

PROCESSO	- A. I. N° 282219.1201/09-2
RECORRENTE	- MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A. (ARMAZÉM MARTINS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0362-02/10
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 27/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0430-12/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO, E DO CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. MERCADORIAS RELACIONADAS NO CONVÊNIO ICMS 74/94 e no artigo 353, inciso II, do RICMS/BA. Não acolhidas as arguições trazidas em preliminar. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração n° 282219.1201/09-2, lavrado em 14/12/2009 para exigir ICMS no valor total de R\$108.578,46, acrescido da multa de 60%, em razão de dezoito imputações. O contribuinte reconhece o cometimento das Infrações 02 a 10, e 12 a 17. A Junta de Julgamento Fiscal julga improcedente a Infração 01, que exigia ICMS no valor de R\$3.962,67, acrescido da multa de 60%.

O Recurso Voluntário versa sobre as imputações 11 e 18:

INFRAÇÃO 11. Falta de retenção do ICMS, no valor de R\$58.188,59, e do consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, conforme demonstrativo e documentos às fls.121 a 543.

INFRAÇÃO 18. Falta de retenção do ICMS, no valor de R\$30.438,53, e do consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, conforme demonstrativo e documentos às fls.121 a 543.

À fl. 551 está anexado recibo de entrega ao sujeito passivo, na data de 19/12/2009, de cópia do Auto de Infração e dos demonstrativos fiscais de fls. 01 a 543 dos autos deste processo.

Conforme consta nos autos do processo, às fls. 553 a 572 o autuado impugnou parcialmente o lançamento de ofício, inicialmente arguindo preliminares de nulidade por cerceamento de direito de defesa e, no mérito, impugnando as imputações 01, 11 e 18, e reconhecendo a procedência das demais Infrações, elaborando tabela neste sentido à fl. 558. Na mesma impugnação o contribuinte também reconheceu a procedência parcial das Infrações 11 e 18.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 626 a 630, acatando parte das alegações defensivas, estas em relação ao produto “aguarrás”, e elaborando tabela à fl. 631, pedindo o julgamento pela procedência parcial da autuação.

O autuado volta a manifestar-se às fls. 633 a 634. Conforme intimação à fl. 639, o sujeito passivo foi cientificado do teor da informação fiscal, recebendo cópia das folhas 626 a 631, tendo novamente se manifestado às fls. 641 a 644, no prazo concedido.

À fl. 678 a JJF converteu o processo em Diligência à INFRAZ de origem (IFEP Comércio), considerando que na informação fiscal os autuantes concordaram, em relação ao item 01, com o argumento defensivo de que o produto "aguarrás" não estava contemplado com a não incidência prevista no artigo 155, parágrafo 2º, inciso X, alínea "b" da Constituição da República, e se enquadrava na situação prevista no inciso IV do §1º da cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99 – Convênio ICMS que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos - e não na alínea "c" do inciso III do mesmo §1º desta mesma cláusula terceira, o que tornava indevido o lançamento do débito em relação a este produto, porém apresentaram a mesma planilha constante à fl. 631, sem a exclusão deste item da autuação. Na Diligência foi solicitado que os autuantes refizessem o levantamento fiscal que serviu de base ao lançamento do débito da infração 1 considerando a MVA de 30%, tendo em vista que, conforme admitido pelos agentes fiscais, a operação estava enquadrada no inciso IV do §1º da cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99. Foi observado também que se da alteração resultasse imposto a recolher, fosse elaborado demonstrativo indicando os totais mensais a serem mantidos no item 01 da autuação.

A diligência foi cumprida às fls. 681 e 682, o sujeito passivo foi cientificado conforme documentos de fls. 683 e 684, novamente manifestando-se às fls. 686 a 689. Os autuantes então pronunciaram-se à fl. 702.

O julgamento unânime em primeira instância decidiu pela procedência parcial do Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0362-02/10, às fls. 714 a 726. Quanto às preliminares de nulidade, e às imputações 11 e 18, objeto do Recurso Voluntário interposto, em seu voto assim se expressa o digno Relator:

Analisando, inicialmente, a preliminar de nulidade, a pretexto de cerceamento do direito de defesa, sob alegação de que não foram disponibilizados, juntamente com o Auto de Infração, os arquivos eletrônicos (extensão xls.) elaborados pela fiscalização contendo o demonstrativo de apuração do ICMS ST, retido a menor ou não retido, os quais serviram de base para a composição da exigência fiscal, verifico que no curso do processo o pedido do contribuinte foi devidamente atendido pelos autuantes, tendo o próprio sujeito passivo declarado à fl. 642, que em 25/02/2010, foram enviados os arquivos no formato solicitado, possibilitando, assim, o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Quanto ao pedido do contribuinte para dilação do prazo de defesa para mais 15 (quinze) dias contados a partir do recebimento dos arquivos disponibilizados pela fiscalização, verifico que, a previsão legal contida no § 7º do artigo 127 do RPAF/99, é de que no caso de serem anexados novos elementos ao processo, o prazo estabelecido é de 10 (dez) dias, prazo esse, que foi devidamente cumprido, conforme intimação à fl. 639.

Assim, fica rejeitada a arguição de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie as disposições contidas no artigo 18, incisos II e III, do RPAF/BA aprovado pelo Decreto 7.629 de 09/07/1999.

Ainda em preliminar o autuado pediu que seja reconhecido crédito em sem favor correspondente a diferença entre o valor da multa paga em decorrência do reconhecimento do débito e o benefício de "redução da multa em até 70% para os casos de pagamento efetuados entre o 11º e o 20º dia contados da data de ciência do Auto de Infração", vez que apenas teve acesso aos arquivos eletrônicos completos para cálculo do débito em 25/02/2010, tendo o pagamento das parcelas reconhecidas sido realizado em 11/03/2010, ou caso não seja este o entendimento do órgão julgador, que seja reconhecido crédito equivalente a "redução de 25% do valor multa, para os pagamentos efetuados até antes do julgamento do processo administrativo fiscal pelo CONSEF".

Deixo de acolher o pleito do contribuinte, tendo em vista que o prazo é contado a partir da ciência do Auto de Infração, e não existe previsão legal para dilação do prazo para redução da multa por descumprimento de obrigação principal.

No mérito, (...)

Infração 11 – Este item faz referência à falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de ÓLEO DE PEROBA realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O débito lançado no Auto de Infração totaliza a cifra de R\$58.188,59, sendo que o autuado reconheceu como devido o total de R\$1.380,20, justificando que o não recolhimento decorreu de problemas operacionais no seu sistema de faturamento, conforme demonstrativo à fl. 642.

Quanto ao valor de R\$56.808,39, o sujeito passivo o impugnou sob alegação de que o produto “Óleo de Peroba” comercializado pela empresa e objeto da autuação, não está sujeito ao regime de substituição tributária previsto pelo Convenio ICMS nº 74/94, pois tem a classificação fiscal NCM 27101919, qual seja, no título 27 - combustíveis minerais, óleos minerais e produtos da sua destilação, matérias betuminosas, ceras minerais, subtítulo 2710 - Óleo de petróleo ou de minerais betuminosos, contendo como constituintes básicos 70% ou mais de óleos de petróleo ou de minerais betuminosos, e que o mesmo tem a classificação NCM 2710.1999 (outros) conforme informações do fabricante.

Ocorre, que de acordo com a Nota Fiscal nº 212083, da Manufatura Produtos King Ltda, fl.594, a NCM deste produto é 2710.1999, logo, está sujeita à substituição tributária, conforme Item II do Anexo ao Convênio ICMS 74/94.

Logo, considero correto o entendimento dos autuantes de que este produto, embora o fabricante utilize a NCM 27101999, o mesmo é utilizado nas preparações para conservação e limpeza de móveis de madeira, soalhos e de outros artigos de madeira, e está submetido ao regime de substituição tributária, conforme 16.7.3 do inciso II do artigo 353, do RICMS/97. Mantido o lançamento.

Infração 18

Diz respeito à falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de **CAFÉ MELITA DESCAFEINADO E CEREAIS** realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A tese defensiva é de que o Café Melita Descafeinado, estaria enquadrado na NCM do fabricante ou seja, NCM 2101.1110 (café solúvel, mesmo descafeinado), e que o fato de ser descafeinado seria apenas um detalhe do café solúvel e passa a descrever a fabricação do produto.

Examinando a Nota Fiscal de Entrada nº 425230, da Mellita do Brasil Ltda, fl. 597, verifico que a NCM nela constante é 0901.2200, e portanto, está relacionada no Anexo ao Convênio ICMS nº 74/94, para fins de substituição tributária, e especificado no item 10, do inciso II do artigo 353 do Decreto nº 6.284/97.

Quanto ao produto Cereal Kellogs e Cereal Nestlé - NCM 1904.10.00, o patrono do autuado concorda que a mercadoria enquadra-se na classificação estabelecida no Art. 353, inciso II, item 29.1, porém, alegou que não são todos os produtos enquadrados nesta NCM que estão no campo da incidência do ICMS-ST, mas somente aqueles que são salgados industrializados.

O citado dispositivo legal, não deixa dúvida de que o produto em questão por esté enquadrado na NCM 1904.10.00, está sujeito ao recolhimento do ICMS-ST, o que torna subsistente a exigência fiscal. Mantido o lançamento.

Ante o exposto, a configuração do Auto de Infração passa a ser a constante no quadro abaixo:

INFRAÇÃO	Valor Orig. Lançado	Valor Reconhecido e Rec.(DAE fl.592)	Valor Reconhecido e Rec.(DAE fl.645)	Infração Improcedente	Infração Procedente
1	3.962,67			3.962,67	
2	5,78	5,78			
3	103,99	103,99			
4	2,68	2,68			
5	3,00	3,00			
6	3,88	3,88			
7	0,12	0,12			
8	0,71	0,71			
9	4,51	4,51			
10	508,26	508,26			
11	58.188,59		1.380,20		56.808,39
12	12.172,49	12.172,49			
13	16,08	16,08			
14	2.483,48	2.483,48			
15	571,60	571,60			
16	52,76	52,76			
17	59,33	59,33			
18	30.438,53		8.541,60		21.896,93
TOTAIS	108.578,46	15.988,67	9.921,80	3.962,67	78.705,32

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$104.615,79, devendo serem homologados os valores de R\$15.988,67 e R\$9.921,80, recolhidos conforme DAEs às fls.558 e 645, respectivamente.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 739 a 754. Em síntese o recorrente aduz que o Auto de Infração foi julgado procedente em parte no

valor de R\$104.615,79, acrescido da multa de 60%, tendo restado homologados os valores originais de R\$15.988,80 e R\$9.921,80, já recolhidos por ele, Recorrente, conforme DAEs às fls. 558 e 645, e julgado improcedente o lançamento fiscal atinente à Infração 1 (retenção e recolhimento a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativos às operações subsequentes nas vendas de querosene e aguarrás) no valor de ICMS de R\$ 3.962,67. Que a exigência fiscal foi mantida em relação às Infrações 11 e 18, falta de retenção de ICMS devido por substituição tributária sobre as vendas subsequentes dos produtos “óleo de peroba”, valor de ICMS de R\$56.808,39, e “café Melita descafeinado e cereais”, valor de ICMS de R\$21.896,93, respectivamente. Que estas duas Infrações julgadas procedentes totalizam ICMS exigido de R\$78.705,32, e o “despacho” da Junta, constante da Resolução, cita a intimação dele, Recorrente, para pagamento de imposto no valor original de R\$104.615,79, o que aduz que deveria ser revisto por esta Câmara Julgadora, *“vez que a diferença refere-se exatamente aos valores que já foram pagos e homologados pelo n. juízo a quo.”*

Em seguida insurge-se contra o julgamento de primeira instância pela procedência das imputações 11 e 18, em relação a estas repriseando os argumentos defensivos já esposados na impugnação originária.

Em relação à Infração 11, o lançamento original do Auto de Infração, neste item julgado integralmente procedente em primeira instância, exigia ICMS no valor de R\$58.188,59. O contribuinte insurge-se contra a exigência do “valor original e remanescente de R\$56.808,39”. Aduz que se trata de fatos geradores ocorridos entre janeiro de 2006 e dezembro de 2007, por ausência de recolhimento do ICMS ST sobre as vendas do produto “Óleo de Peroba”. Que os autuantes entenderam que esta operação estaria sujeita ao recolhimento do ICMS ST, por força do disposto no Convênio ICMS 74/94, que disciplina o regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química (relacionadas no Anexo do Convênio), vindo a exigir a aplicação do percentual de MVA de 35%, nos termos previstos no inciso I do §2º da Cláusula Terceira do Convênio. Que os Julgadores entenderam que embora o fabricante utilize a NCM 27101999, o produto é utilizado nas preparações para conservação e limpeza de móveis e madeira, soalhos e de outros artigos de madeira, estando submetido ao regime de substituição tributária, conforme item II do Anexo ao Convênio ICMS 74/94 e item 16.7.3 do inciso II do artigo 353 do RICMS/BA.

O recorrente argumenta que os Julgadores de primeira instância não teriam fundamentado juridicamente a manutenção do lançamento, e teriam ignorado os argumentos suscitados em sede de Impugnação. Que, para fins de sujeição dos contribuintes ao regime de substituição tributária, há que se observar o princípio da legalidade e tipicidade cerrada, e por isto não bastaria que a NCM do produto esteja prevista no Anexo ao Convênio ICMS 74/94, nem que a especificação ou finalidade do produto esteja previsto no RICMS. Que seria preciso que o produto se enquadrasse na especificação (finalidade do produto) prevista no Convênio e que para tal especificação houvesse a NCM correlata. Que, assim, o enquadramento é feito pelo cotejo analítico da especificação e o código NCM de forma conjunta, não se podendo promover o enquadramento considerando-se, isoladamente, a especificação, ou a NCM. Que o produto “Óleo de Peroba” comercializado por ele, recorrente, não estaria sujeito ao regime de substituição tributária previsto pelo Convênio ICMS nº 74/94. Que a NCM deste produto é a 27101919. Copia tabela NCM e descrições com os códigos NCM 27 (Combustíveis minerais, óleos minerais e produtos da sua destilação, matérias betuminosas, cereais minerais); NCM 2710 (Óleos de petróleo ou de minerais betuminosos, exceto óleos brutos; preparações não especificadas nem compreendidas em outras posições, contendo, como constituintes básicos, 70% ou mais, em peso, de óleos de petróleo ou de minerais betuminosos. Desperdícios de óleos); 27101 (Óleos de petróleo ou de minerais betuminosos (exceto óleos brutos) e preparações não especificadas nem compreendidas em outras posições, contendo, como constituintes básicos, 70% ou mais, em peso, de óleos de petróleo ou de minerais betuminosos, exceto os desperdícios); NCM 271019 (Outros); e NCM 27101919 (Outros).

Aduz que no Anexo ao Convênio ICMS 74/94, a posição na NCM do “Óleo de Peroba”, está especificada no Item II, que trata das “*preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas, vernizes e outros*”. Que, consoante o descriptivo do produto carreado aos autos, o “Óleo de Peroba”, não poderia ser considerado um solvente, diluidor ou removedor de tintas e vernizes, e que este produto serve para limpar, lustrar e proteger móveis.

Que, assim, enquadrar-se-ia no disposto no item III do Anexo ao Convênio ICMS 74/94. Que, porém, a posição específica na NCM deste produto não estaria vinculada ao item III, e sim ao item II do referido Anexo, razão pela qual aduz que o regime de substituição tributária não se aplicaria às operações dele, recorrente, na comercialização do “Óleo de Peroba”.

Transcreve o Anexo ao Convênio ICMS 74/94, em seus itens I (Tintas, vernizes e outros - NCM 3208, 3209 e 3210); II (Preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas, vernizes e outros – NCM 2707, 2710 (exceto posição 2710.11.30), 2901, 2902, 3805, 3807, 3810 e 3814); e III (Massas, pastas, ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, polimento ou conservação – NCM 3404, 3405.20, 3405.30, 3405.90, 3905, 3907, 3910).

Afirma que a NCM do produto (2710) consta do item II e a sua especificação consta do item III, que não tem tal código NCM vinculado. Que não havendo correlação entre finalidade/especificação do produto e NCM não haveria que se falar em sujeição ao regime de substituição tributária, sob pena de violação dos princípios constitucionais da legalidade, tipicidade cerrada e segurança jurídica. Que o mesmo acontece com o previsto no item 16.7.3 do inciso II do artigo 353 do RICMS/BA, que cita como: “*16.7.3. encáusticas e preparações semelhantes, para conservação e limpeza de móveis de madeira, soalhos e de outros artigos de madeira - NCM 3405.20.00.*” Afirma que somente os produtos definidos como encáusticas e preparações semelhantes para conservação e limpeza de móveis de madeira, soalhos e de outros artigos de madeira especificamente enquadrados na posição NCM 3405.20.00, poderiam se sujeitar ao regime de substituição tributária. Que assim ele, recorrente, não poderia se submeter ao regime de substituição tributária porque não haveria previsão legal expressa neste sentido, sob pena de violação ao princípio da legalidade que também deve orientar os atos da autoridade administrativa no momento da definição da responsabilidade tributária.

Em relação à Infração 18, o lançamento original do Auto de Infração, neste item julgado integralmente procedente em primeira instância, exigia ICMS no valor de R\$30.438,53. O contribuinte insurge-se contra a exigência do “*valor original e remanescente de R\$21.896,93*”. Aduz que trata-se de fatos geradores ocorridos entre janeiro de 2006 e dezembro de 2007, por ausência de recolhimento do ICMS ST sobre as vendas dos produtos “Café Melita Descafeinado” e “Cereais”.

Em relação ao produto “Café Descafeinado” destaca que a NCM do produto é a 2101.1110, apesar de ter sido utilizada, por algum período, a NCM incorretamente informada pela indústria. Que os Auditores Fiscais entenderam que ele, recorrente, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, com base no item 10, do inciso II do artigo 353 do RICMS/BA, e que no entendimento do Fisco este produto seria classificado como café torrado ou moído, cujas posições na NCM são 0901.21.00, ou 0901.22.00.

Que o juízo *a quo*, sem fundamentação jurídica e ignorando os argumentos trazidos em sede de Impugnação, teria entendido que pelo fato de a NCM utilizada ter sido a 0901.2200, em parte do período fiscalizado, o produto em questão estaria relacionado no Anexo ao Convênio ICMS nº 74/94 e especificado no item 10 do inciso II do artigo 353 do RICMS/BA. Que, entretanto, ao se consultar a tabela da Nomenclatura Comum do Mercosul, verificar-se-ia que o produto “Café Melita Descafeinado” deveria ser classificado na posição 2101.11.10, como café solúvel, mesmo descafeinado. Copia parte da tabela NCM e descrições, nos itens 21 (Preparações Alimentícias Diversas); 2 2101 (Extratos, essências e concentrados de café, chá ou de mate e preparações à base destes produtos ou à base de café, chá ou de mate; chicória torrada e outros sucedâneos torrados do café e respectivos extratos, essências e concentrados); 2 21011 (Extratos, essências e

concentrados de café e preparações à base destes extratos, essências ou concentrados ou à base de café); 2 210111 (Extratos, essências e concentrados); e 2 21011110 (Café solúvel, mesmo descafeinado).

Afirma que não se justifica a manutenção da cobrança de ICMS ST dele, recorrente, porque o produto em questão é café solúvel. Aduz que o café solúvel é uma forma de café instantâneo com vários processos de fabricação na qual sofre desidratação e pode ser encontrado sob a forma de pó ou grânulos. Que o que diferencia o café solúvel dos demais tipos de café são as etapas de fabricação e a forma como o mesmo será preparado pelo consumidor. Que durante a fabricação do café solúvel extrai-se do pó de café as substâncias que se dissolvem em água e que dão o aroma e o sabor característicos da bebida, e em seguida, é feita a desidratação, processo no qual a água é retirada do extrato líquido, tendo-se como resultado um pó que conserva o sabor e o aroma do café. Que as partículas desse pó são depois reagrupadas em grânulos maiores, que permitirão que o café se dissolva mais facilmente em contato com a água, no momento de uso. Que, de outro lado, o café descafeinado é aquele no qual se extrai a cafeína existente no produto. Que para produzir café sem cafeína o suplemento estimulante precisa ser extraído dos grãos. Que, já que o café revela a maior parte do seu sabor durante a torração, a cafeína é extraída dos grãos verdes do café. Afirma que seus argumentos corroborariam o entendimento de que café descafeinado não se confunde com café solúvel descafeinado, de forma que a “característica descafeinado” não pressupõe necessariamente que o mesmo seja solúvel.

Aduz que a NCM do café solúvel mesmo descafeinado traz: “*Café solúvel mesmo descafeinado: Extratos, essências e concentrados de café, de chá ou de mate e preparações à base destes produtos ou à base de café, chá ou mate; chicória torrada e outros sucedâneos torrados do café e respectivos extratos, essências e concentrados.*” Que a fabricação do café solúvel decorre da extração do café das substâncias que se dissolvem em água e que dão o aroma e o sabor característicos da bebida. Que o produto do referido processo de extração das características do café se coaduna com o descritivo dos produtos que se encaixam na NCM 2101.11.10.

Que, contudo, o descritivo da NCM na qual o Fisco baiano entende que o produto comercializado pelo recorrente se enquadra não condiziria com as características do produto, conforme a NCM 0901.22.00: “*Café descafeinado: Café, mesmo torrado ou descafeinado; cascas e películas de café; sucedâneos do café contendo café em qualquer proporção.*”

Afirma que a classificação coerente com o descritivo do produto é a NCM 2101.11.10, qual seja, café solúvel mesmo descafeinado, que deveria ser entendido não como café propriamente dito, mas como extrato das substâncias que, após desidratadas e aglutinadas, permitirão o preparo de bebida com as características de café.

O recorrente passa a falar sobre os produtos feitos à base de cereais (Cereal Kellogs e Cereal Nestlé e variações). Aduz que o Fisco baiano entende que ele, recorrente, é responsável pela retenção do ICMS ST. Que este componente do Auto de Infração é sustentado com base no item 29.1 do inciso II do artigo 353 do RICMS/BA. Que a classificação do produto enquadra-se na NCM 1904.10.00 que se refere a “*produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou por torrefação (por exemplo, flocos de milho - “corn flakes”); cereais (exceto milho) em grãos ou sob a forma de flocos ou de outros grãos trabalhados (com exceção da farinha, do grumo e da sêmola), pré-cozidos ou preparados de outro modo, não especificados nem compreendidos em outras posições.*

Destaca que a classificação fiscal dada ao produto pelo Fisco baiano não diverge da classificação fiscal dele, recorrente.

Que, entretanto, o cerne da questão refere-se à restrição imposta pela legislação baiana para determinar a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS ST dos produtos concernentes a esta posição. Que o item 29 do inciso II do artigo 353 do RICMS/BA prevê a responsabilidade pelo recolhimento de ICMS ST decorrente da venda de salgados industrializados, mas o subitem 29.1 da

referida “lei” em que o Fisco baiano alega que o Cereal vendido por ele, recorrente, se enquadra, trata de salgados produzidos à base de cereais - NCM 1904.10.00 e 1904.90.00.

Que, assim, o legislador baiano, ao determinar a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS ST definiu, dentro do universo de produtos referentes àquela NCM, quais são os abrangidos pela substituição tributária, não tendo, desta forma, incluído todos os produtos englobados na NCM. Que, apesar de ser enquadrada na NCM 1904.10.00 e de este item estar descrito na legislação baiana, dever-se-ia considerar que não é escopo do legislador abranger todos aqueles produtos inseridos dentro do universo daquela NCM. Que a legislação baiana elegeu como itens que deverão ter o ICMS ST recolhido somente aqueles constantes na NCM 1904.10.00 que são salgados e somente estes. Que os demais itens que, apesar de fazerem parte do universo que a NCM comprehende e não forem salgados, não seriam abrangidos pela substituição tributária e, por conseguinte, não poderiam servir como base para a autuação dele, recorrente. Que os cereais matinais à base de milho, apesar de se enquadrarem no universo da NCM 1904.10.00, não estariam sujeitos à legislação baiana justamente por não serem salgados industrializados.

O contribuinte passa a discorrer acerca dos princípios da legalidade tributária, tipicidade cerrada, e sobre a vedação ao emprego da analogia. Cita a Constituição da República, o Código Tributário Nacional e julgado do STJ.

Solicita a redução da multa sobre os valores já pagos. Aduz que quando da apresentação da sua manifestação às informações fiscais de fls. 626 a 631, requereu expressamente o reconhecimento de crédito em seu favor correspondente à diferença entre o valor da multa paga em decorrência do débito que admitiu e pagou e o benefício de “*redução da multa em até 70% para os casos de pagamento efetuados entre o 11º e o 20º dia contados da data de ciência do Auto de Infração*”, vez que ele, contribuinte, somente teve acesso aos arquivos eletrônicos completos para cálculo do débito em 25.02.2010, tendo o pagamento sido realizado aos 11.03.2010, ou caso não fosse esse o entendimento dos r. julgadores, que fosse, ao menos, reconhecido crédito equivalente a “*redução de 25% do valor da multa, para os pagamentos efetuados até antes do julgamento do processo administrativo fiscal pelo CONSEF*”. Que o juízo *a quo* indeferiu o seu pleito sob o argumento de que o prazo é contado a partir da ciência do Auto de Infração, não havendo previsão legal para dilação do prazo para redução da multa por descumprimento de obrigação principal. Que não houve a apreciação do pedido alternativo feito por ele, recorrente, de reconhecimento do crédito equivalente à redução de 25% para os pagamentos efetuados antes do julgamento do processo administrativo fiscal pelo CONSEF, o que deveria vir a ser examinado por esta Câmara de Julgamento. Que além de o juízo *a quo* ter deixado de apreciar um dos pedidos dele, Contribuinte, também não considerou os argumentos postos à evidência para aplicação da redução de 70% do valor da multa. Que não se trataria de ausência de previsão legal para dilação do prazo para redução da multa, mas sim, de reiniciar a contagem a partir do momento em que o Fisco disponibilizou a ele, recorrente, os arquivos em formato “xls”, que ele, sujeito passivo, considera necessários para que o cálculo pudesse ser feito com suficiente segurança. Que tal fato, além de ter importado no cerceio do direito de defesa dele, recorrente, teria culminado na perda do prazo para pagamento parcial do débito que entendia ser devido com benefício de redução da multa, o que não seria justo nem razoável, estando a merecer os devidos reparos desta Câmara Julgadora.

Conclui pedindo o recebimento do Recurso Voluntário interposto; a homologação expressa dos valores já recolhidos no valor total original de R\$25.910,60; o cancelamento das infrações 11 e 18, relativas às operações de comercialização dos produtos óleo de peroba, café descafeinado e cereais; o reconhecimento de crédito em seu favor correspondente à diferença entre o valor da multa já paga em decorrência do débito que admitiu parcialmente e o benefício de “*redução da multa em até 70% para os casos de pagamento efetuados entre o 11º e o 20º dia contados da data de ciência do Auto de Infração*”, ou caso, *ad argumentandum*, não sendo esse o entendimento desta Câmara de Julgamento, que fosse reconhecido crédito equivalente à redução de 25% do valor da multa, para os pagamentos efetuados até antes do julgamento do processo

administrativo fiscal pelo CONSEF; intimação dos procuradores dele, Recorrente, sobre a inclusão do Recurso Voluntário na pauta de julgamento desta CJF, para que possa fazer sustentação oral na sessão do julgamento, conforme lhe faculta o artigo 163 do Decreto nº 7.629/1999. Requer também a juntada de comprovante de recebimento da intimação do Acórdão, e de mídia CD-R contendo o arquivo, na versão Word, do Recurso Voluntário, em atendimento ao disposto no §3º do artigo 8º do RPAF/99.

A PGE/PROFIS emite Parecer às fls. 770 a 772 inicialmente resumindo o teor das imputações e, em seguida, aduzindo que o contribuinte reprisa, em sede de Recurso Voluntário, o quanto já alegado na impugnação inicial, além da existência de contradição entre o valor indicado na Resolução e no voto; cerceamento de defesa em razão da falta de apreciação do pedido alternativo de reconhecimento do crédito equivalente à redução de 25%; homologação expressa dos valores já recolhidos; violação dos princípios constitucionais da legalidade e da tipicidade cerrada.

A dnota procuradora considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocarem a revisão do Acórdão recorrido. Observa que a arguição de falta de apreciação do pedido alternativo de reconhecimento do crédito equivalente à redução de 25% deve ser rechaçada porque a Decisão de 1º grau examinou o pleito do recorrente de forma expressa e motivada. Que tal pedido do contribuinte foi afastado levando em consideração que o prazo de recolhimento é contado a partir da ciência do Auto de Infração e inexiste previsão legal para dilação do prazo na hipótese de redução da multa por descumprimento de obrigação principal.

Assevera que as imputações estão expostas de forma clara no Auto de Infração e que o lançamento atende a todos os requisitos descritos no artigo 39 do RPAF/99. Que os princípios constitucionais da ampla defesa, da tipicidade, da legalidade, do contraditório e do devido processo legal foram rigorosamente observados, conforme documentos constantes do processo.

Destaca a inexistência de contradição entre o valor indicado na Resolução e o descrito no voto proferido pelo digno Relator, e aduz que o procedimento por este adotado não padece de qualquer contradição ou equívoco, eis que apresenta planilha na qual extrai do lançamento original apenas os valores considerados como indevidos e, portanto, improcedentes. Que, outrossim, caberá ao órgão fazendário realizar a homologação dos valores efetivamente recolhidos aos cofres públicos.

Afirma que, no mérito, o recorrente não apresenta motivos capazes de alterar a Decisão recorrida. Que as mercadorias óleo de peroba, café Melita descafeinado e cereais estão enquadradas no regime de substituição tributária, conforme Documentos Fiscais nºs 212083 e 425230, constantes dos autos, e conteúdo do Anexo ao Convênio ICMS 74/94.

Assevera que as arguições de inconstitucionalidade relativas à legislação quanto ao ICMS devido por substituição tributária não poderão ser objeto de apreciação pelo CONSEF, porquanto falece ao Conselho de Fazenda a declaração de inconstitucionalidade, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Foram juntados, às fls. 664 a 675, e fls. 704 a 712, extratos do sistema informatizado SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária desta SEFAZ, referente a recolhimentos efetuados das parcelas reconhecidas pelo autuado, no montante de R\$15.988,67 e de R\$9.921,79 (valor principal).

Em sustentação oral na assentada de julgamento em segunda instância deste CONSEF, a Advogada do recorrente manteve em todos os termos as alegações feitas em sede de Recurso Voluntário. Esclarece que pediu os demonstrativos fiscais em arquivos gravados em mídia porque estes possibilitariam, ao contrário do manuseio dos demonstrativos em papel, a conferência dos dados levantados pelo Fisco, por tratar-se de demonstrativos fiscais contidos em mais de mil páginas. Afirma que a empresa sempre desejou pagar aquilo que fosse devido. Argui

a existência de erros na parte resolutiva do Acórdão da JJF, repetindo os argumentos defensivos a respeito. Fala sobre a importância da interpretação das normas relativas à Substituição Tributária, reprisa os argumentos defensivos a respeito. Fala da necessidade de interpretação restritiva conjugando código NCM e descrição do produto, sob pena de violação do princípio da tipicidade cerrada. Afirma que os cereais objeto da imputação 18 são cereais matinais, conhecidos amplamente como cereais doces, e não salgados, pelo que não se enquadraria no disposto no RICMS/BA a respeito de salgados. Reprisa as alegações defensivas acerca do produto café descafeinado Melitta. Aduz que não argui nulidade em sede de Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1^a Instância no que tange a duas das infrações imputadas.

Analiso preambularmente a arguição do contribuinte quanto ao “reconhecimento de crédito em seu favor correspondente a diferença entre o valor da multa já paga em decorrência do débito que admitiu parcialmente e o benefício de “redução da multa em até 70% para os casos de pagamento efetuados entre o 11º e o 20º dia contados da data de ciência do Auto de Infração”, ou caso, ad argumentandum, não seja esse o entendimento desta e. Câmara de Julgamento, que seja, ao menos, reconhecido crédito equivalente a redução de 25% do valor da multa, para os pagamentos efetuados até antes do julgamento do processo administrativo fiscal pelo CONSEF”.

Compulsando os autos, verifico que o contribuinte, já antes do julgamento de primeira instância, insurgira-se contra o fato de o Fisco não lhe haver disponibilizado os arquivos magnéticos no formato de extensão *xls*, extensão esta relativa ao programa de informática “Microsoft Excel”.

Observo, por oportuno, que embora o Fisco possa entregar os arquivos eletrônicos ao contribuinte na extensão postulada, inexiste a obrigação normativa de o Fisco, em tendo já entregue os demonstrativos fiscais em papel ao autuado - conforme comprovado pelo recibo de fl. 551 dos autos, no caso concreto - entregá-los também em mídia ao mesmo contribuinte, ou ainda em formato de programa de informática específico. A determinação normativa de envio de tais arquivos magnéticos em mídia, ou via correio eletrônico, existe apenas para efeito de composição do Processo Administrativo Fiscal – PAF no âmbito desta SEFAZ, conforme se encontra previsto no artigo 8º, §3º, do RPAF/99.

Porém nada obsta a que o Fisco, por liberalidade razoável, em tendo já entregue os demonstrativos em papel no momento da cientificação ao sujeito passivo em relação ao Auto de Infração lavrado, também entregue tais demonstrativos do levantamento fiscal em meio magnético, e mesmo em formato com a extensão solicitada pelo sujeito passivo, no caso em foco, a extensão “*xls*”, se tal procedimento fiscal for viável. Na situação presente foi viável, embora a entrega posterior da mídia, em atendimento ao pleito do contribuinte, ao contrário do quanto afirmado em sede de Impugnação, e de Recurso Voluntário, em nada influencie quanto à contagem de prazos processuais, tal como requer que ocorra o sujeito passivo.

Assinalo, para efeito de esclarecimento, que esses percentuais de redução de multa em 70%, e em 25%, conforme dados mencionados pelo contribuinte em seu pleito, estiveram previstos respectivamente, nos inciso II e V do artigo 45 da Lei nº 7.014/96, com redação em vigor até 30/03/2010, quanto a prazos para pagamento de débitos tributários lançados entre o 11º e o 30º dia contados a partir da ciência do Auto de Infração, e prazo para pagamento contado a partir da data da cientificação da Decisão condenatória em processo administrativo fiscal.

A partir de 31/03/2010 e até o momento atual, por força da alteração produzida pela Lei nº 11.899/10 neste artigo 45 da Lei nº 7.014/96, houve modificação na legislação quanto a tais prazos e percentuais. Conforme redação atual do inciso I do artigo 45 da Lei nº 7.014/96, a partir da data de ciência do Auto de Infração, e até trinta dias corridos, o percentual de redução de multa é de 70%.

E a partir do 31º dia contados da data da cientificação da autuação, e até antes da inscrição em dívida ativa, conforme inciso II do mesmo artigo 45, o percentual de redução de multa é de 35%.

Porém, como o contribuinte não pagou o débito reconhecido como devido ao erário até o 30º dia a contar de sua ciência do Auto de Infração, não lhe cabe a redução de multa por pagamento de débito tributário, e nem qualquer creditamento tal como pedido em sede de impugnação e de Recurso, seja em razão de redução de percentual de multa para 70%, seja em razão de redução de percentual de multa para 25%. Caso o contribuinte venha a quitar débito porventura existente, exigido por meio de Auto de Infração, e até antes da inscrição do débito lançado em dívida ativa, a redução da multa aplicada, se infração citada nos incisos II, III e VII do artigo 42 da lei nº 7.014/96, será de 35%, a teor da redação atual do inciso II do artigo 45 da Lei nº 7.014/96.

Portanto, por tudo quanto exposto, não merece reparo a Decisão recorrida, que apreciando todos os pedidos interpostos pelo contribuinte inclusive no sentido de redução de percentual de multa, não acatou o pleito defensivo neste sentido da contagem diferenciada para efeito de redução do percentual de multa que seria aplicada conforme teor do artigo 45 da Lei nº 7.014/96, e nem de redução de multa neste sentido.

Destaco que pedido para redução de multa por descumprimento de obrigação tributária principal, que é a imputação presente em todas as Infrações do Auto de Infração em foco, pode ser dirigido à Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do artigo 159 do RPAF/99, inexistindo previsão normativa para sua apreciação nesta instância de julgamento administrativo fiscal.

Assinalo, também, que embora todas as arguições quanto à nulidade por cerceamento de defesa tenham sido devida e justamente apreciadas e afastadas pelo julgamento de primeira instância, o contribuinte cita novamente, em sede de recursal, que teria havido cerceamento de direito de defesa em razão de não ter recebido os demonstrativos fiscais também em mídia no formato “xls”. O contribuinte pronunciou-se diversas vezes neste processo, inclusive quanto ao mérito da autuação, tendo inclusive recebido os arquivos em mídia no formato que solicitou ao Fisco, e tendo reconhecido a procedência de parte das imputações, e provado a improcedência da Infração 1, tal como exposto no Acórdão de Primeira Instância.

Assim, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99. Ademais, como já exposto neste voto, ficou evidenciado, tanto do texto da Impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário interposto, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, se pronunciado por diversas vezes neste processo. Neste sentido, o presente lançamento e o processo fiscal dele decorrente encontram-se válidos, distantes de vícios que os inquinasse de nulidade.

Quanto ao pedido de homologação dos valores efetivamente recolhidos, tal homologação deverá ser realizada pelo setor encarregado da Superintendência de Administração Tributária – SAT desta Secretaria da Fazenda, Coordenação de Processos da Inspetoria Fazendária da circunscrição fiscal do recorrente, órgão este diverso deste Conselho de Fazenda, que não detém a atribuição legal de homologação de pagamentos.

Em relação à alegação defensiva no sentido de existência de contradição entre o voto e a Resolução, ambos de Primeira Instância, quanto a valores julgados procedentes, observo que naquele Acórdão de primeira instância, em clareza exemplar fruto de trabalho minucioso, o digno Relator enumerou tanto os valores julgados procedentes quanto o único débito julgado improcedente, este relativo ao total lançado de ofício em razão da imputação 1. Dentre os itens julgados procedentes, o cuidadoso Relator destacou aqueles que tinham sido reconhecidos pelo contribuinte, chegando a detalhar a numeração das folhas dos autos do processo em que se encontram os comprovantes de recolhimento do débito reconhecido.

O montante julgado procedente, portanto, engloba também aquele débito reconhecido pelo recorrente, e por este motivo é que o total que está citado na resolução diverge daquele valor que ainda resta a pagar, conforme teor da Decisão da JJF. A mencionada intimação ao contribuinte para pagamento na resolução, por fim, refere-se ao valor que a Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente e contra o qual o contribuinte se insurgira já em primeira instância. Não se trata, portanto, de discordância entre teor de voto e de resolução, mas de adequação do texto da resolução às normas processuais deste Estado, no sentido de que seja expressamente citado, nesta resolução, o valor total julgado procedente. Também neste quesito não merece modificação a Decisão recorrida.

No mérito, igualmente não merece reparo a Decisão recorrida.

O recorrente insurge-se contra parte do débito referente às imputações 11 e 18. O fato imputado é o mesmo para ambas, ou seja, falta de retenção e consequente falta de recolhimento de ICMS devido por substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de produtos realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A Infração 11 refere-se ao produto “óleo de peroba”, a Infração 18 refere-se aos produtos “café Melita descafeinado” e a “cereais”.

Tal como já exposto no julgamento de primeira instância, situação que permanece em sede de Recurso Voluntário, o débito lançado na Infração 11 totaliza R\$58.188,59, do que o autuado, ora recorrente, reconhece como devido R\$1.380,20, justificando que o não recolhimento decorreu de problemas operacionais no seu sistema de faturamento, conforme demonstrativo à fl. 642.

Quanto ao valor remanescente de R\$56.808,39, julgado como devido ao erário em primeira instância, conforme detalhadamente exposto no Relatório que antecede este voto, e ora apresentado em apertada síntese, o contribuinte aduz que a descrição e o código NCM do produto, interpretados de forma conjunta, é que dariam ao produto a condição de ser, ou não, sujeito ao regime de substituição tributária, nos moldes do Convênio ICMS 74/94. Afirma que o produto “óleo de Peroba”, objeto da infração 11, não estaria sujeito ao regime de substituição tributária previsto pelo Convênio ICMS 74/94, por ter a classificação fiscal NCM 27101919, integrante do título 27 - combustíveis minerais, óleos minerais e produtos da sua destilação, matérias betuminosas, ceras minerais, subtítulo 2710 - Óleo de petróleo ou de minerais betuminosos, contendo como constituintes básicos 70% ou mais de óleos de petróleo ou de minerais betuminosos, e que o mesmo tem a classificação NCM 2710.1999 (outros) conforme informações do fabricante.

Afirma que no Anexo ao Convênio ICMS 74/94, a posição na NCM do “Óleo de Peroba”, está especificada no Item II que trata das “*preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas, vernizes e outros*”, e consoante atesta o descritivo do produto, o “Óleo de Peroba”, não pode ser considerado um solvente, diluidor ou removedor de tintas e vernizes, porque na verdade este produto serve para limpar, lustrar e proteger móveis, e nesta condição se enquadraria no disposto no Item III do Anexo ao Convênio em exame. Que, porém, a posição específica na NCM deste produto não está vinculada ao Item III, mas sim ao Item II do referido Anexo, razão pela qual o regime de substituição tributária não se aplica às operações do recorrente na comercialização do “Óleo de Peroba”. O recorrente, assim, invoca não existir coincidência entre o item descrito no Anexo e a codificação colocada na documentação fiscal, embora o código NCM colocado na nota fiscal também esteja no mesmo Anexo do Convênio ICMS 74/94.

Observo, porém, que tal como já exposto no Acórdão de primeira instância, de acordo com as Notas Fiscais nºs 212083 e 212216, respectivamente às fls. 593 e 594, ambas emitidas pela fabricante Manufatura Produtos King Ltda., a NCM deste produto é 2710.1999, logo estando este produto sujeito à substituição tributária, conforme Item II do Anexo ao Convênio ICMS 74/94. Por outro lado, se considerada a descrição do produto, o mesmo também é classificado como produto enquadrado no regime de substituição tributária, pelo que também considero correto o

entendimento dos autuantes de que este produto, embora o fabricante utilize a NCM 27101999, é utilizado nas preparações para conservação e limpeza de móveis de madeira, soalhos e de outros artigos de madeira – utilização esta inclusive alegada pelo sujeito passivo - e está submetido ao regime de substituição tributária, conforme item 16.7.3 do inciso II do artigo 353, do RICMS/BA. Ou seja, tanto por efeito de enquadramento em razão da NCM adotada pelo fabricante, quanto pela descrição dada ao seu produto por este mesmo fabricante, trata-se de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributaria. Não cabe razão à alegação do recorrente quanto que deveria, necessariamente, haver a conjugação simultânea dos dois aspectos para o enquadramento do produto no regime de substituição tributaria, código NCM e descrição, posto que inexiste exigência legal em tais termos.

Quanto à Infração 18, esta diz respeito à falta de retenção do ICMS, e ao consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de “café Melitta descafeinado” e “cereais” realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O recorrente reprisa a arguição defensiva no sentido de que o produto “café Melitta descafeinado” estaria enquadrado na NCM do fabricante, ou seja, NCM 2101.1110 (café solúvel, mesmo descafeinado), e que o fato de tratar-se de café descafeinado seria um detalhe do produto café solúvel, passando a descrever a fabricação do produto.

Tal como exposto pelo Relator de primeira instância, do exame da Nota Fiscal nº 425230, da fabricante Melitta do Brasil Ltda., à fl. 597 dos autos, observa-se que está apostado a NCM 0901.2200, relacionada no Anexo ao Convênio ICMS 74/94, para fins de substituição tributária. Este produto está especificado no item 10 do inciso II do artigo 353 do RICMS/BA.

Quanto ao produto Cereal Kellogs e Cereal Nestlé - NCM 1904.10.00, o recorrente aduz concordar quanto a que tais mercadorias enquadraram-se na classificação do item 29.1 do inciso II no artigo 353 do RICMS/BA, ao tempo em que argumenta que nem todos os produtos enquadrados nesta NCM estariam no campo da incidência do ICMS-ST, porém apenas aqueles que são salgados industrializados.

A NCM apostada pelo fabricante Nestlé Brasil Ltda. nos documentos fiscais carreados aos autos deste processo, Notas Fiscais nºs 320.088 e 322.294, respectivamente às fls. 604 e 605, NCM esta utilizada inclusive em âmbito nacional, bem como a descrição do produto, deixa evidenciado que tais produtos, enquadrados nesta NCM 1904.10.00, estão sujeitos ao recolhimento do ICMS-ST, devidamente exigido pelo Fisco.

Assinalo que, de fato, cereais matinais em geral são produtos considerados de sabor “doce”, embora em sua composição existam ordinariamente, em quantidades variáveis, elementos químicos enquadrados como “sais”. Porém, no exame do mérito da imputação devo ater-me aos dados dos documentos existentes no processo. Assim, quanto a tratar-se, ou não, de “salgados”, ou “doces”, tais produtos alimentares, ao serem vendidos pelos fabricantes, devem trazer nos documentos fiscais as especificações técnicas e dados para efeito de caracterização das operações realizadas, bem como os dados de cada produto. Uma vez que o fabricante indica um código NCM, e descreve o produto, cabe ao Fisco acatar o quanto indicado e descrito pelo fabricante, exceto se descaracterizada a documentação fiscal, o que não é a situação em foco.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, devendo ser homologados os já valores recolhidos.

VOTO DIVERGENTE

Em que pese o brilhante voto da prezada Conselheira Relatora Osmira Freire Carvalho R Silva, me permito divergir deste voto no tocante à inclusão dos produtos Cereal Kellogs e Cereal Nestlé no rol da infração 18.

Apesar de constar nos autos, através das Notas Fiscais nºs 320.088 e 322.294, como enquadrados na NCM 1904.10.00, de acordo designação do fabricante, entendo que isto se deveu a um mero um erro material de enquadramento.

É mister assinalar que na classificação do item 29.1, inciso II, artigo 353 do RICMS/BA, estão albergados **apenas os salgados produzidos à base de cereais**. Porém, acredo que o Cereal Kellogs e Cereal Nestlé, a bem da verdade material, não podem ser caracterizados como produtos salgados, ainda que possam conter um mínimo de compostos químicos à base de sal, ou seja, o inverso do que preceitua o item 29.1, I, do art. 353 do RICMS/BA, que trata de “*salgados produzidos à base de cereais*”.

A própria Conselheira Relatora traz a dúvida no seu voto, quando expressa a seguinte frase que transcrevo na íntegra: “*Assinalo que, de fato, cereais matinais em geral são produtos considerados de sabor “doce”, embora em sua composição existam ordinariamente, em quantidades variáveis, elementos químicos enquadrados como “sais”.*

Por conseguinte, não me resta outra forma de proferir o meu voto, ou seja, alinho-me com a ilustre Relatora em todos os demais termos do seu voto, porém, em benefício da dúvida, **afasto os Cereais Kellogs e Nestlé do rol dos produtos atingidos pela infração 18**, dando PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, nos termos aqui postos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 282219.1201/09-2, lavrado contra **MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A. (ARMAZÉM MARTINS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$104.615,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 18) – Conselheiros(as): Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, José Antonio Marques Ribeiro, Valtercio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira

VOTO DIVERGENTE (Quanto à infração 18) – Conselheiros(as): Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – VOTO DIVERGENTE

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS