

PROCESSO - A. I. Nº 269193.0007/22-3
RECORRENTE - SUPPLY DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJE nº 0220-05/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/05/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJE Nº 0106-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. MULTA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDAS SUBSEQUENTES TRIBUTADAS. Multa sobre o imposto que deixou de ser pago por antecipação parcial. Razões recursais incapazes a elidir as acusações fiscais. O Auto de Infração preenche todas as formalidades legais e as alegações recursais não trazem qualquer fato capaz de modificar a Decisão recorrida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 5ª JJE, através do Acórdão nº 0220-05/22-VD, que julgou procedente o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir a multa no valor de R\$ 2.422.883,24, referente aos meses de maio, junho, agosto a dezembro de 2019 e janeiro a dezembro de 2020, sob acusação de:

***Infração 01– 007.015.003** - Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deveria ter sido pago 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 saídas posteriores tributadas normalmente.*

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, após certificar inexistirem motivos para se determinar a nulidade do lançamento e, no mérito, tecer as seguintes considerações:

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, inexistiu 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.

[...]

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.

Observe 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.

[...]

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.

Não se conformando com a Decisão da JJF, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário, às fls. 59 a 67 dos autos, no qual, após breve síntese da acusação, aduz que não poderia ser tributado da forma que ocorreu, haja vista que goza do benefício da redução da base de cálculo do ICMS em 41,176%, prevista no art. 1º da “Lei” nº 7799/00, o que não foi observado no cálculo feito pelo autuante, do que defende não ter praticado as irregularidades acusadas, sendo o Auto de Infração inexigível, inclusive por ter sérios equívocos nos cálculos, tornando-o absolutamente nulo e indevido, visto que todo o trâmite que deu origem ao fato gerador do ICMS ter sido efetuado e recolhido de forma legal, extinguindo o crédito tributário.

Destaca tratar-se de sujeito passivo que se submete 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, sendo responsável como sujeito passivo pelas obrigações principal e acessórias, incumbindo-lhe praticar todos os deveres instrumentais do Fisco.

Reitera ter como atividade econômica principal o comércio atacadista de alimentos e produtos em geral, fazendo jus à redução da base de cálculo do ICMS em 41,176%, prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/2000, fato que não foi observado pelo autuante, que calculou o imposto com base no valor integral conforme demonstrativo que fundamenta a infração.

Diz que cumpriu os requisitos legais, efetuando o recolhimento do imposto de forma antecipada, além de estar regulamente cadastrada no CAD-ICMS do Estado da Bahia, atendendo aos requisitos cumulativos constantes no art. 332, § 2º do RICMS/BA, sendo injustificável a exigência fiscal, razão de requerer a reforma do Acórdão da JJF, de modo a determinar a nulidade do Auto de Infração, eis que adimpliu o crédito tributário pelo pagamento e cumprimento da legislação, cujo crédito

tributário é inexigível por falta de cumprimento de 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 Decreto nº 70.235/72, tendo em vista que o *“Autuador não subscreve a sua própria autuação”*.

Alega ainda que, não fosse suficiente a cobrança ser indevida, o Auto de Infração ainda arbitra multa e consectários de mora, sobre o suposto crédito tributário devido, do que argumenta que não existindo infração, não existe multa, tampouco correção, *“haja vista o tributo ter sido pago no momento do fato gerador, conforme comprovante”*, cujo crédito tributário *“REALMENTE DEVIDO”* encontra-se extinto pelo pagamento, conforme previsão do art. 156, I do CTN.

Por fim, requer:

- a) Que seja conhecido o Recurso Voluntário, visto ser este pertinente e tempestivo.
- b) Que seja mantida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto estiver em trâmite a discussão administrativa sobre o Auto de Infração, conforme art. 151, III do CTN;
- c) Seja declarada inexistente o débito alegado, visto ter ocorrido o adimplemento, de modo que seja extinto o crédito tributário indevidamente constituído, com base no art. 156 do CTN;
- d) Que seja provido o Recurso Voluntário, com o fim de reformar a Decisão da JJF proferida no Acórdão JJF nº 0220-05/22-VD, para anular o Procedimento Fiscal nº 26991993.0007/22-3.

O conselheiro Eduardo Ramos de Santana declarou impedimento na votação deste PAF devido ter participado do colegiado de piso.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância, que julgou Procedente o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir do sujeito passivo a multa percentual, no valor de R\$ 2.422.883,24, sobre a parcela do ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, nos meses de maio, junho, agosto a dezembro de 2019 e janeiro a dezembro de 2020, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização e com saídas posteriores tributadas normalmente registradas na escrita fiscal, nos termos previsto no art. 42, II, “d”, c/c o § 1º da Lei nº 7.014/96.

Da análise das razões recursais, verifica-se que o recorrente se limita a reiterar suas alegações de defesa, já objeto de análise na primeira instância, não trazendo qualquer fato novo ou prova documental que viesse a provocar a reforma da Decisão recorrida, as quais passo a analisá-las.

Inicialmente, o apelante arguiu a nulidade do Auto de Infração sob alegação de o *“Autuador não subscreve a sua própria autuação”*. Contudo, como bem consignado no Acórdão da JJF, *“... ao contrário do que foi alegado, na fl. 2 foi aposta a assinatura do autuante”*.

Já em relação à cópia recebida pelo autuado, anexada à fl. 33 dos autos, a qual não se encontra subscrita, válido registrar que se trata de uma réplica **para efeito de ciência do Auto de Infração**, cujo documento em nada prejudicou o devido direito de ampla defesa do contribuinte. Portanto, não existe a inobservância formal invocada, que conduza à nulidade do Auto de Infração nos termos do art. 18 do RPAF/99, logo, não há de ser reconhecida a pretensão recursal uma vez que não há nulidade sem prejuízo (princípio *pas de nullité sans grief*), pois, para que o ato seja declarado nulo é preciso haja, entre a sua imperfeição ou atipicidade e o prejuízo às partes, um nexo efetivo e concreto. Se, a despeito de imperfeito, o ato atingiu o seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há cuidar-se de nulidade, cujo princípio os tribunais superiores brasileiros entendem pertinente.

Inerente à alegação de que não foi observado no cálculo feito pelo autuante o benefício da redução da base de cálculo do ICMS em 41,176%, prevista no art. 1º do Decreto nº 7799/00, também observo que, conforme consignado na JJF, *“... 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 redução da base de cálculo de 41,176%, prevista no Dec. 7.799/2000”*.

Portanto, no levantamento fiscal se considerou o benefício de redução da base de cálculo, sendo a exigência da multa resultado do percentual de 60% sobre o valor do ICMS antecipação parcial não recolhido, mesmo considerando o benefício da redução da base de cálculo do ICMS em 41,176%, prevista no art. 1º do Decreto nº 7799/00, como se verifica dos exemplos às fls. 9 e 10 dos autos.

Diante de tal constatação, verifico serem impertinentes as alegações recursais de que: *i)* não praticou as irregularidades acusadas; *ii)* ser o Auto de Infração inexigível; *iii)* existirem equívocos nos cálculos; *iv)* que o ICMS foi recolhido de forma legal, extinguindo o crédito tributário.

Também não tem guarida a alegação de tratar-se de sujeito passivo que se submete ao regime de substituição tributária e que efetuou recolhimento do imposto de forma antecipada, pois, corroboro o entendimento ínsito na Decisão recorrida de que:

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.

Ademais, a título de exemplos, a antecipação parcial decorre das aquisições de inúmeros produtos, elencados em mídia, decorrentes da atividade de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, a exemplo de: absorventes, acendedor, achocolatados, adoçante, água de coco Ducoco, água de colônia, água oxigenada, alcaparras, álcool gel, algicida, algodão, alicate Mundial, almôndega, alpiste, alvejantes, amaciantes, ameixas em caldas e secas, amendoim, amido de milho, amônia, azeite de oliva, bombons, caldo Maggi, canela em pó, creme dental, leite em pó, sabonetes, sandálias, shampoo, talco, temperos, velas, vinhos, etc., não tendo o contribuinte se eximido de apontar quais os produtos arrolados no levantamento fiscal foram submetidos ao regime da substituição tributária, conforme alega.

De igual modo, o recorrente não logrou êxito em sua alegação de que “... o tributo ter sido pago no momento do fato gerador, conforme comprovante”, eis que sequer apresenta qualquer prova documental e, conforme resumo às fls. 9 e 10 dos autos, o contribuinte só possui recolhimentos do ICMS antecipação parcial nos meses de julho a setembro de 2019, os quais foram devidamente considerados para efeito da exação apurada através do levantamento fiscal.

Portanto, concluo que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais e que as alegações recursais não trazem qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa, em respeito aos princípios do contraditório e da verdade material.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269193.0007/22-3**, lavrado contra **SUPPLY DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa percentual no valor de **R\$ 2.422.883,24**, prevista no artigo 42, II, “d”, c/c § 1º da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS