

PROCESSO - A. I. Nº 233038.0001/16-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - NESTLÉ BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3º JJF nº 0023-03/19
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/11/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0274-12/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO RECOLHIDO TEMPESTIVAMENTE. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado integralmente, em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado. Infração parcialmente elidida, em razão do acolhimento parcial da arguição de decadência. Não acolhido pedido de redução ou cancelamento da multa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto em relação a decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 15/02/2016, para exigir crédito tributário no valor de R\$12.184.907,19, em razão da aplicação de multa percentual sobre a parcela do imposto que deveria ter sido pago a título de ICMS 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, sendo que o ICMS admitido está de acordo com o § 2º, do art. 1º do Decreto nº 14.213/12, nos meses de janeiro de 2011 a junho de 2015, Infração 02 - **07.15.05**.

Consta na descrição dos fatos que “... tendo sido apurada a seguinte irregularidade: *Recolhimento a menor do ICMS da antecipação tributária parcial de compras de mercadorias para comercialização oriundas de outras unidades da Federação. Os lançamentos são referentes ao período de janeiro de 2011 a junho de 2015, tendo em vista que o contribuinte informou que o recolhimento da referida antecipação parcial do segundo semestre de 2015, fora feita na fronteira do Estado da Bahia por ter perdido a condição de recolher nos dias 25 de cada mês devido a impedimentos legais. Com isso, os recolhimentos forma feitos com código de receita diferente 2175 e muitas vezes junto com antecipação total, dificultando, portanto, a realização da apuração neste momento, ficando para verificação em fiscalização futuras*”.

Após a devida instrução processual, a 3ª JJF decidiu, por unanimidade, pela Procedência Parcial da autuação, conforme voto a seguir transcrito:

VOTO

O Defendente, em sede de preliminar, pugnou pela extinção das exigências atinentes aos meses de janeiro e fevereiro de 2011, alegando ter sido operada a decadência com base no §4º, art. 150, e do inciso V, do art. 156 do CTN.

Compulsando os autos, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em 15/02/2016, e o Autuado tomou ciência da lavratura em 29/02/2016, fl. 03, e os valores devidos apurados, que resultam na aplicação da multa, são originários dos meses de janeiro de 2011 a junho de 2015.

Este é o teor do §4º, inciso I, do art. 150 do CTN, in verbis:

“Art. 150.

[...]

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da

ocorrência do fato gerador; expirado prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Convém salientar o posicionamento da PROFIS-SEFAZ, que promoveu a uniformização de sua orientação jurídica, segundo os requisitos e sistemática do Dec. n.º 11.737/09, exarando entendimento quanto à aplicação do marco temporal para o início da contagem do prazo decadencial a partir da data de ocorrência do gerador, com fundamento no art. 150, §4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas, fazendo ressalva apenas para os fatos geradores ocorridos antes de 12/06/2008, data em que fora editada a Súmula Vinculante n.º 08 pelo STF.

Destaco ser nessa linha o reiterado entendimento adotado nas decisões prolatadas pela Segunda Instância deste CONSEF, ao tratar dessa matéria.

Diante do acima exposto, e considerando que o Impugnante declarou as operações arroladas no levantamento realizou o pagamento a menos intempestivamente do ICMS devido nos meses autuados, tendo transcorrido o prazo de cinco anos, contados a partir do fato gerador da obrigação tributária, encontra-se extinto o direito do Estado da Bahia de constituir, por meio de Auto de Infração, valor apurado em janeiro de 2011, operando-se, portanto, a decadência e a consequente extinção do crédito tributário.

Logo, restando, portanto, alcançado parcialmente pela decadência o lançamento exigido, nos termos do §4º, art. 150 do CTN, deve ser expurgado da infração única do Auto de Infração a exigência de R\$97.482,91, atinentes aos fatos geradores ocorridos no mês de janeiro de 2011, haja vista o transcurso de prazo superior a 05 anos.

Consigno também, que depois de compulsar os elementos integrantes dos presentes autos constato que se encontram presentes todos os requisitos exigidos pela legislação de regência para a formalização do PAF, precipuamente no RPAF-BA/99. Afiguram-se, claramente explicitados, a infração cometida, a base de cálculo, o crédito fiscal exigido, e a multa aplicada evidenciados de acordo com demonstrativo detalhado do débito, além dos dispositivos da legislação infringidos e a tipificação da multa aplicada. Verifico também que não estão presentes nos autos quaisquer dos motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, eis que, inexistente óbice algum que possa inquiná-lo de nulidade.

Quanto ao mérito, refere-se à multa percentual sobre a parcela do imposto que deveria ter sido pago a título de ICMS 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, consoante demonstrativos acostados às fls. 07 a 12 e no CD, f. 13, cujas cópias foram entregues ao Autuado conforme se verifica à fl. 14.

A antecipação parcial do ICMS está prevista no art. 12-A da lei n.º 7.014/96, que assim dispõe:

Art. 12 - A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso II do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

Saliento que em ação fiscal foi constatado pelo Autuante, que no período fiscalizado, relativamente ao ICMS da Antecipação Parcial, a obrigação principal não foi cumprida tempestivamente. Uma vez comprovada a falta de pagamento ou tributação de forma irregular para efeitos de recolhimentos do ICMS Antecipação no prazo regulamentar, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativamente ao imposto não antecipado tempestivamente, em multa equivalente a 60% do ICMS não recolhido regularmente, nos termos do art. 42, §1º, c/c inciso II, alínea “d” da Lei n.º 7.014/96, in verbis:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II;

[...]

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

[...]

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

O Impugnante, em suas argumentações defensivas, em síntese, contestou a acusação em torno de três eixos distintos: i) – que não foi considerado no levantamento fiscal o valor pago de R\$4.650.604,67, no mês de

janeiro de 2014; **ii**) - foi exigida multa sobre operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária; **iii**) - não foi considerado o benefício da redução da base de cálculo prevista no Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ-BA, nos termos do Dec. 7799/00; e **iv**) - não foi considerado as operações com leite em pó submetidas à um alíquota efetiva de 7% nas operações internas, por contarem com uma redução de base de cálculo de 58,825%.

Auditora designada para prestar informação fiscal a respeito da manifestação do Autuado, informou que em relação ao pagamento indicado na defesa relativo ao mês janeiro de 2014, por equívoco no preenchimento dos códigos, depois de examinar os elementos acostados retirou do levantamento fiscal o débito atinente ao mês de janeiro de 2014.

No tocante aos itens indicados pela Defesa no Doc 08, fls. 80 e 81, como sendo sujeitos à substituição tributária, esclareceu que excluiu do levantamento fiscal elaborando um novo demonstrativo de débito e acostou ao CD, fl. 136.

Explicou também que não procede a alegação de que não fora respeito o benefício estabelecido no Termo de Acordo do Dec. 7799/00, haja vista que os valores apresentados no levantamento fiscal na relação de notas fiscais eletrônicas, no campo "VIAntecParc" - valor de antecipação parcial a recolher, corresponde a 3%, do valor da base de cálculo.

Em relação à alegação acerca do item "leite em pó", disse reiterar o posicionamento apresentado na primeira informação fiscal, esclarecendo que a exigência decorreu de lançamentos equivocados pelo Impugnante, haja vista que classificou as operações com "Compostos Láteos em Pó", como sendo "Leite em Pó". Explicou que o RICMS-BA, somente permitia a redução da base de cálculo apenas para o "Leite em Pó".

Com base nessas ponderações elaborou novo demonstrativo de débito acostados às fls. 130 e 131, e CD, fl. 136, reduzindo o valor do débito para R\$9.030.254,52.

Mediante pedido de diligência, fl. 140, o Autuado foi intimado a tomar ciência da informação fiscal prestada pela Auditora designada, e ao se manifestar sobre a informação fiscal, depois de registrar que o Autuante em sua informação fiscal acolheu parte substancial de seus argumentos e reduziu a exigência para R\$1.822.440,76, destacou que com a nova informação prestada pela Auditora designada em desacordo com a anterior implica coexistência de dois pareceres claramente inconsistentes entre si. Revelou também que de acordo com o previsto no RPAF-BA/99, a informação fiscal deve ser prestada pelo Autuante e que, somente no caso de justificada ausência é que deve ser nomeado de Auditor estranho ao feito. Reiterou seus argumentos articulados anteriormente pugnando pela improcedência do Auto de Infração.

A Auditora designada se manifestou, reiterando os argumentos já apresentados na informação anterior, colacionou novamente os demonstrativos, fls. 160 a 173 - CD, fl. 174, e esclareceu que sua indicação como Auditora estranha ao feito foi determinada pelo fato do autuante ter se afastado da SEFAZ por motivo de aposentadoria.

Analizando os elementos que emergiram do contraditório supra expendidos, ou seja, a acusação fiscal, as razões de defesa, manifestadas em suas diversas intervenções, as informações fiscais prestadas pelo Autuante e pela Auditora Fiscal designada e o teor dos dispositivos retromencionados, não resta dúvida sobre o acerto da atuação.

Verifico que não assiste razão ao Defendente, em relação à alegada ilegitimidade das informações fiscais prestadas pela Auditora Fiscal designada, uma vez que existe previsão explícita no RPAF-BA/99 para indicação de preposto estranho ao feito para prestar informação fiscal. Ademais, no presente caso a indicação foi motivada pela aposentadoria do Autuante, caso em que a previsão é expressa no §2, do art. 127, do RPAF-BA/99, in verbis:

"§ 2º Não mais estando o autuante em exercício na Inspeção Fazendária do preparo do processo ou em caso de sua ausência eventual, a autoridade preparadora designará outro funcionário fiscal para produzir a informação fiscal, observado o disposto neste artigo."

Logo, não acolho a alegação da defesa de incompetência da Auditora designada ao prestar informação fiscal.

Também constato que o valor recolhido no mês de janeiro de 2014, conforme se verifica no comprovante de pagamento acostado à fl. 179, com erro no código de receita, foi acolhido pela Auditora designada, ao excluir da exigência apurada o valor relativo a esse mês, no novo demonstrativo elaborado.

Quanto às mercadorias indicadas na Defesa, como sujeita ao regime de substituição tributária, e indevidamente constando do levantamento fiscal, verifico que foram expurgadas do demonstrativo pela Auditora designada.

No tocante à alegação de que não fora considerado o benefício fiscal de redução de base de cálculo, previsto no Termo de Acordo instituído pelo Dec. 7799/00, constato também que não deve prosperar, tendo em vista que consta expressamente no demonstrativo de apuração no campo "VIAntecParc" o valor correspondente a 3% do valor da base cálculo constante da nota fiscal correspondente, ou seja a subtração entre a alíquota interna de 10%, e a alíquota interestadual de 7%.

No que concerne à alegação defensiva de que a maioria das operações arroladas no levantamento fiscal refere-se ao item “Leite em Pó”, e que não foi considerada a redução da base de cálculo, fica patente nos autos que assiste razão a Auditora designada, em não acatar a pretensão da defesa, haja vista, que o que ocorrera de fato foi o equívoco cometido pelo Impugnante em sua escrituração fiscal ao considerar “Bebida Láctea” que por ocasião da ocorrência dos fatos geradores apurados no levantamento fiscal não era amparada pelo benefício de redução de base de cálculo, ocasionando a diferença apurada.

Nestes termos, comungo com as conclusões apresentadas pela Auditora designada que resultou na diminuição da exigência fiscal acostada às fls. 160 e 161.

Com relação à multa de 60%, considerada confiscatória, desproporcional e desarrazoada, saliento que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é a legalmente prevista para a irregularidade apurada no inciso II, alínea “d”, do art. 42 da Lei 7.014/96, deixo de apreciar a alegação em razão da vedação contida no art. 167, incisos I e III do RPAF-BA/99, que impede este Conselho de apreciar questões relativas à constitucionalidade das normas estaduais.

Quanto ao pedido do Defendente para a exclusão, ou, no mínimo, redução da multa aplicada, ressalto que apesar desta Junta de Julgamento Fiscal ter competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação acessória, conforme art. 158 do RPAF-BA/99. No presente caso não é possível atender a pretensão, uma vez que nos presentes autos a falta de recolhimento de tributo no momento determinado expressamente na legislação de regência se constitui descumprimento de obrigação principal.

A respeito do pedido da indicação e cadastramento do endereço para recebimento das intimações relativas a este processo: Lobo & de Rizzo Advogados - Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3900, 3º andar, Itaim Bibi, CEP 04538-132, São Paulo, Capital - aos cuidados do Sr. Marcelo Bez Debatin da Silveira e da Sra. Laura Caravello Baggio de Castro, para fins de recebimento das intimações no presente feito. Observo que inexistiu óbice ao atendimento do pleito. Observo, porém, que de acordo com o art. 26, inciso II, do RPAF-BA/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável e a forma de intimação e ciência da tramitação de processos ao sujeito passivo se encontra prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF-BA/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Nos termos supra expendidos, acolho o novo demonstrativo de apuração elaborado pela Auditora designada, acostados às fls. 160 e 161, no valor de R\$9.030.254,52, que com a exclusão do valor atinente ao mês de janeiro de 2011, no montante de R\$97.482,91, fl. 160, tragado pela decadência, resulta no débito de R\$8.932.771,61.

Concluo pela subsistência parcial.

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

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite preconizado no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Decreto nº 7.629/1999; Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no ACÓRDÃO JJF Nº 0023-03/19.

VOTO

Observo que a decisão da 3ª JJF (ACÓRDÃO JJF Nº 0023-03/19) desonerou o sujeito passivo, extinguindo o crédito tributário de R\$3.252.135,58, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

A infração apontada no Auto, objeto do presente Recurso de Ofício, foi a seguinte:

Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) 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.

Consta na descrição dos fatos que “... tendo sido apurada a seguinte irregularidade: *Recolhimento a menor do ICMS da antecipação tributária parcial de compras de mercadorias para comercialização oriundas de outras unidades da Federação. Os lançamentos são referentes ao período de janeiro de 2011 a junho de 2015, tendo em vista que o contribuinte informou que o recolhimento da referida antecipação parcial do segundo semestre de 2015, fora feita na fronteira do Estado da Bahia por ter perdido a condição de recolher nos dias 25 de cada mês devido a impedimentos legais. Com isso, os recolhimentos foram feitos com código de receita diferente 2175 e muitas vezes junto com antecipação total, dificultando, portanto, a realização da*

apuração neste momento, ficando para verificação em fiscalização futuras”.

Não há reparos a fazer na decisão de piso, em relação aos valores excluídos.

O autuante, na sua primeira informação fiscal (fls. 85 a 87), acolhe parcialmente as razões da defesa e reduz o débito para R\$9.838.220,35, conforme demonstrativo contido no CD de fls. 88, excluindo os valores dos itens que fazem parte da substituição tributária (fls.80) e ajustando a alíquota de 10% nas saídas dos produtos procedentes de outras unidades a Federação, conforme Decreto 7799/2000 e, conseqüentemente, fazer a antecipação parcial de 3%.

Em informação fiscal (fls. 126 a 131), prestada por fiscal estranho ao feito, o valor do débito é reduzido para R\$9.030.254,52, ratificado na informação fiscal de fls. 154 a 162, reconhecendo o pagamento referente ao mês de janeiro/14, recolhido com o código de antecipação tributária 1145 em 25/02/14 (fls. 79) e Livro de Apuração anexado ao PAF.

A autuada informa que efetuou o pagamento parcial do débito exigido na autuação, objeto desses autos, no âmbito do Programa Especial de Redução de Multas e Acréscimos moratórios, instituído pela Lei nº 14.016 de 24 de outubro de 2018, tendo optado pelo pagamento a vista, conforme consta da cópia do comprovante acostado às fls. 188 e 189. Esclarece ainda que o pagamento foi efetuado com base na memória de cálculo efetuada pela SEFAZ, fl. 190, considerando o valor retificado do Auto de Infração no montante de R\$9.030.254,52, nos termos da Informação Fiscal, fls. 154 a 162.

A redução dos valores procedidas pelo Autuante e pela Fiscal designada, e acolhida pela JJF, estão devidamente comprovadas no PAF.

A JJF acolheu o novo demonstrativo de apuração elaborado pela Auditora designada, acostados às fls. 160 e 161, no valor de R\$9.030.254,52, e excluiu o valor referente ao mês de janeiro de 2011, no montante de R\$97.482,91, fl. 160, alcançado pela decadência, resultando um débito de R\$8.932.771,61.

Efetivamente os valores de janeiro de 2011 foram alcançados pela decadência, com fundamento no Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0 e que a partir de então vem fundamentando as decisões deste CONSEF.

O Auto de Infração foi lavrado em 15/02/2016 e a Autuada foi cientificada em 29/02/2016.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233038.0001/16-2**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$8.932.771,61**, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS- PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS