

PROCESSO - A. I. N° 233038.0001/15-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
RECORRIDOS - NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0083/01-17
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 14/05/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0056-11/18

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. O fiscal diligente trouxe minucioso relatório ilustrado com fotografias dos produtos recebidos em grandes fardos Big Bag, o adicionamento a probióticos e vitaminas, acondicionamento em novas embalagens destinadas ao consumo final, resultando em produto inteiramente diferenciado, e efetuou todas as correções de acordo com a instrução normativa que regula o cálculo da parcela beneficiada do DESENVOLVE, encontrando o valor final conforme demonstrativo de fl. 149. Mantida a Decisão recorrida de ofício. O fiscal diligente guiou-se pela INSTRUÇÃO NORMATIVA 27/2009, e procedeu exatamente às exclusões dos CFOP a respeito do MUCILON, após as correções já efetuadas pelo próprio autuante, e tais valores coincidem quase em todos os meses com o demonstrativo produzido pelo Recorrente, e tais divergências não possuem relação com o produto MUCILON, sendo decorrente de possíveis erros de cálculo referente a outras operações do Recorrente, e se foram da diligência, este não apresentou nenhuma explicação para estas diferenças, nem quando tomou conhecimento do seu resultado antes do julgamento recorrido, nem no Recuso Voluntário. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão proferida pela 1ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em (Acórdão de fls. 234/245) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 07/04/2015, quando foi efetuado lançamento de ofício no valor histórico de R\$8.806.494,08, em decorrência da seguinte infração:

Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação da parcela sujeita à dilação do prazo previsto pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE.

Após a apresentação da defesa (fls. 19/34) e da correspondente informação fiscal (fls. 105/109), da manifestação do autuado, fls. 114/124, o processo foi convertido em diligência à ASTEC à fl. 739, com o fito de examinar *in loco* a industrialização do produto denominado MUCILON, e verificar junto ao autuado o significado das parcelas destacadas em sua planilha intitulada “correção do CFOP” no período de 2012/2014, que totalizou R\$981.899,97 na média de CD fl. 102.

Após a verificação das provas, o fiscal diligente reduziu o Auto de Infração para R\$1.128.932,66 conforme fl. 149. Intimado a se manifestar à fl. 226, o Recorrente silenciou e a instrução foi

concluída e os autos remetidos à apreciação pela 1ª JJF que julgou o auto Procedente em Parte, por unanimidade, o que fez nos seguintes termos, em resumo:

VOTO

Preliminamente, solicita o sujeito passivo, a nulidade da autuação fiscal, argumentando que houve cerceamento ao seu direito de defesa, considerando que a fiscalização não descreveu adequadamente a origem da apuração, nem quais os critérios utilizou para afiançar que o contribuinte lançou como "incentivadas" pelo Programa Desenvolve, operações que deveriam ser lançadas como "não incentivadas"; diz que os dispositivos legais da autuação foram indicados apenas genericamente, que a autuação não foi devidamente fundamentada e que a ausência de motivação é causa de nulidade do ato administrativo, princípio que guarda estrita consonância com as garantias constitucionais à ampla defesa e o contraditório, assegurados constitucionalmente (artigo 5º, LV).

Entendo que não houve qualquer cerceamento aos direitos de defesa do contribuinte, tendo em vista que o procedimento fiscal foi manejado de forma regular e em respeito ao devido processo legal. Não houve indicação genérica dos dispositivos legais, em contrário. A autuação se encontra devidamente fundamentada. A peça inicial dos autos, os demonstrativos fiscais, a Informação Fiscal e demais intervenções do Fisco contemplam o enquadramento legal que autoriza o procedimento fiscal e a forma de apuração dos valores considerados irregulares, em face aos benefícios do Programa DESENVOLVE. Demais questões foram enfrentadas na diligência fiscal, manejada com o fito de esclarecer toda e qualquer controvérsia remanescente no processo administrativo fiscal - PAF e no voto do relator que a procede, com os fundamentos que permitiram ao autuado exprimir sua concordância ou não com os fatos apontados como irregulares, o que, inclusive, o fez, da forma e com os elementos de que dispunha ou entendeu necessários, na defesa das suas teses.

O Auto de Infração, portanto, contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN. O lançamento de ofício encontra-se apto a surtir os seus efeitos fiscais e jurídicos.

Diante da existência de óbices para a apreciação da lide, o PAF foi convertido em diligência fiscal, a fim de esclarecer as questões inerentes à industrialização ou não do produto denominado MUCILON, em face às operações com o CFOP nº 5.102.

Considerou o preposto do Fisco que o autuado lançou como "operações incentivadas", as saídas de mercadorias com CFOP 5.102 (vendas de mercadorias adquiridas e recebidas de terceiros), saídas dos produtos "MUCILON", ao invés de lançá-las como "operações não incentivadas", porque entendeu que tais mercadorias não se submetiam a qualquer processo industrial, no estabelecimento beneficiado. Os respectivos e minuciosos demonstrativos da apuração dos valores exigidos estão acostados nos autos, em mídia CD (fl. 14).

O autuado ingressou nos autos, contestando o entendimento do Fisco, argumentando que apesar de ter se equivocado na consignação do CFOP 5.102, nas notas fiscais, as mercadorias foram fabricadas no seu estabelecimento, no Estado da Bahia, cujas operações de vendas são alcançadas pelo Programa DESENVOLVE.

Explica que ocorreu tão somente a mera indicação incorreta do CFOP nas respectivas notas fiscais de saída, quando deveria ter consignado o código 5.101, que se refere à venda de produção do estabelecimento. Registra que os produtos indicados com o código 5.102 são referentes a produtos da linha MUCILON, cujas matérias primas foram originariamente adquiridas em embalagens industriais e recondicionados para consumo, configurando, portanto, etapa do processo de industrialização que realiza no Estado da Bahia e cujas operações resultantes gozam do benefício do aludido Programa DESENVOLVE.

É cediço que o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/2001, regulamentado pelo Decreto nº 8.205/2002, estabelece incentivos fiscais e financeiros no Estado da Bahia, tendo por objetivo de longo prazo complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado mediante uma série de diretrizes, tendo como base o deferimento do lançamento e o pagamento do ICMS relativo às operações beneficiadas.

Nesse sentido, a NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA foi habilitada aos benefícios do DESENVOLVE através da Resolução nº 102/2006 - e Resoluções posteriores (fls. 81/85) com a diliação do prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS relativo às operações próprias, na produção, entre outros produtos, de leite modificado e leite em pó, conforme estabelecido na classe I, da Tabela I, anexa ao Decreto nº 8.205/02, que aprovou o Programa DESENVOLVE e estabeleceu os percentuais de ICMS com diliação de prazo e de desconto pela antecipação do pagamento da parcela, segundo a classe de enquadramento, possibilitando a carga tributária apontada pela fiscalização.

Antes, oportuno ressaltar que em relação às notas fiscais vinculadas às operações de devolução própria, emitidas para anular os efeitos de nota fiscal de revenda interestadual (emitida, anteriormente, de forma errônea), o autuado estornou tais valores com a emissão de Nota Fiscal de Devolução Própria. O mesmo

ocorreu com relação às notas fiscais com CFOP 5927, emitidas também irregularmente, foi corrigida com a emissão das respectivas notas fiscais CFOP 1949. Tais operações foram corretamente acatadas pelo Auditor Fiscal, durante a sua Informação (fls. 105/109) e excluídas as respectivas exigências, reduzindo a exigência de R\$7.267.389,87.

A controvérsia que permaneceu para a solução da lide instalada foi a definição se as operações com o leite MUCILON se tratavam de simples comercialização de mercadorias, como indicava o Auditor Fiscal autuante ou revenda de operações de fabricação própria, conforme defendeu o contribuinte autuado, o que o permitiria usufruir do aludido benefício fiscal.

Não obstante o cuidado despendido pela fiscalização, no sentido de segregar perfeitamente as operações, consideradas pelo contribuinte autuado, na apuração do ICMS devido normalmente e a parcela sujeita à dilação do prazo, sobretudo, porque somente as saídas vinculadas às operações próprias, geradas em razão do projeto incentivado, estariam beneficiadas pelo DESENVOLVE, não agiu acertadamente o preposto fiscal, ao consignar que as operações com MUCILON não corresponderiam ao conceito de "operações próprias", constantes da Resolução que habilitou o autuado, tendo em vista o destaque equivocado do CFOP 5.102, nas notas fiscais de saída do mencionado produto.

Alegou o autuado que, para os produtos da linha MUCILON, adquire matérias primas em embalagens industriais, recondicionando-as, em seguida, para o consumo, configurando, portanto, etapa do processo de industrialização realizada pela Autuada no Estado da Bahia.

Tem razão o autuado, uma vez que o Regulamento do IPI define o acondicionamento como etapa de industrialização (artigos 3º e 4º, inciso IV), definindo que o processo de acondicionamento consiste na alteração da "apresentação do produto, pela colocação da embalagem", o qual é exatamente o procedimento realizado pela Autuada em seu estabelecimento no que se refere ao produto MUCILON.

A diligência fiscal manejada pelo órgão julgador, executada com maestria e destreza por Auditor Fiscal da ASTEC - Assessoria Técnica do Conselho de Fazenda desse Estado, descreveu de forma minuciosa, através do Parecer 002/17 (fls. 136/220), o processo fabril que envolve o mencionado produto, aduzindo que o autuado: "recebe Mucilon Base de variadas composições (produto semi fabricado), acondicionado em embalagem industrial denominada Big Bag e adiciona Vitaminas e Probióticos, dando origem a um novo produto qual seja o Mucilon Base Blendado, o qual envasa em Sachets, que por sua vez são acondicionados em caixas e, finalmente, expedidos para distribuição ao mercado".

Aludido processo se configura como industrialização, seja à luz do §5º do Art. 2º do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, vigente até 31/03/2012, seja pelo conceito de industrialização contido no Art.4º do Regulamento do IPI (Decreto nº 7.212/10), antes mencionado.

Discorreu ainda o Auditor da ASTEC que as operações com CFOP 5.102 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros), objeto da discussão, se deram, na realidade, com o produto Mucilon envasado em SACHET dos tipos: (i) MUCILON BL Arroz Aveia Sachet 12x230g BR; e (ii) MUCILON BL Arroz Sachet 12x230g BR.

Definido que as operações com o Mucilon, ocorridas no período de janeiro/junho de 2012, era de produção própria do estabelecimento, resta clara a existência de erro formal na indicação do CFOP 5.102, quando deveria ter sido consignado nas notas fiscais de saída o CFOP 5.101 (Venda de produção do estabelecimento), vez que todos os elementos apurados ao longo do processo, sobretudo, após a ação diligencial, indicam que os produtos comercializados em comento foram industrializados no estabelecimento da Empresa e, portanto, sujeitas à dilação de prazo prevista na Resolução Desenvolve nº 102/2006 e alterações posteriores.

Nesse sentido, o Parecer ASTEC 002/17 foi exarado consignando a apuração do débito remanescente, contendo os valores devidos de ICMS a recolher, em face ao erro na determinação da parcela sujeita à dilação do prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, relativo ao período constante na inicial dos autos, após o refazimento das planilhas de cálculos, mês a mês, acostadas aos autos (fls. 153/158), em face à exclusão das operações das operações com o Mucilon, reduzindo a exigência para R\$1.128,932,66. Posição e valores que acato pela pertinência da sua apuração e levantamento.

Sobre a alegação de aplicação de multa com efeito de confisco e pedido para o seu cancelamento ou a sua redução, não o acato, considerando que não existe qualquer ilegalidade no percentual da multa imputada, estando a mesma está prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e porque não se inclui na competência desse órgão julgador a apreciação do princípio da vedação do confisco, garantia encartada no sistema tributário nacional como uma das limitações constitucionais ao poder de tributar e insita no art. 150, IV, da Constituição Federal. A redução da presente multa, contudo, pode ainda ser encaminhada, nos termos do art. 45 da Lei nº 7.014/96.

O presente Auto de Infração é subsistente em parte com crédito tributário, na ordem de R\$1.128,932,66

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos

termos do art. 169 inciso I, alínea “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.

Inconformado, o recorrente apresentou Recurso Voluntário às fls. 255/64. Que devidamente impugnado o Auto de Infração, a 1^a Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente em Parte a autuação, mantendo parcialmente a autuação fiscal sob o fundamento de que (i) o Auto de Infração é subsistente em relação a parte do crédito tributário no montante de R\$1.128.932,66 .

Alega que impõe-se a reforma parcial do v. acórdão recorrido mediante o provimento do presente Recurso Voluntário, de modo a se reconhecer a total improcedência da autuação. Conforme consta nos autos, a autuação fiscal se baseia no fato de que as mercadorias comercializadas pelo Recorrente não estariam abrangidas pelos benefícios fiscais do Programa DESENVOLVE, previstos nos arts. 2º e 3º, do Decreto nº 8.205 37 e 38, da Lei Estadual nº 7.014/96 e nos termos da IN 27/2009.

O Recorrente, em sua Impugnação, informou que (i) houve a indicação incorreta do CFOP nas Notas Fiscais – ao invés de ter indicado o código 5.102, deveria ter indicado o código 5.101, que se refere à venda de produção do estabelecimento; (ii) emitiu Nota Fiscal de devolução para anular os efeitos da Nota Fiscal de Revenda Interestadual emitida com CFOP errado; e (iii) emitiu Nota Fiscal de entrada para anular os efeitos da Nota Fiscal de baixa de estoque emitida com CFOP errado.

O i. Auditor Fiscal reconheceu a improcedência da autuação em relação aos lançamentos cujos efeitos foram anulados por meio de emissão de nota fiscal de devolução e de entrada, restando a exigência quanto a parte das operações.

Em cumprimento ao Princípio da Verdade Material, a Colenda 1^a Junta de Julgamento Fiscal, determinou que a Assessoria Técnica (“ASTEC”) realizasse diligência in loco, a fim de averiguar se o produto MUCILON é industrializado no estabelecimento do Recorrente.

Após realização de diligência in loco, a ASTEC reconheceu que o produto MUCILON é efetivamente industrializado neste Estado, acatando o argumento de que houve utilização equivocada do CFOP 5.102, quando na verdade o CFOP correto para a operação deveria ser 5.101, bem como reconheceu a correção efetuada pelo Recorrente.

Em que pese o distinto trabalho feito pela ASTEC deste Egrégio Conselho que resultou na redução de quase 90% do valor cobrado nestes autos, remanesceu a exigência de ICMS no montante de R\$1.128.932,66, a qual não deve prevalecer, conforme será demonstrado a seguir.

Conforme aludido pelo próprio v. acórdão recorrido, houve um equívoco por parte do Recorrente em suas notas fiscais, em que constou CFOP equivocado, o que levou a D. Autoridade Fiscal a entender que as operações realizadas pelo Recorrente não fariam jus ao benefício fiscal do DESENVOLVE.

Apesar de a ASTEC ter reconhecido que o argumento do Recorrente condiz com os fatos apurados na diligência in loco, o reconhecimento do erro e a exclusão dos lançamentos não foram estendidos a todas as operações pertinentes, resultando num suposto “saldo devedor” de R\$1.128.932,66.

Primeiramente, cumpre esclarecer que em momento algum o Recorrente reconheceu que deve o valor de R\$981.899,97, conforme alegado nos autos. O que aconteceu foi que, como sinal de boa-fé, o Recorrente formulou seus próprios cálculos, segregando as planilhas com divisões pautadas em critérios de distribuição interna dos produtos que industrializa. Por esta razão, a i. Assessoria Técnica deixou de estabelecer a relação dos valores lançados durante a diligência realizada, no que diz respeito ao valor de R\$1.128.932,66.

Contudo, o Recorrente esclarece que todas as operações abrangidas neste suposto saldo remanescente também foram autuadas em razão da utilização incorreta do CFOP. Ocorre que este fato foi ignorado pelo v. acórdão recorrido, que reconheceu somente em parte os argumentos levantados pelo Recorrente.

Repare que a constatação da mera troca de CFOP já foi atestada nestes autos pela própria Assessoria Técnica deste Egrégio Conselho, ou seja, é fato incontrovertido que a presente autuação decorre de mero erro formal nas notas fiscais fiscalizadas. Este erro formal foi corrigido consoante procedimento explicitado nos autos (emissão de nota de devolução e de nova nota de entrada).

Neste sentido, vale apontar que não há nenhuma razão no v. acórdão recorrido que justifique o julgamento parcial da improcedência da autuação. Data *venia*, as razões que levaram os Ilustres Julgadores da 1^a Junta de Julgamento Fiscal a cancelar quase 90% dos lançamentos do Auto de Infração em debate são as mesmas razões que justificam o cancelamento da parcela considerada “remanescente”, qual seja utilização equivocada de CFOP. Dessa forma, o Recorrente reitera que descabe impedir a fruição do benefício do Desenvolve apenas em razão de um equívoco formal já devidamente corrigido.

Importante ressaltar que o objetivo do Programa em questão é o de complementar e diversificar a matriz industrial do Estado da Bahia. Portanto, seria totalmente contrário ao objetivo do Programa impedir o gozo do benefício fiscal apenas em razão de um erro formal (já corrigido).

Desse modo, o argumento de que o “saldo remanescente” diz respeito a questões não esclarecidas pelo Recorrente é totalmente infundado, visto que já restou demonstrado nos autos que existiu um mero erro formal na indicação do código nas Notas Fiscais, conforme esclarecido pela próprio Recorrente em sua defesa.

Restou claramente comprovado nos autos que as mercadorias do Recorrente indicadas como “incentivadas” pelo Programa DESENVOLVE estavam com indicação do CFOP errado, o que não altera a natureza da operação, não havendo que se questionar o direito à fruição do benefício fiscal.

Portanto, o v. acórdão recorrido deve ser parcialmente reformado, para que seja reconhecida também a improcedência da autuação fiscal no que se refere saldo remanescente de R\$1.128.932,66, reconhecendo-se o direito do Recorrente de se utilizar dos benefícios do Programa DESENVOLVE em relação a todas as operações autuadas.

Por fim, os Ilustres Julgadores da 1^a Junta de Julgamento Fiscal entenderam que não tem competência para declarar a constitucionalidade da legislação estadual. Deste modo, reiteram-se as alegações já deduzidas na Impugnação. Vejamos.

Caso a exigência não seja extinta na sua integralidade, cumpre destacar que não cabe a aplicação da multa exigida na autuação ora combatida, haja vista que o Recorrente não cometeu as infrações descritas no Auto de Infração.

Ademais, destaca-se o evidente caráter confiscatório da penalidade imposta à Recorrente, em que lhe foi atribuído o pagamento de multa correspondente a **60% do valor do principal**, negando vigência aos artigos 5º, inciso XXII, e 170, inciso II da Constituição Federal, que garantem a propriedade privada, além de ferir os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e do não-confisco (art. 150, IV, CF).

Portanto, na remota hipótese de se entender devido o crédito tributário em discussão, o que se admite apenas a título de argumentação, impõe-se seja provido o 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 esta seja reduzida a patamares razoáveis (20% do valor principal).

Em face de todo o exposto, requer seja o presente recurso recebido, processado e conhecido para que, ao final seja-lhe dado provimento para reformar parcialmente o v. acórdão recorrido e julgar integralmente improcedente o Auto de Infração nº 233038.0001/15-4, pelas razões acima expostas; e caso não seja cancelada integralmente a autuação, o que se admite apenas para argumentar, o Recorrente requer seja afastada a multa aplicada, ou sua redução para patamares razoáveis (20% sobre o valor do principal).

Protesta o Recorrente pela apresentação de suas razões recursais em sustentação oral perante este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual, nos termos do artigo 163 do Decreto nº 7.629/99.

Por fim, requer que todos os avisos e intimações relativos a este processo sejam realizados exclusivamente em nome do advogado João Alberto P. Lopes Júnior (OAB/BA nº 11.972), com endereço profissional na Av. da França, 164, Edf. Futurus, 7º Andar, Comércio, Salvador-Bahia CEP 40.010-000.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício e também Voluntário, em virtude de julgamento de primeira instância que reduziu o Auto de Infração de valor elevado para apenas uma pequena fração do valor lançado inicialmente, e o imposto remanescente sendo alvo de inconformismo por parte do contribuinte, também recorreu a esta câmara pedindo pela reforma parcial do decisum recorrido, ou a total improcedência do lançamento.

De início, reporto-me às razões do Recurso de Ofício. Trata-se de infração única em que o contribuinte lançou em seu cálculo para efeitos de pagamento do ICMS apurado, determinadas operações que ele considerou “*incentivadas*” pelo Programa Desenvolve, e que o autuante entendeu como “*não incentivadas*” e calculou um recolhimento a menos do imposto na quantia de R\$8.806.494,08.

Após a defesa inicial, tendo apresentado indícios de erros materiais no levantamento inicial, o autuante na informação fiscal às fls. 129/30 reduziu o valor lançado inicial para R\$7.267.389,87. Isto porque acatou parcialmente os argumentos defensivos do Recorrente que em síntese foram os seguintes:

- 1- *Erro de CFOP (5.102 em vez de 5.101) lançando na escrita fiscal mercadorias aqui fabricadas, e incentivadas, como se fossem mercadorias recebidas de terceiros.*
- 2- *Notas fiscais de venda, que não se confirmaram e posteriormente teve notas fiscais de devolução emitidas, corrigindo a saída. O autuante não considerou essas devoluções e tributou erroneamente.*
- 3- *Também emitiu incorretamente notas fiscais de baixa de estoque (CFOP 5.927) e tendo posteriormente emitido notas fiscais de entrada (CFOP 1.949) o autuante não considerou estas correções.*

Tendo apresentado a referência das notas fiscais à fl. 29, o autuante prontamente corrigiu o lançamento em relação aos itens 2 e 3, contudo entendeu não haver erro no item 1, isto porque o produto MUCILON, o autuante insistiu ter sido industrializado mesmo fora do Estado. O PAF foi convertido em diligência fiscal, a fim de esclarecer as questões inerentes à industrialização ou não do produto denominado MUCILON, em face às operações com o CFOP nº 5.102.

Nos termos do próprio acórdão recorrido, a diligência fiscal realizada pela ASTEC - Assessoria Técnica do Conselho de Fazenda desse Estado, descreveu de forma minuciosa, através do Parecer 002/17 (fls. 136/220), o processo fabril que envolve o mencionado produto, aduzindo que o autuado: “*recebe Mucilon Base de variadas composições (produto semi fabricado), acondicionado em embalagem industrial denominada Big Bag e adiciona Vitaminas e Probióticos, dando origem a um novo produto qual seja o Mucilon Base Blendado, o qual envasa em Sachets, que por sua vez são acondicionados em caixas e, finalmente, expedidos para distribuição ao mercado*”.

Comungo o entendimento do Relator a quo, uma vez que o MUCILON recebido não está inteiramente pronto para o consumo final, tendo sido um produto base, que recebe aditivos e recebe novas embalagens apropriadas para venda a consumidor final. O próprio RIPI corrobora o entendimento do Relator a quo, já que o próprio acondicionamento já é definido como etapa de industrialização e que o próprio RICMS/BA vigente à época dos fatos geradores também confirma ser o MUCILON um produto aqui industrializado, embora seja recebido em etapa de industrialização já concluída fora do estado.

Vejamos o que diz o §5º do Art. 2º, incisos I e IV do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, vigente até 31/03/2012:

§ 5º Para os efeitos deste regulamento, consideram-se produtos industrializados aqueles relacionados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI) (Decreto nº 4.542, de 26 de dezembro de 2002), decorrentes de operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo, tais como:

I - transformação, assim entendida a que, executada sobre matéria-prima ou produto intermediário, resulte na obtenção de espécie nova;

IV - acondicionamento ou reacondicionamento, a que importe alteração da apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição à originária, salvo quando se tratar de simples embalagem de apresentação de produto primário ou de embalagem destinada apenas ao transporte da mercadoria;

Assim, O fiscal diligente trouxe minucioso relatório ilustrado com fotografias dos produtos recebidos em grandes fardos Big Bag, o adicionamento a probióticos e vitaminas, acondicionamento em novas embalagens destinadas ao consumo final, resultando em produto inteiramente diferenciado, e efetuou todas as correções de acordo com a instrução normativa que regula o cálculo da parcela beneficiada do DESENVOLVE encontrando o valor final, conforme demonstrativo de fl. 149 (R\$1.128.932).

Face ao exposto, considero pertinentes as alterações procedidas pela ASTEC e mantendo a Decisão recorrida de ofício.

No Recuso Voluntário, o Recorrente em resumo diz que apesar de a ASTEC ter reconhecido que o argumento do Recorrente condiz com os fatos apurados na diligência in loco, procedeu às alterações para um “saldo devedor” de R\$1.128.932,66.

Esclarece que em momento algum o Recorrente reconheceu que deve o valor de R\$ 981.899,97, conforme alegado nos autos. O que aconteceu foi que, como sinal de boa-fé, o Recorrente formulou seus próprios cálculos, segregando as planilhas com divisões pautadas em critérios de distribuição interna dos produtos que industrializados. Por esta razão, a i. Assessoria Técnica deixou de estabelecer a relação dos valores lançados durante a diligência realizada, no que diz respeito ao valor de R\$ 1.128.932,66.

Contudo, o Recorrente esclarece que todas as operações abrangidas neste suposto saldo remanescente também foram autuadas em razão da utilização incorreta do CFOP. Ocorre que este fato foi ignorado pelo v. acórdão recorrido, que reconheceu somente em parte os argumentos levantados pelo Recorrente. Neste sentido, vale apontar que não há nenhuma razão no v. acórdão recorrido que justifique o julgamento de parcial da improcedência da autuação. Dessa forma, o Recorrente reitera que descabe impedir a fruição do benefício do Desenvolve apenas em razão de um equívoco formal já devidamente corrigido.

Bom, primeiro deve-se ressaltar que às fls. 99/101 o Recorrente requereu juntada de planilha de cálculo com o fim de auxiliar a sua própria defesa, mediante correções dos CFOP do lançamento inicial, e esta correção apresenta valores que em quase todos os meses coincide com o da diligência. Tomando como exemplo os meses iniciais de janeiro e fevereiro de 2012, tanto a planilha do Recorrente como do fiscal diligente apresentam exatamente os mesmos valores, respectivamente R\$297.373,37 e R\$32.771,61.

Em verdade, conforme muito bem explicado pelo diligente à fl. 748, entre janeiro de 2012 e dezembro de 2014, ou seja, ao longo de 3 exercícios, houve divergências apenas em 3 meses, abril e maio de 2012 e novembro de 2013, que resultou em diferença um pouco maior que o encontrado pelo Recorrente.

Ora, o fiscal diligente guiou-se pela INSTRUÇÃO NORMATIVA 27/2009, e procedeu exatamente às exclusões dos CFOP a respeito do MUCILON, após as correções já efetuadas pelo próprio autuante, e tais valores coincidem quase em todos os meses com o demonstrativo produzido pelo Recorrente, e tais divergências não possuem relação com o produto MUCILON, sendo decorrente de possíveis erros de cálculo referente a outras operações do Recorrente, e se foram da diligência e este não apresentou nenhuma explicação para estas diferenças, nem quando tomou conhecimento do seu resultado antes do julgamento recorrido, nem no Recuso Voluntário.

Assim exposto, no Recurso Voluntário, ao contrário da impugnação inicial, quando o Recorrente prontamente relacionou 3 erros flagrantes do lançamento, sendo 2 corrigidos pelo autuante e 1 pela ASTEC, não logrou apresentar quaisquer justificativas de erros da diligência, nem tampouco explicou que erros teria cometido em sua própria planilha elaborada por ele próprio.

Ressalte-se que tendo havido coincidência de quase todos os meses entre os valores das duas planilhas, bastaria ao Recorrente ao menos apurar que razões teria para haver diferenças nos poucos meses divergentes e a partir do demonstrativo que teve acesso após a diligência efetuada e frise-se sem se pronunciar antes do julgamento de primeira instância, insiste apenas em não reconhecer seu próprio cálculo de R\$ 981.899,97, alegado que foi em sinal de boa-fé, que formulou seus próprios cálculos, segregando as planilhas com divisões pautadas em critérios de distribuição interna dos produtos que industrializados, contudo sem trazer qualquer explicação razoável para que sua boa fé levasse a incorrer em erros contra si próprio.

Trago a lume dois dispositivos do RPAF, como fundamentos que impedem o atendimento do pleito para reforma do acórdão:

Art. 142. 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.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto ao caráter confiscatório da penalidade imposta à Recorrente, a inconstitucionalidade da multa e o pedido para se afastar a aplicação da multa imputada à Recorrente, e que seja reduzida a patamares razoáveis (20% do valor principal), o art. 167 do RPAF exclui textualmente a competência deste órgão para exame de constitucionalidade das leis estaduais. A multa encontra-se amparada na Lei nº 7.014/96 e encontra-se vigente e válida.

Quanto à pretensão da redução de multas, o art. 159 do RPAF que permitia a redução de multas por descumprimento de obrigação principal ao apelo de equidade, foi revogado pelo Decreto nº 16.032, de 10/04/15, DOE de 11/04/15, efeitos a partir de 11/04/15.

Quanto às intimações relativos a este processo, foi pedido que sejam realizados exclusivamente em nome do advogado João Alberto P. Lopes Júnior, em seu endereço. Embora nada impeça que a administração assim o faça, nos termos do art. 109 do RPAF, considera-se efetivada a intimação quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente.

Face ao exposto, mantenho a Decisão recorrida e NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e também ao Recurso Voluntário. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

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 homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233038.0001/15-4, lavrado contra **NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.128.932,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS