

**A. I. N.º** - 279463.0002/10-3  
**AUTUADO** - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.  
**AUTUANTE** - WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR  
**ORIGEM** - IFEP DAT/SUL  
**INTERNET** - 20.04.2012

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF N° 0094-04/12

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS FORAM CONTEMPLADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE ESTORNO DO CRÉDITO. Infração reconhecida. b) MERCADORIA COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Diligência fiscal refez os demonstrativos originais fazendo a exclusão das mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária o que implicou na redução do débito. Infração elidida em parte. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO ATACADISTA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Diligência fiscal fez a exclusão das mercadorias que estão submetidas ao regime de substituição tributária e manteve a exigência fiscal relativo a mercadorias cuja aplicação das alíquotas foi feita de forma incorreta pelo estabelecimento autuado, o que implicou em redução do débito das infrações 4 e 5. Infrações elididas em parte. Indeferido o pedido de realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 18/05/10 exige ICMS no valor de R\$14.217,27, acrescido da multa de 60% em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto - R\$642,80.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária - R\$5.037,10.
03. Deixou de proceder à retenção do ICMS e conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta na descrição de fatos que realizou vendas para contribuintes inaptos deixando de efetuar a retenção do ICMS (2009) - R\$718,74.
04. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas relativo à ECF - R\$5.267,69.
05. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas relativo a notas fiscais (2009) - R\$2.550,94.

Em petição de 29/05/10 acostada às fls. 79/90 o autuado reconheceu integralmente as infrações 1, 3, e parte das infrações 2, 4 e 5 totalizando R\$3.640,27 do principal tendo promovido o seu recolhimento com os benefícios proporcionados pelo art. 7º da Lei 11.908/2010.

O autuado apresenta impugnação (fls. 92/105), inicialmente discorre sobre as infrações e diz que o Auto de Infração em parte, é improcedente, tendo em vista que, utilizou crédito fiscal nas operações de entradas de mercadorias e aplicou alíquotas nas operações de saídas de mercadorias de acordo com os dispositivos insertos no RICMS/BA.

Ressalta que o princípio da legalidade consiste na submissão do administrador à lei, devendo todos os seus agentes obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Transcreve parte de texto de diversos doutrinadores para reforçar o seu posicionamento de que a administração violou o princípio da legalidade, que lhe é imposto no art. 37 e, direito fundamental inserido no art. 5º, II, da Constituição Federal, não podendo, portanto, subsistir o Auto de infração.

Na apuração do crédito tributário afirma que o preposto fiscal deixou de observar os dispositivos do RICMS/BA pertinentes às operações de entradas e saídas de mercadorias no estabelecimento da apuração do ICMS sob o fundamento de utilização indevida de crédito fiscal e de erro na aplicação de alíquota nas saídas de mercadorias.

Com relação à infração 2, afirma que a acusação é insubsistente em parte, conforme planilha contendo descrição e NCM/SH dos produtos que não estão sujeitos ao regime da substituição tributária em face do princípio da especificidade, e consequentemente sujeitos ao regime normal como escriturou e aproveitou o crédito das notas fiscais pertinentes.

Reconhece como devido o valor de R\$1.257,99 conforme planilha acostada ao processo e contesta valores totalizando R\$3.779,11.

Ressalta que as mercadorias objeto de aproveitamento de crédito fiscal estão fora do campo de abrangência do Convênio ICMS 110/2007, Protocolo n.º 41/2008, Decreto n.º 11.462/2009 e art. 353, II, do RICMS/BA. Sienta que a legislação tributária exige a classificação taxativamente para fins de enquadramento do produto no regime da substituição tributária, tudo de acordo com as regras de interpretação do Sistema Harmonizado, especialmente seu art. 3º, “b”.

Em seguida listou os produtos que entende não estarem sujeitos ao regime da substituição tributária:

AUTOM. ADITIVO P/RADIADOR – NCM 29053100 e 38249041 não estão inseridos no Convênio n.º 110/07- substituição tributária como combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo.

ÓLEO PEROBA 026 4x6 100ML - não destinado a veículos automotores - não faz parte do Conv. 110/2007.

AUTOM. CAPA P/ CARRO – NCM 63079090, não faz parte do Protocolo n.º 41/2008.

AVE CODORNA CONG. Não está classificado na posição 353, II, 8.1 do RICMS/BA.

PAELLA INGRED. COSTA SUL CONG. Não é pescado previsto no art. 87, XXXVI do RICMS/BA.

BEB. CHOPP & VINHO LECKER e PÓ SORV.YOKI CHOC, não estão inseridos no Decreto n.º 11.462/2009, que procedeu à alteração nº 116 ao RICMS/BA e alterou o art. 353, II, RICMS/BA, especificamente e respectivamente nas posições 2.1 e 8.1.

Transcreve ementa do Acórdão JJF 0146-03/03 que afirma tratar-se de exigência de ICMS de produtos que não estão enquadrados na substituição tributária.

Quanto às infrações 4 e 5, relativas a erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, reconhece o cometimento de parte da mesma totalizando R\$1.020,77 conforme planilha de relação de produtos, anexa, que identifica as mercadorias, o número do documento fiscal e a base de cálculo que serviu para a quantificação do valor do imposto pago.

Impugna parte da infração totalizando R\$6.797,86 tendo em vista que a fiscalização deixou de considerar diversas situações tributárias, tudo conforme planilha anexa contendo a listagem dos produtos, valores, embasamento legal e observação, parte integrante da defesa a saber:

- a) Produtos sujeitos ao regime da substituição tributária;
- b) Produtos com base de cálculo reduzida;
- c) Produtos com alíquota de 7% (sete por cento);
- d) Classificação do produto de acordo com a NCM/SH;

Ressalta que em relação aos produtos sujeitos ao regime da substituição tributária não há que se falar em diferença de imposto em virtude do encerramento da fase de tributação, ao teor do art. 353 do RICMS/BA.

A título de amostra indica os produtos relacionados indevidamente pela fiscalização:

CACHAÇA COMPOSTA: a) BEB.CACHAÇA OLD CESAR 88 1x1 870ML; b) BEB.CACHAÇA PITU COLA 1x1 350ML; c) BEB.CACHAÇA SAPUPARA LIMAO 1x1 480ML; d) CACHAÇA VILLA VELHA 1x1 965ML.

Afirma que se trata de mercadorias que foram incluídas no regime da substituição tributária em 10/03/2009 pelo Decreto n.º 11.462/2009, acrescentando o item 23 ao anexo 86 do Regulamento do ICMS/BA. Ressalta que apurou e recolheu o ICMS sobre todo o valor de estoque de mercadorias existentes em seu estabelecimento comercial por força do art. 5º, IV, do mencionado Decreto encerrando a fase de tributação.

Lembra que ficou fora do alcance do referido Decreto a bebida quente AGUARDANTE DE CANA e DE MELAÇO, que, não é caso em discussão, mas que foram consideradas pelo autuante.

CHOCOLATE E OUTROS: PIRULITO DORI MAST. CHOC. 1X12 50 UM.

Transcreve o art. 353, II, 8.5 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00 e afirma que os referidos produtos são comercializados na forma pronto para consumo, por conseguinte, estão enquadrados no regime da substituição tributária.

AMENDOIN VERINHA OVINHOS: Está classificado no art. 353, II, item 29.3 do RICMS/BA

SIDRA CERESER ZERO 1x1 660ML: Este produto está enquadrado no regime da substituição tributária no art. 353, II, 2.4, do RICMS. Observa que o produto é um refrigerante de maçã (NCM 2206.00) e não há que se cogitar o pagamento de diferença de imposto, uma vez que o ICMS foi recolhido por substituição tributária.

DOCE BEL TETA NEGA: Foi feita descrição incorreta no sistema que em verdade é um IOG. VIGOR NATURAL MOR/SUCRILHOS, listado no art. 353, II, 3.3 do RICMS/BA e não há que se cogitar o pagamento de diferença de imposto, uma vez que, o ICMS foi recolhido por substituição tributária.

MEDICAMENTO: O produto MD. POLVILHO A. SEPTICO GRANADO 90408 é um medicamento e, por conseguinte está enquadrado no regime da substituição tributária, listado no art. 353, II, 13.2 e Convênio 76/94. Não há que se atribuir ao referido produto a qualidade de TALCO, porque, não o é, ou seja, se trata de medicamento, um produto sujeito ao regime da substituição tributária, já com o imposto pago e fase de tributação encerrada, portanto, não procede a apuração fiscal de diferença do ICMS.

MILHO PIPOCA CAMPO BELO e OUTRAS MARCAS – Alíquota 7%. O produto em comento faz parte da cesta básica, sendo sua alíquota de 7% de acordo com o art. 51, I, a, do RICMS. Trata-se de produto “in natura”, não sofre qualquer processo de industrialização, não podendo ser considerada a carga tributária de 17%, a exemplo da nota fiscal n.º 9396 de 26.10.09 do produto: MILHO PIPOCA - Base de Cálculo: R\$ 105,80 Dif. do ICMS (10%) = R\$ 10,58.

Em seguida discorre sobre o princípio da não cumulatividade do imposto, legitimidade do direito do crédito fiscal, transcreve parte de texto de doutrinadores (JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, ROQUE ANTONIO CARRAZA) para reforçar o seu posicionamento de que a exigência de pagamento do imposto sobre operações com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária é ilegal;

de igual forma a exigência de diferença de imposto em operações com mercadorias beneficiadas com base de cálculo e alíquota reduzida sem a observância da classificação fiscal NCM/SH induz à imprecisão do lançamento de ofício, como ocorreu no presente caso em discussão.

Insurge-se contra a exigência fiscal de multas no percentual de 60% por se tratar das mais graves previstas na legislação e inaplicável ao caso em razão do erro na consideração da base de cálculo, sem considerar sua natureza tributária, e seu conseqüente aspecto de proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento, como assevera o professor SACHA CALMON NAVARRO.

Ressalta que a Constituição Federal no artigo 150, IV veda sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco.

Afirma que mesmo considerando suas pretensões, aplicar ao débito exigido taxa de juros baseada na SELIC é óbvia sua inconstitucionalidade e inaplicabilidade para fins tributários, conforme decisão no RESP n.º 215.881/PR de 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Requer, na eventualidade de se manter a procedência da autuação, exclusão dos juros e multas aplicados.

Requer ainda, ser realizada perícia contábil nos livros, arquivos magnéticos e demais documentos a fim de que possa ser provada a inexistência do procedimento fiscal, cuja improcedência se torna impossível de se mostrar apenas com defesa e documentos, prevalecendo, assim, a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e o equilíbrio entre as partes.

Por fim, requer a procedência em parte do Auto de Infração e a homologação dos pagamentos efetuados. Protesta por todos os meios de prova em direito permitido, especialmente a juntada de documentos fiscais, planilhas com dados dos produtos e perícia contábil.

Na informação fiscal prestada às fls. 112/113 o autuante ressalta que o autuado reconheceu as infrações 1 e 3.

Quanto à infração 2 afirma que trata do estorno de crédito tomado pelo destinatário e “afora os bolodórios sobre Direito e seus princípios, na verdade o contribuinte questiona que parte dos produtos tem sua tributação pelo regime normal, sendo devido o aproveitamento de crédito”.

Diz que após análise da defesa acata parte da argumentação, mantendo a cobrança dos produtos:

Aditivos - entende que é substituído junto com combustíveis e lubrificantes;

Capa para banco – classifica como acessório para veículo;

Óleo de Peroba – art. 353, II, 16.3;

Beb chop e vinho – Bebida que na data estava no regime Subs. Tributária;

Ave Codorna – Toda ave abatida está sujeita a substituição tributária.

No tocante à infração 5, afirma que deve ser mantida a cobrança relativa aos produtos:

Chocolate granulado – entende não ser guloseima pronta para o consumo (Parecer GETRI 1571/08);

Cobertura de chocolate – idem, idem (Parecer GETRI 754/02).

Amendoim verinha ovinhos – Amendoim doce – trib normal.

Mistura para bolo – A alíquota prevista no art. 506-G trata-se de mero destaque e se aplica para as indústrias que já haviam cobrado o ICMS por subs. Tributária.

Milho de Pipoca – Não é a mesma coisa que milho e não está enquadrado com alíquota de 7%.

Sidra Cereser – Bebida alcoólica que à época estava com tributação normal.

Pirulito Mastigável com chocolate – Pirulito e não chocolate – tributação normal.

Polvilho anti-séptico Granado – Não é remédio e sim talco.

Conclui requerendo a procedência parcial do Auto de Infração, resultando em valor devido de R\$12.460,46 e demais cominações legais.

A Secretaria do CONSEF acostou às fls. 116/117 cópia do detalhe dos pagamentos efetuados em parte constante no SIGAT.

A 4ª JF decidiu converter o processo em diligência no sentido que o autuante refizesse os demonstrativos com apuração dos valores remanescentes mensais e não por ano.

Às fls. 122/136 foi juntada cópia da defesa original protocolada em 04/11/10 e às fls. 139/141 um aditivo à defesa protocolado em 08/11/10.

O autuante apresentou demonstrativo de débito consolidando apuração mensal à fl. 144 relativo às infrações defendidas, informando os valores que foram pagos pelo defendente e os demonstrativos analíticos às fls. 145/177.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 178), tendo o mesmo se manifestado às fls. 180/184.

Com relação à infração 2, reitera que aproveitou os créditos fiscais de mercadorias fora do campo de abrangência do Convênio ICMS 110/2007, Protocolo n.º 41/2008, Decreto n.º 11.462/2009 e art. 353, II, do RICMS/BA. Salienta que a legislação tributária exige a classificação taxativa para fins de enquadramento do produto no regime da substituição tributária.

Quanto às infrações 4 e 5, reitera que a fiscalização deixou de considerar a) Produtos sujeitos ao regime da substituição tributária; b) Produtos com base de cálculo reduzida; c) Produtos com alíquota de 7% (sete por cento); d) Classificação do produto de acordo com a NCM/SH.

Destaca que juntou planilha própria na defesa, na qual reconheceu parte destas infrações.

O autuante tomou conhecimento da manifestação do contribuinte (fl. 186) e disse que “nada tendo [tenho] a acrescentar”.

A 4ª JF decidiu converter o processo em diligência à ASTEC/CONSEF (fl. 190) no sentido de intimar o autuado para apresentar as notas fiscais das mercadorias objeto da autuação e fazer as inclusões ou exclusões de acordo com a codificação NCM.

No Parecer ASTEC 077/11, o diligente informou que após a entrega dos documentos constatou que em relação à infração 2, os produtos: Pó para Sorvete Yoki - não integram a NCM 2105.00, 1806, 1901 e 2106, procedendo a exclusão dos valores; Paella – feita a exclusão como determinado; Capa para carro, não integra a NCM 6306 – feita a exclusão.

Com relação às infrações 4 e 5, constatou que os produtos: Pirulito Dori, integra a classificação NCM 1704.9090 – feita a exclusão; Amendoim doce, Chocolate granulado e cobertura de chocolate, não possuem a NCM 1704.9010, 1806.3110, 31420, 3210, 3220 e 9000 – ficou mantido os valores correspondentes.

Apresentou demonstrativo de débito (fl. 194) apontando valores devidos de R\$1.557,04 na infração 2, R\$2.680,54 na infração 4 e R\$1.864,01 na infração 5.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 252), tendo o mesmo se manifestado à fl. 254. Concorde em parte com o Parecer ASETEC, porém se insurge contra a manutenção dos valores referentes aos produtos Amendoim Doce, Chocolate Granulado e Cobertura de Chocolate que no seu entendimento possuem as NCM 1704.9010; 1806.3110, 31420, 3210, 3220 e 9000 (art. 353, II, item 8.5 do RICMS/BA).

Junta às fls. 255 e 256 cópia do resultado do Parecer ASTEC 80/2011 e DANFE 23739 e ressalta que no que se refere a produtos sujeitos ao regime de substituição tributária não há do que se falar em diferença do imposto em virtude do encerramento da tributação.

O autuante manifestou-se dizendo (fls. 259/260) que com relação à infração 2, os produtos:

Pó para sorvete – é preparado para sorvete com NCM 2106 (item 8.1 do art. 353, II do RICMS/BA);

Capa p/carro – a questão é se é ou não acessório para veículo (item 30 do art. 353, II após 06/08);

Com relação à infração 5, afirma que a NCM é comum a diversos produtos similares, mas deve se determinar o gênero de cada produto. Com relação ao Pirulito Dori mast choc, entende que se trata de pirulito e fora da substituição tributária.

Relativamente a Cobertura de chocolate e chocolate granulado, transcreve o item 8.5 do art. 353, II ressaltando a expressão “desde que prontas para o consumo”. Entende que o legislador quis alcançar os produtos prontos para o consumo (degustação) e como estes produtos são utilizados para preparar guloseimas “não estando pronto para consumo” considerou fora da substituição tributária com amparo no Parecer 754/02 da GETRI.

A 4ª JJF decidiu converter o processo na terceira diligência (fl. 263) esclarecendo que as notas fiscais juntadas às fls. 1231/250 são de saídas e não possuem indicação de NCM, portanto que a verificação da classificação dos produtos deve ser feita com base nas notas fiscais de entradas.

No Parecer 151/11 (fls. 265/268) o diligente informa que com relação à infração 2, refez os demonstrativos mediante apresentação das notas fiscais de transferências de estabelecimento filial (entradas). Informa que constatou que o produto PÓ SORV YOKI 12 x 120g integra a NCM 2105.00.1806, 1901 e 2106 e por ter equivocadamente excluído na diligência anterior (fls. 192/195) refez o demonstrativo com a inclusão dos valores pertinentes (fls. 269/273) o que resultou em valor devido de R\$1.832,59.

Relativamente às infrações 4 e 5, informa que o produto PIRULITO DORI MAST. CHOC já foi objeto de exclusão na diligência anterior (fls. 200/229). Quanto aos produtos AMENDOIM DOCE; CHOCOLATE GRANULADO; COBERTURA DE CHOCOLATE, afirma que verificou que todos não possuem as NCMs 1704.90.10; 1806.31.10, 31.20, 32.20 e 90.00 (art. 353, II, item 8.5 do RICMS). Conseqüentemente ficaram mantidos os valores correspondentes conforme demonstrativos às fls. 203/229 o que resultou em valor devido de R\$2.680,54 na infração 4 e R\$1.864,01 na infração 5.

Cientificado do resultado da diligência, o autuado manifestou-se (fl. 378) afirmando que em relação à infração 2 “as mercadorias objeto de aproveitamento de crédito fiscal estão fora do campo de abrangência do Convênio 110/2007, Prot. 41/2008, Dec. 11.462/2009 e art. 353, II, 8.1 do RICMS/BA”. Entende que o produto PÓ SORV YOKY não integra a NCM 2106.9029 por não se tratar de preparado para fabricação de sorvete em máquina e sim um produto de consumo doméstico em pacote de 120g.

Reitera os termos da manifestação anterior em relação às infrações 4 e 5, ressaltando que os produtos AMENDOIM VERINHA, CHOCOLATE GRANULADO e COBERTURA DE CHOCOLATE são enquadrados no regime de substituição tributária (art. 353, II, 29.3 e 8.5 do RICMS/BA).

O autuante manifestou-se (fl. 380) dizendo que reitera o seu entendimento contido nas fls. 259/260.

## **VOTO**

Inicialmente, consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos, inclusive com a realização de diligências fiscais efetuadas por estranho ao feito.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção, pagamento de imposto por substituição tributária, falta de retenção e recolhimento a menos em razão de erro na aplicação da alíquota.

Na defesa apresentada o autuado reconheceu integralmente as infrações 1 e 3. Portanto inexistindo lide, estas infrações ficam mantidas na sua totalidade. Infrações procedentes.

Reconheceu em parte as infrações 2, 4 e 5 tendo contestado valores relativos a utilização de crédito fiscal e encerramento das fases de tributação relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária que entendeu ter feito em consonância com o RICMS/BA.

Na informação fiscal o autuante acatou parte da argumentação e manteve a cobrança dos produtos: Aditivos, Capa para banco, Óleo de Peroba, Beb chop e vinho, Ave Codorna (infração 2) e Chocolate granulado. Cobertura de chocolate, Amendoim verinha ovinhos, Mistura para bolo, Milho de Pipoca, Sidra Cereser, Pirulito Mastigável e Polvilho anti-séptico Granado (infrações 4 e 5).

O autuado contestou a classificação das mercadorias, que deve se prender a NCM para definir se está submetido ao regime de substituição tributária e o autuante ao gênero da mercadoria.

Em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF, foram excluídos os valores relativos a determinados produtos e mantidos os valores relativos a outros, o que resultou em redução do débito de R\$5.037,10 para R\$1.832,59 na infração 2; de R\$5.267,69 para R\$2.680,54 na infração 4 e de R\$2.550,94 para R\$1.864,01 na infração 5 o que foi contestado em parte pelo autuante e autuado.

Com relação às infrações e as mercadorias em questão faço as seguintes observações:

a) Estão submetidos ao regime de substituição tributária de acordo com:

AUTOM. ADITIVO P/RADIADOR – NCM 29053100 e 38249041 – De acordo com a Cl. 1ª, §1º do Convênio ICMS 110/07 também se aplica às operações realizadas com os produtos a seguir relacionados, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM -, ainda que não derivados de petróleo, todos para uso em aparelhos, equipamentos, máquinas, motores e veículos: a) preparações antidetonantes, 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.

ÓLEO PEROBA – O Convênio ICMS 94/94 relaciona os produtos: 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, os quais são indicados no art. 353, II item 16.7.3, com nova redação dada pelo Convênio ICMS 40/09 com efeitos a partir de 01/08/09.

BEB. CHOPP & VINHO LECKER, não estão inseridos no Decreto n.º 11.462/2009, que procedeu à alteração nº 116 ao RICMS/BA e alterou o art. 353, II, RICMS/BA, especificamente e respectivamente nas posições 2.1 e 8.1 ficando mantidos estes produtos no regime ST.

PÓ SORV YOKI x 12 120g. O art. 353, II, 8.1 indica como produtos enquadrados no regime ST: sorvetes, picolés e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas - NCM 2105.00, 1806, 1901 e 2106. O diligente informou no Parecer ASTEC 151/11 que os produtos comercializados integram a NCM 2106.9029 (fl. 267) o que pode ser constatado no DANFE 8675 (fl. 273). Logo, este produto é enquadrado no regime ST.

b) Não estão submetidos ao regime de substituição tributária.

AUTOM. CAPA P/CARRO NCM 6307.9090 – O autuante alegou que a partir de 06/08 o item 30 do art. 353, II do RICMS/BA indica apenas “peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores” e o que se tem de determinar é se é “acessório” ou não. Observo que antes da entrada em vigência do Prot. 41/08, com a nova redação dada pelo Prot. ICMS 49/08 com efeitos a partir de 01.06.08 o art. 353, II do RICMS/BA elencava as peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores com as respectivas NCM.

Com a instituição do mencionado Prot. ICMS, na sua Cláusula primeira foram incluídos no regime de substituição tributária as “operações interestaduais com peças, componentes, acessórios e demais produtos listados nos anexos deste protocolo”. No citado Anexo o produto que mais se assemelha a capa são o do item 12 – Encerados e toldos com a NCM 6306.1 enquanto o produto objeto da autuação tem a NCM 6307.9010 (fl. 135), conforme quadro abaixo:

11	Mangueiras e tubos semelhantes, de matérias têxteis, mesmo com reforço ou acessórios de outras matérias	5909.00.00
12	Encerados e toldos	6306.1
13	Capacetes e artefatos de uso semelhante, de proteção, para uso em motocicletas, incluídos ciclomotores	6506.10.00

Por sua vez a Cláusula quinta do citado Prot. estabelece que: “Os Estados signatários adotarão o regime de substituição tributária também nas operações internas com as mercadorias de que trata este protocolo, observando os percentuais previstos nos incisos I e II do § 2º da cláusula segunda e o prazo de recolhimento do imposto retido previsto na cláusula quarta”.

Se nas operações interestaduais com peças, componentes e acessórios destinados a veículos automotores é utilizada a listagem de produtos relacionados no Anexo do Prot. ICMS 41/08, interpreto que a indicação do item 30 do art. 353, II do RICMS/BA, corresponde aos mesmos produtos, logo, as mercadorias objeto da autuação não integram o regime de substituição tributária.

Pelo exposto, acato o demonstrativo de débito apresentado pela diligente à fl. 268 e considero devido o valor de R\$1.832,59 na infração 2. Infração procedente em parte.

Quanto às infrações 4 e 5, o autuado na sua defesa, reconheceu o cometimento de parte da mesma totalizando R\$1.020,77 (fl. 98/verso). Contestou a exigência em relação aos produtos: a) sujeitos ao regime da substituição tributária (cachaça, chocolate e outros, amendoim verinha ovinhos, sidra cereser, doce bel teta nega, medicamento); b) que possui alíquota de 7% (milho de pipoca).

Na informação fiscal o autuante acatou e fez a exclusão das bebidas quentes (cachaça), sidra, doce bel teta negra e manteve a exigência em relação aos demais produtos.

Com relação aos produtos acatados, observo que o Dec. 11.462/09 acrescentou o item 23 ao Anexo 88 do RICMS/BA, porém ficaram fora as bebidas quentes como AGUARDANTE DE CANA e DE MELAÇO, que, não é caso em discussão, mas que foram consideradas pelo autuante. O produto SIDRA está enquadrado no regime da substituição tributária (art. 353, II, 2.4, do RICMS - NCM 2206.00).

Com relação aos demais produtos contestados: Pirulito Dori mast. Choc; amendoim doce, chocolate granulado e cobertura de chocolate, observo que o art. 353, II, 8.5 do RICMS/BA relaciona - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00.

Em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF, foram emitidos os Pareceres ASTEC 077/11 (fls. 192/195) e 151/11 (fls. 265/268) nos quais foi afirmado que os produtos:

- a) Pirulitos mastigáveis choc. – integra a classificação NCM 1704.9090 – feito a exclusão;
- b) Amendoim doce; chocolate granulado e cobertura de chocolate – Não possuem as NCMs 1704.9010, 1806.3110, 3120, 3210, 3220 e 1806.9000 (art. 353, II, item 8.5 do RICMS/BA) – Por não integrar esta classificação foram mantidos nos demonstrativos (fls. 200/202)

Pelo exposto, com relação a estes produtos observo que o Regulamento do ICMS indica como enquadrado no regime de substituição tributária a designação do produto (salgados à base de amendoim, chocolates...) e as NCMs. 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. Logo, tais produtos são enquadrados no regime de substituição tributária e correto o procedimento adotado pela empresa.

Quanto ao produto MD. POLVILHO A. SEPTICO GRANADO 90408 que o autuado afirma ser um medicamento, observo que o art. 353, II, 13.2 e Convênio 76/94 relacionam como medicamentos os produtos com as classificações NCM 3003 e 3004. Na defesa não foi juntado qualquer nota fiscal que indicasse possuir tais NCMs. Entendo que em se tratando de um polvilho antiséptico não pode ser classificado como medicamento e, portanto, não enquadrado no regime da substituição tributária, estando correto o procedimento fiscal.

Relativamente ao produto MILHO PIPOCA CAMPO BELO e OUTRAS MARCAS, que o autuado alega fazer parte da cesta básica, observo que o art. 51, I, a, do RICMS indica como tributado pela



alíquota de 7%, o produto “milho”. A intenção do legislador foi dispensar aos produtos da cesta básica a exemplo de arroz, feijão, farinha de milho e mandioca e fubá um tratamento diferenciado de tributação em função da essencialidade. No caso do milho de pipoca, apesar da mesma designação (milho) é certo que pela contextualização a sua utilização não goza da mesma essencialidade do milho comum, visto que a pipoca não configura um produto da cesta básica. Dessa forma, está correto o procedimento adotado pela fiscalização quando aplicou alíquota de 17% e não 7% como foi feito pelo autuado.

Por tudo que foi exposto, acato os demonstrativos elaborados pelo diligente (fls. 200/229) inclusive de débito (fl. 268) e considero devido o valor de R\$2.680,54 na infração 4 e R\$1.864,01 na infração 5. Infrações procedentes em parte.

Quanto ao argumento de que a utilização da TAXA SELIC na atualização dos créditos tributários é inconstitucional, ressalto que na decisão do REsp 973189-MG, o Supremo Tribunal de Justiça 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”. Como a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é prevista no art. 102, § 2º, II da Lei nº 3.956/81 (COTEB), logo é legal este procedimento. Em relação a sua pretensa inconstitucionalidade, não é pertinente a apreciação nesta instância, haja vista que, este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária, nos termos do art. 167 do RPAF/BA.

Quanto aos argumentos defensivos de que as multas aplicadas são exorbitantes e confiscatórias, verifico que as mesmas são previstas no art. 42, da Lei nº 7.014/96, portanto é legal e correta a sua aplicação.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279463.0002/10-3**, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$7.738,68** acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, “e” e VII, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR