

A. I. Nº - 206875.0101/11-3
AUTUADO - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTE - CLODOMAR FERNANDES COSTA
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 21. 03. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0039-01/13

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Restou comprovado que parte das mercadorias arroladas na autuação tem a sua operação de saída tributada normalmente. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração caracterizada parcialmente. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.** MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. As mercadorias adquiridas pelo autuado para comercialização estão sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto, têm a sua fase de tributação encerrada, não sendo admissível o creditamento realizado. Infração 02 reconhecida. Infração 03 subsistente. Não acolhida a arguição de nulidade. Rejeitado o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2011, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$82.589,57, em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$57.689,08, acrescido de multa de 60%. Consta se tratar de erro na determinação da alíquota em operações realizadas com Notas Fiscais;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de fevereiro, abril e dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.076,24, acrescido de multa de 60%. Consta se referir a créditos indevidos na aquisição de mercadorias isentas e/ou não tributadas;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$23.824,25, acrescido de multa de 60%. Consta se referir a créditos indevidos na aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

O autuado apresentou defesa, fls. 71 a 96, sustentando que o Auto de Infração é parcialmente procedente, 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 as disposições do RICMS/BA.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por afrontar o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Discorre sobre esse princípio, transcreve dispositivos constitucionais e reproduz farta doutrina. Explica que o princípio da legalidade tributária consiste na submissão do administrador à lei.

Assevera que *o fato da vida não pode ser enquadrado no tipo legal, de caráter punitivo, apontado pela fiscalização, se não decorrer, exclusivamente, da lei*. Diz que a norma punitiva tem que ser interpretada restritivamente, segundo doutrina que reproduz.

No mérito, afirma que o autuante deixou de considerar as diversas situações tributárias previstas no RICMS-BA/97, pertinentes às operações de entradas e saídas de mercadorias no seu estabelecimento.

Diz que, especificamente, não procede a acusação de utilização indevida de crédito fiscal nas aquisições de mercadorias isentas, não tributadas e enquadradas no regime de substituição tributária e de erro na aplicação de alíquota nas saídas de mercadorias realizadas.

Referindo-se à Infração 01, reconhece como devido o valor de R\$1.222,47, informando inclusive que recolheu o valor do débito reconhecido, conforme documento de arrecadação que anexa aos autos.

Registra que a planilha referente à relação de produtos que anexa, identifica os produtos, o número do documento fiscal, o código do produto e a base de cálculo.

No que tange à parte impugnada, no valor de R\$56.466,61, diz que o autuante deixou de considerar diversas situações tributárias, a saber:

- produtos isentos;
- produtos sujeitos ao regime da substituição tributária;
- classificação do produto de acordo com a NCM/SH.

Frisa que com a finalidade de facilitar a identificação do produto e sua real situação tributária, anexou planilha contendo a listagem dos produtos, valores, embasamento legal, código do produto, bem como, cópia de notas fiscais gravadas em CD, sendo a referida planilha e documentação gravada em CD parte integrante da defesa.

Frisa que os quadros que apresenta demonstram a situação tributária de cada produto, ficando evidente que não houve recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

No que diz respeito à isenção do imposto, afirma que descabe a exigência de pagamento em etapa posterior de circulação da mercadoria em razão da isenção do ICMS, com amparo no art. 20, V, do RICMS-BA e Consulta Formal – Parecer GECOT nº 543/99.

Quanto à substituição tributária, sustenta que não há que se falar em diferença de imposto em virtude do encerramento da fase de tributação, a teor do art. 353, do RICMS.

Aduz que dessa forma, com base na situação tributária de cada produto inserto nos demonstrativos que apresenta, nas planilhas que acompanham a peça defensiva, assim como os espelhos de notas fiscais gravadas no CD que também acompanha a impugnação, resta indevida a apuração e a exigência de pagamento de diferença do ICMS, uma vez que se trata de produtos isentos e/ou enquadrados no regime da substituição tributária.

Relativamente à infração 02, consigna que reconhece a procedência integral deste item da autuação, inclusive efetuando o pagamento, conforme documento de arrecadação acostado aos autos.

No que tange à infração 03, reconhece como devido o ICMS no valor de R\$1.222,47, inclusive recolhendo o valor do débito reconhecido. Impugna o restante desse item do lançamento no valor de R\$22.406,44.

Quanto à parte impugnada, registra que anexou à peça de defesa planilha de produtos, com sua descrição, código do produto e NCM/SH, a fim de demonstrar que os referidos produtos não estão sujeitos ao regime da substituição tributária em face do princípio da especificidade. Também, documentos fiscais gravados em CD onde retrata que os produtos em discussão não estão sujeitos ao regime da substituição tributária.

Assinala que a indústria alterou a composição e nomenclatura de alguns produtos que lhe foram fornecidos, contudo, o cadastro interno de produtos da empresa não foi alterado e, por conseguinte,

produtos adquiridos para comercialização tiveram a saída registrada no sistema de informática da empresa com a descrição divergente da entrada, com adiante diz exemplificará. Menciona que com base nos documentos fiscais colacionados aos autos do processo (gravação em CD), facilmente será constatada que alguns produtos tiveram a descrição e composição alterada, conforme demonstrativo que apresenta. Assevera que os referidos produtos não estão sujeitos ao regime da substituição tributária.

Menciona, a título exemplificativo, que o produto descrito como “IOG NESTLÉ CHAMBINHO” 34 (NCM 0403.10.00), não é um iogurte e sim uma bebida láctea (NCM 0403.90.00EX01), conforme nota fiscal de aquisição nº 000014966, data de emissão 18/10/2010, da empresa DAIRY PARTNERS AMERICAS LTDA. Acrescenta que neste caso a indústria alterou a composição do produto, ou seja, deixou de ser um iogurte, transformando-o em uma bebida láctea, sujeita ao regime normal de tributação.

Salienta que como os referidos produtos estão sujeitos ao regime normal de apuração, escriturou as respectivas notas fiscais e, em consequência, aproveitou o crédito fiscal, bem como, pagou o ICMS nas saídas de forma correta.

Assevera que as mercadorias objeto do aproveitamento de crédito fiscal estão fora do campo de abrangência do Protocolo nº 97/2010 e artigo 353, II, do RICMS/BA, ou seja, não estão inseridas no rol daquelas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Observa 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”, conforme reprodução que apresenta.

Diz, em suma, que não procede a acusação fiscal de utilização indevida de crédito fiscal do ICMS em razão de as mercadorias estarem sujeitas ao regime da substituição tributária, sendo, dessa forma, o crédito fiscal utilizado corretamente, pois em conformidade com a legislação tributária interna.

Salienta que o entendimento do CONSEF/BA é no sentido de que os referidos produtos sejam excluídos do levantamento fiscal por falta de acordo ou protocolo que preveja a substituição tributária. Transcreve, nesse sentido, a ementa do Acórdão JJF Nº 0146-03/03. Reitera que o crédito fiscal foi utilizado de forma regular por se tratar de um direito constitucional, e por enquadramento dos produtos no regime normal de apuração do ICMS.

Prosseguindo em seu arrazoado, o autuado discorre sobre o princípio da não cumulatividade do ICMS, bem como sobre o exercício do direito ao crédito fiscal, transcrevendo dispositivos da Constituição Federal, cita farta doutrina e jurisprudência.

Conclui que o direito ao crédito é constitucional; a exigência de pagamento do imposto sobre operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária é ilegal; e de igual forma a exigência de diferença de imposto em operações com mercadorias beneficiadas com base de cálculo e alíquota reduzida e não a não observância da classificação fiscal da NCM/SH induz à imprecisão do lançamento de ofício, como ocorreu no presente lançamento de ofício.

Sustenta que inexistiu ilegalidade em seus procedimentos, de modo que a autuação é improcedente, o que diz afastar a aplicação de qualquer multa.

Porém, caso a autuação venha a prosperar, deve ser considerado que há uma inadequada capitulação da multa. Aduz que não foi considerada a natureza tributária da multa e o seu consequente aspecto de proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento, conforme doutrina que cita. Invoca o disposto no art. 150, IV da Constituição Federal, o qual prevê que *sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo, com efeito, de confisco.*

Assevera que é inconstitucional a aplicação da taxa SELIC para fins tributários, conforme jurisprudência que citou. Diz que nada adianta a esfera administrativa insistir nessa aplicação, pois é um procedimento inconstitucional e ilegal.

Alega que há necessidade de realização de perícia contábil nos seus livros, arquivos magnéticos e demais documentos, a fim de que seja comprovada a inexatidão do procedimento fiscal, apresentando os seguintes quesitos:

- “a) Informe Sr. Perito a situação tributária dos produtos objetos do lançamento de ofício?
- b) Informe Sr. Perito se os produtos descritos nos demonstrativos elaborados pelo autuado correspondem aos produtos descritos nos documentos fiscais gravado em CD colacionado com a defesa?
- c) Informe o Sr. Perito se a NCM/SH define a situação tributária do produto e o rol dos produtos elencados no art. 353,II, do RICMS-BA é taxativo?
- d) Informe o Sr. Perito se o erro material na descrição do produto define a situação tributária do mesmo?
- e) A título de exemplo, informe o Sr. Perito se o produto denominado IOGURTE (NCM 0403.10.00) constante nos registro de saídas da autuada, correspondem, como base nas notas fiscais de entradas, ao produto BEBIDA LÁCTEA (NCM 0403.90.00EX01)?
- f) Preste Sr. Perito informações complementares para solucionar o presente caso? ”

Finaliza requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente em parte, com 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.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 153/154), consignando que a infração 01 tem como base o recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação das alíquotas cabíveis nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Observa que o contribuinte questiona que parte das mercadorias tem sua tributação diversa do que foi autuado como isentas, sujeitas ao regime da substituição tributária, ou mesmo classificação diversa quanto ao NCM/SH.

Quanto às infrações 02 e 03, observa que têm como base o erro na determinação da alíquota ou situação tributária de diversos produtos. Registra que o contribuinte contesta o enquadramento tributário que foi dado na autuação.

Contesta a argumentação defensiva atinente a infração 01, dizendo literalmente que:

“Infração 01 – Mantida a cobrança (integralmente) para os produtos, com base no artigo 353, a exemplo de:

Foram considerados para o referido levantamento as situações tributária reais e legais para cada situação, o que resultou na referida infração:

Capa para banco – classificamos como acessórios para veículo;

Capa para carro – idem;

Gás Carbônico – é insumo de refrigerante servido no sistema post mix;

Ave codorna – Toda ave abatida está sujeita a substituição tributária;

Todos os produtos cobrados são industrializados;

Chocolate granulado – acreditamos que não é guloseima pronta para o consumo (parecer Getri 15.718/2008);

Cobertura de Chocolate – idem, idem (parecer GETRI 754/2002);

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;

E demais itens relacionados na cobrança inicial(integral).

No que concerne à infração 03, diz o seguinte:

“Infração 03 – Mantida a cobrança (integralmente) para os produtos, com base no artigo 353, a exemplo de:

Capa para banco – classificamos como acessórios para veículo;

Capa para carro – idem;

Gás Carbônico – é insumo de refrigerante servido no sistema post mix;

Ave codorna – Toda ave abatida está sujeita a substituição tributária;

Todos os produtos cobrados são industrializados;

Chocolate granulado – acreditamos que não é guloseima pronta para o consumo (parecer Getri 15.718/2008);

Cobertura de Chocolate – idem, idem (parecer GETRI 754/2002);

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;

E demais itens relacionados na cobrança inicial(integral).”

A 1ª Jf, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência a IFEP/SUL (fl. 160), a fim de que fosse complementada a informação fiscal de fls. 153/154, de forma que atendesse as determinações do §6º do art. 127 do RPAF/99, ou seja, que fosse prestada informação fiscal abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação. Foi solicitado ainda que, caso na complementação da informação fiscal fossem aduzidos fatos novos ou se fossem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deveria dar ciência ao autuado, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para manifestação.

Cumprindo a diligência o autuante se pronunciou (fls. 162 a 164) registrando que:

“Após análise da defesa do contribuinte mantemos integralmente a cobrança, com base na legislação, exemplificando como se segue:

Infração 01 – Mantida a cobrança (integralmente) para para alguns produtos e acatados outras com, com base no artigo 353, a exemplo de:

Foram considerados para o referido levantamento as situações tributária reais e legais para cada situação, o que resultou na referida infração:

Capa para banco – classificamos como acessórios para veículo;

Capa para carro – idem;

Gás Carbônico – é insumo de refrigerante servido no sistema post mix;

Ave codorna – Toda ave abatida está sujeita a substituição tributária;

Todos os produtos cobrados são industrializados;

Chocolate granulado – acreditamos que não é guloseima pronta para o consumo (parecer Getri 15.718/2008);

Cobertura de Chocolate – idem, idem (parecer GETRI 754/2002);

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;

• Todos os itens estão detalhados na planilha anexa "erro tributação nf lj 94(convertida- valor a defender)", coluna "S".

Demonstrativo dos valores acatados a serem deduzidos da infração 01 do AI, conforme planilha anexa.

Apresenta demonstrativo dos valores acatados a serem deduzidos da infração 01, sendo que, do valor originalmente exigido neste item da autuação de R\$57.689,08, deduzido o valor acatado de R\$11.311,53, resulta no valor de ICMS devido de R\$46.377,55.

“Infração 02 e 03 – Mantida a cobrança (integralmente) para os produtos, com base no artigo 353, a exemplo de:

Capa para banco – classificamos como acessórios para veículo;

Capa para carro – idem;

Gás Carbônico – é insumo de refrigerante servido no sistema post mix;

Ave codorna – Toda ave abatida está sujeita a substituição tributária;

Todos os produtos cobrados são industrializados;

Chocolate granulado – acreditamos que não é guloseima pronta para o consumo (parecer Getri 15.718/2008);

Cobertura de Chocolate – idem, idem (parecer GETRI 754/2002);

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;

• Todos os itens estão detalhados na planilha anexa "rel_créditos_indevidos_st lj 94(valores a defender)", coluna "K".”

Finaliza opinando pela procedência do Auto de Infração com as devidas deduções na infração 01. Cientificado sobre o resultado da diligência, o autuado se manifestou (fls. 176 a 180), destacando que a fragilidade do lançamento de ofício foi evidenciada pela diligência à IFEP Sul, conforme solicitação da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, tendo o autuante pouco alterado seu entendimento sobre a correção do contribuinte quanto à escrituração e recolhimento do imposto.

Diz que reitera os termos da defesa inicial, acrescentando que o CONSEF mediante o Acórdão JJF 0221-05/11, já se pronunciou sobre o item CAPA DE BANCO e Acórdão da 4ª JJF nº 0094-04-12, em relação ao produto CHOCOLATE GRANULADO, COBERTURA DE CHOCOLATE, descabendo a manutenção da infração na forma imposta pelo autuante.

Salienta que colaciona novas planilhas com a descrição dos produtos e embasamento legal, a fim de dirimir as dúvidas e demonstrar que os referidos produtos não estão sujeitos ao regime de substituição tributária em face do princípio da especificidade (doc. anexos).

Frisa que os quadros que apresenta (fls. 177/1778) demonstram a situação tributária de cada produto, evidenciando que não houve recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Assinala que devem ser observadas as notas fiscais que anexa, especialmente as Notas Fiscais nºs 277292 e 352164, referentes ao produto Gás Carbônico e Ave de Codorna, respectivamente.

Sustenta que as mercadorias objeto do aproveitamento de crédito fiscal estão fora do campo de abrangência do Protocolo nº 97/2010 e artigo 353, II, do RICMS/BA.

Observa 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”.

Aduz que o autuante manteve parte da infração sem, contudo, examinar todos os fundamentos e provas trazidas pela defesa.

Quanto à infração 03, diz que reitera os termos da defesa inicial, acrescentando novas planilhas contendo os produtos e embasamento legal.

Registra que anexa à peça de defesa, planilha de produtos, com sua descrição, código do produto e NCM/SH, a fim de demonstrar que os referidos produtos não estão sujeitos ao regime da substituição tributária em face do princípio da especificidade.

Assevera que devem ser levadas em consideração as suas alegações de que a indústria alterou a composição e nomenclatura de alguns produtos que lhe foram fornecidos, contudo, o cadastro interno de produtos da empresa não foi alterado e, por conseguinte, produtos adquiridos para comercialização tiveram a saída registrada no sistema de informática da empresa com a descrição divergente da entrada, com foi exemplificado na defesa. Acrescenta que com base nos documentos fiscais colacionados aos autos do processo (gravação em CD), facilmente será constatada que alguns produtos tiveram a descrição e composição alterada, conforme demonstrativo que apresenta (fl. 179-v). Sustenta também que os produtos descritos no demonstrativo de fl. 180, não estão sujeitos ao regime da substituição tributária.

Assevera que as mercadorias objeto do aproveitamento de crédito fiscal estão fora do campo de abrangência do Protocolo nº 97/2010 e artigo 353, II, do RICMS/BA.

Observa 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”.

Conclui dizendo que espera que o CONSEF leve em consideração os fundamentos expostos na defesa, especialmente o embasamento legal trazido à discussão a fim de elidir o lançamento de ofício.

Constam às fls. 156 a 158, extrato do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, referente ao pagamento do valor do débito reconhecido.

VOTO

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do lançamento de ofício por inobservância do princípio da legalidade. Argui que o fato da vida não pode ser enquadrado no tipo legal, de caráter punitivo, apontado pela Fiscalização, donde se conclui que a Administração violou o princípio da legalidade, que lhe é imposto pelo “caput” do art. 37, e do mesmo modo, violou o seu direito fundamental, inserido no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, não podendo, portanto, subsistir o Auto de Infração.

Verifico que Auto de Infração em exame foi lavrado em estrita observância aos dispositivos legais aplicáveis, não havendo a alegada inobservância do princípio da legalidade. O autuante descreveu as infrações de forma clara, possibilitando a determinação da natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, bem como elaborou demonstrativos que auxiliam o entendimento das acusações e a apuração dos valores exigidos. Rigorosamente, foram atendidas as exigências contidas no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inexistindo qualquer violação ao princípio da legalidade ou de qualquer outro princípio aplicável à constituição do crédito tributário, tendo o direito de defesa sido exercido em sua plenitude pelo contribuinte.

No que concerne ao pedido de realização de perícia para comprovação das razões defensivas, não vislumbro necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito - dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria.

Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador. Efetivamente, não é o caso do Auto de Infração em exame, haja vista que os julgadores têm pleno conhecimento técnico sobre as matérias tratadas na autuação. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Entretanto, cumpre registrar que esta Junta de Julgamento Fiscal, levando em consideração os argumentos defensivos, converteu o processo em diligência para que o autuante prestasse informação fiscal abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, na forma do art. 127, §6º, do RPAF/99.

No mérito, relativamente à infração 01, observo que o autuado reconheceu como devido o valor de R\$1.222,47, inclusive recolhendo o valor do débito reconhecido, conforme documento de arrecadação acostados aos autos.

Quanto à parte impugnada, afirma que o autuante deixou de considerar diversas situações tributárias, no caso, saídas de mercadorias amparadas por isenção do imposto; saídas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária; classificação do produto de acordo com a NCM/SH. Sustenta que não houve recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme a autuação.

Já o autuante na informação fiscal frisa que ficou mantida a exigência integralmente para alguns produtos e que foi acatada a argumentação defensiva atinente a outros produtos, com base no art. 353, do RICMS/BA, a exemplo de: - Capa para banco – que classificou como acessórios para veículo; Capa para carro – idem; Gás Carbônico – é insumo de refrigerante servido no sistema “post mix”; Ave codorna – toda ave abatida está sujeita a substituição tributária; todos os produtos cobrados são industrializados; Chocolate granulado – acredita que não é guloseima pronta para o consumo (parecer Getri 15.718/2008); Cobertura de Chocolate – idem, idem (parecer GETRI 754/2002); 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 substituição tributária.

Do exame das razões defensivas, contestações do autuante, e demais peças acostadas aos autos, juntamente com a legislação do ICMS, notadamente o RICMS/BA, constato que não procede a alegação defensiva de existência de saídas de mercadorias amparadas por isenção do ICMS, haja vista que as mercadorias alpiste e painço arroladas neste item da autuação não gozam do benefício isencional previsto no art. 20, V, do RICMS/BA, sendo tributadas normalmente. Quanto à Consulta formal nº 543/99 aduzida pelo impugnante, observo que foi revogada pela Diretoria de Tributação - DITRI antes do período fiscalizado, portanto, não sendo aplicável ao presente caso, mesmo porque não foi formulada pelo autuado, mas sim por outro contribuinte.

Desse modo, a exigência quanto às mercadorias alpiste e painço se apresenta correta.

Quanto às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, verifico que o autuante na informação fiscal acatou parcialmente os argumentos defensivos atinentes a diversos itens arrolados na autuação, a exemplo de eliminador odor pet clean; sabão liq.nobla; autom.limpa pneu, autom.lava jato; etc., conforme a planilha “ERRO TRIBUTAÇÃO NF LJ 94”, excluindo os respectivos valores da exigência fiscal, o que resultou na redução do valor do ICMS originalmente exigido nesta infração de R\$57.689,08 para R\$46.377,55, de acordo com o demonstrativo que apresentou à fl. 163 dos autos.

Ocorre que a análise das mercadorias arroladas originalmente na autuação constantes da planilha “ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA – 2010”, fls. 11 a 35 dos autos, permite constatar a existência de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, além daquelas que foram excluídas pelo autuante na informação fiscal, conforme aduzido acima.

Assim é que, cabe a exclusão também dos valores referentes às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária arroladas na autuação, como cobertura de chocolate; pirulito Dori mast.chocolate; chocolate granulado; carregador de bateria, o que resulta na redução do débito para R\$31.353,41, conforme o demonstrativo de débito abaixo:

Data de Ocorrência	ICMS devido (R\$)
31/01/2010	1.514,22
28/02/2010	1.786,86
31/03/2010	2.622,14
30/04/2010	3.088,19
31/05/2010	2.413,41
30/06/2010	2.280,05
31/07/2010	1.818,11
31/08/2010	3.517,63
30/09/2010	3.757,29
31/10/2010	3.784,38
30/11/2010	789,58
31/12/2010	3.981,55
TOTAL	31.353,41

No que tange à infração 02, verifico que o autuado reconheceu a irregularidade apontada, inclusive recolhendo o valor do débito reconhecido, conforme comprovante de recolhimento acostado aos autos. Infração caracterizada.

Quanto à infração 03, que se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$23.824,25, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição

tributária, observo que o autuado reconheceu como devido o ICMS no valor de R\$1.222,47, inclusive recolhendo o valor do débito reconhecido e impugnou o restante desse item do lançamento.

No tocante à parte impugnada, sustenta que as mercadorias não estão sujeitas ao regime da substituição tributária em face do princípio da especificidade, conforme elementos que acosta aos autos.

Noto também que o autuante mantém a autuação com fulcro no art. 353, do RICMS/BA, relativamente às mercadorias, capa para banco, capa para carro, ave codorna abatida, chocolate granulado, cobertura de chocolate e mistura para bolo.

Em verdade, a análise da planilha “CRÉDITOS INDEVIDOS – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – 2010”, fls. 40 a 58 dos autos, permite constatar que os produtos arrolados no levantamento levado a efeito pelo autuante nesta infração são seguintes: iogurte; autom. capa p/carro; ave codorna cong; confeito; açúcar; café.

Precisamente, o autuado insurge-se contra a autuação quanto aos produtos autom. capa p/carro, iogurte, confeito; ave codorna cong.

No que tange ao produto autom. capa p/carro, vale observar que todas as mercadorias caracterizadas como *peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores*, estão enquadradas no regime de substituição tributária, seja por força do Protocolo nº 41/08, seja por força da legislação interna, no caso, o art. 353, inciso II, item 30, do RICMS-BA/97.

Assim sendo, a mercadoria autom. capa p/carro se encontra sujeita ao regime de substituição tributária sendo correta a glosa dos créditos.

Quanto à *ave codorna*, se enquadra na posição 0207, como outras aves abatidas e, desse modo, está elencada no artigo 353, inciso II, item “9”, do RICMS-BA/97.

Já o confeito encontra-se enquadrado no regime de substituição tributária, relacionado no art. 353, II, item 8.5, do RICMS/97.

No respeitante ao iogurte - NCM 0403.10.00, observo que se encontra sujeito ao regime de substituição tributária, relacionado no art. 353, II, sub-item 3.3, do RICMS/97.

A meu ver, a alegação defensiva de que a indústria alterou a composição e nomenclatura de alguns produtos, deve ser acompanhada de elementos comprobatórios dessa mudança, inclusive certificada pelo órgão competente, sendo certo que não pode simplesmente haver uma mudança da NCM sem a necessária fundamentação. Se assim pudesse ser, obviamente, que ficaria ao talante de qualquer contribuinte modificar a NCM para afastar seus produtos do regime de substituição tributária.

Diante do exposto, considero integralmente subsistente este item da autuação. Infração mantida.

Em relação à arguição de desproporcionalidade, de caráter confiscatório e de inconstitucionalidade das multas, saliento que as multas indicadas no Auto de Infração são as previstas no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, para as infrações que foram imputas ao autuado, não cabendo a este órgão julgador administrativo a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF-BA. Ressalto que o autuado pode, caso assim deseje, ingressar com pedido para redução ou dispensa de multa por descumprimento da obrigação tributária principal, 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, motivo pelo qual não o analiso.

A aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios incidentes sobre o débito tributário está em conformidade com o disposto no art. 102, §2º, II, da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00, fugindo à competência deste colegiado a apreciação da constitucionalidade desses dispositivos legais, a teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF-BA.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206875.0101/11-3**, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$56.253,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo homologação dos valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DO SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR