

**PROCESSO** - A. I. Nº 2691400011/19-3  
**RECORRENTE** - NESTLÉ BRASIL LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0046-04/21-VD  
**ORIGEM** - IFEP NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 23/02/2022

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0396-12/21-VD

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TOTAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO ICMS. A Autuante se equivocou ao converter a quantidade de “Macarrão Instantâneo” (NCM 1902.30.00), comercializada em gramas, para quilogramas, antes da aplicação do valor previsto em pauta fiscal, para apuração da base de cálculo do ICMS-antecipação, devido em relação a tais produtos. Também exigiu o ICMS-antecipação sobre “Cereais Matinais” (NCM 1904.10.00), comercializados em janeiro de 2017, sendo que este produto somente passou a integrar o Anexo 1 do RICMS/12, a partir de fevereiro de 2017, por força das alterações promovidas pelo Decreto nº 17.303/16, de 28/12/2016. Erros foram corrigidos em sede de Informação Fiscal pela própria Autuante, com redução do valor lançado, cujo saldo remanescente foi acatado pelo Autuado. Infração subsistente parcialmente. Afastada a arguição de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/12/2019, para exigir crédito tributário em função da seguinte irregularidade:

*Infração 01 - 07.02.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2017 e janeiro a junho de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$145.689,48, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.*

*Consta que a infração ocorreu quando a empresa vendeu mercadorias sujeitas a antecipação, com CFOP 5.102, e não efetuou a retenção e recolhimento do imposto.*

A 4ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0046-04/21-VD (fls. 160 a 166), com base no voto do Relator de primeiro grau, a seguir transcrito:

*“Preliminarmente, o autuado requereu o cancelamento do lançamento, com o argumento de cometimento de dois erros da agente Fiscal Autuante na constituição do lançamento fiscal. Mais especificamente, ao verificar as operações constantes da Planilha “Falta de Retenção e Recolhimento de ICMS-ST 2018”, que instruiu o Auto de Infração, observou que a Fiscalização se equivocou ao converter a quantidade de “Macarrão Instantâneo” (NCM 1902.30.00), comercializada em gramas pela Requerente para quilogramas antes da aplicação do valor previsto em pauta fiscal para apuração da base de cálculo do ICMS antecipação supostamente devido em relação a tais produtos. Ressaltou que esse erro culminou no montante equivocadamente lançado no valor de R\$ 61.160,17.*

*Mais adiante, diz que, se tanto não bastasse, a Fiscalização também exigiu o ICMS-antecipação sobre Cereais Matinais (NCM 1904.10.00) comercializados em janeiro de 2017, sendo que, na realidade, esse produto*

somente passou a integrar o Anexo 1 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, a partir de fevereiro de 2017, por força das alterações promovidas pelo Decreto nº 17.303/2016, de 28 de dezembro de 2016. Frisa que este erro culminou no montante equivocadamente lançado de R\$13.902,89.

Neste contexto, destaco que o § 1º, do art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, é bem específico ao dispor que eventuais incorreções, na constituição do lançamento fiscal, não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que as incorreções e omissões sejam corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente. Portanto, no caso dos autos, em tela, os equívocos cometidos pela autoridade Fiscal, na constituição do lançamento, foram corrigidos em sede de Informação Fiscal, pela própria Autuante, o que foi acatado pela própria defendente em sede de manifestação.

Afasto, então, o pedido de cancelamento do lançamento do Auto de Infração em tela, e passo, então, a enfrentar o seu mérito.

Trata-se de Auto de Infração nº 087461.0012/19-8, lavrado em 26/12/2019, referente à exigência de imposto (ICMS), acrescido da multa de 60%, decorrente do cometimento da Infração - 02.01.03, sob a acusação de que deixou, o Contribuinte Autuado, deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado nos anos de 2017 e 2018. Consta da descrição dos fatos que esta infração ocorreu quando a empresa vendeu mercadorias sujeitas a antecipação, com CFOP 5102, e não efetuou a retenção e recolhimento do imposto. Lançado ICMS no valor de R\$145.689,48, com enquadramento no art. 8º, inc. II da Lei 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “e” da Lei 7.014/96.

Em sede de defesa, registra o Contribuinte Autuado, no mérito, que Auto de Infração em tela, deve ser parcialmente reformado, já que a Fiscalização se equivocou ao converter a quantidade de “Macarrão Instantâneo” (NCM 1902.30.00), comercializada em gramas para quilogramas, antes da aplicação do valor previsto em pauta fiscal, para apuração da base de cálculo do ICMS-antecipação devido em relação a tais produtos.

Além disso, registra também, que a Fiscalização exigiu o ICMS-antecipação sobre “Cereais Matinais” (NCM 1904.10.00), comercializados em janeiro de 2017, sendo que, na realidade, esse produto somente passou a integrar o Anexo 1 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, a partir de fevereiro de 2017, por força das alterações promovidas pelo Decreto nº 17.303/2016, de 28.12.2016.

Em sede de Informação Fiscal, a agente Fiscal Autuante reconhece os equívocos cometidos e apresenta novo CD/Mídia, à fl. 143 dos autos, com as planilhas corrigidas, associado as cópias impressas das partes pertinentes a modificação das planilhas analíticas com as diferenças apuradas, além da indicação dos valores a serem cobrados no Auto de Infração nº 269140.0011/19-3, em tela, por data de ocorrência, que totaliza um saldo remanescente de R\$73.595,42, cujo valor foi acatado pela defesa nos termos da manifestação às fls. 149/151 dos autos.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações efetuadas pela agente Fiscal Autuante, manifesto pela subsistência parcial do Auto de Infração nº 269140.0011/19-3, em tela, alterando o lançamento original do valor de R\$145.689,48, para o valor de R\$73.595,42, na forma do demonstrativo, conforme a seguir:

<b>Data Ocorr</b>	<b>Data Vcto</b>	<b>Valor Histórico R\$</b>
31/01/2017	09/02/2017	11.735,15
28/02/2017	09/03/2017	9.528,18
31/03/2017	09/04/2017	9.666,72
30/04/2017	09/05/2017	4.107,79
31/05/2017	09/06/2017	2.974,22
30/06/2017	09/07/2017	3.622,51
31/07/2017	09/08/2017	2.850,46
31/08/2017	09/09/2017	4.054,12
30/09/2017	09/10/2017	3.325,47
31/10/2017	09/11/2017	3.102,55
30/11/2017	09/12/2017	3.705,55
31/12/2017	09/01/2018	2.906,94
31/01/2018	09/02/2018	2.026,87
28/02/2018	09/03/2018	2.521,24
31/03/2018	09/04/2018	2.926,14
30/04/2018	09/05/2018	1.673,15
31/05/2018	09/06/2018	1.439,08
30/06/2018	09/07/2018	1.429,28
<b>Total da Infração</b>		<b>73.595,42</b>

Em relação à alegação da defesa, quanto à inadequação da penalidade aplicada, verifico que não pode ser acatada. Observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, no caso específico da

*infração, objeto em análise, art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/96, sendo que a este foro administrativo não cabe apreciar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, conforme assim preconiza o inc. III, do art. 167 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.*

*Sobre a indicação do representante legal e endereço a seguir destacados, para recebimento das intimações relativas a este processo administrativo, isto é, Lobo & de Rizzo Advogados, sito a avenida Brigadeiro Faria Lima, 3900, 3º andar, Itaim Bibi, CEP 04538-132, São Paulo, Capital, aos cuidados de Marcelo Bez Debatin da Silveira, há de se registrar, que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação, não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo, encontra-se prevista no artigo 108 do RPAF, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.*

*Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela.”*

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 177 a 184), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual relatou que a 4ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte determinando a redução do montante exigido para R\$73.595,42 após ter restado demonstrado que:

- a) Foi equivocadamente convertida a quantidade de macarrão instantâneo (NCM 1902.30.00) comercializada em gramas para quilogramas antes da aplicação do valor previsto em pauta fiscal para apuração da base de cálculo do ICMS Antecipação;
- b) Foi exigido o ICMS Antecipação sobre cereais matinais (Nesfit Cereal Matinal e Snow Flakes Cereal Matinal) no mês de janeiro de 2017, mas este produto somente passou a integrar o Anexo 1 do RICMS/12 em fevereiro de 2017.

Transcreveu o Art. 23, II e § 6º da Lei nº 7.014/96, e o Art. 490-A e 490-B, II do RICMS/12, e disse que foram cometidos diversos erros com relação à apuração do ICMS Antecipação, conforme demonstrado em sua Defesa e posteriormente confirmado em Diligência, e que a descrição do produto sempre prevalecerá sobre a NCM para determinar o tratamento fiscal aplicável, tendo o CONSEF sedimentado o entendimento de que determinada mercadoria somente será submetida ao regime de substituição tributária se seu NCM e sua descrição constarem, de forma cumulativa, do ato normativo que a enquadrrou nessa sistemática.

Aduziu que é necessário o cancelamento da parcela do Auto de Infração que trata de produtos que não estão contemplados no Anexo 1 do RICMS/12, ante a ausência de fundamentação legal para a cobrança.

Requeru o provimento do Recurso Voluntário para que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente e a intimação pessoal de seus patronos para realizar a sustentação oral no endereço que indicou.

## **VOTO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, lavrado em decorrência da falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Preliminarmente, informo que as intimações são efetuadas na forma prevista no Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

O Autuado requereu a improcedência do Auto de Infração em razão da exigência sobre produtos que não estariam contemplados no Anexo 1 do RICMS/12, mas não indicou quais seriam estes outros produtos.

Em sua Defesa, o Autuado havia apontado equívocos quanto ao índice de conversão do produto macarrão instantâneo (NCM 1902.30.00), o qual foi corrigido em sede de Informação Fiscal, bem como à exigência do ICMS Antecipação sobre cereais matinais (Nesfit Cereal Matinal e Snow Flakes Cereal Matinal), no mês de janeiro de 2017, produto que somente passou a integrar o Anexo 1 do RICMS/12 em fevereiro de 2017, também corrigido pela Autuante em sua Informação Fiscal (fls. 114 a 116).

Ressalto que o Autuado expressamente anuiu com as correções elaboradas pela Autuante, e requereu que o Auto de Infração fosse julgado parcialmente procedente no valor de R\$ 73.595,42, (fls. 149 a 151), o que foi efetuado pela 4ª JJF.

No intuito de averiguar se ainda havia outros produtos não sujeitos à substituição tributária, analisei os demonstrativos e constatei que os produtos ali elencados são produtos à base de chocolate, cereais matinais (a partir de fevereiro de 2017), macarrão instantâneo e rações para pets, itens 11.1 a 11.7, 11.8, 11.16 e 14.1 do Anexo 1 do RICMS/12, respectivamente, todos produtos sujeitos à substituição tributária (fl. 143 – mídia).

Portanto, verifiquei que não restou na exigência, após o julgamento de piso, nenhum produto que não esteja na substituição tributária.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão ora recorrida que julgou o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$ 73.595,42, conforme demonstrativo elaborado pela Autuante, (fls. 114 a 116).

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2691400011/19-3**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 73.595,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS