

A. I. Nº - 233038.0001/16-2
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA
AUTUANTE - CARLOS ROBERTO DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11/03/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0023-03/19

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 preliminar de decadência. Não acolhido pedido de redução ou cancelamento da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 15/02/2016, exige 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 Dec. 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.*”

O Autuado impugna o lançamento fls. 19 a 41, através de advogados, procuração fls. 60 a 62. Inicialmente registra a tempestividade de sua peça defensiva e alinha os argumentos a seguir resumidos.

Menciona que em 29/02/2016 teve ciência do Auto de Infração nº 233038.0001/16-2, lavrado para cobrança de valores de ICMS tidos como devidos para os cofres públicos baianos em relação a fatos ocorridos entre janeiro de 2011 e junho de 2015. Contudo, parte da cobrança relativa ao período mencionado foi extinta pela decadência, uma vez que transcorreram mais de 5 anos entre os fatos geradores arrolados no levantamento e a exigência do ICMS correlato por meio da lavratura do Auto de Infração.

Assevera que em vista da data em que teve ciência do Auto de Infração, a Fiscalização somente poderia ter exigido valores de ICMS tidos como não recolhidos de 28/02/2011, em diante, nos termos do art. 150, §4º, do CTN que transcreve.

Observa que nesse caso, a “ocorrência do fato gerador” consiste nas entradas de mercadorias que deveriam ter sido tributadas pelo ICMS antecipado que, de acordo com a Fiscalização, não foi recolhido e gerou a multa cobrada na autuação. Como nesses 5 anos o Fisco Baiano permaneceu inerte no que se refere aos valores de imposto estadual considerados devidos pela Requerente (e que levaram à cobrança da multa), houve homologação tácita desta parcela do lançamento tributário, nos termos do dispositivo transcrito acima, de modo que o crédito tributário relativo ao período de 1º/1/2011 a 28/2/2011, foi extinto pela decadência e não mais poderia ser lançado pela Fiscalização.

Esclarece que nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) pacificou entendimento de que, nos casos em que o Fisco considera que há recolhimento a menor do ICMS devido nas operações promovidas pelo contribuinte, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 150, §4º, do CTN: *(STJ, Primeira Seção, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.199.262/MG, Relator Ministro Benedito Gonçalves, publicado no DJe de 7.11.2011)*

Registra que a jurisprudência do STJ é uníssona ao considerar, com base no art. 150, §4º, do CTN, que o Fisco tem 5 anos contados a partir da data da ocorrência do fato impositivo para cobrar débitos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, desde que o contribuinte (i) não tenha agido com dolo, fraude, ou simulação ou (ii) tenha havido pagamento do tributo no período a que se refere a cobrança.

Diz ser evidente que atende aos dois requisitos. Ressalta que: i) - não há que se cogitar dolo, fraude ou simulação em sua conduta, haja vista que o aproveitamento de créditos de ICMS se deu com base na própria legislação do ICMS; e ii) - recolheu valores de ICMS aos cofres públicos no período autuado, de modo a não deixar dúvidas de que houve pagamento de parte do tributo devido. Arremata frisando que, como é de conhecimento do Fisco, o estabelecimento autuado apurou saldo credor de ICMS apenas a partir de janeiro de 2014.

Observa que a supra citada decisão é fundamentada a partir da análise do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 973.733/SC, em que a Primeira Seção do STJ pacificou entendimento de que o “o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há pagamento, salvos nos casos de dolo, fraude ou simulação”. Ocorre que, no caso apreciado no julgamento do Recurso Especial nº 973.733/SC, não tinha ocorrido o pagamento antecipado do tributo, de modo que o STJ entendeu pela aplicação do art. 173, inciso I, do CTN.

Desataca que, ainda, no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.199.262/MG (decisão acima transcrita), a Primeira Seção do STJ, deparou com outra situação: naquele caso, o contribuinte aproveitou créditos de ICMS sobre operações beneficiadas com incentivos fiscais, créditos esses que reduziram o seu imposto à pagar nos meses objeto do lançamento tributário; logo, trata-se de caso em que houve pagamento antecipado, o que levou o Tribunal Superior a aplicar o art. 150, §4º do CTN.

Assinala que, com base na jurisprudência do STJ, não restam dúvidas de que o direito de a Fiscalização cobrar multa em razão de valores de ICMS tidos como não pagos para fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2011 e 28/2/2011 foi extinto pela decadência, nos termos dos artigos 150, §4º, e 156, inciso V, do CTN.

Reafirma que o Auto de Infração foi fundamentado no inciso IX, do art. 61, do antigo RICMS/BA, e no art. 12-A da Lei do ICMS, que tratam do procedimento de antecipação parcial do pagamento do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado. Arremata destacando que, tanto no antigo RICMS-BA/97, não mais vigente, quanto na Lei do ICMS, a antecipação parcial: i) não

encerra a fase de tributação; e **ii**) não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por isenção, não incidência e substituição tributária (com encerramento de tributação)

Explica que como consequência, se a mercadoria adquirida pelo contribuinte de outra unidade da Federação estiver sujeita ao ICMS-ST, não deve ocorrer a antecipação parcial do ICMS na entrada das mercadorias no estabelecimento. Prossegue esclarecendo não ser devido o pagamento antecipado do ICMS em relação a mercadorias sujeitas a alíquotas internas iguais ou inferiores àquelas incidentes nas operações interestaduais, pois, não há como se exigir valores de imposto calculados mediante aplicação de percentual que corresponda na diferença das alíquotas interestadual e interna, se ambas forem idênticas.

Menciona que essas duas exceções são especialmente relevantes para a análise do caso em tela, uma vez que impactam diretamente no valor do crédito tributário lançado.

Reafirma que a Fiscalização exige no Auto de Infração multa correspondente a 60%, do valor do principal tido como devido, nos termos da alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei do ICMS. Esclarece que o valor de principal tido como devido consiste na diferença entre o montante de ICMS devido por antecipação apurado pelo Fisco e o montante de ICMS por antecipação que foi efetivamente pago no período autuado.

Cita que a Fiscalização desconsiderou pagamento efetuado em 25/2/2014, a título de ICMS devido por antecipação sobre operações ocorridas em janeiro de 2014, no valor de R\$4.650.604,67, conforme comprovante anexo, fl. 79. Observa que a autuação informa que não teria escriturado e tão pouco recolhido quaisquer valores de ICMS antecipado para janeiro de 2014, o que leva à cobrança de multa em valor superior a R\$800 mil.

Revela ser esse o primeiro motivo que impõe necessariamente a redução da multa lançada, já que não há qualquer base legal e de cálculo para a apuração da penalidade ora exigida em relação a operações ocorridas em janeiro de 2014.

Observa que o segundo equívoco cometido pela Fiscalização diz respeito ao fato de que operações com mercadorias sujeitas ao ICMS-ST compõem a base de cálculo da multa lançada no Auto de Infração em questão, como se tivesse deixado de recolher ICMS antecipado devido nessas operações. Assinala que como determina expressamente o inciso III, do §1º, do art. 12-A, da Lei do ICMS, operações com mercadorias sujeitas ao ICMS-ST não se submetem ao ICMS devido por antecipação, o que denota a improcedência da acusação de que deixou de recolher valores de imposto nessa modalidade em relação a operações com tais mercadorias. Diz juntar planilha que traz alguns produtos, com as respectivas classificações na NCM - Nomenclatura Comum do MERCOSUL, que estão sujeitos ao recolhimento do ICMS-ST e, conseqüentemente, não estão sujeitos à antecipação parcial, fls. 80 e 81

Frisa que, como a planilha apresentada nesta oportunidade não é exaustiva, requer a conversão do feito em diligência a fim de que a Fiscalização possa identificar todos os itens que se sujeitam ao ICMS-ST e que, portanto, não enseja a obrigação do recolhimento do ICMS devido por antecipação, o que, por consequência, ensejará a readequação (por redução) dos valores de multa cobrados no Auto de Infração, ora impugnado.

Destaca que outro equívoco cometido pela Fiscalização diz respeito ao fato de que as operações internas promovidas contam redução de base de cálculo do ICMS prevista no Dec. 7.799/00, de tal modo que a carga tributária efetiva nessas operações é de 10%.

Diz ser notório que é empresa renomada e respeitada no ramo de gêneros alimentícios e que, devido à amplitude de suas operações no Brasil, por uma questão de logística, possui diversas unidades fabris, assim como mantém alguns estabelecimentos atacadistas espalhados pelo País.

Explica que os estabelecimentos atacadistas têm como principal objetivo receber os produtos fabricados por suas unidades industriais e distribuí-los **i**) aos mercados locais e/ou **ii**) a outros estabelecimentos atacadistas que, por sua vez, terão a incumbência de distribuir esses produtos no “seu mercado local”.

Afirma não haver dúvidas de que conta com este benefício, dada sua CNAE - Classificação Nacional de Atividade Econômica específica de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral. Prossegue destacando que em vista da atividade exercida por seu estabelecimento e a observância dos demais requisitos, foi celebrado o Termo de Acordo com a SEFAZ/BA, de modo a habilitar a lhe para usufruir do benefício da redução da base de cálculo prevista no Dec. 7.799/00.

Observa que a Fiscalização não poderia ignorar o fato de que as operações internas promovidas com produtos sujeitos à tributação normal de ICMS são, na verdade, tributadas à uma alíquota efetiva de 10%, e não de 17%, como foi considerado na autuação para fins de apuração do ICMS antecipado tido como devido.

Em relação às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas, frisa que o Fisco entende que deveria ter sido recolhido o ICMS antecipado mediante a aplicação da alíquota efetiva de 10% ou de 13% - diferença entre a alíquota interna de 17% e a alíquota interestadual de 7% ou de 4%. Contudo, em relação a essas operações, apenas deveria ter sido cobrado, em última análise, o ICMS mediante a aplicação da alíquota efetiva de 3% ou de 6% - diferença entre a alíquota interna de 10% (decorrente do Dec. 7.799/00) e a alíquota interestadual de 7% ou de 4%.

Assinala que ao não refletir os efeitos do aludido Decreto no cálculo do crédito tributário ora contestado, a Fiscalização evidentemente majorou de forma indevida a multa cobrada, já que considera que não foram recolhidos valores de ICMS antecipado em montante muito superior ao que seria efetivamente devido - se é que algum valor seria efetivamente devido. Diz restar inequivocamente provado que a Fiscalização deve, também por este motivo, retificar o cálculo do ICMS exigido na autuação, para que seja levado em consideração que os produtos adquiridos fazem jus à redução de base de cálculo prevista no Dec. 7.799/00 - Inexigibilidade da antecipação parcial do ICMS nas operações com leites em pó

Destaca que, além dos equívocos cometidos na apuração do crédito tributário pelo fato de o Fisco ter desconsiderado pagamento efetuado para janeiro de 2014 e por ter ignorado características dos produtos e da operação (sujeição ao ICMS-ST e ao Termo de Acordo Atacadista), há ainda que se ressaltar a improcedência da cobrança dos valores que remanescerão após os ajustes que devem ser feitos em razão desses equívocos. Arremata assinalando que a esmagadora maioria dos produtos objeto das operações autuados são leites em pó (doc. 9) e, como tais, estão sujeitos à tributação interna, em território baiano, mediante aplicação de carga efetiva de ICMS de 7% - em decorrência da redução de base de cálculo de 58,825%, prevista na legislação baiana.

Acrescenta lembrando que como consequência disso, não há como se exigir o pagamento de ICMS antecipado em aquisições de leites em pó que foram tributados à alíquota interestadual de 7% e que serão tributados à alíquota interna também de 7%. Afirma não haver propriamente diferença a ser paga de forma antecipada, o que torna a exigência fiscal absolutamente improcedente em relação a esses produtos.

Revela que na época em que ocorreram as operações objeto da autuação fiscal, a redução da base de cálculo de ICMS para saídas internas com leite em pó estava prevista no art. 87, inciso XXI, do RICMS-BA/97, e no art. 268, inciso XXV, do RICMS-BA/12, atualmente vigente, cujo teor reproduz. Continua assinalando que, como consequência, as saídas de leite em pó realizadas dentro do Estado da Bahia foram tributadas pelo ICMS mediante aplicação de alíquota de 7%, a qual é resultado da referida redução de base de cálculo antes prevista no art. 87, inciso XXI, do RICMS/BA e, após, conforme a redação do art. 268, inciso XXV, até 31/12/2013.

Explica que, se a antecipação parcial é devida com base na mesma alíquota (7%) aplicável na apuração do ICMS devido na aquisição interestadual (no caso dos leites em pó, 7%), o contribuinte simplesmente não está obrigado ao recolhimento antecipatório, uma vez que não há diferença de imposto a recolher de forma antecipada, já que a diferença entre a carga tributária efetiva interestadual e a carga tributária efetiva interna resultaria em 0%. Remata frisando que devem ser excluídos dos valores de multa cobrados na autuação aqueles calculados com base no ICMS antecipado supostamente devido em aquisições de leites em pó, dado que essas aquisições não estavam sujeitas ao pagamento antecipado do imposto estadual.

Destaca que nesse contexto, apresenta a planilha anexa, fl. 81, em que lista todos os leites em pó que são objeto das operações autuadas, as quais, portanto, devem ser excluídas da autuação. Diz ser esse mais um motivo que ressalta a improcedência do lançamento tributário, o que impõe o cancelamento do Auto de Infração.

Assinala o efeito confiscatório da multa aplicada, ressaltando ainda a ilegalidade da multa cobrada na autuação, que corresponde a R\$12.184.907,19. Diz ser inadmissível que esteja sujeita a essa multa de caráter absolutamente desproporcional e confiscatório, sem que tenha cometido qualquer infração ou deixado de recolher o ICMS, não havendo que se falar em prejuízo ao Erário Estadual.

Lembra que dentre os princípios que norteiam o Sistema Constitucional Tributário, encontra-se a vedação do tributo com efeito confiscatório, por força do art. 150, inciso IV, da CF/88.

Registra que nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal - STF declarou, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a inconstitucionalidade de dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro, que previam a aplicação de multas mínimas de duas vezes o valor do tributo em caso de não recolhimento, e de cinco vezes o mesmo valor em caso de “sonegação”, por violação ao art. 150, inciso IV, da CF/88, - ADI nº 551/RJ, Plenário, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, DJU 14.2.2003):

Revela ainda que em decisões mais recentes, o STF novamente manifestou seu entendimento pela vedação de multa com efeitos confiscatórios (inclusive em relação àquelas que se referem ao descumprimento de obrigação acessória): *STF, Primeira Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 482.281-8/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, publicado no DJ de 21.8.2009, não destacado no original*; *STF, Primeira Turma, RE nº 833.106/GO, Relator Ministro Marco Aurélio, publicado no DJ de 11.12.2014.*

Destaca que o entendimento manifestado pelo STF é que a aplicação de multas deve atender a um mínimo de razoabilidade, de modo que a penalidade não extrapole o próprio imposto devido, especialmente em casos em que não há que se falar em fraude, dolo ou sonegação.

Pondera que, na autuação impugnada, a Fiscalização aplicou penalidade correspondente a 60% do valor do imposto devido, mas que foi pago antes da lavratura do Auto de Infração quando da saída interna das mercadorias adquirida.

Observa que o presente caso cuida de uma situação em que não é devido um único centavo de imposto ao Erário Estadual, sendo cobrada, em contrapartida, uma multa isolada de mais de R\$12 milhões, o que demonstra a sua total falta de legalidade e razoabilidade, ainda mais se levar em conta que não deixou de recolher valores de ICMS aos cofres públicos.

Diz restar evidenciado o abuso da multa imposta no Auto de Infração, por violação ao princípio do não confisco, em linha com a pacificada jurisprudência do STF a respeito.

Protesta pela posterior juntada de documentos que se façam necessários para o correto julgamento do lançamento tributário consignado no Auto de Infração lavrado.

Em conclusão, destaca que conforme o exposto, tem como demonstrada a improcedência da cobrança objeto do Auto de Infração, uma vez que:

- i.** O direito de a Fiscalização cobrar valores de multa relativos a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2011 e 28/2/2011, foi extinto pela decadência, nos termos dos art. 150, §4º, e art. 156, inciso V, do CTN; a Fiscalização ignorou pagamento de mais de R\$4,5 milhões realizado a título de ICMS antecipado para o mês de janeiro de 2014, o que torna indevida a cobrança de multa para o período em questão;
- ii.** Não foi considerado que parte das operações autuadas tinha como objeto mercadorias sujeitas ao ICMS-ST, as quais, por sua vez, estão expressamente excluídas da antecipação do imposto estadual, conforme estabelece expressamente o art. 12-A, §1º, inciso III, da Lei do ICMS;

iii. A Fiscalização não levou em consideração que o estabelecimento autuado da Requerente está habilitado perante a SEFAZ/BA para usufruir do benefício da redução de base de cálculo do ICMS prevista no Dec. 7.799/00, de tal sorte que o ICMS antecipado tido como devido nessas operações deveria ser calculado a partir da alíquota interna de 10%, e não de 17%, fato que por si só reduziria substancialmente a diferença apurada pelo Fisco e, assim, a base de cálculo da multa lançada na autuação;

iv. A maior parte dos produtos objeto da autuação fiscal são leites em pó e, como tais, estão sujeitos à alíquota interna de 7% - em decorrência da aplicação da redução de base de cálculo de 58,825% prevista na legislação baiana para os leites em pó. Esse fato faz que não sejam devidos quaisquer valores a título de ICMS antecipado para aquisições interestaduais de leites em pó, as quais, portanto, devem ser excluídas da base de cálculo da multa aplicada na autuação; e

v. A multa imposta no Auto de Infração corresponde a 60% do valor do imposto tido por devidos e supera R\$12 milhões, de modo que é abusiva, extrapola o razoável e, sobretudo, contraria a jurisprudência predominante do STF e o art. 150, inciso IV, da CF/88, que veda a aplicação de penalidades desproporcionais à suposta infração cometida.

Por fim, reitera seu pleito para que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 85 a 87, acolhendo parcialmente as alegações da defesa e observa que refez o demonstrativo de débito que resultou na diminuição do débito para R\$1.822.440,76.

Em manifestação às fls. 93 a 97, o Impugnante reprisa seus argumentos e alegações articuladas em sua defesa, pugnando pela improcedência da autuação.

Auditora designada presta nova informação fiscal, fls. 126 a 131, nos termos a seguir resumidos.

Observa que posteriormente foi constatado que o Autuado lançou no livro de apuração de 02/2014, o valor a crédito de antecipação parcial de R\$4.650.604,87, recolhido com o código de Antecipação Tributária 1145 em 25/02/2014. Afirma que tal equívoco no preenchimento dos códigos ocorreu também em recolhimentos no ano de 2016. Esclarece que, dessa forma, foi retirado do demonstrativo do débito o valor cobrado relativo ao mês de janeiro de 2014.

Assevera que confirmou a existência de itens que fazem parte da substituição tributária e, por conseguinte, excluiu da relação os valores correspondentes aos produtos do Doc. 08, fl. 80, apresentando, portanto, nova relação de notas fiscais bem como no demonstrativo de débito anexado em CD, quando da entrega da primeira informação fiscal e novamente agora.

Diz não ser procedente o alegado pelo Autuado em relação ao Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ, uma vez que os valores apresentados nas relações de notas fiscais eletrônicas, no campo, “VlAntecParc” (valor da antecipação parcial a recolher), corresponde a 3% do valor da base de cálculo da NFe, portanto, respeitando o que estabelece o Termo de Acordo do Dec. 7799/2000, que determina a tributação pela alíquota de 10%, cumprindo, desse modo, a subtração da alíquota interna de 10% da alíquota interestadual de 7%, conforme o Decreto acima citado.

Reitera o posicionamento apresentado na primeira informação fiscal:

1 - Pondera que o ICMS exigido no período da abertura da empresa até 31/08/2013 foi devido aos lançamentos errôneos da autuada de Composto Lácteo em Pó, classificado como Leite em Pó, por motivo do regulamento do ICMS permitir a redução da base de cálculo, apenas, para o Leite em Pó. Registra que contribuinte foi autuado e pagou a diferença devida, reconhecendo, portanto, que Composto Lácteo não é Leite em Pó para gozar do benefício;

2 - Informa que, no período de 01/09/2013 a 31/12/2013, o RICMS-BA/12, permitiu que tanto o composto lácteo e o leite em pó fossem contemplados pela redução da base de cálculo, sendo assim, esse período ficou de fora da autuação;

3 - Explica que no período iniciado em 01/01/2014 até 16/06/2015 o RICMS-BA/12, passou a não permitir o benefício da redução da base de cálculo de 58,825% para que a alíquota ficasse em 7%, tanto para Leite em Pó, quanto para composto lácteo em pó que não fosse fabricado no Estado da

Bahia. Como é sabido, o leite em pó e o composto lácteo em pó comercializado pelo Autuado são fabricados em outras unidades da Federação, por isso, não podem gozar do benefício fiscal, deve sim, praticar as saídas com a alíquota de 10%, conforme Dec. 7.799/2000 e consequentemente, fazer a antecipação parcial equivalente a 3% com fulcro no Decreto acima citado.

Conclui afirmando que diante do apresentado nesta informação fiscal com todos os argumentos legais expostos e por questão de justiça, retifica o valor original da Infração 01 do Auto de Infração cujo crédito tributário em favor da Fazenda Pública Estadual passa a ser no total de R\$9.030.254,52, conforme demonstrativo que acosta às fls. 130 e 131.

Em pauta suplementar, fl. 140, essa 3ª JJF converteu os autos em diligência para que fosse intimado o Defendente para entrega de cópia da informação fiscal prestada pela Auditora Fiscal designada.

O Impugnante se manifesta acerca da informação fiscal prestada pela Auditora designada, fls. 145 a 151, reprisando integralmente suas alegações defensivas.

Em nova informação fiscal, fls. 154 a 161, a Auditora designada rebate as alegações da defesa reiterando todas as ponderações apresentada anteriormente.

O Autuado se manifesta à fl. 180, para informar que reitera todos os seus argumentos e razões de defesa articulados em sua Impugnação e manifestações anteriores reiterando seu pedido pela improcedência do Auto de Infração.

Em nova manifestação, fl. 186 a 190, o Impugnante 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.

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 nº 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 nº 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 nº 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.

Analisando 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 autuação.

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 inexistente 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, trágado 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233038.0001/16-2**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$8.932.771,61**, prevista no inciso II, alínea “d” do art. 42 da Lei 7.014/96, alterada pela Lei 10.847/07, e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA