

A. I. N° - 206912.0026/09-9
AUTUADO - SADIA S.A
AUTUANTE - VLADIMIR MIRANDA MORGADO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 31.10.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0269-02/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO. **a)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Diligência revisou o levantamento fiscal, reduzido o valor originalmente apurado, em razão de inclusão indevida do produto “cheddar fatiado”. Infração parcialmente caracterizada. **b)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Restou comprovado que reteve e não recolheu o ICMS devido. Infração caracterizada. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/2009, exige ICMS, no valor de R\$231.096,82, em decorrência de:

Infração 1 - deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$227.369,41, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, por irregularidade da falta de retenção do ICMS devido nas operações interestaduais de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos ou salgados, constantes do rol da Portaria 270/93 e o recolhimento no dia 09 do mês subseqüente ao da retenção, conforme preceituado em TERMO DE ACORDO ajustado entre o contribuinte e o Estado da Bahia, dentro do REGIME ESPECIAL celebrado nos termos do Parecer n° 1.352/2001, da Gerência de Consultas Tributárias da Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda (GECOT/DITRI).

Infração 2 - deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$3.727,41, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, por irregularidade do imposto declarado nas GIAS ST, retido e não recolhido, alusivo às operações interestaduais de vendas para a Bahia de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos ou salgados, constantes no rol da portaria 270/93 e o recolhimento no dia 09 do mês subseqüente ao da retenção, conforme preceituado em TERMO DE ACORDO ajustado entre o contribuinte e o Estado da Bahia, dentro do REGIME ESPECIAL celebrado nos termos do parecer 1352/2001, da Gerência de Consultas Tributárias da Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda (GECOT/DITRI).

O autuado apresentou defesa, folhas 40 a 53, alegando que houve inexistência de subsunção do fato a norma a gerar a infração propalada, citando doutrinador Celso Ribeiro Bastos que tece comentários sobre o ato administrativo, que eivado de vício é passível de anulação, relatando que no caso em tela, para embasar a lavratura do Auto de Infração, o agente fiscal considerou o contribuinte sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais de vendas para a Bahia de produtos comestíveis, todavia, afirma que o contribuinte autuado, não faz parte do Regime Especial – Processo n° 01710220019, o qual autoriza outras filiais da Sadia S/A a proceder a retenção do ICMS relativo à substituição tributária nas vendas para este Estado.

Alega que as únicas filiais da empresa Sadia S/A que fazem parte do acordo citado pelo agente fiscal para realizar a retenção e recolhimento do ICMS na forma de substituto tributário são as filiais que estão nas cidades de Serra- ES, Dois Vizinhos -PR, Várzea Grande – MT e a de São Bernardo do Campo- SP.

Diz que o Auto de Infração é nulo, porquanto parte de premissa equivocada, isto é, de que o autuado faz parte do Regime Especial nº 01710220019, para responsabilizá-la, como substituta tributária, pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes, nas saídas promovidas com destino ao território da Bahia. Sendo o embasamento errôneo de fato inexistente, qual seja, o acordo firmado entre o autuado e o Estado, macula de vício insanável o lançamento fiscal, que é atividade plenamente vinculada aos elementos de liquidez e certeza indispensáveis à constituição do crédito tributário.

Salienta que a autuação deve ser considerada totalmente improcedente por que a impugnante não é signatária de acordo com o Estado da Bahia para que possa proceder a retenção e o recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes, com os produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado suíno.

Ressalta a que para a obtenção dos valores devidos referentes a infração 01, o fiscal considerou em seus cálculos produtos industrializados tais como Frango Xadrez, Chicken Ball, Steak de Frangos, Medalhões, que não sujeitos a substituição tributária, de acordo com a legislação baiana, apresentando lista desses produtos. Alega que esses produtos não são integrantes na classificação na NBM/NCM/SH 0203, 0206, 0207, 0209 e 0210, sendo indevidamente incluídos nos cálculos do fisco baiano. Deste modo, o Auto de Infração deve ser anulado, destarte, haja vista contar divergências crassas de cálculo.

Quanto a infração 02, a defesa manifesta que o autuante apontou não ter o autuado apurado imposto na GIA-ST, retido, porém não promovido o seu recolhimento nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2009, que de fato reconhece que os recolhimentos não foram realizados uma vez que a empresa possuía crédito na sua escrita fiscal, sendo que os débitos lançados pelo fisco foram devidamente compensados.

Alega que possuía saldo credor de ICMS transportado do mês de dezembro/2008 no valor de R\$3.008,33. Por equívoco, o autuado considerou o valor como débito e promoveu o seu indevido pagamento, conforme cópia do documento que anexa as folhas 87 e 88. O crédito, portanto, restou duplicado atingindo o montante de R\$6.016,66, podendo tal indébito ser repetido mediante o instituto da compensação tributária. Assim, para janeiro de 2009 o contribuinte lançou em sua escrita fiscal um débito de ICMS de R\$3.481,42, o qual foi compensado com R\$6.016,66, gerando um saldo credor transportado para o mês de fevereiro de 2009 de R\$2.535,24.

Já para o mês de fevereiro de 2009, o autuado declarou um débito de R\$1.265,76. Porém, como possuía um crédito de ICMS de R\$2.535,24, mediante o encontro de contas em sua escrita fiscal efetuou a compensação do débito, restando um saldo credor de R\$1.269,48, transportado para março de 2009.

Por fim, para março de 2009 a Defendente lançou um débito de ICMS no valor de R\$1.988,56 em razão de realizar operação de circulação de mercadoria no Estado da Bahia. Ocorreu que as mercadorias que originou o débito do ICMS foram devolvidas e o valor de ICMS devido foi apropriado pelo autuado (Doc. 04). Em virtude da devolução das mercadorias, o débito não mais existia.

Assevera que toda a operacionalização contábil está desenhada na planilha em anexo (Doc. 05) e comprovada pela documentação fiscal carreada aos autos, concluindo que não procede o lançamento de R\$3.727,41 descrito na infração 02.

Quanto a multa aplicada, entende que é confiscatória, sendo necessário o seu cancelamento ou redução.

Ao final, requer que seja a impugnação conhecida e provida, para que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na informação fiscal, fls. 105 a 111, o autuante assevera que o lançamento de ofício partiu da constatação de que o contribuinte deixou de fazer a retenção do imposto em operações interestaduais destinadas à Bahia no que diz respeito a mercadorias cujos NBMs/NCMs estão apontados em acordo celebrado entre o Estado-membro e o sujeito passivo, resultante de regime especial por este último solicitado, com parecer favorável da administração tributária e concordância da empresa, tudo contemplado em processo tombado sob o nº 01710220019.

Aduz que a alegação da defesa é muito simples, apenas afirma que não obstante a empresa possuir efetivamente regime especial para efetuar a retenção do imposto, o estabelecimento autuado não está nele incluído. Diz que causou estranheza a sustentação da defesa. Em primeiro lugar porque seria irascível que o estabelecimento auditado não estivesse contemplado no referido regime especial e por decisão própria resolvesse realizar as retenções, sabendo-se que o centro habitual decisório do empreendedor costuma radicar-se na matriz. Em segundo lugar, porque o termo de acordo surgiu da necessidade que a empresa enfrentou com produtos perecíveis por ela comercializados, sujeitos à tributação antecipada quando do seu ingresso em território baiano, por força da Port. 270/93, não raro interceptados nos postos fiscais de trânsito para que os destinatários baianos descredenciados providenciem a sua liberação. E, muitas das vezes, entre a passagem da mercadoria na repartição estadual e o comparecimento do destinatário para dar-lhe prosseguimento, pode ocorrer um lapso em que o produto perecível, ainda no trajeto, sem condições ótimas de armazenagem, fique com a sua qualidade comprometida. Daí ser de interesse da própria Sadia S/A, para evitar desconfortos desta natureza, estender o regime especial para todo e qualquer estabelecimento seu, no sentido de que a mercadoria, ao cruzar a divisa estadual, já venha com o comprovante de pagamento do imposto devido para a unidade federativa de destino. Efetivamente, o mesmo procedimento foi adotado com relação ao estabelecimento autuado, conforme se verifica no documento que anexou, no qual se vê claramente o pedido de aditamento ao termo de acordo da filial do sujeito passivo da autuação, registrado sob o nº 40399720034, nele constando CNPJ e endereço do autuado, inclusive se fazendo referência ao mesmo parecer (1352/2001) exarado quando do primeiro pedido de regime especial já mencionado nos autos.

Destaca que não há como prosperar a argüição defensiva que inexiste termo de acordo dedicado ao sujeito passivo autuado, pelo que, por este primeiro viés, a autuação há de ser mantida.

Em relação ao argumento defensivo de que alguns produtos listados nos levantamentos não pertencem à classificação fiscal acobertada pelo regime especial, isto é, às NCMs de posição 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210, conforme estipulado na cláusula primeira do termo de acordo, aposta às fl. 22. São eles: “*frango xadrez todo sabor sadia*”, “*chicken ball sadia*”, “*cheddar fatiado sadia*”, “*steak de frango sadia*”, “*medalhões de coxa de peru sadia*” e “*medalhões de peito de peru sadia*”, registra que o inconformismo do contribuinte prendeu-se aos itens atrás aludidos, de sorte que os demais relacionados às fls. 11 a 18 restaram incontroversos.

Ressalta que os documentos acostado ao PAF, quando da informação fiscal, retratam a consulta feita ao banco de dados da NCM, já assimilando a extinta NBM, no qual foram extraídas as posições 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210, com as respectivas descrições dos produtos ali enquadrados. Do cotejo das descrições contidas nestes documentos com as descrições apontadas na impugnação, vê-se que o enquadramento pode ser confortavelmente efetuado nas sub-posições: “*02071300 (carnes e miudezas, comestíveis, frescas, refrigeradas ou congeladas de galos e galinhas, do tipo pedaços e miudezas, frescos ou refrigerados)*, *02071400 (carnes e miudezas, comestíveis, frescas, refrigeradas ou congeladas de galos e galinhas, do tipo pedaços e miudezas congelados)*, *02072600 (carnes e miudezas, comestíveis, frescas, refrigeradas ou congeladas de peruas e de perus, do tipo pedaços e miudezas, frescos ou refrigerados)* e *02072700 (carnes e miudezas, comestíveis, frescas, refrigeradas ou congeladas de peruas e de perus, do tipo pedaços e miudezas congelados)*”.

Resume que as mercadorias questionadas pelo sujeito passivo podem muito bem consideradas como pedaços e miudezas frescos, refrigerados e congelados de galos, galinhas, peruas ou perus.

O único meio probatório que poderá desnaturar tais produtos nestas subposições é a declaração oficial do órgão federal competente encaixando-os em outras subclassificações.

No tocante ao argumento defensivo de inexistência do saldo devedor nas GIA's-ST, aduz que contraria toda a lógica contida nos documentos oficiais que demonstram a movimentação comercial do contribuinte. Um detalhe já é certo, a empresa reconhece que não fez qualquer pagamento.

Destaca que o raciocínio aritmético da defesa não corresponde à realidade documental existente nos registros econômico-fiscais. Não se pode perder de vista que a GIA-ST é o documento espelho do movimento comercial do contribuinte substituto interestadual e respectivos reflexos tributários para o Estado-membro destinatário. Delas se extraem as seguintes informações: em janeiro de 2009 (fls. 27 e 28), para uma base de incidência de R\$30.784,63, houve um ICMS a recolher de R\$473,09, sem crédito fiscal a ser transportado para o período seguinte (item 20); em fevereiro de 2009 (fls. 29 e 30), outro débito de R\$1.265,76 surgindo, do nada, um crédito de R\$1.269,48; e, finalmente, em março de 2009 (fls. 31/32), imposto retido por substituição tributária a recolher de R\$1.988,56 (item 21) e nenhum crédito fiscal declarado.

Assevera que a autuação tomou como base as declarações feitas pelo próprio contribuinte em informação econômico-fiscal – a GIA-ST, transmitida para a Secretaria da Fazenda da Bahia. Acaso algo diferente do oficialmente consignado tivesse sucedido, teria o contribuinte o direito de efetuar as devidas retificações. E isto em momento nenhum foi feito.

Reconhece que, entretanto, as explanações do autuado guardam certa coerência se a análise for desenvolvida debaixo da planilha da arrecadação de 2009 (fl. 33), na qual consta um recolhimento de R\$3.008,33, e a GIA-ST de dezembro de 2008, anexada aos autos, na qual consta como crédito fiscal igual valor, a pretexto de devoluções de mercadorias. Mesmo assim, a partir destes dois dados, uma construção inverídica pode ser feita, a começar pela informação de que o ICMS sobre devoluções montou o valor citado no parágrafo anterior (itens 14 e 20), sem qualquer movimentação comercial do período. Neste diapasão, os elementos trazidos pelo contribuinte são insuscetíveis para desqualificar o lançamento de ofício. Chama a atenção que muitos dos documentos fiscais trazidos à colação se referem a períodos fora do objeto da autuação, 2007 por exemplo.

Acrescenta que se houvessem créditos fiscais decorrentes de devoluções (R\$3.008,33) e de pagamento indevido (mesmo valor), era de se questionar se havia a possibilidade de proceder à compensação com os débitos fiscais, matéria de reserva legal, sem haver apuração normal do imposto, procedimento esse incompatível com o regime de substituição tributária. Sem falar na afirmativa de que houve devoluções em março de 2009. Se tal ocorresse, deveriam estar consignadas no corpo da GIA-ST e em Anexo próprio do documento. Mas nada foi feito neste sentido. Por outro lado, as notas fiscais de devolução juntadas com a defesa não vieram acompanhadas das notas fiscais de venda que deram origem ao estorno, o que inviabiliza o batimento das informações.

Quanto a multa aplicada, salienta que a previsão de multas está no CTN (arts.136 e 137) e os montantes de 60% e 150% defluem do art. 42, II, *e*, e V, *a* da Lei Baiana do ICMS (Lei 7014/96). É indubitoso que o crédito tributário é formado do imposto e consectários, dentre os quais se destaca a penalidade aplicável quando se constata o cometimento de uma infração, inexistindo ilegalidade na sua cobrança. É possível se admitir violação ao princípio de vedação de confisco quando a punição econômica prevista é de tal monta que implique em transferência abusiva do bem particular para o patrimônio público. Seria possível pensar em multa com efeito de confisco se da sua aplicação resultasse em montante muito próximo ou equivalente ao próprio valor da mercadoria o que, nem de longe, se caracterizou no presente lançamento. Até porque a própria legislação baiana prevê reduções substanciais de seu valor caso haja o pagamento da dívida. A penalidade de 150% acusada na infração 4 decorre de apropriação indevida de recursos retidos de terceiros, o que justifica a aplicação daquele percentual.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

Às fls. 124 a 131 dos autos, o autuado se manifesta sobre a informação fiscal e dos documentos acostados pelo autuante, destaca que a fiscalização somente acostou ao PAF o pedido de aditamento ao termo de acordo quando da informação fiscal e que só tomou ciência quando da referida informação fiscal, restando claro que a informação acerca do pedido de aditamento ao Termo de Acordo, com a juntada de documentos, constitui fato novo e superveniente à lavratura do Auto de Infração, que compromete a compreensão do lançamento, uma vez que a Autoridade Fiscal trouxe ao conhecimento da autuada e dos Julgadores uma relação jurídico-tributária até então desconhecida.

Prosseguindo, tece comentários sobre ato administrativo sustentando que a correta descrição dos fatos é um dos requisitos indispensáveis à perfeita formação do Auto de Infração, tem-se que o embasamento em fato equivocado ou inexistente, como ocorreu no presente caso, macula de vício insanável o lançamento fiscal. Deveria a Autoridade Fiscal ter juntado aos autos os documentos ora acostados no momento da lavratura do Auto de Infração, e não somente após a apresentação da defesa, como de fato o fez, uma vez que se mostram imprescindíveis à correta identificação do sujeito passivo e descrição dos fatos.

Alega que não basta que o autuante entenda que as mercadorias comercializadas pelo sujeito passivo podem ser consideradas “pedaços e miudezas”. É necessário que a legislação baiana assim determine. E, de acordo com a referida legislação e o regime especial, os produtos que devem sofrer a incidência de ICMS pela sistemática da substituição tributária são aqueles classificados na NBM/NCM/SH 0203, 0206, 0207, 0209 e 0210. Contudo, para a obtenção dos valores devidos referentes a infração 01, o autuante considerou em seus cálculos produtos industrializados, tais como Frango Xadrez, Chicken Ball, Steak de Frango, Medalhões, que não estão sujeitos a substituição tributária, nos termos da legislação baiana, e sequer se enquadrariam na aludida classificação.

Em relação ao descrito na infração 02, aduz que apurou imposto na GIA-ST, retido, mas não promoveu seu recolhimento nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2009, uma vez que possuía créditos na sua escrita fiscal e os débitos lançados foram devidamente compensados. Caso o Agente Fiscal tivesse analisado outros documentos, tais como os livros de registro e documentos fiscais, em homenagem ao princípio da verdade real, informador do processo administrativo fiscal, verificaria a procedência das alegações do contribuinte, reiterando os argumentos da defesa anterior.

Reitera os argumentos anteriores em relação à multa aplicada.

Ao final, requer: a) o não-acolhimento das informações fiscais trazidas aos autos; b) o provimento da defesa ao efeito de que seja julgado totalmente improcedente o lançamento efetuado através do Auto de Infração.

O PAF foi convertido em diligência para que fosse reaberto o prazo de defesa, 30 dias, em razão da juntada de novos documentos quando da informação fiscal.

Em nova manifestação defensiva, fls. 140 a 147, quanto ao item 1 do Auto de Infração, aduz que o autuante extraiu da Tabela NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul), códigos nas quais os produtos SADIA: frango xadrez, chicken Ball, cheddar fatiado, steak de frango estariam enquadrados nos códigos NCM abaixo, cuja descrição é genérica referindo-se a pedaços de carnes comestíveis resfriados: 0203,0206,0207,0209 (não existe) na NCM e 0210, referem-se a pedaços de galos e galinhas e miudezas, fresca, refrigeradas e ou congeladas. Enquanto os produtos SADIA, são preparados. Mas o enquadramento das mercadorias deve ser orientado pelo princípio da especialidade sob pena de ofensa ao próprio princípio da legalidade uma vez que o enquadramento inadequado ofende a norma imperativa.

Argumenta que as regras contidas na legislação, em vigor a saber, NCM-SH - Nomenclatura Comum do Mercosul do Sistema Harmonizado, antes NBM - Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, são utilizadas como o único instrumento para se determinar a classificação fiscal de

mercadorias nas operações de comércio exterior e válidas no mundo inteiro, no entanto, não raras às vezes, a Fazenda Pública sempre busca interpretação que lhe é favorável.

Transcreve trecho de decisão da Fazenda Nacional para fundamentar sua argumentação de que não se pode buscar a situação mais onerosa, de que eventuais situações de dúvida ou, mesmo, de omissão da legislação, devem ser solucionadas em favor do contribuinte, inexistindo código específico na Tabela NCM, os produtos devem ser enquadrados segundo o princípio da especificidade ou especialidade de acordo com a respectiva utilidade.

Alega que não se trata de pedaços de aves ou queijos, mas de preparados de aves, incluídos em NCM's diferentes.

No tocante ao item 2 do Auto de Infração, reitera que os recolhimentos efetivamente não foram realizados, uma vez que a empresa possuía crédito na sua escrita fiscal, sendo que os débitos lançados pelo fisco foram devidamente compensados.

Reitera, ainda, os argumentos em relação a multa aplicada, que entende ser confiscatória, requerendo seu cancelamento ou redução.

Ao final, requer seja o recurso conhecido e provido, para que a autuação seja julgada insubsistente na sua integralidade.

Em nova informação fiscal, fls. 150 a 159, o autuante assevera que a defesa não quis ver que no próprio corpo do Auto de Infração, designadamente na infração 01, foi dito que a responsabilidade tributária pela retenção do imposto estava preceituada em termo de acordo ajustado entre o contribuinte e o Estado da Bahia, dentro do Regime Especial, indicando inclusive o número do processo.

Destaca que foi a própria empresa que solicitou aditamento, mero pedido adicional ao processo original, que o referido regime especial fosse estendido para seus estabelecimentos matriz e filiais, inclusive o autuado, não cabendo a alegação de que desconhecia o referido regime.

Com relação ao enquadramento defensivo, aduz que, como o autuado reproduziu suas alegações da impugnação inicial, só lhe resta reproduzir sua informação fiscal às folhas 105 a 111 dos autos.

Frisa que, de igual modo, ocorreu em relação ao argumento defensivo relativo ao saldo devedor declarado nas GIA's-ST, razão pela qual também reproduziu a informação anterior. O mesmo ocorrendo em relação a multa aplicada. Entretanto, ressaltou que o único diferencial foi a referência a prova documental citado pela defesa, da existência do crédito e do recolhimento indevido. Todavia, o que a defesa denominou de "DOC. 05", fls. 98 a 100, são apenas documentos não oficiais, meras memórias de cálculo feitas de próprio punho nos preposto da empresa, sem demonstrar que houve as tais devoluções e o pagamento em excesso, porquanto continua subsistindo a exigência fiscal.

Todavia, reconhece que as explicações do autuado guardam certa coerência se a análise for desenvolvida debaixo da planilha da arrecadação de 2009, fl. 33, na qual consta um recolhimento de R\$ 3.008,33, e a GIA-ST de dezembro de 2008, que anexa, na qual consta como crédito fiscal igual ao valor, a pretexto de devolução de mercadorias. Mesmo assim, a partir destes dois dados, uma construção inverídica pode ser feita, a começar pela informação de que o ICMS sobre devolução montou o valor citado, sem qualquer movimentação comercial no período. Neste diapasão, os elementos trazidos até agora pelo contribuinte são insuscetíveis para desqualificar o lançamento de ofício. Aliás, muitos dos documentos fiscais trazidos aos autos se referem a períodos fora do objeto da autuação, 2007 por exemplo.

Argumenta que, ainda que houvesse créditos fiscais decorrentes de devoluções (R\$3.008,33) e de pagamento indevido no mesmo valor, é de se questionar se havia a possibilidade de proceder à compensação com os débitos fiscais, matéria de reserva legal, sem haver apuração normal do imposto, procedimento esse incompatível com o regime de substituição tributária. Sem falar na afirmativa de que houve devolução em março de 2009. Se tal ocorresse, deveriam estar consignadas no corpo da GIA-ST e em Anexo ao próprio documento. Mas nada foi feito neste sentido. Por outro lado, as notas fiscais de devolução juntadas com a defesa não vieram

acompanhadas das notas fiscais de venda que deram origem ao estorno, o que inviabiliza o batimento das informações.

Destaca que na manifestação defensiva, após a reabertura do prazo de defesa, o impugnante não mais rebate a existência do regime especial.

Ressalta que em relação ao caráter confiscatório da multa por infração, traz o autuado uma decisão do STF que nem de longe se identifica com o caso em discussão. Aquele julgamento tratou de uma multa que implicava em 3 (três) vezes o valor do bem objeto de tributação, sem ser passível de redução. Aqui se trata de multa de 150% sobre o valor do imposto – e não sobre o valor do bem – sujeito a diminuição, e prevista neste nível porque alude a um numerário que foi retido de terceiros (o comprador) e não repassado para o Estado da Bahia. Logo, são casos distintos, de forma que a decisão não pode servir de paradigma para o deslinde da questão.

Quanto ao novo argumento, fls. 140 a 147, de que não se trata de pedaços de aves ou queijos, mas de preparados de aves, incluídos em NCM's diferentes, a defesa não detalha, não esclarece, não explica porque tais mercadorias são preparados alimentícios e não pedaços de alimentos. Lembra que, conforme salientou na informação fiscal, o objetivo do regime especial solicitado pela própria empresa é evitar contratempos no trânsito das mercadorias, prevenir que eventuais apreensões estraguem o produto, de modo que preparado de ave é tão perecível quando o pedaço dela e não haveria portanto razão para que os supostos “preparados” ficassem de fora da substituição tributária.

Frisa que na decisão do TRF reproduzida só aduz que o fisco – havendo dúvida – não pode buscar posição mais onerosa para o sujeito passivo. Mas no presente caso inexistente dúvida, pois o contribuinte não lançou argumentos que tornassem vacilante o enquadramento das mercadorias. Não há um subsídio ou indício sequer nos autos que deixe os julgadores indecisos em enquadrar nesta ou naquela NCM. Já a outra decisão transcrita não pode ser examinada porque não consta a sua fonte de publicação. Aliás, mesmo que constasse, é imprestável na resolução do presente processo.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi convertido em nova diligência para que o autuante refizesse a planilha acostada às folhas 11 a 18, acrescentando uma coluna com as respectivas NCM's dos produtos, com base nas notas fiscais. Em seguida, deveria excluir da autuação o produto cuja NCM não esteja elencada no Regime Especial e no Termo de Acordo firmado entre o autuado e a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, considerando as posições e sub-posições e elaborasse novo demonstrativo de débito.

Em atendimento ao solicitado na diligência o autuante, fls. 164 a 166, reconhece a necessidade de elaborar novo demonstrativo de débito para a infração 01, na forma da planilha que acostou à folha 176, porquanto inadvertidamente foi transportado para a autuação o item denominado “cheddar fatiado”, que nada tem a ver com carnes de aves e suínos, resultando na redução do valor autuado de R\$ 227.369,41 para R\$ 225.239,50, mantendo o valor da infração 02.

Assinala que o regime especial ao qual a empresa é beneficiária vinculou à substituição tributária aos produtos catalogados nas NCM's 0203, 0206, 0207, 0209 e 0210, fl. 22, de sorte que a autuação relacionou as mercadorias enquadráveis em tais classificações.

Frisa que para fixar mais ainda a retidão do lançamento e aproveitando que o contribuinte terá ciência do resultado da diligência, o autuante informa que acostou descritivo fornecido pelo próprio Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC, retirado da sua página oficial da internet a qual indicou o endereço eletrônico, transcrevendo as NCM's e respectivas descrições, fl. 165 dos autos.

Nota que o idealizador da NCM chamou de carnes as aves e os animais da espécie bovina, suína, ovina, caprina, cavalar, asinina e muar, além de coelhos, lebres, primatas, baleias, golfinhos, marsuínos, peixe-boi, dugongos e répteis, incluindo tais carnes no Capítulo 2 quando estiverem frescas, congeladas, refrigeradas, salgadas ou defumadas, entre outros estados.

O autuado recebeu cópia do resultado da diligência e seus anexos, mediante recibos às folhas 177 e 178, sento devidamente intimado para se manifestar no prazo legal, entretanto silenciou.

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade das multas aplicadas, por entender o sujeito passivo de que são confiscatórias, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Quanto a alegação de que o autuante deveria ter acostado aos autos a prova de que a empresa requereu a inclusão do estabelecimento no Regime Especial, entendo não ter pertinência, uma vez que consta na acusação que: "...conforme preceituado em TERMO DE ACORDO ajustado entre o contribuinte e o Estado da Bahia, dentro do REGIME ESPECIAL celebrado nos termos do Parecer nº 1.352/2001, da Gerência de Consultas Tributárias da Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda (GECOT/DITRI)."

Apesar de restar claro que o autuado tinha conhecimento, apenas por uma questão de prudência, o PAF foi baixado em diligência para que fosse reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias, afastando, definitivamente, qualquer possibilidade da defesa alegação nulidade da autuação.

No mérito, na infração 01 é imputado ao autuado ter deixado de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, por irregularidade da falta de retenção do ICMS devido nas operações interestaduais de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos ou salgados, constantes do rol da Portaria 270/93 e o recolhimento no dia 09 do mês subseqüente ao da retenção, conforme preceituado em TERMO DE ACORDO ajustado entre o contribuinte e o Estado da Bahia, dentro do REGIME ESPECIAL celebrado nos termos do Parecer nº 1.352/2001, da Gerência de Consultas Tributárias da Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda (GECOT/DITRI).

Em sua defesa o sujeito passivo alegou que o estabelecimento autuado não fazia parte do citado Termo de Acordo.

Ocorre que, quando da informação fiscal o autuante acostou aos autos elementos probantes de que a empresa Sadia S/A havia solicitado a inclusão do estabelecimento autuado no Regime Especial.

Após receber cópia da informação fiscal e dos documentos acostados pelo autuante, o autuado muda sua alegação defensiva, deixando de alegar de que o estabelecimento autuado não fazia parte do referido Termo de Acordo, passando a alegar que somente tomou conhecimento da inclusão do estabelecimento autuado quando da informação fiscal.

Devo ressaltar que o Regime Especial foi requerido pela empresa, mediante processo específico, portanto não tem nenhum cabimento a defesa alegar que não tinha conhecimento do mesmo. Ademais, conforme se pode verificar na imputação acima, o autuante fez constar, de forma clara e bastante objetiva, que a infração decorreu na não observância por parte do autuado do estabelecimento em TERMO DE ACORDO ajustado entre o contribuinte e o Estado da Bahia,

dentro do REGIME ESPECIAL celebrado nos termos do Parecer nº 1.352/2001, da Gerência de Consultas Tributárias da Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda (GECOT/DITRI).

Portanto, resta claro que o argumento defensivo inicial não pode prevalecer, pois as provas acostadas não deixam dúvidas de que o estabelecimento autuado é parte integrante do Regime Especial firmado mediante Termo de Acordo entre o Estado da Bahia e a Sadia S/A.

No tocante a alegação defensiva que os produtos objeto da autuação não estaria enquadrado na substituição tributária, transcrevendo trecho de decisões de outros tribunais, entendo que o argumento defensivo é parcialmente procedente, como restou comprovado na diligência realizada, onde foi excluído da autuação o produto “cheddar fatiado”. Quanto aos demais produtos o argumento defensivo não pode ser acolhido, pois conforme se observa da diligência realizada, as NCM dos demais produtos objeto da autuação, levantados pela revisão fiscal nas notas fiscais do estabelecimento autuado, são as constantes do Termo de Acordo firmado entre o autuado e a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Portanto, ficando comprovado que as NCM dos produtos objeto da autuação são os constantes do Termo de Acordo, não resta dúvida que o autuado deveria ter retido e recolhido o ICMS devido em favor do Estado da Bahia.

Devo ressaltar que o autuado recebeu cópia do resultado da revisão fiscal e, apesar de devidamente intimado para se manifestar, silenciou. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140 do RPAF/99, o qual determina que *“O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”*

Logo, entendo que a infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$225.239,50, apurado na diligência realizada, conforme demonstrativo acostada à folha 176.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter deixado de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, por irregularidade do imposto declarado nas GIA's-ST, retido e não recolhido, alusivo às operações interestaduais de vendas para a Bahia de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos ou salgados, constantes no rol da portaria 270/93 e o recolhimento no dia 09 do mês subsequente ao da retenção, conforme preceituado em TERMO DE ACORDO ajustado entre o contribuinte e o Estado da Bahia, dentro do REGIME ESPECIAL celebrado nos termos do Parecer 1.352/2001, da Gerência de Consultas Tributárias da Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda (GECOT/DITRI).

No tocante ao item 2 do Auto de Infração, o sujeito passivo reconhece que o recolhimento objeto da presente lide efetivamente não foi realizado, uma vez que a empresa possuía crédito na sua escrita fiscal, sendo que os débitos lançados pelo fisco foram devidamente compensados, acostando como prova de sua alegação o denominado pela defesa de “DOC. 05”, fls. 98 a 100.

Observo que não existe lide em relação ao valor autuado. Igualmente, concordam o autuante e o autuado que o valor foi apurado mediante as GIA's-ST, ou seja, foi declarado pelo contribuinte.

Portanto, resta claro da defesa e da informação fiscal que a lide na infração em tela reside no fato do autuado não ter recolhido o imposto retido declarado na GIA dos meses de janeiro, fevereiro e março/2009 sob a alegação de que teria compensado um valor recolhido indevido relativo ao mês de dezembro do ano anterior.

Assim, resta saber se esse procedimento do contribuinte autuado ocorreu de forma legal, como entendeu a defesa, ou não, como entendeu o autuante.

Analisando o denominado “DOC. 05”, fls. 98 a 100, entendo que o mesmo não comprova que, efetivamente, ocorreu um recolhimento indevido de ICMS em favor do Estado da Bahia, pois, como bem ressaltou o autuante o documento acostado pela defesa, são apenas documentos não oficiais, meras memórias de cálculo feitas de próprio punho pelos prepostos da empresa, sem demonstrar que houve as tais devoluções e o pagamento em excesso.

A imputação foi embasada em documentos oficiais, elaborado pelo próprio contribuinte autuado e declarado ao Estado da Bahia, antes da autuação, logicamente. Já os documentos acostado pela defesa, após a autuação, além de não ser um documento oficial, foi elaborado por prepostos do contribuinte, no qual não se pode afirmar em que data foi elaborado, pois não foi, por exemplo, protocolado junto ao órgão fiscalizador.

Ademais, embora a defesa afirme que houve um recolhimento indevido relativo ao mês de dezembro de 2008, pois teria havido devolução de mercadorias em março de 2009, não registrou esse fato na GIA-TS do referido mês. Além disso, as notas fiscais de devolução juntadas com a defesa não vieram acompanhadas das notas fiscais de venda que deram origem ao estorno, o que inviabiliza o autuante de confrontar os referido documentos. Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. De igual modo, o Art. 142, do mesmo regulamento, determina que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Saliento que, no caso em lide, o sujeito passivo se manifestou várias vezes, portanto, teve diversas oportunidades para acostar os documentos visando comprovar sua alegação, o que não ocorreu.

Portanto, entendo que os documentos acostados na defesa não comprovam sua tese defensiva. Entretanto, caso o autuado possua os documentos que comprove sua alegação, repito, o que não ocorreu nos autos desse PAF, deverá proceder na forma prevista na legislação, em processo específico para restituição do suposto indébito alegado.

Assim, entendo que a infração 02 restou caracterizada.

Quanto ao pedido de isenção (cancelamento) ou redução das multas, não acato por falta de previsão legal, pois o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigações acessórias, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	225.239,50
2	PROCEDENTE	3.727,41
TOTAL		228.966,91

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 **206912.0026/09-9**, lavrado contra **SADIA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$228.966,91**, acrescido das multas de 60% sobre R\$225.239,50 e de 150% sobre R\$3.727,41, previstas no art. 42, incisos II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de outubro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR