

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0001/16-0
RECORRENTE - NESTLÉ BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
PROCESSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0260-03/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/07/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0221-12/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. FALTA DE ESTORNO. Mantida a exigência fiscal. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Revisão efetuada pela autuante com base em comprovações carreadas aos autos pelo impugnante reduz o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência fiscal, e não apreciada a alegação de confiscatoriedade da multa aplicada por faltar competência a esta instância de julgamento. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Temos em análise Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/06/2016 para cobrar ICMS no valor de R\$41.415,80, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

Infração 03 - 01.05.03. Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de maio a setembro e novembro e dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$2.364,79, acrescido da multa de 60%.

Consta como suplemento que “O contribuinte não efetuou estorno de crédito estabelecido no art. 6º do Decreto 7.799/00, que determina que os créditos fiscais relativos a mercadorias, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D, 3º-E e 3º-F do Decreto nº 7.799/00, não pode exceder a 10% (dez por cento) do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição de mercadorias. Tudo conforme DEC. 7.799/00 - FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO - ANEXO 3 e DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO DE ESTORNO DE CRÉDITO - ANEXO 4, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte.”;

Infração 04 - 07.02.03. Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$19.443,96, acrescido da multa de 60%.

Consta como suplemento que “Tudo conforme DEMONSTRATIVO DO ICMS SUBSTITUIDO - RETENÇÃO - ANEXO 5 e PAUTA - ANEXO 6, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte.”;

Infração 05 - 07.15.05. Multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a agosto de 2013. Exigida multa no valor de R\$14.208,26.

Consta como suplemento que “Tudo conforme DEMONSTRATIVO DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL - ANEXO 7 e DEMONSTRATIVO DO PAGAMENTO DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL - ANEXO 8, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte.”

A 3ª JF apreciou a lide em 13/12/2016 e decidiu pela Procedência em Parte, em Decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos:

VOTO

O defendente suscitou preliminar de nulidade do presente Auto de Infração, alegando cerceamento de defesa por não conhecer as razões exatas que lavaram à exação pretendida pelo Fisco.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo pela rejeição das nulidades argüidas pelo atuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o atuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Constató também que o imposto e sua base de cálculo foram apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Assim, resta evidenciado nos autos que não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto ao pedido do atuado de diligência e perícia, fica indeferido com base no art. 147, incisos I e II, alínea "a", do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

No mérito, o Auto de Infração cuida de cinco infrações à legislação tributária do ICMS, consoante descrição circunstanciada enunciada no preâmbulo do relatório.

A infração 01 e apura a utilização indevida crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, conforme demonstrativo acostado às fls. 18 e 19.

O atuado em sua impugnação informou que cometera um equívoco ao atender solicitação da fiscalização para decompor o crédito fiscal escriturado no mês de dezembro de 2013, valor de R\$860.217,78, pois, incluiu a Nota Fiscal de nº 310538, que não se relaciona com a matéria, pois se trata de transferência de mercadorias para sua filial de Itabuna.

A autuante ao prestar informação fiscal destacou que, depois de examinar a alegação da defesa apresentada somente depois da lavratura do Auto de Infração verificou que se torna necessária a inclusão da Nota Fiscal de nº 310.316 e a exclusão da Nota Fiscal de nº 310.518. Informou que foram refeitos os cálculos na Composição do Lançamento de Crédito - Anexo 9, fls. 264 e 265, que resultou na inexistência de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS.

Ao compulsar as peças que compõem a apuração desse item da autuação precipuamente o demonstrativo constante do Anexo 9, carreado aos autos pela autuante constato que com as correções realizadas, de fato, não mais remanesce crédito fiscal indevido relativo ao montante de R\$860.217,78, depois da nova decomposição do lançamento de crédito, objeto da autuação.

Assim, acolho a revisão levada a efeito pela autuante ao proceder a informação fiscal e concluo pela insubsistência da Infração 01.

A infração 02 cuida da utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, consoante demonstrativo acostado às fls. 23.

O sujeito passivo em suas razões de defesa sustentou que a fiscalização não considerou que consoante o Termo de Acordo por ele celebrado com o Estado da Bahia nos termos do Dec. 7799/00, art. 2º, em janeiro e abril de 2013 lançou crédito no valor equivalente a 16,667%, do imposto incidente nas operações interestaduais com quaisquer mercadorias.

A autuante, depois de examinar as alterações do art. 2º do Dec. 7799/00, consoante análise pormenorizada, fls. 253 e 254, e confrontar com as datas dos fatos geradores das quatro notas fiscais que não foram consideradas no demonstrativo desse item da autuação e que resultaram na exigência apurada, refez o Demonstrativo - Crédito Art. 2º do Dec. nº 7799/00 - Anexo 10, fls. 260 a 263, que apurou a inexistência de utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS.

Depois de analisar a intervenção da autuante, acato a correção efetuada que resultou na inexistência de utilização indevida de crédito fiscal presumido extinguindo a exigência inicialmente apurada.

Concluo pela subsistência da Infração 02.

A infração 03 apura falta de estorno do crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de maio a setembro e novembro e dezembro de 2013. Demonstrativo à fl. 24.

Em sede de defesa, o impugnante contestou a autuação sustentando que consoante o princípio da não-cumulatividade, as únicas exceções para não utilização integral dos créditos fiscais seriam a ocorrência de isenção e a não-incidência nas operações subsequentes. Asseverou que a autuação se constitui em flagrante desrespeito ao princípio da não-cumulatividade, previsto na CF/88, o cerceamento à utilização do integral de crédito do ICMS nas aquisições de mercadorias com saída subsequente beneficiado com redução do imposto.

Ao prestar informação fiscal a autuante frisou que, na condição signatário do Termo de Acordo Atacadista - Dec. 7799/00, para fruição dos benefícios do aludido Termo, o defendente terá que atender a todas as condições previstas no referido Decreto. Enfatizou que, de acordo com o art. 6º, do aludido decreto, não poderá exceder a 10% do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos de aquisição de mercadorias, nas operações subsequentes amparadas por benefício fiscal previsto no Dec. 7799/00.

Assim, resta patente o autuado está sujeito ao estorno de crédito estatuído pelo art. 6º do Dec. 7799/00.

Nestes termos, fica mantida a autuação atinente ao item 03 do Auto de Infração.

A infração 04 cuida da falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, consoante demonstrativo colacionado às fls. 23 a 38.

Em suas razões de defesa, o sujeito passivo sustentou a improcedência dessa autuação tendo em vista que o autuante não atentou para o fato de que não há incidência de ICMS/ST nas operações de transferência de estoque, tais como algumas operações objeto da autuação. Asseverou que as operações autuadas são exatamente de transferência de estoque sobre as quais não incide ICMS/ST. Sustentou também que foi aplicado sobre o valor da Pauta Fiscal a MVA em discordância com a Instrução Normativa nº 04 que, segundo seu entendimento, já considera o valor da MVA na Pauta.

A autuante na informação fiscal observou que a alegação da defesa tem procedência parcial, haja vista que, de acordo com o inciso I, §8º, da Lei 7.014/96, de fato não se fará retenção quando a mercadoria se destinar a estabelecimento filial atacadista situada neste Estado. Entretanto, revela que nem todas as operações relacionadas no “Demonstrativo do ICMS Substituído - Retenção” são de transferências de estoques. Informou que procedera a exclusão das operações de transferências de estoque no novo demonstrativo de apuração que elaborou que resultou, fls. 266 e 267 resultou na redução do débito para R\$16.919,09.

Comungo com o entendimento esposado pela autuante, tendo em vista que, de fato, não se faz retenção nas transferências destinadas a estabelecimento atacadista neste Estado, consoante previsão o inciso I, §8º, da Lei 7.014/96, in verbis:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

[...]

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:

[...]

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial;”

Ao compulsar as exclusões efetuadas pela autuante, verifico que, efetivamente, não mais consta da exigência no item 04 da autuação qualquer operação de transferência.

Logo, considerando que mesmo após a exclusão das operações de transferências subsistem as demais operações remanescentes no novo demonstrativo elaborado pela autuante.

No que concerne a alegação da defesa de que a Instrução Normativa 04/2009 já considera a MVA para a definição da Pauta Fiscal não deve prosperar, uma vez que claramente se depreende do teor do referido ato normativo ao não fazer referência alguma a qualquer inclusão da margem de valor agregado. Do mesmo modo não tem fundamento a alegação de que fora aplicada erroneamente a MVA sobre a Pauta Fiscal, haja vista que o Protocolo ICMS 50/05 expressamente determina indistintamente a aplicação da MVA na apuração da base cálculo, tanto ao preço praticado pelo sujeito passivo, quanto ao valor de referência, em sua cláusula segunda, in verbis:

“Cláusula segunda A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço praticado pelo sujeito passivo por substituição tributária, acrescido do valor

correspondente ao frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, não podendo este montante ser inferior ao valor de referência, adicionado ainda, em ambos os casos, das seguintes margens de valor agregado:"

Logo fica patente o acerto da autuação.

Acolho o valor de R\$16.919, 09, consignado no Anexo 11, fls. 266 e 267 e CD fl. 268, conforme discriminado a seguir.

| DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO 04 | | | |
|---------------------------------------|-----------------|----------|--------------|
| Data de Ocor. | Base de Cálculo | Aliquota | Valor devido |
| 31/01/13 | 5.908,94 | 17,0% | 1.004,52 |
| 28/02/13 | 5.081,35 | 17,0% | 863,83 |
| 31/03/13 | 6.332,94 | 17,0% | 1.076,60 |
| 30/04/13 | 5.043,47 | 17,0% | 857,39 |
| 31/05/13 | 5.943,47 | 17,0% | 1.010,39 |
| 30/06/13 | 5.306,29 | 17,0% | 902,07 |
| 31/07/13 | 10.955,82 | 17,0% | 1.862,49 |
| 31/08/13 | 13.673,06 | 17,0% | 2.324,42 |
| 30/09/13 | 12.294,12 | 17,0% | 2.090,00 |
| 31/10/13 | 13.589,65 | 17,0% | 2.310,24 |
| 30/11/13 | 7.918,00 | 17,0% | 1.346,06 |
| 31/12/13 | 7.476,82 | 17,0% | 1.271,06 |
| T O T A L | | | 16.919,07 |

Concluo pela procedência parcial da infração 04.

A infração 05 sugere a de multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

O sujeito passivo sustentou a improcedência explicando que não cometeu a infração veiculada nesse item da autuação. Informou que as operações autuadas são relativas a mercadorias afetadas pela redução de base cálculo, não ocorrendo a antecipação parcial.

A autuante ao prestar informação fiscal disse que a alegação é improcedente tendo em vista que no levantamento fiscal as operações cujas mercadorias são alcançadas pela redução de base de cálculo de modo que a carga tributária aplicada seja equivalente a 7% tiveram a base de cálculo reduzida 58,825%, o que equivale a carga tributária de 7%, conforme se verifica no Anexo 7, fls. 41 a 49.

Depois de analisar o demonstrativo de apuração desse item da autuação constato que o procedimento de apuração adotado pela autuante corresponde ao preconizado pela legislação, restando, portanto, comprovado o cometimento da infração.

Concluo pela subsistência da Infração 05.

Em relação às multas indicadas no Auto de Infração afiguram-se devidamente tipificadas para cada uma das irregularidades apuradas, estando em total consonância com previsão expressa no art. 42, da Lei 7.014/96.

No que concerne ao argumento de que o percentual das multas propostas seria abusivo, de caráter confiscatório e inconstitucional, observo que, em conformidade com o disposto no art. 167, inciso I, do RPAF-BA/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Quanto ao pedido de redução da multa, sob o argumento de ter agido com boa-fé, não acolho a pretensão do autuado, tendo em vista que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal.

No tocante à solicitação do defendente para que todos os avisos e intimações relativas a este processo sejam realizados exclusivamente em nome do advogado João Alberto P. Lopes Júnior (OAB/BA nº 11.972), com endereço profissional na Avenida da França, 164, Edifício Futurus, 7º Andar, Comércio, Salvador, Bahia, CEP 40.010-000, saliento que inexistente qualquer impedimento para que tal providência seja tomada pela Secretária deste CONSEF. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF-BA/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108 e 109 do RPAF-BA/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Assim, conforme expandido, concluo pela subsistência parcial da autuação nos termos a seguir discriminados.

| DEMONSTRATIVO COMPARATIVO DE INFRAÇÃO X JULGAMENTO | | | AUTO |
|---|---------------------|------------------|------------------|
| Infração | Auto de Infração | Inf.. Fiscal | Julgamento |
| 01 | 4.177,72 | 0,00 | 0,00 |
| 02 | 1.218,07 | 0,00 | 0,00 |
| 03 | 2.364,79 | 2.364,79 | 2.364,79 |
| 04 | 19.446,96 | 16.919,09 | 16.919,09 |
| 05 | 14.208,26 | 14.208,26 | 14.208,26 |
| TOTAIS | 41.415,80 | 33.492,14 | 33.492,14 |

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Inconformada com a decisão de primeira instância a autuada interpôs Recurso Voluntário fls. 332/344.

Preliminarmente pede a nulidade do auto, alegando cerceamento de defesa devido ao indeferimento de diligência.

Diz que o: “acórdão recorrido entendeu por bem não acatar o pedido de realização de perícia formulado pela Recorrente, sob a justificativa de que os elementos constantes nos autos seriam suficientes para formar o convencimento dos i. Julgadores”.

Assim, “... a realização da perícia é fator imprescindível para a solução da controvérsia instaurada nestes autos.” E a “negativa de sua realização por parte da i. Junta de Julgamento Fiscal implica em grave cerceamento de defesa, o que não se pode tolerar.”

Em relação à infração 4, o acórdão recorrido, não merece prosperar, haja vista o claro vício de nulidade incorrido.

Aduz que ao lavrar o Auto de Infração, a d. Fiscalização aplicou sobre o valor de pauta fiscal o índice de MVA – “Margem de valor agregado”. Contudo, ao invés de se aplicar o MVA somente uma vez sobre o valor de pauta fiscal, o valor de pauta dos produtos autuados está acrescido de MVA por duas vezes.

Conforme demonstrado em sede de Impugnação, a Instrução Normativa nº 04/2009 já considera o valor do MVA para definição da Pauta para os produtos na Bahia, no entanto, a d. autoridade fiscal aplicou novamente o MVA. Ora, trata-se de erro grave e que compromete, inclusive, a liquidez e a exigibilidade do lançamento em combate, uma vez que não há exatidão nos valores lançados pela d. Fiscalização.

Assegura que o: “acórdão recorrido afirma que, nos termos da cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 50/05, o MVA deve ser aplicado indistintamente na apuração da Base de Cálculo. Data vênua, a cláusula segunda dispõe expressamente que o MVA deve ser aplicado sobre o preço praticado pelo sujeito passivo por substituição tributária. In Vebis:”

“Cláusula Segunda:

A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço praticado pelo sujeito passivo por substituição tributária, acrescido do valor correspondente ao frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, não podendo este montante ser inferior ao valor de referência, adicionado ainda, em ambos os casos, das seguintes margens de valor agregado”

“Ora, a Pauta Fiscal aplicada pela D. Autoridade Fiscal não corresponde ao preço praticado pelo sujeito passivo por substituição tributária. Tanto a Pauta Fiscal quanto a aplicação do MVA sobre o preço praticado pelo sujeito passivo por substituição tributária são estimativas matemáticas para calcular o preço final da mercadoria sujeita ao recolhimento do ICMS/ST.

Por certo, a aplicação dos dois métodos matemáticos ao mesmo tempo representa aumento indevido da base de cálculo, em desacordo com a própria legislação baiana (Instrução Normativa nº 04/2009).

Sendo assim, impõe-se o reconhecimento da nulidade do v. acórdão recorrido por esta C. Câmara de Julgamento Fiscal.”

No mérito tece as seguintes considerações:

Quanto à infração 3 acórdão concluiu que a Recorrente teria deixado de estornar créditos de ICMS relativos às saídas com base de cálculo reduzida, em razão do benefício decorrente do TARE firmado entre o Recorrente e o Estado da Bahia.

O impedimento à utilização do crédito de ICMS na hipótese ora discutida é flagrante desrespeito ao Princípio da Não-cumulatividade desse imposto, exposto no artigo 155, inciso II, § 2º, I, da Constituição Federal, e no artigo 19 da Lei Complementar nº 87/1996, *In verbis*:

Constituição Federal

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;”

Lei Complementar nº 87/1996

“Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.”

Nos termos dos artigos mencionados, a entrada de bens, havendo destaque de ICMS, dá ao contribuinte o direito ao crédito, que deverá ser compensado nas operações subseqüentes. No mesmo sentido, assim dispõe o artigo 20, caput, da Lei Complementar nº 87/1996:

“Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.” – grifo originais

Neste contexto, a Constituição Federal previu somente duas exceções ao Princípio da Não-Cumulatividade: isenção e não incidência. Desta forma, qualquer hipótese que impeça o contribuinte de creditar-se do ICMS pago em operações anteriores revela notória inconstitucionalidade, devendo ser afastada.

Ora, a Recorrente, ao vender as mercadorias, se utilizou de crédito de ICMS da operação anterior, algo permitido pela Constituição Federal, não havendo, portanto, que se questionar a utilização integral desses créditos.

Não estamos diante de uma situação de isenção ou de não incidência, que justifique o impedimento da tomada integral do crédito de ICMS. Trata-se de benefício fiscal de redução da base de cálculo, não havendo o que se falar em estorno de crédito.

Desse modo, a exigência do estorno dos créditos é totalmente infundada, visto que o que existiu foi a mera redução da base de cálculo, sendo o ICMS foi devidamente recolhido, não havendo que se questionar o aproveitamento dos créditos existentes nas entradas dessas mercadorias.

Portanto, o v. acórdão recorrido deve ser reformado, no que se refere ao reconhecimento do suposto aproveitamento indevido de crédito do ICMS.

Em relação à exigência de ICMS/ST – Infração 4, assim se posicionou:

1. Em que pese o reconhecimento pela D. Junta de Julgamento Fiscal de parte dos lançamentos como operações de transferência de estoque, cumpre salientar que restaram inobservadas outras operações de mesma natureza.

2. *O v. acórdão recorrido reconheceu que a Recorrente não teria promovido a retenção e o consequente recolhimento de ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, em relação às operações listadas nos Anexos 5 e 6, de saídas internas a contribuintes localizados no Estado da Bahia.*
3. *No entanto, tanto a d. Autoridade Fiscal, quando a Junta a quo não se atentaram para o fato de que não há diferença na natureza das operações autuadas neste item que justifique a manutenção parcial da cobrança. Ou seja, o reconhecimento já havido de que as operações se tratam de transferência de estoque deve ser aplicado a todas as operações ora discutidas para afastar a incidência de ICMS/ST.*
4. *Note que o v. acórdão recorrido não justificou porque as operações relativas às operações mantidas seriam diferentes das demais, impondo-se a sua reforma, a fim de que reste reconhecida a improcedência total da autuação fiscal (Infração 04), no que se refere à suposta ausência de retenção e de recolhimento de ICMS/ST.*

Em relação à infração 5 protesta pela inaplicabilidade da multa sobre parcela do imposto que supostamente deixou de ser pago por antecipação parcial.

Aduz que: *“tanto o v. acórdão recorrido, quanto a Informação Fiscal, não trouxeram qualquer argumento ou justificativa que sustente a manutenção da Infração 05. De igual modo, nenhum deles rebateu a justificativa trazida pela Recorrente em sua defesa.”*

Reitera que foi: *“exaustivamente demonstrado pela Recorrente, as operações autuadas pela d. Fiscalização são relativas a mercadorias afetadas por benefício fiscal que reduz a base de cálculo, de modo que a carga tributária aplicada seja equivalente a 7% (sete por cento).”*

Assevera que: *“nos casos de aquisição interestadual de produtos com carga tributária de 7% (sete por cento), a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia entende que não haverá pagamento de antecipação parcial. Confira resposta obtida no site da SEFAZ/BA:”*

“73. Ao efetuar o cálculo da antecipação parcial é possível aplicar o benefício da redução de base de cálculo, para empresas optantes pelo Simples Nacional?”

Sim. É permitido às empresas optantes, ou não, pelo Simples Nacional a utilizarem o benefício da redução de base de cálculo (RBC) para a antecipação parcial. O mencionado regramento possibilita que, quando a base de cálculo do imposto relativo à operação subsequente for reduzida, aquela do imposto antecipado será igualmente contemplada com a referida redução (Arts. 266, 267, 268 do RICMS/BA, Decreto 13.780/12).

OBS: Nas aquisições interestaduais com o crédito de 7% ou 12%, havendo redução da base de cálculo, de forma que carga tributária seja equivalente na saída dos mesmos produtos, não haverá pagamento de antecipação parcial, pois o crédito será igual e ou superior à carga tributária interna.

- Exemplo: aquisição com alíquota do Estado de origem (Sul e Sudeste) de 7%, se a carga interna for também de 7%, não haverá antecipação parcial a recolher, se for 12% a carga interna será recolhido 5% de antecipação parcial, sem prejuízo das deduções previstas nos arts. 273 e 274 do RICMS/BA.”

Desta forma, entende que em razão das mercadorias autuadas terem redução da carga tributária (7% – sete por cento), o lançamento referente à Infração 5 deve ser cancelado, uma vez que contraria o próprio entendimento firmado pela Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia.

Conclui que: *“o v. acórdão não fundamentou sua decisão e que as mercadorias autuadas tem redução de base de cálculo, não há qualquer justificativa que sustente a manutenção da Infração 05, haja vista que a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia divulga entendimento de que, nestes casos, não há antecipação parcial.”*

Por último, alega que a multa imposta *“representa violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, e do não confisco, sendo, portanto, devido o cancelamento dos gravames ou quando menos a redução das imposições punitivas, se por absurdo, forem mantidas as obrigações principais arrimadas pelo AI/PTA”.*

Ao final pede que:

- I. *seja-lhe dado provimento para declarar a nulidade do v. acórdão recorrido, pelas razões acima expostas;*
- II. *seja-lhe dado provimento para reformar parcialmente o v. acórdão recorrido, a fim de julgar improcedente o Auto de Infração nº 274068.0001/16-0; e*

III. caso não seja cancelada integralmente a autuação, o que se admite apenas para argumentar, a Recorrente requer seja afastada a multa aplicada, ou sua redução para patamares razoáveis (20% sobre o valor do principal).

Protesta a 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 Voluntário interposto contra a Decisão de Primeira Instância que julgou procedente em parte o Auto de Infração epigrafado, o Recorrente se insurge da infração 3, de parte remanescente da infração 4 e da infração 5, descritas acima.

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Da análise dos documentos e demais elementos que instruem o presente PAF, em confronto com o quanto decidido no julgamento realizado em Primeira Instância, constata-se que, de fato, o direito de defesa do contribuinte foi devidamente atendido, no caso vertente, não ensejando a nulidade do presente Auto de Infração.

Ora, o procedimento fiscal foi realizado à luz do quanto exigido no inciso II, do § 4º, do art. 28 do RPAF/BA, tendo em vista que o fiscal autuante, colacionou aos cadernos processuais levantamentos essenciais à demonstração das infrações 3 a 5, objeto do presente Recurso Voluntário.

Desta forma, rejeito o pedido de realização de diligência formulado pelo recorrente, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra "a", do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

Verifico nos cadernos processuais que o imposto e sua base de cálculo foram apurados consoantes os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Desta forma, não encontro no PAF os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto ao Recurso Voluntário à recorrente não trouxe nenhum argumento novo que não fora objeto de análise pelos órgãos julgadores de 1ª Instância.

Em relação à Infração 3, falta de estorno do crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de maio a setembro e novembro e dezembro de 2013. Demonstrativo à fl. 24.

Em sua tese defensiva a Recorrente sustenta que sustentando que consoante o princípio da não-cumulatividade, as únicas exceções para não utilização integral dos créditos fiscais seriam a ocorrência de isenção e a não incidência nas operações subsequentes.

Nesta toada afirma que a autuação se constitui em flagrante desrespeito ao princípio da não-cumulatividade, previsto na CF/88, o cerceamento à utilização do integral de crédito do ICMS nas aquisições de mercadorias com saída subsequente beneficiado com redução do imposto.

Ao compulsar os fólios processuais vejo que a Recorrente é signatária do Termo de Acordo Atacadista – Decreto nº 7799/00, e para fruição dos benefícios do aludido Termo, terá que atender a todas as condições previstas no referido Decreto.

O referido Decreto em seu art. 6º, diz que, não poderá exceder a 10% do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos de aquisição de mercadorias, nas operações subsequentes amparadas por benefício fiscal previsto no Decreto nº 7799/00. Desta forma, concluo que a Recorrente está sujeita ao estorno de crédito estatuído pelo art. 6º do Decreto nº 7799/00.

Voto pela procedência da Infração.

Em relação à Infração 4, falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, consoante demonstrativo colacionado às fls. 23 a 38.

Em sua tese defensiva a Recorrente diverge sobre a aplicação sobre o valor da Pauta Fiscal a MVA em discordância com a Instrução Normativa nº 04 que, segundo seu entendimento, já considera o valor da MVA na Pauta.

Comungo com o entendimento do voto exarado pela decisão de piso, que transcrevo abaixo:

No que concerne a alegação da defesa de que a Instrução Normativa 04/2009 já considera a MVA para a definição da Pauta Fiscal não deve prosperar, uma vez que claramente se depreende do teor do referido ato normativo ao não fazer referência alguma a qualquer inclusão da margem de valor agregado. Do mesmo modo não tem fundamento a alegação de que fora aplicada erroneamente a MVA sobre a Pauta Fiscal, haja vista que o Protocolo ICMS 50/05 expressamente determina indistintamente a aplicação da MVA na apuração da base cálculo, tanto ao preço praticado pelo sujeito passivo, quanto ao valor de referência, em sua cláusula segunda, in verbis:

“Cláusula segunda A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço praticado pelo sujeito passivo por substituição tributária, acrescido do valor correspondente ao frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, não podendo este montante ser inferior ao valor de referência, adicionado ainda, em ambos os casos, das seguintes margens de valor agregado:”

Ante o exposto voto pela procedência parcial da Infração 4, acatando os ajustes feitos pela decisão de piso.

Com relação à infração 5, multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Em sua tese defensiva a Recorrente, defende a improcedência explicando que não cometeu a infração veiculada nesse item da autuação. Informa que as operações autuadas são relativas a mercadorias afetadas pela redução de base de cálculo, não ocorrendo à antecipação parcial.

Ao verificar o demonstrativo de apuração desse item da autuação constato que o procedimento de apuração adotado pela autuante corresponde ao preconizado pela legislação, restando, portanto, comprovado o cometimento da infração.

Ante o exposto voto pela Procedência da Infração 5.

Quanto ao argumento de que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório, observo que as mesmas estão previstas: Infração 3 no art. 42, VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96 e a Infração 4 no art. 42, VII, alínea “e”, e a Infração 5 no art. 42, II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. No que se refere ao argumento de que é inconstitucional ressalto que nos termos do art. 125, I, da Lei nº 5.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB), não se inclui entre as competências deste colegiado a apreciação de aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Quanto à solicitação do defendente para que todos os avisos e intimações relativas a este processo sejam realizados exclusivamente em nome do advogado João Alberto P. Lopes Júnior (OAB/BA nº 11.972), com endereço profissional na Avenida da França, 164, Edifício Futurus, 7º Andar, Comércio, Salvador, Bahia, CEP 40.010-000, saliento que inexistente qualquer impedimento para que tal providência seja tomada pela Secretária deste CONSEF.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0001/16-0**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.283,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “e” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$14.208,26**, prevista no inciso II, “d”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de Junho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS