

PROCESSO - A. I. Nº 207101.0002/08-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA. (DPA BRASIL LTDA.)
RECORRIDOS - DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA. (DPA BRASIL LTDA.) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0203-01/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0316-11/17

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que parte das mercadorias objeto da autuação não se encontrava enquadrada no regime de substituição tributária. Os autuantes, na informação fiscal, procederam à exclusão de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária. Diligência realizada pela Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC/CONSEF), por solicitação da Junta de Julgamento Fiscal, procedeu a exclusão de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infrações 3, 9 e 16, parcialmente subsistentes. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Descabe a aplicação da redução de alíquota nas vendas efetuadas para contribuintes do SimBahia. Comprovado que parte das mercadorias objeto da autuação não se encontrava enquadrada no regime de substituição tributária. Os autuantes, na informação fiscal, procederam a exclusão de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária. Diligência realizada pela Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC/CONSEF), por solicitação da Junta de Julgamento Fiscal, procedeu a exclusão de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração 13, parcialmente subsistente. Adequação, de ofício, a multa aplicada na infração, com base na Lei nº 13.449/2015. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Nesta oportunidade processual, cuida a procedimentalidade da análise dos Recursos de Ofício, apresentado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, e Voluntário, interposto contra a Decisão (Acórdão JJF nº 0203-01/16) que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, lavrado em decorrência de 22 (vinte e duas) irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 03, 09, 13 e 16 e do Recurso Voluntário as imputações 03, 09 e 16.

Infração 03 - Deixar de reter e de recolher o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, de mercadorias enquadradas no Anexo 88 [relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97], nos meses de julho a dezembro de 2004, exigindo o imposto no valor de R\$ 10.094,94, acrescido da multa de 60%. Foi anexado aos autos e fornecido ao contribuinte um CD autenticado, contendo o relatório, estando a infração demonstrada no Anexo 03 (fls. 120 a 128);

Infração 09 - Deixar de reter e de recolher o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, de mercadorias enquadradas no Anexo 88 [relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97], nos meses de julho a dezembro de 2005, exigindo o imposto no valor de R\$136.186,05, acrescido da multa de 60%. Foi anexado aos autos e fornecido ao contribuinte um CD autenticado contendo o relatório, estando a infração demonstrada no Anexo 09 (fls. 302 a 314);

Infração 13 - Efetuar o recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido o imposto no valor de R\$39.160,10, acrescido da multa de 60%. Refere-se à utilização indevida do benefício concedido através do Dec. nº 7.466/98, nas vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária para contribuintes inscritos no Cadastro do ICMS no regime simplificado. Consta que foi anexado aos autos e fornecido ao contribuinte um CD autenticado, contendo o relatório, em razão do grande volume de registros, estando a infração demonstrada no Anexo 13 (fls. 482 a 494);

Infração 16 - Deixar de reter e de recolher o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, de mercadorias enquadradas no Anexo 88 [relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97], nos meses de janeiro a dezembro de 2006, exigindo o imposto no valor de R\$352.113,58, acrescido da multa de 60%. Foi anexado aos autos e fornecido ao contribuinte um CD autenticado, contendo o relatório, estando a infração demonstrada no Anexo 16 (fls. 711 a 736).

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, às fls. 1.118 a 1.143, apresentou impugnação, e o autuante, de sua parte, prestou a informação fiscal (fls. 1312 a 1315), para, em seguida, a Junta de Julgamento Fiscal julgar pela Procedência em Parte do Auto de Infração, com decisão de teor adiante reproduzido:

“Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de vinte e duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, entre as quais este reconheceu ainda na defesa inicial as infrações 1, 2, 5, 7, 8, 15 e 21 e, posteriormente, no curso do processo reconheceu as infrações 4, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, inclusive efetuando o pagamento do valor do débito reconhecido.

Por certo que o reconhecimento das infrações 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21 e 22 confirma o acerto da autuação, sendo, desse modo, todas subsistentes. Considerando que o autuado efetuou o pagamento do valor do débito reconhecido, inclusive com o benefício da Lei Estadual nº 11.908/2010, no que tange às infrações 4, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20 e 22 cabe à homologação dos pagamentos e, consequentemente, a extinção do crédito tributário atinente a estes itens da autuação.

No que tange à infração 19, cabe especialmente observar que o autuado reconheceu o cometimento da conduta infracional que lhe foi imputada, inclusive tendo apresentado petição de fls. 1.838/1.839, na qual se manifestou expressamente, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei Estadual nº 11.908/2010, pela desistência a eventuais defesas, impugnações ou recursos apresentados no âmbito administrativo no tocante às infrações reconhecidas e pagas.

Diante disso, considerando que a diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal à ASTEC/CONSEF (fls. 1.834/1.835), referente às infrações 3, 9, 13, 16 e 19, foi formalizada em momento anterior à petição apresentada pelo impugnante (fls. 1.838/1.839) a análise das infrações impugnadas será feita apenas quanto às infrações 3, 9, 13 e 16.

Inicialmente, cabe registrar que a matéria de que cuidam as infrações acima referidas, no caso o enquadramento ou não das mercadorias arroladas na autuação no regime de antecipação ou substituição tributária, invariavelmente, ainda hoje, suscita muitas dúvidas e discussões.

No caso precisamente do Auto de Infração em lide, a possibilidade de análise e decisão surgiu apenas quando das respostas de consultas feita à Receita Federal, na qual restou esclarecida a correta classificação e enquadramento das mercadorias arroladas na autuação.

Assim é que, no Auto de Infração nº 207101.0001/10-7 - lavrado em 29/04/2010, contra o mesmo sujeito passivo de que trata o Auto de Infração em lide - a 3ª JF decidiu pela improcedência das infrações referentes à

antecipação e/ou substituição tributária, nos termos do Acórdão JJF N° 0081-03/11, sendo que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal modificou a decisão de Primeira Instância julgando parcialmente procedente o referido Auto de Infração, em sessão de julgamento realizada em 26/04/2014, conforme o Acórdão CJP N° 0067-11/14.

No Relatório elaborado pelo ilustre Conselheiro/Relator foi consignado que:

“[...]

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.

(...)

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. ”

Já no voto proferido pelo nobre Conselheiro/Relator foi consignado o seguinte:

“VOTO

O Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF refere-se a 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 CJP 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 acatarem 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.”

O relato acima se fez necessário, haja vista que esta Junta de Julgamento Fiscal, no intuito de alcançar a verdade material e, desse modo, realizar um julgamento justo converteu o feito em diligência à ASTEC/CONSEF em duas oportunidades, no que tange às infrações 3, 9, 13, 16.

Na primeira diligência, conforme muito bem esclarecido pela diligenciadora da ASTEC/CONSEF, o autuado foi intimado no dia 11/06/2015, fls.2122/2124, a apresentar livros e documentos fiscais nos seguintes termos:

*” com base nas planilhas elaboradas pela Autuante quando do cumprimento da diligência fiscal, fls.1921 a 1929 (infração 03), fls.1930 a 1939 (infração 09), fls.2048 a 2065 (infração 13), fls. 1940 a 1952 (infração 16), 2066 a 2081 (infração 19), elaborar demonstrativo indicando **todas** as notas fiscais que após a revisão realizada pela Auditora Fiscal, mesmo com a resposta formal prestada pela Receita Federal de que os produtos ali relacionados (Ninho, Molico, Neston, Bliss, Frutess, Chamy), não são classificados como “iogurtes” (NCM 0403.10.00), portanto, não se submetem ao regime de substituição tributária, permanecem listados nos novos demonstrativos das citadas infrações, conforme alegado pela defesa.*

Ocorreu que a diligência não pode ser cumprida porque passados 45 (quarenta e cinco) dias da intimação o autuado não apresentou qualquer documento a diligenciadora para comprovar suas alegações. A diligenciadora apresentou a seguinte cronologia para explicitar a impossibilidade de realização da diligência:

- a empresa foi intimada no dia 11/06/2015 com a concessão do prazo de 10(dez) dias para atendimento, fls.2122/2124;
- em 12/06/2015 o autuado solicitou detalhes do processo fl. 2122 - prestado via telefone;
- no dia 01/07/2015, o autuado pediu prorrogação do prazo por 20(vinte) dias, no que foi atendido fl. 2134;
- em 13/07/2015 foi marcado o dia 20/07/2015 como data para realização dos trabalhos, fl.2133;
- no dia 16/07/2015, o autuado solicitou cópias das planilhas mencionadas na intimação e mais prorrogação de prazo o que foi deferido, após envio das planilhas solicitadas, fls.2126. A realização dos trabalhos foi remarcada para o dia 28/07/2015, fl. 2126;
- no dia 28/07/2015, data agendada para o atendimento ao solicitado na diligência, sob a alegação de alteração do escritório do advogado que patrocina este processo, a representante da empresa avisa que não poderia encaminhar a documentação solicitada, pois não poderia comparecer fl.2125.

Conclusivamente, o autuado apesar de intimado se manteve inerte, silente, não atendeu a intimação.

Já na segunda diligência, em face do silêncio ou inércia do autuado em atender a intimação, esta Junta de Julgamento Fiscal solicitou que a diligenciadora da ASTEC/CONSEF adotasse as seguintes providências:

Com fundamento nas respostas dadas pela Receita Federal em consultas formuladas pelo contribuinte, no sentido de que os produtos Frutess uva e maracujá; Neston iogurte líquido; Iogurte Ninho Soleil, morango; Iogurte Nestlé morango; Iogurte Nestlé Uva e sabor Sálvia, Iogurte Chamy, Bliss Iogurte Líquido, 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; Chamy polpa de frutas e Bliss Iogurte líquido morango, se classificam como não iogurtes, procedesse ao confronto entre os itens de mercadorias retro referidas com as mercadorias que foram mantidas nos novos demonstrativos elaborados pela autuante de fls. 1.921 a 1.929 (infração 3); 1.930 a 1.939 (infração 9); 2.048 a 2.065 (infração 13); 1.940 a 1.952 (infração 16); 2.066 a 2.081 (infração 19);

Após a verificação acima, excluiu das infrações as mercadorias que, de fato, não são classificadas como iogurte, a exemplo do Neston iogurte líquido (fl.1.930) e Bliss iogurte líquido (fl.1.930), elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos com os valores remanescentes de cada infração.

A Auditora Fiscal da ASTEC/CONSEF cumpriu a diligência, cujo resultado se encontra detalhado nos termos do Parecer ASTEC Nº 0042/2016.

Conforme esclarecido pela diligenciadora, a partir dos demonstrativos resultantes da diligência realizada pela autuante de fls. 1.921 a 1.929 (infração 3); 1.930 a 1.939 (infração 9); 2.048 a 2.065 (infração 13); 1.940 a 1.952 (infração 16); 2.066 a 2.081 (infração 19), realizou a exclusão das mercadorias neston iogurte líquido e bliss iogurte líquido.

Observou a diligenciadora que as demais mercadorias citadas no Parecer da Receita Federal, já tinham sido devidamente excluídas pela autuante. Consignou, ainda, que devido a não disponibilização dos documentos fiscais pelo autuado, onde poderia aferir o código NCM das mercadorias, as exclusões foram realizadas exclusivamente em função da coincidência exata da descrição do produto utilizado no pedido de diligência com as descrições constantes no levantamento fiscal. Registrou que foram impressas as planilhas analíticas referentes às infrações 3, fls. 2.144 a 2.147, 9, fls. 2.148 a 2.183; 16, fls. 2.184 a 2.204. Quanto aos demonstrativos que dão suporte às infrações 13 e 19 esclareceu que se encontram no CD, haja vista que a impressão demandaria mais de 500 folhas de papel.

O resultado da diligência com a exclusão das mercadorias neston iogurte líquido e bliss iogurte líquido, trouxe a seguinte configuração relativamente às infrações 3, 9, 13 e 16.

INFRAÇÕES	Diligência Autuante (fl.2.045)	Após Ajustes Dilig. ASTEC
INFRAÇÃO 03	R\$2.064,57	R\$1.984,59
INFRAÇÃO 09	R\$13.793,32	R\$13.302,52
INFRAÇÃO 13	R\$30.185,25	R\$27.830,20
INFRAÇÃO 16	R\$49.586,08	R\$3.076,17

Cabe observar que as infrações 3, 9 e 16 dizem respeito à falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a operações internas subsequentes nas vendas de iogurte realizadas para contribuintes inscritos neste Estado.

Já a infração 13 se refere a recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária para contribuintes inscritos no Cadastro do ICMS no regime simplificado. Ou seja, o autuado utilizou a alíquota de 7% indevidamente, uma vez que se tratando de operações sujeitas ao regime de substituição tributária, estaria vedado o uso da alíquota de 7% para contribuintes optantes do regime simplificado de apuração do imposto.

É certo que a busca da verdade material deve sempre nortear o processo administrativo fiscal, sendo por esta razão que o feito foi convertido em diligências por esta Junta de Julgamento Fiscal, no intuito de esclarecimentos quanto às infrações 3, 9, 13 e 16 que remanesceram na lide.

Nas diligências acima referidas o impugnante teve oportunidade de exercer plenamente e tempestivamente o seu direito de defesa e do contraditório. Ocorreu que, apesar de intimado pela diligenciadora da ASTEC/CONSEF, o impugnante não atendeu a intimação. Na realidade, pelo relato da diligenciadora pode se inferir que o impugnante protelou até onde pode o atendimento da intimação, culminando com o não atendimento.

Considero relevante o registro feito pela diligenciadora, no sentido de que, não é razoável que um Auto de Infração cuja lavratura ocorreu em 2008 permaneça parado à espera de uma empresa do porte do autuado produzir as provas que diz ter em seu poder.

Cumpra observar que o autuado ao tomar conhecimento do resultado da diligência se manifestou consignando o seu inconformismo quanto aos valores exigidos nestas infrações. Alega a existência de mercadorias que ainda estariam arroladas indevidamente no lançamento, conforme relação que apresenta.

Certamente que o inconformismo do autuado não se sustenta no estágio em que se encontra o presente processo nesta Primeira Instância de julgamento. É indiscutível que a busca da verdade material deve sempre nortear o processo administrativo fiscal, porém, não pode o processo permanecer eternamente sem uma solução, em face de o contribuinte não envidar esforços do seu interesse para tanto.

Diante disso, acolho o resultado da diligência detalhado no Parecer ASTEC Nº 042/2016, para julgar parcialmente subsistentes as infrações 3, 9, 13 e 16, nos valores abaixo:

INFRAÇÕES	Após Ajustes Dilig. ASTEC (R\$)
INFRAÇÃO 03	1.984,59
INFRAÇÃO 09	13.302,52
INFRAÇÃO 13	27.830,20
INFRAÇÃO 16	3.076,17

No que tange à arguição defensiva de que o percentual das multas de 60% a 70% do valor do imposto vai de encontro ao princípio da proibição do confisco e do direito de propriedade, observo que estas se encontram previstas na Lei Estadual nº 7.014/96. Ademais, questões que envolvam inconstitucionalidade não podem ser apreciadas por este órgão julgador, em face de disposição expressa vedando tal apreciação, no caso, o art. 167, do RPAF/99, cuja redação assim dispõe:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Quanto ao pedido do impugnante para que todos os avisos e intimações relativas ao presente processo sejam encaminhadas ao advogado João Alberto P. Lopes Júnior, OAB/BA nº 11.972, com endereço profissional na Av. da França, 164, Edif. Futurus, 7º andar, Comércio, Salvador/BA, CEP 40.010-000, ressalto que nada obsta que o pleito seja atendido e que o órgão competente da repartição fazendária possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço requerido. No entanto, cumpre observar que o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as formas de intimação ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Diante do exposto, o valor do débito apresenta a seguinte configuração:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	RECONHECIDA	26.405,89	26.405,89	70%
02	RECONHECIDA	5.913,89	5.913,89	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	10.094,94	1.984,59	60%
04	RECONHECIDA	2.184,91	2.184,91	60%
05	RECONHECIDA	6.800,95	6.800,95	-----
06	RECONHECIDA	13.773,55	13.773,55	60%
07	RECONHECIDA	58.544,94	58.544,94	70%
08	RECONHECIDA	6.492,78	6.492,78	60%
09	PROCEDENTE EM PARTE	136.186,05	13.302,52	60%
10	RECONHECIDA	22.128,86	22.128,86	60%

11	RECONHECIDA	6.921,62	6.921,62	60%
12	RECONHECIDA	177.532,45	177.532,45	60%
13	PROCEDENTE EM PARTE	39.160,10	27.830,20	60%
14	RECONHECIDA	61.569,92	61.569,92	60%
15	RECONHECIDA	84.888,70	84.888,70	70%
16	PROCEDENTE EM PARTE	352.113,58	3.076,17	60%
17	RECONHECIDA	20.176,29	20.176,29	60%
18	RECONHECIDA	100.637,06	100.637,06	60%
19	RECONHECIDA	57.805,49	57.805,49	60%
20	RECONHECIDA	75.861,08	75.861,08	60%
21	RECONHECIDA	9.058,29	9.058,29	-----
22	RECONHECIDA	2.494,79	2.494,79	60%
TOTAL		1.276.746,13	785.384,94	

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado.”

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

De sua parte, o sujeito passivo, inconformado com a Decisão de Primeira Instância, interpôs, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls. 2294 a 2308), inicialmente descrevendo os fatos e a decisão que julgou procedente em parte o Auto de Infração.

Em seguida, arguiu a nulidade da decisão de piso, por erro material que maculou o acórdão por vício de nulidade, porquanto, embora o contribuinte teria efetuado o pagamento do lançamento referente à infração 13, o qual foi homologado, o acórdão recorrido, ao invés de extinguir o crédito tributário relativo a dita infração, acabou por julgar parcialmente procedente o lançamento, exigindo valor já recolhido.

Aduziu que, como se pode observar, a Recorrente houve por bem realizar o pagamento integral dos débitos relativos às infrações nºs 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21 e 22, sendo todos os pagamentos devidamente informados e comprovados no curso do processo (Petições de fls. 1.317/1.318 e de fls. 1.838/1.839).

Por conta de ter sido o pedido de diligência formulado antes do pagamento dos lançamentos relativos às infrações nºs 4, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20 e 22, houve determinação de realização de diligência que envolvia algumas dessas infrações, as quais, repita-se, na época, ainda não haviam sido quitadas (a diligência abrangeu as infrações nºs 3, 9 e 16 – que não foram objeto de pagamento – e as infrações nºs 13 e 19 – que foram objeto de posterior pagamento, conforme Petição protocolizada em 31/05/2010).

Em que pese o pagamento das infrações nºs 13 e 19 ter sido realizado após o pedido de diligência, fato é que ditas infrações não deveriam mais fazer parte das discussões suscitadas na demanda.

Entretanto, o acórdão deixou de excluir a infração nº 13 de sua análise, muito embora tenha reconhecido e homologado seu pagamento, conforme demonstra o trecho a seguir transcrito:

“Considerando que o autuado efetuou o pagamento do valor do débito reconhecido, inclusive com o benefício da Lei Estadual nº 11.908/2010, no que tange às infrações 4, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20 e 22 cabe à homologação dos pagamentos e, conseqüentemente, a extinção do crédito tributário atinente a estes itens da autuação.”

Aduziu que, de tal maneira, restou evidente a nulidade incorrida no acórdão, tornando o valor exigido incerto, razão pela qual imperiosa se fazia sua anulação, a fim de que fosse substituída ou reformada, corrigindo-se o vício apontado.

Asseverou que a “RESOLUÇÃO” do acórdão contém valores equivocadamente indicados, consignando que: “Ainda em relação aos lançamentos pagos pela Recorrente ao longo deste

processo administrativo, outra contradição foi constatada no v. acórdão recorrido”, passando a explicar em termos de:

“Conforme dito anteriormente, a Recorrente realizou o pagamento integral dos débitos relativos às infrações nºs 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21 e 22. Estes pagamentos já foram devidamente reconhecidos e homologados pela C. Junta de Julgamento Fiscal. In Verbis:

“Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de vinte e duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, entre as quais este reconheceu ainda na defesa inicial as infrações 1, 2, 5, 7, 8, 15 e 21 e, posteriormente, no curso do processo reconheceu as infrações 4, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, inclusive efetuando o pagamento do valor do débito reconhecido.

(...)

Considerando que o autuado efetuou o pagamento do valor do débito reconhecido, inclusive com o benefício da Lei Estadual nº 11.908/2010, no que tange às infrações 4, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20 e 22 cabe à homologação dos pagamentos e, consequentemente, a extinção do crédito tributário atinente a estes itens da autuação.” – Destaques Nossos

“Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado.” – Destaques Nossos”

Argumentou ter o acórdão recorrido homologado o pagamento efetuado pela Recorrente, portanto, a parcial procedência do Auto de Infração diria respeito tão somente às infrações nºs 3, 9 e 16, sendo certo que o valor da condenação final deveria ser arbitrado relativamente a essas mesmas infrações. Contudo, não foi essa a conclusão do acórdão hostilizado, o qual trouxe uma planilha, por meio da qual discriminou o resultado do julgamento para cada uma das 22 infrações imputadas à Recorrente, determinando a intimação da autuada para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$769.525,70 e da multa no valor de R\$15.859,24, totalizando R\$785.384,94.

Assim, apesar de já reconhecidos e homologados os pagamentos realizados, a Decisão concluiu na linha de exigir valor composto dos importes já pagos, incorrendo em evidente erro material, que não pode subsistir.

Destacou que, ao julgar Parcialmente Procedentes as infrações 3, 9 e 16, de acordo com o Parecer ASTEC nº 42/2016, o valor que deveria ter sido indicado na parte dispositiva da decisão seria de R\$ 18.363,27, fazendo-se necessário, portanto, o reconhecimento da nulidade do acórdão em decorrência do vício incorrido.

Adentrando ao mérito, a Recorrente insurgiu-se contra as parcelas remanescentes das imputações, parcialmente procedentes, de nºs 3, 6 e 16, posto que a acusação consistiria na falta de retenção do ICMS e consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes nas vendas de iogurte realizadas para contribuintes inscritos neste Estado, bem como no recolhimento a menos, devido a suposto erro na aplicação da alíquota cabível nas vendas desse produto, uma vez que, tratando-se de operações sujeitas à substituição tributária, estaria vedado o uso da alíquota de 7% para contribuintes sob regime simplificado de recolhimento do imposto.

Salientou que a despeito da razoabilidade do argumento fiscal, seria necessário verificar o que estabelece a legislação baiana sobre o tema, através do art. 353, inciso II, item 3.3 do RICMS/BA, onde consta a determinação de que apenas e tão-somente em relação aos iogurtes classificados na NCM (Nomenclatura Comum do MERCOSUL) sob nº 0403.10.00 é que deveria incidir a retenção antecipada do ICMS por substituição tributária.

Asseverou que os produtos assemelhados a iogurtes, porém enquadrados em outras classificações da NCM, a exemplo das bebidas lácteas, não estariam sujeitos à substituição tributária do ICMS, não se podendo questionar a apuração do imposto com a aplicação da alíquota de 17% para contribuintes normais e da alíquota de 7% para contribuintes sob regime simplificado (SimBahia).

Ressaltou que: “este é exatamente o ponto controverso dos autos. Nenhuma das mercadorias autuadas nas infrações 03, 09 e 16 são “iogurtes”, com NCM 0403.10.00.

Esta questão foi levantada pela Recorrente já em sede de Impugnação, o que ensejou a baixa dos autos para a realização de diligência a fim de verificar se, de fato, os produtos autuados (infrações 03, 09 e 16) eram “iogurtes”, com NCM 0403.10.00.

Observe que o argumento da Recorrente tem fundamento fático e legal. Tanto é verdade que após a realização das diligências, grande parte dos lançamentos foi cancelada pela própria D. Autoridade Fiscal:

Infração	Valor Autuação Fiscal	Valor após Diligências
Infração 03	R\$ 10.094,94	R\$ 1.984,59
Infração 09	R\$ 136.186,05	R\$ 13.302,52
Infração 16	R\$ 352.113,58	R\$ 3.076,17
Total	R\$ 498.394,57	R\$ 18.363,28

Em que pese o cancelamento de quase 97% dos lançamentos, cumpre esclarecer que o restante dos lançamentos é igualmente indevido e pelas mesmas razões.”.

Trouxe aos autos, como fundamento fático, o trecho do acórdão CONSEF nº 0081-03/11, onde a matéria em discussão é idêntica, e, depois de um rigoroso trabalho de diligência, culminou na comprovação de que os mesmos produtos que embasaram a autuação não seriam “iogurtes” e, portanto, não se encontravam sujeitos ao ICMS-ST, fato reconhecido pelo Conselho.

Daí, entendeu que: “o acórdão recorrido ainda exige suposto ICMS-ST relativos a esses produtos, a despeito da resposta formal prestada pela Receita Federal do Brasil e o expresso reconhecimento por este E. Conselho de que esses produtos não são classificados como “iogurtes” (NCM 0403.10.00), mas sim como “bebidas lácteas” (NCM 2202.90.00).”

Concluiu a irresignação, requerendo que a reforma integral do v. acórdão farpeado, a fim de cancelar os lançamentos remanescentes das infrações nºs 3, 9 e 16.

Por último, abordou a respeito do efeito confiscatório da multa, salientando que a interpretação sistemática do art. 5º, inciso XXII da CF/88, levava à conclusão de que o respeito ao direito de propriedade do cidadão é regra fundamental, ainda mais quando se trata de empresas, cuja livre iniciativa e desenvolvimento econômico são garantidos pela Carta da República. Defendeu que deveria ser o direito de propriedade excepcionado ou relativizado apenas em situações muito específicas e, mesmo assim, respeitando-se os demais princípios, sobretudo os da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade.

Alegou que a exigência de multa no valor de 60% a 70% do valor do crédito iria de encontro ao princípio da proibição do confisco e ao direito de propriedade, conforme farta jurisprudência do STF, a exemplo de decisão unânime, proferida em 17/06/98, quando foi concedida liminar na ADI nº 1.075/DF, para suspender a vigência do art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 8.846/94, que previa, para a hipótese de venda de mercadoria sem a emissão de nota fiscal, multa de 300% do valor da operação.

Lembrou que, em diversos julgados, entendeu-se abusivo o percentual fixado a título de multa pelo descumprimento de obrigações acessórias, tendo o Tribunal procedido à redução do percentual, arbitrando outro considerado como mais razoável, proporcional ou justo.

Afirmou, também, que o STF, no RE 78.291, decidiu que o juiz poderia, em regra, reduzir a multa fiscal por equidade (art. 108 do CTN) e, nessa mesma linha, no RE nº 81.550, foi decidido, por unanimidade, pela redução da multa para o patamar de 30%. Também no RE nº 91.707 foi observado que o STF tem admitido a redução de multa moratória imposta com base na lei, quando assume, pelo montante desproporcional, feição confiscatória. Já na apreciação do Agravo

de Instrumento nº 202.902, foi dito ser extravagante a fixação da multa, verdadeiro acessório, em valor correspondente ao principal.

Suscitou que, na remota hipótese de se entender devido o crédito tributário em discussão, impõe-se o provimento do presente Recurso para se afastar a aplicação da multa imputada à Recorrente, tendo em vista seu caráter confiscatório, além de não ser razoável nem proporcional, conforme demonstrado, ou, ao menos, que fosse ela reduzida a patamares razoáveis (20% do valor principal).

Postulou o recebimento do recurso, para que fosse processado, conhecido e provido, concluindo-se pela nulidade do acórdão, ou, julgado improcedente o Auto de Infração, porquanto demonstrado que os produtos autuados não estariam sujeitos à incidência de ICMS por substituição tributária.

VOTO

Consoante detalhadamente relatado, cogitam os autos, nesta fase procedimental, da análise do Recurso de Ofício, face ter a JJF julgado Procedentes em Parte as infrações 3, 9, 13, e 16, conforme previsionado no art. 169, I, “a-1”, do RPAF, e do Recurso Voluntário, o qual se opõe à Decisão relativamente às increpações 3, 9 e 16, todas referentes à falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a operações internas subsequentes nas vendas de iogurte realizadas para contribuintes inscritos neste Estado, bem como no recolhimento, a menos, devido a suposto erro na aplicação da alíquota cabível nas vendas desse produto, uma vez que se tratavam de operações sujeitas à substituição tributária, sendo vedado o uso da alíquota de 7% para contribuintes sob regime simplificado de recolhimento do imposto.

De plano, apreciando o Recurso de Ofício, que julgou Procedentes em Parte as infrações 3, 9, 13, e 16, tendo o contribuinte, em sua defesa, alegado, principalmente, a existência de erros nos levantamentos e demonstrativos de débito que instruíram as quatro infrações apontadas, principalmente argumentando que se tratavam de mercadorias que não estariam submetidas ao regime de ICMS por substituição tributária, no específico, bebidas lácteas.

Examinado cuidadosamente o feito, verifica-se ter sido o decisório recorrido exemplarmente proferido, nesse passo, desmerecendo qualquer tipo de reforma, porquanto os argumentos sustentados pelo sujeito passivo se encontravam alicerçados em elementos probantes incontroversos.

Válido ressaltar que o próprio autuante, e as diligências efetuadas pela ASTEC, conforme retratam, principalmente, as Informações Fiscais de fls. 1921/1929 (infração 3); 1930/1939 (infração 9); 2048/2065 (infração 13); 1940/1952 (infração 16) e 1945/1947, e o Parecer ASTEC 0042/2016, fls. 2142- A, 2142-B acompanhadas de novos demonstrativos de débito, acataram parcialmente as teses e documentos defensivos e, em decorrência, procederam à revisão do lançamento original, posto que os elementos informativos apresentados demonstravam equívocos na apuração.

Nesse contexto, foram julgadas Procedentes em Parte as infrações 3, 9, 13 e 16, as quais se encontravam amparadas em levantamento de saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Destarte, evitando delongas desnecessárias, por ser a matéria eminentemente fática e apresentando-se fidedignas as ponderações defensivas, mediante a apresentação de irrefutáveis provas necessárias à elisão parcial do Auto de Infração, repita-se, confirmadas pelo autuante e pela ASTEC, acompanho integralmente a Decisão da JJF, considerando Procedente em Parte o lançamento atinente às infrações 3, 9, 13 e 16 do Auto de Infração sob análise e, portanto, ratificando a redução do débito.

Concludentemente, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado pela 1ª JJF, mantendo incólume a Decisão recorrida, por se encontrar em consonância com o Direito e a Justiça,

Adentrando a análise do Recurso Voluntário, com efeito, o Recorrente, na sua irresignação recursal, arguiu a nulidade da decisão de piso, por erro material que maculava o acórdão, porquanto teria pagado o lançamento referente à infração 13 e, embora reconhecido e homologado, o acórdão recorrido, ao invés de extinguir o crédito tributário relativo à aludida infração, acabou por julgar Parcialmente Procedente o lançamento, assim, exigindo valor já recolhido.

Sucedendo que tal posicionamento não pode prosperar, na medida em que, tanto a infração nº 13, como as de nºs 9 e 16, foram julgadas Procedentes em Parte, e o valor apurado pela JJF já se encontra desonerado, com base na informação fiscal, consubstanciando o débito tributário de responsabilidade do contribuinte.

Tangentemente ao valor, o Recorrente alegou ter sido pago e que teria sido julgado como devido na Resolução do voto de Primeira Instância, porém, no momento da quitação do Auto de Infração, serão homologadas as importâncias já quitadas, observando-se, inclusive, os benefícios que a Lei nº 13.449/2015 proporcionou ao sujeito passivo.

Disso decorre que o entendimento de nulidade patrocinado pelo sujeito passivo não encontra respaldo no arcabouço legal do Estado da Bahia, porquanto todos os pagamentos efetuados durante a ação fiscal são alocados ao contribuinte e, por ocasião da finalização do processo administrativo fiscal, devidamente homologados e abatidos da exigência apurada no julgamento definitivo, remanescendo, apenas, o saldo julgado procedente e ainda não quitado.

Destarte, fica rejeitado o pleito de nulidade do acórdão de primeira instância pelas razões supra dimensionadas.

No mérito, o recorrente insurgiu-se contra as parcelas remanescentes das imputações, parcialmente procedentes, de nºs 3, 6 e 16, consistindo a acusação na falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a operações internas subsequentes nas vendas de iogurte realizadas para contribuintes inscritos neste Estado, bem como no recolhimento, a menos, devido a suposto erro na aplicação da alíquota cabível nas vendas desse produto, uma vez que, se tratando de operações sujeitas à substituição tributária, estaria vedado o uso da alíquota de 7% para contribuintes sob regime simplificado de recolhimento do imposto.

Com efeito, para decisão do tema, sob a ótica da identidade tanto das mercadorias objeto da autuação, quanto do mesmo contribuinte, o Acórdão nº 0067-11/14, trazido aos autos pelo sujeito passivo, cujo entendimento expressado na sua peça recursal, incide em erro, por ausência da transcrição em toda sua extensão, deixando de mencionar a parte que realmente decidiu a lide anterior, que só foi favorável ao autuado em relação aos produtos que se classificam na NCM 2202.9000, como não iogurtes, adoto o voto do ilustre Conselheiro Eduardo Ramos de Santana, como fundamento suporte para minha decisão:

“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 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.

Os autuantes acatarem 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.”

Dentro desse contexto, mantenho as parcelas remanescentes do julgamento das imputações 3, 6 e 9, objeto do presente Recurso Voluntário.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não pode prosperar. Embora o art. 150, IV, da CF, vede aos entes federativos a utilização do tributo com efeito de confisco, a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não se vincula ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Ademais, não se pode falar em multa confiscatória também pelo fato dela serem legalmente previstas para as infrações apuradas, com disposição expressa no artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Por derradeiro, fica inviabilizada a análise da alegação de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade, em razão deste Órgão colegiado ser incompetente para declará-las, de acordo com o estatuído no art. 167, I, do RPAF.

Entretanto, quanto às infrações 5 e 21, apesar de não ser objeto do Recurso Voluntário, e não ter havido impugnação em relação ao mérito, entendo, por dever, que deve ser aplicado, de ofício, o princípio da retroação benéfica previsto no artigo 106, inciso II, do Código Tributário Nacional, para adequar as penalidades, passando de 10% para 1%, consoante estatuído na Lei nº 13.461/15.

Efetivamente, houve alteração no inciso IX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, através da Lei nº 13.461, de 10/12/15, modificando o percentual da penalidade de 10% para 1% do valor comercial da mercadoria sem o devido registro na escrita fiscal.

Destarte, em razão da aplicação da penalidade atual, menos severa que a prevista na lei vigente à época da autuação, por se tratar de ato não definitivamente julgado, consoante dispõe o art. 106, II, “c”, do CTN, a imputação julgada em primeira instância nos valores históricos de R\$6.800,95 (infração 5) e R\$9.058,29 (infração 21) passa, após a desoneração, para R\$680,09 e R\$905,83 respectivamente.

Ante o exposto, o meu Voto se estratifica na linha do NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, alterando, de ofício, a Decisão recorrida, no que se refere à multa aplicada na infração 05 e 21, de 10% para 1%, e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e, de ofício, adequar a multa de 10% para 1%, modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207101.0002/08-1, lavrado contra **DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA. (DPA BRASIL LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$769.525,70**, acrescido das multas de 60% sobre R\$599.686,17 e 70% sobre R\$169.839,53, previstas, respectivamente no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “e”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.585,92**, prevista no art. 42, IX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS