

A. I. Nº - 281394.0002/20-9
AUTUADO - PORTO IMPORT DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LAMPÊ
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09.09.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0142-05/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MULTA. Restou comprovado que não há correlação dos produtos em que foi aplicada multa neste lançamento como o imposto exigido na infração do PAF 281394.0001/20-2 que trata especificamente de benefícios fiscais de redução de base de cálculo pertinente a bebidas alcoólicas que não foi objeto desta autuação. Afastada a exigência fiscal relativa a aquisições de brindes e corrigido o crédito das operações interestaduais com alíquota de 12%. Não comprovada a exigência da multa relativa a produto enquadrado no regime de substituição tributária. Isenção ou redução de base de cálculo. Restou comprovada a apuração correta do imposto relativo às aquisições de papel higiênico, contemplado com redução de base de cálculo (art. 268, XLIII do Dec. 13.780/2012). Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/12/2019 exige tributo em decorrência da seguinte infração:

INFRAÇÃO 01 - 07.15.05. Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por ICMS 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 (2016/2017) - R\$ 291.589,58.

O autuado na defesa apresentada (fls. 20 a 41), inicialmente requer conexão deste PAF com o auto de infração nº 2813940001/20-2, tendo em vista que parte substancial da exigência fiscal, contida nesta autuação, se refere a multas aplicadas em decorrência dos fatos tributários que foram apurados naquele PAF e cujas infrações tem relação de interdependência, nos termos do art. 55, do CPC, de forma subsidiária ao art. 180 do RPAF/BA.

Comenta que a multa percentual incide sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, devido nas entradas de mercadorias oriundas de estados com alíquota de 12% e também de produtos e NFE com não incidência do imposto, levando em consideração um crédito apenas de 10% e um débito de 10,59%, previsto no art. 12-A do RICMS/BA.

Alega que o autuante cobrou Antecipação Parcial relativa a:

- A) PAPEL HIGIÊNICO: adquiridos de estados com alíquota de 7%, levando em consideração um crédito de 7% e um débito de 12% e não de 10,59%, sem considerar a redução deste produto para 12%, para empresas atacadista, possuidor do Termo de Atacadista, que é o

seu caso, nos termos do Dec. 7.779/2000, utilizando “a redução que seja mais favorável para o contribuinte, não sendo cumulativo os benefícios”, redação dada pelo Dec. 13.339, com efeitos a partir de 01.11.2011;

- B) Produtos constantes da planilha fazem parte da Substituição Tributária e não seriam passíveis de pagamento da antecipação Parcial, pois o imposto já foi recolhido pela autuada na entrada da mercadoria, conforme legislação fiscal vigente, conforme cópia das NF-es;
- C) Mercadorias oriundas de outras UF com o CFOP 2949, o que não se justifica no sistema normativo tributário, visto que as mercadorias, não são produtos para comercialização e, sim, de brindes para distribuição gratuita, tendo promovido a sua entrada e saídas como emissão de notas fiscais de saídas correspondentes, conforme determina os artigos 388 e 389 do RICMS/BA;
- D) A outra parte da autuação se refere a multas cobradas sobre as operações que foram objeto de apuração no auto principal, ou seja, o PAF n. 2813940001/20-2, do qual esse auto é dependente e acessório;
- E) Antecipação Parcial, referente às bebidas que tem alíquota de 25% acrescidas de um percentual de 2% fundo a pobreza, totalizando 27%, sem considerar as alíquotas destacadas nas NF-es de entradas como valores de crédito e a alíquota de 27% como percentual de débito, sem consideração que o autuado tem termo de Acordo de Atacadista, e não utilizou a redução de 41,176% percentual que traz a alíquota de débito para 15,89%.

A seguir, para provar a inexigibilidade da multa, transcreve o teor da defesa apresentada do outro processo (fls. 23 a 41), para demonstrar que “tanto a cobrança do imposto naquele PAF 2813940001/20-2, quanto a multa cobrada em decorrência daquela autuação no presente auto de infração são insubsistentes”.

Em termos gerais cita que a infração naquele processo acusa ter “recolhido, a menor, ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do Imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”, totalizando R\$ 681.526,05, em virtude de a empresa ter, “no período de 01 de outubro de 2016 a 01 de junho de 2017, se utilizado de redução da base de cálculo sem ter o Termo de Acordo de Atacadista específico para bebidas”.

Em seguida apresenta a cronologia do deferimento do Termo de Acordo de Atacadista (2009); alteração da tributação de BEBIDAS ALCOÓLICAS, (passou a ser tributada pelo regime normal, a partir de 01/10/2016), solicitou a inclusão do Art. 3F, ao Termo de Acordo (2016), que foi indeferido.

Conclui que o lançamento fiscal da multa não dispõe de validade jurídica, nem detém suporte fático que assegure a sua procedência, face o equívoco cometido pelo autuante, requer a realização de revisão por fiscais estranhos ao feito, para reexaminar o trabalho e concluir pela improcedência da autuação.

O autuante prestou a primeira informação fiscal (fls. 113 a 115) e quanto às alegações defensivas esclarece que:

- i) Em alguns itens foi concedido crédito de 10%. Os lançamentos foram ajustados para 12%;
- ii) Na planilha não existe nenhuma mercadoria isenta ou sobre a qual não incida ICMS;
- iii) Com relação ao item Papel Higiênico, de acordo com o art. 2º-A do Dec. 7.799/2000, excluem-se do tratamento tributário previsto nos artigos 1º e 2º as operações com papel higiênico;
- iv) O produto FOGOGEL, NCM 2207.1090, não está incluído no Anexo 01 do RICMS/BA, por não ser classificado como combustível ou lubrificante.

v) Foram retirados os itens das notas fiscais de entrada apresentadas da folha 47 a 102.

Após os ajustes, apresenta demonstrativo sintético à fl. 114 e analítico de fls. 116 a 120, que resultou na redução do débito de R\$ 291.589,58 para R\$ 263.789,23.

Com relação ao auto de infração 281394.0001/20-2, afirma que não existe nenhuma relação com este o que pode ser constatado pela citação na defesa (fl. 24), quanto a mudança ocorrida na tributação *na comercialização de BEBIDAS ALCOÓLICAS, requerimento formulado pela empresa, indeferimento, retirada da sócia da sociedade empresarial e por conta da inscrição em dívida ativa dos PAF's 298237.0901/03-0 e 299134.0103/03-7, lavrados contra aquela empresa no ano de 2003, resultando em não direito ao benefício da redução da base de cálculo pelo Dec. 7.799/2000, "para bebidas alcoólicas" que só veio a ser concedida pelo Parecer 12.486/2017, com o Termo de Acordo Decreto 7.799/00 – art. 3º F, concedendo o benefício da redução da base de cálculo para bebidas alcoólicas, a partir do dia 02/06/2017.*

O sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal pelo DTE (fl. 129), com o fornecimento dos arquivos do ICMS Antecipação parcial retificado.

O contribuinte se manifestou acerca da informação fiscal (fls. 132 a 134), por meio do advogado Fernando Vaz, OAB/BA 25.027 alegando que:

- i) *"com relação ao papel higiênico, segundo o Decreto excluem-se do tratamento tributário", mas que no caso do papel higiênico o contribuinte informou que nos termos do art. 2º-A do Decreto nº 7.799/2000, a empresa aplicou tributação do item, tendo sido o tributo recolhido normalmente;*
- ii) No caso do ÁLCOOL GEL FOGO GEL, registra que o mesmo se encontra no Anexo 1 do RICMS/BA e não se sujeita a antecipação parcial, conforme decisões proferidas nos Acórdãos JJP 0168-01/16 e CJF 0147-12/17 cujas ementas transcreveu às fls. 132/133, inexistindo tributo a ser recolhido, tendo em vista que o crédito fiscal decorre de "um erro na denominação do produto", cuja exigência fiscal é indevida e deve ser totalmente extinta.

Por fim, com relação a afirmação do autuante que inexistente conexão entre este auto de infração e o de nº 281394.0001/20-2, não merece prosperar, posto que, "ambas decorrem do indeferimento indevido do pedido de concessão do benefício do art. 3-F do Decreto 7.799/2000", cujo concessão do benefício da redução da base de cálculo para bebidas alcoólicas, não exigia a certidão negativa de débitos tributários dos sócios, apenas, do contribuinte, empresa requerente.

Argumenta que diante de uma interpretação equivocada do então, Diretor Fiscal, ampliou-se os requisitos para sua concessão, sem qualquer fundamentação legal e posteriormente o benefício foi convalidado e deve ser aplicado o art. 106, I do CTN, no sentido de retroagir a norma mais benéfica para o contribuinte, uma vez que o parecer que negou o benefício carecia de validade.

Requer que o julgamento do auto de infração impugnado para considerar os pagamentos realizados da antecipação parcial, considerando o termo de acordo de atacadista, bem como excluindo o produto FOGOGEL, diante das razões expostas. Subsidiariamente, requer a improcedência do lançamento, considerando a retroatividade do benefício fiscal e consequentemente a revogação das multas impostas.

O autuante na segunda informação fiscal (fl. 141) afirma que com relação ao produto Papel Higiênico, o mesmo é excluído da redução da base de cálculo, previsto no art. 1º e 2º do Dec. 7.799/2000 e art. 268, XLIII do RICMS/BA.

Quanto ao produto FOGOGEL NCM 2207.1090 reafirma não está incluído no Anexo 1 do RICMS/BA, por não ser classificado como combustível ou lubrificante.

Afirma que o defendente não apresentou na manifestação nenhuma nova informação, motivo pelo qual requer julgamento pela procedência em parte do auto de infração.

VOTO

O Auto de Infração aplica multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por ICMS antecipação parcial.

Inicialmente com relação ao pedido de conexão deste PAF com o auto de infração nº 2813940001/20-2, sob alegação de que parte substancial da exigência fiscal, contida nesta autuação, se refere a multas aplicadas em decorrência dos fatos tributários que foram apurados naquele PAF, observo que conforme esclarecido na informação fiscal e cópia da defesa apresentada pelo impugnante:

- i) O auto de infração e nº 281394.0001/20-2 (fls. 125/126) acusa “Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”. Consta na descrição dos fatos que “No período de 01/10/2016 a 01/07/2017 utilizou a redução da base de cálculo sem ter o Termo de Acordo de Atacadista específico para **bebidas**” (grifo nosso).
- ii) Conforme cópia da defesa daquele AI, juntado às fls. 23 a 41 desse processo, decorre de a empresa ter *se utilizado de redução da base de cálculo sem ter o “Termo de Acordo de Atacadista específico para bebidas” em virtude da alteração da tributação de BEBIDAS ALCOÓLICAS, (passou a ser tributada pelo regime normal, a partir de 01/10/2016), solicitou a inclusão do Art. 3F, ao Termo de Acordo (2016), que foi indeferido.*

Pelo exposto, não procede a alegação defensiva de que aquela autuação tem conexão com a desse auto de infração, ou seja, naquela autuação a empresa utilizou a RBC prevista no art. 3-F do Dec. 7.799/2000, cuja concessão do benefício é específica para bebidas alcoólicas, cuja carga tributária resultava em 15,88% (27% deduzido da redução de 41,176%). Já neste processo, a multa aplicada decorre de falta de pagamento do ICMS antecipação parcial tempestiva. No demonstrativo de fls. 9 a 11 (gravado na mídia de fl. 7) foi apurado o imposto da antecipação parcial relativo as mercadorias adquiridas em outros Estados cuja saída subsequente é tributada pela alíquota de 18% e foi exigido observando o limite de crédito (10%) e RBC que resulta em débito 10,59% (18% reduzido de 41,176%). No demonstrativo sintético (fl. 8) foi indicado o montante do ICMS antecipação parcial apurado, deduzido o recolhido e aplicada a multa sobre a diferença devida.

Pelo exposto, restou comprovado inexistir pertinência da exigência de ICMS do AI 281394.0001/20-2 com este, motivo pelo qual fica indeferido o pedido de conexão.

No mérito, o sujeito passivo em resumo alegou que em relação a cobrança do ICMS Antecipação Parcial:

- 1) PAPEL HIGIÊNICO: não considerou a redução deste produto para 12%;
- 2) Incluiu produtos que se submetem a *Substituição Tributária, não seriam passíveis de pagamento da antecipação Parcial*;
- 3) Inclusão de *mercadorias, não destinada a comercialização: brindes para distribuição gratuita*;
- 4) Multas cobradas *sobre as operações que foram objeto de apuração no auto principal, ou seja*, o PAF n. 2813940001/20-2;
- 5) Referente às bebidas (alíquota de $25\% + 2\% = 27\%$), sem considerar o termo de Acordo de Atacadista.

Na primeira informação fiscal (fls. 113 a 115) o autuante acatou as alegações, relativas ao crédito fiscal de 12%; retirou todas as notas fiscais de entrada juntadas com a defesa (fls. 47 a 102) relativas a brindes e afirmou inexistir mercadorias isentas, o que não foi contestado na manifestação do defendente acerca da informação fiscal (fls. 131 a 134). Portanto, considero saneadas estas inconsistências do levantamento fiscal.

Conforme argumentos apresentados na manifestação acerca da informação fiscal, persiste a lide

em relação a Papel Higiênico e FOGOGEL, bem como a conexão deste auto de infração com o de nº 281394.0001/20-2.

No que se refere ao produto Papel Higiênico o contribuinte alega que tributou o produto em conformidade com o disposto no art. 2º-A do Dec. 7.799/2000 e o autuante afirma que esse produto foi excluído do tratamento tributário previsto no Dec. 7.799/2000.

Neste caso assiste razão à fiscalização tendo em vista que o art. 2º-A do Dec. 7.799/2000 estabeleceu a partir de 01/04/2013:

Art. 2º-A. Excluem-se do tratamento tributário previsto nos arts 1º e 2º as operações com papel higiênico.

Nota: O art. 2º-A, foi acrescentado pelo Decreto nº 14.372, de 28/03/13, DOE de 29/03/13, efeitos a partir de 01/04/13.

Como o Art. 1º do Dec. 7.799/2000 prevê a RBC em 41,176% nas saídas internas (carga tributária equivalente a 10,59%) e o Art. 2º, a utilização de crédito fiscal equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais (carga tributária de 10%), isso significa que a partir do mês 04/2013, não se aplica o benefício de RBC previsto no Dec. 7.799/2000 e sim a tributação pela alíquota de 12% nas operações internas, conforme previsto no art. 268, XLIII do RICMS/BA. Portanto, cabível a cobrança do ICMS antecipação parcial relativo a mercadorias adquiridas em outros Estados e destinadas a comercialização sobre a diferença da tributação entre a alíquota interna de 12% e a interestadual.

Constato que no demonstrativo refeito pela fiscalização (fl. 117) com relação à NF-e 380540 de 01/04/2016 relativa ao produto PAPEL HIG.FOFINHO F. DUPLA NEUTRO, com valor de R\$ 4.000,80 foi aplicada a alíquota de 12% que resultou em valor de R\$ 480,00 e deduzido o crédito fiscal pela alíquota de 7% (R\$ 280,06) que resultou em valor devido do ICMS-AP de R\$ 280,04 que corresponde a diferença de 12% para 7%, equivalente a 5%. Neste mês o demonstrativo analítico apurou valor de R\$ 12.775,61 e recolhido de R\$ 12.757,65 resultando em diferença devida de R\$ 17,96 que aplicada a multa de 60% resultou em valor exigido de R\$ 10,77. Portanto, correto o procedimento fiscal.

No tocante ao produto FOGOGEL, o defendente juntou cópia da NF-e 955.629 (fls. 44/45) relativa à aquisição do produto em outros Estados e indicou que é classificado pela NCM 2207.1090, alegando que está incluído no item 6.1 do Anexo 01 do RICMS/BA, bem como ter sido reconhecido nas decisões contidas nos Acórdãos JJF 0168-01/16 e CJF 0147-12/17.

O autuante contestou afirmando que o produto não é classificado como combustível ou lubrificante.

Constato que o item 6.1 do Anexo 01 do RICMS/2012 indica como enquadrado na ST:

6.0	COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES:						
6.1	06.001.01	2207.10.9	Álcool etílico não desnatado, com um teor alcoólico em volume igual ou superior a 80% vol. - outros (álcool etílico hidratado combustível)	Conv. ICMS 110/07 – Todos	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior	—	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior

Por sua vez a posição a classificação 06.001.01 na Tabela CEST indica:

2207.10.90	06.001.01	VII	1.1	COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES	Álcool etílico não desnatado, com um teor alcoólico em volume igual ou superior a 80% vol. - Outros (álcool etílico hidratado combustível)
------------	-----------	-----	-----	------------------------------	--

Pelo exposto, constato que o produto que se enquadra na ST é o “Álcool etílico não desnaturado, com um teor alcoólico em volume igual ou superior a 80% vol. - Outros (álcool etílico hidratado combustível)”, enquanto o produto adquirido apesar de possuir a mesma NCM trata-se de FOGO GEL P/QUEIMA NAT, que é “Indicado para acender churrasqueiras, lareiras e fogueiras” (<https://www.startdistribuidora.com.br/loja/fogogel-gel-p-queima-nat>). Portanto, não se trata do produto indicado no item 6.1 do Anexo 1 do RICMS/BA e submete-se a tributação normal, portanto, cabível a exigência do ICMS antecipação parcial nas aquisições interestaduais destinadas a comercialização.

Ressalte-se ainda que o Acórdão JF N° 0168-01/16, na infração 2, o contribuinte foi acusado de utilizar crédito fiscal indevido relativo a aquisição de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária relativo ao produto ÁLCOOL SÓLIDO R 0024 LUMIX 170G – NCM 2905.11.00 e foi decidido que “A análise dos códigos NCM’s com as respectivas denominações dos produtos permite concluir que entre os produtos impugnados pelo autuado mantidos pelo autuante na Informação Fiscal, descabe a glosa do crédito por não estarem sujeitos à antecipação tributária dos seguintes produtos”. Por sua vez na apreciação do Recurso de Ofício interposto pela 1ª CJF, no Acórdão CJF N° 0147-12/17 foi mantida a decisão de que “descabe a glosa do crédito por não estarem sujeitos à antecipação tributária os seguintes produtos: ÁLCOOL SÓLIDO R 0024 LUMIX 170G – NCM 2905.11.00. (...)” entre outros produtos.

Assim sendo, os Acórdãos citados não servem de amparo a alegação defensiva de que o produto é enquadrado na ST, visto que além de se tratar de produto diferente do que foi objeto dessa autuação, tem NCMs diferentes e naquelas decisões foi manifestado entendimento de que o produto não estava enquadrado no regime de ST e correta a apropriação do crédito fiscal.

Por fim, com relação a alegação de que multa aplicada nesta autuação tem pertinência com a cobrança do imposto no PAF 281394.0001/20-2, observo que conforme apreciado inicialmente na nulidade suscitada, a cópia do AI juntado pela fiscalização às fls. 125/126 e defesa daquele processo juntada com a impugnação deste às fls. 23 a 40, comprovam que a exigência daquela autuação recai exclusivamente sobre aquisições de “bebidas alcoólicas”, que não foram objeto dessa autuação e improcede tal alegação.

Por tudo que foi exposto, acato o demonstrativo de débito refeito pelo autuante (fl. 114), conforme resumo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencido	Autuado	Julgado	Data Ocorr	Data Vencido	Autuado	Julgado
				31/01/17	09/02/17	15.446,57	14.686,30
				28/02/17	09/03/17	11.551,51	8.018,51
				31/03/17	09/04/17	678,58	351,62
30/04/16	12/02/16	361,75	10,77	30/04/17	09/05/17	12.813,98	12.401,80
31/05/16	13/02/16	354,14	-	31/05/17	09/06/17	3.988,58	3.376,08
30/06/16	14/02/16	325,17	156,63	30/06/17	09/07/17	4.473,35	3.637,00
31/07/16	15/02/16	1.820,70	291,38	31/07/17	09/08/17	549,83	-
31/08/16	16/02/16	612,05	56,51	31/08/17	09/09/17	1.681,32	877,30
30/09/16	17/02/16	-		30/09/17	09/10/17	513,04	-
31/10/16	18/02/16	64.131,88	63.237,25	31/10/17	09/11/17	4.418,32	1.713,38
30/11/16	19/02/16	72.382,97	68.262,86	30/11/17	09/12/17	2.531,37	618,10
31/12/16	20/02/16	90.343,10	86.093,74	31/12/17	09/01/18	2.611,37	-
Total		230.331,76	218.109,14	Total		61.257,82	45.680,09
						291.589,58	263.789,23

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração com redução do débito de R\$ 291.589,58 para R\$ 263.789,23.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281394.0002/20-9**, lavrado

contra **PORTO IMPORT DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa fixa no valor de **R\$ 263.789,23**, prevista no art. 42, inc. II, alínea “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, 11 de agosto de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR