

A. I. Nº - 269140.0004/22-7
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIA LINS MENEZES LIMA
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 20/03/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0037-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. É atribuída ao tomador do serviço, quando inscrito na condição de normal, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS referente às prestações sucessivas de transporte interestadual de carga. O tomador dos serviços, além da responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do imposto devido, deve realizar o pagamento de forma distinta das operações normais do estabelecimento. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2022, refere-se à exigência de R\$ 5.859.835,70 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 007.014.001: Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, nos meses de janeiro a junho, agosto a outubro de 2019.

Em complemento, consta a informação de que essa infração ocorreu quando o estabelecimento contratou sucessivas operações de prestação de serviço de transporte com retenção de ICMS-ST e não realizou o recolhimento devido, conforme previsto no art. 298 e inciso XIII do art. 332 do RICMS-BA/2012. Em diversos meses lançou o débito, indevidamente no livro de apuração, como Outros Débitos e fez a compensação com o saldo credor existente.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 106 a 122 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e diz que o Auto de Infração em questão foi lavrado pelo fato de a Fiscalização não ter concordado com o procedimento adotado pela empresa em escriturar nos seus livros fiscais os débitos de ICMS-retido, apurados em decorrência da contratação de serviços de transporte prestados por transportadoras não inscritas perante o Fisco Baiano.

Diz que o próprio Auto de Infração confirma que o Autuado registrou em seus livros fiscais os valores efetivamente devidos a título de ICMS-retido no período fiscalizado, tanto que não foi imputada ao estabelecimento autuado infração decorrente da suposta falta de retenção do imposto estadual em relação a serviços de transporte contemplados pela regra do artigo 298 do RICMS/BA.

Afirma não restar dúvida de que todo o imposto devido em relação a esses serviços de transporte foi efetivamente escriturado e informado nos seus livros fiscais, fato que, por si só, afasta qualquer possível alegação de que o Impugnante teria agido com dolo ou com intenção de sonegar tributo.

Lembra que o lançamento tributário decorre do fato de a Fiscalização não ter concordado com a escrituração nos livros fiscais dos débitos de ICMS-retido a título de “Outros Débitos” e, assim, ter compensado esses valores com os créditos do imposto apropriados pela unidade autuada no regime normal de apuração do ICMS.

De acordo com a Fiscalização, não haveria norma que autorizasse o Autuado a registrar os débitos de ICMS-retido na apuração do regime normal do imposto estadual e, assim, a utilizar seus créditos para compensar, no contexto da não cumulatividade, os aludidos débitos. O Fisco Estadual considera que os débitos de ICMS-retido deveriam ser quitados em dinheiro, portanto, à margem da apuração normal do imposto estadual.

Alega que esse entendimento fiscal não pode prevalecer, justamente porque não havia norma na legislação estadual, no período autuado, que determinasse que o ICMS-retido não poderia ser escriturado nos livros fiscais ligados ao imposto estadual e que, assim, não deveria compor a apuração do ICMS devido ao Estado da Bahia. Em outras palavras, não havia norma no RICMS/BA que autorizasse a interpretação dos Agentes Fiscais e que, assim, impusesse ao ICMS-retido a mesma forma de apuração segregada que se aplica, por exemplo, ao ICMS devido na sistemática da substituição tributária (“ICMS-ST”).

Também afirma que será demonstrada a improcedência da multa imposta contra a qual parte do pressuposto que o ICMS devido na contratação de serviços de transporte contemplados pela regra do artigo 298 do RICMS/BA foi retido, mas não teria sido quitado. O que será demonstrado é que o imposto foi, sim, quitado, já que foi compensado com créditos de ICMS validamente aproveitados. Logo, na pior das hipóteses, pode-se contestar a forma como os débitos de ICMS-retido foram extintos, mas jamais pode-se admitir a atribuição de acusação de que o imposto não foi quitado, o que, por sua vez, torna ilegítima a penalidade lançada na autuação.

Diante desses motivos, que serão abordados detalhadamente a seguir, afirma que demonstrará a total improcedência do presente Auto de Infração, o qual deverá ser totalmente cancelado, com a consequente extinção integral do crédito tributário correlato.

Antes de entrar no mérito dos argumentos que justificam o acerto de sua conduta e, assim, a ilegitimidade da autuação, passa a tecer breves comentários sobre uma importante característica do ICMS, que é bastante relevante para confirmar a inadequação da interpretação dada pelo Fisco à norma contida no artigo 298 do RICMS/BA: a não cumulatividade.

Lembra que, por determinação constitucional, o ICMS é um imposto como regra não cumulativo, em que os débitos do imposto apurados nas operações relativas à circulação de mercadorias e aos serviços de transporte são compensados com os créditos gerados nas aquisições de mercadorias e na contratação desses serviços. Isto é o que dispõe o artigo 155, inciso II, da Constituição Federal (CF).

Registra que a não cumulatividade do ICMS está disciplinada também na Lei Complementar nº 87, de 13.9.1996 (“LC 87/96”), e no próprio RICMS/BA, o que significa que não há quaisquer questionamentos de que, como regra, os contribuintes do imposto estadual devem (i) escriturar seus débitos e seus créditos do imposto estadual e, ao final do período de apuração, após o encontro de contas, (ii) recolher os valores devidos ou (iii) transportar, para o mês seguinte, o saldo credor acumulado.

Acrescenta que além das exceções à não cumulatividade previstas no texto constitucional e na LC 87/96, a própria CF prevê a possibilidade de uma sistemática alternativa de apuração e recolhimento do ICMS (entre outros impostos e contribuições), em que um contribuinte eleito pela legislação substitui os demais contribuintes integrantes da cadeia de circulação jurídica de uma mesma mercadoria. De fato, a substituição tributária está prevista no artigo 150, § 7º, da CF.

Com lastro nessa norma constitucional, todas as Unidades da Federação instituíram a substituição tributária chamada “para frente”, em que, como regra, o industrial ou o importador apuram, retêm e recolhem o ICMS devido por toda a cadeia de circulação jurídica de uma determinada mercadoria.

Afirma que a importância desse comentário para a Defesa está no fato de que a substituição tributária se aplica aos casos em que há a presunção de que haverá operações futuras com determinada mercadoria.

Portanto, que não há que se falar em ICMS-ST nas operações, por exemplo, praticadas por um contribuinte do imposto e o consumidor final da mercadoria que está sendo comercializada, afinal, neste caso, sabe-se que não haverá operações futuras e que, portanto, não há contribuinte a ser substituído e não há imposto a ser antecipado.

Entende que a compreensão dessa circunstância é bastante relevante para o julgamento do presente caso, uma vez que permite segregar de forma definitiva a sistemática da substituição tributária convencional, a qual está prevista nos artigos 289 e seguintes do RICMS/BA, da retenção pelo tomador do ICMS devido nas prestações de serviços de transportes contemplados pela regra do artigo 298 do mesmo Regulamento.

Isto porque, como se verá adiante, o ICMS-retido não é, por essência, um tipo de ICMS-ST, como quer fazer crer o Fisco, já que (i) não implica a substituição de vários contribuintes por um único (conforme a sistemática criada pela CF) e (ii) não prevê a antecipação do imposto devido em operações futuras.

Diz que a retenção prevista no artigo 298 do RICMS/BA consiste em mera inversão da sujeição passiva do imposto devido na prestação de serviços de transporte, em que o “consumidor final” do serviço tem a responsabilidade do pagamento do imposto devido naquela operação. A relevância dessa característica reside no fato de que, justamente por se tratar de uma simples inversão de sujeição passiva, não há norma que dispense ou, mais do que isso, impeça que o imposto devido nessas operações não esteja sujeito à não cumulatividade do imposto e, assim, não integre a apuração normal do tributo estadual.

Menciona que a obrigação de retenção do ICMS devido na contratação de serviços de transporte tomados de prestadores de serviços não estabelecidos no Estado da Bahia tem, como já afirmado, fundamento no artigo 298 do RICMS/BA, cuja redação à época da ocorrência dos fatos gerados reproduz.

Diz que a transcrição quase que integral do artigo 298 do RICMS/BA serve para confirmar aquilo que já foi alegado na Defesa: a sistemática de apuração do imposto prevista nesse dispositivo não consiste em efetiva substituição tributária, mas em simples inversão da sujeição passiva do imposto estadual, em que o tomador dos serviços de transporte é o responsável por apurar o ICMS devido nas prestações correlatas.

Mais do que isso, a leitura desse dispositivo permite verificar que os tomadores dos serviços de transporte estavam efetivamente obrigados a prestar diversas informações atinentes a essas prestações em seus livros fiscais, o que denota ainda mais que a conduta adotada pelo Defendente – e que foi contestada pela Fiscalização – não estava em absoluto desamparada de legalidade.

Apresenta o entendimento de que a questão consiste em identificar se está correto o seu posicionamento no sentido de que os débitos de ICMS-retido deveriam ou não ser escriturados nos seus livros fiscais e, assim, ser considerados para fins de apuração do imposto estadual devido mensalmente ao Estado da Bahia.

Destaca o entendimento da Fiscalização no presente Auto de Infração, que o procedimento do Autuado não estaria correto porque o ICMS-retido consistiria em um ICMS-ST e que, nessa qualidade, deveria ser recolhido em dinheiro, sem, portanto, ser utilizado como um elemento a mais da apuração do imposto estadual no regime normal.

Alega que essa acusação do Fisco não encontra respaldo em qualquer dispositivo da legislação baiana vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Não havia artigo no RICMS/BA que determinasse de forma clara que o ICMS-retido previsto no artigo 298 daquele Regulamento deveria ser apurado, lançado e recolhido de forma apartada e, assim, que estaria vedada a sua apuração no contexto da não cumulatividade aplicável ao regime normal do ICMS.

Tanto é assim, que a norma utilizada como fundamento para a acusação é justamente o artigo 298 do RICMS/BA, o qual, repete, não confirmava à época da ocorrência dos fatos geradores o entendimento trazido pelo Fisco.

Diz que a prova irrefutável disso é que o Decreto nº 19.384 de 20.12.2019 (“Decreto nº 19.384/19”), com efeitos a partir de 01/01/2020, alterou o artigo 298 do RICMS/BA, passando a prever (somente a partir daí) de forma expressa que o valor do imposto retido deveria ser lançado no Registro E210, como débito especial.

Entende que não é necessário grande esforço para concluir que, se o Poder Executivo se ocupou para alterar o artigo 298 para dispor expressamente sobre a escrituração do imposto retido no Registro E210 da Escrituração Fiscal Digital (“EFD”), por pura e simples inviabilidade cronológica, até então essa obrigatoriedade não existia – o que corrobora (i) a legitimidade do procedimento fiscal que adotou e, por conseguinte, (ii) a ausência de fundamento legal da autuação ora impugnada.

Afirma ser inegável que também não existia, à época, norma na legislação baiana que determinasse expressamente que os débitos de ICMS-retido deveriam ser escriturados na apuração do ICMS conforme o regime normal e que, portanto, esses débitos devem compor a apuração mensal do imposto estadual.

Ressalta que a ausência de norma clara na legislação estadual autorizou o Autuado a aplicar a regra geral, qual seja, de que todas as operações tributadas pelo ICMS estão sujeitas à não cumulatividade e que, nesse contexto, devem ser consideradas no encontro de contas decorrente da compensação entre créditos e débitos do referido imposto, apurados mensalmente, conforme as regras constitucionais, federais e estaduais.

Mais uma vez, entende que não é possível se admitir o entendimento da Fiscalização de que o ICMS-retido consiste no ICMS-ST, dadas as claras distinções que existem entre as duas sistemáticas – tanto, inclusive, que o próprio Poder Executivo segregou as duas formas de apuração de imposto em Capítulos diferentes do RICMS/BA –, motivo pelo qual a ausência de regra mais clara à época sobre a forma de apuração e de escrituração fiscal das operações sujeitas ao ICMS-retido é fato, por si só, suficiente para justificar a sua conduta.

Ressalta que não havia norma na legislação baiana capaz de rechaçar o seu entendimento, já que, como exposto, o artigo 298 do RICMS/BA não trazia qualquer comando que divergisse dos argumentos aqui expostos e os artigos 289 e seguintes, por seu turno, não são, sob hipótese alguma, aplicáveis às prestações de serviços de transporte autuadas.

Por isso, reafirma que o Auto de Infração ora impugnado decorre da absoluta e ilegítima recusa do Fisco Estadual em aceitar o fato de que o Autuado conseguiu utilizar créditos de ICMS (apropriados regularmente ao longo do período de janeiro a junho e agosto a outubro de 2019) para compensar os valores de ICMS-retido devidos sobre serviços de transporte tomados no mesmo período.

No seu entendimento, cabe à Fiscalização aceitar que o fato de não ter sido efetivamente recolhido valores a título de ICMS aos cofres públicos no período de janeiro a junho e agosto a outubro de 2019 é uma decorrência natural da não cumulatividade do imposto, tal como previsto na CF, na LC 87/96 e na própria legislação baiana.

Por isso, afirma não restar dúvidas de que inexistem fundamentos legais capazes de sustentar a acusação fiscal formulada pela Fiscalização, motivo pelo qual o Auto de Infração ora impugnado deve ser integralmente cancelado.

A partir de todos os elementos trazidos com o Auto de Infração e com a Defesa, diz que há um fato que é absolutamente inquestionável: não deixou de submeter quaisquer prestações de serviços de transporte à tributação pelo ICMS e, mais do que isso, não deixou de lançar nenhum valor de ICMS-retido em seus livros fiscais.

Acrescenta: por mais que a Fiscalização considere que o Autuado tenha deixado de quitar os valores devidos a título de ICMS-retido no período compreendido entre janeiro e junho, agosto e outubro de 2019, o fato, na verdade, é que as Autoridades Fiscais discordaram da forma como o imposto foi adimplido, tendo em vista que as quantias devidas compuseram a apuração mensal do ICMS-próprio devido ao Estado da Bahia pelo estabelecimento autuado. O fato de a filial ter apurado saldos credores do ICMS nos períodos autuados não altera essa circunstância.

Chega à conclusão de que não deixou de adimplir os valores de ICMS-retido, devidos ao Estado da Bahia, o que, por sua vez, torna absolutamente improcedente a acusação de que o estabelecimento autuado teria deixado de extinguir os débitos de imposto devidos nas prestações de serviço de transporte autuadas.

Por isso, alega que a penalidade imposta não é adequada, a qual, corresponde a 150% do imposto tido como devido, haja vista que a Fiscalização considerou que o Defendente reteve, mas não recolheu o ICMS-retido no período autuado.

Afirma ser evidente que essa penalidade é aplicável a contribuintes que promovam a retenção do ICMS, mas que deixam de quitar seus débitos perante o Estado da Bahia. Afirma que este não é o seu caso, porque escriturou corretamente os valores devidos, os quais compuseram a apuração mensal do ICMS devido em face do Estado da Bahia.

Ressalta que ao analisar situação fática inclusive muito mais grave do que ocorrida no presente caso, o Conselho da Fazenda Estadual (“CONSEF”) reduziu a multa de 150% ora imposta, desqualificando-a para o artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96 (multa de 60%) ao argumento de que o contribuinte sequer teria retido o valor devido a título de ICMS-retido.

Afirma ser irrazoável (para dizer o mínimo) que a penalidade imposta ao contribuinte que sequer se deu ao trabalho de reter o imposto devido – causando prejuízo ao Erário baiano – seja mais branda (60%) do que a multa aplicada (100%), que, como já exaustivamente demonstrado, não só reteve, como escriturou e adimpliu (ainda que com créditos escriturais) o ICMS-retido no período autuado.

Diz que referida falta de retenção que impõe penalidade mais branda, e pode, inclusive, ter origem na ausência de escrituração das operações de transporte que dariam azo à incidência do ICMS-retenção. Nesse cenário, a manutenção da multa mais gravosa (100%), representaria, em última análise, um instrumento de desestímulo ao contribuinte de boa-fé que se propõe a prestar todas as informações ao Fisco. Afinal, seria muito mais vantajoso simplesmente deixar de escrutar tais operações.

Acrescenta: se a unidade autuada não tivesse apurado saldos credores, certamente a Fiscalização sequer teria legitimidade para cobrar a integralidade do ICMS-retido lançado no Auto de Infração, já que parte do imposto supostamente devido teria sido recolhido aos cofres públicos. O fato de o estabelecimento ter apurado saldos credores não pode “agravar” a conduta fiscal do Defendente, já que, como demonstrado, trata-se de uma decorrência natural da não cumulatividade do imposto.

Afirma restar claro que a penalidade lançada pelo Fisco não coaduna com as situações de fato que foram identificadas no Auto de Infração, já que os valores de ICMS-retido compuseram a apuração fiscal e, portanto, foram adimplidos no âmbito da não cumulatividade do imposto.

Por esses motivos, e apenas no remoto caso de se entender que a acusação fiscal é procedente, o que admite para argumentar, pleiteia a reclassificação da penalidade lançada, a fim de que corresponda à efetiva conduta imputada ao estabelecimento autuado, a qual definitivamente não consiste não falta de quitação do ICMS-retido relativo aos serviços de transporte tomados no ano de 2019.

Além dos motivos expostos acima para o cancelamento da exigência e para readequação da penalidade imposta na autuação, também ressalta o caráter abusivo e expropriatório da penalidade aplicada.

Diz que a multa aplicada, correspondente a 100% do imposto tido como não recolhido, é absolutamente desproporcional ainda mais em vista das circunstâncias do presente caso, dado que escriturou o ICMS devido na contratação dos prestadores de serviços de transporte e que, assim, submeteu tais prestações de serviços à tributação do ICMS, nos termos da legislação estadual aplicável.

Alega que nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) declarou, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADIn”), 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 artigo 150, inciso IV, da CF.

Também afirma que em decisões mais recentes, o STF novamente manifestou seu entendimento pela vedação de multa com efeitos confiscatórios, restando comprovado que o princípio constitucional da vedação ao confisco é aplicável às multas e que a penalidade imposta no presente Auto de Infração é abusiva, dado seu caráter desproporcional à suposta infração que lhe foi imputada. Daí mais um motivo pelo qual é necessária a desconstituição do crédito tributário cobrado no Auto de Infração em debate.

Diante dos argumentos apresentados pleiteia seja dado integral provimento à defesa, para que seja julgado totalmente improcedente o presente Auto de Infração, com a consequente extinção do crédito tributário correlato.

Protesta pela posterior juntada de eventuais outros documentos que se façam necessários ao correto julgamento do lançamento tributário e pela eventual conversão do julgamento em diligência, a fim de que se confirmem os elementos trazidos com a Defesa.

Por fim, indica o 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.

A Autuante presta informação fiscal às fls. 140 a 147 dos autos. Diz que foi constatado que no período auditado o estabelecimento Nestlé Brasil, procedeu de forma equivocada com relação aos valores retidos na condição de contribuinte substituto, nas operações de prestação de serviço transporte.

Informa que o Defendente não recolheu o ICMS retido na data regulamentar, sob código do DAE 1632. Ao invés do recolhimento devido, lançou o valor do ICMS retido na apuração do ICMS Normal. Fez, então, a compensação desta obrigação tributária com os créditos acumulados que possuía em seu regime normal de apuração. Portanto, confundiu dois regimes de apuração de obrigação tributária do ICMS, o da substituição tributária com o regime normal de apuração própria, conforme cópias dos livros de apuração apensados ao Processo (fls. 81 a 98).

Diz ser indiscutível que o Autuado, tendo retido o imposto de terceiros, deveria ter repassado aos cofres do Estado seu valor e, por conseguinte, não poderia compensá-lo com as operações próprias de seu estabelecimento. Deveria, na verdade, ter consignado, no final do mês, como manda a legislação, o valor total do imposto retido, no Registro de Apuração do ICMS, no campo “observações”, fazendo constar a expressão “Substituição Tributária-Serviço de Transporte”. Portanto, a empresa deveria ter lançado o imposto retido como determina o artigo 298, e recolhido o ICMS retido conforme previsto no inciso XIII do artigo 332 do RICMS-BA, Decreto 13780/12.

Afirma que é descabida a alegação defensiva de que inexiste norma na legislação estadual que determine que o ICMS retido não seja escriturado nos livros fiscais. A norma é clara, quando determina o lançamento e o recolhimento em separado.

Ressalta que a Substituição Tributária é o regime pelo qual a responsabilidade pelo ICMS devido em relação às operações ou prestações de serviços é atribuída a outro contribuinte. A substituição tributária aplicável aos serviços de transporte ocorre quando fica atribuído a responsabilidade pelo pagamento do ICMS a outro contribuinte, e não àquele que esteja realizando a operação/prestação, quando da ocorrência do fato gerador.

Destaca que nos termos do art. 155, § 2º, XII, “a” e “b”, da Constituição Federal de 1988, cabe à Lei Complementar dispor sobre substituição tributária relativamente às operações e prestações sujeitas ao ICMS. Com a publicação da Lei Complementar nº 87/96, a matéria ficou devidamente regulamentada, estabelecendo regras para a definição de responsabilidade, base de cálculo para fins de substituição tributária, aplicação nas operações interestaduais e direito do contribuinte substituído à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

Diz que as Unidades da Federação, por intermédio do Convênio ICMS nº 25/1990, estabeleceram que, por ocasião da prestação de serviço de transporte de carga por transportador autônomo ou por empresa transportadora de outra Unidade da Federação não inscrita no cadastro de contribuintes do Estado de início da prestação, a responsabilidade pelo pagamento do ICMS devido seria atribuída: a) ao alienante ou remetente da mercadoria, exceto se produtor rural ou microempresa, quando contribuinte do ICMS; b) ao destinatário da mercadoria, exceto se produtor rural ou microempresa, quando contribuinte do ICMS, na prestação interna; c) ao depositário da mercadoria a qualquer título, na saída da mercadoria ou bem depositado por pessoa física ou jurídica.

Ainda sobre o recolhimento do ICMS substituto, reproduz ensinamento de José Julberto Meira e diz que a legislação e a doutrina são claras quanto a retenção e responsabilidade de pagamento do tributo. Fato não discutido no Processo, porque o Contribuinte reteve dos transportadores o ICMS em questão. Deveria, portanto, ter recolhido aos cofres do Estado através de DAE (cód. 1632).

Ressalta que houve alguns recolhimentos ao longo do ano, que foram abatidos do valor mensal cobrado. O encargo financeiro da incidência do ICMS transporte foi do prestador do serviço. O não recolhimento de ICMS retido de terceiros é, inclusive, considerado crime contra a ordem tributária, conforme definido no art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990.

Acrescenta que matéria idêntica, para a mesma empresa, foi julgada procedente pela 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO JJF Nº 0215-01/17. Também menciona o ACÓRDÃO JJF Nº 0121-03/17, da 3ª JJF. Transcreve as respectivas ementas.

Quanto a multa de 150%, informa que está de acordo com o artigo 42, inciso V, alínea “a”, da Lei 7014/96; foi aplicada em restrita obediência à lei, já que o ICMS foi retido pelo sujeito passivo por substituição e não foi recolhido tempestivamente. No entanto a multa em questão foi alterada em 13/12/2019 para 100%, após a lavratura do Auto ora questionado (26/11/2019), ficando, portanto, a critério do CONSEF a decisão sobre a retroatividade benéfica.

Conclui ratificando o procedimento fiscal, aguardando que seja julgado totalmente procedente.

A Sessão de Julgamento realizada por videoconferência, foi acompanhada pela Dra. Anna Beatriz Alves da Silva.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Auto de Infração está embasado nos demonstrativos elaborados pela autuante, foram fornecidas ao Defendente cópias dos mencionados demonstrativos, não foi identificado qualquer prejuízo ao Autuado, a infração apurada foi descrita de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do

imposto exigido, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento.

O Autuado requereu a conversão do julgamento em diligência, no sentido de que fossem confirmados os elementos trazidos aos autos com a Defesa.

Fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, “a”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pela Autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, o Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, nos meses de janeiro a junho, agosto a outubro de 2019.

De acordo com a descrição dos fatos, essa infração ocorreu quando o estabelecimento contratou sucessivas operações de prestação de serviço de transporte com retenção de ICMS-ST e não realizou o recolhimento devido, conforme previsto no art. 298 e inciso XIII do art. 332 do RICMS-BA/2012. Em diversos meses lançou o débito, indevidamente no livro de apuração, como Outros Débitos e fez a compensação com o saldo credor existente.

O fato apurado no presente lançamento é quanto à responsabilidade do Autuado pelo recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária, na condição de substituto tributário. O Defendente não contesta os dados numéricos do levantamento fiscal e não desconhece a sua responsabilidade tributária, ao afirmar que é incontrovertida a ocorrência dos fatos geradores, e o valor devido foi regularmente apurado e pago via abatimento em seu saldo credor, por meio de conta corrente do ICMS.

Nas razões de defesa foi destacado que o lançamento tributário decorre do fato de a Fiscalização não ter concordado com a escrituração nos livros fiscais dos débitos de ICMS-retido a título de “Outros Débitos” e, assim, ter compensado esses valores com os créditos do imposto apropriados pela unidade autuada no regime normal de apuração do ICMS.

O Autuado afirmou que não havia norma na legislação estadual, no período autuado, que determinasse que o ICMS-retido não poderia ser escriturado nos livros fiscais ligados ao imposto estadual e que, assim, não deveria compor a apuração do ICMS devido ao Estado da Bahia.

Antes de entrar no mérito dos argumentos para justificar o acerto de sua conduta, o Defendente alegou que além das exceções à não cumulatividade previstas no texto constitucional e na LC 87/96, a própria CF prevê a possibilidade de uma sistemática alternativa de apuração e recolhimento do ICMS, em que um contribuinte eleito pela legislação substitui os demais contribuintes integrantes da cadeia de circulação jurídica de uma mesma mercadoria.

A Autuante ressaltou que conforme a Lei Complementar nº 87/96, a matéria ficou devidamente regulamentada, estabelecendo regras para a definição de responsabilidade e base de cálculo para fins de substituição tributária, aplicação nas operações interestaduais e direito do contribuinte substituído à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

Observo que conforme estabelece o artigo 5º da Lei Complementar 87/96, a Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

O art. 6º da referida Lei estabelece que a Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

Neste caso, a responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto, e a atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado (§§ 1º e 2º do mencionado art. 6º).

Dessa forma, o Estado da Bahia, através da Lei nº 7.014/96, no art. 8º, V, atribuiu ao contratante de serviço ou terceiro que participe da prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados.

O Defendente afirmou que realizou o recolhimento integral do imposto devido e o ponto de discussão aqui reside na assimilação de que os pagamentos que realizou por meio de dedução do saldo credor são válidos e atendem aos ditames legais para quitação de sua obrigação tributária.

Alegou que cabe à Fiscalização aceitar que o fato de não ter sido efetivamente recolhido valores a título de ICMS aos cofres públicos no período de janeiro a junho e agosto a outubro de 2019 é uma decorrência natural da não cumulatividade do imposto, tal como previsto na CF, na LC 87/96 e na própria legislação baiana.

Disse não restar dúvidas de que inexistem fundamentos legais capazes de sustentar a acusação fiscal formulada pela Fiscalização, motivo pelo qual o Auto de Infração ora impugnado deve ser integralmente cancelado.

A Autuante afirmou que o Defendente confundiu dois regimes de apuração de obrigação tributária do ICMS, o da substituição tributária com o regime normal de apuração própria, conforme cópias dos livros de apuração apensados ao Processo (fls. 81 a 98).

Disse que o Autuado, tendo retido o imposto de terceiros, deveria ter repassado aos cofres do Estado seu valor e, por conseguinte, não poderia compensá-lo com as operações próprias de seu estabelecimento. Deveria, na verdade, ter consignado, no final do mês, como manda a legislação, o valor total do imposto retido, no Registro de Apuração do ICMS, no campo “observações”, fazendo constar a expressão “Substituição Tributária-Serviço de Transporte”. Portanto, a empresa deveria ter lançado o imposto retido como determina o artigo 298, e recolhido o ICMS retido de acordo com o inciso XIII do artigo 332 do RICMS-BA, Decreto 13780/12.

Conforme previsto no art. 305 do RICMS-BA/2012, “*no regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal*”.

O § 4º desse mesmo artigo define o que constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

- I. o valor resultante da aplicação da alíquota cabível à base de cálculo prevista para a operação ou prestação tributada, obtendo-se o valor a ser lançado na escrita fiscal do contribuinte;
- II. o valor dos créditos estornados;
- III. o valor correspondente à diferença de alíquotas;

- a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;
 - b) nas utilizações de serviços de transporte ou de comunicação iniciados em outra unidade da Federação e não vinculados a operações ou prestações subsequentes sujeitas ao imposto;
- IV. o valor do eventual saldo devedor apurado no final do período quando transferido de estabelecimento da mesma empresa;
- V. o valor do imposto devido ao Estado da Bahia correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual decorrente de operações e prestações destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto domiciliado em outra unidade da federação.

Observo não se encontrar previsto no dispositivo acima mencionado o ICMS retido pelo contribuinte na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais, que é o caso do imposto exigido na autuação. Portanto, não existe fundamento legal para o lançamento realizado pelo Autuado em conta-corrente fiscal em relação ao ICMS-ST, objeto do presente Auto de Infração.

A obrigação de escrituração do imposto retido está adstrita ao campo “observações” do livro Registro de Apuração do ICMS (§ 2º, II do art. 298). O tomador do serviço de transporte, quando inscrito na condição de contribuinte normal, nas prestações interestaduais de serviço de transporte, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, por isso, deve efetuar a retenção do imposto, que será recolhido no prazo previsto na legislação (art. 332, XIII do RICMS-BA/2012), inexistindo dúvida quanto à mencionada obrigação pelo Contribuinte.

Sobre a multa aplicada, o Defendente afirmou que o imposto devido foi compensado com créditos de ICMS validamente aproveitados. Logo, na pior das hipóteses, pode-se contestar a forma como os débitos de ICMS-retido foram extintos, mas jamais pode-se admitir a atribuição de acusação de que o imposto não foi quitado, o que, por sua vez, torna ilegítima a penalidade lançada na autuação.

Alegou que a penalidade imposta não é adequada, a qual, corresponde a 150% do imposto tido como devido, haja vista que a Fiscalização considerou que houve a retenção do imposto, mas não foi recolhido o ICMS-retido no período autuado.

Afirmou ser evidente que essa penalidade é aplicável a contribuintes que promovam a retenção do ICMS, mas que deixam de quitar seus débitos perante o Estado da Bahia, e que este não é o seu caso, porque escriturou corretamente os valores devidos, os quais compuseram a apuração mensal do ICMS devido em face do Estado da Bahia.

Considerando que o autuado, na qualidade de responsável por substituição, está sujeito às penalidades por infração à legislação tributária, quando não recolhe o imposto na forma estabelecida na mencionada legislação, entendo que está correta a multa aplicada ao caso em análise, conforme art. 42, IV, “a” da Lei 7.014/96, devendo mantido o percentual de 100%, conforme redação atual do mencionado dispositivo legal, abaixo reproduzido.

Art. 42

...

V - 100% (cento por cento) do valor do imposto:

- a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;

A redação atual do inciso V do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19.

O Defendente afirmou que referida falta de retenção que impõe penalidade mais branda. Pleiteou a reclassificação da penalidade lançada, e restando comprovado que o princípio constitucional da vedação ao confisco é aplicável às multas, a penalidade imposta no presente Auto de Infração é abusiva, dado seu caráter desproporcional à suposta infração que lhe foi imputada.

Vale ressaltar, que essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Concluo que está caracterizado que houve prestações sucessivas na situação em exame, sendo legítima a exigência fiscal, restando configurada a responsabilidade do Autuado pelo lançamento e recolhimento do ICMS nas prestações sucessivas de serviço de transporte.

Por fim, o Defendente indicou o 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.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269140.0004/22-7**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.859.835,70**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

A. I. Nº - 269140.0004/22-7
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIA LINS MENEZES LIMA
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 20/03/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0037-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. É atribuída ao tomador do serviço, quando inscrito na condição de normal, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS referente às prestações sucessivas de transporte interestadual de carga. O tomador dos serviços, além da responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do imposto devido, deve realizar o pagamento de forma distinta das operações normais do estabelecimento. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2022, refere-se à exigência de R\$ 5.859.835,70 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 007.014.001: Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, nos meses de janeiro a junho, agosto a outubro de 2019.

Em complemento, consta a informação de que essa infração ocorreu quando o estabelecimento contratou sucessivas operações de prestação de serviço de transporte com retenção de ICMS-ST e não realizou o recolhimento devido, conforme previsto no art. 298 e inciso XIII do art. 332 do RICMS-BA/2012. Em diversos meses lançou o débito, indevidamente no livro de apuração, como Outros Débitos e fez a compensação com o saldo credor existente.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 106 a 122 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e diz que o Auto de Infração em questão foi lavrado pelo fato de a Fiscalização não ter concordado com o procedimento adotado pela empresa em escriturar nos seus livros fiscais os débitos de ICMS-retido, apurados em decorrência da contratação de serviços de transporte prestados por transportadoras não inscritas perante o Fisco Baiano.

Diz que o próprio Auto de Infração confirma que o Autuado registrou em seus livros fiscais os valores efetivamente devidos a título de ICMS-retido no período fiscalizado, tanto que não foi imputada ao estabelecimento autuado infração decorrente da suposta falta de retenção do imposto estadual em relação a serviços de transporte contemplados pela regra do artigo 298 do RICMS/BA.

Afirma não restar dúvida de que todo o imposto devido em relação a esses serviços de transporte foi efetivamente escriturado e informado nos seus livros fiscais, fato que, por si só, afasta qualquer possível alegação de que o Impugnante teria agido com dolo ou com intenção de sonegar tributo.

Lembra que o lançamento tributário decorre do fato de a Fiscalização não ter concordado com a escrituração nos livros fiscais dos débitos de ICMS-retido a título de “Outros Débitos” e, assim, ter compensado esses valores com os créditos do imposto apropriados pela unidade autuada no regime normal de apuração do ICMS.

De acordo com a Fiscalização, não haveria norma que autorizasse o Autuado a registrar os débitos de ICMS-retido na apuração do regime normal do imposto estadual e, assim, a utilizar seus créditos para compensar, no contexto da não cumulatividade, os aludidos débitos. O Fisco Estadual considera que os débitos de ICMS-retido deveriam ser quitados em dinheiro, portanto, à margem da apuração normal do imposto estadual.

Alega que esse entendimento fiscal não pode prevalecer, justamente porque não havia norma na legislação estadual, no período autuado, que determinasse que o ICMS-retido não poderia ser escriturado nos livros fiscais ligados ao imposto estadual e que, assim, não deveria compor a apuração do ICMS devido ao Estado da Bahia. Em outras palavras, não havia norma no RICMS/BA que autorizasse a interpretação dos Agentes Fiscais e que, assim, impusesse ao ICMS-retido a mesma forma de apuração segregada que se aplica, por exemplo, ao ICMS devido na sistemática da substituição tributária (“ICMS-ST”).

Também afirma que será demonstrada a improcedência da multa imposta contra a qual parte do pressuposto que o ICMS devido na contratação de serviços de transporte contemplados pela regra do artigo 298 do RICMS/BA foi retido, mas não teria sido quitado. O que será demonstrado é que o imposto foi, sim, quitado, já que foi compensado com créditos de ICMS validamente aproveitados. Logo, na pior das hipóteses, pode-se contestar a forma como os débitos de ICMS-retido foram extintos, mas jamais pode-se admitir a atribuição de acusação de que o imposto não foi quitado, o que, por sua vez, torna ilegítima a penalidade lançada na autuação.

Diante desses motivos, que serão abordados detalhadamente a seguir, afirma que demonstrará a total improcedência do presente Auto de Infração, o qual deverá ser totalmente cancelado, com a consequente extinção integral do crédito tributário correlato.

Antes de entrar no mérito dos argumentos que justificam o acerto de sua conduta e, assim, a ilegitimidade da autuação, passa a tecer breves comentários sobre uma importante característica do ICMS, que é bastante relevante para confirmar a inadequação da interpretação dada pelo Fisco à norma contida no artigo 298 do RICMS/BA: a não cumulatividade.

Lembra que, por determinação constitucional, o ICMS é um imposto como regra não cumulativo, em que os débitos do imposto apurados nas operações relativas à circulação de mercadorias e aos serviços de transporte são compensados com os créditos gerados nas aquisições de mercadorias e na contratação desses serviços. Isto é o que dispõe o artigo 155, inciso II, da Constituição Federal (CF).

Registra que a não cumulatividade do ICMS está disciplinada também na Lei Complementar nº 87, de 13.9.1996 (“LC 87/96”), e no próprio RICMS/BA, o que significa que não há quaisquer questionamentos de que, como regra, os contribuintes do imposto estadual devem (i) escriturar seus débitos e seus créditos do imposto estadual e, ao final do período de apuração, após o encontro de contas, (ii) recolher os valores devidos ou (iii) transportar, para o mês seguinte, o saldo credor acumulado.

Acrescenta que além das exceções à não cumulatividade previstas no texto constitucional e na LC 87/96, a própria CF prevê a possibilidade de uma sistemática alternativa de apuração e recolhimento do ICMS (entre outros impostos e contribuições), em que um contribuinte eleito pela legislação substitui os demais contribuintes integrantes da cadeia de circulação jurídica de uma mesma mercadoria. De fato, a substituição tributária está prevista no artigo 150, § 7º, da CF.

Com lastro nessa norma constitucional, todas as Unidades da Federação instituíram a substituição tributária chamada “para frente”, em que, como regra, o industrial ou o importador apuram, retêm e recolhem o ICMS devido por toda a cadeia de circulação jurídica de uma determinada mercadoria.

Afirma que a importância desse comentário para a Defesa está no fato de que a substituição tributária se aplica aos casos em que há a presunção de que haverá operações futuras com determinada mercadoria.

Portanto, que não há que se falar em ICMS-ST nas operações, por exemplo, praticadas por um contribuinte do imposto e o consumidor final da mercadoria que está sendo comercializada, afinal, neste caso, sabe-se que não haverá operações futuras e que, portanto, não há contribuinte a ser substituído e não há imposto a ser antecipado.

Entende que a compreensão dessa circunstância é bastante relevante para o julgamento do presente caso, uma vez que permite segregar de forma definitiva a sistemática da substituição tributária convencional, a qual está prevista nos artigos 289 e seguintes do RICMS/BA, da retenção pelo tomador do ICMS devido nas prestações de serviços de transportes contemplados pela regra do artigo 298 do mesmo Regulamento.

Isto porque, como se verá adiante, o ICMS-retido não é, por essência, um tipo de ICMS-ST, como quer fazer crer o Fisco, já que (i) não implica a substituição de vários contribuintes por um único (conforme a sistemática criada pela CF) e (ii) não prevê a antecipação do imposto devido em operações futuras.

Diz que a retenção prevista no artigo 298 do RICMS/BA consiste em mera inversão da sujeição passiva do imposto devido na prestação de serviços de transporte, em que o “consumidor final” do serviço tem a responsabilidade do pagamento do imposto devido naquela operação. A relevância dessa característica reside no fato de que, justamente por se tratar de uma simples inversão de sujeição passiva, não há norma que dispense ou, mais do que isso, impeça que o imposto devido nessas operações não esteja sujeito à não cumulatividade do imposto e, assim, não integre a apuração normal do tributo estadual.

Menciona que a obrigação de retenção do ICMS devido na contratação de serviços de transporte tomados de prestadores de serviços não estabelecidos no Estado da Bahia tem, como já afirmado, fundamento no artigo 298 do RICMS/BA, cuja redação à época da ocorrência dos fatos gerados reproduz.

Diz que a transcrição quase que integral do artigo 298 do RICMS/BA serve para confirmar aquilo que já foi alegado na Defesa: a sistemática de apuração do imposto prevista nesse dispositivo não consiste em efetiva substituição tributária, mas em simples inversão da sujeição passiva do imposto estadual, em que o tomador dos serviços de transporte é o responsável por apurar o ICMS devido nas prestações correlatas.

Mais do que isso, a leitura desse dispositivo permite verificar que os tomadores dos serviços de transporte estavam efetivamente obrigados a prestar diversas informações atinentes a essas prestações em seus livros fiscais, o que denota ainda mais que a conduta adotada pelo Defendente – e que foi contestada pela Fiscalização – não estava em absoluto desamparada de legalidade.

Apresenta o entendimento de que a questão consiste em identificar se está correto o seu posicionamento no sentido de que os débitos de ICMS-retido deveriam ou não ser escriturados nos seus livros fiscais e, assim, ser considerados para fins de apuração do imposto estadual devido mensalmente ao Estado da Bahia.

Destaca o entendimento da Fiscalização no presente Auto de Infração, que o procedimento do Autuado não estaria correto porque o ICMS-retido consistiria em um ICMS-ST e que, nessa qualidade, deveria ser recolhido em dinheiro, sem, portanto, ser utilizado como um elemento a mais da apuração do imposto estadual no regime normal.

Alega que essa acusação do Fisco não encontra respaldo em qualquer dispositivo da legislação baiana vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Não havia artigo no RICMS/BA que determinasse de forma clara que o ICMS-retido previsto no artigo 298 daquele Regulamento deveria ser apurado, lançado e recolhido de forma apartada e, assim, que estaria vedada a sua apuração no contexto da não cumulatividade aplicável ao regime normal do ICMS.

Tanto é assim, que a norma utilizada como fundamento para a acusação é justamente o artigo 298 do RICMS/BA, o qual, repete, não confirmava à época da ocorrência dos fatos geradores o entendimento trazido pelo Fisco.

Diz que a prova irrefutável disso é que o Decreto nº 19.384 de 20.12.2019 (“Decreto nº 19.384/19”), com efeitos a partir de 01/01/2020, alterou o artigo 298 do RICMS/BA, passando a prever (somente a partir daí) de forma expressa que o valor do imposto retido deveria ser lançado no Registro E210, como débito especial.

Entende que não é necessário grande esforço para concluir que, se o Poder Executivo se ocupou para alterar o artigo 298 para dispor expressamente sobre a escrituração do imposto retido no Registro E210 da Escrituração Fiscal Digital (“EFD”), por pura e simples inviabilidade cronológica, até então essa obrigatoriedade não existia – o que corrobora (i) a legitimidade do procedimento fiscal que adotou e, por conseguinte, (ii) a ausência de fundamento legal da autuação ora impugnada.

Afirma ser inegável que também não existia, à época, norma na legislação baiana que determinasse expressamente que os débitos de ICMS-retido deveriam ser escriturados na apuração do ICMS conforme o regime normal e que, portanto, esses débitos devem compor a apuração mensal do imposto estadual.

Ressalta que a ausência de norma clara na legislação estadual autorizou o Autuado a aplicar a regra geral, qual seja, de que todas as operações tributadas pelo ICMS estão sujeitas à não cumulatividade e que, nesse contexto, devem ser consideradas no encontro de contas decorrente da compensação entre créditos e débitos do referido imposto, apurados mensalmente, conforme as regras constitucionais, federais e estaduais.

Mais uma vez, entende que não é possível se admitir o entendimento da Fiscalização de que o ICMS-retido consiste no ICMS-ST, dadas as claras distinções que existem entre as duas sistemáticas – tanto, inclusive, que o próprio Poder Executivo segregou as duas formas de apuração de imposto em Capítulos diferentes do RICMS/BA –, motivo pelo qual a ausência de regra mais clara à época sobre a forma de apuração e de escrituração fiscal das operações sujeitas ao ICMS-retido é fato, por si só, suficiente para justificar a sua conduta.

Ressalta que não havia norma na legislação baiana capaz de rechaçar o seu entendimento, já que, como exposto, o artigo 298 do RICMS/BA não trazia qualquer comando que divergisse dos argumentos aqui expostos e os artigos 289 e seguintes, por seu turno, não são, sob hipótese alguma, aplicáveis às prestações de serviços de transporte autuadas.

Por isso, reafirma que o Auto de Infração ora impugnado decorre da absoluta e ilegítima recusa do Fisco Estadual em aceitar o fato de que o Autuado conseguiu utilizar créditos de ICMS (apropriados regularmente ao longo do período de janeiro a junho e agosto a outubro de 2019) para compensar os valores de ICMS-retido devidos sobre serviços de transporte tomados no mesmo período.

No seu entendimento, cabe à Fiscalização aceitar que o fato de não ter sido efetivamente recolhido valores a título de ICMS aos cofres públicos no período de janeiro a junho e agosto a outubro de 2019 é uma decorrência natural da não cumulatividade do imposto, tal como previsto na CF, na LC 87/96 e na própria legislação baiana.

Por isso, afirma não restar dúvidas de que inexistem fundamentos legais capazes de sustentar a acusação fiscal formulada pela Fiscalização, motivo pelo qual o Auto de Infração ora impugnado deve ser integralmente cancelado.

A partir de todos os elementos trazidos com o Auto de Infração e com a Defesa, diz que há um fato que é absolutamente inquestionável: não deixou de submeter quaisquer prestações de serviços de transporte à tributação pelo ICMS e, mais do que isso, não deixou de lançar nenhum valor de ICMS-retido em seus livros fiscais.

Acrescenta: por mais que a Fiscalização considere que o Autuado tenha deixado de quitar os valores devidos a título de ICMS-retido no período compreendido entre janeiro e junho, agosto e outubro de 2019, o fato, na verdade, é que as Autoridades Fiscais discordaram da forma como o imposto foi adimplido, tendo em vista que as quantias devidas compuseram a apuração mensal do ICMS-próprio devido ao Estado da Bahia pelo estabelecimento autuado. O fato de a filial ter apurado saldos credores do ICMS nos períodos autuados não altera essa circunstância.

Chega à conclusão de que não deixou de adimplir os valores de ICMS-retido, devidos ao Estado da Bahia, o que, por sua vez, torna absolutamente improcedente a acusação de que o estabelecimento autuado teria deixado de extinguir os débitos de imposto devidos nas prestações de serviço de transporte autuadas.

Por isso, alega que a penalidade imposta não é adequada, a qual, corresponde a 150% do imposto tido como devido, haja vista que a Fiscalização considerou que o Defendente reteve, mas não recolheu o ICMS-retido no período autuado.

Afirma ser evidente que essa penalidade é aplicável a contribuintes que promovam a retenção do ICMS, mas que deixam de quitar seus débitos perante o Estado da Bahia. Afirma que este não é o seu caso, porque escriturou corretamente os valores devidos, os quais compuseram a apuração mensal do ICMS devido em face do Estado da Bahia.

Ressalta que ao analisar situação fática inclusive muito mais grave do que ocorrida no presente caso, o Conselho da Fazenda Estadual (“CONSEF”) reduziu a multa de 150% ora imposta, desqualificando-a para o artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96 (multa de 60%) ao argumento de que o contribuinte sequer teria retido o valor devido a título de ICMS-retido.

Afirma ser irrazoável (para dizer o mínimo) que a penalidade imposta ao contribuinte que sequer se deu ao trabalho de reter o imposto devido – causando prejuízo ao Erário baiano – seja mais branda (60%) do que a multa aplicada (100%), que, como já exaustivamente demonstrado, não só reteve, como escriturou e adimpliu (ainda que com créditos escriturais) o ICMS-retido no período autuado.

Diz que referida falta de retenção que impõe penalidade mais branda, e pode, inclusive, ter origem na ausência de escrituração das operações de transporte que dariam azo à incidência do ICMS-retenção. Nesse cenário, a manutenção da multa mais gravosa (100%), representaria, em última análise, um instrumento de desestímulo ao contribuinte de boa-fé que se propõe a prestar todas as informações ao Fisco. Afinal, seria muito mais vantajoso simplesmente deixar de escriturar tais operações.

Acrescenta: se a unidade autuada não tivesse apurado saldos credores, certamente a Fiscalização sequer teria legitimidade para cobrar a integralidade do ICMS-retido lançado no Auto de Infração, já que parte do imposto supostamente devido teria sido recolhido aos cofres públicos. O fato de o estabelecimento ter apurado saldos credores não pode “agravar” a conduta fiscal do Defendente, já que, como demonstrado, trata-se de uma decorrência natural da não cumulatividade do imposto.

Afirma restar claro que a penalidade lançada pelo Fisco não coaduna com as situações de fato que foram identificadas no Auto de Infração, já que os valores de ICMS-retido compuseram a apuração fiscal e, portanto, foram adimplidos no âmbito da não cumulatividade do imposto.

Por esses motivos, e apenas no remoto caso de se entender que a acusação fiscal é procedente, o que admite para argumentar, pleiteia a reclassificação da penalidade lançada, a fim de que corresponda à efetiva conduta imputada ao estabelecimento autuado, a qual definitivamente não consiste não falta de quitação do ICMS-retido relativo aos serviços de transporte tomados no ano de 2019.

Além dos motivos expostos acima para o cancelamento da exigência e para readequação da penalidade imposta na autuação, também ressalta o caráter abusivo e expropriatório da penalidade aplicada.

Diz que a multa aplicada, correspondente a 100% do imposto tido como não recolhido, é absolutamente desproporcional ainda mais em vista das circunstâncias do presente caso, dado que escriturou o ICMS devido na contratação dos prestadores de serviços de transporte e que, assim, submeteu tais prestações de serviços à tributação do ICMS, nos termos da legislação estadual aplicável.

Alega que nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) declarou, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADIn”), 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 artigo 150, inciso IV, da CF.

Também afirma que em decisões mais recentes, o STF novamente manifestou seu entendimento pela vedação de multa com efeitos confiscatórios, restando comprovado que o princípio constitucional da vedação ao confisco é aplicável às multas e que a penalidade imposta no presente Auto de Infração é abusiva, dado seu caráter desproporcional à suposta infração que lhe foi imputada. Daí mais um motivo pelo qual é necessária a desconstituição do crédito tributário cobrado no Auto de Infração em debate.

Diante dos argumentos apresentados pleiteia seja dado integral provimento à defesa, para que seja julgado totalmente improcedente o presente Auto de Infração, com a consequente extinção do crédito tributário correlato.

Protesta pela posterior juntada de eventuais outros documentos que se façam necessários ao correto julgamento do lançamento tributário e pela eventual conversão do julgamento em diliggência, a fim de que se confirmem os elementos trazidos com a Defesa.

Por fim, indica o 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.

A Autuante presta informação fiscal às fls. 140 a 147 dos autos. Diz que foi constatado que no período auditado o estabelecimento Nestlé Brasil, procedeu de forma equivocada com relação aos valores retidos na condição de contribuinte substituto, nas operações de prestação de serviço transporte.

Informa que o Defendente não recolheu o ICMS retido na data regulamentar, sob código do DAE 1632. Ao invés do recolhimento devido, lançou o valor do ICMS retido na apuração do ICMS Normal. Fez, então, a compensação desta obrigação tributária com os créditos acumulados que possuía em seu regime normal de apuração. Portanto, confundiu dois regimes de apuração de obrigação tributária do ICMS, o da substituição tributária com o regime normal de apuração própria, conforme cópias dos livros de apuração apensados ao Processo (fls. 81 a 98).

Diz ser indiscutível que o Autuado, tendo retido o imposto de terceiros, deveria ter repassado aos cofres do Estado seu valor e, por conseguinte, não poderia compensá-lo com as operações próprias de seu estabelecimento. Deveria, na verdade, ter consignado, no final do mês, como manda a legislação, o valor total do imposto retido, no Registro de Apuração do ICMS, no campo “observações”, fazendo constar a expressão “Substituição Tributária-Serviço de Transporte”. Portanto, a empresa deveria ter lançado o imposto retido como determina o artigo 298, e recolhido o ICMS retido conforme previsto no inciso XIII do artigo 332 do RICMS-BA, Decreto 13780/12.

Afirma que é descabida a alegação defensiva de que inexiste norma na legislação estadual que determine que o ICMS retido não seja escriturado nos livros fiscais. A norma é clara, quando determina o lançamento e o recolhimento em separado.

Ressalta que a Substituição Tributária é o regime pelo qual a responsabilidade pelo ICMS devido em relação às operações ou prestações de serviços é atribuída a outro contribuinte. A substituição tributária aplicável aos serviços de transporte ocorre quando fica atribuído a responsabilidade pelo pagamento do ICMS a outro contribuinte, e não àquele que esteja realizando a operação/prestação, quando da ocorrência do fato gerador.

Destaca que nos termos do art. 155, § 2º, XII, “a” e “b”, da Constituição Federal de 1988, cabe à Lei Complementar dispor sobre substituição tributária relativamente às operações e prestações sujeitas ao ICMS. Com a publicação da Lei Complementar nº 87/96, a matéria ficou devidamente regulamentada, estabelecendo regras para a definição de responsabilidade, base de cálculo para fins de substituição tributária, aplicação nas operações interestaduais e direito do contribuinte substituído à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

Diz que as Unidades da Federação, por intermédio do Convênio ICMS nº 25/1990, estabeleceram que, por ocasião da prestação de serviço de transporte de carga por transportador autônomo ou por empresa transportadora de outra Unidade da Federação não inscrita no cadastro de contribuintes do Estado de início da prestação, a responsabilidade pelo pagamento do ICMS devido seria atribuída: a) ao alienante ou remetente da mercadoria, exceto se produtor rural ou microempresa, quando contribuinte do ICMS; b) ao destinatário da mercadoria, exceto se produtor rural ou microempresa, quando contribuinte do ICMS, na prestação interna; c) ao depositário da mercadoria a qualquer título, na saída da mercadoria ou bem depositado por pessoa física ou jurídica.

Ainda sobre o recolhimento do ICMS substituto, reproduz ensinamento de José Julberto Meira e diz que a legislação e a doutrina são claras quanto a retenção e responsabilidade de pagamento do tributo. Fato não discutido no Processo, porque o Contribuinte reteve dos transportadores o ICMS em questão. Deveria, portanto, ter recolhido aos cofres do Estado através de DAE (cód. 1632).

Ressalta que houve alguns recolhimentos ao longo do ano, que foram abatidos do valor mensal cobrado. O encargo financeiro da incidência do ICMS transporte foi do prestador do serviço. O não recolhimento de ICMS retido de terceiros é, inclusive, considerado crime contra a ordem tributária, conforme definido no art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990.

Acrescenta que matéria idêntica, para a mesma empresa, foi julgada procedente pela 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO JJF Nº 0215-01/17. Também menciona o ACÓRDÃO JJF Nº 0121-03/17, da 3ª JJF. Transcreve as respectivas ementas.

Quanto a multa de 150%, informa que está de acordo com o artigo 42, inciso V, alínea “a”, da Lei 7014/96; foi aplicada em restrita obediência à lei, já que o ICMS foi retido pelo sujeito passivo por substituição e não foi recolhido tempestivamente. No entanto a multa em questão foi alterada em 13/12/2019 para 100%, após a lavratura do Auto ora questionado (26/11/2019), ficando, portanto, a critério do CONSEF a decisão sobre a retroatividade benéfica.

Conclui ratificando o procedimento fiscal, aguardando que seja julgado totalmente procedente.

A Sessão de Julgamento realizada por videoconferência, foi acompanhada pela Dra. Anna Beatriz Alves da Silva.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Auto de Infração está embasado nos demonstrativos elaborados pela autuante, foram fornecidas ao Defendente cópias dos mencionados demonstrativos, não foi identificado qualquer prejuízo ao Autuado, a infração apurada foi descrita de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do

imposto exigido, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento.

O Autuado requereu a conversão do julgamento em diligência, no sentido de que fossem confirmados os elementos trazidos aos autos com a Defesa.

Fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, “a”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pela Autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, o Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, nos meses de janeiro a junho, agosto a outubro de 2019.

De acordo com a descrição dos fatos, essa infração ocorreu quando o estabelecimento contratou sucessivas operações de prestação de serviço de transporte com retenção de ICMS-ST e não realizou o recolhimento devido, conforme previsto no art. 298 e inciso XIII do art. 332 do RICMS-BA/2012. Em diversos meses lançou o débito, indevidamente no livro de apuração, como Outros Débitos e fez a compensação com o saldo credor existente.

O fato apurado no presente lançamento é quanto à responsabilidade do Autuado pelo recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária, na condição de substituto tributário. O Defendente não contesta os dados numéricos do levantamento fiscal e não desconhece a sua responsabilidade tributária, ao afirmar que é incontrovertida a ocorrência dos fatos geradores, e o valor devido foi regularmente apurado e pago via abatimento em seu saldo credor, por meio de conta corrente do ICMS.

Nas razões de defesa foi destacado que o lançamento tributário decorre do fato de a Fiscalização não ter concordado com a escrituração nos livros fiscais dos débitos de ICMS-retido a título de “Outros Débitos” e, assim, ter compensado esses valores com os créditos do imposto apropriados pela unidade autuada no regime normal de apuração do ICMS.

O Autuado afirmou que não havia norma na legislação estadual, no período autuado, que determinasse que o ICMS-retido não poderia ser escriturado nos livros fiscais ligados ao imposto estadual e que, assim, não deveria compor a apuração do ICMS devido ao Estado da Bahia.

Antes de entrar no mérito dos argumentos para justificar o acerto de sua conduta, o Defendente alegou que além das exceções à não cumulatividade previstas no texto constitucional e na LC 87/96, a própria CF prevê a possibilidade de uma sistemática alternativa de apuração e recolhimento do ICMS, em que um contribuinte eleito pela legislação substitui os demais contribuintes integrantes da cadeia de circulação jurídica de uma mesma mercadoria.

A Autuante ressaltou que conforme a Lei Complementar nº 87/96, a matéria ficou devidamente regulamentada, estabelecendo regras para a definição de responsabilidade e base de cálculo para fins de substituição tributária, aplicação nas operações interestaduais e direito do contribuinte substituído à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

Observo que conforme estabelece o artigo 5º da Lei Complementar 87/96, a Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

O art. 6º da referida Lei estabelece que a Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

Neste caso, a responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto, e a atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado (§§ 1º e 2º do mencionado art. 6º).

Dessa forma, o Estado da Bahia, através da Lei nº 7.014/96, no art. 8º, V, atribuiu ao contratante de serviço ou terceiro que participe da prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados.

O Defendente afirmou que realizou o recolhimento integral do imposto devido e o ponto de discussão aqui reside na assimilação de que os pagamentos que realizou por meio de dedução do saldo credor são válidos e atendem aos ditames legais para quitação de sua obrigação tributária.

Alegou que cabe à Fiscalização aceitar que o fato de não ter sido efetivamente recolhido valores a título de ICMS aos cofres públicos no período de janeiro a junho e agosto a outubro de 2019 é uma decorrência natural da não cumulatividade do imposto, tal como previsto na CF, na LC 87/96 e na própria legislação baiana.

Disse não restar dúvidas de que inexistem fundamentos legais capazes de sustentar a acusação fiscal formulada pela Fiscalização, motivo pelo qual o Auto de Infração ora impugnado deve ser integralmente cancelado.

A Autuante afirmou que o Defendente confundiu dois regimes de apuração de obrigação tributária do ICMS, o da substituição tributária com o regime normal de apuração própria, conforme cópias dos livros de apuração apensados ao Processo (fls. 81 a 98).

Disse que o Autuado, tendo retido o imposto de terceiros, deveria ter repassado aos cofres do Estado seu valor e, por conseguinte, não poderia compensá-lo com as operações próprias de seu estabelecimento. Deveria, na verdade, ter consignado, no final do mês, como manda a legislação, o valor total do imposto retido, no Registro de Apuração do ICMS, no campo “observações”, fazendo constar a expressão “Substituição Tributária-Serviço de Transporte”. Portanto, a empresa deveria ter lançado o imposto retido como determina o artigo 298, e recolhido o ICMS retido de acordo com o inciso XIII do artigo 332 do RICMS-BA, Decreto 13780/12.

Conforme previsto no art. 305 do RICMS-BA/2012, “*no regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal*”.

O § 4º desse mesmo artigo define o que constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

- I. o valor resultante da aplicação da alíquota cabível à base de cálculo prevista para a operação ou prestação tributada, obtendo-se o valor a ser lançado na escrita fiscal do contribuinte;
- II. o valor dos créditos estornados;
- III. o valor correspondente à diferença de alíquotas;

- a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;
 - b) nas utilizações de serviços de transporte ou de comunicação iniciados em outra unidade da Federação e não vinculados a operações ou prestações subsequentes sujeitas ao imposto;
- IV. o valor do eventual saldo devedor apurado no final do período quando transferido de estabelecimento da mesma empresa;
- V. o valor do imposto devido ao Estado da Bahia correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual decorrente de operações e prestações destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto domiciliado em outra unidade da federação.

Observo não se encontrar previsto no dispositivo acima mencionado o ICMS retido pelo contribuinte na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais, que é o caso do imposto exigido na autuação. Portanto, não existe fundamento legal para o lançamento realizado pelo Autuado em conta-corrente fiscal em relação ao ICMS-ST, objeto do presente Auto de Infração.

A obrigação de escrituração do imposto retido está adstrita ao campo “observações” do livro Registro de Apuração do ICMS (§ 2º, II do art. 298). O tomador do serviço de transporte, quando inscrito na condição de contribuinte normal, nas prestações interestaduais de serviço de transporte, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, por isso, deve efetuar a retenção do imposto, que será recolhido no prazo previsto na legislação (art. 332, XIII do RICMS-BA/2012), inexistindo dúvida quanto à mencionada obrigação pelo Contribuinte.

Sobre a multa aplicada, o Defendente afirmou que o imposto devido foi compensado com créditos de ICMS validamente aproveitados. Logo, na pior das hipóteses, pode-se contestar a forma como os débitos de ICMS-retido foram extintos, mas jamais pode-se admitir a atribuição de acusação de que o imposto não foi quitado, o que, por sua vez, torna ilegítima a penalidade lançada na autuação.

Alegou que a penalidade imposta não é adequada, a qual, corresponde a 150% do imposto tido como devido, haja vista que a Fiscalização considerou que houve a retenção do imposto, mas não foi recolhido o ICMS-retido no período autuado.

Afirmou ser evidente que essa penalidade é aplicável a contribuintes que promovam a retenção do ICMS, mas que deixam de quitar seus débitos perante o Estado da Bahia, e que este não é o seu caso, porque escriturou corretamente os valores devidos, os quais compuseram a apuração mensal do ICMS devido em face do Estado da Bahia.

Considerando que o autuado, na qualidade de responsável por substituição, está sujeito às penalidades por infração à legislação tributária, quando não recolhe o imposto na forma estabelecida na mencionada legislação, entendo que está correta a multa aplicada ao caso em análise, conforme art. 42, IV, “a” da Lei 7.014/96, devendo mantido o percentual de 100%, conforme redação atual do mencionado dispositivo legal, abaixo reproduzido.

Art. 42

...

V - 100% (cento por cento) do valor do imposto:

- a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;

A redação atual do inciso V do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19.

O Defendente afirmou que referida falta de retenção que impõe penalidade mais branda. Pleiteou a reclassificação da penalidade lançada, e restando comprovado que o princípio constitucional da vedação ao confisco é aplicável às multas, a penalidade imposta no presente Auto de Infração é abusiva, dado seu caráter desproporcional à suposta infração que lhe foi imputada.

Vale ressaltar, que essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Concluo que está caracterizado que houve prestações sucessivas na situação em exame, sendo legítima a exigência fiscal, restando configurada a responsabilidade do Autuado pelo lançamento e recolhimento do ICMS nas prestações sucessivas de serviço de transporte.

Por fim, o Defendente indicou o 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.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269140.0004/22-7**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.859.835,70**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR