

A. I. Nº - 129423.0006/14-7
AUTUADO - SUPERMERCADOS IRMÃOS RONDELLI LTDA.
AUTUANTE - MARIA LUIZA FREITAS AMARAL VILAS BÔAS
ORIGEM - IFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 23.11.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0205-04/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração parcialmente elidida. Excluídos da autuação os produtos que, à época da autuação, não se encontravam enquadrados no regime da antecipação tributária. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOR. Infração não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/09/2014, exige ICMS no valor de R\$42.795,24 acrescido da multa de 60%, pelas seguintes infrações apuradas pelo fisco contra a legislação tributária deste Estado:

Infração 01 – Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária. Exercícios de 2009 e 2010. Valor: R\$13.789,31.

Infração 02 – Recolhimento a menor do imposto em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Exercícios de 2009 e 2010. Valor: R\$29.005,93.

A empresa apresenta impugnação às fls. 124/129 dos autos. Reconhece como devido o imposto exigido na infração 02 (informa o ter recolhido) e impugna parcialmente a infração 01, que trata da utilização de créditos fiscais considerados indevidos, vez que considera inaplicável a glosa dos créditos fiscais a respeito de algumas mercadorias, conforme a seguir aponta.

2009

1. Os produtos (identificados) são considerados como leite fermentado, bebida láctea ou mesmo como sobremesa apesar da descrição estar como iogurte. Diz que este fato pode ser comprovado através das notas fiscais nºs 13089; 19008, 25404, 23866, 28771 e 30145:

7891025301516	IOGURTE 360GR DANONINHO C/8 4 MORANGO
7891025320180	IOGURTE 100GR PETIT SUISSE POLPA FR.MORANG
78921603	IOGURTE 100GR PETIT SUISSE POLPA FR.UVA DANONE
7891138272604	IOGURTE 360GR PETIT MORANGO
78902930	IOGURTE 90GR CHAMBINHO C/2 MORANGO
78922402	IOGURTE 100GR ACTIVIA AMEIXA

2. Os produtos como aguardente, vinho e champagne somente passaram ao regime da substituição tributária com o Decreto nº 11.806 de 26/10/2009 (alteração nº 126 do RICMS/97), com vigência a partir de 01/01/2010. Em assim sendo, a tributação de tais produtos era normal à época dos fatos geradores.

3. O produto agulheiro Cesta Thary, trata-se de produto de uso doméstico, não se encontrando incluso no anexo 88 da norma regulamentar.

2010

1. Reafirma para os seguintes produtos abaixo identificados são considerados como leite fermentado, bebida láctea e sobremesa apesar da descrição estar como iogurte. Diz que as mesmas notas fiscais indicadas para o exercício de 2009 comprovam a sua argumentação.

7891000022900	CHAMBINHO 360GR C/8 MORANGO NESTLE.
7891025114796	IOGURTE 180GR DAN UP VITAMINA DANONE
07891025114789	IOGURTE 180GR DAN UP FRUTAS VERMELHA DANONE
07891025114772	IOGURTE 180GR DAN UP MORANGO DANONE
07891025114765	IOGURTE 180GR DAN UP ACAI/GUARANA DANONE
7891025126768	IOGURTE 170GR CORPUS BREAK MORANGO DANONE
7891025126775	IOGURTE 170GR CORPUS BREAK AMEIXA DANONE
07891025330059	IOGURTE 130GR DANITO COLORIDO POLPA DANONE

2. Os biscoitos de polvilho não estão elencados no Anexo 88.

7896236300099	BISCOITO 100GR POLVILHO QUEIJO VALE DOURO
7896236300136	BISCOITO 200GR POLVILHO VALE DOURO
7896236300150	BISCOITO 200GR PAPA OVO VALE DOURO
7896236300228	BISCOITO 350GR SEQUILHOS COCO VALE DOURO
7896236300266	BISCOITO 350GR SEQUILHOS LEITE VALE DOURO
7896236300358	BISCOITO 350GR SEQUILHOS LARANJA VALE DOURO

3. A cobertura de sorvete não consta do Protocolo ICMS 20/05, nem, tampouco, no RICMS/BA. Ressalta de que a legislação fala em preparados para fabricação de sorvete em máquina, classificados nas posições 1806, 1901 e 2106 da NCM/SH, que, especificamente, referem-se às preparações homogeneizadas, próprias para a fabricação de sorvetes em máquinas específicas para consumo imediato, sorvetes pré-preparados, do tipo sorvete italiano ou sorvete em massa. Em assim sendo, cobertura para sorvete não está sujeita ao regime de substituição tributária

7896292302082	COBERTURA CALDA 200GR CHOCOLATE
---------------	---------------------------------

4. Os produtos identificados como Luva Multi-uso Forradas não estão relacionados como produto de limpeza no Anexo 88 do RICMS/97 e conforme Parecer nº 11051/2010 da SAT/DAT/DITRI (apensado).

07891055126301	LUVA MULTI-USO MEDIA CONDOR
7891055126400	LUVA MULTI-USO GRANDE CONDOR
7896021621262	LUVA MULTI-USO FORRADAS PEQUENA LIMPPANO
7896021621279	LUVA MULTI-USO FORRADAS MEDIA LIMPPANO
896021621286	LUVA MULTI-USO FORRADAS GRANDE LIMPPANO
7896021623488	LUVA TAREFAS PESADAS MEDIA LIMPPANO
7896021622245	LUVA MULTI-USO FINAS C/10 MEDIA LIMPPANO
7896021622252	LUVA MULTI-USO FINAS C/10 GRANDE LIMPPANO
7896021623495	LUVA TAREFAS PESADAS GRANDE LIMPPANO

5. Amaciante de carne é um produto utilizado para amaciá-la antes do procedimento de assar, cozinhar etc. Não se encontra relacionado no Anexo do RICMS/97.

7891000502303	AMACIANTE CARNE 120GR TEMPERADO
7891095156429	AMACIANTE CARNE 120GR TOQUE DE CHEF
7891095159420	AMACIANTE CARNE 1KG CHEF LINE C/TEMP

6. O lombo suíno 500gr molho oriental Seara e o pernil suíno 500g ao molho veget. Seara são considerados produtos pré-prontos para consumo e o lombo tipo canadense é um embutido, não se encontrando enquadrado no regime da substituição tributária. Diz que tais fatos podem ser comprovados através das com as notas fiscais nºs 30226 e 219917.

07894904005994	LOMBO SUINO 500GR MOLHO ORIENTAL SEARA
07894904005796	PERNIL SUINO 500G AO MOLHO VEGET. SEARA

00000000077125 LOMBO TIPO CANADENSE KG DEFUMADO SAUDALI

7. O produto “travesseiro somente se enquadrou no regime da substituição tributária a partir do Decreto nº 12.534, de 23/12/10, DOE de 24/12/10, com efeitos a partir de 01/03/11
- 07892949428792 TRAVESSEIRO INFANTIL DISNEY 45X65CM SANTISTA
- 7892949110031 TRAVESSEIRO MAGICOLOR 45CMX65CM SANTISTA
- 7892949981068 TRAVESSEIRO SUPORTE FIRME 50CMX70CM SANTISTA
8. Esponjas e palhas de lã de aço ou ferro para limpeza doméstica, vassouras e escovas, constituídas por pequenos ramos ou outras matérias vegetais reunidas em feixes, com ou sem cabo de 01/12/2009 a 30/06/2010 eram tributadas normalmente. A alteração foi feita através do Protocolo ICMS 171/10, no seu Anexo Único, enquadrando tais produtos na substituição tributária a partir de 01/07/2010. Diz que tal fato pode ser comprovado através do Protocolo 106/2009 em seu anexo e alterações.
9. Pá de lixo conforme Parecer nº 17479/2010 de 15/09/2010 da DITRI não consta no protocolo 106/2009. Portanto, o produto não está sujeito a substituição tributária.

Após tais considerações, volta a afirmar que as irregularidades detectadas pelo fisco não existem e decorreram de levantamento equivocado do autuante, através de critérios de interpretação puramente subjetivos, não possuindo validade jurídica, nem suporte fático que assegure a sua procedência.

E em virtude de tais erros, diz ser *“indispensável a realização tanto de diligência por fiscais estranhos ao feito, quanto de perícia para a constatação da veracidade do alegado pela ora defendente”*, ficando, *“assim, requerido, como imprescindível, sob pena de cerceamento de defesa, a realização tanto de diligência quanto de perícia, nos termos admitidos pelo RPAF, a fim de se deixar patenteada a falibilidade completa dos levantamentos realizados pelo preposto fiscal”*.

Ao final requer a nulidade ou improcedência da autuação e reitera *“como indispensável, seja designada diligência, a ser efetivada por prepostos estranhos ao feito, bem como de prova pericial, a fim de serem constatadas as alegações contidas nesta peça de impugnação”*.

Prestando sua informação fiscal (fls. 151/152), a autuante assim se posiciona em relação aos argumentos de defesa.

A empresa alega que alguns tipo de iogurte são tributados normalmente, pois são considerados como leite fermentado e sobremesa assim como o aguardente, vinho e champagne em 2009 e em 2010 além de iogurte mais cobertura de chocolate.

No entanto, o crédito foi glosado, após minuciosa análise da tributação e constatação de que todas saídas de iogurte foram feitas sem tributação. O procedimento adotado pela autuada é o seguinte:

1. recebe o produto com o código de NCM de mercadoria tributada, no caso em lide, leite fermentado e sobremesa.
2. Quando das suas saídas, modifica o código NCM e deixa de tributar o produto. Este fato pode ser observado nos relatórios apensos à informação ora prestada, onde existe iogurte tributado. Informa que esta vem sendo uma prática largamente utilizada pelas empresas (modificação dos códigos), inclusive já detectada pelo fisco, que resta impossibilitado de cobrar o imposto nas saídas do produto já que o contribuinte irá alegar que a mercadoria está enquadrada na substituição tributária. E diz; *“Vale ressaltar ainda que, os documentos acostados á defesa como ,prova se refere a compras efetuadas no Estado da Bahia e que a empresa remetente não faz a devida substituição, porém as saídas posteriores foram feitas desoneradas do imposto, portanto a alegação proferida pela impugnante de que as saídas de tais produtos foram tributados não procede”*.
3. Salienta que até 31/03/2009, as bebidas citadas (documento anexo) encontravam enquadradas no regime da substituição tributária. Refez os cálculos, retirando do demonstrativo os

produtos que realmente não se encontravam no regime da substituição tributária á época dos fatos geradores do imposto, “conforme especificado”, porém sem especificar.

4. Em relação aos biscoitos de polvilho, luvas multiuso, amaciante de carne, pá de lixo e travesseiros, os excluiu da autuação.
5. Quanto ao lombo suíno, pernil suíno e lombo canadense não procedem os argumentos de defesa em conformidade com as determinações do RICMS/BA, pois dispõe ele estarem enquadrados no regime da substituição tributária os " *produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, salgados ou temperados*".
6. Os produtos esponjas, vassouras e escovas para limpeza domestica são regidos pelo regime da substituição tributária a partir de janeiro de 2010.

Informando de que entendeu pertinente algumas considerações feitas pelo defendente, solicita a manutenção parcial da autuação, passando o valor do Auto de Infração de R\$42.795,24 para R\$41.842,69, conforme demonstrativo que anexa aos autos.

Em manifestação a respeito da informação prestada pela autuante (fls. 217/218), a empresa reitera todos os termos de sua inicial, pois entende que elas não geraram substancial diminuição do débito, já que a autuante contestou os fundamentos defensivos sem qualquer fundamentação válida ou consistente.

Afirmando de que foram apresentadas cópias de todas as notas fiscais referente aos produtos que foram considerados pela empresa como enquadrados no regime da substituição tributária, discorda da autuante quando ela diz “*que alguns produtos não correspondem a produtos ST no período fiscalizado de 2009 a 2012*” por entender de “*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 observando-se as características da mercadoria*”.

Em seguida, ressalta de que a auditora fiscal silenciou, completamente, em relação à quase totalidade da sua argumentação e de vários produtos, os quais havia demonstrado “*serem submetidos a substituição tributária, como é o caso dos produtos: COBERTURA CHOCOLATE 300GR CHOCOLATE SELECTA; LUVA MULTI-USO; AMACIANTE CARNE; TRAVESSEIRO; BOMBOM; OLEO PEROBA; QUEROSENE 1L; LUSTRA MOVEIS; VASELINA 1LT; SILICONE; RACAO DE AVES*”.

Entende ter havido grave equívoco nos levantamentos elaborados e de que as irregularidades contidas na escrituração da empresa foram exclusivamente de ordem formal, não significando sonegação tributária ou operação de saídas de mercadorias sem pagamento do imposto.

Novamente reafirma que a autuante, apenas, repetiu os fundamentos da autuação, sem enfrentar os argumentos defensivos, o que demonstrava os ter admitido e incorreu em equívoco ao fazer uma interpretação puramente pessoal aos dispositivos do RICMS/BA, com o fito exclusivo, de cobrar imposto onde a lei não autoriza. Neste momento enfatiza “*que é princípio incontestável e autêntico brocardo jurídico, que “ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”, isto é, “onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir*”.

Diante deste quadro diz não poder defender-se ou mesmo manifestar qualquer inconformidade em relação à informação fiscal, já que totalmente destituída de fundamentos, sendo caso, inclusive, “*de postular-se pelo julgamento da improcedência da autuação, reservando-se para apresentar novos fundamentos quando do julgamento, deste auto, por este colendo Conselho*”.

Finaliza reiterando os termos de sua inicial e a improcedência da autuação.

A autuante presta nova informação (fl. 223) contestando os seguintes pontos da manifestação da empresa:

1. Não silenciou em relação aos argumentos defensivos. Afirma que a empresa não deve ter lido, cuidadosamente, a informação fiscal e anexos constantes das fls. 151/ 207 dos autos. Se assim tivesse feito, concluiria de que os produtos alegados foram excluídos da planilha e que

alguns produtos mencionados na sua manifestação, como: querosene, ração para aves etc. não estão inclusos na auditoria fiscal.

2. Em relação ao entendimento da empresa de não existir correlação de estar ou não o produto incluído na Substituição Tributária com a codificação na NCM, mais uma vez provada de que não leu a informação fiscal, pois o que ela havia feito foi modificar os códigos do produto, tudo conforme explicação e provas documentais anexas as fls. 151/ 204 do PAF.

Mantém parcialmente a exigência fiscal.

Consta às fls. 226/230 o parcelamento do débito apurado em relação á infração 02.

Diante dos argumentos de defesa e para o correto julgamento a lide, esta 4º JJF, em pauta suplementar do dia 31/07/2015 decidiu dar o seguinte encaminhamento ao presente processo (fls. 233/234):

1. O encaminhou à Gerência de Substituição Tributária (GESUT) solicitando que fosse emitido parecer esclarecendo, com base na legislação posta quando dos fatos geradores, qual é o entendimento desta Secretaria de Fazenda a respeito dos denominados “iogurte” e apontados pelo impugnante.
2. Solicitou que a Sra. fiscal autuante adotasse as seguintes providências, tomando por base para o exercício de 2010 aquele que consta às fls. 154/188 e na mídia apresentada:
 - a) Com base no parecer exarado pela GESUT, excluiu dos levantamentos fiscais dos exercícios de 2009 e 2010 todas as mercadorias nominadas como “iogurtes”, que de fato assim não são considerados. E, frisou-se novamente, caso este tenha sido o entendimento externado pela GESUT.
 - b) AGUARDENTE, VINHO E CHAMPAGNE (exercício de 2009) – como não foi acostado aos autos novo levantamento do exercício de 2009 (nem em papel, nem em mídia), necessário que fosse ele apensado aos autos, fazendo-se as seguintes considerações:
AGUARDENTE – excluiu do levantamento fiscal
VINHO e CHAMPAGNE – observasse as determinações do art. 353, II, 2, do RICMS/97 vigentes á época dos fatos geradores
 - c) AGULHEIRO CESTA THART (exercício de 2009) - excluiu do levantamento fiscal
 - d) BISCOITO DE POLVILHO (exercício de 2010) - revisse o levantamento fiscal excluindo do mesmo todos os biscoitos produzidos com polvilho e não com farinha de trigo, já que alguns deles no novo levantamento fiscal ainda permaneciam.
 - e) COBERTURA. DE SORVETE (exercício de 2010) – de igual forma, revisse a revisão feita já que algumas delas ainda permaneciam.
 - f) LUVA MULTI-USO FORRADAS (exercício de 2010) – incluiu no levantamento fiscal de fls. 154/186 todas as luvas constantes do levantamento original.

A SAT/DAT/GESUT emite o seguinte parecer técnico (fls. 236/237):

A dúvida existente é se produtos como leite fermentado, bebidas lácteas e sobremesas lácteas seriam iogurtes, produtos sujeitos ao regime da substituição tributária em nossa legislação.

Antes de analisarmos mas detidamente cada produto cabe aqui os seguintes esclarecimentos:

- 1) *Iogurte - além da composição química - quantidade de gordura, proteína e etc -, são as bactérias usadas na fermentação que definem cada produto. Nos iogurtes, são duas: Streptococcus thermophilus e Lactobacillus bulgaricus. Produto sujeito ao regime de substituição tributária (item 21 do Anexo 1 do RICMS atual e item 6 do Anexo 88 do RICMS/97), classificado na NCM 0403.20.00.*
- 2) *Leite fermentado - são produzidos por outro micro-organismos, como Lactobacillus casei e Bifidobacterium animalis. Os leites fermentados com bactérias probióticas, geralmente, trazem no rótulo o nome do micro-organismo usado na fermentação. Classificado na NCM 0403.90.00.*

Com relação aos produtos listados são classificados como leite fermentado os seguintes produtos:

- a) *Danone Activia - leite fermentado com Bifidobacterium animalis;*
 - b) *Leite fermentado Danone Dan'Up 180g;*
 - c) *Leite Fermentado Corpus Break 170g;*
 - d) *Leite fermentado Danito 130g Confeito.*
3. *Petit Suisse - Queijo de origem francesa que parece um iogurte devido a embalagem e à consistência. É produzido a partir da coagulação do leite através de bactérias, enzimas ou coalho e pode receber aromatizantes e corantes. Classificação fiscal NCM 0406.10.90.*

Dos produtos listados se classificam como Petit Suisse:

- a) *Todos os produtos que tem esta descrição como Petit Suisse;*
- b) *Produtos da marca Danoninho.*
- c) *Todos os produtos da marca Chambinho da Nestlé.*

Diante do exposto, na referida lista de folha 232, não localizamos nenhum produto que pudesse ser classificado como iogurte do código 0403.10.000 sujeito ao regime de substituição tributária.

A fiscal autuante (fl. 265) informa que, com base no parecer exarado pela SAT/DAT/GESUT, retirou do levantamento fiscal, nos exercícios de 2009 e 2010, as bebidas lácteas. De igual forma, retirou o aguardente, agulheiro, biscoito de polvilho, “cobertura, etc dos levantamentos, gerando novos valores para a infração 01.02.05, onde o valor em 2009 passou de R\$5.774,94 para R\$1.218,39 e em 2010 de R\$8.014,37 para R\$4.794,79”.

Anexou, aos autos, novas planilhas e novo demonstrativo de débito que constam às fls. 266/289.

Chamado para tomar conhecimento da revisão efetuada, o impugnante não se manifesta (fls. 292/293).

Mais uma vez esta 4ª JJF encaminhou os autos (fl. 310) à autuante para que ela tomasse as seguintes providências:

1. Excluisse do levantamento fiscal referente ao exercício de 2009 (fls. 269/273) todos os “champagne”
2. Excluisse do levantamento fiscal referente ao exercício de 2010 (fls. 275/289) o biscoito de polvilho que ainda permanecia, conforme fls. 284 e 287, por exemplo.
3. Incluisse no levantamento fiscal de fls. 269/289 (exercício de 2010) todas as luvas multiuso forradas e constantes do levantamento original.

A fiscal (fl. 313) presta a seguinte informação: *Conforme solicitação da diligência foi retirada da Infração Créditos Indevidos – aquisição de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária no exercício de 2009 a mercadoria Champanhe (fls. 269 a 273), como também Biscoito de Polvilho, na mesma infração, mas no exercício de 2010 (fls. 275 a 289). Ainda na mesma infração foi incluída a mercadoria luvas de multiuso forradas no exercício de 2010 (fls. 269 a 289).*

O valor para esta infração em 2009 passou de R\$1.218,39 para R\$77,08 e em 2010 de R\$4.794,79 para R\$5.155,72.

Anexo novo demonstrativo de débito e novas planilhas.

Apresenta os seguintes demonstrativos (fls. 314/317)

. Demonstrativo Créditos Indevidos excluindo do exercício de 2009 todos os champagne e os biscoito de polvilho do mês de maio de 2010.

. Demonstrativo de Débito do exercício de 2009 no valor de R\$77,08, referente ao mês de janeiro de 2009.

. Demonstrativo Créditos Indevidos onde ela parte dos valores apurados em sua informação anterior (levantamento de fls. 154/186), momento em que foram retiradas as luvas multiuso e as inclui, desprezando os valores ditos excluídos dos biscoito de polvilho.

. Demonstrativo do ICMS referente ao exercício de 2010 conforme demonstrativo acima indicado.

Chamado para tomar conhecimento da nova informação fiscal (fls. 323/324) o autuado não se manifesta.

VOTO

A Infração 01 do presente Auto de Infração diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos exercícios de 2009 e 2010.

Toda a discussão da presente lide diz respeito ao entendimento do autuado e da autuante a respeito se as mercadorias, à época dos fatos geradores, estavam, ou não, incluídas no regime da substituição/antecipação tributária.

Inicialmente ressalto que meu entendimento, e inclusive deste Colegiado, alinha-se à aquele exarado no Parecer da SAT/DAT/Ditri nº 17479/2010 (fl. 146 dos autos).

Precisamente: para uma mercadoria ser enquadrada no regime da substituição/antecipação tributária deve existir a coincidência entre suas características e os atributos descritos na norma legal, bem como, apresentar denominação e classificação fiscal (código NCM) coincidentes, igualmente, na norma. Sendo assim, o que se deve levar em consideração para saber se o produto está ou não sujeito ao referido regime é a sua descrição na norma cumulativamente com a sua classificação fiscal (NCM).

Partindo deste entendimento, passo a analisar os produtos impugnados pela defesa por exercício e na forma apresentada.

EXERCÍCIO DE 2009

Os produtos autuados foram: iogurte, vinhos, aguardente, cachaça, bombom, champagne e agulheiro cesta Thayry (levantamento às fls. 59/79)

IOGURTES

Alega o defendente de que embora suas descrições estejam identificadas como iogurtes, na verdade são eles leite fermentado, bebida láctea ou mesmo produto para sobremesa.

A autuante não aceitou este o argumento. Com tal posição, afirma que até 31/03/2009, eles se encontravam no regime da antecipação tributária. Diz que refez os cálculos, retirando do demonstrativo o período da exclusão do iogurte do regime da antecipação tributária. No entanto, não apresentou o demonstrativo refeito.

Diante de dúvidas existente e pelo fato não existir o NCM dos produtos, esta 4ª JJF encaminhou os autos à SAT/DAT/GESUT, órgão competente desta Secretaria de Fazenda em relação á materia de substituição/antecipação tributária, objetivando saná-la.

A SAT/DAT/GESUT emite parecer, transcrito no Relatório do presente Acórdão, que dirimiui, em definitivo, a questão. Trazendo a composição do “iogurte” e do “leite fermentado”, assim como, do “Petit Suisse” foi taxativa em afirmar que: *Diante do exposto, na referida lista de folha 232 (pedido de diligência desta 4ª JJF), não localizamos nenhum produto que pudesse ser classificado como iogurte do código 0403.10.000 sujeito ao regime de substituição tributária.*

Assim, todos os produtos identificados no levantamento fiscal relativos ao exercício de 2009 como “iogurtes” devem ser excluídos da autuação, pois se tratam de leite fermentado e Petit Suisse.

AGUARDENTE, CHAMPAGNE E VINHO

O art. 353, II, 2, do RICMS/97 antes e durante o período dos fatos geradores sobre a matéria ora em lide assim dispunha:

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

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

2 - bebidas, a saber:

Redação originária, efeitos até 30/09/05:

2.1 - vinhos enriquecidos com álcool, inclusive champanha, mostos de uvas com adição de álcool, mistelas - NCM 2204;

2.2 - vermouths e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou por substâncias aromáticas (quinados, gemados, mistelas) - NCM 2205;

2.3 - aguardentes de vinho ou de bagaço de uvas (conhaque, pisco, bagaceira ou graspa) - NCM 2208.20.00;

2.4 - uísque - NCM 2208.30;

2.5 - rum e aguardentes simples (caninha, cachaça, tequila, etc.) - NCM 2207.20.20 e 2208.40.00;

2.6 - aguardentes compostas de alcaçô, de gengibre, de cascas, de folhas, de polpas, de raízes ou de óleos ou essências naturais ou artificiais, e aperitivos amargos - NCM 2208.90.00;

2.7 - gim e genebra - NCM 2208.50.00;

2.8 - vodca - NCM 2208.60.00;

2.9 - licores e batidas - NCM 2208.70.00;

2.10 - cervejas e chopes - NCM 2203;

A redação do item 2, do inciso II, do art. 353, do RICMS foi alterada pelo Decreto nº 9.547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05, **efeitos de 01/10/05 a 31/03/09** (Alteração nº 66 do RICMS/97) com a seguinte redação:

2 - cervejas e chopes - NCM 2203;

Através do Decreto nº 11.462, de 10/03/09, DOE de 11/03/09, efeitos de **01/04/09 a 31/12/09** novamente foi alterada a redação do nominado artigo para:

2.1 - vermouths 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 melão (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)

2.3 - cervejas e chopes - NCM 2203; (efeitos de 01/04/09 a 31/12/09)

Através do Decreto nº 11.523 (Alteração nº 119), de 06/05/09, DOE de 07/05/09, o subitem 2.2 do item 2, do inciso II, do art. 353, do RICMS/97 passou a ter a seguinte redação com efeitos de **07/05/09 a 31/12/09**

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

Por fim, e mais uma vez, a redação do referido item 2 foi alterada passando a ter vigência a partir de **01/01/2010** - Decreto nº 11806, de 26/10/09. DOE de 27/10/09 (Alteração nº 126 do RICMS/97):

2.1 - cervejas e chopes - NCM 2203;

2.2 - vinhos de uvas frescas (tintos, rosés ou brancos), incluídos os vinhos enriquecidos com álcool; mostos de uvas; vinhos espumantes; outros tipos de vinhos – NCM 2204;

2.3 - vermouths e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas – NCM 2205;

2.4 - outras bebidas fermentadas (sidra, perada, hidromel, por exemplo); misturas de bebidas fermentadas e misturas de bebidas fermentadas com bebidas não alcoólicas, não especificadas nem compreendidas em outras posições – NCM 2206.00;

2.5 - aguardentes, desnaturados, com qualquer teor alcoólico – NCM 2207;

2.6 - aguardentes simples (caninha, cachaça e tequila) e compostos, licores e outras bebidas espirituosas (alcoólicas), tais como: conhaque, uísque, rum, gim, genebra, batidas, licores, vodca e outras – NCM 2208;

Diante desta legislação ora posta e das alegações do impugnante a respeito dos produtos: aguardente, vinho e champagne resta provado que:

AGUARDENTE - razão lhe assiste, pois a aguardente de cana e de melão eram excepcionais da antecipação tributária até o ano de 2009, somente neste regime sendo incluído por força do Decreto nº 11806, de 26/10/09. DOE de 27/10/09 (Alteração nº 126 do RICMS/97) a partir de 01/01/2010.

CHAMPAGNE - ressalta-se que o vinho tipo champagne tem NCM 2204.10.10. Pela legislação posta e para todo o exercício de 2009 o vinho tipo champagne não se encontrava enquadrado no regime da antecipação tributária, fato que somente passou a acontecer em 01/01/2010 através do Decreto nº 11806, de 26/10/09. DOE de 27/10/09 (Alteração nº 126 do RICMS/97).

VINHO - basicamente os vinhos, diante de suas características, possuem duas NCMs

22.04 Vinhos de uvas frescas, incluindo os vinhos enriquecidos com álcool; mostos de uvas, excluindo os da posição 20.09.

2204.10 - Vinhos espumantes e vinhos espumosos

2204.2 - Outros vinhos; mostos de uvas cuja fermentação tenha sido impedida ou interrompida por adição de álcool:

22.05 Vermutes e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas.

2205.10.00 - Em recipientes de capacidade não superior a 2 l

2205.90.00 - Outros

Como a autuante não identificou, mais uma vez, a NCM dos produtos autuados, apenas os identificado como tinto ou branco, de procedência da Argentina ou Chile, por exemplo, restaram dúvidas em relação aos mesmos, se com NCM 2204 ou 2205.

Entretanto, pesquisando Pareceres da SAT/DAT/DITRI a questão foi resolvida através daquele de nº 06861/2011 com data de 08/04/2011 que, ao responder as indagações feitas pelo consultante, assim se expressa:

Pela regra inserta no art. 353, inciso II, item 2.2. do RICMS/BA (Dec. nº 6.284/97), abaixo transcrito, os vinhos de uvas frescas (tintos, rosés ou brancos), incluídos os vinhos enriquecidos com álcool; mostos de uvas; vinhos espumantes; outros tipos de vinhos - NCM 2204; e os verutes e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas - NCM 2205; são produtos sujeito ao regime de substituição tributária nas operações internas.

E esta resposta tem por base as seguintes NCMs:

2204.2 - Outros vinhos; mostos de uvas cuja fermentação tenha sido impedida ou interrompida por adição de álcool 1. Vinhos da madeira, do porto e de xerez

2. Mostos de uvas cuja fermentação tenha sido impedida ou interrompida por adição de álcool, compreendendo as mistelas

3. Vinhos de mesa comum ou de consumo corrente produzidos com uvas de variedades americanas ou híbridas, incluídos os frisantes

4. Vinhos de mesa finos ou nobres e especiais produzidos com uvas viníferas, incluídos os frisantes

5. Vinho de mesa, verde

6. Outros vinhos licorosos, de uvas híbridas

7. Outros vinhos licorosos, de uvas viníferas

8. Outros vinhos

- Outros mostos de uva

Diante desta constatação, os vinhos autuados possuem NCM 2204, o que me leva a dar razão ao impugnante de que somente através do Decreto nº 11806, de 26/10/09. DOE de 27/10/09 (Alteração nº 126 do RICMS/97) é que os mesmos foram incluídos no regime da antecipação interna tributária.

Diante do exposto, devem todos estes produtos ser excluídos da autuação.

AGULHEIRO CESTA THARY

É um produto que contém agulhas para costura de tamanhos variados e, normalmente, um passador de linha. Em qualquer momento a legislação tributária o enquadra no regime da substituição/antecipação tributária. De igual forma, é excluído da autuação.

Em vista do exposto, somente os bombons, não impugnados, e diante das determinações do art. 353, II, 8.5, do RICMS/97, restaram na autuação, conforme demonstrativo a seguir, retirado do levantamento original da autuação e constantes de fls. 59/79 do PAF.

MÊS/ANO	NF	DESCRIÇÃO PRODUTO	ICMS	FLS. PAF
15/01/2009	114012	BOMBOM 400GR ESPECIALIDADE	54,37	60
14/01/2009	113650	BOMBOM 400GR CX SORTIDO G	73,44	60
06/01/2009	2441	BOMBOM 236GR LT SONHO VAL	3,64	60
TOTAL			131,45	

Neste momento faço a seguinte observação: quando da sua manifestação à fl. 265 a autuante, não se sabe qual o motivo, retirou da autuação o BOMBOM 400GR ESPECIALIDADE com ICMS de R\$54,37. Em assim sendo, ao apresentar o seu último demonstrativo disse que o valor do imposto relativo ao exercício de 2009 seria da ordem de R\$77,08 (fl. 315). Como não se pode excluí-lo, o valor total da infração é de R\$131,45.

Mantenho a infração 01 e em relação ao exercício de 2009 no valor de R\$131,45 para o mês de janeiro conforme demonstrativo acima.

EXERCÍCIO DE 2010

Os produtos autuados foram: iogurte, água sanitária, alvejante, amaciante, desinfetante, detergente, limpa vidros, limpador, polidor, inseticida elétrico, rodo, saco de lixo, amaciante carne, biscoito, pá de lixo, saco de lixo, saco algodão - cru e alvejado, panos duramax, saponáceo, rodo, esponja de aço, luva multi uso, luva tarefa pesada, tira mancha, amônia, vassoura, anil, cobertura chocolate, biscoito, vinhos, aperitivos, aguardente, lombo suíno, pernil suíno, cobertura calda, cobertura caldas, travesseiro, sandália copa hawaiana, fralda (levantamento às fls. 81/115).

PRODUTOS IMPUGNADOS:

IOGURTES

As razões de defesa são as mesmas apresentadas para o exercício de 2009. O Parecer SAT/DAT/GESUT já citado esclareceu o assunto. Foram excluídos da autuação.

BISCOITOS DE POLVILHO

Razão assiste ao defendente, pois na sua composição não entra a farinha de trigo e sim goma. Excluídos da autuação.

COBERTURA DE SORVETE.

Mais uma vez tem pertinência o argumento de defesa, pois coberturas para sorvete não se encontram enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária. Foram excluídas da autuação.

LUVAS MULTIUSO FORRADAS

A impugnação identifica como não enquadrada no regime da substituição/antecipação tributária as luvas multiuso forradas, embora tenha indicado todas as autuadas, conforme identificado no Relatório do presente Acórdão. A autuante, por seu turno, aceita os argumentos de defesa e as retira do levantamento fiscal (fls. 154/186).

Por equívoco de análise desta relatora, foi solicitado à autuante que ela as reinclusisse no levantamento fiscal. No entanto, através de uma análise criteriosa da legislação, ambos, autuado e autuante, estão corretos. Inclusive o Parecer nº 11051/2010 da SAT/DAT/DITRI (fl. 110) aponta apenas as luvas com NCM 4015.19.00, que se encontra indicada no subitem 13.18, do inciso II, do art. 353, do RICMS/97.

13.18 - luvas cirúrgicas e luvas de procedimento – NCM 4015.11.00 e 4015. 19.00;

Diante desta constatação, estas luvas, de igual forma, devem ser excluídas da autuação.

AMACIANTE DE CARNE

De fato não é produto enquadrado no regime da substituição/antecipação tributária. Excluído da autuação.

LOMBO SUÍNO 500GR MOLHO ORIENTAL SEARA e o PERNIL SUÍNO 500G AO MOLHO VEGET. SEARA.

O impugnante discorda da autuação por entender que são eles considerados produtos prontos para consumo e o LOMBO TIPO CANADENSE é um embutido. Diz que tais fatos podem ser comprovados através das notas fiscais nºs 30226 e 219917

A autuante, acertadamente, não aceita este argumento, diante das determinações do RICMS/97.

O RICMS/97 assim determinava no seu art. 353, II, 9:

9 - produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, exceto charque - NCM 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210 (Lei nº 7.753/00);

Quanto ao fato de nas notas fiscais de aquisições destes produtos a NCM estarem com os códigos 1601 e 1602, entendo fato equivocados. A NCM 16 trata de preparações de carne, de peixes ou de crustáceos, de moluscos ou de outros invertebrados aquáticos. A 1601 de enchidos e produtos semelhantes, de carne, de miudezas ou de sangue; preparações alimentícias à base de tais produtos e a 1602 de outras preparações e conservas de carne, miudezas ou de sangue.

No caso presente se está a falar de carne (bovina e suína) preparada e não de preparações com carne. E o LOMBO TIPO CANADENSE é, apenas, a carne de porco preparada à moda canadense, que nunca foi um embutido.

Neste caso, não se pode aceitar as razões de defesa, não podendo tais produtos serem excluídos da autuação

TRAVESSEIRO

O produto “travesseiro” somente se enquadrará no regime da substituição tributária a partir do Decreto nº 12.534, de 23/12/10, DOE de 24/12/10, efeitos a partir de 01/03/11 (Alteração nº 41 do RICMS/97). Excluído da autuação.

ESPONJAS DE AÇO, VASSOURAS E ESCOVAS

O autuado afirma que tais produtos de 01/12/2009 a 30/06/2010 eram tributados normalmente somente sendo enquadrados no regime da substituição tributária, através do Protocolo ICMS 171/10, no seu Anexo Único, a partir de 01/07/2010. A autuante discorda de tal entendimento afirmando que tais produtos são regidos pelo regime da substituição tributária a partir de janeiro de 2010 e que “Escova para limpeza doméstica” não foi incluída na autuação.

De fato, escova para limpeza doméstica não foi produto autuado, restando a análise das vassouras e esponja de aço.

O item 36 do art. 353, II, do RICMS/97 assim determinava:

36 - produtos de limpeza listados no anexo único do Protocolo ICMS 106/09

Este item foi acrescentado à norma regulamentar através da Alteração nº 126, (Decreto nº 11.806, de 26/10/09. DOE de 27/10/09), com efeitos a partir de 01/01/10.

Diante da disposição acima referida deve-se buscar verificar os produtos “vassoura” e “esponja de aço” (autuados) no Protocolo ICMS 106/09 - acordo entre a Bahia e São Paulo já que não houve discordância da procedência de tais produtos.

O Protocolo ICMS nº 106/09 (substituição tributária nas operações com material de limpeza) assim dispunha de 01/12/09 a 30/04/10

. Vassouras, rodos, cabos e afins - NCM 9603.10.00 e 9603.90.00

. Esponjas para limpeza doméstica - NCMs 3924.10.00, 3924.90.00, 6805.30.10 e 6805.30.90

O Prot. ICMS 71/10, em relação às operações destinadas à Bahia, de 01/05/10 a data prevista em Decreto do Poder Executivo continuou com a mesma redação anterior do Anexo único em relação aos produtos ora em análise e seus efeitos foram, em relação à Bahia de 01.05.10 à data do Decreto Executivo. No caso presente esta data não possui maior relevância, pois em relação a tais produtos a situação é a mesma.

Com o advento do Protocolo ICMS 171/10 a redação do Anexo único do Protocolo ICMS 106/09 passou a ter a seguinte redação, estando os fatos geradores da autuação nela incluída.

ITEM	NCM	DESCRIÇÃO PRODUTO	MVA
54	3924.10.00 3924.90.00 6805.30.10 6805.30.90	Esponjas para limpeza	59
79	7323.10.00	Esponjas e palhas de lã de aço ou ferro para limpeza doméstica	35
81	9603.90.00	Vassouras, rodos, cabos e afins	64
82	9603.10.00	Vassouras e escovas, constituídas por pequenos ramos ou outras matérias vegetais reunidas em feixes, com ou sem cabo	71

Diante da norma posta, não assiste razão ao autuado em relação às vassouras, pois desde o início elas (NCMs 9603.10.00 e 9603.90.00) se encontravam inclusas no nominado protocolo.

No entanto, a norma ao identificar a NCM da esponja de aço (NCM 7323.10.00 - *Artefatos de uso doméstico, e suas partes, de ferro fundido, ferro ou aço; palha de ferro ou aço; esponjas, esfregões, luvas e artefatos semelhantes para limpeza, polimento ou usos semelhantes, de ferro ou aço.* 7323.10.00 - *Palha de ferro ou aço; esponjas, esfregões, luvas e artefatos semelhantes para limpeza, polimento ou usos semelhantes*) indicou, explicitamente, de que elas somente foram incluídas no regime da substituição tributária a partir do Protocolo ICMS 171/10. Neste caso, razão assiste ao impugnante. As esponjas de aço devem ser excluídas da autuação. Como não se tem notícia da data do Decreto Executivo deste Estado e já que o impugnante considera a data de 01/07/2010, assim a adoto para excluir da autuação toda a esponja de aço autuada nos meses de janeiro, maio e junho de 2010.

PÁ DE LIXO –

De fato, o produto “pá de lixo” não consta no Anexo Único do Protocolo ICMS 106/09. Assim e com base, inclusive, no Parecer DITRI nº 17479/2010 de 15/09/2010 (fls. 146/147) tal produto foi excluído da autuação.

Por tudo exposto, apresento a seguir o demonstrativo de débito do ICMS a ser exigido do exercício de 2010, partindo daquele elaborado pela autuante e constante de fls. 274 já que nele já não constam mais as luvas multiuso, excluindo os “biscoitos de polvilho” e “calda de chocolate” ainda nele constantes, bem como, excluindo o produto “esponja de aço” até o mês de junho de 2010.

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 01 – EXERCÍCIO DE 2010

MÊS/ANO	DD FLS. 274	COBERTURA CHOCOLATE	BISCOITO POLVILHO	ESPONJA AÇO	ICMS
jan/10	2.996,68				2.996,68
fev/10	162,05	7,83			154,22
mar/10	13,03				13,03
abr/10	28,07				28,07
mai/10	250,07		11,94	199,07	39,06
jun/10	251,17			240,05	11,12
jul/10	215,08				215,08
ago/10	293,67		9,77		283,90
set/10	159,06				159,06
out/10	161,30				161,30
nov/10	79,91				79,91
dez/10	184,70				184,70
	4.794,79				4.326,13

Mantenho a infração 01 no valor de R\$4.457,58 (R\$131,45 + R\$4.326,13)

A infração 02 trata do recolhimento a menor do imposto em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos exercícios de 2009 e 2010. O autuado reconhece a irregularidade a ele imputada, inclusive requerendo parcelamento do seu débito. Mantida a infração no valor de R\$29.005,93.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$33.463,51, sendo o montante R\$4.457,58 da infração 01 e de R\$29.005,93 relativo à infração 02. Que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda homologue os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **129423.0006/14-7** lavrado contra **SUPERMERCADO RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.463,51**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais. Que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda homologue os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADORA