

A. I. N° - 274068.0017/21-0
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10.08.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0128-05/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDAS POSTERIORES TRIBUTADAS. MULTA. Demonstrativos que dão suporte a infração foram elaborados com base em dados contidos na Escrituração Fiscal Digital (EFD) feita pelo próprio contribuinte. Valor apurado inferior ao que foi recolhido tempestivamente. Não comprovada a alegação de exigência do imposto sobre operações com mercadorias contempladas com o benefício de isenção. Infração subsistente. Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2021, aplica multa percentual de 60% 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, devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores tributadas normalmente (2017) - R\$ 115.160,87.

Na defesa apresentada (fls. 31/38) o autuado por meio da advogada Amanda Zaidan OAB/RJ 186.095, inicialmente discorre sobre a infração, e preliminarmente suscita a nulidade do auto de infração sob o argumento de que o lançamento não atendeu aos requisitos previstos no art. 142 do CTN, e art. 18 do RPAF/BA e no mérito insubsistente, em razão de parte dos débitos: i) ter sido recolhido tempestivamente, e ii) se referir a operações isentas de recolhimento do imposto.

Transcreve o art. 142 do CTN, ressalta que a fiscalização não cumpriu o seu disposto, por não identificar a suposta infração, indicando a materialização da hipótese de incidência, o sujeito passivo, o montante devido, implicando em nulidade conforme disposto no art. 18, IV do RPAF/BA, por aplicar multa sem apurar a conduta “delitiva” do contribuinte, não contendo elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Alega que a multa aplicada se fundamenta em ausência de pagamento do ICMS, mas não há qualquer ausência de recolhimento do imposto no período fiscalizado, bem como não foi intimado para prestar esclarecimentos que julgasse necessário. Requer que o auto de infração seja declarado nulo.

No mérito, ressalta que exerce atividade de comércio varejista de mercadorias (hipermercado) e por força do art. 12-A da Lei 7.014/96 sujeita-se ao pagamento do ICMS antecipação parcial, tendo a fiscalização acusado de não ter efetuado o recolhimento do imposto em alguns meses do exercício de 2017, o que culminou na aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d” da citada Lei.

Alega que ao contrário do que foi acusado, não há qualquer débito do ICMS a ser exigido no período fiscalizado, pois parte foi pago tempestivamente e parte do levantamento fiscal se refere

a operações isentas do ICMS.

Quanto ao primeiro argumento, afirma que a fiscalização desconsiderou parte das notas fiscais que tiveram o imposto recolhido no mês seguinte à emissão do referido documento fiscal, a exemplo do mês 03/2017 que a fiscalização apurou ICMS devido por antecipação no valor de R\$ 344.065,47 e identificou valor pago de R\$ 314.425,52 e diferença devida de R\$ 29.639,95 sobre a qual aplicou a multa.

Apresenta quadro demonstrativo à fl. 26, que relaciona recolhimentos no mês 04/2017 e planilha de apuração do ICMS das planilhas anexas (fls. 82 a 977) e DAEs (fls. 55 a 82), o que pela análise entende levar a conclusão de que não ocorreu falta de recolhimento do imposto no período fiscalizado.

No tocante ao segundo argumento, diz que parte das mercadorias que foi exigido o imposto refere-se a importação de “produtos hortifrutícolas” de países como Chile, Argentina e Uruguai que são membros da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) contemplados com isenção prevista no art. 265, I, “a” e “j” do RICMS/BA e Cláusula primeira do Convênio ICMS 44/75, cujo Parecer 11.274/2012 referenda o benefício fiscal e não obrigatoriedade de pagamento do ICMS antecipação parcial nos termos do art. 12-A, I da Lei 7.014/96.

Discorre sobre o art. 98 do CTN que dispõe sobre os tratados e convenções que sobrepõe a legislação tributária interna, conforme entendeu o STF (Súmula 575) e STJ (Súmula 20) e decisão contida no REsp 1702480/SP/2017.

Argumenta que a exigência fiscal contempla todos os meses do período fiscalizado, motivo pelo qual devem ser excluídos os valores correspondentes.

Requer a realização de diligência fiscal nos termos do art. 139 do COTEB e artigos 123 e 145 do RPAF/BA para comprovar o alegado, formulando quesitação à fl. 32 para: 1) confirmar a exigência da aplicação da multa; 2) se houve pagamento a menos que implica em multa; 3) se foi desconsiderado que parte das notas fiscais teve pagamento no mês posterior; 4) se inclui operações com produtos hortifrutícolas importadas do exterior; 5) se houve transferência dos mencionados produtos entre seus estabelecimentos.

Requer que o lançamento seja declarado nulo e se não acolhido, julgado totalmente improcedente, realização de diligência fiscal, indicando endereço para onde devem ser encaminhadas intimações (fl. 34) sob pena de nulidade.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 981/990) inicialmente discorre sobre a infração e razões defensivas.

Quanto à nulidade suscitada, afirma que não procede tendo em vista que a descrição da infração, inclusive a complementar, é clara e se completa com o devido enquadramento e tipificação da multa aplicada, cujo demonstrativo de débito foi entregue ao contribuinte, conforme fl. 14.

Ressalta que a planilha é clara e objetiva, descrevendo as operações com seus respectivos dados, contendo informações das operações, com datas, indicação das notas fiscais, descrição e código do produto, redução de base de cálculo, alíquota e todas as informações necessárias para a demonstração da infração, que recai sobre as notas fiscais de entradas devidamente registradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD), gravado no arquivo magnético (fl. 10) cuja cópia foi entregue ao contribuinte, tanto que no mérito o defendente fez explanações, o que prova que a infração foi definida e entendida, seguindo o estabelecido no art. 18 do RPAF/BA, art. 129, § 1º do COTEB e art. 142 do CTN em obediência ao disposto no art. 5º, LV da CF.

Quanto a alegação de que efetuou o pagamento do imposto, afirma que a infração se refere a parcela do ICMS antecipação parcial que deixou de ser paga, conforme Anexo 1 (fls. 6 e 7) que comprova ter recolhido a menor o ICMS devido por antecipação parcial e não de falta de

recolhimento do imposto.

Ressalta que o art. 332, § 2º do RICMS/BA prevê recolhimento do imposto até o dia 25 do mês subsequente ao da data da emissão do documento fiscal, que foi o método de apuração e deduziu o valor recolhido que foi registrado no Sistema de Informação do Contribuinte (INC), conforme Anexo 3 (fl. 8).

Com relação ao argumento de que recolheu regularmente o ICMS devido relativo ao mês 03/2017, esclarece que apurou valor devido de R\$ 344.065,47 e recolhido de R\$ 314.425,52, ocorreu no mês de 04/2017, conforme registrado no INC e Anexo 2 elaborado pela fiscalização que na defesa foi acrescentada uma coluna com a expressão “Recolhimento Antecipado”, cujos “comprovantes de pagamentos apresentados (Doc. 04) têm o CNPJ: 47.508.411/0620-03, entretanto o respectivo PAF é da filial com CNPJ: 47.508.411/0892-03” ou seja, apresentou DAE de outra filial, o que não altera a situação.

Afirma que no Anexo 3 (fl. 8) consta o relatório dos DAEs da filial autuada cujos valores foram transferidos para o Anexo 1 (fl. 5), deduzindo do valor apurado.

Com relação ao argumento de que foi exigido imposto relativo à importação de “produtos hortifrutícolas” originários do Chile, Argentina e Uruguai, contemplados com isenção (art. 265, I, “a” e “j” do RICMS/BA e Cl. 1ª do Convênio ICMS 44/75 e Parecer 11.274/2012) ressalta que de acordo com o art. 111, II do CTN interpreta-se literalmente a legislação tributária que dispõe sobre isenção. Destaca que a ALAC não existe mais e o Convênio não foi atualizado.

Afirma que mesmo que fosse possível considerar a isenção interna relativa à importação de países signatários do GATT, deve ser considerado que o Convênio ICMS 44/75 é autorizativo e para surtir efeito deve ser recepcionada pela legislação estadual, o que não ocorreu, não se aplicando as Súmulas do STF e STJ.

Quanto ao argumento de que em todos os meses foi exigido ICMS relativo a “frutas frescas”, informa que o Doc. 05 juntado com a defesa tem como base o Anexo 2 elaborado pela fiscalização, que relaciona produtos contemplados com as NCM 07 e 08, conforme relacionado às fls. 987 a 989, indicando o código do produto, descrição da mercadoria e NCM, inexistindo qualquer exemplo de “fruta fresca” que tivesse sido objeto da autuação.

Discorre sobre a Súmula 166 do STJ que é anterior a LC 87/96 e o art. 12, I da Lei 7.014/96 que dispõe sobre a tributação sobre as operações de transferências e o julgamento da ADC49 pelo STF em 17/12/2021 na apreciação do EDs da referida ADC que pretendia modular os efeitos da inconstitucionalidade da incidência do ICMS teve possibilidade de limitar até o exercício de 2022, foi pedido vista (Min. Gilmar Mendes) e não está concluso o julgamento.

Ressalta que o levantamento fiscal não contempla operações com maçãs e peras (Conv. 94/05) contemplada com isenção no art. 265, I, “j” do RICMS/BA.

Manifesta que diante das informações prestadas não vê necessidade de realização de diligência fiscal. Requer que o auto de infração seja julgado procedente.

Na assentada do julgamento foi apresentado memorial pela advogada Ana Clara Nobre OAB/RJ nº 231.131, no qual discorre sobre a infração, reitera a nulidade suscitada, impossibilidade de aplicar multa em razão de ter efetuado o recolhimento integralmente conforme DAEs juntados na impugnação.

VOTO

O Auto de Infração aplica multa percentual sobre a parcela do ICMS-ANTECIPAÇÃO PARCIAL que deixou de ser paga referente a aquisições de mercadorias em outros Estados destinadas a comercialização.

Quanto ao pedido de realização de diligência fiscal, observo que de acordo com o art. 150, I do RPAF/BA, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado.

Na situação presente, a descrição da infração e demonstrativo que dão suporte ao lançamento (fls. 5 a 9), que foram fornecidos ao defendente (fl. 11), indicam o número da nota fiscal escriturada pelo próprio autuado na sua EFD, com descrição do produto, NCM, cálculo do ICMS-AP, totalização mensal e dedução do valor recolhido, tendo sido aplicada multa sobre a diferença que deixou de ser recolhida o que foi entendido e defendido pelo sujeito passivo.

Quanto à quesitação formulada, entendo que a apuração da base de cálculo contida nos demonstrativos foi feita com base na EFD do estabelecimento autuado e recolhimentos efetuados, são claros e não demanda elucidação da matéria, para caracterizar a aplicação da multa. Os questionamentos acerca da desconsideração das notas fiscais que teve pagamento em mês posterior, inclusão de operações com produtos hortifrutícolas importados do exterior e transferência de mercadorias serão apreciados nas questões de mérito. Portanto, indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF/BA, tendo em vista meu convencimento sobre a presente lide.

Quanto à nulidade suscitada, sob alegação de que não foi apurada a conduta irregular do contribuinte e ausência de elementos suficientes para determinar a infração e o infrator, observo que conforme acima apreciado e esclarecimento na informação fiscal, os demonstrativos que dão suporte ao lançamento, teve como base a coleta de dados de notas fiscais registradas na EFD do estabelecimento autuado e recolhimentos efetuados, o defendente entendeu e apresentou argumentos para tentar elidir a infração, o que será apreciado nas razões de mérito.

Dessa forma, ao contrário do que foi alegado, entendo que o lançamento preenche os requisitos previstos no art. 142 do CTN e artigos 39 a 42 do RPAF/BA, motivo pelo qual, fica rejeitada a nulidade suscitada.

No mérito, o sujeito passivo apresentou dois argumentos:

- i) Que não foram consideradas as notas fiscais cujo pagamento ocorreu no mês posterior ao da sua emissão;
- ii) Exigência do ICMS-AP sobre operações com produtos importados e isentos (Convênios ICMS 44/1975 e 94/2005).

Quanto ao primeiro argumento, observo que conforme esclarecido pela fiscalização, o Anexo 2 foi elaborado tomando como base a data da emissão da nota fiscal, tendo apurado o valor do ICMS-AP devido no mês e deduzido o valor recolhido no mês subsequente.

Observo que os valores relativos à multa aplicada se referem ao exercício de 2017, cuja redação do art. 332, § 2º com redação dada pelo Decreto nº 17.164/2016, com efeitos de 01/11/16 a 31/12/17 e mantida pelo Decreto nº 18.085/2017 com efeitos a partir de 01/01/18 estabelecia que:

§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS), que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III, até o dia 25 do mês subsequente ao da **data de emissão do documento fiscal**, exceto... (grifo nosso).

Pelo exposto, assiste razão a fiscalização que considerou a data da emissão das notas fiscais e deduziu o valor recolhido no mês seguinte à emissão do referido documento fiscal. Tomando por exemplo do mês 03/2017, a fiscalização apurou ICMS devido por antecipação no valor de R\$ 344.065,47 e identificou valor pago de R\$ 314.425,52 (fl. 984) e sobre a diferença devida de R\$

29.639,95 aplicou a multa de 60%, resultando em valor de R\$ 17.783,97.

Ressalte-se que conforme esclarecido pela fiscalização, os DAEs juntados com a defesa às fls. 55 a 81 refere-se à filial com CNPJ: 47.508.411/0620-03, enquanto o do estabelecimento autuado é o CNPJ: 47.508.411/0892-03, não fazendo prova capaz de elidir a multa aplicada.

Quanto ao argumento de que foi exigido ICMS-AP relativo à parte de “produtos hortifrutícolas” importados de países como Chile, Argentina, contemplados com isenção prevista no art. 265, I, “a” e “j” do RICMS/BA, observo que o citado dispositivo legal estabelece:

Art. 265. São isentas do ICMS:

I - as saídas internas e interestaduais:

a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80);

j) de maçãs e peras (Conv. ICMS 94/05);

Constato que embora o defendente tenha reproduzido o Anexo 2 (fls. 83 a 976) elaborado pela fiscalização (fls. 6 e 7), não indicou de forma específica quais produtos hortifrutícolas estavam contidos no levantamento fiscal.

Na informação fiscal a autuante relacionou às fls. 987 a 989 os produtos que foram objeto do levantamento fiscal, a exemplo de AÇAÍ FROOTY BANANA PT 200GR; ALHO GRAN KITANO CART 60GR; BATATA COZIDA A VAPOR 2500GR; CASTANHA DE CAJU TORRADA E SALG 50 G; CEBOLA GRANULADA 50GR; COCO RALADO 5KG; ERVILHA PARTIDA YOKI PCT 500GR..., entre outros todos classificados com as NCMs 07 e 08, portanto, são produtos envasados, cozidos, salgados, torrados, ralados, na sua maioria submetidos a processo de industrialização, que não se classificam como produtos hortifrutícolas, nem maçãs e peras contemplados com a isenção prevista no art. 265, I, “a” e “j” do RICMS/BA (Convênios ICMS 44/1975 e 94/2005).

Ressalte-se ainda que o Parecer nº 11.274/2012 (fl. 28/29) refere-se à comercialização de “pinhão” que era um “produto que secou naturalmente, sem ter submetido a nenhum processo de industrialização, conserva o seu estado natural” que foi contemplado com a isenção, mas não foi indicado qualquer produto com a mesma natureza no levantamento fiscal. Portanto, o referido benefício fiscal não se aplica aos produtos que foi objeto do levantamento fiscal e submete-se à obrigatoriedade de pagamento do ICMS antecipação parcial nos termos do art. 12-A, I da Lei 7.014/96.

Por fim, com relação ao argumento de inoccorrência do fato gerador do ICMS mediante aplicação da Súmula 166 do STJ, observo que a mesma foi editada antes da LC 87/96 e o art. 12-A da Lei 7.014/96 dispõe que nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo (inciso III do art. 23,) deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Portanto, esse foi o procedimento adotado pela fiscalização e de acordo com o art. 167, I do RPAF/BA, não compete a este órgão julgador apreciar constitucionalidade da legislação tributária.

Por tudo que foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0017/21-0**, lavrado contra a **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o

pagamento da multa fixa no valor de **R\$ 115.160,87**, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR