

A. I. Nº - 298942.0602/13-5
AUTUADO - RONDELI & RONDELLI LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 20.08.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0151-02/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) FALTA DE ESTORNO; b) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Infrações reconhecidas e quitadas pelo sujeito passivo. Itens subsistentes. **2. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. UTILIZAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO E/OU ALÍQUOTA INCORRETA EM SAÍDAS.** Infração parcialmente elidida, após acolhimento de parte das alegações de defesa de que alguns itens se encontravam sob o regime de substituição tributária ou sob o benefício de redução da base de cálculo. Corrigidos os levantamentos fiscais. Infração subsistente em parte. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 27/06/2013 para exigir ICMS no valor de R\$433.727,64, acrescido da multa de 60%, inerente aos exercícios de 2009 a 2012, conforme documentos às fls. 16 a 259 dos autos, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 2.874,12, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução;

Infração 02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 10.569,13, referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária;

Infração 03. Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 420.284,39, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Às fls. 264 a 284 dos autos, o contribuinte apresenta sua impugnação ao lançamento tributário, na qual, em relação ao exercício de 2009 da terceira infração, diz que o produto leite Longa Vida Vale Dourado não deve ser tributado à alíquota de 17% como pretende o autuante, pois se trata de leite fabricado no Estado da Bahia e, portanto, beneficiado com redução da base de cálculo, resultando na carga tributária correspondente à alíquota de 7%, conforme art. 87, XXXV, do RICMS.

Também se insurge contra a tributação de mercadorias que diz ser reconhecidamente isentas, a saber: alecrim desidratado Kitano, manjerona Kitano, orégano Kitano, tomilho flocos Kitano, pimenta biquinho kg emb. Horta e Cia, pimenta bode kg emb. Horta e Cia, pimenta cabuci kg emb. Horta e Cia, pimenta cereja kg emb. Horta e Cia, pimenta chifre kg emb. Horta e Cia, as quais, segundo o defendente, são todos produtos amparados por isenção tributária prevista na legislação. Afirmar que os produtos Kitano são recebidos da indústria sem qualquer tributação. Já as pimentas são englobadas como hortigranjeiros, conforme art. 14, I, do RICMS/BA.

Aduz que ainda de forma equivocada pretende-se tributar os itens sal temperado Dihoje e sal temperado para churrasco, os quais também estão no abrigo da isenção, por redução integral da base de cálculo, já que o art. 87, XXX, do RICMS/97 não contém qualquer especificação do produto, logo, qualquer tipo de sal inexoravelmente está isento.

Igualmente não aceita a pretensão do autuante de tributar as saídas de produtos que estavam sob regime de substituição tributária, especificamente bebidas alcoólicas como Bitter, whisky, cachaça, champanhe, conhaque, espumante, ice, licor, rum, vermouth, vodka, etc, sob NCM: 2208 e 2205, conforme tabela TIPI. Portanto, incluídos na substituição tributária, desde 2005.

Também de igual modo indevida a tributação da mercadoria Copa Suína e Pururuca que também estão incluídas na substituição tributária, conforme art. 353, item “9”; Cola Super Bond, conforme art. 353, item 16.5; Lava auto com Cera Grand Prix, óleo de peroba e silicone, consoante art. 353, item 16; Mistura para pão caseiro Dona Benta, conforme art. 353, item 11.1 a 11.3; Uva passa 80 gr chocolate ao leite, a qual é uma barra de chocolate e, portanto, sujeita a substituição tributária, nos termos do art. 353, item 8.5.

Quanto ao exercício de 2010, ainda da terceira infração, acrescenta os produtos escovas de limpeza, sorvetes e picolés, os quais afirma que estão sujeitos à substituição tributária (art. 353, itens 8.1 e 36).

Inerente ao exercício de 2011, o autuado acrescenta os produtos: leite em pó, que possui redução de base de cálculo nas operações internas, conforme art. 87, XXI; buchas com parafusos, por entender se tratarem de materiais de construção (art. 353, item 40.1); essência aromatizante e natural (art. 353, itens 36 e 43); Produto Pratos Hoje Quero, por se tratar de macarrão está na substituição tributária (art. 353, item 11.4.3); Produto Rolinho Roll Cake, por se tratar de bolinho, logo sujeito a substituição tributária (art. 353, item 11.4.2); Produto Sacos de algodão e saco cru, por ser material de limpeza, logo sujeito a substituição tributária (art. 353, item 36).

Referente ao exercício de 2012, o autuado acrescenta os produtos: desentupidor 1 L, por ser soda cáustica (material de limpeza), logo sujeita a substituição tributária (art. 353, item 36); Massa de lasanha e nhoque (ST, art. 289, RICMS/2012); Purificador de ar, por se tratar de refil para desodorizar ambientes, logo material de limpeza (ST, art. 289, item 25, do RICMS/2012); Salgados industrializados, sujeitos a ST (art. 289, item 38); Tintas e vernizes e ratoeira adesiva que estão na ST (item 24).

O defendente aduz ainda que, inerentes às saídas dos produtos derivados de farinha de trigo fabricados no próprio estabelecimento, como a farinha de trigo está sob o regime de substituição tributária, o imposto pago antecipadamente elimina a tributação nas operações futuras de mercadorias fabricadas com este insumo. Cita Parecer DITRI nº 6549/2009.

Assim, pede revisão fiscal por estranho ao feito, pois entende inconsistente o levantamento fiscal.

Por fim, requer que a autuação seja nula, por se basear em presunção e em elementos precários e inseguros. No mérito, reitera a diligência e pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Quanto às demais infrações, apresenta extrato de parcelamento dos débitos, às fls. 287 a 290 do PAF.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 292 a 298 dos autos, tece as seguintes considerações:

Em relação ao exercício de 2009:

- 1) Quanto à alegação acerca do Leite Longa Vida Vale Dourado, diz que, em contato com o fabricante, localizado em Itapetinga/BA, foi informado que no período a rede adquiriu o produto dessa filial. Assim, cumprindo o disposto no art. 112 do CTN, concorda em excluir os valores relativos ao leite;
- 2) Quanto aos produtos: Alecrim DESIDRATADO KITANO, amendoim, coco seco, Ervas Finas KITANO, ervilha partida, manjerição KITANO, Manjerona KITANO, orégano KITANO, tomilho flocos KITANO, pimenta BIQUINHO, pimenta BODE, pimenta CABUCI, pimenta CEREJA, pimenta CHIFRE, pimenta DEDO DE MOÇA e pimenta DOCE, as quais o autuado entende amparadas pela isenção prevista no art. 14 do RICMS, o autuante ressalta que o art. 111, II, do CTN prescreve que a legislação interpreta literalmente a outorga da isenção, do que assevera que tais produtos não estão mencionados no referido art. 14 do RICMS. Diz também que está claro que o produto deve estar em estado natural, resfriado ou congelado, logo, alecrim desidratado, ervilha partida e tomilho flocos não apresentam as características ensejadas no regulamento. Salaria, ainda, que

existe a exceção para produtos destinados à industrialização e ou não estão em seu estado natural, sofreram a desseca, foram moídos, etc. Assim, os produtos com marca KITANO foram encaminhados à industrialização e consequentemente perderam o benefício da isenção, bem como outros produtos, a exemplo de: ervilha partida. Por fim, o citado art. 14, em seu inciso I, é claro ao mencionar a exceção de amêndoas e nozes, ou seja, descaracterizando a isenção para coco seco, do que destaca que o contribuinte conhece a incidência do imposto sobre esses produtos ao se creditar do ICMS de amendoim com casca, coco seco, ervas finas, ervilha partida, manjerição, orégano e tomilho.

- 3) Conforme mencionado, os benefícios fiscais devem ser interpretados na literalidade da lei. No caso, sal temperado difere de sal de cozinha, pois sofre a mutação/agregação de agentes diversos (ervas, pimenta, etc), tornando produto diverso do sal de cozinha.
- 4) Sobre a alegação de que bebidas alcoólicas estariam sob regime de substituição tributária, o autuante aduz que tributou as bebidas alcoólicas apenas no período em que estavam fora do aludido regime de substituição tributária.
- 5) Inerente aos produtos Copa Suína e Pururuca que estariam incluídos na substituição tributária, o autuante diz que, conforme verificou nas planilhas de 2011 e 2012 elaboradas através do SPED e contendo a classificação NCM, Pururuca 80 gr light está classificada como 19059020, trata-se de produto industrializado e totalmente diverso do mencionado pelo contribuinte. Já a Copa Suína é um produto especialmente condimentado e curado, sofrendo industrialização e não está amparado pela ST, como mortadela, linguiça, etc.
- 6) Quanto à cola Super Bond que diz o autuado que em 2009 estaria no regime ST, o autuante aduz que só passou ao referido regime em 2010 e que o contribuinte conhecia tal fato, tanto que aproveitou crédito fiscal.
- 7) Acerca de que Lava Auto, óleo de peroba e silicone estariam no regime ST em 2009, o autuante informa que os dois primeiros produtos passaram para o regime de ST em 2010 e o último em 2011. Diz que o contribuinte tinha conhecimento deste fato, tanto que aproveitou crédito fiscal.
- 8) Inerente à alegação de que mistura para pão caseiro Dona Benta estaria incluído na ST, entende o autuante que tal produto está na exceção prevista no art. 353, II, 11.3. Diz que o contribuinte se creditava de massas e misturas para pão.
- 9) Inerente à alegação de que uva passa 80 gr se trata de chocolate na ST, o autuante diz que o NCM da mercadoria (1806.90.00) enquadra-se no prescrito pelo contribuinte, sendo procedente o pleito.

Em relação ao exercício de 2010, o autuante reitera seus argumentos quanto aos produtos já analisados e no tocante aos novos produtos citados tece as seguintes considerações:

- 1) Diz que o autuado acrescenta frutas vermelhas 350g congelado Dona Anice e mix de legumes congelados Batavo na lista de produtos do item 2 do ano de 2009. Contudo, o autuante entende que esses dois itens referem-se a produtos que foram remetidos a industrialização e que não gozam do benefício da isenção.
- 2) Diz que o autuado acrescenta à copa suína e pururuca, lombo suíno tipo canadense e pernil suíno. Em relação aos novos itens, entende que se tratam de produtos com NCM diferenciado e consequentemente não previsto para ST, sendo que o contribuinte se credita do ICMS.
- 3) Quanto ao silicone, diz que só entrou na ST a partir de 2011 e que o autuado se creditou do ICMS.
- 4) Quanto à alegação de que Emustab estaria no regime de antecipação tributária, o autuante diz que o estabilizante e emulsificante de massas é aplicado também para bolos e difere dos produtos previstos na ST que são específicos para fabricação de sorvetes em máquinas. Destaca que o autuado colabora com seu entendimento ao se creditar do ICMS.
- 5) Já a escova de limpeza, diz que difere do regime de ST e que o autuado se creditou do ICMS.

No tocante ao exercício de 2011, tece as seguintes considerações em relação aos produtos novos:

- 1) Em relação ao leite em pó, o qual o autuado alega genericamente redução da base de cálculo, o autuante diz que em 2011 e 2012 a fiscalização utilizou-se do SPED fornecido pelo próprio contribuinte e na classificação do produto (NCM) ele difere de leite em pó, pois se trata de misturas lácteas diferenciadas.
- 2) Diz que o autuado acrescenta, com relação ao item 2 dos anos de 2009 e 2010, os produtos: cogumelo shimeji 200 g embalado, cogumelo shitake 200 g embalado e damasco. Aduz que tais produtos passaram por industrialização e que o autuado se creditou do ICMS nas aquisições.
- 3) Quanto ao Açaí 200 g natural, o autuante entende ser polpa de açaí, diferente do sorvete que não é um produto natural.
- 4) Em relação a buchas com parafusos, diz não estar enquadrado na ST, pois o NCM do produto é 3924.90, enquanto o alegado tem NCM 7318.
- 5) Quanto à essência aromatizante e natural, afirma não estar na ST, conforme NCM dos produtos.
- 6) Pratos hoje quero e Rolinho Roll Cake concorda com que estão sujeitos ao regime de ST.
- 7) Sacos de algodão e saco cru, discorda de estarem enquadrados no ST, pois o NCM é diverso.

Em relação ao exercício de 2012, tece as seguintes considerações em relação aos produtos novos:

- 1) Quanto ao lombo suíno, peito de frango, pernil suíno e picanha suína, diz que o NCM dos produtos são diferentes dos elencados na ST.
- 2) Desentupidor 1L e 300gr, diz que as NCM dos produtos são totalmente divergentes dos da ST.
- 3) Quanto à massa de lasanha e nhoque, diz que a NCM é diversa do previsto da ST, no caso do nhoque (19022000) – massa recheada.
- 4) Purificador de ar 3 gr, conforme NCM, o autuante concorda que se trata de refil desodorizador. Assim, por ter o contribuinte se creditado indevidamente do imposto na aquisição do produto, altera os valores da infração 2, sendo: 03/2012 de R\$ 15,36 para R\$ 61,95; 05/2012 de R\$ 133,60 para R\$ 149,11; 06/2012 de R\$ 172,90 para R\$ 188,41 e 07/2012 de R\$ 123,17 para R\$ 143,86.
- 5) Em relação à roupa íntima P/M c/8, a qual o contribuinte alega ser produto de limpeza, o autuante diz que a NCM e a descrição são totalmente diversas.
- 6) Salgados industrializados: alega o autuado estar na ST, o autuante diz que a NCM é diversa.
- 7) Vaselina, o autuante diz que não estar na ST, pois não se trata de produto para brilho, limpeza, polimento ou conservação, e que o contribuinte se utilizou do crédito do ICMS nas aquisições.
- 8) Ratoeira adesiva, diz que jamais estaria enquadrado como material de construção e na ST.

Assim, o autuante reconhece as alegações relativas aos produtos: leite longa vida Vale Dourado, uva passa 80 gr, Pratos Hoje, Rolinho Roll Cake e Purificador de Ar, do que apresenta novas planilhas e valores às fls. 300 a 499 dos autos.

Intimado da informação fiscal com entrega de cópia dos novos demonstrativos, às fls. 500 a 502 dos autos, para, querendo, se pronunciar, o contribuinte apresenta manifestação, às fls. 504 e 505, na qual diz reiterar todos os termos das argumentações de defesa, pois entende que na autuação permanecem os mesmos defeitos que determinaram a sua imprestabilidade, razão de pedir a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

À fl. 518 dos autos, por decisão da JJF, o PAF foi convertido em diligência para que o autuante:

- 1º) Intime o contribuinte a comprovar documentalmente suas alegações de defesa, apresentando notas fiscais de compras de mercadorias sob a devida tributação ST ou que conste NCM que comprove o devido enquadramento no aludido regime de ST.
- 2º) A partir da tal documentação, através da NCM, cotejar se as mercadorias, objeto das alegações de defesa, se enquadram nas disposições legais atinentes ao regime de substituição tributária e verificar qual tratamento tributário foi dado pelo remetente.

3º) Constatada a sujeição ao citado regime de ST, excluir as devidas notas fiscais da exação fiscal e apresentar novos demonstrativos sintéticos e analíticos com os valores mensais remanescentes.

Às fls. 526 a 838 dos autos, o contribuinte apensa os documentos que entende comprobatórios de suas alegações, salientando que uma parte das mercadorias recebidas pelo estabelecimento autuado foi adquirida através de seu estabelecimento atacadista, cujos documentos também anexa. Diz, ainda, juntar os pagamentos de DAE dos produtos sujeitos a substituição tributária, os quais, conforme análise através das características do produto e/ou NCM, foram enquadrados como ST.

O diligente, às fls. 840 e 841 dos autos, em cumprimento ao solicitado e em decorrência dos documentos apresentados pelo contribuinte, informa ter verificado que, nos exercícios de 2009 e 2010, cola bonder, copa suína, lava auto, pururuca e silicone tiveram tratamento pelo remetente e ou NCM pelo regime de substituição tributária. Assim, retirou os valores correspondentes da planilha original. Quanto às demais mercadorias questionadas, o diligente afirma que não foram apresentadas as notas fiscais de entrada ou, como no caso de Lombo Canadense, Lombo temperado, Pernil temperado, ficou comprovado que o NCM 1601 e/ou 1602 não corresponde a produtos da ST.

Quanto ao ano de 2011, o preposto fiscal aduz que foram apresentados documentos fiscais apenas relativos a carnes, sendo que alguns demonstram NCM diversos da ST (1601 e 1602) e outros NCM de ST. Destaca que o trabalho foi realizado através do arquivo SPED fornecido pelo contribuinte, tendo o levantamento fiscal apurado apenas as mercadorias que apresentaram NCM diverso da ST.

Já no ano de 2012, o autuante diz que igualmente foram apresentados documentos fiscais relativos a carnes com NCM diverso da ST e outros com NCM de ST. Da mesma forma foram apresentados documentos fiscais com salgadinhos, ou seja, parte dos produtos relacionados com ST (NCM 2005) e parte com NCM diverso da ST para salgadinhos (1905.9090). Reitera que o trabalho foi realizado através da informação no SPED prestada pelo contribuinte, o que demonstra que no levantamento fiscal se considerou apenas mercadorias com o NCM diverso da ST. Quanto à Ratoeira Adesiva, cujo documento consigna a NCM de produtos de material de construção, sujeitos a ST, o diligente afirma que a mercadoria é totalmente diversa das relacionadas, portanto, sendo totalmente indevido o enquadramento como substituição tributária.

Assim, diante de tais considerações, o preposto fiscal apresenta nova planilha, às fls. 842 a 892 dos autos, com correção dos valores relativos aos exercícios de 2009 e 2010, consignados na informação fiscal anterior, às fls. 292 a 298, apurando o valor remanescente da infração 3 de R\$ 409.779,87.

Instado a se manifestar sobre a conclusão da diligência, o sujeito passivo, às fls. 897 a 899 dos autos, aduz reiterar todos os termos das argumentações já deduzidas em sua peça de defesa, vez que os argumentos ali expendidos não sofreram impugnação relevante que importasse na decretação da subsistência do auto, do que ressalta que a correção dos valores não elidem os fundamentos defensivos já expostos em sua impugnação inicial, haja vista que o autuante apenas refutou os fundamentos defensivos sem qualquer fundamentação válida ou consistente.

Salienta, ainda, que foram apresentadas cópias de todas as notas fiscais referentes aos produtos que foram considerados pelo contribuinte como substituição tributária, no entanto, o preposto fiscal menciona que os produtos Lombo canadense, Lombo temperado e pernil temperado de NCM 16.01 e 16.02, os salgadinhos NCM 20.05 e 1905.9090 e ratoeira adesiva não correspondem a produtos ST do período fiscalizado de 2009 a 2012. Contudo, a autuada ressalta que apresentou, juntamente com as notas fiscais dos produtos, as respectivas cópias dos DAE e planilha de cálculo da ST para a comprovação de que, quando da entrada dos aludidos produtos, foi efetivado o pagamento da substituição tributária e, por esse fato, a saída dos citados produtos teria que ser efetuada sem tributação, sob pena de ocorrer *bis in idem* na cobrança do tributo.

Aduz discordar do posicionamento do autuante, uma vez que a definição de ser ou não o produto sujeito a substituição tributária não tem qualquer correlação com a sua codificação na NCM e sim se observando as características da mercadoria.

Afirma que o diligente silencia em relação à totalidade da argumentação defensiva de que as infrações apuradas decorreram de grave equívoco dos levantamentos fiscais e de que as irregularidades contidas na escrituração da empresa foram exclusivamente de ordem formal e que não significaram sonegação tributária, o que se pressupõe que ele admitiu os fatos versados.

Aduz que o autuante promoveu uma interpretação puramente subjetiva aos dispositivos do RICMS, com o fito exclusivo de cobrar imposto onde à lei não autoriza. Pede a improcedência da infração.

Ao prestar sua informação fiscal, à fl. 901 dos autos, o autuante sustenta que o contribuinte quer mudar a legislação e legislar em causa própria. Destaca que todos os itens e questões foram devidamente respondidos, apenas o autuado é que deixou de apresentar no curso da fiscalização ou na sua defesa os documentos necessários. Diz que, mesmo após a solicitação do CONSEF e comprovada a materialidade dos fatos, o sujeito passivo quer contestar e denegrir a imagem do autuante e para isso quer alterar a legislação e enquadrar produtos na substituição tributária.

Defende que, se o contribuinte fez a antecipação tributária de produtos não enquadrados, realizou de forma indevida e isso não lhe dá direito de criar uma legislação específica e nem o exime de recolher o imposto na forma legal prevista.

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do lançamento de ofício por se basear em presunção e em elementos precários e inseguros, verifico presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal incursos nas hipóteses previstas no art. 18 do RPAF (Decreto nº 7.629/99), devendo as razões defensivas, por se tratarem de mérito, serem apreciadas quando da análise de mérito. Assim, afasto a nulidade suscitada.

Quanto ao pedido de diligência fiscal, o mesmo foi deferido e, em consequência, oportunizado ao sujeito passivo apresentar todas as provas documentais de suas alegações de defesa, tendo tal documentação servido de suporte para as conclusões apresentadas pelo diligente, de cujo resultado foi o contribuinte intimado a se manifestar, não tendo trazido qualquer elemento novo que viesse a modificar o resultado apurado quando da diligência fiscal, apenas, reiterando suas alegações iniciais, dentre as quais muitas já acolhidas pelo próprio preposto fiscal.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em razão de três imputações, sendo objeto da lide apenas a terceira infração, já que as duas primeiras foram objeto de reconhecimento e confissão de dívida de caráter definitivo e irretratável, conforme art. 4º da Lei 12.903/13, sendo consideradas procedentes.

Em relação à terceira infração, no valor de R\$ 420.284,39, inicialmente demonstrada nas planilhas de fls. 77 a 259 dos autos, o sujeito passivo apresentou impugnação ao lançamento de ofício por mercadorias, das quais foram acatadas em parte pelo autuante, conforme documentos às fls. 292 a 441, reduzindo o valor exigido para R\$ 411.669,61. Posteriormente, o processo foi convertido em diligência e através das provas documentais apresentadas pelo próprio defendente, relativo às suas alegações, se corrigiu o valor exigido para R\$ 409.779,87, cujas conclusões me alinho, em razão de:

- 1) Cabe à exclusão no levantamento fiscal dos valores relativos aos produtos abaixo, visto que:
 - a) Leite longa vida Vale Dourado, sujeito a redução da base de cálculo, por ser produzido no Estado da Bahia;
 - b) Uva Passa 80 gr, sujeita ao regime de Substituição Tributária, por se tratar de chocolate;
 - c) Purificador de ar 3 gr, sujeita ao regime de ST, por se tratar de refil desodorizador;
 - d) Pratos Hoje Quero e Rolinho Roll Cake, sujeitos ao regime de ST.
- 2) Devem-se manter no levantamento fiscal os valores das mercadorias: alecrim desidratado Kitano, manjerona Kitano, orégano Kitano, tomilho flocos Kitano, pimenta biquinho Horta, pimenta

bode Horta, pimenta cabuci Horta, pimenta cereja Horta e pimenta chifre Horta, pois tais produtos não são isentos, como alega o autuado, visto que se encontram compreendidos na exceção prevista no art. 14, I, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época para os fatos ocorridos até 31/03/2012, e no art. 265, I, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, para os fatos ocorridos a partir de 1º/04/2012, por se tratarem de produtos industrializados, haja vista que não se encontram em seu estado natural, pois sofreram a desseca ou foram moídos.

- 3) Também descabe à irresignação do autuado ao fato de tributar o sal temperado Dihoje e sal temperado para churrasco, os quais entende que também estão ao abrigo da isenção, por redução integral da base de cálculo, já que o art. 87, XXX, do RICMS/97 não contém qualquer especificação do produto, logo, qualquer tipo de sal inexoravelmente está isento. “Sal de cozinha” não se confunde com sal temperado e muito menos com sal de churrasco, para os quais inexistente previsão legal do benefício fiscal, cuja interpretação da legislação deve ser literal, nos termos do art. 111, II, do CTN.
- 4) No tocante à exigência relativa às bebidas alcoólicas como Bitter, whisky, cachaça, champanhe, conhaque, espumante, ice, licor, rum, vermuth, vodka, etc, sob NCM: 2208 e 2205, que entende o autuado que se encontravam sob regime de substituição tributária desde 2005, se comprovou caber razão ao autuante quando afirmou que tributou as bebidas alcoólicas apenas no período em que estavam fora do aludido regime de substituição tributária, pois no período de 01/01/09 a 31/03/09 apenas cervejas e chopes (NCM 2203) se encontravam sob o regime de ST, conforme art. 353, II, “2”, do RICMS/97, Alteração nº 66 (Dec. n. 9547/05). Assim, foi correta a exigência das bebidas alcoólicas listadas às fls. 81 a 87 dos autos, reproduzidas às fls. 301 a 308, inerente ao citado período. Também procede a exigência relativa à cachaça no período de maio e junho (fls. 89 e 92), cujo enquadramento no regime de ST só ocorreu a partir de 01/01/10, através da Alteração n. 126 (Dec. n. 11806/09).
- 5) Inerente à impugnação sobre a tributação dos itens: Pururuca, Copa Suína, lombo e pernil suíno, que entende o autuado que também estão incluídas na substituição tributária (art. 353, item “9”); Cola Super Bond (art. 353, item 16.5); Lava auto com Cera Grand Prix, óleo de peroba e silicone (art. 353, item 16); Mistura para pão caseiro Dona Benta (art. 353, item 11.1/11.3), o processo administrativo fiscal foi convertido em diligência, conforme consta à fl. 518 dos autos, resultando nas seguintes conclusões:
 - a) Em relação aos exercícios de 2009 e 2010, restou comprovado, conforme documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, que copa suína, pururuca, lava auto, cola Bonder e silicone se submetem ao regime de substituição tributária, sendo os seus respectivos valores excluídos do levantamento fiscal, conforme planilhas às fls. 842 a 892 dos autos.

Os produtos lombo canadense, lombo temperado e pernil temperado, através das notas fiscais, se apurou que possuem NCM 1601 ou 1602, os quais não os enquadram no regime de substituição tributária (art. 343, II, item “9”, do RICMS/97 NCM 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210).

Inerente às demais mercadorias, nos referidos exercícios, não foram apresentadas notas fiscais de entradas, de forma a comprovar, por meio da NCM dos produtos, a alegação de defesa de que se encontravam sujeitas ao regime de substituição tributária. Assim, inerentes aos exercícios de 2009 e 2010, mantêm-se os valores conforme apurado às fls. 841 a 892 dos autos.

- b) Quanto ao exercício de 2011 foi consignado na diligência fiscal, e comprovado às fls. 669 a 694 dos autos, que o contribuinte apenas apresentou notas fiscais relativas ao produto carnes, as quais algumas demonstram NCM diverso da ST (1601 e 1602) e outras com NCM de ST (0203). Porém, no levantamento fiscal, às fls. 353 a 407, só se considerou as mercadorias sob NCM diverso da ST, como se pode verificar da coluna específica “NCM”, existente a partir deste exercício. Assim, referente ao exercício de 2011, mantêm-se os valores apurados às fls. 298 e 353 a 407.
 - c) No tocante ao exercício de 2012, repete-se com a carne o ocorrido no exercício de 2011, assim como o produto “Salgadinhos”, sendo considerados no levantamento fiscal, às fls. 407 a 441,

apenas as mercadorias sob NCM diverso da ST (1905.9090), como se pode verificar da coluna NCM. Já o produto “Ratoeira Adesiva”, em que pese constar a NCM de produtos de material de construção sujeitos a ST, não se trata de material de construção e, conseqüentemente, não se enquadra no referido regime de substituição tributária. Assim, referente ao exercício de 2012, mantêm-se os valores apurados às fls. 298 e 407 a 441 dos autos.

Há de se registrar que a identificação para classificação de um determinado produto como sujeito ao regime de substituição tributária ocorre da conjunção da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) e da descrição do nome do produto, de modo que se enquadre na forma prevista na norma que estabeleça o referido regime.

Quanto à alegação do autuado de que efetivou o pagamento da substituição tributária de certos produtos e, por esse fato, a saída dos citados produtos teria que ser efetuada sem tributação, sob pena de ocorrer *bis in idem* na cobrança do tributo, também deixo de acolher, pois, conforme consignou o preposto fiscal, o contribuinte não pode legislar em causa própria, cabendo-lhe o cumprimento das normas legais estabelecidas.

Assim, caso tenha o sujeito passivo efetivado indevidamente a substituição tributária do ICMS de certos produtos, mesmos assim não se caracteriza o alegado *bis in idem*, uma vez que não restou comprovado o recolhimento do valor do imposto em duplicidade, *no sentido estrito*, como também, por não se tratar de um recolhimento autorizado em lei, a qualquer momento, por ato discricionário do próprio contribuinte, ele poderá requerer, dentro do rito processual próprio, a restituição do indébito fiscal recolhido a título de substituição tributária, não podendo o Estado negar a pretensão, o que acarretaria em prejuízo ao erário estadual a atual compensação financeira do recolhimento do ICMS sob regimes de apuração diversos e, ainda mais, sem mensuração quantitativa, entre si, das saídas dos produtos submetidos à tributação antecipada e dos não tributados.

Por fim, diante de tais considerações, subsiste parcialmente a terceira infração no valor de R\$ 409.779,87, estando os valores relativos aos exercícios de 2009 e 2010 demonstrado à fl. 841 dos autos e os valores relativos aos exercícios de 2011 e 2012, à fl. 298 dos autos.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor total de R\$ 423.223,82, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298942.0602/13-5**, lavrado contra **RONDELI & RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$423.223,82**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, incisos II, “a” e VII, “a” e “b”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2014.

FERNANDO A B ARAUJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR