

PROCESSO - A. I. Nº 279459.0060/20-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - NESTLÉ BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0055-05/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 24/03/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0033-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Após diligências realizadas a partir de solicitações feitas pela 5ª JJF, a irregularidade foi elidida, sobretudo após a comprovação de retificação de guia de recolhimento em favor do estabelecimento autuado. Infração improcedente. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDAS SUBSEQUENTES TRIBUTADAS. MULTA. Após diligências realizadas a partir de solicitações feitas pela 5ª JJF, a infração foi quase toda elidida, tendo em vista o autuado não ter conseguido comprovar o recolhimento relacionado a uma única nota fiscal. Irregularidade procedente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício em face da Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/12/2020 e notificado ao Sujeito Passivo em 18/12/2020 (fl. 15).

À unanimidade, o órgão julgador, após diligências, afastou a Infração 01 (ante a prova da retificação da guia de recolhimento) e em relação à Infração 02 manteve apenas o lançamento relacionado a uma nota fiscal, cuja prova de pagamento não conseguiu a autuada demonstrar, implicando uma desoneração da ordem de R\$ 304.601,07 ao tempo da prolação da decisão (fl. 264).

Por meio do referido Auto de Infração, formalizou-se a exigência em face da Recorrente (Inscrição Estadual nº 063.494.701) de ICMS no montante de R\$ 196.711,36, além de multa (60% sobre o valor lançado), e acréscimos legais.

As ocorrências foram apontadas nos períodos de apuração de fevereiro, maio, junho e outubro de 2017 (Infração 01) e fevereiro, maio, julho, agosto, outubro e dezembro de 2017 (Infração 02).

As irregularidades em lide foram caracterizadas da seguinte maneira:

Infração 01 – 07.01.02: Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições da mercadoria provenientes de outras Unidades da Federação e/ou exterior. Contribuinte recolheu a menor o ICMS relativo antecipação tributária total. Devido ao recolhimento dos DAEs com o mesmo código de receita, tivemos de proporcionar os recolhimentos em função dos débitos calculados relativo às antecipações conforme memória de cálculo de contribuinte. Tudo conforme demonstrativos analíticos em anexos e gravação em DVD. [...] **Enquadramento legal:** Artigo 8º, inciso II e § 3º; art. 23 da Lei 7.014/96 C/C art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto 13.780/2012. **Multa Aplicada:** Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96. **Total da Infração:** R\$ 109.013,70.

Infração 02 – 07.15.05: 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. Contribuinte deixou de incluir notas fiscais de entradas no cálculo da antecipação parcial, bem como, recolheu a menor o valor da antecipação parcial em planilha. Tudo conforme demonstrativos analíticos em Anexo e gravação em DVD. [...] **Enquadramento legal:** Artigo 12-A da Lei

7.014/96. **Multa Aplicada:** Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96. **Total da Infração:** R\$ 87.697,66.

O contraditório se desenvolveu regularmente em primeiro grau com Defesa (fls. 19 a 31, mais documentos); Informação Fiscal (fls. 123 e 124.); Diligência Fiscal (Requisição às fls. 129 a 132; Manifestação às fls. 139 a 162, com documentos; Relatório de Diligência, acolhendo parcialmente a redução do lançamento, fls. 164 a 191; nova Manifestação, fls. 195 a 218; novo Relatório, fl. 220, com ajustes no lançamento; nova Manifestação, fls. 226 a 239; novo ajuste em Relatório de fl. 241).

Remetidos os autos pelo CONSEF (fl. 242), e após distribuição, houve juntada (fl. 247) de petição da Defendente justificando o equívoco em relação ao único DAE não acolhido em diligência. Nada obstante, o feito foi julgado Procedente em Parte em 06/04/2022 (fls. 258 a 262), consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

O presente Auto de Infração está de acordo com os requisitos de lei.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da defesa ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios – constitucionais e infraconstitucionais - aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Postula a impugnante, que as próximas intimações sejam encaminhadas para o endereço do advogado subscritor da peça defensiva, sob pena de nulidade, nos termos do art. 272, § 2º do CPC, c/c os arts. 108 e 109 do RPAF-BA.

Esta relatoria, em processos anteriores acolhia o pleito dos patronos da autuada em fazer o órgão de preparo direcionar as comunicações processuais para o endereço indicado na petição, sob pena de nulidade, admitindo plenamente a regra processual judicial sem as adaptações necessárias ao processo administrativo tributário. Todavia, ao evoluir no raciocínio, o entendimento passou a ser diverso.

Não se descarta a possibilidade de o setor de preparo encaminhar os comunicados processuais também para o endereço apontado pelo advogado. Mas a falta desta providência não implica em nulidade do processo. Isto porque o RPAF baiano contém norma específica, de aplicação direta, de caráter vinculativo, como preferencial para dar ciência ao sujeito passivo das intimações efetivadas no processo.

Quando o contribuinte apresenta domicílio tributário eletrônico (DT-e) ao Estado da Bahia, consoante se vê à fl. 16, fica sendo este o canal de comunicação oficial tanto para envio, como para recebimento das comunicações administrativas processuais, extraprocessuais e procedimentais, envolvendo os impostos estaduais. A ciência – expressa ou tácita – indica que o sujeito passivo tomou regular conhecimento do conteúdo da intimação, admitida sempre a demonstração cabal em contrário.

Nada impede que o Estado opte por uma outra via, ou simultaneamente por mais de uma delas, mas tal decisão sempre caberá ao sujeito ativo, na esteira do art. 127 do CTN, à vista das inovações tecnológicas hoje existentes.

Esta é a melhor interpretação que se colhe dos arts. 108 e 109 do RPAF-BA:

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

§ 2º A comunicação por meio eletrônico somente será realizada para contribuinte credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br.

§ 3º A comunicação por meio do DT-e será considerada recebida numa das seguintes datas, a que ocorrer primeiro:

I - no dia em que a pessoa jurídica efetivar a consulta ao teor da comunicação no domicílio tributário eletrônico, na hipótese de a consulta ocorrer em dia útil;

II - no primeiro dia útil seguinte ao da efetivação da consulta, na hipótese de a consulta ocorrer em dia não útil;

III - no dia útil seguinte após o prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de envio da comunicação, caso não ocorra o acesso nesse prazo

§ 4º O prazo indicado no inciso III do § 3º:

Nota: O § 4º foi acrescentado ao art. 108 pelo Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/01/15.

I - será contínuo, excluindo-se, na sua contagem, o dia do envio da comunicação e incluindo-se o do vencimento;

II - fluirá a partir do primeiro dia útil após o envio da comunicação.

Art. 109. Considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente;

II - quando por remessa via postal:

a) tratando-se de correspondência com "Aviso de Recebimento" (AR), na data de entrega consignada no AR;

b) tratando-se de correspondência registrada, 10 (dez) dias após a data da expedição da correspondência

III - se efetuada por edital, 3 (três) dias após a sua publicação (destacamos).

Após a conversão em diligência de iniciativa da 5ª JF, a questão ganhou contornos mais simples, reduzida a duas NFs, quais sejam, as de número 2021494 e 1842462.

No que respeita à NF 2021494, esta relatoria verificou nos controles da SEFAZ constar no SIPRO o proc. 013.718/2022-7, a propósito de retificação de DAE, já com pronunciamento da autoridade fazendária competente.

Entretanto, a auditoria expressou em seu informativo de fl. 220, que "o DAE relativo à nota fiscal de nº 20211494 foi pago com outra inscrição estadual de numeração 074.324.445". E prosseguiu dizendo que "solicitamos o contribuinte providenciar a retificação do DAE para fazermos a devida exclusão do débito..."

Colhe-se de uma das guias juntadas pelo auditor fiscal à fl. 221, que há referência no DAE, no campo "informações complementares", à NF 2021494, a pretexto de antecipação parcial, muito embora a inscrição estadual ali registrada pertença a outro estabelecimento da empresa autuada.

Através de petição protocolada no SIPRO em 29.3.2022, apensa a este PAF sob o nº 019.287/2022-5, o defendente traz à colação parecer fazendário, no qual assegura que a NF 20211494, atrelada ao DAE objeto da retificação, foi emitida pelo estabelecimento autuado. Assim, todos estes elementos instrutórios colaboram para se retirar da autuação o documento fiscal multireferido, até para evitar a cobrança em duplicidade.

No que respeita à NF 1842462, não se vê no demonstrativo consolidado produzido pelo contribuinte pós diligência, a indicação deste documento fiscal com demonstração do efetivo recolhimento. Tampouco se vê a exibição da guia de pagamento correspondente, o que traz a conclusão de que o imposto devido nesta operação não se encontra quitado.

A matéria versa sobre penalidade pecuniária decorrente de antecipação parcial não paga, ainda que por transferência, de mercadorias adquiridas de outros Estados, impulsionadas para comercialização junto a consumidores finais.

Pelo exposto, é o auto de infração julgado improcedente na infração 01, e procedente em parte na infração 02, apenas em relação ao imposto incidente nas operações espelhadas na NF 1842462, multa correspondente de R\$ 5.835,50, devida em fevereiro de 2017.

Foi interposto Recurso de Ofício.

Regularmente intimado, o Sujeito Passivo aparentemente não interpôs recurso voluntário.

Recebidos os autos, considerei-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 08/02/2023, para julgamento. Na oportunidade se fez presente na sessão de videoconferência, a Sra. Anita de Paula dos Santos Araújo no qual acompanhou o julgamento.

VOTO

Conheço do recurso, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque ao cabimento e à alçada (art. 169 do RPAF/99).

Observa-se que a redução empreendida em primeiro grau, após intensa atividade probatória e

anuência do Auditor Fiscal autuante, se deu em observância da linguagem das provas.

A Infração 01, de recolhimento a menor do ICMS-antecipação, restou descaracterizada após o Autuante efetuar a conferência do detalhamento da vinculação das notas fiscais dos débitos das antecipações total e parcial com os respectivos DAEs (fl. 164). Com efeito, revisitando a documentação produzida, a atividade fiscal foi exercida de modo regular, e a desoneração se impõe.

A Infração 02, de multa pelo recolhimento a destempo do ICMS, ante o descumprimento da antecipação (ausência de notas fiscais de entradas no cômputo do ICMS-antecipação), também houve substancial redução do lançamento durante a diligência, remanescendo apenas uma nota fiscal que, a despeito da atividade probante promovida pelo Defendente, nas palavras do órgão julgador *a quo*, “[...] não se vê no demonstrativo consolidado produzido pelo contribuinte pós diligência, a indicação deste documento fiscal com demonstração do efetivo recolhimento. Tampouco se vê a exibição da guia de pagamento correspondente, o que traz a conclusão de que o imposto devido nesta operação não se encontra quitado”.

À exceção desse aspecto do lançamento (que não se encontra em lide, ante a ausência de Recurso Voluntário), todo o mais foi acatado pelo Autuante, em conferência com os dados fornecidos pelo Sujeito Passivo.

Desnecessário dizer mais. Desprovejo o Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara 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 **279459.0060/20-5**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimada o recorrido, para efetuar o pagamento da multa percentual no valor de **R\$ 5.835,50**, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios, previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS