

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 CJF 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 consequente 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 3^a JJF apreciou a lide em 13/12/2016 e decidiu pela Procedência em Parte, em Decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos:

VOTO

O defensor 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 autuado, 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 autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Constato 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 autuado 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 fl. 18 e 19.

O autuado 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 insubstância da Infração 01.

A infração 02 cuida da utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, consoante demonstrativo acostado às fl. 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 defensor 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 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 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
TOTAL			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 inexiste qualquer impedimento para que tal providência seja tomada pela Secretaria 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 expendido, 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 víncio 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 vénia, 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 subsequentes. 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 (Art. 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 epígrafeado, 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 o 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, conlui 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 defendant 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 inexiste qualquer impedimento para que tal providência seja tomada pela Secretaria 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