

PROCESSO - A. I. 206875.0101/11-3
RECORRENTE - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (ATACADÃO S.A.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0039-01/13
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 24/03/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0053-11/15

EMENTA: ICMS. 1. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Provas carreadas aos autos evidenciam que parte das mercadorias arroladas pela fiscalização tem operação de saída tributada normalmente. Elaboração de novos demonstrativos que se impôs. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. As bebidas lácteas e as capas para automóveis não estão sujeitas ao regime de substituição tributária. As respectivas NCMS não estão previstas nas normas que impõe o regime. Prova dos autos evidencia que a entrada das mercadorias se deu com tributação normal. Inadmissível, portanto, o estorno de crédito correspondente. 3. MULTA E ACRÉSCIMOS LEGAIS. Incidência prevista em Lei Estadual. Falta de competência do CONSEF para apreciar a inconstitucionalidade de Lei. Exegese do artigo 167, I do RPAF/BA. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIMENTO PARCIAL**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a Decisão proferida pela 1ª JF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 30/09/2011, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 82.589,57 em razão da constatação do cometimento das seguintes infrações à legislação de regência:

01 – Falta de recolhimento do ICMS em decorrência de erro na aplicação da alíquota quando da saída de mercadorias regularmente escrituradas no exercício de 2010. Valor da exigência: R\$ 57.689,08;

02 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS quando da aquisição de mercadorias isentas ou não tributadas. Valor da exigência: R\$ 1.076,24;

03 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS quando da aquisição de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária. Valor da exigência: R\$ 23.824,25

Na oportunidade em que ofertou a sua defesa o sujeito passivo anuiu com a exigência consubstanciada no item 2, reconheceu a procedência parcial das exigências 1 e 3, impugnando estas últimas imputações naquilo em que entendeu não assistir razão à fiscalização.

Após a apresentação da defesa, correspondentes informações fiscais e realização de procedimento de diligência a fase de instrução foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação pela 1ª JF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 26/02/2013.

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:

.....OMISSIS

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.

Como é possível constatar da análise do voto do acórdão recorrido acima reproduzido, os membros integrantes da 1ª JFF, após apreciarem os fundamentos de fato e direito arguidos na peça defensiva, afastaram a preliminar de nulidade ao entendimento de que o lançamento encontra-se revestido das formalidades legais prescritas pelos artigos 18 e 39 do RPAF.

No mérito, se posicionaram no sentido da procedência parcial da infração capitulada no item 01,

determinando sejam excluídos do demonstrativo que subsidia o lançamento, além daqueles já retirados em sede de informações fiscais, os seguintes produtos que, no entender do órgão julgador *a quo*, estão submetidos ao regime de substituição tributária: Pirulito Dori Mastigável chocolate; Chocolate Granulado e Carregador de Bateria.

Em decorrência da Decisão de primeira instância o débito originalmente lançado foi reduzido de R\$ 57.689,08 para R\$ 31.353,41.

Quanto ao item 03, mantiveram integralmente a exigência ao entendimento de que todas as mercadorias arroladas no respectivo demonstrativo estão submetidas ao regime de substituição tributária, razão pela qual a legislação não admite a apropriação do crédito do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição.

Abstiveram-se, finalmente, de apreciar as questões atinentes à inconstitucionalidade e ilegalidade da exigência da multa de ofício e dos encargos moratórios com base na taxa SELIC em face do quanto disposto no artigo 167, I do RPAF.

Inconformado, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário, aduzindo inicialmente a necessidade de ajuste no valor exigido através do item 01 de modo que a Decisão proferida pela 1ª JF seja efetivada em sua integralidade.

Esclarece que embora o órgão julgador de primeira instância tenha acatado os argumentos quanto a determinados produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, a exemplo do carregador de bateria e chocolate granulado, estes ainda constavam do demonstrativo de débito, majorando indevidamente o lançamento de ofício. Sustenta, neste sentido, que o valor correto da exigência após a Decisão de primeira instância deveria ser de R\$ 26.749,34 e não R\$ 31.353,41, conforme restou consignado no acórdão recorrido.

Ainda quanto ao item 01, sustenta que a Decisão de base deve ser reformada de modo que seja determinada a exclusão das notas fiscais de aquisição dos seguintes produtos:

- (a) Alpiste e Painço em razão de estarem amparados pelo benefício fiscal de isenção a teor do artigo 20 do RICMS. Cita em reforço à tese que sustenta que a sua conduta quanto a tais mercadorias encontra amparo na Consulta Formal de nº 543/99;
- (b) Silicone PROAUTO, Silicone Gel Monza, Barra Bauducco Chocolate, Barra Bauducco Goiabinha, Caixa de Ferramenta da marca Polymer, Chocolate Granulado, Creme de Avelã Nutela e Mini Aspirador de Pó, por se tratarem de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária previsto em Convênio ou Protocolo.

Anexa ao Recurso, em base de amostragem, cópias de notas fiscais de aquisição de alguns dos produtos listados com o objetivo de demonstrar que o imposto devido por substituição foi retido e recolhido pelos respectivos fornecedores.

Quanto à imputação a que se refere o item 3 aduz que, com exceção das aquisições para as quais recolheu o imposto, todas as demais se referem a mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação, sendo-lhe, porquanto, garantido o direito ao crédito do imposto destacado nos documentos de aquisição.

Apresenta razões específicas em relação aos seguintes produtos, afirmando que:

- (a) **Iogurte Nestlé Chambinho** não é iogurte e sim bebida láctea, classificada na posição NCM 0403.90.00, tal como evidenciam as Notas Fiscais de Aquisição de nºs 012.939, 104.271, 016.038, 017.150, todas emitidas pela empresa Dairy Partners Américas Brasil Ltda, pela NF nº 71.808, emitida pela DANONE Ltda. e a NF nº emitida pela empresa BRF – Brasil Foods Ltda.;
- (b) **Ave Codorna** não está incluso no artigo 353, item 9 do RICMS/BA, cujo rol é taxativo e não admite inclusões. Esclarece que a Ave Codorna está classificada na posição NCM 0208.9000 e, portanto, não está sujeita ao regime de substituição tributária. Colaciona Ementa do Acórdão JF Nº 0146-03/03 que afirma ratificar seu entendimento;
- (c) **Capa p/ Carro** não se constitui acessório para carro a que se referem os Protocolos nº

41/2008 e 97/2010, estando classificado na posição NCM nº 6307.9090. Transcreve o texto dos Acórdãos CJF Nº 0016-11/13 e JJF Nº 0116-04/12, através dos quais o CONSEF firmou entendimento no sentido de que o produto em referência não é submetido ao regime de substituição tributária.

Contesta, ademais, o percentual da multa de ofício cominada ao argumento de que a sua imposição afronta as disposições contidas no artigo 150, inciso IV da Constituição Federal que vedam a instituição de tributos com efeito de confisco, bem como a incidência de encargos moratórios calculados com base na Taxa SELIC que sustenta ser inconstitucional.

Instada a se manifestar, a PGE/PROFIS opinou pelo não provimento do Recurso Voluntário. Parecer de fls. 258 a 261 da lavra da Dra. Maria José Coelho Lins de Sento-Sé.

No entendimento da Nobre Procuradora, o Recorrente não apresentou argumentos que não já tenham sido exaustivamente apreciados pela Decisão recorrida.

Quanto à inclusão do alpiste e Painço explica que os produtos não gozam do benefício de isenção de que trata o artigo 20 do RICMS, bem assim que a Consulta DITRI 543/99 citada pelo Recorrente foi objeto de revogação por parte do órgão antes mesmo do início da fiscalização que originou o presente PAF.

No que diz respeito ao item 02, opina pela manutenção da exigência por entender que todas as mercadorias arroladas pela fiscalização estão sujeitas ao regime de substituição tributária previsto na legislação de regência.

Esclarece, afinal, faltar competência a este Conselho a apreciação de arguições de inconstitucionalidade de Lei em face do quanto previsto no artigo 167 do RPAF, frisando que o princípio constitucional de vedação ao confisco não alcança as multas fiscais haja vista que estas não se encartam no conceito de tributos.

Com a devida vênia ao opinativo da PGE/PROFIS, na assentada de julgamento datada de 10/10/2013, após analisar detidamente as razões de apelo apresentadas pelo Recorrente, bem assim a documentação acostada ao Recurso Voluntário, esta Câmara entendeu por bem converter os autos em diligência à INFAZ de origem de modo que fossem adotadas as seguintes providências:

Quanto ao item 01:

- (a) Correção de erro material constante do acórdão de primeira instância, a fim de que todos os produtos sujeitos à substituição tributária, acatados pela 3ª JJF, fossem efetivamente excluídos do correspondente demonstrativo de débito;
- (b) Segregar em demonstrativo de débito apartado o valor correspondente às aquisições de Alpiste e Paço;
- (c) Verificação se ainda remanesciam produtos sujeitos à substituição tributária e, em caso positivo, fosse realizada a exclusão;

Quanto ao item 03:

- (a) Identificar a NCM e o respectivo tratamento tributário dado pelos fornecedores às mercadorias listadas no demonstrativo e proceder à exclusão acaso se tratassem de bebidas lácteas; e
- (b) Excluir do demonstrativos os demais produtos que não estejam submetidos ao regime de substituição tributária.

Cumprindo ao quanto determinado por este órgão julgador veio aos autos o relatório de fls. 271 a 273, cujas conclusões podem ser assim expostas:

- (a) Após a exclusão de todos os produtos determinada pelo acórdão recorrido o valor do débito relativo ao item 01 foi reduzido de R\$ 31.353,41 para R\$ 27.825,38;
- (b) O valor correspondente às aquisições de Alpiste e Painço, incluídas no demonstrativo do item 01 é de R\$ 2.891,20;

- (c) Os NCMS relativos aos produtos que integram o demonstrativo relativo ao item 03 foram listados, bem como houve a confirmação de que tais operações foram tributadas pelos fornecedores pelo regime normal do imposto, vale dizer: não houve retenção de imposto substituído;
- (d) Não houve exclusão de nenhum produto do demonstrativo de débito relativo à infração 03. No entender dos prepostos fiscais, não restou confirmado que os produtos não estão sujeitos ao regime de substituição tributária.

Cientificado acerca do resultado da diligência, o ora recorrente apresentou manifestação através da qual se insurgiu quanto à manutenção da exigência relativa ao item 03, rogando a este Conselho que leve na devida conta os argumentos e documentos apresentados em sua peça recursal, atinentes, a seu turno, ao não enquadramento das mercadorias objeto de aquisição no regime de substituição tributária.

Nada tratou a respeito das conclusões a que chegou o preposto diligente quanto à infração consubstanciada no item 01.

Em nova assentada de julgamento, desta feita realizada em 12/08/2014, por entender que a instrução do feito ainda não estava completa, decidiu converter os autos em nova diligência, determinando ao auditor fiscal autuante que adotasse os seguintes procedimentos:

- a) **Quanto à infração 01** – Excluir do demonstrativo dos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, classificados nas seguintes NCMS: 34059000, 19053100, 32269090, 19053100 e 18069000 e listadas no Convênio 104/08, Protocolo 50/05, Protocolo 109/09 e artigo 353, item 8.5 do RICMS/BA, respectivamente;
- b) **Quanto à infração 03** – Excluir do demonstrativo os produtos classificados nas NCMS sob o n.º 39269090, 42029200, 04039090 e 2089000.

Conforme se infere da análise do relatório de fls. 301 a 327, o auditor fiscal autuante cumprindo ao quanto determinado confeccionou novos demonstrativos, reduzindo o valor exigido através da infração 01 para R\$ 9.386,38 e da infração 03 para R\$ 5.995,30.

Quanto ao item 01, deixou, contudo, de proceder à exclusão da Caixa de Ferramentas 16 POLYMER, Caixa Multiuso POLYMER 3 e Caixa Utility Box POLYMER 4033, por entender, que embora estejam classificados na posição 4002.01 da NCM, tais produtos não estão abrangidos pelo Protocolo 109/09 já que não são utilizados por estudantes e sim para guarda e organização de documentos, utensílios e ferramentas.

No que diz respeito ao item 03, manteve a exigência em relação aos produtos: *Iogurte Molico Polpa TRI 1X16*, *Iogurte Nestlé Neston Polpa* e *Autom. Capa p/ carro*, cuja exclusão também havia sido determinada por esta Câmara. Quanto aos dois primeiros produtos aduz o preposto fiscal que em pesquisa ao *site* do fabricante constatou que se trata de iogurte e não de bebida láctea. Já quanto ao último, sustenta que o ICMS é devido por antecipação tributária conforme previsto no item 30 do inciso II do artigo 353 do RICMS.

Com o intuito de comprovar suas alegações anexa ao relatório cópia da apresentação dos produtos extraídas do *site* dos fabricantes (fls. 314 a 321), bem como cópia de algumas notas fiscais de aquisição das malas POLYMER.

Cientificado acerca do teor da diligência, o sujeito passivo apresenta manifestação se insurgindo contra a manutenção no demonstrativo relativo à infração 03 dos produtos *Iogurte Molico Polpa TRI 1X16* e *Iogurte Nestlé Neston Polpa*. Insiste que se trata de bebidas lácteas tal como atestam os respectivos documentos de aquisição.

Na mesma oportunidade, requer lhe seja deferido o direito de crédito do ICMS normal, destacado nas notas fiscais de aquisição dos produtos objeto da exigência que foram listados pela fiscalização como sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme demonstrado em planilhas que aduz ter anexado à sua manifestação.

Através de petição datada de 10/11/2014 (fls.345 a 348) o Recorrente traz aos autos cópia dos

rótulos dos produtos *Iogurte Molico Polpa TRI 1X16* e *Iogurte Nestle Neston Polpa* com o fito de evidenciar tratar-se de bebida láctea.

Em nova informação, o preposto autuante pugna pela manutenção da exigência, aduzindo que as informações em que se baseou foram extraídas do *site* dos fabricantes, por isso são fidedignas.

VOTO

O Recurso é tempestivo, pelo que merece ser conhecido. Passo então à análise das razões de Recurso apresentadas.

Em suas razões de apelo o sujeito passivo requer inicialmente o ajuste do demonstrativo relativo à infração 01 em razão de nele ainda constar produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, cuja exclusão foi determinada pela Decisão de piso.

Neste sentido, os autos foram convertidos em diligência, tendo o fiscal autuante confeccionado novo demonstrativo de débito efetuando os ajustes necessários o qual acato em sua integralidade.

Ainda quanto à infração capitulada no item 01, o sujeito passivo se insurgiu contra à manutenção da exigência em relação aos seguintes produtos: (a) Alpiste, Painço, cujas saídas defende estarem aparadas por isenção nos termos do artigo 20 do RICMS; e (b) Silicone PROAUTO, Silicone Gel Monza, Barra Bauducco Chocolate, Barra Bauducco Goiabinha, Caixa de Ferramenta da marca Polymer, Chocolate Granulado, Creme de Avelã Nutela por se tratarem de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária previsto em Convênio ou Protocolo.

Entendo assistir razão ao Recorrente em relação aos produtos Silicone PROAUTO, Silicone Gel Monza com regime de substituição previsto no Convênio 104/08; Barra Bauducco Chocolate, Barra Bauducco Goiabinha, Chocolate Granulado com regime de substituição previsto no Protocolo 50/05 e; Creme de Avelã Nutela com regime de substituição previsto no item 8.5 do artigo 353 do RICMS.

O mesmo não acontece, contudo, em relação aos produtos alpiste, painço e maletas de ferramentas da marca Polymer.

Nos termos do que dispõe o inciso III do artigo 20, até 31/12/2012 são isentas do imposto *as saídas internas de rações para animais, concentrados, suplementos, aditivos, premix ou núcleo, fabricados pelas respectivas indústrias, devidamente registradas no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA*, desde que: (i) os produtos estejam registrados no órgão competente do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e o número do registro seja indicado no documento fiscal; (ii) haja o respectivo rótulo ou etiqueta identificando o produto; (iii) os produtos se destinem exclusivamente ao uso na pecuária, apicultura, aquíicultura, avicultura, cunicultura, ranicultura e sericicultura.

Ocorre que o sujeito passivo não constituiu prova do atendimento das condições estabelecidas pelo Regulamento, para fins de fruição da norma isentiva, razão pelo não vislumbro como acolher as razões recursais.

Ademais, como bem observou a Nobre Representante da Procuradoria, o Parecer DITRI de nº 543/99 foi revogado antes do início da ação fiscal, motivo pelo qual não pode produzir quaisquer efeitos nos presentes autos.

No que diz respeito às Maletas para Ferramentas da marca Polymer, constato que a respectiva posição NCM – 42021210 – não está inclusa no Anexo Único do Protocolo 109/09 e nem mesmo no Anexo Único ao Protocolo 104/09, diante do que fica mantida exigência quanto também quanto a este produto.

Ante ao exposto, ratifico o novo demonstrativo de débito anexo ao relatório de diligência de fls. 301 a 327, promovendo a reforma da Decisão proferida pela 1ª JF para reduzir o valor exigido de R\$ 31.353,41 para R\$ 9.386,38.

No que se refere à parte remanescente da infração 03, entendo que a Decisão de base merece

reforma quanto à manutenção do estorno de crédito do imposto em relação às aquisições de bebidas lácteas; às aquisições de ave codorna, bem assim às aquisições de capas automotivas para carros.

Acato parcialmente o novo demonstrativo de débito de fls. 309 a 313, por entender que, além dos produtos, cujos créditos já foram acatados pelo fiscal autuante, devem ser garantidos também os créditos correspondentes às aquisições de *Iogurte Molico Polpa TRI 1X16* e *Iogurte Nestle Neston Polpa*.

Conforme é possível verificar da análise das notas fiscais de aquisição, bem assim da leitura dos rótulos destes colacionados aos autos pelo Recorrente às fls. 347 e 348, os mencionados produtos se constituem em bebidas lácteas, classificados na NCM na posição 0403.9000 - *Leite e laticínios; ovos de aves; mel natural; produtos comestíveis de origem animal, não especificados nem compreendidos em outros Capítulos - Leitelho, leite e creme de leite coalhados, iogurte, quefir e outros leites e cremes de leite fermentados ou acidificados, mesmo concentrados ou adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes, ou aromatizados ou adicionados de frutas ou de cacau – Outros*.

Ocorre que o item 3.3 do inciso II do artigo 353 do RICMS estabelece a submissão ao regime de substituição tributária apenas o produto iogurte classificado na posição 0403.1 da NCM. Nestes termos, não se pode conceber, sob pena de afronta ao primado da estrita legalidade, a equiparação de bebidas lácteas ao iogurte, produtos que, como visto, com estes não se confundem.

Longe de se configurar em meras assertivas, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA evidencia as diferenças técnicas existentes entre a composição do iogurte e das bebidas lácteas. Senão vejamos:

BEBIDA LÁCTEA FERMENTADA COM POLPA DE FRUTA (INN° 16/2005)	IOGURTE (INN° 46/2007)
A base láctea representa pelo menos 51% do total de ingredientes do produto;	Os ingredientes opcionais não lácteos poderão estar presentes em proporção máxima de 30%;
Contagem de bactérias lácticas viáveis deve ser no mínimo 10^6 UFC/g, no produto final;	Contagem de bactérias lácticas viáveis deve ser no mínimo 10^7 UFC/g, no produto final;
Não especifica o fermento lácteo a ser utilizado;	A fermentação se realiza com cultivos protossimbióticos de <i>Streptococcus salivarius</i> subsp. <i>Thermophilus</i> e <i>Lactobacillus delbrueckii</i> subsp. <i>Bulgaricus</i> ;
Soro é ingrediente obrigatório;	Soro não é ingrediente obrigatório;
Permite-se a adição de gordura vegetal como ingrediente opcional;	Não é permitida a adição de gordura de origem não láctea;
Teor mínimo de proteínas de origem láctea: 1g/100g	Teor mínimo de proteínas de origem láctea no iogurte: 2,9g/100g. Dependendo da quantidade de polpa, esse valor deve ser reduzido proporcionalmente, não devendo ser menor que 2,03g/100g;
Deve constar no rótulo a expressão “CONTÉM SORO DE LEITE”; Deve constar a frase “BEBIDA LÁCTEA NÃO É IOGURTE”;	O iogurte pode ser classificado de acordo com o teor de gordura em: Integral, Parcialmente Desnatado ou Desnatado, as quais devem constar no rótulo do produto;

Fonte: Assessoria de Imprensa do MAPA.

No mesmo sentido é o entendimento firmado em recente julgado desta Câmara – Acórdão CJF N° 0247-11/14.

Com base nos mesmos fundamentos de direito, entendo não deva ser mantida a exigência de estorno em relação às aquisições de capas para carro, classificadas na posição 63079090 da NCM, por não se constituírem em espécie do gênero peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores a que se refere o item 30 do inciso II do artigo 353 do RICMS.

Demais disto, da análise do Anexo Único aos Protocolos n° 41/08 e 97/10, que deram origem ao dispositivo regulamentar em comento, não se identifica a posição 63079090 da NCM,

correspondente aos produtos em análise.

Diante de tais considerações, entendendo que o demonstrativo de débito de fls. 304 a 313 deva ser ajustado de modo que dele sejam excluídas as notas fiscais de aquisição dos seguintes produtos: *Iogurte Molico Polpa TRI 1X16*, *Iogurte Nestle Neston Polpa* e *Autom Capa p/ Carro*, conforme a seguir demonstrado:

Data Ocorrência	Vencimento	Vir. Após Diligência	Valores Evididos		Valor. Remanescente
			Bebidas Lácteas	Capas p/ Auto	
31/01/2010	31/01/2010	272,67	263,87	8,80	-
28/02/2010	28/02/2010	502,12	401,41	52,83	47,88
31/03/2010	31/03/2010	260,94	260,94	-	-
30/04/2010	30/04/2010	186,74	161,55	25,19	-
31/05/2010	31/05/2010	461,74	374,50	87,24	-
30/06/2010	30/06/2010	128,37	128,37	-	-
31/07/2010	31/07/2010	642,01	534,05	104,68	3,28
31/08/2010	31/08/2010	334,74	233,13	101,61	-
30/09/2010	30/09/2010	729,60	270,65	219,24	239,71
31/10/2010	31/10/2010	695,45	590,79	104,66	-
30/11/2010	30/11/2010	125,07	125,07	-	-
31/12/2010	31/12/2010	1.655,85	449,68	79,23	1.126,94
Totais		5.995,30	3.794,01	783,48	1.417,81

Por derradeiro, quanto ao pedido consistente no afastamento do percentual da multa cominada e dos acréscimos moratórios, entendo falecer competência a este órgão julgador para apreciá-lo em face do quanto previsto no inciso I do artigo 167 do RPAF. Isto porque, bem assim da aplicação da taxa SELIC, entendo falecer competência a este órgão julgador para apreciá-lo em face do quanto previsto no inciso I do artigo 167 do RPAF. Isto porque, para afastar a aplicabilidade da penalidade estabelecida pelo artigo 42 da Lei nº 7.014/96, bem assim dos encargos moratórios calculados com base na Taxa SELIC de que trata o artigo 102 da Lei nº 3.956/81 este órgão julgador haveria, necessariamente, de apreciar questões atinentes à conformidade de tais normas com a nossa Lei Maior, procedimento vedado pelo mencionado dispositivo regulamentar.

Diante de tais considerações, Dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para promover a reformar parcial da Decisão proferida pelo órgão julgador *a quo*, determinando a redução do débito relativo ao item 01 do Auto de Infração para R\$ 9.386,38 e o relativo ao item 03 para R\$ 1.417,81.

VOTO DIVERGENTE

Divirjo do entendimento firmado pela Relatora quanto à parte remanescente da infração 03, no que tange às aquisições de capas automotivas para carro.

Toda celeuma gira em torno de verificar se a mercadoria objeto da autuação está ou não sujeita ao regime da substituição tributária.

Os Protocolos ICMS 41/08 e 97/10, que dispõem sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas que celebraram este protocolo, do qual a Bahia é signatária, atribuíram ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subseqüentes.

A NCM que o Recorrente informa como de Capa Automotiva, nº. 6307.90.90, realmente não está nos protocolos citados, e nem poderia, haja vista que o capítulo 63 trata-se de outros artefatos têxteis confeccionados; sortidos; artefatos de matérias têxteis, calçados, chapéus e artefatos de uso semelhante, usados; trapos, conforme tabela abaixo:

63.07	<i>Outros artefatos confeccionados, incluindo os moldes para vestuário.</i>
6307.10.00	- Rodilhas, esfregões, panos de prato ou de cozinha, flanelas e artefatos de limpeza semelhantes
6307.20.00	- Cintos e coletes salva-vidas
6307.90	- Outros
6307.90.10	- De falso tecido
6307.90.20	- Artefato tubular com tratamento ignífugo, próprio para saída de emergência de pessoas, mesmo com seus elementos de montagem

6307.90.90	Outros
------------	--------

Assim, o que deve ser considerado não é a NCM indicada na nota fiscal e sim a descrição da mercadoria. Pela descrição, percebe-se claramente que o produto capa automotiva faz parte do anexo dos Protocolos nºs 41/08 e 97/10, por ser acessório automotivo e, portanto, está incluído no regime de substituição tributária.

Ademais, vale observar que a referida mercadoria também está enquadrada no regime de substituição tributária pela legislação interna, consoante previsto no art. 353, inciso II, item 30, do RICMS-BA/97, *in verbis*:

"Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

(...)

30 - peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores;"

Assim sendo, não há como acolher a tese defensiva de que esta mercadoria estaria abrangida pela norma tributária que determina a sujeição passiva por substituição, relativamente a operações interestaduais realizadas pelo Recorrente com contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Ante ao exposto, voto pela manutenção da Decisão recorrida no que tange ao produto capa automotiva.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206875.0101/11-3**, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (ATACADÃO S.A.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$11.880,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, "a" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo homologação dos valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel, Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Rosany Nunes de Mello Nascimento e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiros(as): Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes e Rubens Bezerra Soares.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES - VOTO DIVERGENTE

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS