

A. I. Nº - 269197.0011/17-5
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.
AUTUANTES - MARCELO DE ZEVEDO MOREIRA e JOSÉ LUIS SOUSA SANTOS
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.06.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0086-04/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O Art. 268, LII, “s” estabeleceu que a partir de 01.06.2016 a carga tributária para as operações de saídas internas na fabricação de produtos alimentícios fosse reduzida no sentido de que correspondesse a 12%. O estabelecimento remetente dos produtos fabricados, pertencente ao mesmo grupo empresarial do autuado, não observou esse regramento e emitiu documentos fiscais com destaque do imposto em percentual superior ao permitido. Autuado utilizou crédito fiscal em desacordo com o estabelecido pelo Art. 309, § 7º do RICMS/BA. Excluída as exigências que recariam sobre documentos fiscais emitidos antes de 01.01.2016. Afastadas as preliminares de nulidade. Mantida a penalidade aplicada. Ausência de cobrança em duplicidade. Incompetência do órgão julgador administrativo para declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi expedido em 23/05/2017 para reclamar crédito tributário no valor de R\$1.680.946,35, mais multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em face da seguinte acusação: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). Ressalve-se que o estabelecimento autuado passou a atender a legislação fiscal neste particular a partir de 02/09/2016, utilizando-se do crédito fiscal no percentual correto de 12%”*.

A título de descrição dos fatos consta a seguinte observação: *“O estabelecimento utilizou um crédito fiscal de 18% destacado indevidamente nos documentos fiscais pela Nestle Nordeste nas vendas de Nescau 200 ml no mês de junho de 2016, quando o valor correto a ser destacado seria de 12%. Como a autuada no referido mês possuía saldo credor, exigiu-se através do PAF 269197.3001/16-2 a multa pelo creditamento indevido”*.

Consta, ainda, outra observação nos seguintes termos: *“Efetuamos intimação do estabelecimento através do PAF citado acima e pelo Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) para proceder o estorno do crédito fiscal no prazo de 20 (vinte) dias, fato este não ocorrido até o início dessa ação fiscal”*.

Regularmente cientificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com Impugnação, fls. 31 a 44, aduzindo, em síntese, os seguintes argumentos objetivamente a desconstituição do mesmo.

Após produzir uma breve sinopse dos fatos, passou a pugnar pela nulidade do Auto de Infração, por entender que o mesmo não atende aos requisitos para ser considerado válido e revestido de

certeza e liquidez, afirmando, ainda que na forma em que o mesmo foi lavrado não há como se exercer o direito de defesa de forma ampla.

A este respeito citou o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal 1988 e que, visando garantir este direito no âmbito do processo administrativo estadual, o artigo 39, inciso III, do Decreto Estadual nº 7.629/99, determina que a descrição dos fatos que fundamentam a autuação seja feita de forma clara e precisa, sob pena de nulidade. Destacou, também, que o referido dispositivo tem por finalidade reafirmar os requisitos de validade de todo lançamento de crédito tributário, nos ditames estabelecidos pelo artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Pontuou que a ausência dessas informações constitui cerceamento ao seu direito de defesa, que, por não conhecer as razões exatas da lavratura do Auto de Infração, vê o seu direito de defesa restringido, cerceado. Com isso pleiteou a nulidade do mesmo com base no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do Decreto Estadual nº 7.629/99, e, também, por ofensa ao artigo 39, inciso III, do mesmo diploma legal, pois o autuante não demonstrou as razões pelas quais concluiu que ocorreu infração à legislação tributária.

Cita que a autuação genericamente informa que não teria efetuado o estorno dos créditos fiscais relativos aos produtos adquiridos da Nestlé Nordeste, de forma que o autuante simplesmente se utiliza de presunções para chegar a essa conclusão, sem, no entanto, buscar a verdade material dos fatos.

Após discorrer a respeito de questões que objetivam sustentar seus argumentos, menciona que era dever da autoridade fiscal assentar suas alegações em elementos sólidos e eficazes à comprovação do ilícito fiscal, o que absolutamente não ocorreu no presente caso, razão pela qual é nulo o Auto de Infração.

Destacou que até mesmo a apuração do valor supostamente devido foi realizada de maneira que provocou dificuldade de entendimento, isto porque, a autuação utilizou como base de cálculo o valor de R\$14.007.886,25 e aplicou a alíquota de 12%, resultando na exigência de R\$1.680.946,35 de valor principal. Contudo, a base de cálculo correta seria de R\$28.015.773,26, sobre a qual se aplica o percentual de 6% (diferença entre 18% utilizado originalmente e 12% reputados como corretos pela fiscalização), resultando na mesma exigência de R\$1.680.946,35, citando que, apesar de não haver diferença no valor principal cobrado, é certo que esta metodologia de cálculo apenas reforça os argumentos pela nulidade do Auto de Infração.

No tópico seguinte intitulado de “Cobrança de Multa em Duplicidade”, citando que o presente Auto de Infração pretende a cobrança de imposto e multa, sob a alegação de haver se creditado indevidamente, pois deixou de estornar crédito de ICMS destacado a maior.

Mencionou, em seguida, que o Auto de Infração nº 269197.3001/16-2, lavrado também contra si, pretende a cobrança de multa exatamente sobre a mesma conduta indicada nesta autuação como infração, qual seja, creditamento indevido em decorrência de destaque de imposto a maior, ou seja, em outras palavras, nesta autuação fiscal, o autuante exige imposto e multa, pois entendeu que a Impugnante deixou de estornar créditos de ICMS, e teria se creditado indevidamente, contudo, no Auto de Infração nº 269197.3001/16-2, exigiu multa, ao argumento de que deixou de estornar créditos de ICMS relativos às mesmas operações objeto da presente autuação.

Sustenta que estamos diante de um caso de cobrança em duplicidade da multa, pois há exigência da mesma multa em dois autos de infração distintos, com fundamento na mesma operação (mesmo período e mesmas notas fiscais autuadas), afirmando que se trata claramente de hipótese de *bis in idem*, na qual o Estado da Bahia pretende duas vezes a cobrança de multa sobre suposta prática da mesma infração tributária.

Em seguida destaca que não concorda com a exigência de estornar os créditos de ICMS em debate, razão pela qual impugnou o Auto de Infração nº 269197.3001/16-2 e a matéria está sob discussão neste Egrégio Conselho.

Afirma que não se estar diante de infrações distintas, pelo fato de a infração destes autos consistir em “*Utilizar indevidamente crédito fiscal*”, enquanto que no Auto de Infração nº 269197.3001/16-2 a infração é “*Deixar de estornar crédito fiscal*”, isto porque são condutas sequenciais, de modo que a condenação por suposto cometimento de infração em uma delas, por dedução lógica, acaba por absorver a outra.

Pelos motivos expostos concluiu este tópico pontuando que o Auto de Infração, na forma em que foi lavrado, não pode prosperar, pois desrespeita a legislação tributária e cobra multa em duplicidade.

Passou a arguir inaplicabilidade da carga tributária de 12% sobre as notas fiscais emitidas em maio/2016, tendo em vista que estas foram consideradas com carga tributária de 18% porque, em que pese as notas fiscais nº 19511, 19512, 19514, 19515, 19516, 19517 e 19518 terem sido emitidas em maio, foram escrituradas em junho de 2016, destacando que o artigo 268, inciso LII, alínea “s”, do RICMS/BA/2012 ainda não estava vigente, pois tal dispositivo foi introduzido no ordenamento baiano por meio do Decreto nº 16.738 de 20/05/2016, com produção de efeitos a partir de 01/06/2016. Por este motivo, impõe-se o cancelamento, ainda que parcial, da autuação, ante a nulidade consubstanciada na exigência de tributo e multa sem o devido fundamento legal.

No tópico seguinte, pontuou que na hipótese de não se acatar as preliminares de nulidade arguidas, esclarece que, no mérito, melhor sorte não assiste ao Auto de Infração em combate. Isto porque, a autuação fiscal afirma que foi intimada para promover o estorno dos créditos de ICMS ora cobrados por meio do Auto de Infração nº 269197.3001/16-2, entretanto não concorda com a exigência deste estorno, razão pela qual está discutindo esta exigência nos autos do Processo Administrativo Fiscal nº 154311/2016-7 (Auto de Infração nº 269197.3001/16-2), o qual está pendente de decisão acerca do Recurso Voluntário interposto, portanto a exigência do imposto relativo a estes créditos de ICMS é totalmente descabida, haja vista que a discussão sobre sua procedência está em curso perante este Egrégio Conselho de Fazenda.

Passou a discorrer acerca de argumentos relacionados ao princípio da não cumulatividade do imposto, concluindo que restou demonstrado que não tomou créditos a maior e sua conduta respeitou os exatos termos da legislação vigente, o que certamente será acatado pela Junta de Julgamento Fiscal, concluindo pela total improcedência da presente autuação.

Ao se referir a multa aplicada sustenta que esta deve ser integralmente afastada em virtude de seu caráter eminentemente confiscatório, haja vista a evidente ausência de razoabilidade e proporcionalidade do valor da multa aplicada ao caso em análise, no montante equivalente a abusivos 60% do valor do imposto objeto da autuação, a qual configura flagrante desrespeito 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, previsto no artigo 150, inciso IV, CF. Citou doutrina e decisões de Tribunais Superiores a este respeito, pugnando, ao final, pelo seu afastamento na sua integralidade ou, ao menos, que esta seja reduzida a patamares razoáveis (20% do valor do imposto).

Em conclusão apresentou os seguintes pedidos:

- i. Preliminarmente, declarada a nulidade do auto de infração, conforme demonstrado nos tópicos acima;
- ii. Julgada improcedente a autuação, com o seu cancelamento integral, em razão da insubsistência da infração contida no Auto de Infração nº 2691970011/17-5;
- iii. Caso não seja cancelada integralmente a autuação, o que se admite apenas a título de argumentação, subsidiariamente, a Impugnante requer seja afastada a multa aplicada e sua respectiva atualização, dado o seu caráter confiscatório e sua exigência e duplicidade, ou ao menos reduzida para patamares razoáveis (20%).

Citando, ao final, que desde já se reserva no direito de requerer a realização de diligência, nos termos dos artigos 123, § 3º, e 145 do Decreto Estadual nº 7.629/99, bem como de juntar documentos adicionais.

Outrossim, requer a realização de sustentação oral na sessão de julgamento do presente Auto de Infração, nos termos do artigo 163 do Decreto Estadual nº 7.629/99 e do Regimento Interno do CONSEF (Decreto Estadual nº 7.592/99).

Por fim, requer que todos os avisos e intimações relativas a este processo sejam realizadas 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.

Os autuantes apresentaram Informação Fiscal, fls. 85 a 91, onde, inicialmente, esclareceram que efetuaram intimação do estabelecimento o ao estabelecimento autuado através do PAF 269197.3001/16-2 e pelo Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) para proceder ao estorno do crédito fiscal no prazo de 20 (vinte) dias, fato não ocorrido até o início desta ação fiscal. Em seguida, após efetuarem uma síntese dos argumentos defensivos, se posicionaram na forma a seguir sintetizada.

Disseram entender descabidos os argumentos de nulidade suscitados pelo autuado, uma vez que não se verifica no caso concreto qualquer das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, bem como não se vislumbra obscuridade na ocorrência fiscal lançada, posto que presentes os requisitos previstos no artigo 39 do mesmo Regulamento.

Sustentaram que o presente Auto de Infração guarda uma relação de causa/efeito com o Auto de Infração nº 269197.3001/16-2, no qual se constatou que o autuado adquiriu em diversas operações o produto “Nescau” fabricado por empresa do mesmo grupo empresarial Nestlé Nordeste Alimentos e Bebidas Ltda., CNPJ nº 08.334.818/0003-14, sendo que, para tais operações, o artigo 268, Inciso LII, alínea “s” do RICMS/BA estabeleceu, a partir do mês 06/2016, a carga tributária de 12%, no entanto, o estabelecimento remetente não observou tal particularidade, seguindo por algum tempo destacando o ICMS pela carga tributária integral de 18%. Deste modo, o estabelecimento destinatário (aqui autuado) não poderia creditar-se do ICMS destas operações em valor superior a 12%. O valor excedente equivalente a 6% configurou crédito indevido.

Esclareceram que não se exigiu no citado Auto de Infração nº 269197.3001/16-2 o ICMS devido (obrigação principal), porque no mês de junho/2016 e subsequentes o estabelecimento do autuado apresentou saldo credor de ICMS na sua escrituração fiscal, sendo uma das suas causas exatamente este creditamento irregular. Logo, se o crédito indevido verificado não importou em descumprimento da obrigação principal do ICMS naquele momento, se aplicou ali a multa de 60% sobre o valor indevidamente compensado, intimando-se o estabelecimento responsável para estorno imediato do valor de R\$1.680.946,35 creditado indevidamente, pontuando que este entendimento reflete a compreensão do CONSEF sobre a matéria, tal qual se observa nos Acórdãos CJF nºs 0326-11/13, 0206-11/13, 0245-11/14 e JJF nº 0072-01/16.

Destacam que o referido Auto de Infração nº 269197.3001/16-2 foi julgado procedente conforme Acórdão JJF nº 0040-01/17, na mesma linha de compreensão que decidiu este colegiado nos casos semelhantes enquanto que o autuado não atendeu à intimação para estorno do crédito indevidamente escriturado:

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0040-01/17EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÃO COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. A legislação tributária estabeleceu que a carga tributária para as operações de saídas internas, na fabricação de produtos alimentícios corresponda a 12% (art. 268, LII, "s", do RICMS/12/BA). O estabelecimento autuado agiu diversamente e apropriou crédito fiscal a maior, oriundo da aquisição de produto beneficiado, de empresa do mesmo grupo empresarial, desconsiderando a regra prevista no §7º do art. 309 do RICMS-12/BA. Incentivo Fiscal do Programa DESENVOLVE utilizado em desfavor do interesse do próprio Estado que criou o

benefício. Caracterizada a aplicação da multa por ausência de repercussão e descumprimento de obrigação principal. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.

Pontuaram que o descumprimento da obrigação de estornar o crédito leva, necessariamente, ao descumprimento da obrigação principal ou pelo estabelecimento autuado ou por estabelecimento outro para o qual eventualmente possa transferi-lo.

Afirmam que não há aqui cobrança da mesma multa sobre a mesma conduta. O que se tem é a incidência de uma multa formal num primeiro momento pela prática de uma conduta irregular e, posteriormente, uma multa por descumprimento de uma obrigação principal, pela não realização do estorno de crédito para o que estava regularmente intimado, uma vez que a não efetivação de tal estorno conduz necessariamente ao descumprimento da obrigação principal do ICMS, acrescentando, ainda, que diante de tal situação, impôs-se a lavratura do presente Auto de Infração para exigência desta vez do ICMS devido, uma vez que o valor excedente creditado segue integrando seu saldo credor e com possibilidade de ser exercida a compensação a qualquer momento pelo autuado ou por terceiro.

Observaram que o autuado arguiu que dentre as notas fiscais relacionadas no Demonstrativo Anexo I figuraria documentos emitidos antes da vigência da norma tributária constante do Artigo 268, LII, "s", do RICMS12/BA, cuja eficácia para estabelecimentos fabricantes de outros produtos alimentícios (alínea "s") deu-se a partir de 01/06/2016 (caso do autuado).

Declararam que, neste particular, cabe razão à defesa, já que, realmente as operações objeto das NFe nºs 19.511, 19.512, 19.514, 19.515, 19.516, 19.517 e 19.518 foram praticadas antes da vigência da alínea "s" do Inciso LII, fato que elide a tributação aqui consumada. Opinaram, portanto, pela exclusão de tais operações do Demonstrativo Anexo I.

No que tange ao argumento relacionado ao princípio da não-cumulatividade do ICMS que a defesa afirma descumprido pelos autuantes, disseram que não sofreu no presente caso qualquer avaria, já que o que se observa é que a Fazenda Pública do Estado da Bahia não pode suportar um crédito que exorbite a carga tributária indicada para o produto na sua legislação. E não se diga que este excedente foi objeto de recolhimento pelo estabelecimento industrial de origem porque este, a Nestlé Nordeste, habilitado que é no Programa Desenvolve, tem carga tributária significativamente reduzida de modo extrafiscal.

Quanto ao argumento de que a multa ex-ofício aplicada induz à configuração de confisco, consideram improcedente uma vez que se trata de aplicação objetiva da lei estadual para a conduta observada, sem nenhuma margem de valoração subjetiva por parte do Fisco, até porque, o exame da constitucionalidade da norma que a prevê é atividade interdita na esfera administrativa, conforme Artigo 167, Inciso I do RPAF.

Em razão do exposto propugnaram pela Procedência Parcial do lançamento nos termos sobreditos.

VOTO

A acusação objeto da presente lide está posta nos seguintes termos: *"Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). Ressalve-se que o estabelecimento autuado passou a atender a legislação fiscal neste particular a partir de 02/09/2016, utilizando-se do crédito fiscal no percentual correto de 12%", tendo sido acrescentado: "O estabelecimento utilizou um crédito fiscal de 18% destacado indevidamente nos documentos fiscais pela Nestlé Nordeste nas vendas de Nescau 200 ml no mês de junho de 2016, quando o valor correto a ser destacado seria de 12%. Como a autuada no referido mês possuía saldo credor, exigiu-se através do PAF 269197.3001/16-2 a multa pelo creditamento indevido", e, ainda: "Efetuamos intimação do estabelecimento através do PAF citado acima e pelo Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) para proceder o estorno do crédito fiscal no prazo de 20 (vinte) dias, fato este não ocorrido até o início dessa ação fiscal".*

Considero oportuna a menção dos fatos acima que deram origem ao presente Auto de Infração a fim de que se possa avaliá-los e decidir com objetividade e clareza, tomando como parâmetro os argumentos apresentados pela defesa e autuantes. Dito isto passo a decidir.

O autuado iniciou sua peça defensiva suscitando a nulidade do Auto de Infração por deficiência na descrição dos fatos, situação esta que motivou cerceamento ao seu direito de defesa.

Do exame levado a efeito nas peças processuais que integram estes autos me convenci que não assiste razão ao autuado em seu argumento. Isto porque, conforme consta acima, a descrição dos fatos está posta de forma clara, precisa e demonstrada de maneira objetiva e analítica, situação esta que ofereceu todos os meios para o autuado exercer sua defesa na plenitude, o que afinal o fez, na medida em que apontou algumas notas fiscais que ao seu entender deveriam ser excluídas da autuação e, sobre as quais, me posicionarei adiante.

Importante ressaltar que foi elaborada pelos autuantes uma planilha analítica indicando cada documento fiscal que resultou em lançamento de crédito em valor superior ao previsto pela legislação, constando a data da emissão, o número da chave da nota fiscal, a base de cálculo, o crédito utilizado calculado à alíquota de 18%, o cálculo do crédito correto considerando a alíquota de 12% e o valor exigido por cada documento fiscal que é justamente a diferença de 6% (18% - 12%), sendo que, tal planilha foi entregue ao autuado conforme atesta o documento de fl. 29.

Portanto, por não vislumbrar qualquer ofensa à norma prevista pelo Art. 39 do RPAF/BA afasto o pedido de nulidade do Auto de Infração na forma aqui suscitada.

Alegou também o autuado, que os autuantes utilizaram de presunções para afirmar, genericamente, que não foi feito o estorno dos créditos fiscais relativos aos produtos adquiridos da Nestlé Nordeste, sem que fosse buscada a verdade material dos fatos.

Não é isto que vejo nos autos. Em um primeiro momento foram detectados pelos autuantes lançamentos diversos, plenamente identificados, referentes a aquisições com destaque no documento fiscal do imposto calculado à alíquota de 18% quando, o correto seria que o cálculo fosse efetuado com base na alíquota de 12% em obediência ao que determina o Art. 268, inciso LII, alínea “s” do RICMS/BA-2012, em vigor.

Em seguida, pelo fato desses lançamentos a crédito em valor superior ao permitido resultarem em um crédito fiscal irregular no montante de R\$1.680.946,35, e em razão do estabelecimento autuado, apresentar à época, saldo credor em valor superior ao aqui indicado, identificaram que este lançamento, apesar de irregular, não repercutiu, naquele momento, no recolhimento do imposto. Por este motivo, com fundamento no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, foi aplicada penalidade no montante de R\$1.008.567,81 correspondente a 60% do valor acima mencionado, e que resultou no Auto de Infração nº 269197.3001/16-2, o qual foi julgado Procedente pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal conforme Acórdão nº 0040-01/17, doc. fl. 06.

A propósito, o referido dispositivo legal que estatuiu a referida penalidade assim se apresenta: “60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, **sem prejuízo da exigência do estorno**: a) quando da utilização indevida de crédito fiscal” (grifo não original).

Observe-se que desde 06/09/2016 o autuado foi intimado para proceder ao estorno do crédito lançado irregularmente, entretanto, assim não procedeu, chegando a afirmar em sua defesa que não efetuará o estorno do crédito, motivando a expedição do presente Auto de Infração em 23/05/2017.

Desta maneira o presente lançamento não ocorreu por mera presunção conforme alegado pela defesa, mas, sim, com base em fatos reais, devidamente identificados e apontados, buscando desta maneira a verdade real desses fatos e sua motivação.

O autuado, em seus pedidos, mencionou que se reserva ao direito de requerer a realização de diligência, entretanto não houve no bojo da peça defensiva qualquer pedido neste sentido, portanto, não há nos autos presença de qualquer fato que possa suscitar realização de diligência.

Outro ponto questionado pela defesa onde alega que a apuração do valor exigido foi feita de forma que provocou dificuldade ao seu entendimento, também não se sustenta.

O autuado alegou que os autuantes utilizaram como base de cálculo o valor de R\$14.007.866,25 e aplicaram a alíquota de 12% resultando na exigência de R\$1.680.946,35, contudo a base de cálculo que entende correta seria no valor de R\$28.015.773,26 sobre a qual seria aplicado o percentual de 6% resultando no mesmo valor autuado.

Ora, conforme o próprio autuado pontuou o resultado entre ambas as situações é o mesmo. O que foi feito pelos autuantes foi identificar, nota por nota, a quantia creditada a mais e, ao final, dividiram o total do crédito efetivamente considerado a mais por 12% apenas para compor o campo próprio do Auto de Infração já que não existe alíquota de 6%.

Portanto não há qualquer ofensa à ampla defesa e ao princípio da motivação, até porque a apuração do débito foi feita com base em planilha analítica, de fácil entendimento e entregue ao autuado, razão pela qual fica também afastado este argumento defensivo.

Alegou ainda a defesa a existência de grave vício de nulidade em face da cobrança da multa em duplicidade, já que exigida sobre a mesma conduta, ou seja, neste Auto de Infração está sendo exigido imposto e multa em função de falta de estorno de crédito fiscal de ICMS enquanto que no Auto de Infração nº 269197.3001/16-2 foi exigida multa sobre as mesmas operações da presente autuação.

Não considero que esta argumentação defensiva seja ensejadora de nulidade deste Auto de Infração, isto porque os dois autos de infração envolvem situações distintas, onde neste, ao contrário do anterior que aplicou uma penalidade pecuniária, e que, segundo o autuado, se encontra em fase de Recurso Voluntário que será objeto de apreciação por uma das Câmaras de Julgamento deste CONSEF, neste está sendo exigido imposto que não foi estornado pelo autuado, fato este que resulta em descumprimento de obrigação principal, pois, como já dito, apesar do autuado haver sido intimado, com base no Art. 42, inciso VII “a” da Lei nº 7.014/96, desde setembro de 2016, para que procedesse ao estorno de tais créditos, assim não procedeu, e afirma, de forma peremptória no item 30 (trinta) da sua defesa, fl. 36, que não concorda com a exigência do estorno dos créditos em debate.

A propósito, segundo informado pelos autuantes, o estabelecimento emitente dos documentos fiscais, é usuário do Programa DESENVOLVE e goza de benefícios para efeito de cálculo do imposto a ser pago, enquanto que o destinatário, no caso o autuado, está se utilizando do crédito integralmente, calculado por alíquota superior ao permitido, o qual poderá ser repassado a terceiro ou mesmo compensado de forma irregular.

Afasto, portanto, este argumento de nulidade do presente lançamento.

Quanto a arguição de inaplicabilidade da carga tributária de 12% sobre notas fiscais emitidas no mês de maio/2016, de acordo com os próprios autuantes assiste razão ao autuado, isto porque, a alteração introduzida no artigo 268, inciso LII, alínea “s” do RICMS/BA só vigorou a partir de 01/06/2016, não podendo ser aplicada sobre fatos pretéritos.

Desta maneira devem ser excluídos os valores referentes aos seguintes documentos fiscais: NFe 19511: R\$ 990,05; NFe 19512: R\$68.197,54; NFe 19514: R\$749,00; NFe 19515: R\$433,84; NFe 19516: R\$10.990,51; NFe 19517: R\$281,19 e NFe 19518: R\$33.847,32, totalizando a quantia a ser excluída no montante de R\$115.489,45.

No que diz respeito a alegada não observância do princípio da não-cumulatividade do imposto o autuado cita que não concorda com a exigência do estorno e que está discutindo esta exigência nos autos do Processo nº 269197.3001/16-2 que está pendente do julgamento do Recurso Voluntário que interpôs.

A este respeito sustenta que faz jus a dedução dos montantes pagos em relação aos produtos adquiridos em fase pretérita, sendo assim, direito seu ao creditamento dos valores pagos a título de ICMS.

A questão da não-cumulatividade do imposto está prevista pelo Art. 155, § 2º, item I da Constituição Federal, porém não é isto que está em discussão nestes autos. O que está sendo exigido não a questão do crédito fiscal especificamente, e, sim, o crédito fiscal creditado a mais, em desacordo com a legislação.

No caso específico do presente lançamento temos que o autuado creditou-se em valor superior ao devido nas operações indicadas na planilha de fls. 10 e seguintes, em razão do estabelecimento remetente não considerar a redução da carga tributária para 12%, conforme previsão no Art. 268, LII “s” do RICMS/BA, enquanto que o autuado se creditou do valor integral destacado incorretamente nos documentos fiscais:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

LII - na operação de saída interna de mercadoria relacionada aos códigos de atividades econômicas a seguir indicados, destinada a contribuinte do ICMS inscrito no CAD-ICMS do Estado da Bahia, realizada por estabelecimento industrial situado neste Estado, desde que por ele produzida, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento), inclusive em relação à base de cálculo do ICMS quando devido por substituição tributária:

(...)

s) 109 - fabricação de outros produtos alimentícios;

Desta maneira o procedimento do autuado vai de encontro a norma prevista pelo Art. 309, § 7º do RICMS/BA:

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

§ 7º Se o imposto for destacado a mais do que o devido, somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, inclusive quando, em operação interestadual, a legislação da unidade federada de origem fixar base de cálculo superior à estabelecida em lei complementar ou em convênio ou protocolo, ou o imposto houver sido cobrado com base em pauta fiscal superior ao valor da operação.

Portanto, à luz do quanto acima exposto, não merece acolhimento o argumento defensivo de que houve ofensa ao princípio na não-cumulatividade do imposto, o que fica aqui afastado.

Quanto a irresignação do autuado em relação ao percentual de 60% da multa aplicada, observo que esta é a legalmente prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, portanto deve ser mantida em sua integralidade, sem redução por se tratar de penalidade por descumprimento de obrigação principal, enquanto que os argumentos relacionados a efeito confiscatório, o Art. 167, inciso I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA veda aos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária estadual posta.

Em conclusão e ante a todo o exposto, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$1.565.456,90 observando, finalmente, que as intimações referentes ao processo administrativo fiscal são regidas pela norma prevista pelo Art. 108 do RPAF/BA, entretanto, nada obsta que a Secretaria deste órgão julgador encaminhe também ao patrono do autuado as intimações para o endereço constante na peça de Impugnação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269197.0011/17-5 lavrado

contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.565.456,90** acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos demais acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, em 28 de maio 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA