

AI. N° - 282219.0301/10-7
AUTUADO - MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S. A.
AUTUANTES - CARLOS ROBERTO SOARES SOUZA e RUBENS MINORU HONDA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 03/07/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0144-03/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** IMPOSTO RETIDO A MENOS. Comprovado nos autos que o contribuinte calculou e recolheu corretamente o ICMS substituição tributária. Infrações 01 e 02 insubstinentes. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Imputação em parte elidida. Afastada a incidência das normas de substituição tributária em relação ao item (bico de mamadeira para bezerros). Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 24/03/2010, exige o valor de R\$ 146.777,77, em razão do cometimento das seguintes infrações:

01. retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro, fevereiro de 2008 e maio de 2009, sendo lançado imposto no valor de R\$ 4,32, mais multa de 60%.

02. retenção e recolhimento a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, nos meses de janeiro a maio, julho, setembro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, sendo lançado imposto no valor de R\$ 2.185,51, mais multa de 60%.

03. deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, nos exercícios de 2008, e 2009, sendo lançado imposto no valor de R\$54.346,35 mais multa de 60%.

04. deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, nos exercícios de 2008, e 2009, sendo lançado imposto no valor de R\$89.045,62 mais multa de 60%.

05. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, nos exercícios de 2008, e janeiro a março, junho a agosto, outubro a dezembro de 2009, sendo lançado imposto no valor de R\$202,04 mais multa de 60%.

06. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, nos meses de julho, agosto novembro e dezembro de 2008, sendo lançado imposto no valor de R\$861,26 mais multa de 60%.

07. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para

contribuintes localizados no estado da Bahia, nos mês de julho sendo lançado imposto no valor de R\$132,67 mais multa de 60%.

O Autuado apresenta defesa, mediante advogado, às fls. 131 a 148, registra a tempestividade da peça defensiva e transcreve os termos das infrações. Afirma que o auto de infração é totalmente improcedente pelas razões a seguir delineadas.

Diz que a **infração 01** está baseada no art.353, II do RICMS/BA, sem especificar em quais dos itens estaria sendo enquadrado. Como o produto refere-se a “protetor ocular”, não entendeu o motivo que levou os Autuantes a aplicarem em tal item uma MVA – Margem de Valor Agregado de 70% quando a operação em tela está sujeito a uma MVA de 58,37% nos termos do Convênio ICMS 76/94 que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos. Informa sobre a utilidade do protetor ocular o que confirmaria tratar-se do produto por ele descrito. Diz que a NCM para esta mercadoria informada pelo fabricante e por ele adotada é 3005.10.90, transcrevendo o detalhamento do Anexo Único do Convênio 76/94 para a citada codificação, concluindo não proceder a pretensão fiscal.

Sustenta que na **infração 02**, a fiscalização entendeu que os produtos “Anti-Ferrugem White Lub Super Sintético” e “Texaco Fluido para Freio” estariam enquadrados no regime de substituição tributária nos termos do Convênio ICMS 03/99 e alterações posteriores que dispõem sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo e outros produtos.

Assevera que a divergência está adstrita ao percentual de MVA aplicado pelo Impugnante calculado como 30% na venda destes produtos, enquanto a fiscalização aplicou o percentual equivalente a 56,63%, ou seja, o Fisco enquadrhou estas operações no disposto na alínea “c”, do Inciso III do §1º da cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99, enquanto a Impugnante acredita que a operação está enquadrada no inciso IV do §1º da cláusula terceira do referido Convênio conforme transcreve.

Informa que o anti-ferrugem White Lub é fabricado pela Indústria Orbi Química Ltda, não se tratando de produto derivado de petróleo, como entenderam os Autuantes. Quanto ao “Texaco Fluido para Freio” afirma ser um produto fabricado pela Chevron Brasil Lubrificantes Ltda., que serve como fluido do sistema de freios dos automóveis, feitos à base de glicol ou de silicone.

Aduz que segue a mesma NCM classificada pela indústria, posição 3403.19.00, portanto não se enquadraria como lubrificante, tampouco seria derivado de petróleo. Sendo assim, a MVA a ser aplicada seria a de 30% conforme prevista no Inciso IV da cláusula terceira do Convênio ICMS nº 03/99 e que se aplica aos demais produtos não especificados nos Incisos I, II e III da referida cláusula.

No que diz respeito à **infração 03**, referente ao produto Leite Moça e outras operações com CFOP – 6108, diz que se depreende que a fiscalização fundamentou a imposição fiscal, no Art. 353, inciso II do RICMS-BA, sem, contudo indicar expressamente qual o item em que estariam enquadradas tais operações.

Entende a impugnante que o ponto principal desta autuação refere-se ao fato de que o artigo 353, II, item 8.5 do RICMS/BA, trata de chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de outras preparações de confeitoria.

Assevera que o produto Leite Moça Fiesta não é chocolate, e, sendo esta condição *sine qua non* para enquadramento do produto no referido item da legislação baiana, verifica-se que a infração não merece prosperar.

Elenca as condições necessárias e cumulativas que devem estar presentes para que a autuação tivesse procedência, quais sejam: 1º) o produto deve ser chocolate, independentemente do tipo ou forma de fabricação 2º) o produto deve estar pronto para o consumo; 3º) o produto deve possuir uma das seguintes NCMs: 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00.

Salienta que adota a mesma NCM indicada pelo fabricante, qual seja a 1901.90.90. Sendo assim, aponta como correto seu procedimento ao não reter e recolher o ICMS nestas operações a título de substituição tributária, posto que não há previsão legal neste sentido.

Assegura que quanto aos demais produtos (chocolates Garoto e pirulito Dori), que compuseram a exigência fiscal decorrente da suposta infração de nº 03, é certo que tais operações não estão sujeitas a substituição tributária, visto que tiveram como destinatários, consumidores finais pessoas físicas, e por óbvio, não contribuintes do ICMS, sendo que este fato pode ser comprovado pela simples verificação do código da operação (CFOP 6108) e do CPF do destinatário indicado da nota fiscal. Requer o cancelamento total da respectiva exigência fiscal.

Sobre a **infração 04**, afirma que os Auditores Fiscais entenderam que o produto “Óleo de Peroba” estaria sujeito ao recolhimento do ICMS ST, por força do disposto no Convênio ICMS nº 74/94, que enquadra 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 do inciso I do §2º da cláusula terceira do referido Convênio.

Sustenta que o Óleo de Peroba não está sujeito ao regime de substituição tributária previsto pelo Convênio nº 74/94, e que sua NCM é 2710.19.19. Diz que este produto está especificado no Item II que trata das “preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas, vernizes e outros”.

Argumenta que conforme atesta o descriptivo, o mencionado produto não pode ser considerado um solvente, diluidor ou removedor de tintas e vernizes. Ele serve para limpar, lustrar e proteger móveis, sendo assim, enquadrar-se-ia no disposto no Item III do Anexo ao Convênio em exame. Porém, a posição específica na NCM para este 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 as operações de comercialização desta mercadoria. Assim, afirma não poder se sujeitar ao regime de substituição tributária, se não há previsão legal expressa neste sentido, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Sobre a **infração 05**, diz tratar-se do produto “Bico de Mamadeira para Bezerros” que não é produto farmacêutico tradicional, mas sim destinado ao uso veterinário. Transcreve a cláusula primeira do Convênio ICMS 76/94 bem como seu anexo único com as descrições dos códigos da NCM, para reforçar seu argumento. Afirma que utilizou a mesma NCM do fabricante 3926.90.90 que por se tratar de uma NCM genérica (dentro do grupo 3926), não pode a autoridade fiscal determinar sua tributação por analogia. Conclui que o lançamento tributário deve ser revisto quanto a esta infração, visto que o produto não está sujeito a substituição tributária.

Com relação às **infrações 06 e 07** afirma que os produtos “Pilha Duracell AL. P” e “CD-R Elgin Áudio/D” em que os Autuantes cobram a falta de retenção do ICMS ST relativos às operações subsequentes, com fundamento nas cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS nº 18/85, também não deve prosperar.

Ressalta que todas as operações com os produtos em questão tiveram como destinatários consumidores finais pessoas físicas, portanto não contribuintes do ICMS, não estando sujeitas a substituição tributária que por definição é o regime pelo qual a responsabilidade pelo ICMS devido em relações às operações ou prestações de serviços é atribuída a outro contribuinte.

Conclui requerendo a revogação total do Auto de Infração quanto a exigência fiscal relativa às operações de comercialização dos seguintes produtos: protetor ocular, leite moça fiesta, anti-ferrugem e fluido de freio, óleo de peroba, bico de mamadeira para bezerros, pilhas elétricas, CD-R, e outros produtos vendidos a pessoas físicas não contribuintes de ICMS.

A informação fiscal foi apresentada às fls.174 a 178 e após síntese da autuação e das alegações defensivas, os autuantes contestam a impugnação com base nas premissas a seguir delineadas.

Inicialmente concordam com os argumentos do contribuinte relativos à cobrança das infrações 01, 02 e 05, referentes aos produtos, protetor ocular, anti-ferrugem e fluido texaco e bico de

mamadeira para bezerros, excluindo do levantamento fiscal os valores inerentes às mercadorias mencionadas.

Relativamente à **infração 03**, sobre o produto Leite Moça Fiesta e operações destinadas a consumidor final, reproduzem o art.353, inciso II, item 8.5 do RICMS/BA, afirmando que este produto é vendido pronto para o consumo conforme descrição do site do fabricante que transcrevem. Dizem que a NCM 1806.90.00 utilizada pelo autuado corresponde exatamente à descrita no item 8.5 do RICMS/BA, conforme comprovam notas fiscais anexadas ao PAF, fls. 181 a 189 e arquivos magnéticos enviados pelo Autuado.

Sobre a venda a consumidores finais pessoas físicas, transcreve o art. 36 do RICMS/BA, visando demonstrar que a compra em volumes atípicos para um consumidor final pessoa física ensejou a lavratura do auto de infração, considerando o Autuado sujeito passivo nestas operações, responsável pelo recolhimento do ICMS, de acordo com as cópias de notas fiscais, fls. 190 a 253.

No que diz respeito a **infração 04**, sobre o óleo de peroba, os autuantes transcrevem o art. 353, inciso II, item 16.7.3 do regulamento de ICMS/BA sustentando que óleo de peroba refere-se às preparações para conservação e limpeza de móveis de madeira, soalhos e de outros artigos de madeira. Dizem que o site do fabricante descreve este produto como destinado a conservar, limpar, lustrar e renovar todos os tipos de madeira protegendo contra a ação do tempo, portas, janelas e móveis de madeira.

Frisam que o produto não confere relação alguma com a NCM informada pelo Autuado que trata de combustíveis minerais, óleos minerais e produtos de sua destilação, matéria betuminosa, ceras minerais e óleo de petróleo contendo 70% ou mais de óleo de petróleo ou minerais betuminosos. Afirmam que o óleo de peroba encontra-se perfeitamente enquadrado no citado item 16.7.3 do art. 353, II do RICMS/BA.

Quanto às **infrações 06 e 07**, relativas às Pilhas Duracell e CD-R, tais vendas foram realizadas a consumidores finais pessoas físicas em volume que caracteriza intuito comercial, nos termos do art. 36 do RICMS/BA que transcrevem.

Elaboram novo demonstrativo, excluindo valores que consideram indevidos conforme fl.254.

Concluem afirmando que com a exclusão dos valores dos débitos tidos como indevidos o auto de infração deve ser julgado procedente em parte.

Nova manifestação do Autuado, fls. 258/265, diz que a autuação se pauta na acusação de que não teria recolhido ou teria recolhido a menos o ICMS devido por substituição tributária dos seguintes produtos: (i) protetor ocular; (ii) anti ferrugem e fluido Texaco; (iii) leite moça fiesta e operações a consumidor pessoa física; (iv) óleo de peroba; (v) bicos de mamadeira para bezerros e (vi) Pilha Duracell e CD-R.

Diz que verifica pelas informações prestadas fls. 174 a 178, que os fiscais Autuantes concordaram com parte dos argumentos expendidos em sede de Impugnação, de forma que reconhecem expressamente que a autuação não merece prosperar em relação ao produto protetor ocular, anti ferrugem e fluido texaco, bem como para os bicos de mamadeiras para bezerros.

Em relação aos demais itens, reitera os argumentados estampados na defesa. Diz que o ponto principal desta autuação refere-se ao fato de que o artigo 353, II, item 8.5 do RICMS/BA trata de chocolate em barras, blocos, tabletes paus ou sob a forma de outras preparações de confeitoraria. Assevera, entretanto que o produto Leite Moça Fiesta não é chocolate, portanto diz verificar que a infração não merece prosperar.

Ressalta que o produto ser feito de chocolate ou à base de chocolate, e ter sabor ou essência de chocolate são coisas absolutamente distintas.

Argumenta que para um produto ter sabor de chocolate ele não precisa, necessariamente, ser feito de chocolate. Exemplifica com os chicletes, balas, sorvetes e outros produtos do gênero

que, apesar de possuírem sabor característico de morango, goiaba, hortelã, cereja, não possui em sua composição os respectivos itens, ou seja, somente possuem essência aromática que lhes confere o seu sabor característico.

Repisa que adota a mesma NCM indicada pelo fabricante, qual seja a 1901.90.90, e transcreve parte do Anexo Único descrevendo os produtos de NCM 1901.

Diz que o fiscal autuante não poder fazer o emprego da analogia para cobrar tributos. Ao indicar uma NCM diferente daquela utilizada pelo fabricante, os fiscais utilizaram analogia para imputar a cobrança do imposto. Cita o §1º do artigo 108 do CTN que prevê expressamente a impossibilidade da utilização da analogia para exigir tributo não previsto em lei.

Quanto aos demais produtos (chocolates Garoto e pirulito Dori), que compuseram a exigência fiscal decorrente da suposta infração 03, afirma que tais operações não estão sujeitas a substituição tributária, visto que tiveram como destinatários, consumidores finais pessoas físicas, não contribuintes do ICMS, sendo que o alegado pode ser comprovado pela verificação do código da operação (CFOP 6108) e do CPF do destinatário indicado da nota fiscal.

Assevera que outro ponto que corrobora para a boa fé da Manifestante, é o fato de que as compras feitas pelos consumidores finais em questão foram realizadas por meio do endereço eletrônico do e-Fácil (www.efacil.com.br), site que possui o escopo de vender ao cliente pessoa física as mercadorias disponibilizadas pela empresa autuada, portanto esta infração fiscal deve ser cancelada.

No que diz respeito ao “Óleo de Peroba” reitera argumentos da defesa. Afirma que não está sujeito ao regime de substituição tributária prevista pelo Convenio ICMS nº 74/94. Diz que pelo desritivo da NCM, este produto não pode ser considerado um solvente, diluidor ou removedor de tintas e vernizes.

Frisa que o Óleo de Peroba serve para limpar, lustrar e proteger móveis, sendo assim, enquadrar-se-ia no disposto no Item III do Anexo ao Convênio em exame, no entanto, 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 a estas operações.

Relativamente às **infrações 06 e 07** que se referem à suposta falta de retenção do ICMS ST, repisa os argumentos da defesa. Afirma que todas as operações com os produtos em questão tiveram como destinatários consumidores finais pessoas físicas, não contribuintes do ICMS, não estando sujeitas a substituição tributária.

Afirma que da análise do conceito de contribuinte do artigo 36 do RICMS, verifica-se que apesar da legislação considerar como contribuinte do imposto a pessoa física que em função do volume realize operações de circulação de mercadorias que caracterize o intuito comercial, a legislação não especifica qual o volume que caracterizará referido intuito comercial.

Sustenta que o lançamento tributário ora refutado, deve ser integralmente revisto, cancelando-se totalmente a respectiva exigência fiscal. Conclui pela improcedência do auto de infração.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência, fl. 273, determinando que os autuantes efetassem a exclusão dos valores relativos ao produto “leite moça fiesta”, elaborando novo demonstrativo.

Os Autuantes a fl.276 fazem retornar o PAF para julgamento reiterando a informação fiscal, particularmente o expresso na fl. 176, onde dizem traçar considerações mantendo o item mencionado.

Nova diligência foi solicitada pela 1ª JJF, fl. 278, determinando a exclusão dos valores relativos ao produto “leite moça fiesta” do levantamento fiscal, elaborando novo demonstrativo.

Às fls. 283 a 284, atendendo a diligência solicitada, os Autuantes fazem novas considerações sobre o produto.

Afirmam que o Autuado generaliza a descrição do produto “Leite Moça Fiesta” confundindo dois produtos distintos, com descrição semelhante, porém com características diferentes.

- . Moça Fiesta Brigadeiro
- . Moça Fiesta Chocolate

Frisam que o auto de infração se refere ao produto “Moça Fiesta Brigadeiro” com NCM 1806.90.00, conforme diversas notas fiscais que anexaram ao PAF junto com a Informação Fiscal, fls. 181 a 189.

Transcrevem a descrição retirada do site do próprio fornecedor fabricante “Nestle” para o produto “Moça Fiesta Brigadeiro”, que dizem corresponder exatamente às descrições contidas no art. 353, II, item 8.5 do RICMS/BA, que reproduzem.

Salientam que a defesa do contribuinte, fls. 140/142, refere-se ao produto Moça Fiesta Chocolate, fl. 164, grafado equivocadamente como Leite Moça Fiesta o que induz a dois erros: (i) como se o produto fosse uma variação do “Leite Moça”; (ii) como se os dois produtos “Moça Fiesta Brigadeiro” e “Moça Fiesta Chocolate” fossem a mesma coisa, o que não é verdade.

Sustentam que o primeiro está pronto para o consumo e o segundo serve para recheios e coberturas de bolos e tortas, com NCM diversas – 1806.90.00 e 1901.90.90 respectivamente.

Informam terem anexado ao PAF novos relatórios, tanto impressos como em meio magnético, fls. 285/317.

Intimado da diligência realizada pelos autuantes via AR, fls.323/324, contribuinte não se manifestou.

Este processo foi distribuído inicialmente para o relator Valmir Nogueira de Oliveira que se transferiu do CONSEF. Em seguida foi redistribuído para o relator Francisco Atanásio de Santana, que se encontrava na 1^a JJF. Com sua transferência para outro Órgão desta SEFAZ, o presente PAF foi redistribuído para esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

O auto de infração em lide foi lavrado pela falta de recolhimento e recolhimento a menos de ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, em várias operações destinadas a contribuintes localizados no Estado da Bahia nos exercícios de 2008 e 2009.

A princípio, verifico que o lançamento de ofício em lide foi realizado em conformidade com a Lei nº 7.014/96 e o RICMS/BA, como também observou as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente as contidas no seu art. 39, estando claramente identificada a infração, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte.

No mérito, analisando os elementos que compõem este PAF acolho as razões defensivas aduzidas sobre as **infrações 01, 02 e 05**.

A mercadoria “protetor ocular” (infração 01) trata-se de produto farmacêutico, classificado com NCM 3005.10.90, sujeitando-se a uma MVA – Margem de Valor Agregado de 58,37%, ao invés de 70% conforme aplicado pelos autuantes, nos termos do Anexo Único do Convênio 76/94 para a citada codificação.

Os produtos “Anti-Ferrugem White Lub Super Sintético” e “Texaco Fluido para Freio” (infração 02) estão enquadrados no regime de substituição tributária nos termos do Convênio ICMS 03/99 e alterações posteriores que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo e outros produtos. Tais mercadorias

estão sujeitas a uma MVA de 30% ao invés de 56,63% como calculado pelo Autuantes, nos termos do Inciso IV do §1º da cláusula terceira do referido Convênio 03/99.

Quanto ao produto “Bico de Mamadeira para Bezerros” (infração 05) não é produto farmacêutico tradicional, mas sim destinado ao uso veterinário. A NCM do fabricante 3926.90.90 não está sujeito a substituição tributária. Estes fatos foram reconhecidos pelos Autuantes, tendo em vista que na informação fiscal apresentada (fls.174 a 178), cancelaram estas infrações do levantamento fiscal, excluindo os valores inerentes às mercadorias mencionadas. Considero, portanto, as infrações 01,02 e 05 insubstinentes.

Quanto aos demais itens impugnados, pela análise das peças processuais é possível concluir o que segue.

Infração 03 – Trata de exigência fiscal relativa a retenção a menos do ICMS, no valor de R\$54.346,35, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de LEITE MOÇA FIESTA realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, em razão de erro na aplicação da MVA, conforme documentos às fls. 04 a 120.

Entende o Autuado que o ponto principal desta autuação refere-se ao fato de que o artigo 353, II, item 8.5 do RICMS/BA trata de chocolate em barras, blocos, tabletes paus ou sob a forma de outras preparações de confeitoraria, e o produto Leite Moça Fiesta não é chocolate, sendo esta, condição *sine qua non* para enquadramento do produto no referido item da legislação. Diz ainda, que os demais produtos (chocolates Garoto e pirulito Dori), que compuseram a exigência fiscal decorrente da infração de nº 03, não estariam sujeitas a substituição tributária, visto que tiveram como destinatários, consumidores finais pessoas físicas contribuintes do ICMS.

Em fase instrutória, o Órgão Julgador, converteu o presente processo em diligência para que se excluísse do levantamento fiscal o produto Leite Moça Fiesta. Entretanto, com os novos elementos trazidos ao PAF através dos esclarecimentos prestados pelos Autuantes na nova informação fiscal, fls.283/284, além de constatar que as notas fiscais consignam a NCM 1806.90.00, entendo perfeitamente caracterizada a infração.

Os Autuantes argumentam que o contribuinte utiliza de forma generalizada a descrição do produto “Leite Moça Fiesta” confundindo dois produtos distintos, com descrição semelhantes, porém com características diferentes como : Moça Fiesta Brigadeiro e Moça Fiesta Chocolate.

Acolho os argumentos dos Autuantes, pois verifico que o produto que consta do levantamento fiscal nesta infração, se refere ao produto “Moça Fiesta Brigadeiro” com NCM 1806.90.00, conforme diversas notas fiscais anexadas ao PAF junto com a Informação Fiscal, fls. 181 a 189. Ademais, em site do próprio fabricante está descrito que este produto é feito a base de chocolate.

A descrição retirada do site do próprio fornecedor fabricante “Nestle” para o produto “Moça Fiesta Brigadeiro”, corresponde exatamente às descrições contidas no Art. 353, II, item 8.5 do RICMS/BA. Este produto está pronto, não havendo necessidade de passar por qualquer tipo de preparo para o seu consumo, enquanto o produto “Moça Fiesta Chocolate” serve para recheios e coberturas de bolos e tortas, com NCM diversas – 1806.90.00 e 1901.90.90 respectivamente.

Relativamente à venda a consumidores finais pessoas físicas, o art. 36 do RICMS/BA, é expresso quanto ao conceito de contribuinte do ICMS, restando demonstrado no caso em análise que as aquisições em volumes atípicos para um consumidor final pessoa física caracterizam intuito comercial, o que determina que o Autuado nestas operações, seja o responsável pelo recolhimento do ICMS, de acordo com cópias de notas fiscais, fls. 190 a 253.

Desta forma, considero subsistente este item da autuação.

Infração 04 – Este item faz referência à falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações

subseqüentes, nas vendas de **ÓLEO DE PEROBA** realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O débito lançado nesta infração totaliza o valor de R\$89.045,62, que o sujeito passivo 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 no Convenio ICMS nº 74/94, pois tem a classificação fiscal NCM 2710.19.19, 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 2710.19.99 (outros) conforme informações do fabricante.

Ocorre, que de acordo com a nota fiscal nº 251747, da Manufatura Produtos King Ltda, fl.161, a NCM deste produto é 2710.19.99, 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 2710.19.99, 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 artigo 353 inciso II, item 16.7.3 do RICMS/97. Mantido o lançamento.

As **infrações 06 e 07** se referem à falta de retenção do ICMS ST, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, do produto **“Pilha Duracell AL. P”**, com fundamento nas cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS nº 18/85, o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações com pilha e baterias elétricas. O produto **“CD-R Elgin Áudio/D”**, cuja exigência fundamentou-se nas cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS nº 19/85, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com disco fonográfico, fita virgem ou gravada.

O sujeito passivo argumenta que todas as operações com os produtos em questão tiveram como destinatários, consumidores finais pessoas físicas, e, portanto não contribuintes do ICMS. Os autuantes afirmam que tais vendas foram realizadas a consumidores finais pessoas físicas em volume que caracteriza intuito comercial, nos termos do art. 36 do RICMS/BA, que conceitua como contribuinte do ICMS *“toda e qualquer pessoa física ou jurídica que realize com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias...”*

Da análise dos autos verifico que conforme cópia da nota fiscal nº 292057, fl. 157, foi adquirido por uma pessoa física a quantidade de 60 caixas de 1kg de chocolate lacta e 60 caixas de 400gr do chocolate sonho de valsa.

Vejo também, nas cópias de notas fiscais anexadas ao PAF, fls. 190 a 242, inúmeras notas fiscais referentes a aquisições pela mesma pessoa física, Sr. Joelson Pereira de Jesus, que somente no mês de junho de 2009, adquiriu 60 pacotes de pilhas Duracell e inúmeros pacotes de chocolates. Não considero razoável que a aquisição destas quantidades em um mesmo mês, pela mesma pessoa, não tenha finalidade mercantil.

O citado dispositivo legal, não deixa dúvida de que os produtos em questão estão sujeitos ao recolhimento do ICMS-ST, visto que adquiridos por pessoa física com intuito comercial, algumas com habitualidade, o que torna subsistente a exigência fiscal. Mantido o lançamento.

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 282219.0301/10-7, lavrado contra **MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A**, devendo ser intimado o

autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$144.385,90**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSE BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR