

A. I. N° - 279463.0005/17-0
AUTUADO - ATACADÃO S.A.
AUTUANTE - WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20.11.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0167-04/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Acusação insubsistente. **b)** FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÃO DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Item não impugnado. Acusação mantida. **2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. PRODUTOS DE ESPECEARIAS SECOS E EMBALADOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Produtos não alcançados pelo benefício fiscal pois não se tratam de hortifrutículas em estado *in natura*, e sim produtos industrializados e processados contendo em suas embalagens a marca do fabricante. Infração parcialmente subsistente em face da exclusão do período abarcado pela decadência. **3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO.** Item parcialmente subsistente considerando-se a exclusão do período alcançado pela decadência além das quantias relacionadas aos produtos compostos lácteos (efeitos de 01/08/13 a 31/12/13) e charque (exceto jerked beef que não é charque). **4. BENEFÍCIO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.** Acusação parcialmente subsistente ante à exclusão da exigência relacionada ao produto composto lácteo (efeitos de 01/08/13 a 31/12/13), além do período abarcado pela decadência. **5. MULTA PARCENTUAL APLICADA SOBRE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS: a)** SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, CUJAS SAÍDAS OCORRERAM COM TRIBUTAÇÃO. Acusação improcedente. **b)** sujeitas à antecipação parcial. Item não impugnado. Infração mantida. Não acolhidas as arguições de nulidade. Indeferido o período de perícia/diligência. Acolhida, parcialmente a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, foi expedido em 29/09/2017, objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$272.184,88, e cominações legais pertinentes, em face das seguintes acusações:

- 1 – Utilizou indevidamente créditos fiscais de ICMS no total de R\$1.536,95 referentes a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.
- 2 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$6.834,00 relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. O contribuinte utilizou o crédito referente a nota

fiscal nº 106313 na aquisição de feijão, sem que tenha efetuado o estorno correspondente. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

3 – Deixou de recolher ICMS no total de R\$7.934,99 em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte classificou erroneamente alguns produtos de especiarias secos e embalados (com processo de industrialização) como isentos. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

4 – Recolheu a menor ICMS no montante de R\$139.922,51 em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

5 – Recolheu a menos ICMS no total de R\$18.518,79 em razão de utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

6 – Multa percentual no total de R\$41.047,10 calculada 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, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. O contribuinte deixou de proceder a antecipação total do produto Jerked Beef. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” e § 1º da Lei nº 7.014/96.

7 – Multa percentual no total de R\$56.390,54 calculada sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com o fim de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores tributadas normalmente. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Cientificado do lançamento, o autuado ingressou com Impugnação de fls. 51 a 79 onde, inicialmente, apresenta uma síntese dos fatos e dos dispositivos legais considerados como infringidos pela fiscalização, para, sem seguida, ingressar na seara do Direito onde de forma preliminar suscita falta de subsunção fato/norma, com ausência de tipificação.

Neste rumo suscita a nulidade do Auto de Infração sustentando que os dispositivos eleitos como tendo sido infringidos não guardam relação de causa e efeito com a conduta reprimida pelo autuante mediante o auto de infração formalizado, afirmando que para constatação basta a leitura dos artigos apontados no auto de infração e aqueles que transcreveu na peça defensiva.

Em seguida passou a arguir a declaração de decadência, com base no § 4º, art. 150 do CTN, para os fatos geradores ocorridos anteriormente a 16 de outubro de 2012, pois já decorridos mais de 05 anos entre a ocorrência daqueles e a ciência do lançamento de ofício ocorrida em 16/10/2017.

Com efeito registrou que certo é que a apuração do crédito tributário foi realizada com base nos documentos que apresentou e informou ao Fisco mensalmente, as quais foram todas devidamente contabilizadas, declaradas e registradas em livros fiscais, pontuando, também, que do livro de apuração do imposto bem como as guias de informação e de apuração apresentadas mensalmente ao Fisco se comprova que houve atividade sujeita a homologação.

Após tecer outros argumentos visando sustentar sua tese defensiva e citar julgado oriundo do STJ (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), concluiu que nos exatos termos do § 4º do artigo 150 do CTN, extinto se encontra o crédito tributário reclamado relativo aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 16 de outubro de 2012, em função da decadência que os atingem, porque passados mais de 05 anos entre a ocorrência dos fatos geradores e a formalização do lançamento de ofício objurgado.

Ao adentrar ao mérito da autuação, ao se reportar a infração 01, defendeu que a par da decadência suscitada, a parte remanescente não merece prevalecer a exigência fiscal já que os

produtos arrolados nos documentos fiscais, cujos créditos foram tomados, dizem respeito a produtos para cafeteria e não água bem como adoçante, e não açúcar, produtos estes que não estão submetidos à substituição tributária. Com isso considera com total iliquidez o crédito formalizado em relação à presente infração.

No tocante a infração 02 informa que será paga no prazo regulamentar.

Em relação a infração 03, que trata de operações tributáveis consideradas como não tributáveis, assevera que a acusação não pode prosperar haja vista que dentre as mercadorias arroladas, há situações abrangidas pela regra de isenção, Convênio 44/75 e art. 265, I, “a” do RICMS/BA, não havendo que se falar em tributação, transcrevendo as mercadorias listadas com isenção, constantes destes dispositivos aqui mencionados.

Desta forma, sustenta que havendo rol expresso de mercadorias excluídas do campo de tributação, dentro do qual se inserem mercadorias constantes de documentos fiscais tomados pela fiscalização, deve ser cancelada a acusação, o que requer.

Ao se referir conjuntamente às infrações 04 e 05 que se referem a aplicação de alíquota diversa da prevista pela legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, especificamente em relação aos seguintes produtos: agrin, leite em pó NAN, NAN 1 PRO, NAN 2, NAN 2 PRO, NAN Confort, Leite em pó Nestlé Mod. Ideal, Leite em pó Nestogeno 1º semestre e 2º semestre, composto lácteo Ninho, achocolatado pó, bebida láctea. Charque/jerked beef, Champion, alim. Ades, cacau pó, detergente líquido, leite em pó Itambé, Molico, Nestlé Ideal e Ninho, molho aji-no-shoyo, óleo de soja Soya, azeitona verde, desodorante, Toddy, espetinho, pepino balde, sabonete e alho caixa.

A respeito das citadas mercadorias cita que o autuante, não obstante tratem-se operações internas e de mercadorias abrangidas pelo benefício fiscal da redução da base de cálculo prevista nos incisos XXVII, XXV e XL do art. 268 do RICMS/BA, os quais transcreveu, aplicou à espécie a alíquota de 17%, quando deveria ser tributada pela alíquota de 7%.

Pontua que o afastamento do benefício fiscal procedido pelo autuante com relação as mercadorias em tela não merece prosperar, sob a égide de que deve dar ao caso interpretação literal, nos moldes do art. 111 do CTN, seja porque os produtos se enquadram na categoria leite em pó, seja porque não se trata de ampliação do objeto do benefício fiscal, mas sim interpretação sistemática da norma, conforme a evolução das circunstâncias que se apresentem ao Julgador. Neste sentido traz a colação entendimentos externados pelo STJ, assim por este CONSEF através dos Acórdãos JJF 0034-03/13 e CJF nº 0289-13/3 (voto divergente).

Afirma, em seguida que o mesmo raciocínio se aplica aos demais produtos, em especial bebida láctea, agrin e jerked beef, não havendo assim que se falar em recolhimento a menos de ICMS, seja em função de suposto erro na aplicação da alíquota, seja de suposta utilização indevida de benefício de redução de base de cálculo.

No que tange a infração 06 sustenta que não procede a aplicação da multa haja vista que a mercadoria em tela, jerked beef, é objeto de benefício previsto no art. 268, XXVII do RICMS/BA, destacando que se mais não fosse está sendo penalizado duplamente na medida em que por meio das infrações 04 e 05 se exige diferencial de imposto bem como aplica a correspondente penalidade. Com isso, afirma tratar-se de hipótese de consunção, que conduz ao cancelamento da penalidade isolada aplicada.

Ao adentrar a infração 07 afirma que não há como prosperar a exigência fiscal, seja porque não houve violação ao disposto legal apontado como infringido, seja porque nenhum embaraço à fiscalização ou prejuízo adveio ao Erário. Nessa rota, após tecer outras considerações, conclui que não há que se falar em descumprimento da norma apontada como infringida, estando totalmente ausente a conduta tipificadora da aplicação da multa aplicada, ausentes ainda qualquer embaraço à fiscalização ou prejuízo ao Erário, devendo, portanto, ser desconstituída a infração em comento.

Ao final requer realização de perícia técnica para efeito de comprovação de que nada é devido, protestando pelo deferimento da prova requerida, pela formulação de quesitos e aponta assistentes técnicos.

Conclui pugnando pela insubsistência do lançamento de ofício objurgado, tanto pelas preliminares quanto pelo mérito, dado que procedeu em consonância com a legislação de regência.

Às fls. 157 a 160 foram apensados documentos apresentados pelo autuado relativamente ao pagamento do débito relacionados às infrações 02 e 07, com solicitação, nos termos do art. 156 do CTN, que seja declarada a extinção de ambas.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 163 a 167, destacando, em relação a infração 01, que o autuado procede equivocadamente no registro de suas operações de entradas, lançando na EFD mais de uma mercadoria para o mesmo código de produto ou mesmo englobando vários itens em um só e com um código único. Desta forma apesar de aparecer no sistema de auditoria SIAF que processa os dados da EFD, como por exemplo, açúcar, na nota fiscal está consignado o verdadeiro produto, ou seja, adoçante. Assim considera que foi induzido ao erro e a infração é insubsistente.

No que diz respeito a infração 02 destaca que o autuado efetuou o pagamento sem contestação.

Ao adentrar a Infração 03 diz que constatou que o tema envolvendo os produtos de especiarias secos e embalados são objeto de diversas autuações contra o autuado que acredita que tais produtos são produtos *in natura*, entretanto, corroborado por julgados do CONSEF, entende serem produtos industrializados (ACORDÃO CJF Nº 0349-11/15), transcrevendo excerto do Voto constante no citado Acórdão, que, ao seu entender, dirime quaisquer dúvidas:

“Quanto aos outros produtos que fazem parte da infração, analiso-os:

*a) **CONDIMENTOS** - a isenção das operações com produtos hortifrutigranjeiros, prevista no art 14, I, itens 5 e 6, e §§ 5º e 6º do art. 2º, determina que suas saídas internas ou interestaduais não estão sob o alcance da incidência do ICMS, desde que não sejam destinadas para a industrialização, ou seja, que estejam em estado natural, sem que sofra qualquer processo de industrialização.*

Cabe, portanto, a análise do conceito de produto industrializado estabelecido pelos §§ 5º e 6º do artigo 2º do RICMS, onde, de forma objetiva, determinam que para efeito do regulamento do ICMS, considera-se produto industrializado aqueles relacionados na tabela de incidência do imposto sobre produtos industrializados, (TIPI), Decreto 4.542 de 26/12/2002.

A tabela do IPI estabelece que esses produtos são considerados industrializados nas seguintes condições:

SECOS, MESMO CORTADOS EM PEDAÇOS OU FATIAS, OU AINDA TRITURADOS OU EM PÓ, MAS SEM QUALQUER OUTRO PREPARO.

Como se pode constatar, não há dúvida de que se trata de produto industrializado, sofreu um processo de beneficiamento (secagem) e (embalagem), foi aperfeiçoado para o consumo e enquadra-se perfeitamente nas determinações do § 5º, art. 2º II.

*Em relação à manjerona e salsa, independentemente de serem classificados como **hortículas secas**, constam expressamente da lista do IPI, conforme transcrito abaixo:*

2. Nas posições 07.09, 07.10, 07.11 e 07.12, a expressão produtos horticolas compreende também os

cogumelos comestíveis, as trufas, azeitonas, alcaparras, abobrinhas, abóboras, berinjelas, o milho doce (Zea mays var. saccharata), os pimentões e pimentas (pimentos) dos gêneros Capsicum ou Pimenta, os funchos e as plantas horticolas, como a **salsa**, o cerefólio, estragão, agrião e a **manjerona de cultura** (Majorana hortensis ou Origanum majorana). (**grifo nosso**)*

*Ainda em relação aos hortifrutigranjeiros, os demais produtos como **orégano** e **folha de louro**, são classificados na condição de industrializados quando passam pelo processo de seleção, secagem (desidratação), acondicionamento e embalagem, sendo enquadrados na tabela do IPI conforme posição 07.12.*

*Também a **folha de louro** e as demais especiarias constam da posição 09.10 da tabela do IPI. Mediante análise e demonstração da legislação vigente, não há como negar que os*

produtos em análise são industrializados, por isso, devem ser mantidos na autuação''

Ao se referir às infrações 04 e 05 cita que o autuado acredita que os produtos vinculados à infração são sujeitos à redução da base de cálculo ou mesmo possuem carga tributária reduzida. Assim em determinados momentos tributou com alíquota menor que a prevista na legislação e em outros aplicou a redução da base de cálculo. Novamente citou o Acórdão CJF 0349-11/15 para refutar as alegações de defesa, tendo em vista que os produtos são os mesmos da infração a que se refere o referido acórdão. Assim temos que: Agrin não é vinagre, leite em pó modificado (compostos lácteos), não tem o benefício da redução de base de cálculo e os produtos cacau em pó e detergente líquido são tributados a 17%.

Com relação ao produto Jerked beef (entendido como charque) considera a DITRI que o mesmo se diferencia do charque, pois no seu preparo, sofre processo de transformação diferente com produtos químicos específicos. Tal entendimento vem ao encontro do decidido no Acórdão JF N° 0068-03/17 da 3ª Junta.

No tocante a infração 06, esta se refere às entradas de Jerked Beef, carne salgada que não se confunde com o charque, estando assim, sujeita a substituição tributária. Tendo o contribuinte dado ao produto o tratamento de saídas tributadas, aplicou a multa sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária.

Conclui pugnando pela Procedência Parcial do Auto de Infração com a exclusão da infração 01, devendo o autuado efetuar o pagamento do crédito tributário remanescente no valor de R\$270.647,93 e demais cominações legais.

Foi juntado às fls. 170 e 171 extrato de pagamento emitidos através do Sistema SIGAT no total atualizado de R\$76.450,93.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 07 (sete) infrações, das quais o autuado reconheceu o débito relacionado às infrações 02 e 07, efetuando os pagamentos respectivos, razão pela qual ficam extintos os créditos tributários a elas relacionadas, nos termos do Art. 156, I do CTN, devendo o setor competente proceder a homologação do *quantum* recolhido.

Em razões preliminares o autuado 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 – arts. 9º e 29, § 4º, inciso II, [utilização indevida de créditos fiscais, infração 01], art. 29, § 8º c/c art. 312, § 1º do RICMS/BA [falta de estorno de crédito fiscal – infração 02], art. 2º, I e 32 c/c 332, I do RICMS/BA [operações tributáveis declaradas como não tributáveis: infração 03], art. 15, 16 e 16-A [relacionados com as alíquotas aplicáveis nas operações de circulação de mercadorias - infração 04]; art. 29, § 8º c/c arts. 267 e 268 do RICMS/BA, [que tratam do regime de compensação de créditos fiscais em operações com redução de base de cálculo – infração 05], art. 8º inciso II e § 3º e art. 23 267, c/c art. 289 do RICMS/BA, [relacionados a multa percentual aplicada sobre o imposto que deixou de ser pago por antecipação tributária – infração 06] e art. 12-A [que trata de antecipação parcial].

De maneira que os dispositivos legais e regulamentares acima descritos, estão relacionadas às infrações imputadas, as quais estão demonstradas de forma analítica, através de demonstrativos entregues ao autuado, possibilitando-lhe todos os meios de defesa. Ademais, há de ser observada a regra inserida pelo art. 19 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99), que não implica em nulidade o erro ou omissão de dispositivo legal, desde que pela descrição dos fatos fique evidente o enquadramento da situação descrita na norma da lei, o que ocorreu no presente caso.

Assim, em vista do quanto acima exposto, não se sustenta a nulidade suscitada na peça defensiva.

Como preliminar de mérito, o autuado suscitou com base no § 4º, do art. 150 do CTN, a declaração de decadência para os fatos geradores ocorridos anteriormente a 16 de outubro de 2012, porque decorridos mais de 5 anos entre a ocorrência daqueles fatos e a ciência do presente lançamento de ofício, acontecida em 16 de outubro de 2017, observando que as operações em questão foram devidamente contabilizadas, declaradas e registradas em livros fiscais.

De início, ressalto que apesar do autuado ter solicitado a decadência para todos os fatos geradores ocorridos anteriormente a 16 de outubro de 2012, tais situações só se concretizaram em relação à infração 01 - utilização indevida de crédito fiscal, infração 03 – operações tributáveis escrituradas como não tributáveis, infração 04 – recolhimento a menos do imposto por erro na aplicação de alíquota e infração 05 – recolhimento a menos do imposto em face de utilização indevida de redução da base de cálculo, já que a infração 2 não se enquadra nesta situação, enquanto que a infração 7 foi totalmente paga. Portanto, entendo que os casos relacionados às infrações 01, 03, 04 e 05, relacionam-se a situações que se 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 “antecipar” o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se à posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade.

Isto posto, vejo que o entendimento supra está em consonância com a consolidação trazida pela PGE/Profis 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 n.º 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. I, 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.

Dito isto, vejo que a própria PGE/PROFIS se posicionou que vinha entendendo que uma vez efetivado o lançamento de ofício, mediante lavratura de Auto de Infração ou Notificação Fiscal, não mais se poderia cogitar de decadência. Entretanto, esse mesmo órgão jurídico modificou essa linha de entendimento *"em face de reiteradas decisões judiciais no sentido de que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos flui até a data em que o contribuinte seja notificado do lançamento de ofício"*, pontuando ainda que, *"mesmo que o auto de infração seja lavrado no quinquídio legal, ainda assim estaria configurada a decadência, se a notificação do sujeito passivo ocorrer já após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos"*.

Com isso, foi apresentado pela própria PGE/PROFIS, a título ilustrativo, ementas de acórdãos recentes do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, os quais seguem abaixo reproduzidos:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. PIS. OMISSÃO DE RECEITA OPERACIONAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. ATO FINAL. LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO E NOTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o sujeito passivo omite-se no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN).

2. Se a Fazenda Pública notifica o contribuinte do auto de infração no prazo de cinco anos a que alude o art. 173, I, do CTN, não há que se falar em decadência do direito à constituição do crédito tributário. O direito de lançar é potestativo. Logo, iniciado o procedimento fiscal com a lavratura do auto de infração e a devida ciência do sujeito passivo da obrigação tributária no prazo legal, desaparece o prazo decadencial.

3. Súmula TFR 153: 'Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há que se falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos'.

4. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial.

(EDcI no RESP 1162055/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 14/02/2011) (grifos acrescentados).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE ENTREGA DE DECLARAÇÃO OU PAGAMENTO ANTECIPADO. ARTIGO 173, I, DO CTN.

1. A Primeira Seção do STJ, em sede de recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC), consolidou o entendimento de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é suficiente para a cobrança dos valores nela declarados, dispensando-se qualquer outra providência por parte do Fisco. RESP 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira seção, julgado em 22/10/2008, DJe 28/10/2008.

2. Na espécie, a Comissão de Valores Mobiliários ajuizou execução para cobrança da Taxa de Fiscalização de Valores Mobiliários, tributo esse que, nos termos da Lei n. 7.940, de 20 de dezembro de 1989, deve ser calculado trimestralmente pelo contribuinte, de

acordo com o patrimônio líquido.

3. As instâncias ordinárias assentaram a ausência de entrega de declaração ou pagamento antecipado. Assim, o termo inicial do prazo decadencial se iniciou em 1^o.I.1996, tendo como termo final 31.12.2000. A notificação do contribuinte somente ocorreu em dezembro de 2001. Decadência configurada.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RESP 1259563/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 11/10/2011) (grifos acrescentados)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. ACERCA DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 174 do CTN.

1.No caso dos autos, o Tribunal de origem afirmou que o débito tributário foi constituído em 2001 e que a citação do devedor ocorreu em 2009, de modo que ocorreu a prescrição. Não há nenhuma menção de impugnação administrativa. Desconstituir tais premissas requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ, em Recurso Especial, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ.

2.Nos termos da redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, a prescrição era interrompida com a citação do devedor. Com a edição da LC 118/05, que modificou o inciso referido, o lapso prescricional passou a ser interrompido pelo "despacho que ordena a citação A nova regra, entretanto, tem incidência somente nos casos em que a data do despacho ordinatório da citação seja posterior à sua entrada em vigor.

3.Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que, uma vez constituído o crédito tributário pela notificação do auto de infração, não há falar em decadência, mas em prescrição, cujo termo inicial é a data da constituição definitiva do crédito, que se dá, nos casos de lançamento de ofício, quando não couber recurso administrativo ou quando se houver esgotado o prazo para sua interposição.

4.Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 788.656/RO, Rel. FERNAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 20/05/2016) (grifos acrescentados).

Neste contexto, verifico que apesar de alguns dos fatos jurídicos tributários terem ocorrido no mês de setembro de 2012, e o Auto de Infração ter sido lavrado em 29/09/2017, a ciência ao autuado só ocorreu em 16/10/2017, portanto, já após findo o prazo de 5 anos, situação esta que, à luz do quanto acima exposto, configura a decadência da Fazenda Estadual do direito de proceder lançamento a título de exigência de crédito tributário ocorrido em setembro/12.

Isto posto, e considerando que o presente ato de lançamento formalizado através do Auto de Infração sob exame se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte, verificada em 16/10/2017, os fatos geradores anteriores a essa data, ocorridos em 30/09/2012, infração 03 no valor de R\$372,42, infração 04 no valor de R\$9.142,99 e infração 05 no valor de R\$623,83, foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários acima reclamados, todos com data de ocorrência em 30/09/2012, 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.

Ingressando ao mérito da autuação, no tocante às infrações em discussão (01, 03, 04, 05 e 06), de início, indefiro o pedido de perícia/diligência requerido pelo autuado, com base no art. 147, incisos I e II do RPAF/BA, por entender que estão presentes nos autos todos os elementos que possibilitam a formação do meu convencimento como julgador, sendo desnecessário, portanto, o encaminhamento dos autos para verificações de qualquer ordem.

Isto posto, em relação à infração 01, que trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no total de R\$1.536,95, referente a mercadorias com imposto pago por antecipação tributária, o autuado defendeu que por equívoco, o autuante as classificou como sendo água mineral e açúcar, demonstrativos fls. 14 e 15, entretanto, se tratam de produtos para cafeteria e adoçantes que estão sujeitos à tributação normal, fato este reconhecido pelo autuante quando da informação fiscal.

Assiste razão ao autuado. De fato as mercadorias indicadas pelo autuante em seu levantamento não se relacionam às que realmente integram os documentos fiscais, razão pela qual não subsiste a infração 01, a qual é improcedente.

Infração 03, refere-se a recolhimento a menos do imposto no valor de R\$7.934,99, em razão de haver sido escriturado pelo autuado operações tributáveis, porém, como não tributáveis.

Em sua defesa, o autuado arguiu que se tratam de produtos isentos (hortifrutículas), à luz do art. 265, I, “a” do RICMS/12, além daquelas relacionadas pelo Convênio 44/75 e art. 14, inciso I do RICMS/97. Observo, por oportuno, que o autuado não aponta de forma objetiva a qual produto se refere, o faz de forma genérica.

O autuante, por sua vez, divergiu do autuado esclarecendo que os produtos abarcados pela autuação se tratam de especiarias secas e embaladas, os quais já foram objeto de diversas autuações, levadas a efeito contra o próprio autuado, que considera tais produtos como sendo *in natura*, contrariando entendimento deste órgão julgador, que os considera como produtos industrializados.

As mercadorias que integram a presente infração estão discriminadas nos demonstrativos de fls. 20 a 22 e dizem respeito aos seguintes produtos: cominho em pó, condimento folha de louro Kitano, condimento orégano Kitano, erva doce Kitano, ervilha Campo Belo e Yoki.

Isto posto, vejo que não assiste razão ao autuado vez que não se tratam de produtos hortifrutículas em estado *in natura*, e sim produtos industrializados e processados contendo em suas embalagens a marca do fabricante. De fato, conforme bem pontuado pelo autuante, tal situação já foi enfrentada por este CONSEF em julgamentos anteriores, envolvendo o próprio autuado, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0349-11/15, que manteve a exigência fiscal confirmando o julgamento de 1ª instância, consoante o Acórdão nº 0132-05/15 da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, assim como o Acórdão nº 0117-01/17 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

Desta maneira, a infração 03 resta parcialmente subsistente no valor de R\$7.562,57, tendo em vista a exclusão do valor de R\$372,42, pertinente à ocorrência com fato gerador em 30/09/2012, alcançada pela decadência.

As infrações 04 e 05 foram defendidas em bloco pelo autuado. A primeira, infração 04, no valor de R\$139.922,51, trata de recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista pela legislação, fls. 25 e 26, especificamente em relação aos seguintes produtos: Agrin, leite em pó NAN, NAN 1 PRO, NAN 2, NAN 2 PRO, NAN Confort, Leite em pó Nestlé Mod. Ideal, Leite em pó Nestogeno 1º semestre e 2º semestre, composto lácteo Ninho, achocolatado pó, bebida láctea. Charque/jerked beef, Champion, Alim. Ades, cacau pó, detergente líquido, leite em pó Itambé, Molico, Nestlé Ideal e Ninho, molho aji-no-shoyo, óleo de soja Soya, azeitona verde, desodorante, Toddy, espetinho, pepino balde, sabonete e alho caixa. A este respeito, considera que não obstante tratem-se de operações internas e de mercadorias abrangidas pelo benefício fiscal da redução da base de cálculo prevista nos incisos XXVII, XXV e XL, do art. 268 do RICMS/BA, os quais transcreveu, o autuante aplicou à espécie a alíquota de 17%, quando deveria ser tributada pela alíquota de 7%.

Já a infração 05, no valor de R\$18.518,79, se relaciona a recolhimento a menos em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, afirma que o mesmo raciocínio se aplica aos produtos abrangidos pela autuação, em especial bebida láctea, agrin e jerked beef, não havendo, assim, que se falar em recolhimento a menos de ICMS, seja em função de suposto erro na aplicação da alíquota, seja de suposta utilização indevida de benefício de redução de base de cálculo.

O autuante voltou a mencionar o Acórdão CJF 0349-11/15, para refutar as alegações defensivas ao argumento de que os produtos são os mesmos da infração a que se refere o referido acórdão, pontuando que o produto Agrin não é vinagre e leite em pó modificado (compostos lácteos), não têm o benefício da redução de base de cálculo e os produtos cacau em pó e detergente líquido são tributados a 17%.

Com relação ao produto Jerked beef (entendido como charque), cita que a DITRI considera que o mesmo se diferencia do charque, pois no seu preparo, sofre processo de transformação diferente com produtos químicos específicos, sendo que tal entendimento vem ao encontro do decidido no Acórdão JJF Nº 0068-03/17 da 3ª Junta.

Da análise dos produtos relacionados à infração 04, vejo que assiste razão em parte ao autuado no que se refere ao produto composto lácteo, visto que a autuação abrangeu o período de setembro/2012 a dezembro/2013, enquanto que o benefício fiscal de redução da base de cálculo, contemplava as operações internas do composto lácteo, conforme redação dada ao inciso XXV do art. 268 do Decreto nº 14.681, efeitos de 01/08/13 a 31/12/13, definia que a carga tributária incidente para este produto, correspondia nesse período a alíquota de 7% (sete por cento), não assistindo razão ao autuante para a exação quanto ao composto lácteo (leite em pó modificado), neste período, conforme texto do referido dispositivo regulamentar transcrito abaixo:

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXV - revogado;

Nota: O inciso XXV do caput do art. 268 foi revogado pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, efeitos a partir de 01/02/17.

Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pelo Decreto nº 16.151, de 16/06/15, DOE de 17/06/15, efeitos a partir de 17/06/15 a 31/01/17:

“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);”

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);”

Desta maneira, quanto aos mencionados produtos leite em pó NAN, NAN 1 PRO, NAN 2, NAN 2 PRO, NAN Confort, Leite em pó Nestlé Mod. Ideal, Leite em pó Nestogeno 1º semestre e 2º semestre, composto lácteo Ninho, achocolatado pó, bebida láctea e Molico, assiste razão ao autuado, em parte, nos seus argumentos. Antes porém de me posicionar em relação a estes produtos, considero oportuno pontuar que este CONSEF já enfrentou esta questão através de diversos julgados envolvendo esta mesma empresa autuada, e objetivando delinear este julgamento, peço vênica para transcrever o voto vencedor proferido pelo Cons. Eduardo Ramos Santana, através do Acórdão nº 0289-11/14, que define o posicionamento prevalente neste órgão julgador:

“Em que pese a boa fundamentação trazida ao processo com relação à infração 5, constato que a decisão contida no Acórdão CJF 0289-13/09 não deu provimento ao Recurso Voluntário interposto contra a decisão contida no Acórdão JJF 0328-01/13, fundamentando que o composto lácteo não é contemplado com o benefício da redução de base de cálculo prevista para o produto “leite em pó”.

Naquela decisão foi fundamentado que o “composto lácteo” possui composição de ingredientes diferente 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%.

Foi descrito o processo de produção de leite em pó 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, 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.

E ainda que, 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".

Pelo exposto, me coaduno com a decisão por maioria pelo entendimento contido no Acórdão CJF 0289-13/13, de que o composto lácteo "é uma mistura de ingredientes, inclusive leite em pequena proporção, com outros, inclusive gordura, açúcares, maltose dextrina e demais ingredientes lácteos ou não, devendo os ingredientes lácteos corresponder a 51% dos ingredientes, cabendo a cada fabricante adotar a fórmula que melhor lhe couber".

Assim sendo, interpreto que a intenção do legislador foi contemplar a redução de base de cálculo para o produto "leite em pó" (art. 87, XXI do RICMS/97) e não alcança o "composto lácteo" que mesmo sendo derivado do leite, incorpora outros ingredientes, como óleos vegetais, na situação presente os produtos: Leite em Pó Nan Pro, Leite em Pó Nestogeno 1º e 2º semestre, Leite em Pó Nestlê Modificado Ideal e Leite em Pó Molico Actifibras.

Ressalte-se que conforme indicado no conteúdo do voto, na parte de trás da lata é indicado que "este produto não é leite em pó", além de existir diferentes versões de composto lácteo, destinadas para cada faixa etária, de um a cinco anos.

Logo, em se tratando de benefício fiscal de redução de base de cálculo, que se equipara a isenção parcial (AI-AgR 449051/RS), deve ser aplicado o disposto no artigo 111, II do CTN, que prevê que se interpreta-se literalmente a legislação tributária que outorga isenção.

Dessa forma, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário quanto à infração 5".

Entretanto, observo que os fatos geradores elencados nesta infração iniciam-se em set/12, até dez/13. Neste sentido, conforme já alinhavado linhas acima, realmente assiste razão em parte ao autuado no que se refere aos produtos citados, visto que o benefício fiscal de redução da base de cálculo contemplava as operações internas do composto lácteo, conforme redação dada ao inciso XXV, do art. 268 do Decreto nº 14.681, efeitos de 01/08/13 a 31/12/13, definia que a carga tributária incidente para este produto, correspondia, nesse período, à alíquota de 7% (sete por cento), não assistindo razão ao autuante para a exação quanto ao composto lácteo neste período.

No que pertine ao produto Agrin, não assiste razão ao autuado quando alega que o mesmo é vinagre e, por isso, teria sua base de cálculo reduzida em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento). Pesquisando no site do fabricante, vejo que o próprio não o classifica como vinagre, conforme pode ser visto através do endereço eletrônico seguinte, informação que afinha haver colhido no site: <http://www.marata.com.br/produtos/produtos-marata/vinagres-e-agrins>.

Observo, também, que o produto não se enquadra na definição dada pelo Ministério da Agricultura, através da Instrução Normativa nº 36 de 14/10/99, que define o que é Agrim e o que é Vinagre, conforme a seguir: "O vinagre é uma solução diluída de ácido acético, elaborada de dois processos consecutivos: a fermentação alcoólica, representada pela conversão de açúcar

em etanol (álcool) e da fermentação acética, que corresponde à transformação do álcool em ácido acético por determinadas bactérias, conferindo o gosto característico de produto, conforme reação: $CH_3CH_2OH \rightarrow CH_3CHO \rightarrow CH_3CH(OH)_2 \rightarrow CH_3COOH$, etanol álcool acetaldeído hidrato de aldeído ácido desidrogenase acetaldeído desidrogenase acético".

Já o produto que não estiver de acordo com esta Instrução Normativa, recebe a denominação de AGRIN, que é um fermentado químico de álcool com vinho, isto é, sua composição surge a partir de percentuais variáveis de álcool e vinho, que normalmente é composto de 90% de álcool e 10% de vinho, cujos preços nas prateleiras dos supermercados variam a valores mais baixos que o vinagre. Procede, portanto, a exação em relação a este produto.

Em relação ao produto charque, também assiste razão ao autuado, já que o inciso XXVII, do Art. 268 do RICMS/12, foi revogado 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, em cuja redação originária, com efeitos até 31/12/13, previa a redução da base cálculo:

"XXVII - das operações internas com vinagre, charque e margarina, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento);"

Desta maneira, deve ser retirada a exigência para o produto charque constante da planilha relativa à presente infração que abrangeu os exercícios de 2012 e 2013.

No tocante ao produto Jerked Beff, vejo que a autuação abrange os exercícios de 2012 e 2013, enquanto que o art. 268, LI, teve sua redação modificada através da Alteração nº 26, Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14, efeitos a partir de 01/12/14, oportunidade em que incluiu tal produto no benefício da redução da base de cálculo. Portanto, no período autuado, este produto não gozava do benefício fiscal de redução da base de cálculo.

No que diz respeito aos demais itens questionados, não assiste razão ao autuado, permanecendo a exigência fiscal na forma em que apresenta.

Isto posto, a infração 04 resta parcialmente subsistente no valor de R\$99.716,34, considerando-se a exclusão do valor de R\$9.142,99, referente ao mês de setembro/12, alcançado pela decadência, e o valor de R\$31.063,18, referente aos produtos compostos lácteos (efeitos de 01/08/13 a 31/12/13) e charque (exceto jerked beef que não é charque), conforme demonstrativo de débito abaixo:

Mês/Ano	Vlr. Lançado no AI	Vlr. Excluído no AI	Dif Icms-Remanescente
TOTAL-SET-2012	9.142,99	9.142,99	0,00
TOTAL-OUT-2012	10.131,96	2.521,33	7.610,63
TOTAL-NOV-2012	8.964,32	2.468,39	6.495,93
TOTAL-DEZ-2012	8.906,38	2.564,58	6.341,80
TOTAL-JAN-2013	9.824,17	1.733,35	8.090,82
TOTAL-FEV-2013	8.302,91	2.035,53	6.267,38
TOTAL-MAR-2013	8.252,88	1.879,44	6.373,44
TOTAL-ABR-2013	8.808,09	1.141,86	7.666,23
TOTAL-MAI-2013	11.920,55	3.188,88	8.731,67
TOTAL-JUN-2013	8.648,20	2.636,32	6.011,88
TOTAL-JUL-2013	9.012,54	936,48	8.076,06
TOTAL-AGO-2013	14.606,83	5.870,38	8.736,45
TOTAL-SET-2013	5.534,07	807,84	4.726,23
TOTAL-OUT-2013	6.115,50	1.292,99	4.822,51
TOTAL-NOV-2013	5.214,71	830,17	4.384,54
TOTAL-DEZ-2013	6.536,41	1.155,64	5.380,77
TOTAL GERAL	139.922,51	40.206,17	99.716,34

A infração 05 se refere à utilização de redução da base de cálculo nas operações com diversos produtos, dentre os quais o autuado citou especificamente os produtos AGRIN, Jerked Beff e Leite Ninho.

A este respeito, em relação ao AGRIN, com base no quanto acima já exposto, não assiste razão ao autuado. No tocante ao produto Jerked Beff, conforme já citado na infração anterior, vejo que a autuação abrange os exercícios de 2012 e 2013, enquanto que o art. 268, LI, teve sua redação modificada através da Alteração nº 26, Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14, efeitos a partir de 01/12/14, oportunidade em que incluiu tal produto no benefício da redução da base de cálculo. Portanto, no período autuado, este produto não gozava do benefício fiscal de redução da base de cálculo.

De maneira que exclui-se desde item, apenas as exigências relacionadas a composto lácteo no total de R\$607,26, além do valor de R\$623,83 referente ao mês de set/12, alcançado pela decadência. Em vista disso remanesce o débito desta infração no valor de R\$17.287,80, conforme demonstrativo abaixo:

Mês/Ano	Vlr. Lançado no AI	Vlr. Excluído no AI	Dif ICMS-Remanescente
TOTAL-SET-2012	623,83	623,83	0,00
TOTAL-OUT-2012	688,22	0,00	688,22
TOTAL-NOV-2012	530,75	0,00	530,75
TOTAL-DEZ-2012	472,48	0,00	472,48
TOTAL-JAN-2013	845,74	0,00	845,74
TOTAL-FEV-2013	732,02	0,00	732,02
TOTAL-MAR-2013	869,03	0,00	869,03
TOTAL-ABR-2013	1.620,64	0,00	1.620,64
TOTAL-MAI-2013	1.093,89	0,00	1.093,89
TOTAL-JUN-2013	1.330,51	0,00	1.330,51
TOTAL-JUL-2013	1.459,36	0,00	1.459,36
TOTAL-AGO-2013	2.448,76	607,26	1.841,50
TOTAL-SET-2013	1.210,38	0,00	1.210,38
TOTAL-OUT-2013	1.532,47	0,00	1.532,47
TOTAL-NOV-2013	880,96	0,00	880,96
TOTAL-DEZ-2013	2.179,75	0,00	2.179,75
TOTAL GERAL	18.518,79	-1.231,09	17.287,70 17.287,70

A infração 06 refere-se à penalidade no valor de R\$41.047,10, incidente sobre o imposto que deixou de ser pago por antecipação tributária, nas aquisições interestaduais do produto jerked beff, cuja mercadoria se encontrava sujeita ao regime de substituição tributária, conforme indica a acusação.

Alegou o autuado, que não procede a aplicação da multa, vez que o referido produto é objeto de benefício fiscal previsto pelo art. 268, XXVII do RICMS/BA, além de que nas infrações 04 e 05 já se exige imposto sobre as saídas deste produto, com aplicação da penalidade correspondente.

O autuante, por sua vez, diz que a penalidade se refere as entradas de jerked beef, carne salgada que não se confunde com charque, estando, assim, sujeita a substituição tributária, acrescentando que tendo em vista que o autuado deu tratamento de saídas tributadas, aplicou a multa sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária.

Analizando os fatos contidos nos autos relacionados ao referido produto, vejo que a aplicação desta penalidade se contradiz com as exações integrantes das infrações 04 e 05, nas quais foi dado um tratamento tributário de operações tributadas enquanto que a infração 06, para o mesmo período, foi considerada como mercadoria sujeita à substituição tributária.

Desta maneira, julgo improcedente a infração 06.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, restando o débito com a seguinte configuração: Infração 01- improcedente; infração 02 – procedente no valor de R\$6.834,00; infração 03 - parcialmente subsistente no valor de R\$7.562,57; infração 04 – parcialmente procedente no valor de R\$99.716,34; infração 05 – parcialmente procedente no valor de R\$17.287,70; infração 06 improcedente e infração 07 procedente no valor de R\$56.390,54, devendo serem homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279463.0005/17-0**, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$131.400,61**, acrescido das multas de 60% previstas pelo Art. 42, incisos VII “a”, “b”, II, “a” e “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$56.390,54**, prevista pelo inciso II “d” do mesmo dispositivo legal mencionado, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, em 20 de setembro de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR