

A. I. Nº - 207101.0001/10-7
AUTUADO - DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA.
AUTUANTE - NEUSA MARIA GOMES VIEIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 02/05/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0081-03/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. **b) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS NÃO MAIS EM ESTOQUE. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. FALTA DE RETENÇÃO. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÃO NÃO TRIBUTADA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE.** Infrações reconhecidas pelo sujeito passivo, com pagamento do débito tributário lançado. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, RELATIVO A OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQÜENTES. EXERCÍCIOS DE 2007 E DE 2008. BEBIDAS LÁCTEAS.** Comprovado, nos autos, que trata-se de bebidas lácteas, e não de iogurtes, pelo que as mercadorias objeto das operações não estão enquadradas no regime de substituição tributária. Imputação elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 29/04/2010 para exigir ICMS no valor total de R\$654.629,83 em decorrência de sete imputações:

Infração 01. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Exercício de 2007. Demonstrativo às fls. 31 a 73. ICMS no valor de R\$189.309,55, acrescido da multa de 70%.

Infração 02. Falta de recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Exercício fechado de 2007. Demonstrativo às fls. 75 a 78. ICMS no valor de R\$33.658,07, acrescido da multa no percentual de 60%.

Infração 03. Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Período de janeiro a dezembro/2007. Demonstrativo às fls. 80 a 94. ICMS no valor de R\$134.917,31, acrescido da multa de 60%.

Infração 04. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS oriundo de operação não tributada de serviço de transporte intramunicipal. Demonstrativo às fls. 96 a 124. ICMS no valor de R\$24.706,34, acrescido da multa de 60%.

Infração 05. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Exercício de 2008. Demonstrativo às fls. 126 a 174. ICMS no valor de R\$220.842,79, acrescido da multa de 70%.

Infração 06. Falta de recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Exercício fechado de 2008. Demonstrativo às fls. 176 a 178. ICMS no valor de R\$15.781,78, acrescido da multa no percentual de 60%.

Infração 07. Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Período de janeiro a dezembro/2008. Demonstrativo às fls. 180 a 192. ICMS no valor de R\$35.413,99, acrescido da multa de 60%.

Às fls. 456 e 457 (volume II), petição do contribuinte solicitando pagamento parcial do débito lançado referente às infrações 01, 02, 04, 05 e 06 do Auto de Infração.

Às fls. 458 e 459 Intimação e Aviso de recebimento – AR expedido pelos correios comprovando a entrega, ao sujeito passivo, dos documentos de fls. 01 a 173 dos autos, com a abertura do seu prazo para apresentação de impugnação ao lançamento de ofício.

O autuado, por intermédio de advogados com Procuração e Substabelecimento às fls. 467 e 468, apresentou impugnação ao lançamento fiscal às fls. 461 a 106, preliminarmente descrevendo as imputações e relatando que pagou o débito relativo às imputações 01, 02, 04, 05 e 06 do Auto de Infração.

Com relação às infrações 03 e 07, transcreve o artigo 353, caput e inciso II, do RICMS/BA, e aduz que em que pese a razoabilidade do argumento fiscal, apenas os iogurtes classificados sob código 0403.10.00 da Nomenclatura Comum do MERCOSUL – NCM, código este constante do item 3.3 do mencionado inciso II do artigo 353, devem sofrer a retenção antecipada do ICMS devido por substituição tributária. Que os produtos assemelhados a iogurtes, mas classificados em outra NCM como, por exemplo, as bebidas lácteas, não estariam enquadradas no regime de substituição tributária, e seria correta a adoção do regime comum de apuração por ele, impugnante. Diz que contrariar esta regra seria ofensa ao princípio da legalidade e da moralidade. Cita o Código Tributário Nacional – CTN e Ementas de decisões deste Conselho. Aduz que, assim, os produtos objeto das imputações 03 e 07, que identifica como Chamy Polpas Morango e Fruta; Frutesss Maracujá e Uva; Molico Líquido Morango e Tentação; e Ninho Soleil, possuiriam registro diverso na nomenclatura NCM, restando alguns enquadrados, por exemplo, na NCM 0403.90.00, que aponta outra espécie de produtos, inobstante relacionados ao gênero 0403, e que seriam diversos de iogurtes, pelo que não estariam enquadrados no regime de substituição tributária.

Conclui pedindo dilação de prazo para juntada de documentos que comprovem o enquadramento diferenciado destes produtos; pelo reconhecimento da quitação do débito referente às imputações não contestadas; pela intimação e notificação das decisões relativas a este PAF, com o envio de cópias reprográficas, no endereço que indica à fl. 466.

A representante do Fisco presta informação fiscal às fls. 486 e 487 expondo que foi instaurada lide acerca das imputações 03 e 07, que reproduz. Resume as alegações defensivas e aduz entender que o contribuinte escriturou erroneamente, em seus livros e documentos fiscais, alguns produtos da NCM 0403.90.00, quando deveriam estar classificados sob a NCM 0403.10.00, a exemplo dos produtos Frutess, Chamy, Molico Líquido, e Ninho Soleil, que seriam iogurtes adicionados de fruta, ou suco de frutas, de acordo com a composição do produto, o que não alteraria a sua classificação na NCM com a descrição de iogurte, conforme correlação Nomenclatura Comum do MERCOSUL/Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - NCM/NBM, e conforme a confirmação feita com a Gerência de Substituição Tributária – GESUT. Que, assim, não acata os argumentos defensivos, porque todos os produtos que embasam as duas imputações em lide estão sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme determina o RICMS/BA.

Acerca da dilação de prazo solicitada pelo contribuinte aduz que, quando da apuração da infração, foi apresentada ao contribuinte o resultado da ação fiscal relativamente às infrações em foco, para análise e apresentação de considerações, conforme fls. 17 e 18 dos autos. Que o contribuinte solicitou um prazo maior para proceder a esta análise, argumentando que vinte dias era um prazo muito curto, no que foi atendido pelo Inspetor Fazendário, que lhe concedeu mais trinta dias para apresentar as suas considerações, conforme fls. 21 a 28 do PAF. Que o contribuinte, assim, teve cinquenta dias para a verificação dos dados, até à data da lavratura do Auto de Infração, e não apresentou qualquer consideração sobre o resultado da ação fiscal. Que tendo sido tal solicitação de dilação de prazo já atendida antes da autuação, seria agora nova dilação descabida.

Conclui pedindo pela declaração de procedência da autuação.

O contribuinte volta a manifestar-se às fls. 489 e 490, e às fls. 506 a 508, ratificando os atos praticados anteriormente, em especial o pagamento do débito reconhecido, e juntando documentos. Repete os termos defensivos em relação às imputações 03 e 07. Diz que a grande maioria dos produtos que fundamentam a exigência em discussão estariam identificadas pelo NCM 0403.90.00, nomenclatura esta que, inobstante apontar para a mesma espécie de produto, relacionados ao gênero 0403, encerra uma classificação diversa da classificação de iogurtes. Reproduz, à fl. 507, as descrições constantes na Tabela anexa ao Decreto nº 6.006, de 28/12/2006, nos itens 04.03, 04.10.00 e 0403.90.00, requerendo que, como prova do que afirma, sejam juntadas, a este processo administrativo, as notas fiscais, obtidas por amostragem, que assevera que comprovariam ser, a classificação Nomenclatura Comum MERCOSUL - NCM dos produtos que fundamentam o Auto de Infração, diversa da classificação prevista pela legislação do Estado da Bahia quando da regulamentação do instituto da substituição tributária.

Aduz que da extração dos produtos listados nos anexos 03 e 07, que acompanham o Auto de Infração em lide, bem como da Notas Fiscais que por ora junta ao processo, com vistas a comprovar tudo o quanto sustenta, elabora tabela demonstrativa na qual cita como sob código 0403.90.00 da NCM os produtos Chamy Morango (notas fiscais que identifica como documentos 01, 02, 03, 04, 05, 07, no anexo à sua impugnação); Frutess (documento 08); Ninho Soleil (documentos 01, 02, 03, 06, 07); e Molico líquido (documento 03).

Afirma que da análise destas notas fiscais (documentos 01 a 08) que acompanham, por amostragem, sua petição, resta claro que as classificações NCM dos produtos objeto das imputações impugnadas têm, na sua esmagadora maioria, código diverso dos códigos NCM regulamentados pelo artigo 353, inciso II, item 3.3, do RICMS/BA, qual seja, 0403.10.00, pelo que restaria comprovada a inocorrência de hipótese legal de substituição tributária.

Conclui requerendo que todas as intimações e notificações relativas às decisões proferidas neste processo sejam encaminhadas aos Advogados Ronaldo Rayes, OAB/SP 114.521 e João Paulo Fogaça de Almeida Fagundes, OAB/SP 154.384, ambos com escritório na cidade de São Paulo, na Rua Líbero Badaró, nº 425, 11º andar, bem como sejam enviadas cópias reprográficas para ele, impugnante, no mesmo endereço.

O contribuinte junta cópias de notas fiscais às fls. 509 a 516, e volta a manifestar-se às fls. 521 e 522, ratificando a desistência de defesa em relação aos itens reconhecidos do Auto de Infração.

Às fls. 540 a 542, consta “extrato” emitido pelo Sistema Informatizado SIGAT/SEFAZ com pagamento do valor principal de R\$484.298,53, referente aos débitos relativos às infrações 01, 02, e 04 a 06.

Na assentada de julgamento, em sustentação oral, a autuante, mantendo integralmente as imputações, solicitou a esta 3ª Junta que fosse consultada a Gerência de Substituição Tributária desta SEFAZ, para que fosse esclarecida qual a NCM que deve ser utilizada para os produtos sob questionamento de classificação de nomenclatura citados na impugnação.

Considerando os termos defensivos, os dados da informação fiscal e da sustentação oral, e na busca da verdade material, esta 3ª Junta deliberou pela conversão deste processo em diligência à Gerência de Substituição Tributária – GERSU para solicitar àquela Gerência que descrevesse a natureza dos produtos Chamy, Frutess, Ninho Soleil e Molico Líquido, mencionados nos anexos fiscais de fls. 80 a 94, e 180 a 192, na impugnação à fl. 508; e também nas notas fiscais anexadas pelo contribuinte às fls. 509 a 516 dos autos, de maneira a possibilitar saber-se em que posição da NCM os mesmos se enquadram. Para isso, poderia ser intimado o autuado no sentido de informar, relativamente a cada produto, a sua real natureza, ou seja, em que consiste, realmente, cada um.

À fl. 447 a Gerência de Substituição Tributária - GERSU, em atendimento à Diligência solicitada, emitiu Parecer expondo que os produtos “Chamy”, “Frutess”, “Ninho Soleil” e “Molico líquido” seriam classificados como iogurte da posição 0403.10.00 da NCM, sujeitos ao regime de substituição tributária nos termos do artigo 353, inciso II, sub-ítem 3.3 (iogurtes – NCM 0403.10.00).

A GERSU aduziu também que “Caso a Autuada não concorde com a classificação fiscal por nós atribuída, deverá apresentar consulta oficial junto à Secretaria da Receita Federal, nos termos do Decreto Federal nº 70.235, de 06/03/72, observadas as orientações constantes da Instrução Normativa nº 2, de 19/01/97. Visto que é a Receita Federal quem responde a consulta quanto à classificação fiscal e produtos por intermédio da Coordenação-Geral do Sistema Aduaneiro da Superintendência Regional da Receita Federal.”

Às fls. 548 a 550, consta cópia do “extrato” emitido pelo Sistema Informatizado SIGAT/SEFAZ com pagamento do valor principal de R\$484.298,53, referente aos débitos relativos às infrações 01, 02, e 04 a 06, já anexado às fls. 540 a 542.

O processo foi encaminhado para esta 3ª Junta e, em nova assentada de julgamento, considerando os termos da sustentação oral; e na busca da verdade material, uma vez que foi questionado, em sessão, se ocorreria o cumprimento integral da Diligência solicitada, porque não teria sido descrita a natureza, ou composição, dos produtos, tal como solicitado, às fls. 555 a 557, esta 3ª Junta deliberou pela conversão deste processo em diligência à INFAZ de origem para que a aquela repartição fiscal intimasse o contribuinte cientificando-o do resultado da Diligência à GERSU/SEFAZ, fornecendo-lhe cópia do respectivo documento de fl. 547, devendo constar, na Intimação, que o contribuinte deveria apresentar a descrição da composição do produto, tal como está registrada no Ministério da Agricultura, e consta no rótulo comercial de cada produto. Foi determinado também que fosse concedido o prazo de trinta dias para que o contribuinte tomasse as providências necessárias à comprovação de suas alegações defensivas e, caso assim decidisse, inclusive formalizando consulta à Secretaria da Receita Federal, conforme abordado na sessão de julgamento, nos termos mencionados no Parecer da GERSU desta SEFAZ, à fl. 547. Que, esgotado o prazo concedido ao contribuinte, a Inspeção Fiscal encaminhasse o processo à autuante, para prestar nova informação fiscal e, ocorrendo modificação no demonstrativo do débito na nova informação fiscal, desse ciência desta modificação ao contribuinte, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para que se pronunciasse quanto a essas modificações, querendo.

A INFAZ de origem procedeu à Intimação, conforme documentos de fls. 559 e 560.

O contribuinte pronunciou-se às fls. 562 a 574 aduzindo que busca atender à solicitação desta 3ª Junta no sentido de apresentar a descrição do produto, tal como estão registrado no Ministério da Agricultura, e consta do rótulo de cada produto, bem como trazer aos autos documentos que provem tratar-se de bebidas lácteas, e não iogurtes, as mercadorias objeto das infrações em lide.

Passa a falar dos conceitos de iogurte e bebida láctea contidos na legislação federal brasileira, afirmando que cabe ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA legislar sobre produtos de origem animal comercializados no território brasileiro.

Copia os artigos 1º e 4º da Lei Federal nº 1.238, de 18/12/1950, que dispõe sobre a inspeção industrial e sanitária dos produtos de origem animal.

Cita e copia o item 2.1.1 e subitem 2.1.1.1., do Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade da Bebida Láctea, Regulamento este anexo à Instrução Normativa nº 16, de 23/08/2005, do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento - MAPA com a descrição do que seja bebida láctea, nos quais consta que na bebida láctea a base láctea representa pelo menos 51% da massa do total de ingredientes do produto, grifando esta determinação.

Passa a falar da Instrução Normativa nº 46, de 24/10/2007, do Ministério da Agricultura - MAPA, copiando o seu item 2.1 e subitem 2.1.1., que define os produtos denominados iogurtes.

Aduz que da observação dos textos normativos que copia verifica-se que bebida láctea e iogurte são produtos diferentes, sendo classificado como bebida láctea um composto cuja mistura compreenda leite e soro de leite (ambos em quantidade superior a 51% do total), mistura esta que poderá, ou não, vir acompanhada de outros produtos, dentre eles o leite fermentado.

Que o produto leite fermentado é espécie do gênero iogurte, e pode, ou não, vir a integrar a bebida láctea. Que tanto é assim que no item 2.3.1. do Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade de Leites Fermentados da citada Instrução Normativa MAPA nº 46/2007, na parte em que este Regulamento trata da designação dos produtos ali descritos, está registrado que na elaboração do produto iogurte só podem ser utilizados ingredientes lácteos. Que os produtos objeto da lide não são iogurtes porque o item 2.2.2, que copia, prevê que os leites fermentados aos quais, na sua elaboração, tenham sido adicionados ingredientes opcionais não lácteos, até um máximo de 30%, classificam-se como leites fermentados com adições.

Que, assim, conforme a legislação federal vigente, é considerada bebida láctea todo composto que contenha percentual mínimo de 51% da mistura composto por leite e de soro de leite. E que é considerado como iogurte a espécie de leite fermentado, necessariamente, por microorganismos específicos.

Que, no caso do iogurte, se forem utilizados ingredientes exclusivamente lácteos, o produto será denominado iogurte e, se adicionados produtos não lácteos, deverá o produto ser denominado como “iogurte adicionado com...”

Afirma que o Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade da Bebida Láctea, Regulamento este anexo à Instrução Normativa nº 16, de 23/08/2005, do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento - MAPA, no seu item 9.13, que copia, define regras de rotulagem para os produtos iogurte e bebida láctea.

Aduz que, já expostos e firmados os conceitos de bebidas lácteas e de iogurte previstos na legislação, passa a demonstrar a composição de cada produto objeto da autuação, para comprovar, cabalmente, que não são iogurtes.

Descreve a composição de cada uma das bebidas, citando que as está descrevendo tal como consta do Registro de Memórias Descritivas de Processo de Fabricação, de Composição e de Rotulagem de Leite e Produtos Lácteos, apresentados por ele, impugnante, ao Ministério da Agricultura – MAPA, e deferido por aquele órgão em 15/06/2007.

Descreve o produto Ninho Soleil como tendo 51,215000% de leite reconstituído integral; 21,60000% de iogurte integral; 27,18500% de outros produtos. Que, assim, conforme esta composição, aprovada pelo Ministério da Agricultura, a quem tal atribuição compete, não resta dúvida quanto a tratar-se de bebida láctea, pois contém mais de 51% de leite misturado e uma percentagem de apenas 21% de iogurte. Que, ademais, na descrição do produto, também aprovada por aquele Ministério, consta a informação de tratar-se de bebida láctea com iogurte integral, polpas e sucos de frutas e cereais. Que, assim, uma vez considerado como bebida láctea pelo órgão competente, deve ser cancelada a exigência fiscal quanto a este produto, nas duas imputações em lide.

Quanto ao produto Molico líquido, a composição registrada no MAPA é descrita como 20,50630% de iogurte, e 79,49370% de outros produtos. Que no rótulo registrado e aprovado pelo MAPA consta a descrição do produto como bebida láctea fermentada com iogurte desnatado e sucos. Que o produto iogurte tem apenas 20% da composição deste produto, pelo que deve também se excluído da autuação.

No que tange ao produto Chamy aduz que da observação do Registro de Memórias Descritivas de Processo de Fabricação, de Composição e de Rotulagem de Leite e Produtos Lácteos, apresentados por ele, impugnante, ao Ministério da Agricultura – MAPA, e deferido por aquele órgão em 22/12/2005, o produto foi identificado no MAPA como bebida láctea com iogurte integral e polpa de frutas.

Aduz não negar a presença do produto iogurte compondo as bebidas lácteas em discussão, mas que a presença do iogurte na composição não classifica o produto como iogurte, vez que este é apenas um dos ingredientes que compõem a bebida. Que, se assim fosse, então todos os produtos que possuem açúcar poderiam ser classificados como açúcares, e também estariam sujeitos ao regime de substituição tributária.

Afirma que devem ser respeitadas as normas merceológicas que determinam a classificação das mercadorias, com o “Princípio da Plena Identidade da Mercadoria” pelo qual, em síntese, para a classificação de cada produto merceológico faz-se necessário conhecer este objeto, isto é, desvendá-lo nas suas características e em outros aspectos particulares pertinentes ao caso concreto. Transcreve texto do Consultor Cesar Olivier Dalston em seu livro “Classificando Mercadorias”, acerca do mencionado Princípio.

Afirma que o produto alimentício Chamy foi reconhecido pelo Ministério da Agricultura – MAPA como espécie de bebida láctea, tendo sido autorizada a sua comercialização com esta denominação. Que, assim, também este produto deve ser excluído da autuação.

Quanto ao produto Frutess, aduz que, ao contrário dos outros três, não se trata de bebida láctea, porque não tem, em sua composição, leite e soro de leite. Que trata-se de suco de frutas, conforme consta da embalagem do produto, sendo suco adicionado com iogurte. Que na fórmula original e confidencial deste produto consta o item “frutess” na porcentagem de 70%, e iogurte na porcentagem de 30%.

Que tanto é assim, inclusive, que dos documentos internos pertencentes, sob proteção e confidencialidade, a ele, impugnante, e relacionados à fórmula deste produto, verifica-se que aproximadamente 58% de seu todo são compostos apenas por suco de fruta recomposto (sendo 23,4% de pó, e 34,5% de água). Que, assim, trata-se de uma espécie de suco de frutas, no qual é adicionado menos de 1/3 de iogurte. Que, portanto, de forma semelhante à situação do produto Molico líquido, não se pode classificar o produto Frutess como espécie de iogurte, por tratar-se de suco de frutas, fato que implica a insubsistência da autuação também com relação a este produto.

O contribuinte passa a falar das notas fiscais emitidas para outros Estados, que comprovam o código NCM adotado por ele, impugnante, para estes produtos. Que comercializa os produtos objeto da lide para todos os Estados da Federação utilizando o código NCM 0403.90.00, e não só para a Bahia, conforme notas fiscais que então anexa à impugnação.

Que não adotará, para o Estado da Bahia, código diverso do que utiliza para os outros Estados do País. Que não tenta eximir-se de obrigação tributária, sendo empresa honrosa de seus compromissos e zelosa com suas responsabilidades. Que a lisura das operações, com a utilização do código NCM 0403.09.00, não foi contestada por nenhum outro Estado da Federação. Que a acusação fiscal é indevida.

Passa a pronunciar-se acerca da consulta à Receita Federal, expondo que, diante da documentação e dados que apresenta, é desnecessária tal consulta, para fins de indicação do código NCM destes produtos. Que, ademais, conforme exposto no site da receita federal, cujo endereço eletrônico copia, o conceito básico da consulta sobre classificação fiscal de mercadorias é o de que deve ser realizada para dirimir dúvidas sobre a correta classificação das mercadorias, e que a ele, impugnante, não restam dúvidas sobre tal classificação fiscal, que utiliza em todo o país.

Que, caso este Estado da Bahia tenha dúvida acerca da classificação fiscal das mercadorias, tem competência para formular tal consulta, conforme expressa previsão contida no artigo 2º, inciso II, da Instrução Normativa RFB nº 740/2007.

Expõe que sua manifestação deu-se para trazer aos autos novos e indiscutíveis documentos que demonstram, de forma evidente, a correta classificação fiscal das mercadorias Ninho Soleil, Molico líquido, Chamy e Frutess sob o código NCM 0403.09.00. Que, justamente por não se tratar de iogurtes, e porque tais alimentos estão classificados em previsão legal diversa da contida no artigo 353, inciso II, item 3.3, do RICMS/BA, reitera o pedido de cancelamento das imputações 03 e 07, por inocorrência de hipótese legal de substituição tributária.

Conclui requerendo que todas as intimações e notificações relativas às decisões proferidas neste processo sejam encaminhadas aos Advogados Ronaldo Rayes, OAB/SP 114.521 e João Paulo Fogaça de Almeida Fagundes, OAB/SP 154.384, ambos com escritório na cidade de São Paulo, na Rua Líbero Badaró, nº 425, 11º andar, bem como sejam enviadas cópias reprográficas para ele, impugnante, no mesmo endereço.

O contribuinte acosta documentos às fls. 575 a 650, que consistem em cópias da legislação citada na impugnação, cópia dos rótulos dos produtos objeto da lide, documentos de Registro de Memoriais Descritivos de Processos de Fabricação, de Composição e Rotulagem de Leite e Produtos Lácteos destes mesmos produtos, e descrição do processo de fabricação de sucos de frutas com iogurte.

A autuante presta nova informação fiscal às fls. 652 e 653 expondo ter constatado que o contribuinte, como foi determinado na Intimação à fl. 559 dos autos, procedeu à descrição da composição dos produtos objeto da autuação, tal como estão registrados no Ministério da Agricultura. Que, contudo, não cumpriu o que ficara “acordado” com esta 3ª Junta, pois o contribuinte não procedeu à consulta à Receita Federal, como prova o teor da fl. 573 dos autos, na qual o autuado alega que não há dúvidas por parte dele, impugnante, com relação à classificação fiscal de seus produtos, e que desta forma não se justifica a formulação desta consulta. Que o contribuinte alega, ainda nesta folha 573 dos autos, que no caso de permanecerem dúvidas, o artigo 2º, Inciso II, da Instrução Normativa RFB nº 740/2007, faculta às autoridades administrativas igual competência para a formulação da referida consulta. Que à fl. 574 o contribuinte solicita o cancelamento das infrações 03 e 07, alegando que juntou a esta nova impugnação novos e indiscutíveis documentos que demonstram de forma evidente que os produtos não estão enquadrados na hipótese legal da substituição tributária.

A autuante expõe querer esclarecer, após a análise de toda a documentação apresentada pelo autuado (fls. 562 a 574), e dos documentos denominados de 01, 02, 03 a 05, 06 a 08, 09 a 14, 15 e 16 e 17 a 24 (fls. 575 a 650), que nada constataria de novo, pois toda esta informação em relação à composição dos produtos já havia sido fornecida pelo contribuinte, no decorrer da fiscalização. Que o fato novo e decisivo seria a resposta da consulta à Receita Federal, dirimindo qualquer

dúvida quanto a serem, ou a não serem, os produtos, do regime da substituição tributária. Que em nenhum momento foi questionada a composição dos produtos, e sim o seu enquadramento no mencionado regime. Que o contribuinte insiste na tese de que os produtos objeto da autuação não estão enquadrados no regime de substituição tributária, porém a legislação vigente no Estado da Bahia, artigo 13 do COTEB, e artigos 353 e 355, inciso I, do RICMS/BA, determinam quem é o responsável pelo recolhimento antecipado do imposto devido em operação subsequente, bem como os produtos enquadrados neste regime.

Que o entendimento, dela, autuante, acerca da legislação vigente, foi ratificado pelo Parecer emitido pela Gerência de Substituição Tributária (fl. 547). Que assim, após o cumprimento do que foi determinado por esta 3ª Junta, conforme comprovam as folhas 652 e 653 dos autos, ratifica a informação fiscal de fls. 486 e 487 do PAF, e pede pela manutenção integral das imputações 03 e 07 do Auto de Infração.

Às fls. 656 e 657, extrato emitido pelo sistema informatizado SIGAT/SEFAZ.

À fl. 660, o contribuinte peticiona no sentido da realização de sustentação oral, e de que as comunicações e envios de cópias reprográficas relativas ao processo sejam dirigidas ao endereço que indica.

O processo foi encaminhado para julgamento.

O autuado, em sustentação oral na sessão de julgamento, reafirmou as alegações defensivas, frisando que ao iogurte não pode ser adicionado leite. Que, assim, pode-se ter bebida láctea à qual é adicionado iogurte, mas não se pode ter iogurte adicionado de leite. Que o fato de existir leite na composição implica tratar-se de bebida láctea, e não de iogurte, nos termos do Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade de Leites Fermentados adotado pela Instrução Normativa nº 46/2007, do Ministério da Agricultura. Que assim, mesmo que o componente iogurte significasse mais de 50% da composição de uma bebida láctea, este produto não poderia ser classificado com iogurte, e sim como bebida láctea à qual foi adicionado iogurte.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS no valor total de R\$654.629,83 em decorrência de sete imputações.

Quanto às infrações 01, 02, 04, 05 e 06, que foram expressamente reconhecidas pelo sujeito passivo, e cujo débito foi objeto de pagamento, inexistente a ser apreciada por este Conselho, e o reconhecimento do contribuinte confirma a procedência das imputações.

As imputações 03 e 07 versam sobre o mesmo tema, relativamente a exercício diversos. A Infração 03 reporta-se ao exercício de 2007, e a infração 07 refere-se ao exercício de 2008. Em ambos os casos, trata-se de falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Demonstrativo às fls. 80 a 94, e fls. 180 a 192.

O fulcro da lide reside no questionamento quanto à natureza, e conseqüente classificação correta, das mercadorias identificadas como “Ninho Soleil”, “Molico líquido”, “Chamy”, e “Frutess”. O Fisco sustenta tratar-se de iogurtes, pelo que seriam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e o contribuinte aduz tratar-se, no caso das três primeiras, de bebidas lácteas com adição de iogurte e, no caso de “Frutess”, tratar-se de suco de frutas também adicionado de iogurte.

O sujeito passivo, em relação às infrações 03 e 07, dentre outros pontos afirma ser indevida a exigência de imposto porque a maioria dos produtos listados nos anexos das infrações 03 e 07 (respectivamente, às fls. 80 a 94, e 180 a 192) não se inclui na hipótese de incidência da legislação baiana – ICMS devido por substituição tributária - por não estarem tais produtos classificados

como iogurte, e sim estando tais produtos identificados com a Nomenclatura Comum MERCOSUL - NCM nº 0403.90.00, código este que, embora traga a mesma raiz “04.03”, portanto apontando para a mesma espécie de produto relacionado neste gênero, “04.03”, não trazem a NCM 0403.10.00 que, conforme o Decreto nº 6.006/06, é a NCM de iogurte.

O contribuinte traz aos autos, anexadas às impugnações de fls. 506 a 508, e de fls. 562 a 574, cópias de notas fiscais que emitiu para contribuintes localizados neste e em outros Estados da Federação, com a NCM que cita e lista, à fl. 508, os produtos identificados como Chamy Morango, Frutess, Ninho Soleil e Molico líquido, todos com a NCM 0403.90.00 na mencionada listagem de fl. 508, e nas referidas notas fiscais. Na segunda impugnação traz ao processo a documentação relativa aos registros dos produtos e dos seus respectivos rótulos no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA, citando, e trazendo da mesma cópias aos autos, a legislação federal atinente a registro e rotulagem de produtos alimentares de origem animal.

A autuante presta informação fiscal às fls. 486 e 487, e fls. 652 e 653 mantendo integralmente a autuação e aduzindo, dentre outros argumentos, que o contribuinte escriturara erroneamente alguns produtos, com a NCM 0403.90.00, em seus documentos e livros fiscais, mas que estes produtos “Frutess”, “Chamy”, “Molico Líquido” e “Ninho Soleil”, na verdade seriam iogurtes adicionados de frutas, ou de sucos de frutas, de acordo com a composição de cada produto, mas que isto não alteraria a sua classificação na NCM com a descrição “iogurtes”. Questiona também a ausência, nos autos deste processo, de resposta a consulta à receita federal, acerca da correta classificação dos produtos objeto das infrações 03 e 07.

Submetido o processo a duas diligências na busca da verdade material, na primeira a Gerência de Substituição Tributária, consultada por esta 3ª Junta, declarou que os produtos objeto da lide seriam iogurtes, expondo que o contribuinte poderia formular consulta à receita federal, acerca da classificação fiscal dos produtos. Esta 3ª Junta solicitou que o contribuinte apresentasse a descrição da composição de cada produto, tal como está registrada no Ministério da Agricultura, e consta nos respectivos rótulos comerciais de cada produto. Foi determinado também que fosse concedido o prazo de trinta dias para que o contribuinte tomasse as providências necessárias à comprovação de suas alegações defensivas e, caso assim decidisse, inclusive formalizando consulta à Secretaria da Receita Federal, conforme abordado na sessão de julgamento, nos termos mencionados no Parecer da GERSU desta SEFAZ, à fl. 547. Assinalo, por conseguinte, que não foi imposto, ao contribuinte, nem o poderia ser, a formulação de consulta ao poder público federal. E, diante da nova documentação acostada ao processo pelo sujeito passivo em atendimento à segunda solicitação de diligência, considero dispensável, para a formação do meu convencimento na situação em lide, tal consulta.

De fato, exatamente como exposto pelo sujeito passivo, nos termos da Lei Federal nº 1.283/50, cabe ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA a fiscalização sobre os produtos alimentares de origem animal, nas fábricas de laticínios, atividade econômica na qual se enquadra o impugnante:

Lei nº 1.283/50:

art. 1º. É estabelecida a obrigatoriedade da prévia fiscalização, sob o ponto de vista industrial e sanitário, de todos dos produtos de origem animal, comestíveis e não comestíveis, sejam ou não adicionados de produtos vegetais, preparados, transformados, manipulados, recebidos, acondicionados, depositados e em trânsito.

(...)

art. 2º. São sujeitos à fiscalização prevista nesta lei:

(...)

c) o leite e seus derivados;

(...)

art. 3º. A fiscalização, de que trata esta lei, far-se-á:

(...)

c) nas usinas de beneficiamento do leite, nas fábricas de laticínios, nos postos de recebimento, refrigeração e desnatagem do leite ou de recebimento, refrigeração e manipulação dos seus derivados e nos respectivos entrepostos;

(...)

art. 4º. São competentes para realizar a fiscalização de que trata esta Lei:

a) o Ministério da Agricultura, nos estabelecimentos mencionados nas alíneas a, b, c, d, e, e f, do art. 3º, que façam comércio interestadual ou internacional;

art. 9º. O poder Executivo da União baixará, dentro do prazo máximo de cento e oitenta (180) dias, contados a partir da data da publicação desta lei, o regulamento ou regulamentos e atos complementares sobre inspeção industrial e sanitária dos estabelecimentos referidos na alínea a do art. 4º citado.

§ 1.º A regulamentação de que trata este dispositivo abrangerá:

(...)

g) a fixação dos tipos e padrões e aprovação de fórmulas de produtos de origem animal;

h) o registro de rótulos e marcas;

(grifos nossos)

O Ministério da Agricultura, com a Instrução Normativa nº 16, de 23/08/2005, aprovou o Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade de Bebida Láctea e este Regulamento, cujo objetivo é “estabelecer a identidade e os requisitos mínimos de qualidade que deverão atender as Bebidas Lácteas destinadas ao consumo humano”, com âmbito de aplicação para as bebidas lácteas a serem destinadas ao comércio nacional e internacional, em seu item 2.1.1, e subitem 2.1.1.1., define o que é bebida láctea e bebida láctea com adição, determinando o percentual mínimo de 51% para a base láctea da massa do total de ingredientes destes dois produtos:

Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade de Bebida Láctea:

1. ALCANCE

1.1. Objetivo: estabelecer a identidade e os requisitos mínimos de qualidade que deverão atender as Bebidas Lácteas destinadas ao consumo humano.

1.2. Âmbito de aplicação: o presente Regulamento refere-se às Bebidas Lácteas a serem destinadas ao comércio nacional e internacional.

(...)

2.1.1. Bebida Láctea: entende-se por Bebida Láctea o produto lácteo resultante da mistura do leite (in natura, pasteurizado, esterilizado, UHT, reconstituído, concentrado, em pó, integral, semidesnatado ou parcialmente desnatado e desnatado) e soro de leite (líquido, concentrado e em pó) adicionado ou não de produto(s) ou substância(s) alimentícia(s), gordura vegetal, leite(s) fermentado(s), fermentos lácteos selecionados e outros produtos lácteos. A base Láctea representa pelo menos 51% (cinquenta e um por cento) massa/massa (m/m) do total de ingredientes do produto.

2.1.1.1. Bebida Láctea com adição: é o produto descrito no item 2.1.1 adicionado de produto(s) ou substância(s) alimentícia(s), gordura vegetal, leite(s) fermentado(s) e outros produtos lácteos. A base láctea representa pelo menos 51% (cinquenta e um por cento) massa/massa (m/m) do total de ingredientes do produto.

(grifos nossos)

O mesmo Regulamento também trata de bebida láctea com adição de leite fermentado, sem que o produto perca a natureza de bebida láctea bastando, para atender a esta classificação de bebida láctea, que exista mais de 51% de leite e soro de leite em sua composição.

O Ministério da Agricultura – MAPA, com a Instrução Normativa nº 46, de 24/10/2007, adota o Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade de Leites Fermentados, anexo a esta Instrução Normativa. E este texto normativo, em seu item 2 e subitens, define o que é leite fermentado e iogurtes com e sem adição de ingredientes opcionais não lácteos.

Ainda no Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade de Bebida Láctea, anexo da Instrução Normativa nº 16/2005, do Ministério da Agricultura, o item 9 trata dos requisitos para a rotulagem de bebidas lácteas e de iogurtes.

Como visto nesta exposição, assiste razão ao contribuinte quando afirma que cabe ao Ministério da Agricultura definir, autorizar o registro e fiscalizar a comercialização, em âmbito nacional, do produto que pode ser considerado bebida láctea, e do produto a ser considerado como iogurte, inclusive quanto às identificações dos rótulos de cada produto nestas duas condições.

E, tal como exposto pelo sujeito passivo, os produtos, e respectivos rótulos, Ninho Soleil, Molico na condição de bebida láctea com adição de pedaços de frutas, e Chamy, estão classificados, no âmbito da competente instância federal, como bebidas lácteas.

Quanto ao produto Frutess, pela composição do produto, constante dos autos deste processo, e descrito no rótulo registrado no Ministério da Agricultura, não é iogurte, e sim suco de frutas com adição de iogurte.

Assinalo, por oportuno, que apenas quando do envio do processo em nova diligência à INFAZ de origem, e portanto já após o pronunciamento da Gerência de Substituição tributária – GERSU, ocorreu a juntada, ao processo, pelo sujeito passivo, da farta documentação demonstrando a composição de cada produto objeto das imputações 03 e 07, bem como os dados de seus registros e rotulagem aprovados pelo Ministério da Agricultura, com o que ficou comprovado que naquele Ministério, a quem cabe o registro e fiscalização dos requisitos dos mencionados produtos, os mesmos não estão registrados como iogurte.

Não se tratando, assim, na situação em lide, de operações comerciais com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, as Infrações 03 e 07 são improcedentes.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor total de R\$484.298,53.

Quanto ao pedido do contribuinte, no sentido da realização de sustentação oral, tal direito lhe assiste, e pode ser exercido regularmente, como o foi.

E quanto ao pedido para que as comunicações e envios de cópias reprográficas relativas ao processo sejam dirigidas ao endereço que indica, nada obsta a que a repartição fiscal assim proceda, respeitando-se o teor do artigo 108 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207101.0001/10-7**, lavrado contra **DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$484.298,53**, acrescido das multas de 60% sobre R\$74.146,19 e 70% sobre R\$410.152,34, previstas no artigo 42, incisos II, “d”, e III, da Lei n.º 7.014/96, em redação vigente à época dos fatos geradores da obrigação tributária, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR