

A. I. Nº - 108529.0004/19-0
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.
AUTUANTE - GILMÁRIO MACEDO LIMA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/02/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0275-04/20-VD

EMENTA: ICMS. MULTA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Comprovado pelo autuante a existência de erro na informação do código de receita inserido no documento de arrecadação, razão pela qual tais recolhimentos não foram considerados na auditoria. Não acolhidas as arguições de nulidade. Indeferido pedido de diligência. Infração insubsistente Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/12/2019, formaliza a constituição de crédito tributário, referente à multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial no valor de R\$750.395,26, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posteriormente tributada normalmente.

O autuado através de advogado habilitado ingressa com defesa, fls. 23 a 35. Após transcrever o teor da acusação fiscal afirma que como será demonstrado em tópico específico, a intimação postal para ciência da lavratura do Auto de Infração **não** foi enviada ao endereço da Requerente, motivo pelo qual a exação fiscal ora impugnada é NULA. Contudo, apenas por cautela, esclarece que referida intimação foi entregue ao destinatário em 28/01/2020 (**doc. 5**), terça-feira, de modo que, mesmo que não se entenda pela nulidade da intimação (o que se admite apenas por argumentar), a presente Impugnação é tempestiva, haja vista que o prazo de 60 dias para sua apresentação teve início em 15/01/2020, quarta-feira, encerrando-se somente em **08/06/2020**, segunda-feira, em razão da suspensão dos prazos processuais no âmbito do CONSEF no período 23/03/2020 a 30.5.2020, nos termos do Decreto nº 19.572, de 26.3.2020, Decreto nº 19.672, de 30/04/2020 e Decreto nº 19.701, de 15/05/2020 (**doc. 13**). Logo, é tempestiva a presente Impugnação.

Em seguida esclarece que se trata de empresa do Grupo Nestlé que tem como principal atividade a industrialização e comercialização de produtos alimentícios e bebidas em geral. No âmbito de suas atividades, portanto, é contribuinte do ICMS, e apesar de cumprir de forma habitual (e regular) todas as suas obrigações tributárias, em 17/12/2019, a Fiscalização lavrou o Auto de Infração ora impugnado para a exigência de R\$ 750.395,26 a título de principal, além de acréscimos moratórios e multa, resultando na cobrança total no valor de **R\$952.597,78**, ante a acusação de que a Requerente teria supostamente deixado de recolher o ICMS devido por antecipação parcial na entrada de mercadorias oriundas de outros Estados no território baiano.

1. Contudo, de pronto, entende caso não se entenda pela nulidade da autuação, o que se admite apenas a título argumentativo, o Auto de Infração deverá que o Auto de Infração é NULO, já que a intimação postal para ciência da lavratura foi direcionada para endereço diverso da sede da Requerente, em patente afronta ao artigo 108 do RPAF. Caso não se entenda pela nulidade da autuação, o que se admite apenas a título argumentativo, o Auto de Infração deverá ser integralmente cancelado, tendo em vista a patente inaplicabilidade da multa punitiva exigida pela Fiscalização.

Afinal, conforme será devidamente comprovado a seguir, os débitos de ICMS devido por antecipação parcial **foram recolhidos**, sendo certo que a Fiscalização apenas não identificou

tais recolhimentos em razão de um equívoco procedimental cometido pela Requerente na indicação do código dos Documentos de Arrecadação Estadual (“DAEs”). Além disso, as operações abrangidas nesse item do Auto de Infração são meras transferências, de modo que, mesmo que se desconsidere os pagamentos promovidas pela Requerente (o que se admite apenas a título argumentativo), não haveria incidência do ICMS haja vista a inexistência do fato gerador do imposto.

Passa a se reportar sobre a nulidade do Auto de Infração, em razão da intimação postal I para ciência da lavratura do Auto de Infração não ter sido foi remetida à Requerente (Rua Doutor Gerino de Souza Filho, 3295, Lauro de Freitas/BA), mas sim para a Avenida Doutor Chucri Zaidan, 246, 13º Andar, São Paulo/SP (doc. 5) **não havendo motivos para esse procedimento**, considerando que **o endereço correto da Requerente está consignado no próprio Auto de Infração (doc. 4)** e é inclusive o endereço vinculado ao CNPJ e à Inscrição Estadual da Requerente (**docs. 1 e 2**).

Ressalta ainda, que o envio da intimação postal no endereço de terceiro não se justificaria em razão de eventual impossibilidade e/ou dificuldade procedimental de intimar a Requerente em seu endereço, pois a SEFAZ/BA sempre intimou a Requerente no endereço de sua sede ou por seu Domicílio Tributário Eletrônico (“DTe”) (**doc. 6**).

Conclui não haver justificativa plausível para o procedimento da fiscalização, restando, portanto incontroversa a nulidade do Auto de Infração e após transcrever o teor do 108 do RPAF diz que não há qualquer disposição que justifique o envio da intimação para endereço diverso da sede da autuada.

Nesse sentido, o Egrégio Conselho de Fazenda Estadual (“CONSEF”) tem declarado a NULIDADE de autuações eivadas por vícios de intimação menos gravosos do que o ocorrido no caso concreto. Transcreve acórdão e trechos de voto, esclarecendo que o Auto de Infração foi declarado nulo pelo simples fato de a Fiscalização ter intimado o sujeito passivo diretamente por Edital, ou seja, sem a tentativa prévia de intimá-lo pela via postal.

Diante do exposto, entende que uma vez demonstrado que a intimação postal para ciência do Auto de Infração não foi enviada para o endereço da Requerente, resta evidente a NULIDADE do Auto de Infração nº 108529.0004/19-0.

Passa a se manifestar sobre o mérito reafirmando que , a Fiscalização acusa a Requerente de ter deixado de recolher as antecipações parciais de ICMS devidas na entrada de mercadorias originárias de outros Estados no território baiano no ano de 2016, nos termos do artigo 12-A da Lei 7.014/96, assim, partindo dessa premissa equivocada, a Fiscalização aplicou multa de 60% sobre valor do imposto que teria supostamente deixado de ser antecipado, nos termos do artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/1996.

Esclarecer que o Auto de Infração ora impugnado complementa a Infração 4 do Auto de Infração 1085290003/19-3 (doc. 7), por meio da qual a Fiscalização apurou suposta ausência de recolhimento de ICMS por antecipação parcial em março de 2016. Essa exação fiscal, frise-se, já foi devidamente impugnada pela Requerente (doc. 8).

Com efeito, o procedimento fiscal utilizado na apuração do ICMS que a Requerente supostamente deixou de antecipar no ano de 2016 pode ser dividido nas seguintes etapas:

1) Por meio do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal (“SIAF”), foram “filtradas” todas as entradas em operações de transferência promovidas no estabelecimento autuado no ano de 2016, identificadas pelo CFOP 6152 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros). A relação das notas fiscais que amparam essas operações está registrada no arquivo *Antecipação parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida 2016 - Lista de notas fiscais-itens* que instruiu o Auto de Infração nº 1085290003/19-3 (“Lista de Notas Fiscais” – doc. 9);

2) Após, foram identificados todos os recolhimentos efetuados por meio de Documentos de Arrecadação Estadual (“DAEs”) com o código 2175 (específico para as antecipações parciais) no período;

3) A partir da contraposição entre as informações obtidas nas duas etapas anteriores, a Fiscalização apurou o valor de ICMS que teria deixado de ser antecipado pela Requerente no ano de 2016, conforme se verifica do arquivo *Antecipação parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida 2016 – Resumo do débito* (“Resumo do Débito” – doc. 10) que igualmente instruiu o Auto de Infração nº 1085290003/19-3, cujo resumo de débito transcreveu.

Arremata que as imposição dessa penalidade não deve prevalecer, haja vista que as antecipações parciais referentes às aquisições interestaduais promovidas em 2016 foram devidamente recolhidas.

A bem da verdade, a Fiscalização não identificou esses pagamentos no curso do procedimento fiscal, porque, por mero equívoco procedimental, a Requerente promoveu o recolhimento dos DAEs relativos às antecipações parciais com o código 1145 (que faz referência antecipação total do imposto, prevista no anexo I do RICMS/BA), ao invés de utilizar o código 2175, como se observa a partir da Relação de todos os DAEs pagos com código 1145 que fazem referência ao ano de 2016 (doc. 11).

Para que não haja qualquer dúvida quanto à vinculação entre os pagamentos arrolados na relação supra (código 1145) e as antecipações parciais de ICMS referentes às entradas interestaduais promovidas em 2016, menciona como exemplo a Nota Fiscal nº 45670 (“NF 45670”) que consta da Lista de Notas Fiscais (doc. 12), conforme abaixo:

NF 45670 (Lista de Notas Fiscais)													
45670	07/01/16	11/01/16	11/01/16	MG	6152	000000000012345678 MOCA Leite Cond Tírd Calvinda 27x36g BR	001	53.185,49	0,00	0,00	53.185,49	7,00	3.722,98
45670	07/01/16	11/01/16	11/01/16	MG	6152	000000000012345678 MOCA Leite Cond Tírd Calvinda 27x36g BR	002	55.296,10	0,00	0,00	55.296,10	7,00	3.870,87
45670	07/01/16	11/01/16	11/01/16	MG	6152	000000000012345678 MOCA Leite Cond Tírd Calvinda 27x36g BR	003	25.135,49	0,00	0,00	25.135,49	7,00	1.759,48
												TOTAL	R\$ 13.361,91

Diz que de acordo a Lista de Notas Fiscais, a soma dos valores de ICMS supostamente devidos por antecipação parcial em relação a cada um dos itens da NF 45670 é de R\$13.361,91. Entretanto, esse montante EXATO foi recolhido pela Requerente conforme DAE nº 1600090552 (código 1145), em 07/01/2016 (justamente a data da emissão da NF 45670):

Relação de DAEs						
<p>RELAÇÃO DAEs - ANO 2016</p> <p>Unidade de Atendimento: SGF/DIRAT/GERAP/CORAP METRO Unidade de Fiscalização: IFEP COMERCIO</p> <p>Inscrição Estadual: 63494701 CNPJ/CPF: 60.409.075/0059-79</p> <p>Razão Social: NESTLE BRASIL LTDA.</p> <p>Situação: ATIVO Condição: NORMAL Porte: Grandes Empresas</p> <p>CNAE-Fiscal: 4639701-Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral Telefone: (11) 55084400</p> <p>Contador LEANDRO RIBEIRO JARDIM CRC: 57263-SP/O Telefone: (16) 39657168</p>						
Nosso Número	Pagamento	Referência	Cod Receita	Receita	Val. Principal	Val. Total
1506947156	04/01/2016	12/2015	1145	ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA	1.456,66	1.456,66
1506947169	04/01/2016	12/2015	1145	ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA	9.688,29	9.688,29
1600034690	05/01/2016	1/2016	1145	ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA	4.900,50	4.900,50
1600034705	05/01/2016	1/2016	1145	ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA	11.955,17	11.955,17
1600086045	07/01/2016	1/2016	1145	ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA	12.637,76	12.637,76
1600090552	07/01/2016	1/2016	1145	ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA	13.361,91	13.361,91
1600098619	08/01/2016	1/2016	1145	ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA	7.163,23	7.163,23

Assevera que a partir desse exemplo resta evidente que as antecipações parciais de ICMS parciais forma devidamente recolhidas por meio dos DAEs emitidos com código qq45, não havendo que se cogitar em exigi-las novamente.

Por fim, destaca que ao analisar situação idêntica à dos presentes autos, esse CONSEF determinou que os valores recolhidos equivocadamente a título de antecipação parcial por meio dos DAEs com

código 1145 deveriam ser excluídos da autuação, transcrevendo trechos de voto referente ao Auto de Infração nº 207095.0009/17-4, DOE 12.6.2019.

Diante disso, uma vez demonstrado que as antecipações parciais do ICMS referentes ao ano de 2016 foram devidamente recolhidas por meio dos DAES com código 1145, faz-se necessário o cancelamento do Auto de Infração.

Acrescenta que mesmo admitindo-se, por argumentar, a remotíssima hipótese de tais recolhimentos não serem reconhecidos por CONSEF, é imperativo o cancelamento do Auto de Infração pelo simples fato dessa infração abranger transferências entre estabelecimentos da Requerente.

Conforme se verifica da Lista de Notas Fiscais que instruiu o Auto de Infração 1085290003/19-3 (originário do AIIM ora impugnado), todas as notas fiscais de entrada autuadas foram emitidas com CFOP 6151 (Transferência de produção do estabelecimento) ou CFOP 6152 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros).

Aduz que essa operação é bastante comum para empresas do porte da Requerente que, até por uma questão de logística, possui estabelecimentos espalhados por todo o país. O que importa no presente caso é que, como se sabe, por se tratar de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, não há circulação econômica/jurídica das mercadorias, inexistindo, pois, a ocorrência do fato gerador do ICMS. É o que restou sedimentado pelo C. Superior Tribunal de Justiça ("STJ") por meio da Súmula 166 *"não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte."* Ademais, vale destacar que o próprio C. STJ determinou que a Súmula 166 se estende às operações interestaduais, como se infere de decisão proferida em recurso especial representativo de controvérsia (Tema 259).

Acrescenta que em decisão recentíssima o Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia ("TJ/BA"), tem aplicado o entendimento firmado pelo C. STJ na Súmula 166. Portanto, também sob esse prisma, resta evidente que a que o Auto de Infração deve ser integralmente cancelado, tendo em vista que não há ocorrência do fato gerador do ICMS nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa.

Finaliza pedindo a decretação de nulidade do Auto de Infração ante o vício na intimação da Requerente, em afronta à previsão contida no artigo 108 do RPAF. Caso assim não se entenda (o que se admita apenas por argumentar), pleiteia que seja dado a esta Defesa para que seja julgado Improcedente o Auto de Infração nº 108529.0004/19-0.

Protesta pela posterior juntada de eventuais outros documentos que se façam necessários para o correto julgamento do lançamento tributário e pela eventual conversão do julgamento em diligência (nos termos do artigo 145 do RPAF), a fim de que se confirmem os elementos trazidos com esta Defesa.

Por fim indica o seguinte endereço para recebimento das intimações relativas a este processo administrativo: Lobo & de Rizzo Advogados: Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3900, 3º andar, Itaim Bibi, CEP 04538-132, São Paulo, Capital, aos cuidados de Marcelo Bez Debatin da Silveira.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fl. 40/42, inicialmente descreve o teor das infrações e após fazer um resumo das argumentações defensivas esclarece que todos os demonstrativos foram elaborados através dos arquivos SPED EFD – Escrituração Fiscal Digital, que conforme o Art. 247 se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal informados pelo contribuinte, informações constantes na base de dados da SEFAZ.

Em relação a arguição de nulidade, por ter sido a Intimação postal enviada para endereço diverso da sede da Requerente, diz que a mesma não merece prosperar, pois conforme preceitua o §1º, do Art. 18, *"as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração"*.

Acrescenta que conforme INTIMAÇÃO juntada às fls. 16, fica comprovada a tentativa da SEFAZ em intimar o contribuinte no endereço constante do cadastro (Rua Doutor Gerino de Souza Filho, nº 3295, Galpão 0345, Bairro Recreio Ipitanga, Lauro de Freitas/BA, CEP 42.700-210). Ao não lograr êxito, conforme Aviso de Recebimento-AR devolvido (fls. 17), enviou nova intimação para sócio ativo (SOCOPAL – SOCIEDADE COMERCIAL DE CORRETAGEM – CNPJ 33.036.849/0001-74), conforme fls. 19/20.

Em relação ao erro procedimental do contribuinte que realizou o recolhimento dos DAEs através do código 1145 (ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA), afirma que após conferência dos recolhimentos, correlacionando com as notas fiscais, acatou a alegação da autuada.

Em relação da impossibilidade dos recolhimentos das antecipações parciais de ICMS nas transferências entre os estabelecimentos da requerente informa que é a mera obediência ao que determina o art. 4º, inciso I, da Lei nº 7.014/1996 cujo teor transcreveu.

Finaliza afirmando que procedeu dentro das normas de Auditoria. Reafirma o trabalho executado e solicita, salvo melhor juízo, que o Auto de Infração seja julgado IMPROCEDENTE.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Felipe Carreira Barbosa, OAB/SP nº 406.773, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que a intimação postal para ciência da lavratura foi direcionada para endereço diverso da sede da Requerente, em patente afronta ao art. 108 do RPAF/BA.

Não assiste razão ao impugnante. Ao analisar o processo, verifica-se que a intimação inicialmente foi dirigida, via correios, ao endereço da autuada, localizado na Rua Doutor Gerino de Souza Filho, galpão 345- Recreio Ipitanga, Lauro de Freitas, entretanto, a correspondência foi devolvida, conforme informado no Aviso de Recebimento- AR, anexado à fl. 17.

Por esta razão foi efetuada uma segunda intimação, desta vez para o endereço do sócio ativo SOCOPAL – SOCIEDADE COMERCIAL DE CORRETAGEM – CNPJ 33.036.849/0001-74, localizado na avenida Doutor Chucri Zaidan, 246, 246, 13º andar, bairro Vila Cordeiro, São Paulo-SP, conforme atesta o Aviso de Recebimento- AR, anexado à fl. 26.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, exercendo assim, sem qualquer restrição o contraditório.

Ademais, o autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, não estando presentes no processo qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99. Dessa forma, rejeito as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa.

No que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99.

No mérito, o presente lançamento refere-se a multa percentual por falta de pagamento de ICMS por antecipação parcial, referente a mercadorias adquiridas fora da Bahia e destinadas a comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior normalmente tributada.

O Impugnante diz que as imposições dessa penalidade não deve prevalecer, haja vista que as antecipações parciais referentes às aquisições interestaduais promovidas em 2016 foram devidamente recolhidas.

Esclarece que a Fiscalização não identificou os pagamentos tempestivamente efetuados pois, por mero equívoco procedimental da empresa, foram indicados nos recolhimentos, efetuados através de DAEs, o código 1145, que diz respeito à antecipação total do imposto, prevista no anexo I do RICMS/BA, ao invés de utilizar o código 2175, como se observa a partir da Relação de todos os DAEs pagos com código 1145 que fazem referência ao ano de 2016 (doc. 11).

Cita como exemplo os dados relativos à Nota Fiscal nº 45670, que foi objeto de exigência do presente lançamento, indicando que a soma dos valores de ICMS supostamente devidos por antecipação parcial é de R\$13.361,91. Entretanto, esse montante exato foi recolhido, conforme DAE nº 1600090552 (código 1145), em 07/01/2016, justamente na data da emissão do mencionado documento fiscal.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal diz que após confrontar os recolhimentos efetuados pelo sujeito passivo, através do código 1145, com as notas fiscais objeto do presente lançamento confirmou que assiste razão ao autuado, asseverando que efetivamente, houve erro no preenchimento dos DAEs, razão pela qual inexistente débito a ser imputado ao contribuinte.

Depois de examinar as peças integrantes dos presentes autos, constato que, efetivamente procede a alegação defensiva de que efetuou o pagamento do ICMS com a indicação do código de receita errado no DAE, ou seja, consignou o código 1145 - ICMS Antecipação Tributária 2175, quando deveria ter indicado o código 2175 - ICMS Antecipação Parcial 1145 – ICMS.

Cabe observar que, por se tratar de mero erro de indicação do código de receita, o recolhimento efetuado pelo autuado não pode ser desconsiderado. Na realidade, deve o defendente solicitar ao órgão competente desta SEFAZ a retificação do DAE, haja vista que não soa razoável que o contribuinte efetue o pagamento do valor exigido nesta autuação e, posteriormente, formalize pedido de restituição do valor recolhido em face de indicação do código de receita errado.

Diante disso, a infração é totalmente insubsistente. Consequentemente, a alegação defensiva relacionada a não ocorrência do fato gerador, em razão das operações objeto do presente lançamento se referirem a transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, resta prejudicada.

Por fim observo que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao procurador do recorrente no endereço constante na defesa, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, ao teor do artigo 108 do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108529.0004/19-0**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA**.

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” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR