

PROCESSO	- A. I. Nº 298932.0012/11-5
RECORRENTE	- ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (O ATACADÃO)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0201-02/12
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 15/03/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0075-11/13

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS POR ECF. Produto, CACHAÇA, não incluído na substituição tributária. Infração procedente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário por se encontrar irresignado com a Decisão da 2ª JJF, a qual, através do Acórdão nº 0201-02/12, considerou Procedente em Parte a Ação Fiscal, exigindo ICMS no valor total de R\$103.594,22, acrescido de multa de 60%, decorrente de seis infrações, sendo objeto do Recurso, apenas a imputação de nº 01, assim descrita:

Infração 1- Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$91.094,51, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Saídas por ECF, conforme Anexo 1.

O autuado, às fls. 85/90, requereu a emissão de DAEs correlatos aos valores que reconhecia como devidos e, às fls. 111/143, apresentou impugnação tempestiva, tendo, em seguida, os autuantes prestado a informação fiscal de praxe (fls. 197/208).

Após os trâmites legais, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa, tendo se pronunciado, no que pertine à infração 01, objeto recursal, na seguinte literalidade:

“Na infração 01 é imputado ao autuado ter recolhido a menos ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas registradas nos ECF’s de mercadorias regularmente escrituradas.

Em sua defesa o autuado reconheceu parcialmente a infração, acatando como devido o valor de R\$ 35.240,57, conforme abaixo:

Data Ocorr	Data Vencio	Base de Calculo	Alíg	Multa	Valor Histórico	ICMS Devido
31/3/2008	9/4/2008	18.525,94	17,00%	60,00%	3.149,41	2.416,70
30/4/2008	9/5/2008	188.767,47	17,00%	60,00%	32.090,47	30.045,26
31/5/2008	9/6/2008	2.074,11	17,00%	60,00%	352,60	0,00
30/6/2008	9/7/2008	3.042,58	17,00%	60,00%	517,24	72,35
31/7/2008	9/8/2008	2.768,41	17,00%	60,00%	470,63	26,31
31/8/2008	9/9/2008	4.282,11	17,00%	60,00%	727,96	0,00
30/9/2008	9/10/2008	3.802,64	17,00%	60,00%	646,45	0,00
31/10/2008	9/11/2008	4.099,52	17,00%	60,00%	696,92	0,00
30/11/2008	9/12/2008	5.037,76	17,00%	60,00%	856,42	0,00
31/12/2008	9/1/2009	3.473,52	17,00%	60,00%	590,50	0,00
31/1/2009	9/2/2009	333,35	17,00%	60,00%	56,67	56,67
30/4/2009	9/5/2009	2.170,52	17,00%	60,00%	368,99	0,00
31/5/2009	9/6/2009	2.910,58	17,00%	60,00%	494,80	2,62
30/6/2009	9/7/2009	3.328,35	17,00%	60,00%	565,82	0,00
31/7/2009	9/8/2009	4.165,64	17,00%	60,00%	708,16	0,00
31/8/2009	9/9/2009	5.412,47	17,00%	60,00%	920,12	0,00
30/9/2009	9/10/2009	6.035,23	17,00%	60,00%	1.025,99	0,00
31/10/2009	9/11/2009	5.797,23	17,00%	60,00%	985,53	0,00
30/11/2009	9/12/2009	3.517,29	17,00%	60,00%	597,94	0,00
31/12/2009	9/1/2010	1.613,82	17,00%	60,00%	274,35	0,00
31/1/2010	9/2/2010	22.211,11	17,00%	60,00%	3.775,89	775,50

28/2/2010	9/3/2010	19.320,70	17,00%	60,00%	3.284,52	347,86
31/3/2010	9/4/2010	19.696,23	17,00%	60,00%	3.348,36	349,21
30/4/2010	9/5/2010	13.534,88	17,00%	60,00%	2.300,93	314,56
31/5/2010	9/6/2010	8.670,76	17,00%	60,00%	1.474,03	120,02
30/6/2010	9/7/2010	13.145,52	17,00%	60,00%	2.234,74	2,36
31/7/2010	9/8/2010	13.958,70	17,00%	60,00%	2.372,98	11,00
31/8/2010	9/9/2010	11.905,76	17,00%	60,00%	2.023,98	0,00
30/9/2010	9/10/2010	12.275,11	17,00%	60,00%	2.086,77	0,00
31/10/2010	9/11/2010	106.495,47	17,00%	60,00%	18.104,23	0,00
30/11/2010	9/12/2010	12.997,70	17,00%	60,00%	2.209,61	700,15
31/12/2010	9/1/2011	10.479,41	17,00%	60,00%	1.781,50	0,00
					Total a recolher	35.240,57

Quanto a parte impugnado asseverou que os prepostos fiscais deixaram de considerar diversas situações tributárias, a saber: produtos sujeitos ao regime da substituição tributária; produtos isentos de tributação do ICMS e imposto apurado e lançado como Outros Débitos, tendo acostado diversos documentos para comprovar sua alegações.

Na informação fiscal os autuantes acataram quase que a totalidade dos argumentos defensivos, opinando pela redução do valor autuado de R\$91.094,51 para R\$41.377,91.

Em sua segunda informação fiscal acatam, ainda, o argumento defensivo relativo ao No que se refere ao item PC ESC CAB MARCO BONI MAD 7784 a Impugnante alega que o produto tem o código no sistema 13695-190 (para caixa c/ 24 pares) e 13695-978 (somente o par) e os cupons colacionados demonstram que o produto é "SAND.HAV.COLOR 43/4 MARROM". Os Auditores Fiscais autuantes acatam a alegação do contribuinte apresentada na nova manifestação defensiva, considerando que o código do produto refere-se ao produto "SAND.HAV.COLOR 43/4 MARROM", que está enquadrado no Regime de Substituição Tributária, ficando o valor da Infração 01 reduzido em mais R\$198,26.

Conforme se observa, pelas revisões realizadas pelos próprios autuante o valor da infração foi reduzido para R\$ 41.377,91, na primeira informação fiscal, e na segunda para R\$ 41.179,65 (R\$41.377,91 - R\$ 198,26), enquanto que o valor reconhecido pela defesa foi de R\$35.240,57.

Logo, a diferença entre o valor reconhecido pela defesa (R\$35.240,57) e o aponta pela revisão fiscal (R\$41.179,65), corresponde ao valor de R\$ 5.939,08, tendo em vista que os autuantes não acataram o argumento defensivo relativo ao produto CACHACA, impugnado pela defesa, nos valores abaixo indicados, já totalizada por mês, com base na planilha acostada pela defesa às folhas 168 e 169 dos autos:

ANÁLISE DA TRIBUTAÇÃO ECF 2009					
	Fundamentação: Aguardentes Compostas - Art. 353 , II, 22 Vigência a partir de 01/04/2009				
MÊS	CÓDIGO	PRODUTO	DATA	VALOR	ICMS NO MÊS
4	10441165	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x6 960ML	4/1/2009	208,50	35,45
4	10441953	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x1 960ML	4/1/2009	689,60	117,23
4	11892986	BEB.CACHACA SAPUPARA LIMAO 1x1 480	4/1/2009	240,75	40,93
4	25305190	CACHACA VILLA VELHA 1x6 965ML	4/1/2009	35,40	6,02
4	25305238	CACHACA VILLA VELHA 1x6 965ML	4/1/2009	109,50	18,62
4	25305978	CACHACA VILLA VELHA 1x1 965ML	4/1/2009	627,10	106,61
4	8996262	BEB.CACHACA OLD CESAR 88 1x12 870ML	4/1/2009	63,60	10,81
4	8996704	BEB.CACHACA OLD CESAR 88 1x1 870ML	4/1/2009	196,10	33,34
SOMA					369,01
5	8996704	BEB.CACHACA OLD CESAR 88 1x1 870ML	5/1/2009	257,35	43,75
5	8996853	BEB.CACHACA OLD CESAR 88 1x1 870ML	5/1/2009	65,89	11,2
5	8996262	BEB.CACHACA OLD CESAR 88 1x12 870ML	5/1/2009	71,88	12,22
5	25305978	CACHACA VILLA VELHA 1x1 965ML	5/1/2009	899,25	152,87
5	11892986	BEB.CACHACA SAPUPARA LIMAO 1x1 480	5/1/2009	146,60	24,92
5	10441953	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x1 960ML	5/1/2009	973,00	165,41
5	25305238	CACHACA VILLA VELHA 1x6 965ML	5/1/2009	481,20	81,8
SOMA					492,17
6	20851995	BEB.CACHACA PITU COLA 1x1 350ML	6/1/2009	1.090,57	185,4
6	8996853	BEB.CACHACA OLD CESAR 88 1x1 870ML	6/1/2009	425,29	72,3
6	10441165	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x6 960ML	6/1/2009	79,20	13,46
6	25305238	CACHACA VILLA VELHA 1x6 965ML	6/1/2009	86,40	14,69
6	20851106	BEB.CACHACA PITU COLA 1x12 350ML	6/1/2009	469,08	79,74
6	11892986	BEB.CACHACA SAPUPARA LIMAO 1x1 480	6/1/2009	125,72	21,37

ESTADO DA BAHIA
 SECRETARIA DA FAZENDA
 CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

6	11892198	BEB.CACHACA SAPUPARA LIMAO 1x12 480	6/1/2009	39,48	6,71	
6	10441953	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x1 960ML	6/1/2009	612,99	104,21	
6	25305978	CACHACA VILLA VELHA 1x1 965ML	6/1/2009	399,60	67,93	
SOMA						565,81
7	8996853	BEB.CACHACA OLD CESAR 88 1x1 870ML	7/1/2009	377,37	64,15	
7	10441165	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x6 960ML	7/1/2009	187,50	31,88	
7	10441953	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x1 960ML	7/1/2009	550,21	93,54	
7	11892986	BEB.CACHACA SAPUPARA LIMAO 1x1 480	7/1/2009	139,60	23,73	
7	20851106	BEB.CACHACA PITU COLA 1x12 350ML	7/1/2009	66,60	11,32	
7	20851995	BEB.CACHACA PITU COLA 1x1 350ML	7/1/2009	2.462,78	418,67	
7	25305238	CACHACA VILLA VELHA 1x6 965ML	7/1/2009	64,80	11,02	
7	25305978	CACHACA VILLA VELHA 1x1 965ML	7/1/2009	316,80	53,86	
SOMA						708,17
8	10441165	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x6 960ML	8/1/2009	194,70	33,1	
8	10441953	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x1 960ML	8/1/2009	614,52	104,47	
8	11892986	BEB.CACHACA SAPUPARA LIMAO 1x1 480	8/1/2009	160,54	27,29	
8	20851106	BEB.CACHACA PITU COLA 1x12 350ML	8/1/2009	22,20	3,77	
8	20851995	BEB.CACHACA PITU COLA 1x1 350ML	8/1/2009	3.113,12	529,23	
8	25305238	CACHACA VILLA VELHA 1x6 965ML	8/1/2009	410,40	69,77	
8	25305978	CACHACA VILLA VELHA 1x1 965ML	8/1/2009	543,60	92,41	
8	8996853	BEB.CACHACA OLD CESAR 88 1x1 870ML	8/1/2009	353,41	60,08	
SOMA						920,12
9	10441165	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x6 960ML	9/1/2009	357,00	60,69	
9	25305978	CACHACA VILLA VELHA 1x1 965ML	9/1/2009	504,20	85,71	
9	25305238	CACHACA VILLA VELHA 1x6 965ML	9/1/2009	519,54	88,32	
9	20851995	BEB.CACHACA PITU COLA 1x1 350ML	9/1/2009	3.489,82	593,27	
9	11892986	BEB.CACHACA SAPUPARA LIMAO 1x1 480	9/1/2009	136,35	23,18	
9	10441953	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x1 960ML	9/1/2009	695,77	118,28	
9	8996853	BEB.CACHACA OLD CESAR 88 1x1 870ML	9/1/2009	295,49	50,23	
9	11892198	BEB.CACHACA SAPUPARA LIMAO 1x12 480	9/1/2009	37,08	6,3	
SOMA						1025,98
10	20851995	BEB.CACHACA PITU COLA 1x1 350ML	10/1/2009	4.051,81	688,81	
10	25305238	CACHACA VILLA VELHA 1x6 965ML	10/1/2009	216,00	36,72	
10	25305978	CACHACA VILLA VELHA 1x1 965ML	10/1/2009	518,40	88,13	
10	11892986	BEB.CACHACA SAPUPARA LIMAO 1x1 480	10/1/2009	83,82	14,25	
10	10441165	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x6 960ML	10/1/2009	309,60	52,63	
10	10441953	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x1 960ML	10/1/2009	617,63	105	
SOMA						985,54
11	10441165	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x6 960ML	11/1/2009	193,50	32,9	
11	10441953	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x1 960ML	11/1/2009	675,22	114,79	
11	11892986	BEB.CACHACA SAPUPARA LIMAO 1x1 480	11/1/2009	3,49	0,59	
11	20851995	BEB.CACHACA PITU COLA 1x1 350ML	11/1/2009	1.761,36	299,43	
11	25305238	CACHACA VILLA VELHA 1x6 965ML	11/1/2009	216,00	36,72	
11	25305978	CACHACA VILLA VELHA 1x1 965ML	11/1/2009	457,20	77,72	
11	8996853	BEB.CACHACA OLD CESAR 88 1x1 870ML	11/1/2009	210,53	35,79	
SOMA						597,94
12	8996853	BEB.CACHACA OLD CESAR 88 1x1 870ML	12/1/2009	592,14	100,66	
12	10441953	BEB.CACHACA YPIOCA LIMAO 1x1 960ML	12/1/2009	462,89	78,69	
12	25305238	CACHACA VILLA VELHA 1x6 965ML	12/1/2009	279,60	47,53	
12	25305978	CACHACA VILLA VELHA 1x1 965ML	12/1/2009	279,20	47,46	274,34
		TOTAL				5.939,08
						5.939,08

A defesa alega que o produto CACHAÇA se trata de produto enquadrado no regime da substituição tributária, portando não há que se falar em diferença de imposto em virtude do encerramento da fase de tributação. Em sua segunda manifestação defensiva, o autuado acrescentou que o item **BEBIDA CACHAÇA** não se tratar de aguardente simples como classificado no texto da informação fiscal. Em verdade trata-se de **cachaça composta**, a saber:

Bebida Cachaça Ypioca **Limão**; Bebida Cachaça Sapupara **Limão**; Cachaça Villa Velha (**com extrato de carvalho**); Bebida Cachaça Old Cesar (**com extrato de carvalho**) e Bebida Cachaça Pitu Cola (**com refrigerante tipo cola**). Frisa que na composição dos referidos produtos existe a mistura de outros produtos que, os desclassificam como cachaça simples. A fim de esclarecer possíveis dúvidas quanto à classificação dos

produtos em discussão, de logo, apresentamos os rótulos e notas fiscais contendo a NCM (2208 e 2205) dos referidos produtos.

Por sua vez os autuantes destacam que a defesa deixou de observar as Alterações 116 e 119 do RICMS, que apresentaram as seguintes redações:

"2 - bebidas, a saber:

Nota: A redação atual do item 2, do inciso II do caput do art. 353 foi dada pela Alteração nº 126 (Decreto nº 11806, de 26/10/09. DOE de 27/10/09), efeitos a partir de 01/01/10:

Redação anterior dada ao item 2.2, do inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 119 (Decreto nº 11523, de 06/05/09, DOE de 07/05/09), efeitos de 07/05/09 a 31/12/09:

"2.2 - classificadas na posição NCM 2208, exceto aguardente de cana e de melaço;"

Redação anterior dada aos itens abaixo, do inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 116 (Decreto nº 11462, de 10/03/09, DOE de 11/03/09), efeitos de 01/04/09 a 31/12/09:

"2 - bebidas, a saber: (efeitos de 01/04/09 a 31/12/09)

2.1 - vermutes e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas, classificados na posição NCM 2205; (efeitos de 01/04/09 a 31/12/09)

2.2 - *classificadas na posição NCM 2208, exceto aguardente de cana (caninha), aguardente de melaço (cachaça), aguardente simples de agave ou de outras plantas (tequila e semelhantes), aguardente simples de frutas (de cidra, de ameixa, de cereja, etc.) e outras aguardentes simples;* (efeitos de 01/04/09 a 06/05/09)"

Portanto, em relação ao produto CACHAÇA os Auditores Fiscais autuantes não acatam as ponderações da defensiva e solicitam a manutenção do valor em R\$ 5.939,08.

Em atendimento ao pedido de diligência, os autuantes prestam nova informação, destacando que o produto BEBIDA CACHAÇA, conforme Decreto nº 2.314, de 04 de setembro de 1997 que estabelece as normas gerais sobre registro, padronização, classificação e, ainda, inspeção e fiscalização da produção e do comércio de bebidas, no Art. 82, define que bebida alcoólica composta é a bebida alcoólica por mistura, com graduação alcoólica de treze a dezoito por cento em volume, a vinte graus Celsius, obtida da maceração ou infusão de substâncias vegetais, adicionada de álcool etílico potável de origem agrícola, com adição ou não de açúcares. Portanto, a cachaça não é classificada como composta apenas pela existência da mistura de outros produtos como afirma a Impugnante. Também é necessário que a graduação alcoólica seja entre 13 a dezoito por cento em volume, a vinte graus Celsius, o que não ficou comprovado pela Impugnante. Além disso, a Impugnante relacionou como cachaça composta produtos que não indicam que houve maceração ou infusão com substâncias vegetais, a exemplo dos produtos bebida cachaça Vila Velha, bebida cachaça Old Cesar 88 e bebida cachaça Pitu Cola.

Observo que o sujeito passivo recebeu cópia do resultado da diligência, entretanto não apresentou nenhum documento para comprovar sua alegação de que o produto "BEBIDAS CACHAÇAS" não se tratar de aguardente simples como classificado no texto da informação fiscal.

Portanto, entendo que o argumento dos autuantes é consistente, uma vez que restou comprovado que nos meses objeto da infração o produto não estava enquadrado na substituição tributária. Logo, é correta a informação fiscal quanto a necessidade de se acrescentar o de R\$5.939,08, ao valor reconhecido pelo autuado.

Pelo acima exposto, entendo razão assistir, parcialmente, ao sujeito passivo, uma vez que restou comprovado que os autuantes ao realizarem o levantamento fiscal não observaram que alguns dos produtos objeto da autuação estavam enquadrados no regime da substituição tributária, outros são produtos isentos de tributação do ICMS e ainda existiu imposto apurado e lançado como Outros Débitos. Devendo ser adicionado ao valor reconhecido de autuado, fls. 86 dos autos, os valores relativos ao produto "Cachaça", consignados na planilha acostada pela defesa às folhas 168 e 169, conforme abaixo:

Data Ocorr	Data Venc	ICMS RECONHECIDO PELA DEFESA	ICMS PRODUTO CACHAÇA	DEVIDO	ICMS DEVIDO APÓS JULGAMENTO
31/3/2008	9/4/2008	2.416,70		0,00	2.416,70
30/4/2008	9/5/2008	30.045,26		0,00	30.045,26
31/5/2008	9/6/2008	0,00		0,00	0,00
30/6/2008	9/7/2008	72,35		0,00	72,35
31/7/2008	9/8/2008	26,31		0,00	26,31
31/8/2008	9/9/2008	0,00		0,00	0,00
30/9/2008	9/10/2008	0,00		0,00	0,00
31/10/2008	9/11/2008	0,00		0,00	0,00

30/11/2008	9/12/2008	0,00	0,00	0,00
31/12/2008	9/1/2009	0,00	0,00	0,00
31/1/2009	9/2/2009	56,67	0,00	56,67
30/4/2009	9/5/2009	0,00	369,01	369,01
31/5/2009	9/6/2009	2,62	492,17	494,79
30/6/2009	9/7/2009	0,00	565,81	565,81
31/7/2009	9/8/2009	0,00	708,17	708,17
31/8/2009	9/9/2009	0,00	920,12	920,12
30/9/2009	9/10/2009	0,00	1.025,98	1.025,98
31/10/2009	9/11/2009	0,00	985,54	985,54
30/11/2009	9/12/2009	0,00	597,94	597,94
31/12/2009	9/1/2010	0,00	274,34	274,34
31/1/2010	9/2/2010	775,50	0,00	775,50
28/2/2010	9/3/2010	347,86	0,00	347,86
31/3/2010	9/4/2010	349,21	0,00	349,21
30/4/2010	9/5/2010	314,56	0,00	314,56
31/5/2010	9/6/2010	120,02	0,00	120,02
30/6/2010	9/7/2010	2,36	0,00	2,36
31/7/2010	9/8/2010	11,00	0,00	11,00
31/8/2010	9/9/2010	0,00	0,00	0,00
30/9/2010	9/10/2010	0,00	0,00	0,00
31/10/2010	9/11/2010	0,00	0,00	0,00
30/11/2010	9/12/2010	700,15	0,00	700,15
31/12/2010	9/1/2011	0,00	0,00	0,00
		35.240,57	5.939,08	41.179,65

Assim, a infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$41.179,65.”

Inconformado, o sujeito passivo interpôs, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls. 316 a 323), apresentando, inicialmente, uma síntese da Decisão, para, em seguida, invocando o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, c/c o art. 97, V, do CTN, arguir o princípio da legalidade, alegando que, a prevalecer a Decisão impugnada, o imposto não pode ser cobrado, porque o mesmo foi retido e recolhido pelo fornecedor do produto.

Adentrando ao mérito, sustentou que se trata de bebida “CACHAÇA” e a imposição fiscal, na forma em que foi posta, não pode ser mantida, pela razão já exposta na defesa, bem como pelo fato de que a indústria do produto efetuou a retenção e recolhimento do ICMS pelo regime da substituição tributária.

Aduziu que da análise da tributação dos produtos descritos nos Documentos Fiscais de nº 6152 – Indústria de Bebidas Pirassununga (SP); NF nº 0014575 - Engarrafamento Pitu Ltda. (PE); NF n.º 0000158 – Ypioca Agroindustrial Ltda. (BA) e NFe n.º 6291 – Vitti Vinícola Cereser Ltda, verifica-se que o ICMS-ST foi retido e recolhido à alíquota de 27% (25%-ICMS - 2%-Fundo Pobreza), consoante documentos anexados.

Ressaltou que, nas referidas operações, o autuado estava indicado na condição de Contribuinte Substituído, ficando desobrigado de recolher imposto sobre as operações subsequentes de saídas.

Reiterou que se trata de produtos enquadrados no regime da substituição tributária, conforme demonstrativo que transcreveu em seguida.

Prosseguiu, afirmando que: “É incontroverso que, o imposto foi recolhido em favor do Estado da Bahia, então, independentemente do entendimento da Administração Tributária do Estado da Bahia sobre a classificação do produto, impõe considerar que o ICMS ora exigido foi pago por antecipação na origem à alíquota de 27%, assim, não há que se falar em pagamento do imposto nas operações realizada pelo contribuinte Autuado.”

Reportou-se ao questionamento sobre a composição do produto, entendendo que deveria ser feito diretamente ao fornecedor/indústria, admitindo que parece ainda não ter sido feito, já que a Fazenda Pública vem aceitando a tributação dos produtos como se fora enquadrado no regime da substituição tributária, observando que só um laudo técnico sobre o produto poderia determinar com segurança o enquadramento do produto dentro das exigências previstas no Decreto nº

2.314/1997, o qual, estabelece normas de registro, padronização, classificação e ainda, inspeção e fiscalização da produção e do comércio de bebidas, bem como, a definição de bebida composta.

Argumentou que: “*De boa fé o Autuado, adquiriu o produto como se fora CACHAÇA COMPOSTA e, pagou o imposto de forma antecipada na condição de contribuinte substituído.*”

Por fim, pugnou pela reforma da Decisão recorrida para julgar improcedente parte do Auto de Infração, consequentemente, excluindo o crédito tributário apurado pelo Auditor Fiscal e, acaso mantida a Decisão, requereu: “*o crédito financeiro do importe no valor de R\$ 5.939,08, a fim de evitar-se a configuração do enriquecimento sem causa, pois, é incontrovertido que o imposto em discussão foi retido e recolhido em favor da Fazenda Estadual da Bahia.*”

VOTO

O Recurso Voluntário versa sobre as razões do inconformismo do contribuinte no tocante à Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, no particular, se insurgindo apenas em relação à infração 01, onde lhe é imputado o recolhimento a menos ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas registradas nos ECFs de mercadorias regularmente escrituradas.

Conforme relatado, o sujeito passivo, nas suas razões recursais, concentrou a sua irresignação na tese de que o produto mantido na autuação, “Cachaça”, estava incluído no regime de substituição tributária, com fase de tributação já encerrada, portanto, não havendo mais a incidência do ICMS nas operações de saídas, através cupons fiscais.

No específico, inassiste razão ao recorrente, porquanto a Decisão guerreada, corretamente, embasou-se na previsibilidade da legislação estadual, especificamente o art. 353, II, item 2, mantendo na autuação todas as operações relacionadas ao produto “Cachaça”.

Assim é que, conforme bem observou o relator na Decisão e os próprios autuantes na informação fiscal, o texto legal dispõe no seu regramento a exceção do enquadramento na ST, para o referido produto, *verbis*:

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

(...)

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

(...)

2 - bebidas, a saber:

Nota: A redação atual do item 2, do inciso II do caput do art. 353 foi dada pela Alteração nº 126 (Decreto nº 11806, de 26/10/09. DOE de 27/10/09), efeitos a partir de 01/01/10:

Redação anterior dada ao item 2.2, do inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 119 (Decreto nº 11523, de 06/05/09, DOE de 07/05/09), efeitos de 07/05/09 a 31/12/09:

"2.2 - classificadas na posição NCM 2208, exceto aguardente de cana e de melaço;"

Redação anterior dada aos itens abaixo, do inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 116 (Decreto nº 11462, de 10/03/09, DOE de 11/03/09), efeitos de 01/04/09 a 31/12/09:

"2 - bebidas, a saber: (efeitos de 01/04/09 a 31/12/09)

2.1 - vermutes e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas, classificados na posição NCM 2205; (efeitos de 01/04/09 a 31/12/09)

2.2 - classificadas na posição NCM 2208, exceto aguardente de cana (caninha), aguardente de melaço (cachaça), aguardente simples de agave ou de outras plantas (tequila e semelhantes), aguardente simples de frutas (de cidra, de ameixa, de cereja, etc.) e outras aguardentes simples;" (efeitos de 01/04/09 a 06/05/09)

Portanto, analisando-se as Alterações 116 e 119 e considerando-se que os fatos geradores da autuação estão compreendidos no período de 30/04/2009 a 31/12/2009, dúvidas não pairam do acerto da manutenção da imputação.

Ressalte-se, ainda, que, conforme já manifestado na procedimentalidade, o Decreto nº 2.314, de 04 de setembro de 1997, o qual estabelece as normas gerais sobre registro, padronização, classificação e, também, inspeção e fiscalização da produção e do comércio de bebidas, no Art. 82, define como bebida alcoólica composta aquela bebida alcoólica por mistura, com graduação alcoólica de treze a dezoito por cento em volume, a vinte graus Celsius, obtida da maceração ou infusão de substâncias vegetais, adicionada de álcool etílico potável de origem agrícola, com adição ou não de açúcares. Logo, a cachaça não é classificada como composta apenas pela existência da mistura de outros produtos como afirmou o recorrente.

Frise-se, do teor da norma, a necessidade de que a graduação alcoólica esteja entre 13 a dezoito por cento em volume, a vinte graus Celsius, não tendo o sujeito passivo apresentado qualquer elemento que comprovasse o seu conceito para classificação do produto “Cachaça”.

Importante, outrossim, destacar que o contribuinte pautou como cachaça composta produtos que não trazem comprovação de que houve, de acordo com o estabelecido na legislação, maceração ou infusão com substâncias vegetais, porquanto as cópias das notas fiscais acostadas de fls. 269 a 271 indicam produtos com denominação de aguardente e com classificação NCM 2208, conforme preconiza o texto do item 2.2 do art. 353, II, anteriormente reproduzido.

Por outro lado, no que concerne à postulação do recorrente para a concessão de um crédito financeiro no valor equivalente ao lançamento em discussão, sob a alegação de que o imposto cobrado no Auto de Infração já teria sido recolhido em favor da Fazenda Estadual da Bahia, tal operação só encontra amparo na legislação tributária, através de requerimento do procedimento apropriado de restituição ou compensação do indébito, sendo facultado ao contribuinte ingressar com tal pleito, segundo a previsibilidade do artigo 73 e seguintes do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo íntegra a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298932.0012/11-5, lavrado contra ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (O ATACADÃO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$52.709,96, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS