

PROCESSO - A. I. Nº 269283.0027/12-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA.
RECORRIDOS - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0040-02/18
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 1º/10/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0243-12/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo), que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário, efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. Realizadas diligências. Negado o pedido de perícia. Não acolhida a arguição de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recursos **PARCIALMENTE PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos contra a Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/11/2012, no valor de R\$1.276.741,55, em razão das seguintes irregularidades:

***Infração 01** - 07.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, nos meses de outubro a dezembro de 2008 e fevereiro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.194.153,30, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.*

***Infração 02** - 01.02.05 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de outubro a dezembro de 2008 e fevereiro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$82.588,25, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.*

A 2ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0025-02/15 (fls. 806 a 823), Decisão julgada Nula pela 2ª CJF, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0050-12/16 (fls. 852 a 856), porque as questões suscitadas não foram apreciadas de forma clara, com a apresentação dos fundamentos de fato e de direito.

Em novo julgamento, a 2ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0040-02/18 (fls. 933 a 950), com base no voto a seguir transcrito:

“Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS decorrente de 02 (duas) infrações.

Não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, alegando ilegitimidade passiva, no tocante ao argumento de não observância dos termos do Prot. 50/05, pois, como bem esclareceu o autuante em sua 1ª informação fiscal, nas entradas de massas, biscoitos, bolachas, wafers, etc, provenientes dos Estados de PE, PB,

RN, AL, PI, SE, e AP, o fornecedor recolheu o imposto ao Estado da Bahia através de GNRE, e os mesmos já foram computados na planilha dos demonstrativos correspondentes, conforme passou a demonstrar às folhas 402 e 403 dos autos.

Devo registrar que não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados nas manifestações defensivas, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

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

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99. Ressalto que foi realizada diligência por Auditor Estranho ao feito, através das ASTEC/CONSEF.

Acerca do pedido de nova diligência formulado pelo sujeito passivo, por entender que a ASTEC não teria cumprido o determinado, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide. A ASTEC atendeu o que lhe foi solicitado, inclusive em relação à infração 02, cuja determinação foi: **c) excluir da infração 02 os valores relativos aos produtos, apontados pela defesa, cujos NCM não conste, expressamente, do art. 353, do RICMS/97;**

Assim, não poderia a ASTEC ampliar sua revisão além do que fora solicitado no pedido de diligência, como não o fez. A ASTEC atendeu o que foi solicitado na diligência.

Superadas as questões preliminares, no mérito na infração 01 é imputando ao sujeito passivo ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$1.194.153,30, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Já na infração 02 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$82.588,25, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Portanto, ambas infrações são relacionadas ao Regime de Substituição Tributárias, razão pela qual serão analisadas conjuntamente.

Em sua defesa o sujeito passivo alegou que a autuação é improcedente em razão de 03 (três) irregularidades, a saber: 1- a aplicação de percentuais equivocados de Margem de Valor Adicionado (MVA); 2- a não aplicação de disposições expressas constantes em Protocolos Interestaduais que o Estado da Bahia é signatário e 3- o enquadramento equivocado de algumas mercadorias no regime de Substituição Tributária.

No tocante ao argumento de ilegitimidade passiva, falta de observação dos Protocolos 16/85 e 50/05, saliento que o autuante reconheceu o equívoco em relação ao Protocolo 16/85, tendo excluído da autuação os produtos nele indicado. Sobre o Protocolo 50/05 o mesmo já foi analisado no início do presente voto, ao tratar da preliminar de nulidade.

Relativamente aos argumentos defensivos de aplicação de percentuais equivocados de MVA e enquadramento equivocado de algumas mercadorias no Regime de Substituição Tributária, entendo que tais questões já foram superadas, uma vez que o PAF foi convertido em diligência, a qual foi realizada pela ASTEC/CONSEF, ou seja, Auditor Fiscal estranho ao feito, conforme determinação desta 2ª JF, em Pauta Suplementar, reunião realizada em 18 de junho de 2013, fls. 465 e 466, que, após constatar a controvérsia entre os argumentos da defesa e da informação fiscal, deliberou pela conversão do PAF em diligência a ASTEC para que fossem tomadas as seguintes providências: a) refazer os levantamentos fiscais, infração 01, aplicando os percentuais da MVA de acordo com o CFOP constante das notas fiscais; b) excluir da infração 01 os valores relativos aos produtos, apontados pela defesa, cujos NCM não conste, expressamente, do art. 353, do RICMS/97; c) excluir da infração 02 os valores relativos aos produtos, apontados pela defesa, cujos NCM não conste, expressamente, do art. 353, do RICMS/97; d) elaborar novo demonstrativo de débitos das infrações. Cumprida a diligência, a INFAZ DE ORIGEM deveria fornecer cópias ao autuado, mediante recibo, do resultado da diligência e seus anexos, estipulando o prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar, o que também foi atendido.

Em cumprimento ao pedido de diligência fiscal, a ASTEC emitiu PARECER Nº 01/2014, fls. 468 a 473, informando, em relação à Infração 01:

“ a) Foram aplicados os percentuais da MVA de acordo com o CFOP constantes das notas fiscais, conforme demonstrativo apresentado pelo autuado (fls.703/733);

b) Foram acrescentados os valores relativos aos produtos apontados pela defesa, haja vista que, constam, expressamente, do art. 353, do RICMS/97, como abaixo demonstrado:”

Elaborou no demonstrativo de débito às folhas 472 e 473, reduzindo o valor da infração para R\$1.086.956,73, conforme abaixo:

Data Ocorr.	Valor Débito
31/10/2008	200.164,90
30/11/2008	25.527,18
31/12/2008	536,59
28/02/2009	70.226,65
31/03/2009	27.828,63
30/04/2009	32.681,85
31/05/2009	79.479,54
30/06/2009	55.728,16
31/07/2009	96.300,68
31/08/2009	129.146,71
30/09/2009	141.351,19
31/10/2009	102.787,31
30/11/2009	11.573,76
31/12/2009	113.623,58
TOTAL	1.086.956,73

Em relação à infração 02, consta do Parecer ASTEC que nada foi alterado, permanecendo o valor apurado pelo autuante, como demonstrado na 1ª Informação Fiscal, haja vista, que as mercadorias são sujeitas à Substituição Tributária.

Portanto, o procedimento adotado pela ASTEC foi, exatamente, o determinado pela Junta de Julgamento Fiscal, inclusive em relação a “**Barra de Chocolates com 1 kg**” e “**Salgadinho de Trigo**”, não podendo ser acolhida as alegações da defesa e nem da informação fiscal, produzidas após realização da diligência. A ASTEC revisou as MVA’s considerando os CFOP’s consignados nas notas fiscais, conforme determinado na diligência.

Em relação ao questionamento da autuada com relação à mercadoria “**Creme Dental**” cobrada na NF 96792, de 18/08/2009, quando na realidade esta nota fiscal contém apenas balas e drops, produtos à época desenquadrados da ST, o autuante reconheceu que a defesa tem razão em sua alegação, conforme pode ser visto na cópia anexada à fl. 250 do PAF, tendo efetuado as correções devidas em sua primeira informação fiscal. Acolho essa revisão realizada pelo autuante uma vez que foi realizada com base nos documentos fiscais das referidas operações.

Entretanto, em relação a infração 01, o Parecer da ASTEC não pode ser acolhido integralmente, uma vez que acato o argumento defensivo em relação ao mês de julho de 2009, fls. 255 e 256 referente à uma suposta NF 43617, com ICMS devido no valor de R\$85,02, pois não consta do Anexo 01 do Auto de Infração em lide, fl.36. Logo, deve ser deduzido o valor R\$85,02 do apurado pela ASTEC de R\$96.300,68, ficando o ICMS devido de R\$96.215,66 relativo ao referido mês.

Igualmente, acato o argumento defensivo em relação ao mês de dezembro de 2009, NF 411990; NF 35501 e NF 412493 todas contendo balas e pirulitos. Ocorre que, analisando o artigo 353, inciso II, do RICMS/97, é possível concluir que bombons, balas, caramelos, confeitos, pastilhas e dropes, não se submetem ao regime de Substituição Tributária desde 01/01/2009, conforme abaixo:

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 internas 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:

(...)

8.3 - revogado

Nota: O item 8.3, do inciso II do caput do art. 353 foi revogado pela Alteração nº 108 (Decreto nº 11289, de 30/10/08. DOE de 31/10/08), efeitos a partir de 01/01/09.

Redação originária, efeitos até 31/12/08:

8.3 - bombons, **balas**, caramelos, confeitos, pastilhas e dropes - NCM 1704.90.10, 1704.90.20 e 1806.90.00.

8.4 - revogado

Nota: O item 8.4, do inciso II do caput do art. 353 foi revogado pela Alteração nº 108 (Decreto nº 11289, de

30/10/08. DOE de 31/10/08), efeitos a partir de 01/01/09.

Redação originária, efeitos até 31/12/08:

“8.4 - **pirulitos** - NCM 1704.90.90;”

Diante da análise das informações acima transcritas, infere-se que bombons, balas, caramelos, confeitos, pastilhas e drops, desde 01/01/2009, estão fora do regime de substituição tributária (não configurando hipótese de recolhimento de ICMS por antecipação). Portanto, também deve ser excluído no levantamento revisado pela ASTEC, no mês de dezembro de 2009 os valores de R\$1.332,74, R\$377,52 e R\$190,78, totalizando R\$1.901,04. Assim, fica o ICMS devido de R\$111.722,54, relativo ao referido mês.

Logo, a infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$1.084.970,67, conforme abaixo:

Data Ocorr.	ICMS DEVIDO APÓS JULGAMENTO
31/10/2008	200.164,90
30/11/2008	25.527,18
31/12/2008	536,59
28/02/2009	70.226,65
31/03/2009	27.828,63
30/04/2009	32.681,85
31/05/2009	79.479,54
30/06/2009	55.728,16
31/07/2009	96.215,66
31/08/2009	129.146,71
30/09/2009	141.351,19
31/10/2009	102.787,31
30/11/2009	11.573,76
31/12/2009	111.722,54
TOTAL	1.084.970,67

Relativamente ao segundo item do Auto de Infração, acato o resultado da revisão fiscal realizada pelos autuantes, ficando a infração 02 reduzida para o valor de R\$ 82.524,41, cabendo destacar que a diligência realizada pela ASTEC, onde foi determinado expressamente que “c) **excluir da infração 02 os valores relativos aos produtos, apontados pela defesa, cujos NCM não conste, expressamente, do art. 353, do RICMS/97;**” constatou que a revisão realizada pelo autuante na informação fiscal foi correta.

Logo, a infração 02 restou parcialmente caracterizada, nos valores abaixo indicados:

Data Ocorr.	Data Vencido.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa (%)	Valor Débito
31/10/2008	09/11/2008	59.229,23	17,00	60,00	10.068,97
30/11/2008	09/12/2008	354.879,76	17,00	60,00	60.329,56
31/12/2008	09/01/2009	1.315,35	17,00	60,00	223,61
28/02/2009	09/03/2009	4.124,05	17,00	60,00	701,09
31/03/2009	09/04/2009	17.965,58	17,00	60,00	3.054,15
30/04/2009	09/05/2009	3.891,11	17,00	60,00	661,49
31/05/2009	09/06/2009	2.978,23	17,00	60,00	506,30
30/06/2009	09/07/2009	483,53	17,00	60,00	82,20
31/07/2009	09/08/2009	1.632,64	17,00	60,00	277,55
31/08/2009	09/09/2009	5.802,82	17,00	60,00	986,48
30/09/2009	09/10/2009	7.874,23	17,00	60,00	1.338,62
31/10/2009	09/11/2009	10.415,64	17,00	60,00	1.770,66
30/11/2009	09/12/2009	8.172,29	17,00	60,00	1.389,29
31/12/2009	09/01/2010	6.673,17	17,00	60,00	1.134,44
				Total:	82.524,41

Pelo acima exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO V. HISTÓRICO
1	PROCEDENTE EM PARTE	1.084.970,67
2	PROCEDENTE EM PARTE	82.524,41
TOTAL		1.167.495,08

A 4ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 960 a 974), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, no qual suscitou a nulidade da Decisão recorrida por afronta ao devido processo legal e às disposições do Acórdão CJF nº 0050-12/16, pois deixou de analisar todas as questões objeto da impugnação.

Explicou que o devido processo legal, como salvaguarda constitucional, pode ser entendido nos aspectos procedimental, consistente na segurança de que um ato estatal apenas será válido quando for fruto de um processo adequado de tomada de decisão, e substantivo, consistente na

garantia dos cidadãos contra atos estatais arbitrários, praticados sem a observância de padrões mínimos de razoabilidade, sem a própria obediência às questões materiais objeto de análise.

Disse que, na Infração 01, foi aplicada a MVA de 40% (quarenta por cento) para balas, chicletes, bombons e chocolates, referente às Notas Fiscais nº 40629, 40641, 40645, 40652, 403072, 40727, 40729 e 40733, cuja MVA correta é 30% (trinta por cento), na redação anterior do item 8 do Anexo 88, dada pelo Decreto nº 10.396/07, com efeitos entre 21/06/2007 e 31/12/2008, pois foram adquiridas junto ao distribuidor atacadista com o CFOP 6.102.

Alegou que a Auditora Fiscal da ASTEC apenas afirmou ter aplicado os percentuais de MVA de acordo com a CFOP constante nas notas fiscais, conforme determinado pela 2ª JJF, em 18/06/2013, mas não apresentou qualquer comprovação neste sentido, e pugnou pela apresentação dos resultados.

Destacou o enquadramento equivocado de certas mercadorias no regime de substituição tributária, observando que foi exigido o ICMS em relação às mercadorias “Barra Choc Bel ao Leite 1kg cx15” e “Barra Choc Bel Meio Amargo 1kg cx15”, elencadas na Nota Fiscal nº 16297, apesar de entender que estes chocolates não constituem produtos prontos para o consumo, mas coberturas para a fabricação, pois tem peso de 1 kg (um quilo), sendo inverossímil se conceber que um chocolate com este peso esteja pronto para o consumo.

Afirmou que tal situação já foi decidida por este CONSEF, tanto em 1ª quanto em 2ª instância, mediante o Acórdão CJF nº 0286-12/12, referente ao Auto de Infração nº 149269.0006/11-2, mas o Autuante alegou que somente as barras de chocolate com peso superior a 2 kg (dois quilos) estão fora do regime de substituição tributária, fundamentando na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI, não merecendo guarida tal qualificação.

Asseverou que foi glosada a Nota Fiscal nº 296876, do mês de junho de 2009, na planilha da Diligência elaborada pela ASTEC, que supostamente conteria chocolates com a NCM 1806.32.20, entretanto a referida nota fiscal somente contém cremes dentais, equívoco que ocorre diversas vezes em vários meses.

Acrescentou que os salgadinhos “Troféu”, preparados à base de trigo, com o NCM 1905.90.90, não estão sujeitos ao regime de substituição tributária, pois somente foram elencados no item 29 do inciso II do Art. 29 do RICMS/97 os salgadinhos produzidos à base de cereais, batata, amendoim ou castanha de caju.

No tocante à Infração 02, relatou que foram incluídas mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, porém a ASTEC não cumpriu a determinação constante na Diligência efetuada pela 2ª JJF de excluir os produtos elencados pela Defesa, mantendo o valor apurado pelo Autuante, sob o argumento de que todas as mercadorias estariam enquadradas no regime de substituição tributária.

Requeru a nulidade do Acórdão JJF nº 0040-02/18, por manifesta violação ao princípio do devido processo legal substantivo, ou a sua reforma para declarar a improcedência do Auto de Infração, ou ainda, em caráter subsidiário, a correção das ilegalidades cometidas, aplicando os percentuais corretos de MVA e glosando as notas fiscais referentes às operações não enquadradas no regime de substituição tributária.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, e da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

Constato que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor histórico de R\$271.416,49, conforme

extrato (fl. 952), montante superior a R\$100.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99, conforme redação vigente à época do Acórdão recorrido.

Preliminarmente, destaco que não vislumbrei na Decisão recorrida nenhuma afronta ao devido processo legal, nem às disposições do Acórdão CJF nº 0050-12/16, tendo o Acórdão recorrido analisado todas as questões objeto da impugnação, tanto em relação aos pedidos preliminares de nulidade, diligência e perícia, quanto na análise do mérito de ambas as Infrações 01 e 02, tratando dos percentuais de MVA aplicados em função do CFOP, enquadramento equivocado ou não de produtos na substituição tributária, produtos indicados equivocadamente como outros produtos, e de produtos em que a responsabilidade é do remetente, em razão da existência de Convênios ou Protocolos.

Portanto, afasto a nulidade suscitada, tanto em relação à Decisão recorrida quanto ao próprio Auto de Infração, já que não houve o cerceamento de defesa alegado.

Apesar de não ter sido feito um pedido expresso de diligência ou perícia, apenas um requerimento para que o Autuante fizesse a correção das ilegalidades cometidas, denego tal pedido, por considerar que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção, e que a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, nos termos do Art. 147, I, “a” e II, “a” do RPAF/99.

Considerando que a análise se configura em verificar se determinado produto está ou não enquadrado no regime de substituição tributária, ou se está correto o MVA aplicado, ou ainda se há Convênios e/ou Protocolos atribuindo a responsabilidade ao remetente, aproveitando ao mérito de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário, e a ambas as Infrações 01 e 02, avaliarei tudo conjuntamente.

Está correta a aplicação da MVA de 40% (quarenta por cento), para balas, chicletes, bombons e chocolates, referente às Notas Fiscais nºs 40.629, 40.641, 40.645, 40.652, 403.072, 40.727, 40.729 e 40.733, de dezembro de 2008, não assistindo razão ao Autuado.

Verifiquei que todas as notas fiscais foram emitidas pelos fabricantes ou suas filiais, as quais se inserem como uma extensão do estabelecimento industrial, e por este motivo, deve ser utilizada a MVA destinada a aquisições na indústria, conforme abaixo:

- Nota Fiscal nº 403.072: emitida pela filial da empresa Chocolates Garoto S.A. no Espírito Santo, fabricante do Bombom Surreal relacionado na referida Nota Fiscal;
- Notas Fiscais nº 40.629, 40.641, 40.645, 40.652, 40.727, 40.729 e 40.733: emitidas pela filial da empresa Arcor do Brasil Ltda. em Pernambuco, fabricante das guloseimas relacionadas nas respectivas Notas Fiscais (Balas Butter, Chicletes Big Big, etc).

Assim se sucede com as demais notas fiscais, em que foi utilizado o MVA de 40%.

O CFOP 6.102 não diferencia os produtos adquiridos de terceiros, dos recebidos em transferência, motivo pelo qual, não pode ser o balizador da determinação do MVA correto a ser utilizado. Quando ocorre a transferência, é utilizado o preço de custo, sendo toda a receita apurada no estabelecimento que faz a revenda, daí a utilização da MVA atribuída ao estabelecimento industrial. Caso fosse utilizado o MVA para estabelecimentos comerciais, a base de cálculo não iria refletir o preço ao consumidor final, já que estaria sendo suprimida a margem de lucro do estabelecimento industrial.

Também está correto o enquadramento das mercadorias “Barra Choc Bel ao Leite 1kg cx15” e “Barra Choc Bel Meio Amargo 1kg cx15”, elencadas na Nota Fiscal nº 16.297, de outubro de 2008, no regime de substituição tributária, pois não é o peso de 1 kg (um quilo) que diz se o produto está pronto para o consumo, mas se necessita de algum processo adicional como uma mistura, assim como o chocolate em pó e a cobertura para confeito.

Entretanto, foi equivocadamente exigida a antecipação em relação ao produto “Cob. Confeiteiro”, mediante as Notas Fiscais nºs 98.543, 356.038, 366.280, 380.324, 387.716, 403.077, 411.909 e 412.493, nos

meses de março, maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2009, oriundas do Estado de São Paulo, respectivamente, produto que não está sujeito ao regime de substituição tributária, por não estar pronto para consumo, e está sendo excluído por este Relator.

Assiste razão ao Autuado, quanto a não serem chocolates os produtos constantes da Nota Fiscal nº 296.876, do mês de junho de 2009, mas também não se tratam de cremes dentais, mas de balas e pirulitos, que não estavam sujeitos ao regime de substituição tributária desde 01/01/2009, motivo pelo qual, também deve ser excluída da autuação a Nota Fiscal nº 96.792, de agosto de 2009, com origem no Estado de Minas Gerais.

O mesmo ocorreu também com as Notas Fiscais nºs 330.509, 34.356, 97.397, 34.905, 331.781, 35.242, 1.830, 334.460, 35.501 e 2.357, nos meses de setembro a dezembro de 2009, oriundas dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, que estão sendo excluídas do demonstrativo por este Relator.

Não assiste razão ao Autuado em relação aos salgadinhos “Troféu”, Notas Fiscais nºs 402.038 e 402.039, de novembro de 2009, e 486.136, de março de 2009, com origem no Estado de São Paulo, preparados à base de trigo, que é uma espécie de cereal, e possuem o NCM 1904.10.00, já que são obtidos mediante expansão, não o NCM 1905.90.90, pois não são produtos de padaria, pastelaria ou da indústria de bolachas e biscoitos, estando, portanto, sujeitos ao regime de substituição tributária, e elencados no item 29 do inciso II do Art. 29 do RICMS/97.

Entretanto, assiste razão ao Autuado em relação aos produtos constantes dos Protocolos ICMS 16/85 (“Aparelhos, Lâminas de Barbear e Isqueiros”, Notas Fiscais nºs 15.609, 15.610, 15.611 e 15.612, de março de 2009, e 15.104, de abril de 2009, originados no Estado de São Paulo), e 50/05 (“Bis ao Leite”, “Bis Avelã” e “Bis Laka”, Nota Fiscal nº 3.837, de novembro de 2009, oriunda do Estado de Pernambuco).

Ressalto, que os produtos “Aparelhos e Lâminas de Barbear” foram corretamente excluídos pela Decisão recorrida, e os valores das GNRES relativas aos produtos “Bis ao Leite”, “Bis Avelã” e “Bis Laka” foram lançados no demonstrativo do Auto de Infração para reduzir os valores das Notas Fiscais nºs 9.656, 12.594 e 3.837, nos meses de maio, agosto e novembro de 2009, respectivamente.

Para manter a coerência, excluí do demonstrativo tanto o lançamento indevido dos produtos, quanto a informação específica dos valores recolhidos em relação às citadas Notas Fiscais nºs 9.656, 12.594 e 3.837.

Apesar de não ter sido mencionado na Defesa e no Recurso Voluntário, foi equivocadamente exigida a antecipação em relação ao produto “refresco em pó”, mediante as Notas Fiscais nºs 164.675 e 164.676, no mês de novembro de 2008, oriundas do Estado do Rio Grande do Sul, e 2.681 e 3.836, no mês de outubro de 2009, oriundas do Estado de Pernambuco, produto que deixou de estar sujeito ao regime de substituição tributária desde 01/10/2005, e está sendo excluído de ofício por este Relator.

Após as revisões citadas acima, o demonstrativo da Infração 01 é o seguinte:

Data Ocorrência	ICMS Auto de Infração	ICMS 2ª JJF	ICMS 2ª CJF	Ocorrências
31/10/2008	215.145,50	200.164,90	215.145,50	
30/11/2008	38.682,06	25.527,18	36.514,40	NFs 164675 e 164676 (refrescos)
31/12/2008	821,18	536,59	821,18	
28/02/2009	76.912,00	70.226,65	76.912,00	
31/03/2009	31.885,10	27.828,63	28.324,74	NFs 15609 a 15612 (ap. barbear) e 98543 e 356038 (cobert. chocolate)
30/04/2009	33.232,90	32.681,85	33.232,90	
31/05/2009	86.060,49	79.479,54	84.998,42	NFs 15104 (isqueiro), 9656 (wafers) e 366280 (cobert. chocolate)
30/06/2009	60.671,56	55.728,16	60.489,86	NF 296876 (balas)
31/07/2009	102.861,96	96.215,66	102.861,96	
31/08/2009	143.148,41	129.146,71	141.226,65	NFs 96792 (balas), 12594 (wafers) e 380324 (cobert. chocolate)
30/09/2009	152.715,02	141.351,19	148.842,64	NFs 330509, 34356 e 387716 (balas) e 387716 (cobert. chocolate)

31/10/2009	111.702,87	102.787,31	108.935,02	NFs 34905 e 331781 (balas) e 2681 e 3836 (refrescos)
30/11/2009	16.633,60	11.573,76	13.741,30	NFs 35242 e 1830 (balas), 3837 (wafers) e 403077 (cobert. chocolate)
31/12/2009	123.680,65	111.722,54	120.184,11	NFs 334460, 35501 e 2357 (balas) e 411909 e 412493 (cobert. chocolate)
Valor Total	1.194.153,30	1.084.970,67	1.172.230,68	

Já o demonstrativo da Infração 02 está indicado abaixo:

Data Ocorrência	ICMS Auto de Infração	ICMS 2ª JJF	ICMS 2ª CJF	Ocorrências
31/10/2008	10.068,97	10.068,97	10.068,97	
30/11/2008	60.329,56	60.329,56	59.485,52	NF 164675 (refrescos)
31/12/2008	223,61	223,61	223,61	
28/02/2009	701,09	701,09	701,09	
31/03/2009	3.054,15	3.054,15	2.648,15	NFs 98543 e 356038 (cobert. chocolate)
30/04/2009	661,49	661,49	661,49	
31/05/2009	506,30	506,30	301,77	NF 366280 (cobert. chocolate)
30/06/2009	146,04	82,20	82,20	NF 296876 (balas)
31/07/2009	277,55	277,55	277,55	
31/08/2009	986,48	986,48	295,58	NFs 96792 (balas) e 380324 (cobert. chocolate)
30/09/2009	1.338,62	1.338,62	430,75	NFs 34356 e 97397 (balas) e 387716 (cobert. chocolate)
31/10/2009	1.770,66	1.770,66	-	NFs 34905 (balas) e 2681 (refrescos)
30/11/2009	1.389,29	1.389,29	56,19	NFs 35242 e 1830 (balas), 3836 (refrescos) e 403077 (cobert. chocolate)
31/12/2009	1.134,44	1.134,44	191,96	NFs 334460 e 35501 (balas) e 411909 e 412493 (cobert. chocolate)
Valor Total	82.588,25	82.524,41	75.424,83	

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário, de forma a julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$1.247.655,51, conforme demonstrativos apresentados:

Infração	ICMS Auto de Infração	ICMS 2ª JJF	ICMS 2ª CJF	Multa	Resultado
Infração 01	1.194.153,30	1.084.970,67	1.172.230,68	60%	Recursos Parc. Providos
Infração 02	82.588,25	82.524,41	75.424,83	60%	Recursos Parc. Providos
Valor Total	1.276.741,55	1.167.495,08	1.247.655,51		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** os Recursos de Ofício e Voluntário, apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269283.0027/12-3**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.247.655,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, incisos II, “d” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS