

PROCESSO	- A. I. Nº 279463.0003/10-0
RECORRENTE	- ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO INDÚSTRIA LTDA. (ATACADÃO)
RECORRIDS	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0116-04/12
ORIGEM	- IFEP – DAT/SUL
INTERNET	- 08.01.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0119-13/12

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Argumentos recursais insuficientes para modificar a Decisão recorrida. 2. LIVROS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Alterada a decisão recorrida para que seja aplicada a alíquota de 7% ao produto “milho de pipoca”. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão da 4ª JJF, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 18/05/2010, no qual consta 5 infrações.

O Autuado reconheceu as Infrações 1, 3 e 4, e, em parte, a Infração 5. As Infrações 2 e 5, após diligência determinada pelo CONSEF foram reduzidas de R\$ 2.340,24 para R\$ 2.052,59 e de R\$ 29.474,14 para R\$ 6.050,40, respectivamente, no entanto, ainda foram objeto de Recurso pelo Autuado.

INFRAÇÃO 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Valores demonstrados na planilha Créditos Indevidos – Aquisição de Mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária 2009. Imposto lançado de R\$ 2.340,24, com multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 – Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte errou na classificação tributária de diversos produtos, deixando assim, de recolher o ICMS na forma disposta na legislação. Fatos demonstrados na planilha Erro na Determinação da Alíquota – 2009. Imposto lançado de R\$ 29.474,14, com multa de 60%.

A 4ª JJF julgou pela procedência em parte do Auto de Infração sob o argumento de que, da análise de diversos normativos, os produtos AUTOM. ADITIVO P/ RADIADOR, ÓLEO DE PEROBA, BEB. CHOPP & VINHO LECKER e PÓ SORV YOKI x 12 120G estão submetidos ao regime de substituição tributária.

Já o produto AUTOM. CAPA P/ CARRO NCM 6307.9090 não está submetido ao regime de substituição tributária.

Quanto à Infração 5 o autuado contestou a exigência em relação aos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária (cachaça, chocolate granulado e cobertura de chocolate, pirulito Dori, leite líquido danoninho, sidra, medicamento) e ao que possui alíquota de 7% (milho de pipoca).

*“Na informação fiscal o autuante acatou e fez a exclusão de bebidas quentes (cachaça), sidra, leite danoninho, mantendo a exigência em relação aos demais produtos”.*

Quanto aos produtos pirulitos Dori mastigáveis choc., amedoim doce, chocolate granulado e cobertura de chocolate, a JJF entendeu que são enquadrados no regime de substituição tributária,

sendo correto o procedimento adotado pela empresa, pois “*nem sempre um produto encontra uma coerência entre a designação e a NCM, porém entendo que de forma objetiva deve prevalecer a indicação da NCM, caso contrário prevaleceria a subjetividade para apreciar pela designação se este ou aquele produto se encontra submetido ao regime de substituição tributária*”.

Quanto ao produto MD POLVILHO A. SEPTICO GRANADO, que o autuado afirma ser medicamento, a JJF entendeu que o polvilho antiséptico não pode ser classificado como medicamento, portanto, não enquadrado no regime de substituição tributária.

E, por fim, quanto ao MILHO PIPOCA CAMPO BELO e OUTRAS MARCAS, que o autuado alega fazer parte da cesta básica com alíquota de 7%, a Junta observou que tal alíquota, prevista no art. 51, I, “a”, do RICMS, indica o produto “milho”, não sendo o milho de pipoca abrangido por tal benefício.

A 4ª JJF acatou os demonstrativos da informação fiscal e quanto ao questionamento do Autuado sobre a utilização da Taxa SELIC esclareceu que o STJ já decidiu que “*ante a existência de lei estadual que determina o uso da mesma taxa moratória utilizada pela Fazenda Federal, mostra-se legítimo o uso da SELIC*”, e esta tem previsão no art. 102, §2º, II, da Lei 3.956/81 (COTEB).

Quanto à pretensa constitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC, e caráter confiscatório das multas aplicadas não cabe a este órgão mencionada discussão vez que ambas tem previsão legal.

O autuado inconformado com a r. Decisão interpôs Recurso Voluntário alegando que a Junta cometeu equívocos pois deixou de considerar as diversas situações tributárias expostas na defesa, bem como a aplicação do princípio da especificidade e legalidade ao caso concreto, vez que “*ninguem será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” (art. 5º, II, da Constituição Federal).

O recorrente argui que o julgador da JJF declarou que deve prevalecer de forma objetiva a indicação da NCM para fins de enquadramento da mercadoria no regime de substituição tributária. Desse modo, quanto à Infração 2, alega o seguinte:

- 1) AUTOM. ADITIVO P/ RADIADOR NCM 38249041 - que da análise da NCM do produto verifica-se que não está inserido no Convenio nº 110/2007, “*que trata do regime de substituição tributária nas operações de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo.*”
- 2) ÓLEO PEROBA 026 4x6 100ml NCM 2710.1999 – que da análise da NCM do produto verifica-se que não está inserido no Convênio ICMS 94/94, que relaciona produtos como massas, pastas, ceras etc, cujas NCM são 3404, 3405.20 e 3405.30. Constando referido produto no anexo único do Protocolo ICMS 106/09, NCM 2710.11.90, que trata de óleo para conservação e limpeza de móveis e outros artigos de madeira, enquadrado no regime de substituição tributária a partir de 01.01.2010.
- 3) BEB. CHOPP & VINHO LECKES NCM 2206.0090 – que este produto não está enquadrado no art. 353, II, 2.1, do RICMS/BA, já que é uma “*mistura de vinho gaseificado e, não cerveja, chope ou sorvete*”.
- 4) PÓ SORV. YOKI CHOC NCM 2106.9029 – este produto pesa apenas 120 gramas, não podendo se destinar à fabricação de sorvetes e picolés em máquinas como disciplina o art. 353, II, 8.1, do RICMS/BA. Que apesar da NCM ser idêntica, o produto não se enquadra na referida posição em razão da sua destinação, sendo entendimento do CONSEF/BA de que os referidos produtos sejam excluídos do levantamento fiscal por falta de acordo ou protocolo que preveja a substituição tributária.

Quanto à Infração 5, alega o que se segue:

- 1) AGUARDENTE DE CANA E DE MELAÇO – esses produtos ficaram “*de fora do regime da substituição tributária, entretanto, foram incluídos no levantamento fiscal a aguardente*”

*composto (cachaça composta), como se fora aguardente de cana e de melaço, de forma totalmente indevida”.*

- 2) MD. POLVILHO A. SEPTICO GRANADO NCM 30049099 – trata-se de um medicamente previsto no art. 353, II, 13.2, do RICMS/BA, e Convênio ICMS 76/94, enquadrado no regime de substituição tributária.
- 3) MILHO PIPOCA CAMPO BELO E OUTRAS MARCAS ALÍQUOTA 7% - Este produto faz parte da cesta básica, sendo sua alíquota de 7%, de acordo com o art. 51, I, “a”, do RICMS, já que este produto não sofre qualquer processo de beneficiamento, “*podendo ser utilizado para o consumo humano da mesma fora que o milho comum*”, apenas com a denominação de milho pipoca. E anexou dois Pareceres da DITRI/GECOT nº 08057/2011 e 18536/2011 exarados pelas Sras. Maria das Graças R. Magalhães e Ozita de Andrade Mascarenhas Costa, que corrobora com o entendimento do recorrente.

Discorre, ainda, sobre o princípio da não cumulatividade do imposto, legitimidade do direito do crédito fiscal, transcreve parte de doutrinas para reforçar seu posicionamento de que a exigência de pagamento do imposto sobre operações com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária é ilegal.

Alega, por fim, que as multas aplicadas são exorbitantes e que a aplicação da Taxa SELIC é inconstitucional.

Requerendo, assim, a improcedência do Auto de Infração.

## VOTO

Para julgar o presente Recurso Voluntário é importante a análise de cada produto indicado no mencionado remédio jurídico, evitando qualquer contradição, omissão ou obscuridade.

Quanto à Infração 2, o recorrente faz ponderações a respeito dos produtos AUTOM. ADITIVO P/ RADIADOR, ÓLEO DE PEROBA, BEB. CHOPP & VINHO LECKER e PÓ SORV YOKI x 12 120G, vejamos:

- 1) AUTOM. ADITIVO P/ RADIADOR NCM 38249041 – diferentemente do quanto alegado na peça recursal, este produto está indicado na Cláusula 1ª, §1º, do Convenio ICMS nº 110/2007, conforme esposado pela Junta, “*ainda que não derivados de petróleo, todos para uso em aparelhos, equipamentos, máquinas, motores e veículos: a) preparações antidentalantes, inibidores de oxidação, aditivos peptizantes, beneficiadores de viscosidade, aditivos anticorrosivos e outros aditivos preparados, para óleos minerais (incluída a gasolina) ou para outros líquidos utilizados para os mesmos fins que os óleos*”, portanto, correta aquela Decisão;
- 2) ÓLEO PEROBA – na primeira defesa apresentada pelo Autuado apenas é alegado que este produto “*não é destinado a uso em veículos automotores, por conseguinte, não faz parte do Convênio ICMS 110/2007*”. Já em sede de Recurso Voluntário o Contribuinte alega que o NCM do produto é 2710.1999 e que não está inserido no Convênio ICMS 94/94, que relaciona produtos como massas, pastas, ceras etc, cujas NCM são 3404, 3405.20 e 3405.30. No entanto, da análise dos autos não consegui vislumbrar uma nota fiscal que contivesse este produto, tampouco a indicação da NCM mencionada pelo Autuado, desse modo, o enquadramento do produto deve ser feito com base no art. 353, II, 16.3, do RICMS/BA;

*16.3 - massas, pastas, ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, polimento ou conservação - 3404, 3405.20, 3405.30, 3405.90, 3905, 3907, 3910;*

- 3) BEB. CHOPP & VINHO LECKES NCM 2206.0090 – de fato tem razão o Autuado quando alega que este produto não está enquadrado no art. 353, II, 2.1, do RICMS/BA, pois, em verdade, está enquadrado no item 2.4, do mencionado diploma, incluído, portanto, no regime de substituição tributária.

**2.4 - outras bebidas fermentadas (sidra, perada, hidromel, por exemplo); misturas de bebidas fermentadas e misturas de bebidas fermentadas com bebidas não alcoólicas, não especificadas nem compreendidas em outras posições – NCM 2206.00;**

- 4) PÓ SORV. YOKI CHOC NCM 2106.9029 – o Autuado alega que este produto não pode se destinar à fabricação de sorvetes e picolés em razão, inclusive, de pesar apenas 120 gramas. Porém, o item 8.1, do inciso II, do art. 353, do RICMS/BA, estabelece que estão sob o regime de substituição tributária os sorvetes, picolés e os preparados para fabricação de sorvetes em máquinas, ressaltando, inclusive que aquele dispositivo faz referência ao mesmo NCM deste produto, portanto, não há o que se falar em exclusão do levantamento fiscal por falta de acordo ou protocolo que preveja a mencionada ST.

**8.1 - sorvetes, picolés e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas – NCM 2105.00, 1806, 1901 e 2106;**

Ante o exposto, no que se refere à Decisão da 4<sup>a</sup> JJF sobre a Infração 2, esta mantém-se inalterada.

Quanto à Infração 5, alega o que se segue:

- 1) AGUARDENTE DE CANA E DE MELAÇO – tem razão o Autuado quando alega que estes produtos ficaram “*de fora do regime da substituição tributária*”, motivo pelo qual manteve-se a cobrança da diferença de ICMS em razão de erro na aplicação de alíquota, vez que a fase de tributação não se encontra encerrada, mostrando-se irretocável a Decisão da JJF.
- 2) MD. POLVILHO A. SEPTICO GRANADO – A Junta entendeu que os medicamentos indicados no art. 353, II, 13.2, do RICMS tem as classificações NCM 3003 e 3004, sendo que o Autuado não juntou qualquer nota fiscal que indicasse que este produto possui tais NCMs. Em sede de Recurso Voluntário o Autuado alega que este produto possui NCM 3004, informa que juntará nota fiscal para provar tal fato, porém não o faz, não merecendo, portanto, qualquer reparo a Decisão *a quo* quanto a este produto.
- 3) MILHO PIPOCA CAMPO BELO E OUTRAS MARCAS ALÍQUOTA 7% - É sabido que a diferença primordial entre o milho comum e o milho de pipoca é o percentual de água existente dentro do grão. O milho de pipoca, que não seja para microondas, de fato não sofre qualquer processo de beneficiamento. Em que pese não constar no presente Auto se este produto é milho de pipoca de microondas ou não, verifica-se na planilha de fls. 109, apresentada pelo autuante, que o milho em questão, corresponde a pacotes de 2kg e 500g, logo se supõe que não são milho de pipoca de microondas, cujo peso é, em média, de 100g. Assim, neste ponto, comungo com o Parecer anexado pelo Autuado, entendendo que merece correção a r. Decisão *a quo*, para que seja aplicada a alíquota de 7% sobre o milho de pipoca, que não seja de microondas, com fulcro no art. 51, I, “a”, do RICMS, vez que tanto este milho de pipoca quanto o milho comum não sofrem qualquer beneficiamento podendo aquele milho ser consumido da mesma forma que este.

Quanto às demais elucubrações do recorrente sobre o princípio da não cumulatividade do imposto, legitimidade do direito do crédito fiscal, não se aplicam ao presente caso, assim como as alegações de constitucionalidade ou caráter confiscatório das multas e taxa SELIC, igualmente não merecem acolhida, vez que as multas e a taxa SELIC têm expressa previsão legal e não cabe a este órgão análise de possíveis ilegalidades.

Logo, ante o exposto voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para alterar a Decisão da 4<sup>a</sup> JJF quanto à alíquota a ser aplicada ao produto milho de pipoca.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279463.0003/10-0,

lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO INDÚSTRIA LTDA.** (ATACADÃO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 7.355,89, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “e” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO - PRESIDENTE

VANESSA DE MELLO BATISTA - RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS