

PROCESSO	- A. I. N° 269193.0009/22-6
RECORRENTE	- SUPPLY DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0018-03/23-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 15/09/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0269-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. O Autuado não logra êxito em elidir a autuação. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida referente ao presente Auto de Infração, lavrado em 08/06/2022, exige crédito tributário no valor de R\$ 141.892,68, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da **Infração 01 - 001.002.041**. *Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque a mais de imposto no documento fiscal*, nos meses de outubro e dezembro de 2019, janeiro, março e maio a dezembro de 2020. Demonstrativo às fls. 07 e 08 e CD à fl. 09.

Consta como suplemento que “*O Contribuinte é atacadista e possui Termo de Acordo. Nessa condição, o crédito máximo a utilizar é aquele a partir de uma alíquota máxima de 10%. O contribuinte assim procede nos lançamentos em geral, exceto nas operações que são o objeto desta imputação. O Anexo A da Infração contém as partes dos demonstrativos capazes de caracterizar o ilícito. As planilhas completas encontram-se no CD de Arquivos Eletrônicos anexado a este PAF, com cópia foi entregue ao contribuinte*”.

O Autuado impugna o lançamento às fls. 12 a 18. O Autuante presta informação fiscal, fl. 45. Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Após as intervenções, a JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração com o seguinte voto condutor:

VOTO

De início, cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante, sob o fundamento de que no Auto de Infração não foi assinado pelo Autuante e sem a identificação de seu cargo ou função e matrícula, conforme previsto no inciso VI, art. 10, da Lei 70.235/72, fl. 17.

Ao compulsar os autos, constato que resta clara e expressamente constante do Auto de Infração às fls. 01 a 03, os dados funcionais do Autuante, não se configurando, portanto, a alegada ausência de identificação do Autuante no presente Auto de Infração. Ademais, não vislumbro, no presente Auto de Infração qualquer óbice ao exercício da ampla defesa pelo Impugnante.

Também verifico que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada conforme o valor previsto em lei e foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão, sendo respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo, e também constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e que não se encontram no presente processo qualquer dos motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade o presente lançamento.

Assim, considero ultrapassada a questão preliminar de nulidade suscitadas pelo Defendente.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento da Infração 01 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a destaque a maior de imposto no documento fiscal. Consta na descrição dos fatos, que “o Contribuinte é atacadista e possui Termo de Acordo. Nessa condição, o crédito máximo a utilizar é aquele a partir de uma alíquota máxima de 10%. O contribuinte assim procede nos lançamentos em geral, exceto nas operações que são o objeto desta imputação. O Anexo A da Infração contém as partes dos demonstrativos capazes de caracterizar o ilícito. As planilhas completas encontram-se no CD de Arquivos

Eletrônicos anexado a este PAF, com cópia entregue ao contribuinte".

Em suas razões de defesa, o Defendente pugnou pela improcedência da autuação explicando que goza do benefício da redução da base de cálculo prevista no Dec. 7799/00, fato esse, que segundo seu entendimento, não foi considerado pela autuação. Registrhou também seu status de credenciado no Sistema SEFAZ, por já ter cumprido o prazo de 06 meses de abertura e início de suas atividades.

Na informação fiscal, o Autuante manteve a autuação reconhecendo a impertinência do argumento defensivo. Destacou que, de fato, o Impugnante é atacadista com Termo de Acordo na forma do Dec. 7799/00 e, por tal condição, suas operações de vendas gozam do benefício acima citado, o que não está em questão. Observou que, ao mesmo tempo, os créditos nas entradas estão limitados a 10%, o que foi feito nas entradas em geral, exceto nessas que são o objeto da imputação. Assinalou que o Autuado não se dignou mostrar quais, dos itens arrolados, no levantamento fiscal estariam sujeitos a substituição tributária. Asseverou que o Defendente não o fez porque não há, uma vez que todos os produtos são de tributação normal, tiveram os créditos da entrada devidamente lançados na EFD, e as saídas são todas tributadas, não havendo que se falar em substituição tributária. Arrematou frisando que se fossem produtos da ST, todo o crédito seria indevido e não os excedentes a 10% somente.

Depois de examinar as peças que compõem a acusação fiscal e o contraditório instalado nos presentes autos, constato que assiste razão ao Autuante, tendo em vista ter verificado que no levantamento fiscal não se identifica mercadoria alguma sujeita ao regime de Substituição Tributária.

Assim, mesmo dispondo da discriminação de todas as mercadorias arroladas no levantamento fiscal, o Autuado não identificou mercadoria alguma que não devesse constar da apuração da exação objeto da autuação.

Logo, nos termos expendidos, resta patente nos autos que o Impugnante não carreou aos autos qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal.

Assim, concluo pela subsistência da Infração 01.

No tocante à multa aplicada no Auto de Infração constato que está corretamente tipificada na alínea "a", do inciso VII, o art. 42, da Lei 7.014/96, portanto, deve ser mantida.

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

Inconformado com a decisão de piso, o representante da recorrente apresenta Recurso Voluntário às fls. 67/75, como se segue:

Incialmente relata quanto à tempestividade da peça recursal, reforça a situação de que devido as razões recursais o PAF se mantém sobre o efeito suspensivo conforme art. 151, III do CTN e reproduz a infração novamente.

Afirma que a Recorrente não poderia ser tributada desta forma, visto que a mesma goza do benefício da redução da base de cálculo do ICMS em 41,176% do art. 1º da Lei nº 7799/00, lhe conferindo situação especial de arrecadação, o que claramente não foi observado no cálculo constante no Auto de Infração emitido pela Autoridade Fiscal.

Discorre que em razão da condição especial na qual goza a Recorrente, não restou alternativa senão insurgir-se contra tal alegação demonstrando que não houve irregularidades praticadas pela Autuada, o que torna o Auto de Infração inexigível, inclusive por ter sérios equívocos nos cálculos da Autoridade Fiscal, o que poderá gerar prejuízos reais caso seja mantido.

Sustenta que nunca houve qualquer irregularidade praticada, que desenvolveu suas operações em conformidade com a legislação e os documentos anexados. Sustenta que o Auto de Infração é absolutamente nulo e indevido, haja vista todo o trâmite que deu origem ao fato gerador do ICMS ter sido efetuado e recolhido de forma legal, extinguindo o crédito tributário. Pede pela improcedência do Auto de Infração.

Refuta que os elementos suscitados pelo Auditor que ao fundamentar as suas alegações em situações deturpadas e não condizentes com a realidade, tenta impingir infrações que não foram cometidas pela Recorrente. Denotou que a documentação anexada demonstra tratar-se de sujeito passivo da obrigação tributária do ICMS no regime de substituição tributária prevista no art. 128 do CTN, ou seja, a lei determina que ela é responsável pelo pagamento do tributo desde a ocorrência do fato gerador no lugar do contribuinte. Reproduz os arts. 128 do CTN e 150, § 7º da CF/88.

Explica que desde o nascimento da obrigação tributária, o responsável já é sujeito passivo. O substituto legal tributário tem, não só a responsabilidade pela obrigação principal, como também pelas acessórias, incumbindo-lhe praticar todos os deveres instrumentais do Fisco.

Acrescenta que a Recorrente é pessoa jurídica de direito privado e tem como atividade econômica principal o comércio atacadista de alimento e produtos em geral conforme comprovante de inscrição e situação cadastral (anexo), fazendo jus à redução da base de cálculo do ICMS em 41,176% previstos no art. 1º do Decreto Estadual nº 7.799/00, não tendo sido observado pela SEFAZ/BA ao realizar a autuação Fiscal, calculando o imposto com base no valor integral conforme demonstrativo anexado ao Auto de Infração pelo próprio Fisco.

Destaca que a Recorrente atualmente já possui o status de “**Credenciado**” no sistema da SEFAZ/BA, haja vista, a época do fato, já ter cumprido, portanto, ao requisito constante no § 2º, do art. 332 do Regulamento do ICMS/BA. Reproduz o art. 332, § 2º do RICMS.

Disse que, uma vez cumprido os requisitos legais, a Recorrente efetuou o recolhimento do imposto de forma antecipada, além de estar regulamente cadastrada no CAD-ICMS do Estado da Bahia, atende aos requisitos cumulativos constantes nos incisos, Art. 332, § 2º do RICMS/BA, conforme já devidamente explanado alhures. Por fim, pede pela nulidade do Auto de Infração.

Alega **inexibilidade do auto de infração por vício insanável**, segundo o art. 10 da Lei nº 70.235/72, pois apresenta requisitos legais obrigatórios para a lavratura de Auto de infração, que devem ser cumpridos. Reporta que o requisito essencial para a existência e validade. Explica que o Auto de Infração (anexo) emitido pela Autoridade Administrativa é passível de nulidade por não atender ao requisito do inciso VI, do referido artigo, com observa-se, a autuação é absolutamente nula, visto que apresenta erros na sua emissão na medida em que o autuador não subscreve a sua própria autuação.

Salienta que, por se tratar o auto de infração de um lançamento tributário e, portanto, de uma atividade administrativa plenamente vinculada, há que ser observado ainda o que dispõe o CTN acerca da nulidade dos lançamentos, quando não cumpridos os requisitos formais. Pede pela nulidade da autuação.

Reclama em relação à **impossibilidade de cobrança da multa e consectários de mora**, sustenta ser indevidos, por não existir infração, não existe multa, tampouco correção, haja vista o tributo ter sido pago no momento do fato gerador. Pede pela extinção do pagamento, conforme previsão do art. 156, I do CTN e repisa que o tributo fora calculado e recolhido conforme disposição da legislação local vigente.

Finaliza requerendo que seja:

- a) conhecido o presente recurso;
- b) mantida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto estiver em tramite a discussão administrativa sobre o auto de infração, conforme o art. 151, III do CTN;
- c) declarada inexiste o débito alegado pela Fisco-BA contra o Recorrente, haja vista ter ocorrido o adimplemento, de modo que seja extinto o crédito tributário indevidamente constituído, com supedâneo no art. 156 do CTN;
- d) Provido o presente Recurso Voluntário, com o fim de reformar a Decisão recorrida para anular ou improceder o Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

O apelo recursal apresentado (art. 169, I, “b” do RPAF) visa modificar a Decisão recorrida que julgou pela Procedência da autuação lavrada por “*Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque a mais de imposto no documento fiscal, nos meses de outubro e*

dezembro de 2019, janeiro, março e maio a dezembro de 2020”, tendo sua tempestividade conhecida conforme os preceitos legais.

A JJF manteve a autuação, após rejeitar a nulidade suscitada e, no mérito, o colegiado de piso informou que o autuado não logrou êxito em demonstrar que a autuação está incorreta. O relator de piso discorreu o entendimento pela manutenção, após examinar as peças que compõem a acusação fiscal e o contraditório. Pontuou que o autuado, em sua impugnação, não demonstrou que consta na autuação mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária-ST, nem apontou erro na autuação.

O Recurso apresentado pelo ora recorrente, revive as mesmas razões já expostas na impugnação.

Suscita nulidade do Auto de Infração por não constar nos autos a assinatura do autuante e sem a identificação do seu cargo ou função e matrícula, conforme o art. 10 da Lei nº 70.235/72. Vejo que novamente o ora recorrente revive situação de alegação diversa da realidade das provas anexadas nos autos, pois ao compulsar as fls. 01 a 08, demonstra o contrário do que alega o recorrente (nº da matrícula, nome e cargo do autuante – fls. 02, 03 e 05). Portanto, alegação irreal, rejeito a nulidade suscitada.

Também, para não fugir nenhuma nulidade implícita nas alegações (tanto impugnativas ou recursais), vejo que a imputação é clara, a base de cálculo foi determinada conforme a lei e foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão, sendo respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como também constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e que não se encontram no presente processo quaisquer dos motivos elencados na legislação para inquinar de nulidade o presente lançamento, conforme os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99. Não acolhida a nulidade.

No mérito, para a alegação que o recorrente é beneficiário da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7799/2000, no qual alega que a autuação não considerou a referida redução para o cálculo do imposto. Ao verificar os demonstrativos, fls. 07 e 08, pode ser constatado, primeiro nos demonstrativos em papeis anexados nos autos na coluna “Valores Auditados” e, segundo nos arquivos do CD-mídia de fl. 09. Observa-se que foram deduzidos a diferença do crédito que se aplica no Decreto nº 7799/2000: *“Art. 6º Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º e 2º, não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias”*, conforme se demonstra abaixo:

Data	N. Fiscal	Descrição do Item	CFOP	U.F.	Valor G	Base Cálculo H	Aliq. I	ICMS J	Créd. Atacad. K = G*10%	Créd. Indev. L = J - K
11/10/19	2839755	BEB AG SALINAS 600ML CRISTALINA	2152	MG	162,82	162,82	12	19,54	16,28	3,26
11/10/19	2839755	BEB AG SALINAS 600ML TRAD	2152	MG	184,48	184,48	12	22,14	18,45	3,69
11/10/19	2839755	BEB AG SALINAS 600ML UMBURANA	2152	MG	173,72	173,72	12	20,85	17,37	3,48
17/12/19	13063	ISQUEIRO BIC MAXI SM	2102	AM	6.281,50	6.281,50	12	753,78	628,15	125,63
17/12/19	13063	ISQUEIRO BIC MAXI DISPLAY	2102	AM	181.605,00	181.605,00	12	21.792,60	18.160,50	3.632,10

Data	N. Fiscal	Descrição do Item	CFOP	U.F.	Valor G	Base Cálculo H	Aliq. I	ICMS J	Créd. Atacad. K = G*10%	Créd. Indev. L = J - K
13/01/20	29459	ACENDEDOR BIC HANDY MUSO SM	1949	BA	351,77	351,77	18	63,32	35,18	28,14
13/01/20	29459	ACHOC TODDY ORIGINAL SACHET 1.02KG	1949	BA	72,60	72,60	18	13,07	7,26	5,81
13/01/20	29459	ADOCANTE ASSUGRIN 100ML	1949	BA	91,88	91,88	18	16,54	9,19	7,35
13/10/20	378473	AMEIXA CALDA OLE 150GR	2102	GO	4.902,00	4.902,00	12	588,24	490,20	98,04

Assim, está devidamente deduzido a diferença da alíquota e a autuação está conforme preceitua o regime especial dos atacadistas feito pelo Decreto nº 7799/2000. Autuação correta, sendo cobrado do recorrente tão somente a diferença excedente (Crédito Indevido), acima dos 10% (Crédito Atacadista) da alíquota.

Em relação à alegação de os produtos imputados na autuação fazerem parte do regime da Substituição Tributária, o contribuinte não aponta qual seria a mercadoria que estaria no referido regime e caberia ao mesmo destacar o produto. Também concordo com fiscal autuante, pois se os produtos são da ST, todo o crédito seria indevido e não os excedentes a 10% somente, como demonstra nos demonstrativos dos autos. Portanto, como o recorrente não aponta qual seria a

mercadoria da ST e o mesmo alega que antecipou o imposto, mantendo a autuação em sua inteireza, pois não carreou nos autos qualquer elemento capaz de elidir a acusação.

Para alegação de que a cobrança da multa e consectários de mora são indevidos, informo que a aplicação está correta conforme a legislação vigente e, como o imposto é devido, deve ser mantida.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

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 **269193.0009/22-6**, lavrado contra **SUPPLY DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 141.892,68**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “a”, do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS