

A. I. N° - 206911.3003/16-0
AUTUADO - LOJAS AMERICANAS S.A.
AUTUANTE - JALDO VAZ COTRIM
ORIGEM - IFEP NORTE
PUB LICAÇÃO - INTERNET - 27.06.2018

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0093-04/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Item não impugnado. Mantida a exigência. 2. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Excluídas do lançamento mercadorias que efetivamente se encontravam com a fase de tributação encerrada. Infração parcialmente subsistente 3. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA PELA LEGISLAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Argumentos defensivos insuficientes para modificar o lançamento. Acusação subsistente. 4. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. ERRO NA APURAÇÃO DO VALOR DO IMPOSTO. Item não impugnado. Mantido o lançamento. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA PERCENTUAL SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO QUANDO DAS AQUISIÇÕES DAS MERCADORIAS. Argumentos defensivos elidem, em parte, a exigência tributária. Acusação parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 30/09/2016, objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$86.250,91, mais multas e acréscimos legais, tendo em vista as seguintes acusações:

1 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS no total de R\$330,30, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, estando tudo discriminado conforme Demonstrativo de Débito constante no Anexo 02, juntado ao presente PAF, sob a forma de mídia gravada (CD). Multa de 60%, art. 42, inciso VII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

2 - Deixou de recolher ICMS no total de R\$42.464,26, em razão da ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, estando tudo discriminado conforme Demonstrativo de Débito constante no Anexo 04, juntado ao presente PAF sob a forma de mídia gravada (CD). Multa de 60%, art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

3 - Recolheu a menor ICMS no total de R\$34.098,78, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, estando tudo discriminado conforme Demonstrativo de Débito constante no Anexo 01, juntado ao presente PAF, sob a forma de mídia gravada (CD). Multa de 60%, art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

4 - Recolheu a menor ICMS no total de R\$237,80, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Estando tudo discriminado conforme Demonstrativo de Débito constante no Anexo

03 juntado ao presente PAF sob a forma de mídia gravada (CD). Multa de 60%, art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

5 - Multa percentual no valor de R\$9.119,77 sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Estando tudo discriminado conforme Demonstrativo de Débito constante no Anexo 05, juntado ao presente PAF, sob a forma de mídia gravada (CD). Art. 42, inciso II, alínea “d” e § 1º da Lei nº 7.014/96.

Regularmente notificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com Impugnação, fls. 17 a 34, onde inicialmente suscita a tempestividade da peça defensiva, descreve as acusações esclarecendo em seguida que reconheceu as exigências pertinentes às infrações 01 e 04, nos valores respectivos de R\$330,30 e R\$237,80, mencionando que efetuou os pagamentos respectivos.

Em seguida passou a impugnar o mérito das infrações 02, 03 e 05, conforme relato a seguir.

Assim, em relação a infração 02, que acusa a ocorrência da prática de operações tributáveis consideradas como não tributáveis, sustenta que identificou que boa parte da exação fiscal está consubstanciada na exigência de ICMS, relativo a operações cujas mercadorias se encontravam sujeitas ao regime de Substituição Tributária.

Afirma que como prova disto, elaborou o levantamento anexo (DOC. 00 Mercadorias sujeitas à ST), no qual buscou delimitar todas as mercadorias que encontravam-se sujeitas ao regime de ST, tanto na vigência do RICMS de 1997, para os Fatos Geradores ocorridos até 31.03.2012 (Decreto nº 6.284), quanto para os Fatos Geradores ocorridos a partir de 01.04.2012, sob a égide do novo Regulamento (Decreto nº 13.780/12).

Diz que para que não restem quaisquer dúvidas acerca da improcedência da presente infração, apresenta abaixo alguns exemplos de mercadorias autuadas que estavam sujeitas ao Regime de ST:

					ST (BASE LEGAL)	
DESCRIÇÃO	NCM	DATA	QUAN	VALOR TOTAL (R\$)	RICMS/97	RICMS/12
BISC POLVILHITO ORIGINAL 40G789893657823	19053100	31/12/12	04	4,76	Artigo 353, II, item 11.4.2	Artigo 289, § 17, I
CARAM BUTTER TOFFEE CHOKKO CHOC130GARC789 1 11801389	18069000	29/02/12	16	47,71	Artigo 353, II, item 8.5 c/c artigo 356	Artigo 289 c/c item 11 do anexo 1
GAME PS2 ARMY MEN802068101688	85234990	31/08/12	01	19,99	Artigo 370, § 1º, I c/c artigo 373 c/c artigo 353, II, item 20 c/c anexo 86, item 14	Artigo 289 c/c anexo 1, item 17
CONF TORTUGUITA CHOCOVINHO 50G ARCOP7898142853 63	18069000	30/09/12	55	66,25	Artigo 353, II, item 8.5 c/c artigo 356	Artigo 289 c/c item 11 do anexo 1

Com isso, sustenta que sujeitando-se à época ao regime de Substituição Tributária, não há que se falar em “*falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis*”, haja vista que o imposto ora exigido já foi recolhido integralmente de forma antecipada, através do regime da ST.

Passa a discorrer acerca de exigência da ICMS sobre encargos financeiros, pontuando que no demonstrativo acostado, se verifica que o ICMS exigido decorre da aplicação da alíquota do imposto sobre o valor correspondente a encargos financeiros, os quais não estão sujeitos à incidência do ICMS, afirmando que se mostra imperioso consignar que a conduta que adota, está em perfeito acordo com o conceito de “valor da operação”, conforme definição contida no artigo 155, inciso II da Constituição Federal, haja vista a não incidência do ICMS sobre os valores que representam os encargos, decorrentes das vendas financiadas com recursos próprios.

Neste rumo, afirma que os valores suportados a título de encargos financeiros decorrem do acréscimo no valor final da operação, que tem como objetivo apenas o de refletir o custo do financiamento suportado com recursos próprios, ou seja, o custo da moeda, considerando sua desvalorização no período da operação financeira em questão.

Tece outras considerações acerca desta questão, onde afirma que a situação em análise já foi objeto de apreciação por parte do Supremo Tribunal Federal, que ao julgar o Recurso Extraordinário nº 101.103-0/RS, entendeu que estaria ocorrendo uma distorção caso fosse admitida a incidência do ICMS sobre os encargos financeiros, transcrevendo excerto do Voto pertinente ao mencionado acórdão, citando ainda entendimento da lavra do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica do teor do julgamento do Recurso Especial nº 182.552, decidido por unanimidade, em que figurou como relator o Ministro Milton Luiz, transcrevendo trecho do voto.

Após elaborar breve demonstrativo com indicação da exigência de valores relacionados a encargos financeiros, sustenta que ao contrário do alegado pela fiscalização estadual, não houve falta de recolhimento do ICMS quando da realização das vendas através do ECF, enquanto que o imposto exigido decorre, na verdade, da aplicação da alíquota sobre o valor correspondente a encargos financeiros, os quais não estão sujeitos à incidência do ICMS, por representar meramente a recomposição do valor da moeda e não o valor da operação (preço da mercadoria).

Ao adentrar na infração 03, diz que após simples exame do relato fiscal e dos dispositivos legais elencados pelo Fisco, verificou que no entender do autuante, a autuada na apuração e recolhimento do ICMS incidente sobre a saída de determinadas mercadorias, aplicou alíquota diversa daquela supostamente devida.

Afirma, no entanto, que analisando o levantamento fiscal, constatou que o autuante não considerou a redução da base de cálculo conferida a determinadas mercadorias pela legislação estadual, e que tal conclusão se dá na maioria dos casos, já que o campo específico do levantamento fiscal para identificação do montante apurado e recolhido se encontra com a alíquota de 7%, ao tempo em que, ao analisar somente a alíquota aplicada, o autuante procedeu ao lançamento do valor do ICMS, tributando, via de regra, com base na alíquotade 17%.

Cita como exemplo a mercadoria “Leite em Pó” – Da exigência ICMS com base na alíquota de 12% em produtos sujeitos à redução da base de cálculo – incidência efetiva de 7%. Pontua que o autuante, neste caso específico aplicou a alíquota de 17% sobre a BC cheia da mercadoria “NINHO FASE 1+ 400G NESTLE789100000108”, integrante da categoria Leite em Pó, entretanto, tanto o antigo regulamento quanto o novo, trazem em seus dispositivos a previsão para redução da base de cálculo, de modo que a alíquota efetiva incidente seja no percentual de 7%, e não 17%, como exige a fiscalização estadual, transcrevendo os Arts. 87, XXI do RICMS/97 e 268, XXV do RICMS/12.

Esclarece que embora a legislação estadual conceda o benefício de redução de base de cálculo de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%, diz que , por equívoco da sua parte, realizou procedimento diverso, qual seja, utilização da base de cálculo cheia, procedendo ao

recolhimento de ICMS com base na alíquota de 7%, destacando o seguinte exemplo:

NINHO FASE 1+ 400G NESTLE789100000108

Valor unitário da mercadoria R\$6,99, Quantidade de vendas: 10

Valor Total R\$69,90

Valor da Base de Cálculo reduzida R\$28,78 (R\$ 69,90 - 58,825%), ICMS devido R\$4,89 (BC reduzida x 17%).

Aponta em seguida o seu procedimento em relação ao mesmo produto:

Valor unitário da mercadoria R\$ 6,99, Quantidade de vendas: 10

Valor Total R\$69,90

Valor da Base de Cálculo R\$69,90

ICMS devido R\$4,89 (BC x 7%)

Sustenta que muito embora tenha adotado procedimento diverso do previsto na legislação baiana, tal fato não ensejou nenhum prejuízo ao Erário, motivo pelo qual, a exigência de ICMS considerado como recolhido a menos é absolutamente descabida.

Neste contexto acrescentou que além do produto acima citado, existem diversos outros no levantamento elaborado pela fiscalização, tais como “Câmeras Digitais e Filmadoras – NCM 85258029” que possuem redução da BC, de modo que a alíquota incidente seja de 7% (vide arts. 87, V, do RICMS/97 e art. 266, XIII, “tabela” do RICMS/12), possuindo tal redução em ambos os regulamentos do RICMS, tendo o autuante ignorado tais dispositivos e exigido imposto de forma equivocada.

Concluindo, diz que buscando comprovar o alegado, requer a juntada de exemplos de outras mercadorias sujeitas à redução da base de cálculo (DOC 04), as quais tiveram seus respectivos impostos recolhidos, todavia, através de aplicação direta da alíquota sobre a base de cálculo cheia, sem que isso causasse prejuízo aos cofres baianos.

Adentra à infração 05, onde foi aplicada multa percentual sob fundamento de que teria deixado de efetuar o pagamento do imposto por antecipação tributária, referente a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Menciona que da leitura do relato acima, num primeiro momento, entende-se que teria deixado de recolher ICMS-Antecipação, tendo em vista que procedeu ao recolhimento normal do imposto, realizando o débito integral na saída, razão pela qual a r. fiscalização aplicou multa por inobservância do procedimento previsto na legislação estadual. Contudo, da análise dos dispositivos legais elencados e da metodologia de cálculo utilizada pela fiscalização, com aplicação inclusive de MVA, verifica-se que na verdade, aplicou-se multa por entender que as mercadorias objeto desta infração, tanto no antigo RICMS (1997) quanto ao novo Regulamento de ICMS (2012), estariam sujeitas ao regime de Substituição Tributária.

Afirma que realizando um exame mais detido no levantamento fiscal, identificou que diversas mercadorias autuadas, diferentemente do alegado pelo Fisco estadual, estão, na verdade, sujeitas ao regime de Antecipação Parcial, transcrevendo a este respeito o Art. 352-A do RICMS/97, asseverando ainda que considerando que os produtos que compõem o levantamento não estão elencados nos Anexos 88 e 89 ou nos arts. 353 a 369 do RICMS/97, (Decreto nº 62.284), e nem no Anexo 1 do RICMS/12, tampouco nas hipóteses de antecipação total, resta somente a possibilidade de estarem sujeitos ao regime de antecipação parcial.

Para sustentar seu argumento, requer a juntada dos comprovantes de pagamento de ICMS-Antecipação parcial, bem como da planilha contendo a relação de diversos produtos sujeitos à Antecipação Parcial (DOC. 05), afim de demonstrar que todas as obrigações (sejam elas principais

ou acessórias), foram estritamente observadas, conforme determina a legislação estadual. Com isso, requer a improcedência desta infração.

Em conclusão, requer preliminarmente que seja reconhecida a extinção do crédito tributário em relação aos valores devidamente pagos, referentes às infrações 01 e 04, nos termos do art. 156, I do CTN, e no mérito, seja declarada a total improcedência do referido lançamento, cancelando-se o crédito tributário constituído, solicitando ainda, que todas as intimações relativas ao presente processo sejam feitas ao Representante Legal da Impugnante, Dr. Gilberto Raimundo Badaró de Almeida Souza, OAB/BA 22.772, com escritório profissional estabelecido na Rua Frederico Simões, 153, Ed. Empresarial Orlando Gomes, Salas 513/514, Salvador/Bahia, CEP 41.820-774, protestando pela produção de todas as provas admitidas em direito, inclusive pela juntada posterior de documentos, nos termos explicitados nos tópicos antecedentes.

Auditor fiscal estranho ao feito apresentou Informação Fiscal, fls. 65 a 79, onde, em relação à Infração 02, naquilo que se relaciona a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, reconhece a procedência parcial das alegações defensivas e informa que foram efetuados os pertinentes expurgos, alusivos às mercadorias efetivamente sujeitas ao Regime de Antecipação Tributária.

A este respeito, diz que foram procedidos os “zeramentos” dos valores significativos indevidamente cobrados, tendo sido, entretanto, mantidos todos os registros originários dos itens, os quais foram tarjados em amarelo (mídia em CD), para uma melhor visualização do acertamento do direito, efetuado.

Neste rumo diz que numa demonstração inequívoca de boa-fé objetiva e lealdade processual, foram procedidos também os acertamentos do direito (tarjados em azul, no Anexo 04 Corrigido), atinentes à devida Redução da Base de Cálculo, incidente sobre as saídas internas de produtos de informática, previstas nos Art. 87, V e XLIV do RICMS/97 (Dec. 6.284/97) e Art. 266 XIII do RICMS/12 (Dec. 13.780/12) mesmo em detrimento da não pugnação do autuado, quanto ao particular.

Desta maneira, informa que foram produzidos novos demonstrativos de débito intitulados como ANEXO 04 – CORRIGIDO, em substituição ao originário Anexo 04.

Passa a discorrer acerca da alegada exigência de ICMS sobre encargos financeiros, onde refuta as alegações defensivas quanto à não incidência do ICMS sobre encargos financeiros, haja vista a impropriedade das suas argumentações, porquanto, o Art. 146, II “a” da CF/88, reserva à legislação infraconstitucional a forma de cálculo do ICMS, salientando a Lei Complementar nº 87/96 através do seu artigo 13, § 1º, II, que dispõe que *integra a base de cálculo do imposto o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como, descontos concedidos sob condição*, situação esta que foi recepcionada pela Lei nº 7.014/96, através do seu art. 17, § 1º. Pontua ainda que os valores dos encargos financeiros somente não integrariam a base de cálculo do ICMS, se a operação fosse realizada através de instituição financeira, submetida portanto à legislação federal (IOF), fato este, não ocorrido.

Objetivando reforçar seu entendimento, enfoca decisões do Superior Tribunal de Justiça, (parte do RE2006/0089138-6 DA Ministra Denise Arruda – Dje 30/04/2008 e AgRG no AG 1045754/SC do Ministro Castro Meira – Dje 11/09/2008, cujo texto abaixo reproduziu, bem como julgado deste CONSEF através do Acórdão CJF- 0027-11/14 em desfavor da própria autuada.

Diante destes argumentos, pugna pela manutenção parcial da exigência alusiva à Infração 02.

No que se refere à Infração 03, menciona que contrariamente ao que alega a autuada em sua peça de defesa (fls. 27 do PAF), não se verificou qualquer erro na aplicação da alíquota.

Explica que nenhum dos produtos arrolados no Anexo 01 e gravados pelo ICMS, à alíquota de 17%, são beneficiários da Redução da Base de Cálculo, prevista nos artigos 87, XXI do RICMS/97 (Dec. 6.284/97) e Art. 268, XXV RICMS/12 (Dec. 13.780/12), pelo fato de não serem classificados

como LEITE EM PÓ, assertiva essa, que ao final restará comprovada, a partir das razões apresentadas a seguir.

Sustenta que em oposição às alegações da autuada, informa serem totalmente descabidos seus argumentos quanto a um suposto albergamento fiscal dos produtos envolvidos (Fórmula Infantil), através do benefício previsto nos Art. 87, XXI do Dec. 6.284/97 e Art. 268, XXV do Dec 13.780/12, haja vista, que as propriedades organolépticas de tais, (NINHO FASE 1 + 400G), não lhes confere tais privilégios, posto que, não são leite em pó e sim, fórmula Infantil.

Assim, destaca que não bastasse o critério ampliativo adotado pela autuada, conflitar diretamente com o que dispõe o Art. 111 do CTN – Lei nº 5.172 de 25-10-1966, há de ser considerado temerário, até porque, ofende a segurança jurídica através de uma extensividade interpretativa do benefício fiscal, de cunho meramente idiosincrático e não prevista em lei.

Por outro ângulo, aduz que a pretendida ampliação do benefício fiscal, no que respeita aos produtos substitutos do Leite em Pó, há de ser considerado inaplicável também, porque conflita com o entendimento e normatização dos órgãos técnicos de controle de alimentos, no particular, o MAPA – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, bem como, se acatado fosse, abriria um perigoso precedente, assegurador de que, qualquer mistura que contivesse leite em pó em sua composição, fosse como tal considerado.

Objetivando respaldar o quanto afirmado acima, passou a detalhar de forma minuciosa suas assertivas, com respaldo na legislação reguladora da matéria, conforme se verifica:

Leite em Pó e Compostos Lácteos: O período objeto da autuação fiscal, ora em lide, se inicia em 01/01/2012 e se finda em 31/12/2012, desse modo, foi regido pelas normas dos Decretos 6.284/97, envolvendo o interstício de 01/01/2012 a 31/03/2012 e Decreto 13.780/12 (vigente), abarcando o interstício de 01/04/2012 a 31/12/2012, cujos artigos reproduziu:

Dec. 6.284/97

Art.87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXI - das operações internas com leite em pó (o grifo é nosso) em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).

(...)

Dec. 13.780/12

Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:

(...)

XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento)

Nota: A redação atual do inciso XXV do caput do art. 268 foi dada pelo Decreto nº 16.151, de 16/06/15, DOE de 17/06/15, efeitos a partir de 17/06/15.

Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pela Alteração nº 20 (Decreto nº 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13), efeitos a partir de 01/01/14 a 16/06/15:

“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, fabricados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”

Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pela Alteração nº 15 (Decreto nº 14.681, de 30/07/13, DOE de 31/07/13), efeitos de 01/08/13 a 31/12/13:

“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”

Redação originária, efeitos até 31/07/13:

“XXV - das operações internas com leite em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”

Neste passo diz que os produtos considerados pela autuada como sendo “Leite em Pó”, não passam de Compostos Lácteos, assim classificados tecnicamente pelos órgãos de controle de alimentos, subordinados ao MAPA – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, diverso portanto, de leite em pó, logo, não acobertados pelo benefício da redução da base cálculo, dirigida especificamente a esse produto, acrescentando ainda, com o propósito de tornar mais explícito seu posicionamento, que encontram-se listados no quadro sinótico abaixo, as espécies dos produtos lácteos arrolados no Anexo 01, como sejam:

PRODUTO	ESPECIFICAÇÃO	ALIQ.
Ninho Fase 1 + 400G Nestlè 789100000108	Composto Lácteo	17%

Destaca que para que não remanesçam quaisquer dúvidas acerca dos Compostos Lácteos (Ninho Fase 1 +) e à guisa de meio de prova, estão sendo acostados ao presente PAF cópia do rótulo do fabricante de tais produtos, que cristalinamente informam as suas efetivas identidades, (**Anexo 06**), como elemento probatório do quanto informado, ressaltando ainda que a afirmação de que os produtos lácteos em comento (Compostos Lácteos), não são leite em pó, emana dos próprios fabricantes, que por imposição do MAPA - Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, são obrigados a prestar tal esclarecimento ao consumidor, fazendo constar nas respectivas embalagens, a expressão: “ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ”, atendendo assim, à disposição contida no Anexo – Regulamento Técnico para Fixação de Qualidade de Composto Lácteo Item 9 – Subitem 9.3, da Instrução Normativa nº 28 do Ministério da Agricultura, Pecuária Abastecimento, datada de 12 de junho de 2007, (cópia juntada ao presente PAF).

Objetivando respaldar seus argumentos no sentido de comprovar a improriedade de se considerar Compostos Lácteos como se leite em pó fossem, efetuou a este PAF juntada de cópias de Acórdãos originários deste CONSEF, quais sejam: JJF Nº 0268-02/12JJF Nº 0215-01/13 e CJF Nº 0347-11/15, cujas decisões indicam que COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ, não sendo possível aplicar a redução da base de cálculo prevista no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS/97 (Dec. 6.284/97), bem como, o Inciso XXV do Art. 267 do RICMS/2012 (Dec. 13.780/12).

Quanto aos produtos, “Câmeras Digitais” e “Filmadoras”, ambas não gozam do benefício da Redução da Base de Cálculo, equivocadamente pugnado pela autuada, haja vista que não podem ser confundidos com as chamadas Webcams, esses sim, equipamentos estáticos, acopláveis aos computadores e reconhecidos em termos fiscais como periféricos, beneficiados portanto, com a Redução da Base de Cálculo do ICMS, prevista nos Art. 87, V do Dec. 6.284/97 e Art. 266, XIII do Dec. 13.780/12. Nesta dicção, diz que com o fito de tornar mais explícito o seu entendimento e respaldar materialmente a informação fiscal, aponta que encontram-se listados no quadro sinótico abaixo, as espécies de produtos eletrônicos de imagem arrolados no Anexo 01, como sejam:

PRODUTO	ESPECIFICAÇÃO	ALIQ.
Camera Digital	Equip. portátil p/gravação de imagens	17%
Filmadora	Equip. portátil p/gravação de imagens	17%

A este respeito cita que este CONSEF já se manifestou através do Acórdão CJF-0238-12/16 (cópia anexa), posicionando-se acerca da improriedade da aplicação do instituto da Redução da Base de Cálculo do ICMS sobre as saídas de Câmeras Digitais e Filmadoras, porquanto, não são consideradas como “Webcams”, fato esse, que robustece o entendimento do Autuante, quanto à autuação fiscal ora discutida.

Conclui pela manutenção da infração 03.

Adentra à Infração 05, pontuando que após analisar minudentemente as alegações defensivas da Autuada (fls. 31 a 33 do PAF), reconhece parcialmente suas alegações tão somente quanto ao produto “Caixa Registradora Eletrônica”, porquanto, todas as demais mercadorias elencadas no

Anexo 05, que integram a presente Infração, encontram-se submetidas ao Regime de Antecipação Tributária (Antecipação Integral) e não Antecipação Parcial, como entendeu a autuada.

Após destacar que é notório que os recolhimentos espontaneamente efetuados pela autuada, a título de Antecipação Parcial, lhe autorizava o aproveitamento do crédito fiscal de ICMS correspondente, à luz da legislação aplicável, cita que em virtude do instituto da Antecipação Tributária alcançar todas as mercadorias arroladas no Anexo 05, fato esse ignorado pela autuada, é inegável o acerto da autuação quanto à aplicação da multa fiscal devida, à luz do que dispõe os Art. 42, II, “d” e § 1º da Lei 7.014/96.

Desta maneira, informa que foram produzidos novos demonstrativos de débito intitulados como ANEXO 05 – CORRIGIDO, em substituição ao originário Anexo 05, destacando que com o escopo de tornar mais claro o acertamento do direito efetuado, promoveu os expurgos dos valores impropriamente cobrados, através do “zeramento” dos mesmos, todavia, preservando os itens originários devidamente tarjados, para melhor identificação.

Em conclusão cita que após analisadas, acatadas em parte e redarguidas as alegações de defesa, reafirma a manutenção parcial do PAF ora em lide no valor de R\$58.374,23, do qual deverão ser deduzidos os valores reconhecidos e já pagos.

O autuado se manifestou acerca da Informação Fiscal, fls. 155 a 160, onde efetuou uma síntese dos fatos, observando que instado a se manifestar o autuante acatou parte dos argumentos suscitados excluindo o valor de R\$27.876,68 do Auto de Infração combatido, pugnando pela procedência parcial da autuação.

Apesar disto, assevera que não obstante já tenha apresentado todos os argumentos que julga capazes de elidir por completo o lançamento, entende que faz-se necessário traçar algumas considerações acerca dos pontos não acolhidos pela fiscalização.

Assim é que, em relação à Infração 02, cita que muita embora o autuante tenha acatado parte dos argumentos que suscitou, ao identificar que diversas mercadorias apontadas no levantamento fiscal como sujeitas ao regime normal de apuração, na verdade, se sujeitam ao regime de substituição tributária, insta consignar que diversas outras operações na mesma situação foram desconsideradas.

Neste ponto, cita como exemplo a mercadoria PELÚCIA ALMOFADA BICHOS DIV 30CM HD447692755624702 (Código 1-4153800) – NCM 95030031, que, analisando os regulamentos baianos de ICMS tanto do ano de 1997 quanto o de 2012, verificou que em ambos, a mercadoria acima encontra-se claramente inserida na sistemática da substituição tributária, conforme pode-se inferir da leitura dos artigos abaixo colacionados:

- Artigo 353, II, item 37 c/c item 40 do Anexo 88, ambos do Decreto nº 6.284/97

“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 subsequentes 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:

*37 - triciclos, patinetes, carros de pedais e outros brinquedos semelhantes de rodas; carrinhos para bonecos; bonecos; **outros brinquedos**; modelos reduzidos e modelos semelhantes para divertimento, mesmo animados; quebra-cabeças (“puzzles”) de qualquer tipo - **NCM 9503.00**:*

40	Triciclos, patinetes, carros de pedais e outros brinquedos semelhantes de rodas; carrinhos para bonecos; bonecos; outros brinquedos; modelos reduzidos e modelos semelhantes para divertimento, mesmo animados; quebra-cabeças (“puzzles”) de qualquer tipo - NCM 9503.00	Interna: 57% Alíq. origem 7%: 75,92% Alíq. Origem 12%: 66,46%
-----------	---	---

- Artigo 289 c/c item 07, do anexo 1 do Decreto 13.780/2012

“Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento. (...)”

7	Brinquedos, triciclos, patinetes, carros de pedais e outros brinquedos semelhantes de rodas; carrinhos para bonecos; bonecos; outros brinquedos; modelos reduzidos e modelos semelhantes para divertimento, mesmo animados; quebra-cabeças (“puzzles”) de qualquer tipo—9503	Prot. ICMS 108/09 - BA e SP	75,92% (Aliq. 7%)		
		Prot. ICMS 29/10 - BA e MG	75,92% (Aliq. 7%)	75,92% (Aliq. 7%) 66,46% (Aliq. 12%)	57%

Aponta também outro exemplo de produto que entende estar sujeito ao regime de Substituição Tributária, mas não considerado pela fiscalização:

- MOCHILA NOTEBOOK XERYUS789923375921 (Código '1-2148932') – NCM 42029200
 - Artigo 289 c/c item 27.5 do Anexo 1 do RICMS/BA 2012

Com estes argumentos, sustenta que o autuante ao analisar o presente levantamento, não exauriu todos os casos de produtos que estão submetidos à sistemática da ST, portanto, devem ser excluídos da referida infração.

Relativamente à infração 05, afirma que não pode concordar com a autuação por dois motivos: primeiro porque diversas mercadorias não estão submetidas à sistemática da antecipação integral (substituição tributária). A título de exemplo, apresenta um quadro com produtos que ao seu entender, por não estarem relacionados na listagem da substituição tributária (tanto no antigo quanto no novo regulamento), estão submetidos ao regime de Antecipação Parcial (conforme determina o regulamento de ICMS baiano):

Código do Produto	NCM	Descrição do Produto
'1-2147519'	'63026000'	PANO COPA QUAD GDE 3 CORES LEPPER789135412309
'1-2006446'	'63029990'	PANO COPA NATAL FELP DOHLER789149752864
'1-2149376'	'63026000'	PANO COPA BOM PANO CAMESA789170900290
'1-4003078'	'63026000'	PANO COPA FELPUDO TEKA789122851745
'1-2106094'	'48115929'	PAPEL PRESENTE NATAL IMPORT 2M SORT 249696241151
'1-2137195'	'48119090'	PAPEL PRESENTE TO IMPORTADO SORT 2M MP884118101916
'1-4116602'	'20081900'	PIPOCA BLOCKBUSTER LIGHT BUTTER 100G789600393494
'1-4153661'	'19041000'	PIPOCA MAGITLEC C/ COB CHOC 36G789604532048
'1-4152028'	'95045000'	MINI GAME + RADIO BARBIE789750051805
'1-4143465'	'95045000'	MINI GAME ADVENTURE BEN10 ALIEN FORCE789750055368
'1-4225126'	'95049090'	MINI GAME BATMAN
'1-4225126'	'95049090'	MINI GAME BATMAN
'1-4228427'	'95045000'	MINI GAME BATTLE FORCE 5
'1-4228427'	'95045000'	MINI GAME BATTLE FORCE 5
'1-4228427'	'95045000'	MINI GAME BATTLE FORCE 5

'1-4228426'	'95045000'	MINI GAME FORCE 5 RADIO + RELOGIO789750054808
'1-4228426'	'95045000'	MINI GAME FORCE 5 RADIO + RELOGIO789750054808
'1-4228426'	'95045000'	MINI GAME FORCE 5 RADIO + RELOGIO789750054808
'1-4152031'	'95045000'	MINI GAME HOT WHEELS789750054503
'1-4152035'	'95045000'	MINI GAME MAX STEEL789750058031
'1-4152039'	'95045000'	MINI GAME POLLY789750052772
'1-4115352'	'95045000'	MINI GAME XUXA COM RELOGIO789750053207
'1-4109170'	'34012010'	SABAO CREMOSO HIGI CALCINHA789836108024

Acrescenta que mesmo que se verificasse mercadorias na sistemática da Substituição Tributária, o autuante não comprovou nos autos que é sua a responsabilidade pelo pagamento, na qualidade de substituta, e não encontrou norma que lhe atribuisse a responsabilidade pelo pagamento como substituta tributária, pelo contrário, identificou somente a responsabilidade subsidiária pelo pagamento do ICMS, o que foi feito, mas sem alusão à sistemática da ST (art. 6º, § 2º da Lei nº 7.014/96, Lei do ICMS). Pugna pelo cancelamento da penalidade aplicada.

Conclui requerendo que sejam homologados os valores excluídos na Manifestação Fiscal e que o crédito remanescente seja julgado improcedente, conforme demonstrado nos tópicos anteriores.

Auditor Fiscal estranho ao feito se pronunciou a respeito da manifestação do autuado, fls. 166 e 167, pontuando que este nada apresentou de novo em relação aos fatos anteriores já sobejamente redarguidos na Informação Fiscal originária, onde procedeu acurada verificação quanto às situações tributárias arroladas nas infrações 02, 03 e 05. Em vista disto reafirmou as informações já prestadas e pugnou pela manutenção parcial do Auto de Infração no valor de R\$58.374,23.

Foram juntados aos autos, extratos de pagamentos obtidos através do SIGAT, referente as infrações reconhecidas como devidas, fls. 172 a 175.

Em 31/07/2017, em sessão de Pauta Suplementar, esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pelo encaminhamento do presente PAF em diligência à Infaz de origem, no sentido de que fosse atendida a solicitação abaixo:

A infração 05 do Auto de Infração em referência trata de penalidade incidente sobre a antecipação tributária que deixou de ser paga durante o exercício de 2012.

Em sua primeira intervenção o autuado se insurgiu contra a infração ao argumento de que as mercadorias que deram causa à autuação não se encontram no rol da antecipação tributária, e, consequentemente, estão sujeita a antecipação parcial, cujo imposto fora regularmente pago.

Auditor fiscal estranho ao feito, designado para prestar a informação fiscal, acolheu parcialmente a alegação defensiva e excluiu da autuação apenas o produto “caixa registradora eletrônica”.

Instado a se manifestar acerca da informação fiscal, o autuado manteve seu argumento anterior e apresentou, fl. 159, um quadro com diversos produtos, com indicação da NCM individualizada, que, ao seu entender não estão incluídos no rol da substituição tributária.

Considerando que na informação fiscal de fls. 166/167, seu autor não analisou o referido demonstrativo de fl. 159, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, por converter o presente PAF em diligência à Infaz de origem no sentido de que o autuante analise o citado demonstrativo (fl. 159) e se posicione a respeito de cada item, esclarecendo se as mercadorias ali mencionadas se encontram ou não, efetivamente, no rol da antecipação tributária.

Pede-se que, em caso de se confirmar que as mercadorias estão enquadradas no rol da substituição tributária, seja feita a indicação individual do item da legislação onde se encontra nela enquadrada a mercadoria. Caso não se confirme, que sejam efetuadas as respectivas exclusões com o consequente refazimento do demonstrativo de débito no mesmo formato que consta na peça inicial.

Após concluso, deverá ser dado ciência ao autuado, fornecendo-lhe cópia desta solicitação e do resultado da diligência, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para manifestação, se assim o desejar.

Ao final, retorne-se os autos ao CONSEF para conclusão da instrução e posterior julgamento.

Em atendimento à solicitação supra, o autuante prestou os devidos esclarecimentos, fls. 182 a 183, na forma abaixo reproduzida:

(...)tendo como objeto, o esclarecimento quanto à verdadeira natureza das mercadorias elencadas nas fls. 159 do Processo em tela, haja vista, a controvérsia remanescente, se aquelas se encontram ou não, submetidas ao Regime de Antecipação Tributária.

Desta sorte, analisamos detidamente cada mercadoria sob lide e informamos que:

- a) **Pano de Copa** – A diversidade de denominações para um mesmo produto, pode induzir a interpretações diversas, em virtude da impossibilidade da legislação abracer todas elas. Desse modo, entendemos que a finalidade a que se destina o produto, equaciona a questão quanto à nomenclatura utilizada. Como prova material da nossa afirmativa, juntamos através do **Doc. 01** ora acostada ao presente PAF, cópia de matéria veiculada através do site da revista “Casa Claudia” (www.casaclaudia.abril.com.br). O denominado Pano de Copa, também chamado de “Bate-Mão”, funciona como um “Pano de Prato Auxiliar”, por questões de higiene, nas tarefas domésticas de copa e cozinha, podendo inclusivo, ter uso também decorativo, a depender do animus do usuário, sem, entretanto, perder a sua identidade. Nesse diapasão, afirmamos que o produto se encontra albergado no Item 25.37 do Anexo 01 do Dec. 13.780/12 (NCM 6307.1) e portanto, submetido ao Regime de Antecipação Tributária;
- b) **Papel de Presente** – A pluralidade de nomenclaturas adotadas para os produtos, impossibilita o arrolamento de todas elas através da legislação pertinente. O produto em comento trata-se efetivamente, do denominado “Papel Fantasia”, que tem por finalidade embrulhar presentes. Com o escopo de respaldar as nossas afirmativas, juntamos através do **Doc. 02** cópias de matéria veiculada através do site www.diademapapeis.com empresa especializada na venda de papéis para embalagem. Diante do exposto, nos parece inequívoco que o produto em questão, se encontra albergado no Item 27.28 do Anexo 01 do Dec. 13.780/12 (NCM 2810.22.90) e, portanto, submetido ao Regime de Antecipação Tributária;
- c) **Pipoca Blockbuster** – Conforme o disposto na TIPI - Capítulo 19 - Código NCM 1904.10.00, trata-se de “Produtos à base de cereais obtidos por expansão ou por torrefação”. Nesse passo e a título de comprovar materialmente as nossas assertivas, fazemos juntada através do **Doc. 03**, ao presente Processo, de cópias da classificação fiscal disponibilizada através do site www.cosmosbluesoft.com.br. Outrossim, também acostamos com meio de prova das nossas afirmativas, cópia do **Acórdão JJF Nº 0133-01/15** que declara o produto, como integrante do Item 38 do Anexo 01 do Dec. 13.780/12 (NCM 1904.10);
- d) **Pipoca Magitec** – Idem, Idem, alínea imediatamente anterior. Nesse diapasão, nos reservamos ao direito, de não repetir os mesmos argumentos, evitando assim, incorrermos no vício da tautologia. Entretanto, objetando ampliar o conjunto de elementos probatórios das nossas afirmativas, acostamos através do **Doc. 04**, cópias da classificação fiscal disponibilizada através do site www.cosmosbluesoft.com.br, bem como, cópia do Cupom Fiscal nº 244725 emitido pela unidade comercial da própria Autuada, com CNPJ nº 33.014.556/0293-30, que corrobora com a nossa afirmativa, quanto a submissão do produto em tela, ao Regime de Antecipação Tributária, figurando no Item 38 do Anexo 01 do Dec. 13.780/12 (NCM 1904.10);
- e) **Mini GameCharque** – A responsabilidade sobre a classificação fiscal dos produtos, através da NCM, é de competência da Receita Federal. Em assim sendo e de acordo com a funcionalidade dos produtos em questão, fazemos juntada ao presente Processo, através do **Doc. 05**, de cópia da **INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 840 DE 25 DE ABRIL DE 2008**, a qual, através do seu **Anexo Único**, engloba no Código simplificado 9503.9000 os produtos vídeo game miniatura, como Brinquedos. Desse modo, os produtos listados com as NCM's 9504.5000 a 9504.9090, são absorvidos pelo Item 7 do Anexo 01 do Dec. 13.780/12, enquadrados portanto, no Regime de Antecipação Tributária;
- f) **Sabão Cremoso Higi Calcinha** – O produto em comento, trata-se de Sabão Líquido, utilizado para lavar roupas íntimas. Desse modo, é inequívoca que a sua classificação fiscal encontra-se albergada no Item 25.4 do Anexo 01 do Dec. 13.780/12, (NCM 3401.20.9). Com o objetivo de respaldar as nossas afirmações, fazemos juntada através do **Doc. 06** ao presente Processo, de cópias da classificação fiscal disponibilizada através do site www.cosmosbluesoft.com.br. Outrossim, a inscrição de “Sabão Cremoso”, contida no rótulo do produto (cópia anexa), esclarece totalmente a questão;

Cientificado do resultado da diligência supra, o autuado se pronunciou às fls. 246 a 253, onde, após apresentar uma síntese dos fatos, passou a se manifestar a respeito da infração 02, não objeto da diligência, repetindo as considerações já apresentadas a respeito dos artigos “pelúcia almofada bichos div 30cm HD44769275562702 (Código 1-4153800) – NCM 94030031”, e “Mochila

Notebook XERYUS789923375921 (Código 1-2148932) NCM 42029200”.

Ao adentrar à infração 05, objeto da diligência realizada, pontuou que o autuante o acusa de ter efetuado o pagamento do ICMS correto, porém, adotando a forma equivocada, entendendo que as operações analisadas encontram-se submetidas ao Regime de Antecipação Total (Regime de Substituição Tributária) e não ao de Antecipação Parcial, como implementado. Por essa razão (erro formal), diz que foi homologado o ICMS recolhido, mas impôs a penalidade, exigindo-lhe exclusivamente a multa pelo descumprimento de obrigação acessória.

Menciona que em sua primeira manifestação, elaborou tabela exemplificativa elencando diversas mercadorias que não estão submetidas à sistemática da Antecipação Total, enquanto que o autuante refutou uma a uma, valendo-se de alguns fundamentos equivocados, citando o caso dos produtos “Pipoca Magitlec”, “Pipoca Blockbuster” e “Sabão Cremoso Higi Calcinha”.

De acordo com o seu entendimento o autuante atribuiu a NCM 1904.10.00 aos itens do gênero “pipoca”, todavia, a descrição da referida NCM é clara ao excetuar o item “milho” de sua abrangência. Veja-se:

“1904.10.00 - Preparações à base de cereais, farinhas, amidos, féculas ou de leite; produtos de pastelaria - Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou por torrefação (por exemplo, flocos de milho (“corn flakes”)); cereais (exceto milho) em grãos ou sob a forma de flocos ou de outros grãos trabalhados (com exceção da farinha, do grumo e da sêmola), précozidos ou preparados de outro modo, não especificados nem compreendidos em outras posições - Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou por torrefação.”

Disse que de igual modo o autuante fez uma interpretação extensiva para tentar enquadrar a mercadoria “Sabão Higi Calcinha” ao item 25.4, do Anexo I, do RICMS/12, citando o que o referido item prevê:

“25.4 - Sabões ou detergentes em pó, flocos, palhetas, grânulos ou outras formas semelhantes – 3401.20.9 e 3402.2”

Neste rumo, sustenta que pela análise da redação acima, revela-se frustrada a tentativa do autuante de enquadrar um sabão líquido no regime da Antecipação Total, visto que nem a descrição, nem a NCM conferem com o item 25.4, do Regulamento baiano, afastando a aplicação desse regime de tributação.

Apontou abaixo outros produtos que por não estarem relacionados na listagem da substituição tributária (tanto no antigo quanto no novo regulamento), estão submetidos ao regime de Antecipação Parcial (conforme determina o regulamento de ICMS baiano):

Código do Produto	NCM	Descrição do Produto
'1-4153409'	'20089900'	MILHO CROCANTE CHURRASCO 62G AGTAL789626140241
'1-4153408'	'20089900'	MILHO CROCANTE ORIGINAL 62G AGTAL789626140240
'1-4153410'	'20089900'	MILHO CROCANTE PIMENTA 62G AGTAL
'1-4153546'	'94018000'	CADEIRA AUTO INFANTI SAVILE 0-18KG CIN789024217395
'1-4152681'	'94018000'	CADEIRA AUTO VOYAGE CV3001 9-18KG PRET789850947021
'1-4150917'	'94018000'	CADEIRA AUTO COSCO COMMUTER 9-36KG CIN789850947133
'1-4153536'	'94018000'	CADEIRA AUTO INFANTI VARIO 15-36KG VER
'1-4107145'	'94018000'	BEBE CONFORTO VOYAGE CV2000 0-13KG789846166003
'1-4153534'	'94018000'	ASSENTO AUTO INFANTI 15-36KG CINZA
'1-4153535'	'94018000'	ASSENTO AUTO INFANTI 15-36KG VERM789024217297

'1-4143982'	'94018000'	ASSENTO AUTO COSCO PROTECK 15-36KG789850947172
'1-4229303'	'94018000'	ASSENTO AUTO VOYAGE ARGOS VERMELHO789850947029
'1-4229302'	'94018000'	ASSENTO AUTO VOYAGE ARGOS CINZA

Com base na planilha acima, destacou que o autuante atribuiu aos itens “milho crocante” a NCM 20089900, contudo, não há qualquer previsão na legislação baiana que inclua a referida NCM ao regime de Antecipação Total (Substituição Tributária).

Sustentou em seguida que o mesmo ocorre com os itens do gênero “Cadeira Auto”, “Bebê Conforto” e “Assento Auto”, pois se tratam de assentos infantis, os quais não possuem nenhum respaldo legal que justifique o enquadramento no regime de Antecipação Total (ST) e por esta razão, estão sujeitos à Antecipação Parcial (regime normal ou geral de tributação).

Sustentou que mesmo que se verificasse mercadorias na sistemática da ST, o Fisco não comprovou nos autos que a responsabilidade do contribuinte é pelo pagamento, na qualidade de substituto, ou seja, traz o Fisco a forma de pagamento considerada correta, mas não fundamentada na legislação, não encontrando norma legal que lhe atribuisse a responsabilidade pelo pagamento como substituta tributária, pelo contrário, identificou somente a responsabilidade subsidiária pelo pagamento do ICMS, o que foi feito, mas sem alusão à sistemática da ST (art. 6º, § 2º da Lei nº 7.014/96, Lei do ICMS)

Conclui afirmando que não havendo indicação no Auto de Infração que embase a acusação fiscal, a multa aplicada pela Autoridade Administrativa deve ser cancelada, reiterando ainda, todos os fundamentos já apresentados na peça de defesa anterior.

VOTO

Não houve por parte da autuada qualquer questionamento acerca de equívoco de natureza formal do lançamento, e tendo em vista que o mesmo atende aos requisitos estabelecidos pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, passo a enfrentar o mérito da autuação.

Isto posto, vejo que as infrações 01 e 04 foram reconhecidas pelo autuado, que efetuou os pagamentos respectivos, cujos recolhimentos deverão ser homologados pelo setor competente desta SEFAZ, restando, consequentemente, subsistentes ambas as infrações.

No que diz respeito à infração 02, que trata de prática de operações tributáveis, porém, consideradas como não tributáveis, a insurgência do autuado alcança apenas parte da exigência onde argumenta que algumas das mercadorias que integram as notas fiscais que deram causa à autuação, se encontram sujeitas ao regime da substituição tributária, portanto, por já se encontrarem com a fase de tributação encerrada, não mais estariam sujeitas à exigência do imposto.

O autuante acolheu parcialmente os argumentos defensivos e excluiu diversos produtos, dentre os quais caramelos butter, toffe, conjunto de banho, conf. Tortuguita, escada de alumínio, fogão maleta, games, mega fábrica de brincar, oficina máster, máscara de elástico, torrone, dentre outros.

Em relação ao produto notebook core, refez o cálculo, apesar de não ter sido impugnado pelo autuado, e aplicou a redução na base de cálculo no percentual de 29,41%, incidente sobre as saídas internas de produtos de informática, prevista pelo Art. 87, V e XLIV do RICMS/97 e Art. 266 XII do RICMS/12.

Em sua manifestação acerca da informação fiscal, em relação à presente infração, o autuado, após acolher as alterações levadas a efeito pelo auditor fiscal autor da revisão, passou a insurgir-se apenas em relação aos seguintes produtos, por entender que se encontram incluídos no rol da substituição tributária: Pelúcia almofada bichos div 30cm (código 1-4153800) NCM 9503.0031e

Mochila notebook Código 1-2148932 – NCM 4202.9200.

Quanto ao produto pelúcia almofada bichos div, alega o autuado que o mesmo está incluído no Art. 353, II, item 37 c/c item 40, do Anexo 88 do RICMS/97, bem como no Art. 289 c/c item 07, do Anexo 01 do RICMS/12.

Analisando a legislação acima citada, concluo que não assiste razão ao autuado em seu argumento. Os itens 40 e 07 acima mencionados, NCM 9503.00, se referem ao produto brinquedos, diferentemente, portanto, do produto almofada, o qual não se enquadra ou se assemelha com nenhum dos produtos (brinquedos), constantes dos referidos anexos. Mantenho a exigência quanto a este item.

Quanto ao produto mochila notebook, NCM 4202.9200, esta questão já foi enfrentada em outros julgamentos neste CONSEF, a exemplo do Acórdão nº 0014-06/14, cuja decisão foi mantida pela 1ª CJF, mediante Acórdão nº 00164-11/14, que define que a mochila notebook não está inserida no rol da substituição tributária, conforme se constata através do Voto exarado pela referida Junta de Julgamento, o qual, reproduzo abaixo:

(...)No mérito, a acusação fiscal versa, conforme anteriormente afirmado, sobre falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

A base legal para tal cobrança vem a ser o Protocolo ICMS 109/2009, celebrado entre os Estados da Bahia e São Paulo, e que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com artigos de papelaria, estabelecendo em sua cláusula primeira que nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no seu Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas ao Estado de São Paulo ou ao Estado da Bahia, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes.

Dispõe, ainda, em seu § 1º que a substituição tributária aplica-se também à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a base de cálculo da operação própria, incluídos, quando for o caso, os valores de frete, seguro, impostos, e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, na hipótese de entrada decorrente de operação interestadual, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria destinada a uso ou consumo.

Já a cláusula quinta determina que o imposto retido pelo sujeito passivo por substituição regularmente inscrito no cadastro de contribuintes na unidade federada de destino será recolhido até o dia 9 (nove) do mês subsequente ao da remessa da mercadoria, mediante Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), na forma do Convênio ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993, ou outro documento de arrecadação autorizado na legislação da unidade federada destinatária.

Isso significa dizer que nas operações de vendas de material para papelaria em geral, listado no Anexo do mencionado Protocolo, cabe a substituição tributária, com o seu respectivo recolhimento ao estado destinatário das mercadorias. No caso da autuação, observo que as notas fiscais nele arroladas, se referem a tais produtos, tais como cartolinhas, cadernos de diversos tipos (brochuras e espirais), agendas, dentre outros, com suas respectivas NCM's nº^s (48025799, 48202000, 48201000), de acordo com cópias dos Documentos Auxiliares das Notas Fiscais Eletrônicas constantes das fls. 87 a 174.

Assim, a matéria, diante do fato de sob o aspecto jurídico, não haver questionamento, frente à ausência de qualquer contestação do autuado, deve ser analisada apenas e tão somente no tocante ao princípio da verdade material, frente aos argumentos postos na peça defensiva.

O autuante, nas suas diversas intervenções ao longo do feito, efetuou os ajustes que entendeu pertinente, embora o autuado não se conformasse em sua totalidade. Dessa maneira, passo a analisar os seus argumentos, principalmente aqueles de sua última manifestação.

As Notas Fiscais nº^s 50.587 e 51.845, encartadas, respectivamente, às fls. 243 e 244, dizem respeito a materiais com NCM nº^s 42022900, 42021210, constantes nos itens 2 e 5 do Anexo ao Protocolo ICMS nº 119/2009, sendo que em relação às bolsas, interessante mencionar-se o teor da resposta à consulta formulada à Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda, acerca de matéria correlata, respondida em 04 de outubro de 2013:

"PARECER Nº 25041/2013 DATA:03/10/2013

ICMS. PROTOCOLOS 109/09 e 28/10.

EMENTA: Nas operações interestaduais com os produtos classificados na posição 4202 da NCM, aplicar-se-á o regime de substituição tributária apenas quando se tratarem de maletas e pastas para estudantes e para guarda de documentos. A inclusão de uma determinada mercadoria no regime de substituição tributária pressupõe necessariamente a sua adequação à NCM e à descrição e destinação constantes da norma respectiva, simultaneamente.

O Consulente, atuando neste Estado comércio varejista de equipamentos para escritório - CNAE 4789007 (atividade principal), dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, solicitando orientação no tocante à aplicabilidade do regime de substituição tributária previsto nos Protocolos ICMS 109/09 e 28/10, na forma a seguir exposta:

Informa a Consulente que irá comprar os produtos abaixo relacionados, e precisa saber se os mesmos deverão ser enquadrados no regime de substituição tributária previsto nos Protocolos ICMS 109/09 e 28/10, bem como no art. 289 e Anexo I do RICMS/BA, ou se devem sofrer tributação normal do imposto:

- BOLSA P/ NOTE E NETEBOOK: NCM 42021220, 42022900, 42022210, 42022220, 84716053.
- MALA P/ NOTEBOOK: NCM 42022220, 42021900, 42021220, 42022900.
- **MOCHILA P/ NOTEBOOK: NCM 42022900, 42029200, 42022220, 42021220, 42023900, 42022020.**
- BOLSA JUVENIL ESCOLAR: NCM 42022220, 42029200.
- MOCHILA ESCOLAR: NCM 42029200.
- SACOLA P/ VIAGEM: NCM 42022220, 42029200..
- PASTA FINA C/ELASTICO: NCM 42021210.
- PASTA AZ: NCM 48203000.
- PASTA CATALOGO: NCM 42021210.
- PASTA CLASSIFICADOR: NCM 42021210.
- PASTA MALOTE: NCM 42021210.
- PASTA RISQUE RABISQUE: NCM 42021210.
- PASTA P/DOCUMENTOS C/ZIPER: NCM 42021900.
- PASTA SAFONADA: NCM 42021210.
- PASTA SUSPENSA: NCM 48209000, 42021210.
- PAD P/ MOUSE: NCM 40169990, 39261000, 42050000, 40161090.
- CASE PARA CAMARA DIGITAL: NCM 42022900, 42022100, 42022210.
- CASE PARA IPAD: NCM 42021220, 42023200, 84716052.
- CASE PARA IPHONE: NCM 42023200, 39269090, 76169900.
- CASE PARA NET E NOTEBOOK: NCM 42029900, 42022210, 42021210, 42022900, 42021900, 42029900, 42021220.
- CASE PARA TABLET: NCM 42023200, 42021210, 42022210, 42021900, 42029900, 42021220
- CASE PARA HD: NCM 84733039, 42021210, 84733099.
- JOYPED: NCM 84716059, 95045000.

RESPOSTA

Da análise da presente consulta, ressaltamos inicialmente que por força do Protocolo 109/2009 (alterado pelo Protocolo 70/2010), celebrado entre os Estados da Bahia e de São Paulo, as operações interestaduais com artigos de papelaria especificados no Anexo Único do referido acordo estão sujeitas ao regime de substituição tributária, cabendo ao remetente o recolhimento do imposto incidente nas operações subsequentes a serem realizadas pelo adquirente. Com o advento do Protocolo 28/10, estabeleceu-se a substituição tributária em tela também para as operações realizadas entre a Bahia e Minas Gerais, tratamento este que, em relação às operações destinadas ao Estado da Bahia, passou a vigorar a partir de 1º de março de 2010.

Nesse contexto, e no tocante aos produtos especificados no Anexo Único dos citados Protocolos (bem como no Anexo I do RICMS/BA), temos que se encontram inseridos no regime de substituição tributária ali disciplinado os produtos classificados nas NCMs 4202, e descritos como 'Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes'.

Dante do exposto, nas operações interestaduais com os produtos classificados na posição 4202 da NCM, aplicar-se-á o regime de substituição tributária apenas quando se tratarem de maletas e pastas para estudantes e para guarda de documentos (a exemplo de pasta classificador, pasta malote, pasta suspensa, pasta sanfonada, pasta c/ elástico, entre outros); ao contrário, tratando-se de malas e/ou sacolas para viagem, destinadas ao transporte de bagagem, ou mochilas, bolsas e case para netbook e notebook, case para ipad e iphone, entre outros, produtos estes que não se destinam à guarda de documentos ou à guarda de livros e materiais escolares, não será aplicável o regime de substituição tributária previsto nos citados protocolos e/ou no RICMS/BA, devendo tais mercadorias sofrer tributação normal.

Com efeito, a inclusão de uma determinada mercadoria no regime de substituição tributária pressupõe

necessariamente a sua adequação à NCM e à descrição e destinação constantes da norma respectiva, simultaneamente. Na ausência desta adequação, não há que se falar em tributação por substituição. Conclui-se, portanto, que ainda que um produto possua a mesma NCM daquele descrito na legislação respectiva, a sua inclusão no regime de substituição tributária apenas se efetivará se a sua descrição e finalidade coincidirem com aquelas especificadas pelo legislador".

Embora não vincule a terceiro, conforme entendimento pacificado, tanto doutrinariamente, quanto administrativamente, a resposta concedida, no presente caso, serve de parâmetro para o julgamento de matéria similar, e assim sendo, entendo que a cobrança é legítima, devendo tais documentos serem mantidos no lançamento. (grifos não originais).

Ainda em relação à infração 02, a autuada, no item V.1.b da peça defensiva, insurge-se sobre a exigência de imposto calculado sobre encargos financeiros, pontuando que os valores suportados em relação aos mesmos, decorrem do acréscimo ao valor final da operação e tem como objetivo apenas o de refletir o custo do financiamento que suporta com recursos próprios, citando exemplos e decisões originárias de tribunais superiores que entende lhe darem guarida.

Esta é outra questão recorrente neste órgão julgador, que já enfrentou e decidiu diversos autos de infração lavrados contra a própria autuada, todos desfavoráveis ao seu posicionamento. A este respeito posso citar, por exemplo, o Acórdão JJF nº 0041-02/12, o qual foi mantido pela 2ª instância, por intermédio do Acórdão nº 0027-11/14, cujo excerto do voto, transcrevo abaixo:

A infração 2 encontra guarida no art. 54 do RICMS/97, in verbis:

Art. 54. No tocante aos acréscimos e aos descontos relativos ao valor das operações ou prestações, observar-se-á o seguinte:

I - incluem-se na base de cálculo do ICMS:

a) nas operações e prestações internas e interestaduais, todas as importâncias que representarem despesas acessórias, seguros, juros e quaisquer outros acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias ou ao tomador dos serviços, inclusive o valor das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados a título de bonificação.

Em nenhum momento o Recorrente nega a ocorrência da infração, tão somente tentou justificar que os juros foram exigidos em razão da concessão de financiamento.

Na situação em comento existe uma relação jurídica única e exclusiva entre o estabelecimento vendedor e o adquirente da mercadoria, sem um terceiro como instituição financeira ou administradora de cartão de crédito.

Haja vista que o valor pago é inteiramente recebido pelo Recorrente, emite a nota fiscal com o valor total da mercadoria, deve sim, ser incluído os juros na base de cálculo do ICMS.

Ademais, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do REsp 1106462/SP, aplicou a Lei dos Recursos Repetitivos para assegurar a incidência do ICMS sobre os encargos financeiros nas vendas a prazo, consolidando o entendimento de que venda financiada e venda a prazo são figuras distintas, sendo certo a incidência do ICMS sobre a venda a prazo que ocorre sem a intermediação de instituição financeira.

Em seu voto, o relator reiterou que na venda a prazo o vendedor oferece ao comprador o pagamento parcelado do produto, acrescendo-lhe um plus ao preço final, razão pela qual o valor dessa operação integra a base de cálculo do ICMS, na qual se incorpora, assim, o preço "normal" da mercadoria - preço de venda à vista - e o acréscimo decorrente do parcelamento.

Já a venda financiada depende de duas operações distintas para a efetiva saída da mercadoria do estabelecimento, conforme dispõe o artigo 2º do Decreto-Lei nº 406/68: uma operação de compra e venda e outra de financiamento, em que há a intermediação de instituição financeira. Neste caso, explicou o relator, aplica-se o enunciado da Súmula 237 do STJ: "Nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS".

Ademais, a Lei nº 7.014/96, através do seu Art. 17, que define a base de cálculo do imposto, dispõe de forma clara em seu § 1º, inciso II, "a", que integra a base de cálculo do imposto, o valor correspondente a "seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição".

Portanto, como se trata de valores que foram debitados aos clientes em suas operações de aquisições de mercadorias no estabelecimento do autuado, estas quantias devem, por imposição legal, serem incluídas na base de cálculo do imposto, conforme o fez corretamente o autuante.

Desta maneira, à luz do quanto aqui exposto, acolho a revisão fiscal levada a efeito pelo auditor designado através da informação fiscal, e voto pela procedência parcial da infração 02 conforme consignado no demonstrativo de fls. 80 e 81.

No que diz respeito à infração 03, alega o autuado que o autuante cometeu equívocos ao quantificar a exigência fiscal, vez que em determinadas mercadorias apurou e recolheu o imposto com base na alíquota de 7%, enquanto que o autuante procedeu o lançamento utilizando a alíquota de 17%. O autuado, citou a título de exemplo a mercadoria “leite em pó,” observando que a exigência fiscal se deu com base na alíquota de 12%, em produto sujeito à redução da base de cálculo, enquanto que a incidência efetiva é de 7%.

O auditor autor da informação fiscal, sustentou que os produtos considerados pelo autuado como sendo leite em pó são, em verdade, compostos lácteos e não estão acobertados pela redução da base de cálculo, citando em seu socorro e objetivando fundamentar seus argumentos, diversos julgados já realizados neste CONSEF envolvendo matéria idêntica à que aqui se discute, sendo que, todos estes julgados decidiram da maneira que sustenta, isto é, as mercadorias comercializadas pela autuada, objeto da autuação, não se tratam de leite em pó, e sim, de compostos lácteos.

Ainda em relação à presente infração, além do produto acima mencionado, o autuado apontou como outros equívocos da lavra do autuante, a exigência fiscal sobre câmaras digitais e filmadoras, NCM 8525.8029, enquanto que o autuante sustentou que estes produtos não gozam do benefício da redução da base de cálculo, conforme pugnado pela defesa, haja vista que não podem ser considerados como equipamentos estáticos, acopláveis ao computador. Cita em seu respaldo o Acórdão nº 0238-12/16 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

A respeito desta mesma matéria, recentemente tive a oportunidade de participar de julgamento realizado por esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos contidos pelo Acórdão nº 0112-04/17, onde enfrentamos questão absolutamente igual à que ora nos deparamos, em julgamento de Auto de Infração contra estabelecimento pertencente ao autuado, razão pela qual, peço a devida vénia para transcrever o Voto proferido pelo i.julgador Valtércio Serpa Júnior, o qual acompanhei na íntegra, razão pela qual passa o mesmo a integrar o presente voto:

Quanto à infração 03, a arguição defensiva é para produtos considerados pela autuada como leite em pó, dando o mesmo tratamento tributário, e o autuante e o estranho ao feito entenderem ser composto lácteo, bem como câmeras digitais, e filmadoras.

A respeito do produto leite em pó, o entendimento predominante neste Órgão é o de que, leite em pó e composto lácteo não se confundem. São produtos diversos e como tal, merecem tratamento tributário diferenciado, a exemplo dos Acórdãos CJF 0408-12/15, CJF 0445-13/13 e CJF 0347-11/15.

Dito isso, passemos ao conceito de “leite em pó”. Ele nada mais é do que o processo a que se submete o leite, que desidratado, tem sua longevidade estendida. O leite em pó é feito a partir da secagem do leite comum (líquido). Para extrair a água, que compõe cerca de 90% da massa do leite, as fábricas fazem-na evaporar num processo lento, que não estraga as proteínas do produto.

Primeiro, o leite escorre em paredes metálicas verticais aquecidas a 77 C, porque o líquido não pode ser fervido. Nessa etapa evapora até 50% da água, e o leite fica pastoso. O produto concentrado passa por um processo no qual são borrifadas minúsculas gotículas contra um jato de ar quente a 180 C. Um rápido contato é o suficiente para fazer com que o restante da água evapore, e as gotículas de leite se transformem em grãos de leite seco. Então o leite é separado em diferentes fases: flocos, granulado e pulverizado.

Este leite em pó pode apresentar-se com diferentes teores de gordura, conforme o leite utilizado tenha a gordura natural do leite, seja parcialmente desnaturado, ou seja, magro.

De qualquer forma a proteína do leite em pó é a mesma que no leite líquido, com valores próximos de 30 a 35%.

No processo de industrialização do leite em pó, a primeira etapa vem a ser o preparo e padronização, a matéria-prima ordenhada das vacas é preaquecida a 45°C e colocada em uma centrífuga, que separa a gordura do resto do leite. Essa gordura é, então, devolvida ao leite na proporção desejada: 26% no caso do leite integral, zero para o leite desnatado. Depois de duas pasteurizações (processo que elimina as bactérias), começa a segunda etapa: a concentração. No concentrador tubular, o leite vai escorrendo em filmes finos em uma série de tubos por onde passa vapor. Isso faz com que ele perca água e vire uma pasta. No caso do leite em pó, é necessária uma última

etapa, a secagem: a pasta é borrifada na forma de uma fina nuvem de gotículas em uma câmara fechada, cheia de ar quente e seco, como uma sauna.

Quando as gotículas chegam ao piso, já perderam quase toda a água e caem em forma de pó. Neste momento, basta envasar o conteúdo, adicionando gás nitrogênio para impedir a oxidação da gordura, se for o caso.

Analisando o aspecto legal, o Decreto Federal nº 30.691, de 29.03.02, que trata da Inspeção Industrial e Sanitária dos Produtos de Origem Animal, estabelece que:

Art. 475 - Entende-se por leite, sem outra especificação, o produto oriundo da ordenha completa, ininterrupta, em condições de higiene, de vacas sadias, bem alimentadas e descansadas. O leite de outros animais deve denominar-se segundo a espécie de que proceda.

(...)

Art. 665 - Entende-se por Leite em Pó o produto obtido por desidratação do leite de vaca integral, desnatado ou parcialmente desnatado e apto para alimentação humana, mediante processos tecnologicamente adequados.

Parágrafo único. Deverá ser atendido o Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade específico, oficialmente adotado.

Por outro lado, o item 2.3 do Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade dos Produtos Lácteos, aprovado pela Portaria nº 146, de 7 de março de 1996, do Ministério da Agricultura, dispõe que o leite em pó deverá ser designado "leite em pó", "leite em pó parcialmente desnatado" ou "leite em pó desnatado", acrescentado da denominação "instantâneo" se o produto apresentar tal característica.

Pela legislação federal em comento, a denominação "leite", sem qualquer especificação, corresponde somente ao "produto oriundo da ordenha de vaca". Já leite em pó, por definição, é o produto obtido da desidratação do leite de vaca.

Já a definição legal de "composto lácteo" encontra-se, conforme já mencionado, na Instrução Normativa nº 28, de 12 de junho de 2007, publicada no Diário Oficial da União de 14 de junho de 2007, Seção 1, Página 8, e em pleno vigor, a qual "aprova o regulamento técnico para fixação de identidade e qualidade de composto lácteo", que em seu Anexo, no item 2.11 estabelece que:

"Composto Lácteo: é o produto em pó resultante da mistura do leite (1) e produto(s) ou substancia(s) alimentícia(s) láctea(s) (2) ou não-láctea(s) (3), ou ambas (4), adicionado ou não de produto(s) ou substâncias alimentícia(s) láctea(s) ou não láctea(s) ou ambas permitida(s) no presente Regulamento, apta(s) para alimentação humana, mediante processo tecnologicamente adequado.

Os ingredientes lácteos devem representar no mínimo 51% (cinquenta e um por cento) massa/massa (m/m) do total de ingredientes (obrigatórios ou matéria-prima) do produto".

O "composto lácteo" é uma mistura de ingredientes, inclusive leite em pequena proporção, com outros, tais como, gordura, açucares, maltose dextrina e demais ingredientes lácteos ou não, devendo os ingredientes lácteos corresponder a 51%, cabendo a cada fabricante adotar a fórmula que melhor lhe couber.

Comparando tal conceito com o de "leite em pó" mencionado no início deste voto, salta aos olhos a diferença existente entre ambos os produtos. E mais: de acordo também com o conceito legal contido no Decreto Federal nº 30.691, supra citado "composto lácteo" não se confunde com "leite em pó". Pode ser um produto lácteo, um derivado do leite, mas jamais ser equiparado a "leite em pó", como pretende a defendente.

Assim, não pode prosperar eventual argumentação recursal de a autuação baseou-se apenas na informação da embalagem de que o "composto lácteo" não era "leite em pó", diante do fato de que a mesma trilhou por outra linha, inclusive foram carreados aos autos cópias das embalagens dos produtos considerados pela autuada como leite em pó, e pelo fisco como composto lácteo.

E mesmo que assim se baseasse, esta afirmação estaria, inclusive, estribada nos próprios sites das empresas fabricantes de "composto lácteo", como a Recorrente, darem a mesma informação, ou seja, "composto lácteo não é leite em pó", conforme se pode ver nos endereços abaixo, mencionados a título ilustrativo:
http://www.nestle.com.br/site/marcas/ideal/leites_em_po/composto_lacteo_ideal.aspx
<http://www.itambefoodservice.com.br/pagina/2242/composto-le-225-cteo.aspx>

Neste caso, a aplicação do artigo 111 do CTN, é plenamente factível, diante do fato de que a norma regulamentar do Estado da Bahia (vigente à época dos fatos geradores) prever benefício fiscal de redução de base de cálculo para o produto "leite em pó". Assim reza tal dispositivo:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:
I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;
II - outorga de isenção;
III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias

Dianete de tal redação, desnecessário entender mencionar o fato de que é específico o entendimento dos Tribunais Superiores do país, no sentido de que a interpretação de tal artigo deve ser restritiva, e não, como pretende a defendant, extensiva, à vista da farta coletânea de decisões existentes, como aquela do STJ no AgRg no Resp 1093720 RJ 2008/0197083-8, Relator Ministro Humberto Martins, em julgamento realizado em 14/04/2009, publicação no DJe 04/05/2009, no qual o ilustre relator literalmente posiciona-se: "As isenções, diante da inteligência do art. 111, inciso II, do CTN, devem ser interpretadas literalmente, ou seja, restritivamente, pois sempre implicam renúncia de receita", o qual se coaduna com o entendimento do STF de que a redução de base de cálculo equivale a isenção parcial, como no exemplo da decisão do Ministro Joaquim Barbosa, no processo RE 445065 MG, com julgamento em 16/03/2010, publicação no DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-07 PP-01573, no qual, reza a Ementa que:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ICMS. CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. ISENÇÃO PARCIAL. EQUIVALÊNCIA. VEDAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL.

Esta Corte considera análogas as figuras da redução da base de cálculo e da isenção parcial, de modo a atrair a vedação do direito ao crédito de ICMS, se não houver lei específica concessora do benefício fiscal. Agravo regimental a que se nega provimento".

Destarte, por tudo que foi exposto, resulta claro que aplicar as disposições da norma em destaque ao "composto lácteo" implicaria, necessariamente, em ampliar seu alcance para muito além do pretendido pelo legislador. Acima de tudo, importaria em modificar seu conteúdo, já que a denominação "leite em pó", a par de ser suficiente para designar o leite, não o é para o "composto lácteo". Este, quando referido em qualquer situação, necessariamente, jamais poderá ser considerado como aquele, sendo conveniente lembrar o ensinamento de Bernardo Ribeiro de Moraes (Compêndio de Direito Tributário. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 451): "O intérprete deve proceder apenas à exegese da lei, sem procurar completá-la ou corrigi-la. Não é ele legislador".

Aliado a tais argumentos, podemos tomar como exemplo, por ser plenamente correlacionada com a matéria ora discutida, a resposta dada a consulta realizada por contribuinte à Receita Federal, acerca de tratamento tributário ao produto "leite de soja", que, sabidamente, também não se enquadra no conceito de leite em pó:

10ª REGIÃO FISCAL

DIVISÃO DE TRIBUTAÇÃO

SOLUÇÃO DE CONSULTA No- 109, DE 29 DE MAIO DE 2012

ASSUNTO: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins EMENTA: PRODUTOS DE ORIGEM VEGETAL NÃO ENQUADRAMENTO COMO LEITE OU COMPOSTO LÁCTEO. Produtos de origem vegetal, tais como o assim chamado "leite de soja", não se classificam como leite; tampouco os derivados daqueles produtos podem ser classificados como "compostos lácteos". Portanto, "iogurtes" e "sucos" à base de "leite de soja" não se enquadram no inciso XI do art. 1º da Lei nº 10.925, de 2004. DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei nº 1.283, de 1950, arts. 1º e 2º, alínea "c"; Lei nº 10.925, de 2004, art. 1º, XI; Decreto nº 7.660, de 2011, Capítulo 4; IN Mapa nº 16, de 2005; IN Mapa nº 28, de 2007. ASSUNTO: Contribuição para o PIS/Pasep EMENTA: PRODUTOS DE ORIGEM VEGETAL NÃO ENQUADRAMENTO COMO LEITE OU COMPOSTO LÁCTEO. Produtos de origem vegetal, tais como o assim chamado "leite de soja", não se classificam como leite; tampouco os derivados daqueles produtos podem ser classificados como "compostos lácteos". Portanto, "iogurtes" e "sucos" à base de "leite de soja" não se enquadram no inciso XI do art. 1º da Lei nº 10.925, de 2004. DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei nº 1.283, de 1950, arts. 1º e 2º, alínea "c"; Lei nº 10.925, de 2004, art. 1º, XI; Decreto nº 7.660, de 2011, Capítulo 4; IN Mapa nº 16, de 2005; IN Mapa nº 28, de 2007.

CASSIA TREVIZAN

Auditora-Fiscal

p/Delegação de Competência

Logo, tal entendimento vai ao encontro deste ora esposado guardadas as devidas proporções, pois o que mais interessa, é a sedimentação da ideia de que o entendimento conceitual deve ser restrito, e não amplo.

Outra menção, no mesmo sentido da existência de diferenciação entre "leite em pó" e "composto lácteo", pode ser observado no site <http://compostolacteo.com/start/main/>

Por último, como o nome já bem afirma, se o composto é "lácteo", isso significa que ele é derivado do leite. Em bom português, sendo derivado do leite, logicamente leite ele não é. A questão parece, pois, cristalina, e indiscutível.

Há de se questionar se, contrariamente ao aqui ora discutido, a legislação estadual estabelecesse uma alíquota mais gravosa para o leite em pó, se o entendimento da empresa seria o mesmo, ou seria adaptado à nova situação, a exemplo daqueles produtos que tiveram alíquotas maiores adotadas pela legislação estadual como perfumes, o que ensejou o aparecimento das "deo colônias" "água desodorante" e produtos afins que no entendimento das empresas eram produtos diferentes dos perfumes, apesar de similares ou derivados, até mesmo pelo fato do

Dicionário Aurélio, em sua versão eletrônica, definir a expressão "derivada" como “Quím. Diz-se de substância, composto ou estrutura, que se considera proveniente de outra, mediante uma ou mais modificações nesta, mesmo que tais modificações não sejam exequíveis na prática”. Tal conceito, sepulta, pois, a discussão. A redução de base de cálculo vale apenas para as operações com leite em pó, na redação legal vigente à época dos fatos geradores.

Quanto a filmadoras e câmeras digitais, ao revés do entendimento defensivo, não podem ser considerados equipamentos de informática, e por via de consequência, equipamentos que se submetam à redução de base de cálculo aplicável àqueles produtos, e na esteira do voto proferido pela ilustre Conselheira Denise Mara Barbosa, no Acórdão CJF 0238-12/16, no qual figurava no polo passivo da relação tributária estabelecimento da empresa autuada, mencionado na informação fiscal, destaco o seguinte trecho:

“No mérito, verifico que, na infração 2, exige-se o ICMS em decorrência de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas operações de saídas com cupons fiscais, de máquinas fotográficas e câmeras digitais (demonstrativos de fls. 9 a 35).

O recorrente alegou que tais equipamentos (NCM 8525.80.29) estão amparados pelo benefício da redução da base de cálculo, com carga tributária efetiva de 7%, nos termos do artigo 87, inciso V, c/c o Anexo 5-A, do RICMS/97, porque podem ser usadas como ‘web cams’.

Os dispositivos regulamentares acima mencionados assim dispunham, à época (janeiro a dezembro de 2011):

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;

(...)

ANEXO 5-A

APARELHOS E EQUIPAMENTOS DE PROCESSAMENTO DE DADOS DE USO EM INFORMÁTICA E SUPRIMENTOS BENEFICIADOS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS

(a que se refere o art. 87, V)

Código NCM DESCRIÇÃO 8525.80.29 Câmeras conectáveis a microcomputadores para produção e transmissão de imagens pela internet ('web cans');

Nota: O item 8525.80.29 foi acrescentado pela Alteração nº 93 (Decreto nº 10.459, de 18/09/07, DOE de 19/09/07), efeitos a partir de 19/09/07.

Diante da legislação acima reproduzida, creio que a questão a ser analisada nos presentes autos não se relaciona à possibilidade, ou não, de as máquinas fotográficas e câmeras digitais serem utilizadas como ‘web cams’, como alegado no apelo recursal, mas tem a ver com a verificação se tais câmeras podem, ou não, ser caracterizadas como ‘aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática’, estes sim beneficiados com a redução da base de cálculo do ICMS.

De acordo com o site Wikipedia:

1. ‘uma câmera digital é uma câmara que codifica vídeo e imagens digitais de forma eletrônica, armazenando-as para posterior reprodução’. (https://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%A2mera_digital);

2. ‘uma câmera fotográfica é um dispositivo usado para capturar imagens (geralmente fotografias), única ou em sequência, com ou sem som, como com câmera de vídeo’.

(<https://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%A2mera>);

3. ‘uma webcam ou câmara web é uma câmara de vídeo de baixo custo que capta imagens e as transfere para um computador. Pode ser usada para videoconferência, monitoramento de ambientes, produção de vídeo e imagens para edição, entre outras aplicações. (...). (<https://pt.wikipedia.org/wiki/Webcam>).

Pelas definições acima listadas, resta patente que a câmera fotográfica e a câmera digital não podem ser confundidas com a chamada ‘web cam’, esta sim um equipamento de uso na informática, ainda que se reconheça que aquelas possam apresentar dispositivos que permitam o seu uso como ‘web cam’.

Ressalte-se, por oportuno, que o legislador tributário baiano indicou, no Anexo 5-A, que o benefício fiscal somente seria aplicável às denominadas ‘web cams’, escolhidas dentre todas as “câmeras conectáveis a microcomputadores para produção e transmissão de imagens pela internet”, o que restringiu, dessa forma, o tipo de câmera objeto da redução de base de cálculo do imposto estadual. Pelo exposto, deve ser mantido o posicionamento adotado na Decisão recorrida, relativamente à infração 2”.

Assim, estribado em tal entendimento, ao qual me alio de forma incondicional, o argumento defensivo não se apresenta capaz de se contrapor à autuação, devendo tais itens serem mantidos na mesma, a qual fica mantida”.

Isto posto, com base na fundamentação supra, mantenho na íntegra a infração 03.

Em relação a infração 05, onde foi aplicada multa percentual sobre o valor do imposto que deixou de ser pago a título de antecipação tributária, o argumento defensivo pauta-se no fato de que as mercadorias, objeto da autuação, não estão sujeitas a antecipação tributária total e sim a antecipação parcial, cujo pagamento, a este título, foi realizado. Em sua peça de defesa inicial o autuado não apontou qualquer mercadoria que se encontrava na situação que argumentou, entretanto, quando da sua manifestação, apresentou um quadro sinótico de mercadorias, onde aponta algumas que estariam incluídas no rol da autuação, porém, não estariam incluídas na sistemática da antecipação tributária.

O autuante, ao analisar os argumentos defensivos, concordou por afastar apenas a exigência relacionada ao produto “caixa registradora eletrônica”, excluindo-o da autuação, mantendo, todavia, a penalidade em relação aos demais produtos constantes do Anexo 05 da autuação (CD).

Objetivando dirimir as questões suscitadas pela defesa, o processo foi convertido em diligência no sentido de que o autuante se pronunciasse e esclarecesse a real situação tributária dos produtos questionados pelo autuado, tendo este assim se posicionado:

- a) **Pano de Copa** – A diversidade de denominações para um mesmo produto, pode induzir a interpretações diversas, em virtude da impossibilidade da legislação abranger todas elas. Desse modo, entendemos que a finalidade a que se destina o produto, equaciona a questão quanto à nomenclatura utilizada. Como prova material da nossa afirmativa, juntamos através do Doc. 01 ora acostada ao presente PAF, cópia de matéria veiculada através do site da revista “Casa Claudia” (www.casaclaudia.abril.com.br). O denominado Pano de Copa, também chamado de “Bate-Mão”, funciona como um “Pano de Prato Auxiliar”, por questões de higiene, nas tarefas domésticas de copa e cozinha, podendo inclusive, ter uso também decorativo, a depender do animus do usuário, sem, entretanto, perder a sua identidade. Nesse diapasão, afirmamos que o produto se encontra albergado no Item 25.37 do Anexo 01 do Dec. 13.780/12 (NCM 6307.1) e portanto, submetido ao Regime de Antecipação Tributária;
- b) **Papel de Presente** – A pluralidade de nomenclaturas adotadas para os produtos, impossibilita o arrolamento de todas elas através da legislação pertinente. O produto em comento trata-se efetivamente, do denominado “Papel Fantasia”, que tem por finalidade embrulhar presentes. Com o escopo de respaldar as nossas afirmativas, juntamos através do Doc. 02 cópias de matéria veiculada através do site www.diademapapeis.com empresa especializada na venda de papéis para embalagem. Diante do exposto, nos parece inequívoco que o produto em questão, se encontra albergado no Item 27.28 do Anexo 01 do Dec. 13.780/12 (NCM 2810.22.90) e, portanto, submetido ao Regime de Antecipação Tributária;
- c) **Pipoca Blockbuster** – Conforme o disposto na TIPI - Capítulo 19 - Código NCM 1904.10.00, trata-se de “Produtos à base de cereais obtidos por expansão ou por torrefação”. Nesse passo e a título de comprovar materialmente as nossas assertivas, fazemos juntada através do Doc. 03, ao presente Processo, de cópias da classificação fiscal disponibilizada através do site www.cosmosbluesoft.com.br. Outrossim, também acostamos com meio de prova das nossas afirmativas, cópia do **Acórdão JJF Nº 0133-01/15** que declara o produto, como integrante do Item 38 do Anexo 01 do Dec. 13.780/12 (NCM 1904.10);
- d) **Pipoca Magitec** – Idem, Idem, alínea imediatamente anterior. Nesse diapasão, nos reservamos ao direito, de não repetir os mesmos argumentos, evitando assim, incorrermos no vício da tautologia. Entretanto, objetando ampliar o conjunto de elementos probatórios das nossas afirmativas, acostamos através do Doc. 04, cópias da classificação fiscal disponibilizada através do site www.cosmosbluesoft.com.br, bem como, cópia do Cupom Fiscal nº 244725 emitido pela unidade comercial da própria Autuada, com CNPJ nº 33.014.556/0293-30, que corrobora com a nossa afirmativa, quanto a submissão do produto em tela, ao Regime de Antecipação Tributária, figurando no Item 38 do Anexo 01 do Dec. 13.780/12 (NCM 1904.10);
- e) **Mini GameCharque** – A responsabilidade sobre a classificação fiscal dos produtos, através da NCM, é de competência da Receita Federal. Em assim sendo e de acordo com a funcionalidade dos produtos em questão, fazemos juntada ao presente Processo, através do Doc. 05, de cópia da **INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 840 DE 25 DE ABRIL DE 2008**, a qual, através do seu **Anexo Único**, engloba no Código simplificado 9503.9000 os produtos vídeo game miniatura, como Brinquedos. Desse modo, os produtos listados com as NCM's 9504.5000 a 9504.9090, são absorvidos pelo Item 7 do Anexo 01 do Dec. 13.780/12, enquadrados portanto, no Regime de Antecipação Tributária;
- f) **Sabão Cremoso Higi Calcinha** – O produto em comento, trata-se de Sabão Líquido, utilizado para lavar roupas íntimas. Desse modo, é inequívoca que a sua classificação fiscal encontra-se albergada no Item 25.4 do Anexo 01 do Dec. 13.780/12, (NCM 3401.20.9). Com o objetivo de respaldar as nossas afirmativas, fazemos juntada através do Doc. 06 ao presente Processo, de cópias da classificação fiscal

disponibilizada através do site www.cosmosbluesoft.com.br. Outrossim, a inscrição de “Sabão Cremoso”, contida no rótulo do produto (cópia anexa), esclarece totalmente a questão;

Ao se manifestar acerca da diligência, o autuado questionou, pontualmente, os produtos “Pipoca Magitlec”, “Pipoca Blockbuster,” além de Sabão Cremoso Higi Calcinha”.

Quanto aos produtos “pipoca” sustenta que não estão incluídos na NCM 1904.10.00, a qual é clara ao excetuar o item “milho” de sua abrangência.

Em relação a estes produtos, não assiste razão ao autuado. Conforme citado pelo autuante, este Conselho de Fazenda já se posicionou anteriormente em relação a esta questão, a exemplo do contido no Voto pertinente ao Acórdão nº 0133-01/15 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, cujo fundamento acompanho, razão pela qual transcrevo abaixo excerto extraído do referido Voto:

(...)

No tocante às Notas Fiscais de “pipoca doce”, o autuado questiona a cobrança do imposto lançado a título de substituição tributária (item 1º do Auto), alegando que, com relação à mercadoria “pipoca”, embora tenha a NCM 1904, conforme o anexo único do RICMS-BA e o Sistema Harmonizado do MERCOSUL, que diz respeito a produtos à base de cereais, trata-se neste caso de um salgado industrializado produzido à base de um subproduto do milho, denominado “canjiquinha”, adicionado de açúcar na sua composição, e portanto o referido item não está enquadrado no anexo único, para fins de substituição tributária, passando a ter seu tratamento tributário regido pela antecipação parcial, e a mercadoria foi incluída no montante da antecipação parcial apurada e recolhida nos meses em que houve fato gerador.

Os salgados industrializados sujeitos à substituição tributária não são apenas os das posições 1904.10 e 1904.90 da NCM, produzidos à base de cereais, obtidos por expansão ou por torrefação. Compreendem também outros produtos hortícolas preparados ou conservados (exceto em vinagre ou em ácido acético), não congelados, tais como batatas fritas, NCM 2005.20, frutas e outras partes comestíveis de plantas, preparadas ou conservadas, com ou sem adição de açúcar ou de outros edulcorantes, como é o caso de amendoins torrados, NCM 2008.11, e de amêndoas e castanhas de caju, NCM 2008.19. Como o autuado alega que a pipoca doce tem como matéria-prima um subproduto de milho, enquadraria-se então na posição 1904.10.

O autuado alega que, por não considerar que “pipoca doce” estivesse enquadrada no regime de substituição tributária, teria incluído essa mercadoria no cálculo da antecipação parcial apurada e recolhida nos meses em que houve fato gerador. Embora alegue isso, o autuado não fez prova de que tivesse dado à “pipoca doce” o tratamento tributário relativo à antecipação parcial, ou seja, não provou que pagou o imposto na entrada a título de antecipação parcial.

De maneira que, com sustentáculo nos fundamentos acima, mantenho a penalidade aplicada relacionada aos produtos “pipoca”.

No que diz respeito ao “Sabão Higi Calcinha”, NCM 3401.20.90, vejo que sua classificação fiscal encontra amparo no item 25.4, do Anexo 1 do RICMS/12. De acordo com os docs. de fls. 238 e 239, vê-se que a referida NCM abrange todos os tipos de sabões, portanto o sabão cremoso se encontra albergado de fato no item 25.4 do Anexo I, sujeito à substituição tributária

Ainda em sua manifestação à diligência realizada, o autuado apresentou um demonstrativo com outros produtos que ao seu entender estão submetidos à antecipação parcial, quais sejam: milho crocante churrasco, original e pimenta, NCM 2008.99.00 e cadeiras auto infantil, voyage e cosco, bebe conforto, e assentos autos, todos enquadrados na NCM 9401.80.00.

Em relação aos produtos cadeiras auto e assentos autos citados pelo autuado, se trata de uma questão também já enfrentada por este órgão julgador em ambas as instâncias de julgamento, que por uma questão de coerência e por comungar com o mesmo entendimento ali externado, transcrevo, mais uma vez, excertos de votos relacionados a estes fatos:

- Acórdão nº 0142-01/15 – Julgador José Bizerra Lima Irmão:

Quanto aos “Assentos Automotivos para Crianças”, a defesa sustenta que as mercadorias “Bebê Conforto”, “Cadeira para Auto” e “Booster para Auto” não fazem parte da substituição tributária. Apega-se ao princípio da tipicidade cerrada. Reclama que essas mercadorias não são especificadas no dispositivo regulamentar que cuida da substituição tributária. Frisa que as mercadorias em questão (Cadeiras, Booster e Bebê Conforto) se enquadram na posição 9401.80.00 da NCM, conforme Notas Fiscais emitidas pela impugnante. Aduz que no

Protocolo ICMS 41/08 não consta a posição NCM 9401.80.00, o que impede o enquadramento dessas mercadorias no regime de substituição tributária.

Neste caso, a insegurança é ainda maior. Seria de bom alvitre que houvesse previsão clara, precisa e objetiva das mercadorias sujeitas a substituição tributária, em face dos princípios da segurança jurídica, da estrita legalidade e da tipicidade, para evitar incertezas na aplicação do direito, tanto para se afirmar a aplicação da substituição tributária, como para se negar a sua aplicação, como no presente caso, em que o sujeito passivo, o fisco e o órgão julgador ficam sem saber se de fato a mercadoria está ou não enquadrada no regime.

Originariamente, no RICMS/97, o item 30 do inciso II do art. 353 previa a substituição tributária em relação a peças e acessórios de veículos automotores que se enquadravam nas posições da NCM taxativamente especificadas em seus subitens, nos quais eram listadas, uma a uma, as mercadorias consideradas objetivamente como peças e acessórios para veículos automotores, não dando margem a dúvidas quanto ao que estava ou não sujeito ao regime de substituição tributária. Porém, depois, por alguma razão, a redação do dispositivo foi modificada, passando o texto a descrever simplesmente “peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores”. Esse é o critério adotado no RICMS/12, cujo anexo 01 descreve “Peças, componentes, e acessórios para veículos automotores (exceto pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha)”.

Sendo assim, todos os componentes, acessórios e peças que possam ser utilizados em veículos automotores estão sujeitos à substituição tributária.

Esta decisão foi submetida à análise pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão nº 0247-12/16, que por unanimidade, com base no Voto proferido pela Conselheira Denise Mara Andrade Barbosa, manteve a decisão acima da 1ª Instância:

Quanto aos itens Assentos Automotivos para Crianças – Bebê Conforto, Booster para Auto e Cadeira para Auto, comungo do entendimento do órgão julgador de piso de que seria muito melhor se “houvesse previsão clara, precisa e objetiva das mercadorias sujeitas a substituição tributária, em face dos princípios da segurança jurídica, da estrita legalidade e da tipicidade, para evitar incertezas na aplicação do direito, tanto para se afirmar a aplicação da substituição tributária, como para se negar a sua aplicação, como no presente caso, em que o sujeito passivo, o fisco e o órgão julgador ficam sem saber se de fato a mercadoria está ou não enquadrada no regime”.

Não obstante isso, verifico que, até 31/05/08, o item 30 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97 previa a substituição tributária em relação a peças e acessórios de veículos automotores que se enquadravam nas posições da NCM taxativamente especificadas em seus subitens, nos quais eram listadas, uma a uma, as mercadorias consideradas objetivamente como peças e acessórios para veículos automotores, não dando margem a dúvidas quanto ao que estava ou não sujeito ao regime de substituição tributária.

Posteriormente, todavia, a redação do dispositivo foi modificada, passando o texto a descrever simplesmente “peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores”, o mesmo critério adotado no RICMS/12, cujo Anexo 1 descreve “Peças, componentes, e acessórios para veículos automotores (exceto pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha)”. Sendo assim, há de se concluir que todos os componentes, acessórios e peças que possam ser utilizados em veículos automotores estão sujeitos à substituição tributária.

Mantida a Decisão recorrida, pela procedência parcial da infração 3, no valor de R\$6.857,22, após a exclusão do item “Caixas de Som”.

De maneira que, ao amparo das decisões acima, não acolho o argumento defensivo em relação aos produtos cadeiras auto e assentos autos, citados pelo autuado, e mantenho a penalidade aplicada.

No tocante aos produtos intitulados “milho crocante”, o autuado cita a NCM 2008.99.00, e também alega que estão sujeitos à antecipação parcial. De fato, o item 38 do Anexo 1 do RICMS/12, que se refere a salgados industrializados, não abrange essa NCM. Entretanto, como o autuado aponta ser um tipo de salgado que tem como matéria-prima um subproduto de milho, enquadra-se então na posição 1904.10, estando portanto, sujeito à antecipação tributária total. Mantenho a penalidade em relação a este item.

Isto posto, julgo a infração 05 parcialmente procedente, na forma constante do demonstrativo de fls. 80 e 81, o qual acolho.

Por fim, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seu advogado, nada impede que tal prática se efetive e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo

para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Por outro lado, com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei nº 13.199 de 28/11/2014, a qual alterou o Código Tributário do Estado da Bahia, no seu artigo 127-D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Desta forma, os advogados da empresa poderão ser comunicados através de tal meio, na condição de “Perfil 3”, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF oportunidade na qual o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, no valor de R\$58.374,23, de acordo com os demonstrativos constantes às fls. 80 e 81 destes autos, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2069113003/16-0**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.302,04**, acrescido de multas de 60%, previstas pelo Art. 42, incisos VII “a” e II “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa pecuniária no valor de **R\$9.072,19** prevista pelo inciso II “d” do mesmo artigo do referido diploma legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 junho de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA