

PROCESSO - A. I. Nº 207101.0001/10-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA. (DPA BRASIL)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0081-03/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 28/03/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0067-11/14

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, RELATIVO A OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQÜENTES. EXERCÍCIOS DE 2007 E DE 2008. O resultado da consulta formulado a Receita Federal do Brasil, comprovou que uma parte dos produtos objeto da autuação se classifica como BEBIDAS LÁCTEAS, e não de iogurtes. Reformulado a Decisão, pela procedência em parte das infrações 3 e 7, relativa aos produtos cuja NCM classificada denotam que são IOGURTES e estão enquadradas no regime de substituição tributária. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF (fls. 665/676), determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/BA, relativo ao Auto de Infração lavrado em 29/04/10 para exigir ICMS no valor total de R\$654.629,83 em decorrência de sete imputações, sendo que o presente Recurso reporta-se a desoneração dos valores exigidos nas infrações 3 e 7 que acusam:

3. Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (2007) - R\$134.917,31, acrescido da multa de 60%.

7. Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (2008) - R\$35.413,99, acrescido da multa de 60%.

Com relação a estas infrações a 3ª JJF proferiu a seguinte Decisão:

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

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

O sujeito passivo, em relação às infrações 03 e 07, dentre outros pontos afirma ser indevida a exigência de imposto porque a maioria dos produtos listados nos anexos das infrações 03 e 07 (respectivamente, às fls. 80 a 94, e 180 a 192) não se inclui na hipótese de incidência da legislação baiana – ICMS devido por substituição tributária - por não estarem tais produtos classificados como iogurte, e sim estando tais produtos identificados com a Nomenclatura Comum MERCOSUL - NCM nº 0403.90.00, código este que, embora traga a mesma raiz “04.03”, portanto apontando para a mesma espécie de produto relacionado neste gênero, “04.03”, não trazem a NCM 0403.10.00 que, conforme o Decreto nº 6.006/06, é a NCM de iogurte.

O contribuinte traz aos autos, anexadas às impugnações de fls. 506 a 508, e de fls. 562 a 574, cópias de notas

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

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

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

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

Lei nº 1.283/50:

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

(...)

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

(...)

c) o leite e seus derivados;

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

(...)

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

h) o registro de rótulos e marcas; (grifos nossos)

O Ministério da Agricultura, com a Instrução Normativa nº 16, de 23/08/2005, aprovou o Regulamento Técnico

de Identidade e Qualidade de Bebida Láctea e este Regulamento, cujo objetivo é “estabelecer a identidade e os requisitos mínimos de qualidade que deverão atender as Bebidas Lácteas destinadas ao consumo humano”, com âmbito de aplicação para as bebidas lácteas a serem destinadas ao comércio nacional e internacional, em seu item 2.1.1, e subitem 2.1.1.1., define o que é bebida láctea e bebida láctea com adição, determinando o percentual mínimo de 51% para a base láctea da massa do total de ingredientes destes dois produtos:

Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade de Bebida Láctea:

1. ALCANCE

1.1. Objetivo: estabelecer a identidade e os requisitos mínimos de qualidade

que deverão atender as Bebidas Lácteas destinadas ao consumo humano.

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

(...)

2.1.1. Bebida Láctea: entende-se por Bebida Láctea o produto lácteo resultante

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A 3ª JF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF nos termos do artigo 169, I, "a", item 1, do RPAF/99.

Em petição de 17/05/11 (fls. 687/688), a empresa ressalta que efetuou pagamento dos valores exigidos nas infrações 1, 2, 4, 5 e 6, com os benefícios previstos na Lei nº 11.908/10, porém na Decisão proferida no Acórdão JJF 0081-03/11, não foi homologado os valores pagos. Requer retificação.

Em petição de 01/06/11 (fls. 696/697), o contribuinte manifesta que com relação às infrações 3 e 7, julgadas improcedentes, com relação ao Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF, reitera os argumentos defensivos de que os produtos objeto da autuação são bebidas láctea e não iogurte.

Em 27/07/11 a Conselheira Maria Auxiliadora Gomes Ruiz (fls. 705/707), submeteu o PAF a pauta suplementar, na qual foi aprovada proposta de realização de diligência à ASTEC/CONSEF, no sentido de intimar o contribuinte para formular consulta à Receita Federal, para que informasse a classificação fiscal, na tabela da NCM dos produtos objeto da autuação nas infrações 3 e 7.

O diligente no Parecer ASTEC 182/11 (fls. 726 a 729) informa que após ter intimado o contribuinte para o cumprimento da diligência (fl. 714), o mesmo se manifestou por meio de advogados, afirmando inexistir dúvida quanto à classificação dos produtos objeto da autuação, de forma que entende ser desnecessário formular a consulta formal, o que pode se feito pelo CONSEF.

Na assentada de julgamento em 06/08/12, em sustentação oral, o recorrente solicitou a concessão de prazo de trinta dias para que a empresa apresentasse os comprovantes de protocolo das consultas quanto à classificação fiscal dos produtos objeto da autuação.

Por Decisão da maioria, vencido o posicionamento da Relatora, a 1ª CJF decidiu encaminhar o processo para a Coordenação Administrativa e aguardar por um prazo de 120 dias, a juntada do resultado da consulta a ser formulada pelo sujeito passivo (fls. 743/744).

Em petição de 28/11/12, a empresa juntou ao processo (fls. 748/897), cópia de oito consultas à Receita Federal, na qual solicitou informar a classificação dos produtos objeto da autuação.

Vencido o prazo de 120 dias, na Pauta de julgamento de 22/01/13, o processo foi mais uma vez encaminhado à ASTEC, no sentido de que fosse adotado providência para agilizar a resposta das consultas formuladas pelo sujeito passivo (fl. 901).

O Presidente do CONSEF, mediante Ofício 32/13 (fl. 902) solicitou resposta das consultas formuladas de nºs 18186.728096 a 18186.728099; 728101; 728906 e 728907, protocoladas em 13/09/12.

Em resposta, a chefe da Divisão de Administração Aduaneira (DIANA) - SRRF/8ª RF, no Ofício 04/13 (fl. 903) informou que os processos envolvem classificações de diversas mercadorias, com características distintas e encontra-se em análise, tendo procedido à intimação ao interessado para prestar informações adicionais que complementem a descrição dos produtos.

Em 26/07/13, a empresa peticionou juntada ao processo de quatro soluções de consulta a Receita Federal (fls. 914/935) de nºs 18186.728096/2012-51 (Frutess uva e maracujá); 18186.72807 (Neston iogurte líquido); 728098/2012-40 (Iogurte Ninho Soleil, morango ...); 18186.728099-2012/94 (Iogurte Nestlé morango...) em que a Receita Federal classifica os referidos produtos na NCM 2202.9000.

Argumenta que a classificação diverge do posicionamento do Fisco baiano (infrações 3 e 7) que entendeu estar as mercadorias enquadradas na substituição tributária na NCM 0403.1000.

Ressalta que o art. 145 do CTN determina que o lançamento rege-se pelo princípio da imutabilidade, o que conduz a falta de critério jurídico para manter a exigência fiscal.

Atenta que nem todas mercadorias classificadas na NCM 2202.9000 são enquadradas no regime de substituição tributária, a exemplo do Prot. 11/91 (cervejas...), limitando as bebidas energéticas e isotônicas (art. 353, item 3.5). Requer a manutenção da Decisão, com relação às infrações 3 e 7.

Os autuantes foram cientificados do resultado da diligência, produziram nova informação fiscal (fls. 938/940), reformulando os demonstrativos originais com base no resultado da consulta, fazendo a exclusão dos valores relativos aos produtos: frutess uva e maracujá, neston iogurte líquido, iogurte Ninho Soleil sabores morango, maçã, banana e salada, iogurte Nestlé sabores

morango, salada de frutas e coco, reduzindo o valor original da infração 3 (fls. 80/94) de R\$134.917,30 para R\$41.425,91 e o da infração 7, de R\$35.413,98 (fls. 180/192) para R\$35.301,69, tudo de acordo com os demonstrativos às fls. 942/956 e 957/966.

Juntaram cópia de um CD, também fornecido a empresa, com certificação digital (fl. 967).

O sujeito passivo solicitou cópia de folhas do processo (fls. 972) e fez juntada do resultado de três soluções de consultas proferidas pela Receita Federal (fls. 982/1003) de nºs 18186.728907/2012-13 (Iogurte Nestlé Uva e sabor Sálvia); 18186.728100/2012-81 (Iogurte Chamy); 18186.728101/2012-25 (Bliss Iogurte Líquido); em que a Receita Federal classifica os referidos produtos na NCM 2202.9000.

Os autuantes foram cientificados do resultado da diligência, produziram nova informação fiscal (fls. 1005/1007) afirmando que com base no resultado da consulta, refizeram os demonstrativos originais, fazendo a exclusão dos valores relativos aos produtos Iogurte Nestlé Uva e sabor Sálvia, Iogurte Chamy, Bliss Iogurte Líquido, classificados como não iogurte, reduzindo o valor da infração 3 de R\$41.425,91 para R\$10.553,61 e o da infração 7, de R\$35.301,69 para R\$1.177,22, tudo de acordo com os demonstrativos às fls. 1025 a 1030.

Ressaltam que acataram totalmente a classificação efetuada pela Receita Federal, mas não concordam com a classificação do produto CHAMY com a classificação na “NCM 2202.9000 pois 60% da composição do produto” é iogurte.

Juntaram cópia de um CD com certificação digital (fl. 1031), cuja cópia foi fornecida a empresa.

Cientificado do resultado da diligência (fls. 1032/1037), o sujeito passivo comenta a sequência dos fatos, consultas, reformulação dos demonstrativos e afirma que “*manifesta expressamente a sua concordância*” com os valores apontados na última informação fiscal e requer a emissão de DAES para quitar o débito remanescente, cujo comprovante de pagamento juntou às fls. 1038/1039.

Os autuantes se manifestaram (fls. 1076), concordando com a solicitação para emissão de DAES para o pagamento dos valores remanescentes e encaminhamento do processo ao CONSEF.

A Secretaria do CONSEF acostou às fls. 1078/1079, comprovante de pagamento integral dos valores contido na Decisão da primeira instância (principal R\$484.298,53).

VOTO

O Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF refere-se à desoneração das infrações 3 e 7, julgadas Improcedentes, decidindo que os produtos em questão não se enquadram no regime de substituição tributária.

Com objetivo de dirimir a demanda, na qual a fiscalização acusa que os produtos objeto da autuação são iogurtes, enquadrado no regime de substituição tributária (NCM 0403.1000) e o sujeito passivo alega se tratar de bebidas lácteas, não enquadradas no citado regime (NCM 2202.9000), esta CJF promoveu a realização de diligências, cujo resultado foi:

- a) A Receita Federal em resposta a consultas formuladas informou que os produtos: Frutess uva e maracujá; Neston iogurte líquido; Iogurte Ninho Soleil, morango, maçã, banana e salada de frutas; Iogurte Nestlé morango, salada de frutas e coco; Iogurte Nestlé Uva e sabor Sálvia; Chamy polpa de frutas e Bliss Iogurte líquido morango, se classificam na NCM 2202.9000, como não iogurtes.
- b) Os autuantes acataram a resposta das consultas e fizeram as exclusões daqueles produtos dos demonstrativos originais e mantiveram os produtos: Molico Liq; Molico Iog; Nestlé Iogurte Polpa; Molico B1 Iog; Bliss Iogurte Liq; Nestlé Iog; Molico Actifibra; Ninho PPA; Molico IGT Natural e Nestlé B1 Iogurte, classificados como iogurtes na NCM 0403.1000.

Pelo exposto, acato os demonstrativos refeitos pela fiscalização (fls. 1025/1030), considero devido os valores de R\$10.553,61 na infração 3 e R\$1.177,22 na infração 7.

Quanto à irresignação dos autuantes em relação à classificação do produto CHAMY [CHAMY FRUTAS SORTIDAS], afirmando que 60% da composição do produto é iogurte, verifico que na resposta da consulta 18186.728100/2012-81 (fls. 989/995), a Receita Federal detalhou a composição dos ingredientes que compõem o produto, o processo de obtenção e concluiu que “*trata-se de bebida láctea com iogurte e polpa de frutas...*”, “*... que não se encontram abrangidas pela posição 04.03*”, incluindo-se na posição 22.02, “*... por se tratar de bebida pronta para o consumo direto*”.

Portanto, acato à análise técnica e resposta de consulta da Receita Federal, por entender que é a instituição encarregada de promover a classificação da NCM dos produtos. Consequentemente, tendo classificado o mencionado produto com NCM não prevista no enquadramento do regime de substituição tributária, deve ser afastado a exigência do ICMS-ST correspondente neste lançamento.

Com relação à manifestação do recorrente de que no julgamento da primeira instância não foram excluídos os valores que foram reconhecidos e pagos (fls. 687/688), esclareço que a Decisão confirma a exigência fiscal. Já os valores que foram pagos, serão considerados na quitação do débito total remanescente.

Dessa forma, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Ofício, para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE as infrações 3 e 7, com valores devidos de R\$10.553,61 e R\$1.177,22 respectivamente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207101.0001/10-7**, lavrado contra **DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA. (DPA BRASIL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$496.029,34**, acrescido das multas de 60% sobre R\$85.877,00 e 70% sobre R\$410.152,34, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, em redação vigente à época dos fatos geradores da obrigação tributária, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS