

A. I. N.º - 269193.0007/22-3
AUTUADO - SUPPLY DISTRIBUÍDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - GERALDO BARROS RIOS
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.12.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0220-05/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MULTA. Restou comprovado que foram apurados mensalmente valores menos que o devido e em outros meses, não foi apurado nem recolhido qualquer valor. Aplicada a multa sobre os valores não recolhidos tempestivamente que tiveram saídas posteriores tributadas apuradas pelo regime normal. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 08/06/2022 exige tributos em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 007.015.003. 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 (2019/2020) – R\$ 2.422.883,24.

O autuado na defesa apresentada (fls. 17 a 26), por meio do advogado Wanderley Sampaio Jr, OAB/BA 49.251, inicialmente ressalta a tempestividade da defesa, atentando que é pessoa jurídica de direito privado, cuja atividade econômica principal é o comércio atacadista de alimentos e produtos em geral conforme inscrição e situação cadastral.

Destaca que a infração aponta supostamente não ter efetuado o pagamento parcial antecipado de ICMS referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros Estados com a finalidade de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, por não atender às condições previstas nos art. 12-A da Lei 7.014/96, sujeitando-se às penalidades previstas no art. 42, II, “d” da citada Lei.

Reproduz o demonstrativo de débito emitido pela fiscalização e alega que não poderia ser tributada da forma supra destacada, uma vez que goza do benefício da redução da base de cálculo do ICMS em 41,176%, o que não foi observado no cálculo feito pelo autuante, implicando em sérios equívocos que pode gerar prejuízos reais, caso seja mantido.

Argumenta que o lançamento é absolutamente nulo e indevido, tendo em vista que o trâmite que deu origem ao fato gerador do ICMS ter sido efetuado e recolhido de forma legal, extinguindo o crédito tributário.

Observa, que no dia 08/06/2022, foi emitido o A.I. nº. 269193.0009/22-6, cuja cópia anexa a este processo, referente a suposto uso indevido de crédito fiscal de ICMS que teria efetuado recolhimento a mais.

Argumenta que conforme documentação anexa, o sujeito passivo submete-se ao regime de substituição tributária prevista no art. 128 do CTN, ou seja, a lei determina que é responsável pelo pagamento do tributo desde a ocorrência do fato gerador no lugar do contribuinte, com suporte na regra matriz prevista no § 7º, art. 150 da CF/88, sendo responsável como sujeito passivo,

substituto legal tributário da responsabilidade pela obrigações principal e acessórias, incumbindo-lhe praticar todos os deveres instrumentais do Fisco.

Neste contexto, tendo como atividade econômica principal o comércio atacadista de alimentos e produtos em geral, faz jus à redução da base de cálculo do ICMS em 41,176% prevista no art. 1º do Dec. 7.799/2000, o que não foi observado pelo autuante, que calculou o imposto com base no valor integral conforme demonstrativo por ele elaborado.

Destaca que já possui o status de "Credenciado" no sistema da SEFAZ/BA, haja vista já ter cumprido o prazo mínimo de 06 meses de abertura e início das atividades no Estado, atendendo o disposto no inciso I, do § 2º do art. 332, do RICMS/BA, que transcreveu à fl. 21.

Argumenta que cumpriu os requisitos legais, efetuando “o recolhimento do imposto de forma antecipada” além de estar regulamente cadastrada no CAD-1CMS do Estado da Bahia, atendendo aos requisitos cumulativos constantes no art. 332, § 2º do RICMS/BA, conforme explanado, sendo injustificável a exigência fiscal, haja vista ter cumprido rigorosamente a disposição legal no que diz respeito ao recolhimento do ICMS antecipação parcial.

Suscita a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que adimpliu o crédito tributário pelo pagamento, cumprindo a legislação e a exigência fiscal de falta cumprimento dos requisitos básicos de existência e exigibilidade.

Suscita nulidade também, em razão de que na lavratura do Auto de infração, não foram cumpridos os requisitos formais, ao teor do art. 10, VI do Dec. 70.235/72, tendo em vista que falta “a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula”, manifestando que é um requisito essencial para a existência e validade, nos termos do art. 142 do CTN, que dispõe sobre os elementos essenciais do lançamento, cuja atividade é vinculada, que uma vez não tendo cumprido os requisitos formais, deve ser considerado absolutamente nulo.

Quanto a multa e consectários de mora, sobre o suposto crédito tributário devido, argumenta que não existindo infração, não existe multa, tampouco correção, “*haja vista o tributo ter sido pago no momento do fato gerador, conforme comprovante anexo*”, cujo crédito tributário foi extinto pelo pagamento, conforme previsão do art. 156, I do CTN.

Alega ainda que “*a fazenda aplicou a multa com as correções de forma arbitrária e descabida tendo em vista os cálculos apresentados*”, posto que “*não deve se incidir tais penalidades sobre a base de cálculo a mora e as correções em que foram aplicadas às multas, tampouco sobre o valor que já foi extinto o crédito pelo pagamento*”.

Observa, “*necessidade de consideração do valor pago, mesmo que seja considerado de forma parcial*”, se admitido em hipótese absurda que o crédito tributário cobrado é devido, para aproveitar o valor pago como forma de pagamento ao menos parcial do crédito tributário exigido e não aplicar as penalidades sobre o valor da totalidade exigida.

Discorre sobre a aplicação da multa, transcreve o art. 112 do CTN, que prevê que a lei tributária que define infrações, ou lhe comine penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, no caso de dúvida quanto à capitulação legal do fato; à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; à autoria, imputabilidade ou punibilidade; e à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Ressalta que a multa decorre do descumprimento de uma obrigação tributária, nos termos do art. 113 do CTN e o art. 483, II do RICMS/BA, como norma específica, traz as diretrizes acerca da cobrança do ICMS, que autoriza cobrança da multa somente quando houver o inadimplemento tributário, que entende claramente não ser o caso em análise, e na verdade, ocorreu o pagamento do tributo, cabendo discutir se parcial ou integral, mas jamais inadimplido.

Indica como julgamentos de casos paradigmas, que correção monetária e juros só incidirá sobre a diferença entre o valor devido e valor depositado, e não como pretendeu o ente municipal, “sobre o valor global exigido na inicial da execução fiscal” (TJPR – 2ª C.Cível - AI - 753080-9/2011).

Requer que, em caso absurdo de ser considerado devido o crédito tributário, admitindo que houve equívoco no cálculo do tributo por parte do autuado, que seja aplicada a multa e consectários de mora tão somente sobre o valor INADIMPLIDO.

Por fim, afirma que diante dos fundamentos e provas acostadas que atestam o pagamento do tributo ora cobrado, o crédito tributário foi extinto pelo pagamento, motivo pelo qual requer o acolhimento da impugnação, pela sua procedência, anulando o Auto de Infração.

O autuante na informação fiscal prestada à fl. 40, comenta que o impugnante alegou “ter sido autuado porque ‘creditou-se indevidamente’ de ICMS, no valor que cita (fl. 18)”, o que é equivocado, tendo em vista que o objeto da exigência fiscal é a aplicação de MULTA PERCENTUAL SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL, restando prejudicado esse entendimento enviesado.

Quanto ao argumento de que goza do benefício de redução da base de cálculo, em 41,176%, que não teria sido considerado pelo autuante, esclarece que conforme demonstrativo gravado no CD à fl. 11 e extratos às fls. 9 e 10, não deixam margem a dúvidas que a base de cálculo é o valor x 0,588% (ou seja, redução de 41,176%).

No tocante à alegação às fls. 20 e 22, de que os produtos objeto da autuação estão sujeitos ao regime de substituição tributária e que teria promovido o recolhimento do ICMS de forma antecipada, afirma que o impugnante não indicou quais itens arrolados, estariam em tal condição, tendo em vista que todos os produtos são submetidos a tributação normal, tiveram os créditos da entrada devidamente lançados na EFD e, as saídas, foram todas tributadas, motivo pelo qual está sendo cobrada tão somente Multa Percentual sobre os valores sem antecipação parcial.

Quanto às nulidades suscitadas, sob argumento de ilegalidade da exação fiscal; “falta de cumprimento dos requisitos básicos de existência e exigibilidade”; falta de “assinatura do autuante e a indicação do seu cargo ou função e o número de matrícula”, afirma que para não ser indelicado, tem a impressão que a defesa refere-se a outro A.I. e, inadvertidamente, apensada a esta imputação, visto que os documentos de fls. 1 a 5 fazem prova ao contrário.

Requer que o auto de infração seja julgado procedente.

VOTO

O Auto de Infração acusa aplicação de multa percentual sobre a parcela do ICMS antecipação parcial que deixou de ser paga, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização.

Na impugnação apresentada o sujeito passivo em linhas gerais:

- 1) Suscitou a nulidade do auto de infração, por ocorrência de vício insanável (não assinatura do autuante);
- 2) Suscitou a nulidade do auto de infração por falta de cumprimento de requisitos de existência e exigibilidade, afirmando que adimpliu o crédito tributário pelo pagamento, cumprindo a legislação do ICMS;
- 3) Na apuração do valor exigido não foi considerada a redução da base de cálculo de 41,176%;
- 4) Comercializa produtos enquadrados no regime de substituição tributária, que não se submete a antecipação parcial;
- 5) Que apurou e recolheu o ICMS antecipação parcial no prazo regulamentar;

- 6) Que tendo adimplido a obrigação principal, inexistente aplicação de multa e consectários de mora.

Quanto a primeira nulidade suscitada, sob alegação de falta de requisitos formais, previstos no art. 10, VI do Dec. 70.235/1972, alegando falta “da assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula”, observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos) em conformidade com os artigos. 38 a 41 e 44, do RPAF/BA. Também, ao contrário do que foi alegado, na fl. 2 foi aposta a assinatura do autuante. Portanto, não existe a inobservância formal invocada, que conduza à nulidade do Auto de Infração nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal. Ressalte-se que o Dec. 70.235/1972 se aplica aos processos administrativos fiscais de competência da União. Por isso, fica rejeitado o pedido de nulidade formulado.

No que se refere a nulidade suscitada sob o argumento de que adimpliu o crédito tributário pelo pagamento, cumprindo a legislação e a exigência fiscal, entendo que se trata de questão de mérito que será apreciada a seguir.

No mérito, quanto ao argumento de que a fiscalização não considerou o benefício da redução da base de cálculo em 41,176%, observo que conforme esclarecido pela fiscalização, no demonstrativo analítico, a exemplo do exercício de 2019, juntado à fl. 9, a base de cálculo apurada indica a fórmula “B. Calc-Atac. $H=F*0,588$ ” que corresponde a aplicação da alíquota de 18% com redução da base de cálculo de 41,176%, prevista no Dec. 7.799/2000. Portanto, não procede tal argumento.

Quanto ao argumento de que os produtos objeto da autuação são enquadrados no regime de substituição tributária, o que foi rebatido pelo autuante, constato que o demonstrativo elaborado pela fiscalização (gravado na mídia de fl. 11), relaciona produtos diversos, a exemplo de ABS ALWAYS BAS, e como o sujeito passivo não indicou quais produtos são submetidos ao regime de substituição tributária, fica prejudicada sua apreciação.

No tocante ao argumento de que apurou e recolheu o ICMS antecipação parcial no prazo regulamentar, constato que no demonstrativo elaborado pela fiscalização, foi juntada planilha analítica por operação e totalizado mensalmente, e apresentado o seguinte resultado:

- i) No exercício de 2019, conforme demonstrativo sintético de fl. 9, a exemplo do mês de julho/2019, o valor apurado foi totalmente recolhido, inexistindo cobrança neste mês.
- ii) Já no mês de agosto/2019, foi apurado valor de R\$ 57.871,81 e lançado na EFD R\$ 57.168,56, o que resultou em diferença não recolhida de R\$ 703,26 que foi aplicada multa de 60%, exigindo o valor de R\$ 421,96;
- iii) Já no exercício de 2020, conforme demonstrativo reproduzido abaixo, em todos os meses não foi lançado qualquer valor na EFD, tendo sido aplicada multa de 60% sobre o valor não pago.

Mês	Ant. Parcial Devida Relat. Abaixo_J	Valor Lançado EFD_K	Diferença L = J - K	Multa_60% M = L*0,6
1	191.510,63	0,00	191.510,63	114.906,38
2	145.396,17	0,00	145.396,17	87.237,70
3	172.465,14	0,00	172.465,14	103.479,08
4	221.268,65	0,00	221.268,65	132.761,19
5	256.516,19	0,00	256.516,19	153.909,71
6	284.099,68	0,00	284.099,68	170.459,81
7	294.902,53	0,00	294.902,53	176.941,52
8	301.780,51	0,00	301.780,51	181.068,31

9	316.783,15	0,00	316.783,15	190.069,89
10	584.113,00	0,00	584.113,00	350.467,80
11	334.360,83	0,00	334.360,83	200.616,50
12	258.416,35	0,00	258.416,35	155.049,81
Totais				2.016.967,70

Pelo exposto, restou comprovado que em determinados meses o estabelecimento autuado recolheu valor do ICMS Antecipação parcial em valor menor que o devido e em outros meses não recolheu qualquer valor que foi apurado pela fiscalização.

Observo que neste caso se aplica a multa de 60% sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente, conforme disposto no art. 42, II, “d”, § 1º da Lei 7.014/1996, abaixo reproduzido.

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;”;

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

E como, o sujeito passivo apura o ICMS pelo regime normal, tendo tributado o imposto nas saídas subsequentes, fica dispensada a exigência do ICMS antecipação parcial e mantida a multa, que foi o procedimento corretamente aplicado pela fiscalização.

Por fim, quanto ao argumento de que adimpliu a obrigação tributária e não subsiste a aplicação da multa e consectários de mora, observo que conforme anteriormente apreciado, no mês que o sujeito passivo apurou e recolheu o ICMS antecipação parcial corretamente, não foi exigido imposto e nem aplicada multa. Já nos meses que apurou e lançou valor menor que o devido, ou não apurou e não lançou na EFD, foi aplicada multa de 60% sobre o valor do imposto que deixou de ser pago, em conformidade com o disposto no 42, II, “d” da Lei nº 7.014/1996, c/c o § 1º do mesmo dispositivo e diploma legal. Assim sendo, não procede o argumento defensivo de que adimpliu a obrigação tributária, motivo pelo qual não acolho tal argumento.

Do 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 **269193.0007/22-3**, lavrado contra **SUPPLY DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa totalizando **R\$ 2.422.883,24**, prevista no artigo 42, II, “d”, § 1º da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR