a forma de outras preparações de confeitoraria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NBM/SH 1704.90.0500, 1806.31.0100, 1806.32.0100, 1806.90.0400, 1806.90.0500 e 1806.90.0700;"

- destacamos -

Como se denota, não se enquadram os produtos comercializados pela Autuada dentro da regra da substituição/antecipação tributária, não havendo que se falar em aplicação de multa, tal como formalizada no lançamento de ofício em tela.

- **Protocolo ICMS 109/09 e Protocolo ICM 16/85: estilete emborrachado:**

Cuida-se de mercadoria que também não se insere no rol prescrito seja no Protocolo ICMS 15/97 – por meio do qual o Estado da Bahia aderiu ao Protocolo ICM 16/85 (que trata da substituição tributária nas operações com lâminas de barbear, aparelho de barbear descartável e isqueiro), seja no Protocolo ICMS 109/09, que, apesar de tratar de materiais de papelaria, não elenca em seu Anexo Único a mercadoria estilete emborrachado dentre aquelas que devem se submeter ao regime de substituição tributária.

Note-se que quando o Protocolo ICMS 109/09 menciona “estilete” faz expressa menção a uma espécie determinada: “estilete para duplicadores”. E, não tendo a lei previsto expressamente a incidência da mencionada sistemática de recolhimento do imposto, não pode o aplicador do Direito expandir as hipóteses de incidência, razão pela qual também deve ser afastada a multa aplicada.

- **Protocolo ICMS 109/2009: (rolos de papel alumínio e papel manteiga):**

BZ.ROLO ALUM.0.30X100M ALUMILESTE 1x6 1RLO; BZ.ROLO ALUM.0.30X100M ALUMILESTE 1x6 1RLO; BZ.ROLO ALUM.0.30X7.5M ALUMILESTE 1x36 1RLO; BZ.ROLO ALUM.0.30X7.5M ALUMILESTE 1x36 1RLO; BZ.ROLO ALUM.0.30X7.5M WYDA 00050 1x25 1RLO; BZ.ROLO ALUM.0.30X7.5M WYDA 00050 1x25 1RLO; BZ.ROLO ALUM.0.45X7.5M ALUMILESTE 1x25 1RLO; BZ.ROLO PAPEL MANTEIGA 30X7.5M 1x30 1RLO; BZ.ROLO PAPEL MANTEIGA 30X7.5M 1x30 1RLO

*E isso porque se trata de **filme para conservação de alimentos** e não **papel laminado**, este sim sujeito à substituição tributária, nos termos do mencionado **Protocolo ICMS 109/2009**, que trata de produtos de papelaria, não havendo que se falar, destarte, em substituição/antecipação tributária.*

(7607.11.90 - Papel laminado e papel espelho)

Formulou requerimento para que o processo seja convertido em diligência ou perícia fiscal, indicando assistente técnico e formulando os seguintes quesitos a seguir transcritos:

Quanto à Infração 01:

- a) a classificação fiscal dos produtos denominados “leite em pó” e “composto lácteo”, era a mesma à época dos fatos?*
- b) as mercadorias elencadas no demonstrativo anexo ao AI, foram recebidas pela Autuada com o benefício da redução da base de cálculo, previsto no art. 87, inc. XXI, do RICMS/97?*

c) protesta pela formulação de quesitos complementares.

Quanto à Infração 02:

d) a classificação fiscal dos produtos denominados “leite em pó” e “composto lácteo”, era a mesma à época dos fatos?

e) as mercadorias elencadas no demonstrativo anexo ao AI, foram recebidas pela Autuada com o benefício da redução da base de cálculo, previsto no art. 87, inc. XXI, do RICMS/97?

f) dentre os documentos fiscais arrolados pelo Fisco, há alguns que foram objeto de devolução? Em caso positivo, especificar detalhadamente cada uma das situações, com identificação da nota/cupom fiscal de recebimento pela Autuada e de devolução ao fornecedor.

g) ainda com relação às mercadorias objeto de devolução, foram elas recebidas pela Autuada com benefício de redução de base de cálculo?

h) protesta pela formulação de quesitos complementares.

Quanto à Infração 03:

i) com base nos documentos fiscais por meio dos quais o fisco formalizou a exigência da multa, quais seriam as mercadorias transacionadas? Qual a classificação fiscal (NCM) a elas vinculada?

l) Protesta pela formulação de quesitos complementares.

Ao finalizar a peça de defesa pede que as questões preliminares sejam acolhidas e, no mérito, que seja declarada a insubsistência das exigências fiscais.

A informação fiscal foi prestada em 18 de janeiro de 2017, por auditor fiscal estranho ao feito, considerando que o autuante estava em gozo de licença prêmio.

Quanto à arguição preliminar de ausência subsunção fato/norma. Disse que as infrações arroladas no PAF encontram-se perfeitamente tipificadas. Que a Autuada equivocou-se duplamente, tanto na escrituração fiscal, quanto na produção da sua peça defensiva, ao confundir os conceitos de Alíquota com Carga Tributária Efetiva, esta por força do instituto da Redução da Base de Cálculo. Que o autuante, obedecendo a um regime de coerência perfeita, enfeixou criteriosamente as ocorrências, a partir da mecânica fiscal adotada pela Suplicante, fato esse, perfeitamente vislumbrável nas Infrações 01 e 02. Disse que ocorreram situações, em que a Autuada, utilizou-se indevidamente do já citado benefício da Redução da Base de Cálculo, onde também laborou em acerto o Autuante, desconsiderando o benefício indevidamente utilizado.

Acrescentou que embora perfeitamente legais e asseguradas constitucionalmente através do Artigo 5º, LV da CF/88, revelam-se descabidas e idiossincráticas as alegações da Autuada e ainda que verdadeiras fossem, não se traduziriam em resultados práticos em seu favor, pois, mesmo que os enquadramentos das infrações fossem inadequados, a materialidade dos fatos asseguraria a sua manutenção.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA: O Autuante refutou totalmente as alegações da Autuada, quanto a aplicação, *in casu*, do Art. 150 Parag. 4º. Que analisando o critério da especificidade e o binômio, sujeito ativo/sujeito passivo da relação tributária, afirma que o texto legal do Art. 173, I do CTN trata de um lançamento de ofício, direito legal esse, reservado ao Fisco, enquanto sujeito ativo da relação Jurídico-Tributária, de aferir a regularidade das operações efetuadas pelo sujeito passivo. Logo, a contagem do prazo decadencial, inequivocamente, tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele, em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, 2011, iniciando-se, portanto, a contagem do prazo decadencial, em 01/01/2012 entendimento esse, adotado pelo legislador ordinário baiano e constante no Art. 965, I do RICMS-BA-Dec. 6.284/97.

Sobre o assunto reproduziu na peça informativa, às fls. 184 a 188, decisões originárias do STJ – Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJ-RS e lições doutrinárias, pontuando que para os tributos lançados de ofício, são cristalinos, tanto a doutrina como a jurisprudência, o entendimento no sentido de que, a Decadência, nesses casos,

encontra-se submetida à regra disposta no inciso I, do artigo 173, do Código Tributário Nacional, ou seja, o início da contagem do prazo se dá do primeiro dia do exercício seguinte, no caso ora apreciado, 01/01/2012, em relação às operações efetuadas pelo contribuinte no exercício de 2011 - art. 173, I do CTN (Lei nº 5.172 de 25-10-1966).

No que tange às alegações meritórias a autoridade tributária que prestou a informação fiscal abordou separadamente cada uma das imputações dirigidas ao sujeito passivo.

Em relação à infração 01 – informou serem totalmente descabidas as alegações defensivas quanto a um suposto albergamento fiscal, através do benefício fiscal previsto no Art. 87, inc. XXI e no art. 51, I, “a”, e §3º, em virtude das propriedades organolépticas dos produtos evocados, não lhes conferir tais privilégios. Disse que o critério generalista adotado pela Suplicante, conflita diretamente com o que dispõe o Art. 111 do CTN – Lei nº 5.172 de 25-10-1966, devendo ser considerado como temerário até, porquanto ofende a segurança jurídica através de uma extensividade interpretativa de benefício fiscal. Aduziu que a extensividade do benefício fiscal, no que respeita aos produtos envolvendo bens substitutos do Leite em Pó, há de ser considerado inaplicável, porquanto, se assim o fosse, conflitaria frontalmente com o entendimento e normatização dos órgãos técnicos de controle de alimentos, no particular, o MAPA – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, bem como, abriria um perigoso precedente assegurador, de que qualquer mistura que contivesse Leite em Pó, fosse como tal considerado.

Com o fito de respaldar as suas afirmativas supra, passou a fazer considerações específicas em torno dos produtos objeto da autuação, conforme abaixo:

- **Leite em Pó e Compostos Lácteos:** O período objeto da autuação fiscal, se inicia em 01/01/2011 e se finda em 31/12/2012, e foi regido pelas normas dos Decretos 6.284/97, envolvendo o interstício de 01/01/2011 a 31/03/2012; e Decreto 13.780/12 (vigente), abarcando o interstício de 01/04/2012 a 31/12/2012.

Os produtos **Leite em Pó, Composto Lácteo e Leite em Pó Modificado**, objeto da autuação fiscal, são regidos pelos decretos supracitados, cujos artigos pertinentes, são os reproduzidos abaixo;

Dec. 6.284/97

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXI - das operações internas com **leite em pó** (o grifo é nosso) 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).

(...)

Dec. 13.780/12

Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:

(...)

XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento)

Nota: A redação atual do inciso XXV do *caput* do art. 268 foi dada pelo Decreto nº 16.151, de 16/06/15, DOE de 17/06/15, efeitos a partir de 17/06/15.

Redação anterior dada ao inciso XXV do *caput* do art. 268 pela Alteração nº 20 (Decreto nº 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13), efeitos a partir de 01/01/14 a 16/06/15:

“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, fabricados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”

Redação anterior dada ao inciso XXV do *caput* do art. 268 pela Alteração nº 15 (Decreto nº 14.681, de 30/07/13, DOE de 31/07/13), efeitos de 01/08/13 a 31/12/13:

“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”

Redação originária, efeitos até 31/07/13:

“XXV - das operações internas com leite em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”.

Afirmou em seguida que os produtos considerados pela Autuada, como sendo “Leite em Pó”, não passam de *misturas lácteas*, classificadas tecnicamente pelos órgãos de controle de alimentos, subordinados ao MAPA – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, como sendo “**Formula Infantil**”, “**Composto Lácteo**” e “**Leite em Pó Modificado**”, diversos, portanto, de Leite em Pó, logo, não acobertados pelo benefício da Redução da Base Cálculo, dirigido especificamente, a este produto.

Juntou ao PAF cópias dos rótulos dos fabricantes dos produtos envolvidos, que informam as suas efetivas identidades, ora juntados ao **Anexo 09**, ressaltando que os produtos lácteos em comento (Leite em Pó **Modificado** (o grifo é nosso), Formula Infantil e Composto Lácteo) não são **LEITE EM PÓ**, sendo esta informação emanada dos próprios fabricantes, por imposição do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Consta nas respectivas embalagens, a expressão: “**ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ**”; atendendo assim, à disposição contida no Anexo – Regulamento Técnico para Fixação de Qualidade de Composto Lácteo Item 9 – Subitem 9.3 da **Instrução Normativa nº 28 do Ministério da Agricultura, Pecuária Abastecimento datada de 12 de junho de 2007**, (cópia juntada ao presente PAF).

Foram anexadas também na peça informativa cópias de decisões originárias do CONSEF-BA, na linha da tese defendida pelo autuante, contidas nos seguintes acórdãos: ACÓRDÃO JJF Nº 0268-02/12 – da 2ª Junta de Julgamento Fiscal de 23/11/2012 - Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF-BA; ACÓRDÃO JJF Nº 0215-01/13 – da 1ª Junta de Julgamento Fiscal de 04/10/2013 - Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF-BA; e ACÓRDÃO CJF Nº 0347-11/15 da 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL de 14/12/2015 – Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF – Bahia. Registrhou que esses posicionamentos são reiteradamente adotados pelo Egrégio Conselho de Fazenda do Estado da Bahia – CONSEF – BA.

Pontuou que as referidas decisões expressam o entendimento de que o **COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ**, não sendo possível aplicar a redução da base de cálculo prevista no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS/97 (Dec. 6.284/97), bem como, o inciso XXV do art. 267 do RICMS/2012 (Dec. nº 13.780/12).

Ressaltou ainda que a inteligência do art. 111, II do CTN (Lei nº 5.172, de 25.10.1966) ao tratar de matéria relacionada à isenção, determina que a interpretação, haverá de ser literal, de modo que não havendo que se falar em redução da base de cálculo, para produtos cujas propriedades não se enquadram nas exigências legais para serem classificados como “**LEITE EM PÓ**”. Pugna pela manutenção da cobrança originária sobre tais itens.

No que respeita ao produto “**MISTURA PARA BOLO**”, disse que também são descabidas as alegações defensivas da Autuada, haja vista, a inexistência de qualquer benefício fiscal incidente sobre as operações de saídas, efetuadas por empresas comerciais varejistas, condição esta em que se enquadra a Suplicante. Registrhou que o Acórdão CJF Nº 0016-11-13, cuja cópia foi juntada ao PAF, respaldando materialmente o entendimento do autuante.

No que se refere ao produto “**CANJIQUINHA YOKI**”, disse que a Autuada, insiste em descharacterizar um produto submetido a processo de industrialização, tentando classifica-lo como sendo produto primário, simplesmente fragmentado. Consignou que tal premissa não se sustenta como verdadeira, porquanto se revela impossível, diante da aquisição da nova identidade do produto, através do enriquecimento alimentar, decorrente da adição de ingredientes tais, como: Ferro, Ácido Fólico, Açúcar, Gordura Vegetal, Sal e Aromatizante; conforme consta no rótulo da embalagem, cuja cópia acostou ao presente PAF.

Afirmou que nas operações de saídas promovidas pela Autuada, envolvendo os produtos elencados, foram utilizadas alíquotas divergentes das efetivamente passíveis de aplicação e que a impugnante, em sua peça defensiva, evoca a aplicação do instituto da Redução da Base de Cálculo.

Embora o efeito prático em termos de gravação tributária pelo ICMS, seja o mesmo, registrou o fato de que foram impropriamente utilizadas alíquotas e não redução da Base de Cálculo.

Por fim, ressaltou a autoridade fiscal que as ementas de julgamento evocadas e transcritas pela suplicante em sua peça defensiva, acostada às fls. 46 a 48 do PAF, pugnando pela interpretação relativizada do art. 111 do CTN – Lei nº 5.172 de 25-10-1966, não guardam relação direta com o caso concreto ora discutido. Também não oferece maior guarida à suplicante a evocação e reprodução em sua peça defensiva acostada às fls. 47 a 48 do PAF, dos votos divergentes constantes nos acórdãos da 3ª Junta de Julgamento Fiscal JJF nº 0034-03/13 e nº 0289/13-3, haja vista, que vencidos foram.

Diante do exposto, pede-se seja mantida em sua totalidade, a INFRAÇÃO 01 no montante de R\$62.858,69.

Infração 02: A autoridade que prestou a informação fiscal refutando as alegações da defesa, respaldando as suas assertivas nas seguintes constatações:

- a) *Nos demonstrativos que informam a presente Infração 02 (Anexos 03 e 04) não constam quaisquer lançamentos de Devolução (CFOP 5202); figurando tão somente, operações com (CFOP 5102, 5152 e 5949) fato esse, que descharacterizaria a alegação da Suplicante;*
- b) *Nenhum dos produtos elencados nos Anexos 03 e 04 que integram o PAF, bem como, arrolados pela Suplicante em sua peça defensiva acostada às fls. 49 a 50, do processo ora em lide, gozam do benefício fiscal previsto no Art. 87, XXI, do RICMS/97 – Dec. 6.284/97 ou Art. 268, LII, “a” do RICMS/2012 – Dec. 13.780/12;*
- c) *As Notas Fiscais arroladas pela Suplicante no “docs. 04”, como meio de prova, contrária à autuação, se mostram imprestáveis para o fim proposto, porquanto, nenhuma se encontra listada nos Anexos 03 e 04, produzidos pelo Autuante e que informam a Infração 02.*

Quanto às mercadorias constantes na **Infração 01** e também integrantes do rol vinculado à **Infração 02**, declarou que as informações fiscais prestadas, quando do rechaçamento das alegações defensivas, também se aplicam ao caso em exame, quanto a não extensão do benefício aos produtos que não se enquadram no benefício aplicável tão somente ao leite em pó.

Pede também pela manutenção integral da cobrança atinente à **Infração 02**, no valor de R\$4.734,12.

Infração 03: Ao contra-arrazoar as alegações defensivas foram aduzidas pela autoridade fiscal as razões abaixo reproduzidas:

- ADITIVO PARA RADIADOR - Contrariamente, ao que alega a Suplicante em sua peça defensiva (fls. 52 do PAF) ora em lide, o produto Aditivo para Radiador, consta na Cláusula 1ª, §1º, do Convênio ICMS nº 110/2007, “ainda que não derivados de petróleo, todos para uso em aparelhos, equipamentos, máquinas, motores e veículos: a) preparações antetonantes, inibidores de oxidação, aditivos peptizantes, beneficiadores de viscosidade, aditivos anticorrosivos e outros aditivos preparados, para óleos minerais (incluída a gasolina) ou para outros líquidos utilizados para os mesmos fins que os óleos”.

Logo, para o autuante, revela-se como totalmente descabida a impugnação da suplicante. Com o fito de respaldar materialmente as nossas afirmativas, fazemos juntada ao presente processo, de cópia do ACÓRDÃO CJF Nº 0126-13/12.

- CHOCOLATE BARRA COBERTURA – Contrariando as alegações da autuada, contidas em sua peça defensiva (fls. 52 do PAF) ora guerreando, informamos que as próprias Notas Explicativas da TIPI, capítulo 18, dispõe: “2.- A posição 18.06 compreende os produtos de confeitoria que contenham cacau, bem como, ressalvadas as disposições da Nota 1 do presente Capítulo, as outras preparações alimentícias que contenham cacau”.

Disse que os produtos de chocolate elencados na autuação são inquestionavelmente “compostos de cacau”, seja na forma de barra ou líquida, sendo esta enquadrada como “Outras Preparações”. Logo, encontram-se efetivamente submetidos ao Regime de Antecipação Tributária, figurando com NCM na posição 1806.

Com o escopo de comprovar materialmente as nossas afirmações, fazemos juntada ao presente PAF de cópia do ACÓRDÃO CJF Nº 0016-11-13 – (CONSEF – BA), cujo teor vai ao encontro das nossas assertivas;

- ESTILETE EMBORRACHADO - Fica prejudicada a arguição desse item, em virtude do mesmo não constar nos Anexos 07 e 08 que informam a INFRAÇÃO 03;
- PAPEL MANTEIGA - Fica prejudicada também a arguição desse item, em virtude do mesmo não constar nos Anexos 07 e 08 que informam a INFRAÇÃO 03.

Diante do exposto, autoridade fiscal propugna pela manutenção, na integralidade, da cobrança atinente à Infração 03, no valor de R\$7.605,88.

Quanto ao “Requerimento de Perícia e Diligências” encaminhado pela defesa em sua peça impugnatória (fls. 21 a 22 do PAF), a autoridade fiscal informante se absteve de tecer quaisquer manifestações, em virtude de tal prerrogativa extrapolar, no seu entendimento, o campo de sua competência legal, porquanto reservado ao órgão julgador administrativo, CONSEF-BA, consoante norma disposta no Art. 147 do Dec. 7.629/99 – RPAF-BA.

Ao concluir a peça informativa foi formulado pedido pela MANUTENÇÃO TOTAL das exigências fiscais, no valor principal de R\$75.198,69 (setenta e cinco mil, cento e noventa e oito reais e sessenta e nove centavos), com os acréscimos legais pertinentes.

O contribuinte foi intimado do inteiro teor da informação fiscal, em 16/02/17, pelos Correios, via A.R. (aviso de recebimento), para que pudesse apresentar, no prazo de 10 (dez) dias, manifestação por escrito. Em 24/02/17, a defesa atravessou petição nos autos para contra-arrazoar as informações prestadas pela autoridade fiscal.

Após fazer uma síntese das informações articuladas pela autoridade fiscal, sustenta não assistir razão à fiscalização.

No que tange a ausência de subsunção fato/norma, disse que o próprio fisco reconheceu, ainda que tacitamente, que eventualmente pode ter havido “inadequação no enquadramento das infrações”, mas que esta não prejudicaria a materialidade dos fatos, assegurando assim a manutenção da cobrança. Entende, no entanto, que esse raciocínio não pode prevalecer, pois contraria expressamente a regra do art. 142 do CTN, sendo que a ausência de qualquer dos elementos lá elencados remete a nulidade do lançamento por vício formal, que é o caso dos autos.

Quanto à decadência que atinge parte do crédito tributário exigido, disse que as atividades desenvolvidas pelo contribuinte estavam sujeitas à homologação e que houve: *i*) pagamento de imposto, e *ii*) existência de saldo credor, como registrado e informado ao Fisco à época própria, conforme atestam os documentos anexados aos autos, sendo aplicável ao caso as disposições §4º, do art. 150, do CTN, estando extintos, pela decadência, os supostos fatos geradores ocorridos anteriormente a 06 de outubro de 2011. Afirmou que com relação às atividades sujeitas a homologação (pagamento e existência de saldo credor), nada disse a fiscalização autuante, preferindo a omissão. Acrescentou que o caso não comporta a aplicação do art. 173, I, do CTN, já que ao contrário do que suscitado pela fiscalização, o ICMS é tributo sujeito a lançamento por homologação e, portanto, submetido a regra do §4º, do art. 150, do CTN, e tendo havido, no caso concreto, atividade sujeita a homologação.

Transcreveu, à fl. 292, decisão originária do Eg. STJ, no AgRg no REsp 1318020 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2012/0069993-3 – Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES - Data do Julgamento 15/08/2013 - DJe 27/08/2013).

No mérito reafirmou que a exigência fiscal relacionada ao produto leite em pó e compostos lácteos (**infração 01**) não há como prevalecer, tendo em vista que a norma que prevê o benefício fiscal faz menção ao termo “leite em pó” – gênero, sendo necessário atentar ao seu sentido finalístico.

Quanto ao produto canjiquinha, reiterou não se tratar de produto industrializado, mas sim, como explicitado na defesa, de mercadoria *in natura* – de milho pilado grosso, ou seja, quebrado, como pode ser constatado, inclusive, a título ilustrativo, do site Wikipédia (<https://pt.wikipedia.org/wiki/Canjiquinha>), com o seguinte conteúdo:

“A canjiquinha, também conhecida por quirera de milho ou péla équa, é uma iguaria brasileira típica do estado de Minas Gerais que se constitui de milho triturado grosseiramente até se esfarelar (a ponto de não passar por uma peneira) sendo cozido com carne de porco (geralmente costelinha) e outros temperos caseiros. Há ainda variações (bem menos comuns) feitas com carne bovina, frango ou linguiça. Normalmente é servida em prato fundo, acompanhada de couve picada fina, refogada ou com pimenta.”^{[1][2]}

A verdadeira data da origem do preparo da canjiquinha é desconhecida, porém há documentos relatando seu preparo por volta de 1749.^[3] Pode ser considerada uma variedade do xerém, nome dado em outras regiões a diversos pratos salgados da cozinha luso-brasileira baseados em milho quebrado e cozido”.

Para a defesa trata-se de produto abrangido pela cesta básica, incidindo desta forma, alíquota de 78% conforme artigo 51, inciso I, “a”, do RICMS/97.

Quanto à **infração 2**, declarou que a fiscalização não se desincumbiu de contraditar as alegações defensivas, limitando-se a tecer argumentos de negativa geral, sem, contudo, contestar de forma específica cada uma das razões apontadas na peça de defesa: devoluções e mercadorias abrangidas pela redução da base de cálculo.

No que tange a **infração 3**, sustenta igualmente que a exigência fiscal não deve prosperar, reafirmado o quanto já exposto na inicial. Argumenta que na fase de informação fiscal os argumentos lançados na peça de defesa não foram devidamente enfrentados, destacando, especificamente, no que tange ao produto aditivo para radiador, que o mesmo não se enquadra em nenhuma das situações elencadas nas alíneas do parágrafo primeiro, da cláusula primeira, do Convênio ICMS nº 110/2007.

Ao finalizar, a defesa reiterou mais uma vez todos os argumentos de fato e de direito apresentados na inicial, pedindo pela improcedência total do lançamento de ofício, quer pelas preliminares quer pelo mérito.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 03 (três) infrações conforme foi detalhado no relatório parte integrante deste Acórdão.

Em razões preliminares a defesa suscitou a nulidade do Auto de Infração afirmando que os dispositivos eleitos pela fiscalização para o enquadramento das ocorrências não guardam relação de causa e efeito com a conduta do sujeito passivo e que houve ausência de subsunção dos fatos com as normas descritas na peça acusatória.

Não vislumbro razões para acatar o pedido de invalidação do procedimento fiscal. Os dispositivos tidos como infringidos foram detalhadamente enumerados na peça acusatória com os seguintes enquadramentos: Lei nº 7.014/96 - art. 15, 16 e 16-A (relacionados com as alíquotas aplicáveis nas operações de circulação de mercadorias); art. 8º, inc. II e § 3º e art. 23 (que tratam da responsabilidade por substituição tributária e correspondente base de cálculo); art. 29, § 8º (que tratam do regime de compensação de créditos fiscais em operações com redução de base cálculo. RICMS (Dec. nº 13.780/2012 e Dec. nº 6.284/97): arts. 267 e 268 (que dizem respeito às hipóteses de redução de base de cálculo); e, art. 289 (que elenca as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária). Ademais também foram inseridas na peça acusatória os dispositivos das multas aplicadas.

Observo que ainda que nem todos os dispositivos legais e regulamentares infringidos tenham sido enumerados no A.I. não haveria nulidade, pois o RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), em seu art. 19, prescreve que não implica em nulidade o erro ou omissão na indicação de dispositivo legal desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento da situação descrita na norma de lei. No caso concreto a descrição das infrações cometidas foi precisa, envolvendo; **a)** recolhimento a menor do imposto em razão de erro na aplicação das alíquotas; **b)** recolhimento a menor do ICMS em razão de uso indevido do benefício da redução da base de cálculo; **e, c)** aplicação de multa percentual sobre o ICMS-ST que deixou de ser recolhido com tributação normal nas operações subsequentes de saídas. Para todas essas imputações foram confeccionados demonstrativos de apuração do imposto, cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Verifico ainda que acusações fiscais tiveram por lastro as informações lançadas nos livros e documentos fiscais do contribuinte e entregues à fiscalização.

Ressalto, por fim, que a partir da descrição dos fatos no A.I. foi conferido ao contribuinte a possibilidade de exercer o seu direito defesa e contraditar a acusação fiscal ingressando inclusive nas questões de mérito. Improcede, portanto, a nulidade suscitada na peça defensiva.

Ainda em razões preliminares, mas atinente ao mérito, o contribuinte suscitou a decadência de parte do crédito tributário reclamado em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 06 de outubro de 2011, visto ter tomado ciência do lançamento em 16/10/2016, de forma que teria havido o transcurso de mais de cinco anos, dentro da sistemática de contagem do prazo estabelecida no art. 150, § 4º do CTN.

O caso em exame trata de lançamento de ofício corretivo dos atos de apuração e pagamento realizados pelo contribuinte em relação ao ICMS mensal em que houve aplicação indevida da redução de base de cálculo e das alíquotas reduzidas e o pagamento do imposto de forma intempestiva, de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária (ST) nas operações subsequentes de saída, situações que enquadram perfeitamente na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN, ou seja, trata-se de hipótese de lançamento por homologação que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “anticipar” o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se a posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade.

Esse entendimento foi objeto de Consolidação no Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0 da PGE (Procuradoria Geral do Estado da Bahia), com o seguinte teor:

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Ressalva: O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

Nota 1: Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, inc. I, do CTN, quando:

a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Nota 2: As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, § 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. 1, do mesmo Código.

Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador.

Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação. Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que "o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

Dessa forma a legislação revogada do COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia): art. 107-B, § 5º e o art. 965, inc. I, do RICMS/97, vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores, não se aplicam os processos de lançamento de ofício (Autos de Infração), formalizados após a decisão do Superior Tribunal Federal (STF) que aprovou a Súmula Vinculante nº 08, inserida no mundo jurídico em 12/06/2008.

Considerando que o presente ato de lançamento formalizado através do A.I. nº 206911.3002/16-3 se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte verificada em 16/10/2016, os fatos geradores anteriores a essa data, ocorridos em 31/01/2011, 28/02/2011, 31/03/2011, 30/04/2011, 31/05/2011, 30/06/2011, 31/07/2011 e 30/09/2011 (**Infração 01**); 31/01/2011, 28/02/2011, 31/03/2011, 30/04/2011, 31/05/2011, 30/06/2011, 31/07/2011 e 30/09/2011 (**infração 02**), e, 31/01/2011, 28/02/2011, 30/04/2011, 31/05/2011, 30/06/2011, 31/07/2011, 31/08/2011 e 30/09/2011 (**infração 03**), foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados naquelas datas ficam extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V, do CTN, que apresenta o seguinte teor:

Art. 156 – Extinguem o crédito tributário:

(...)

V – a prescrição e a decadência.

Passo agora a enfrentar as demais questões de mérito.

No que se refere ao pedido de realização de diligência/perícia fiscal não há razões para encaminhar o PAF para revisão de todo o procedimento fiscal visto que estão presentes nos autos todos os elementos de prova necessários para a formação do convencimento deste órgão julgador. A título de exemplo cito os rótulos de diversos produtos classificados como compostos lácteos, as respectivas NCMs e o fato das operações autuadas terem sido registradas na escrita fiscal do contribuinte, com a declaração do tratamento tributário dado a elas pelo estabelecimento autuado. As questões suscitadas na peça impugnatória serão devidamente abordadas no exame de mérito. Indefiro o pedido empresarial de remessa dos autos para revisão de todo o procedimento fiscal.

Na infração 01, relativamente aos fatos geradores dos meses remanescentes do exercício de 2011 (novembro e dezembro), após a exclusão daqueles em que se operou a decadência e os fatos geradores vinculados aos meses do exercício de 2012, observo que a exigência fiscal recaiu sobre as operações de saídas de compostos lácteos, realizadas através de ECF (equipamento emissor de cupom fiscal), à alíquota de 7%, além das operações acobertas por notas fiscais dos produtos Canjinha Yoki e misturas para bolo.

Em relação aos compostos lácteos verifico que 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 correspondia à alíquota de 7% (sete por cento).

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 adicionamento do 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, 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”.

Observo 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 do que foi consignado nos Acórdãos CJF 0142-11/14, CJF 0147-11/14, CJF 0168-11/14, CJF 0289-11/14 e CJF 0313-11/14.

Por outro lado 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, não havendo possibilidade de fazer exegese ampliativa, conforme postula a defesa, para abarcar todos os produtos que contenham leite na sua composição, a exemplo dos compostos lácteos.

Faço ainda referência aos Acórdãos CJF 0289-11/14 e CJF 0349-11/15 que examinaram, em grau de recurso, Autos de Infração lavrados sobre a mesma matéria.

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 01/08/13 mediante alteração da redação contida no art. 268, inc. XXV, do RICMS/12 (Dec. nº 13.789/12), por meio do Decreto nº 14.681, de 30/07/13.

Como os fatos geradores, objeto dessa autuação, são anteriores à alteração da norma do RICMS/12, é de se concluir que o produto composto lácteo era tributado em 2011, pelo RICMS/97 e 2012, pelo novo RICMS, à alíquota de 17%, sem qualquer previsão de redução da base de cálculo do tributo. Em decorrência, a exigência fiscal integrante do item 01 do Auto de Infração deve ser mantida em relação aos fatos geradores não atingidos de decadência.

No que se refere ao produto “MISTURA PARA BOLO”, não há qualquer benefício fiscal incidente sobre as operações de saídas efetuadas por empresas comerciais varejistas, condição esta em que se enquadra a impugnante.

No que se refere ao item “CANJIQUINHA YOKI”, trata-se de um produto submetido a processo de industrialização, e não produto primário, simplesmente fragmentado, a partir do milho. Esta mercadoria, conforme demonstrado nos autos adquire nova identidade, através do enriquecimento alimentar, decorrente da adição de ingredientes tais, como: Ferro, Ácido Fólico, Açúcar, Gordura Vegetal, Sal e Aromatizante; conforme consta no rótulo da embalagem do produto, cuja cópia foi acostada ao presente PAF (doc. fl. 263).

Ressalto, por fim, que as decisões administrativas anexadas pela defesa na peça impugnatória, às fls. 46 a 48 deste PAF, pugnando pela interpretação relativizada do art. 111 do CTN – Lei nº 5.172/66, não se aplicam ao caso exame, se encontram superadas ou representam entendimento divergente em decisão colegiada, a exemplo dos votos divergentes constantes dos Acórdãos da 3^a Junta de Julgamento Fiscal JJF nº 0034-03/13 e 0289/13-3, haja vista, que foram votos vencidos.

O Demonstrativo de Débito da infração 01, após a exclusão dos meses cujos créditos reclamados se encontravam extintos pela decadência, passa a ter a seguinte composição:

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	VL. Principal (R\$)
03.02.02	1	30/11/2011	09/12/2011	4.603,86
03.02.02	1	31/12/2011	09/01/2012	5.123,72
03.02.02	1	31/01/2012	09/02/2012	2.304,30
03.02.02	1	29/02/2012	09/03/2012	1.540,22
03.02.02	1	31/03/2012	09/04/2012	1.035,05
03.02.02	1	30/04/2012	09/05/2012	1.854,71
03.02.02	1	31/05/2012	09/06/2012	667,24
03.02.02	1	30/06/2012	09/07/2012	621,29
03.02.02	1	31/07/2012	09/08/2012	699,29
03.02.02	1	31/08/2012	09/09/2012	946,95
03.02.02	1	30/09/2012	09/10/2012	468,52
03.02.02	1	31/10/2012	09/11/2012	605,47
03.02.02	1	30/11/2012	09/12/2012	679,13
03.02.02	1	31/12/2012	09/01/2013	1.114,46
			TOTAL	22.264,21

Na infração 02, que abarca operações de saídas processadas através de emissão de notas fiscais, após a exclusão dos meses atingidos pela decadência, constatei, no mérito, ao analisar o processo, e em concordância com o autuante, que:

1 - *Nos demonstrativos que informam a presente Infração 02, inseridos no CD – fl. 14 (Anexos 03 e 04), não constam quaisquer lançamentos de Devolução (CFOP 5202); figurando tão somente, operações com CFOP 5102, 5152 e 5949 (saídas a título de vendas, transferências e outras, fato esse que descaracterizaria a alegação da impugnante);*

2 - *Os produtos elencados nos Anexos 03 e 04 arrolados pela impugnante em sua peça defensiva, acostada às fls. 49 a 50 do processo não gozam do benefício fiscal previsto no art. 87, XXI, do RICMS/97 – Dec. nº 6.284/97 ou art. 268, inc. LII, “a” do RICMS/2012 – Dec. 13.780/12 (redução da base de cálculo do imposto);*

3 - *As Notas Fiscais arroladas pela defesa que compõe o doc. 04 (fls. 139 a 177), utilizadas para contraditar a autuação, se mostram imprestáveis para o fim proposto, porquanto, nenhuma delas integra o rol de documentos dos Anexos 03 e 04, produzidos pelo autuante e que informam a Infração 02.*

Em relação aos produtos objeto da autuação aplicam-se as mesmas razões de decidir que foram apresentadas para a infração 01, em razão dessa cobrança envolver operações com compostos

lácteos, canjiquinha Yoki e misturas para bolo, cujas saídas foram realizadas com a indevida redução de base de cálculo do ICMS.

O Demonstrativo de Débito do item 02 do Auto de Infração passa a ser o seguinte:

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	VI. Principal (R\$)
03.02.06	2	30/11/2011	09/12/2011	125,25
03.02.06	2	31/01/2011	09/02/2012	122,82
03.02.06	2	29/02/2012	09/03/2012	189,83
03.02.06	2	31/03/2012	09/04/2012	147,52
03.02.06	2	30/04/2012	09/05/2012	113,88
03.02.06	2	31/05/2012	09/06/2012	219,53
03.02.06	2	30/06/2012	09/07/2012	340,15
03.02.06	2	31/08/2012	09/09/2012	273,72
03.02.06	2	30/09/2012	09/10/2012	226,93
03.02.06	2	31/10/2012	09/11/2012	107,15
03.02.06	2	30/11/2012	09/12/2012	148,86
03.02.06	2	31/12/2012	09/01/2013	90,77
03.02.06	2	31/12/2011	09/01/2012	318,07
03.02.06	2	31/07/2012	09/08/2012	185,55
			TOTAL	2.610,03

No que se refere à infração 03 relacionada à penalidade de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto exigível em relação a mercadorias, supostamente enquadradas no regime de substituição tributária, no que se refere às parcelas remanescentes após a exclusão dos períodos atingidos pela decadência, verifico que a exigência fiscal recaiu exclusivamente sobre os produtos aditivo para radiador, limpa pneus pérola e diversas coberturas de chocolates, conforme consta dos demonstrativos que integram o CD anexo (fl. 14, Anexo 08 – Multa formal – Antecipação Tributária).

Observo, inicialmente, que não houve cobrança de multa sobre as operações de aquisição de estile emborrachado, rolos de papel alumínio e papel manteiga, conforme foi relatado pelo contribuinte na peça de defesa. Improcede, portanto, as alegações empresariais no que se refere a essas mercadorias.

No que tange ao produto aditivo para radiador o mesmo consta da posição NCM 38.20.00.00, estando submetido ao regime da substituição tributária, prevista no Convênio ICMS 110/07, na alínea “c”, inc. I, § 1º, Cláusula Primeira, com a seguinte redação: “c) *preparações anticongelantes e líquidos preparados para descongelamento, NCM 3820.00.00*”. Na legislação interna essa inserção só passou a produzir efeitos a partir de 01/08/2012, com a publicação do Dec. Estadual nº 14.073, de 30/07/12, DOE de 31/07/12.

Assim a penalidade lançada no A.I. em relação a esse produto só é exigível em relação aos meses agosto, setembro, outubro e dezembro do exercício de 2012.

Relativamente ao produto, “Limpa Pneus Pérola”, da posição NCM 1520.00.20, trata-se de mercadoria que não está inserida no regime da ST. Não integra o rol de produtos enquadrados na antecipação tributária total, listados no Anexo I do RICMS, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

Já em relação aos produtos “COBERT.CHOC.HARALD CONFEIT.BRAN*NC* 1x10 1010G”, “COBERT.CHOC.HARALD CONFEIT.BRANCO 1x5 8KG”; “COBERT.CHOC.HARALD RASP/COB.M.AMARG 1x5 5KG”; “COBERT.CHOC.HARALD GOTAS BRANC 1x10 1010G; COBERT.CHOC.HARALD TOP BRANCO 1x10 1010G” - NCM 17049090; COBERT.CHOC.HARALD RASP/COB.M.AMARG 1x5 5KG, COBERT.CHOC.HARALD CONFEIT.M.A 1x5 5KG – NCM 18062000; e,

COBERT.DU PORTO CHOC. 1x12 1300G; COBERT.DU PORTO CHOC. 1x24 300G – NCM **21069090**, também não se encontram enquadradas no regime da ST, visto que a legislação do ICMS, ao elencar o rol de produtos submetidos ao pagamento antecipado do ICMS listou, nesta categoria de mercadorias, os produtos de NCM 1806.3, NCM 1806.9 e NCM 1704.90.1, conforme consta no item 11, Anexo I, do RICMS, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

Em decorrência, em relação à infração 03, após a exclusão dos períodos em que se operou a decadência dos créditos tributários e a retirada dos produtos não submetidos ao regime da antecipação tributária total, remanesce, tão somente, a penalidade de 60% do imposto não antecipado, porém pago na etapa subsequente de saída, do produto aditivo para radiador, da posição NCM 38.20.00.00, nos seguintes meses e operações, constantes do CD anexo (fl. 14 – Anexo 08 – Multa formal/antecipação tributária – 2012):

- NF 6200 – Data da entrada: 14/09/2012 – Multa (60%) do ICMS não antecipado = R\$17,32;
- NF 6502 – Data da entrada: 12/12/2012 – Multa (60%) do ICMS não antecipado = R\$25,99.

O Demonstrativo de Débito desse item 03 da autuação é o apresentado na planilha abaixo:

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	VI. Principal (R\$)
07.01.03	3	30/09/2012	09/10/2012	17,32
07.01.03	3	31/12/2012	09/01/2013	25,99
			TOTAL	43,31

Ante o exposto, julgo **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração, acolhendo a preliminar de decadência parcial no que tange aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2011 a 16/10/2011, e procedendo à exclusão das penalidades sobre as operações com mercadorias sujeitas à tributação normal, integrante do item 03 do A.I., passando o débito fiscal a ter a totalização constante da tabela a seguir:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO-JJF	MULTA
1	PROC. EM PARTE	62.858,69	22.264,21	60%
2	PROC. EM PARTE	4.734,12	2.610,03	60%
3	PROC. EM PARTE (multa)	7.605,88	43,31	60%
TOTAL		75.198,69	24.917,55	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206911.3002/16-3**, lavrado contra **ATACADÃO S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.874,24**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade no valor de **R\$43,31**, prevista no art. 42, inciso II, "d", c/c o § 1º, da mesma Lei, mais os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

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 maio de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLstoi SEARA NOLASCO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR