

PROCESSO - A. I. N° 274068.0017/21-0
RECORRENTE - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JFJ nº 0128-05/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 18/01/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0429-12/23-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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2021, em razão da seguinte irregularidade:

***Infração 01 - 07.15.05:** 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, nos meses de março, abril, junho a outubro e dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 115.160,87, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.*

A 5ª JFJ julgou Procedente o Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0128-05/22-VD (fls. 995 a 1.000), com base no voto a seguir transcrito:

“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 AÇAI 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 inocorrência 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.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 1.015 a 1.038), no qual suscitou a nulidade do Acórdão recorrido em razão do indeferimento injustificado da diligência requerida em sede de impugnação, sem investigar o seu argumento de que parte das notas fiscais foram pagas no mês seguinte ao período de apuração do imposto, e da ausência de elementos suficientes nos autos para a formação da convicção do julgador, pois constou que o Autuado “*não indicou de forma específica quais produtos hortifrutícolas estavam contidos no levantamento fiscal*”.

Também arguiu a nulidade do Auto de Infração por violação ao princípio da verdade material e ao Art. 142 do CTN, já que não foi cumprida a obrigação de identificar a infração supostamente cometida, já que não há ausência de recolhimento do ICMS no período fiscalizado, sendo certo que parte do valor do imposto foi integralmente e tempestivamente paga e parte se refere a operações não sujeitas ao seu recolhimento.

No mérito, alegou a impossibilidade de aplicação de multa em razão da ausência de conduta delitiva, tendo sido desconsideradas as notas fiscais cujo imposto foi recolhido no mês posterior às suas emissões.

Disse que, para o mês de março de 2017, por exemplo, foi apurado como devido o valor de R\$ 344.065,47, e recolhido o valor de R\$ 314.425,52, sendo apurado suposto imposto a recolher no valor de R\$ 29.639,95, sobre o qual incidiu a multa exigida, mas não foi observado que a diferença supostamente apontada foi regularmente recolhida no mês de abril de 2017, conforme se comprova nos DAES com os respectivos comprovantes e na planilha de apuração do ICMS relativa a todos os meses objeto da autuação, que acostou.

Aduziu que parte da exigência é indevida por se tratar de operações com frutas, isentas com base no Art. 265, I, “a” e “j” do RICMS/12, e de operações de transferência, em que não há fato gerador do imposto, na forma da Súmula nº 166 do STJ e na ADC nº 49 do STF.

Afirmou que realizou operações de importação de produtos hortifrutícolas de países como Chile, Argentina e Uruguai, membros da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), para os quais há expressa previsão de isenção, tendo o Estado da Bahia já se posicionado neste sentido no Parecer nº 11.274/2012, e o STJ, na Súmula nº 20, pacificado entendimento que “a mercadoria importada de país signatário do GATT é isenta do ICMS, quando contemplado com esse favor o similar nacional”.

Requeru a decretação da nulidade do Acórdão recorrido ou do Auto de Infração, ou ainda a sua desconstituição por não haver qualquer conduta delitiva a justificar a imputação da multa em discussão, eis que:

- a) parte dos débitos foi integralmente e tempestivamente paga;
- b) parte dos débitos se referem a operações que não estão sujeitas ao recolhimento do imposto, na forma do Art. 265, I, “a” e “j” do RICMS/12, e Convênio ICM 44/75;
- c) parte dos débitos são referentes a operações de remessa de bens entre os seus estabelecimentos, as quais não estão sujeitas ao recolhimento do imposto.

Registro a presença da Autuante, Sra. Crystiane Menezes Bezerra.

O conselheiro Eduardo Ramos de Santana declarou impedimento por ter participado da

composição de julgamento de piso.

VOTO

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do RPAF/99.

No que concerne à solicitação do Autuado de que as intimações sejam enviadas ao escritório do seu patrono, no endereço indicado na peça impugnatória, para fins de recebimento das intimações no presente feito, inexistiu óbice ao seu atendimento, mas ressalto que as condições de validade das intimações são as previstas no Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que o Auto de Infração aplica multa sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores tributadas normalmente, em alguns meses do exercício de 2017.

Os demonstrativos apresentam de forma cristalina a infração, indicando o número do documento fiscal, data, CNPJ, UF Origem, valor do ICMS lançado na EFD e destacado na Nota Fiscal e o valor do ICMS devido e da multa aplicada.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto apurado conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

A Autuante, ao constituir o crédito tributário pelo lançamento, verificou a ocorrência do fato gerador, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade.

Sendo assim, afasto a nulidade suscitada.

No mérito, o Autuado apenas defendeu que parte dos débitos foi integralmente e tempestivamente paga, parte é relativa a operações que não estão sujeitas ao recolhimento do imposto, na forma do Art. 265, I, “a” e “j” do RICMS/12, e Convênio ICM 44/75, e parte se refere a operações de remessa de bens entre os seus estabelecimentos, as quais sustenta que não estão sujeitas ao recolhimento do imposto.

Não assiste razão ao Autuado no tocante à alegação de que parte dos débitos foi integralmente e tempestivamente paga, verifico que a autuação aplica a multa sobre a diferença entre o valor mensal do imposto devido e o recolhido, conforme o demonstrativo apresentado e a descrição da infração, quando se refere à *“multa sobre a **parcela** do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial”*.

Constato ainda que foram utilizados no demonstrativo os valores efetivamente recolhidos a título de antecipação parcial, código de receita nº 2175, e que o Autuado apresentou documentos de arrecadação de outro estabelecimento, com Inscrição Estadual nº 64.510.024 (fls. 55 a 81 – Doc. 4).

Não há recolhimento em um determinado mês relativo a mercadorias com notas fiscais emitidas no próprio mês, pois todos os recolhimentos foram efetuados no mês subsequente à emissão das notas fiscais, estando correto o levantamento efetuado. Ademais, exceto pelos meses de maio e novembro, há recolhimento a menor em meses subsequentes desde março até dezembro de 2017.

Também não assiste razão ao Autuado o argumento de que há no levantamento operações que não estão sujeitas ao recolhimento do imposto, na forma do Art. 265, I, “a” e “j” do RICMS/12, e Convênio ICM 44/75.

Não encontrei no demonstrativo da infração nem maçãs ou peras nem nenhum produto

hortifrutícola que não fosse industrializado, enquanto a isenção somente alcança os hortifrutícolas em estado natural, conforme indicado no inciso I da Cláusula primeira do Convênio ICM 44/75, não havendo porque se falar em GATT, ALADI, Súmula nº 20 do STJ ou no Parecer nº 11.274/2012.

Quanto ao argumento de que as operações de remessa de bens entre os seus estabelecimentos não estão sujeitas ao recolhimento do imposto, ressalto que a antecipação parcial, assim como a substituição tributária, não se refere à tributação da própria operação, mas de operações subsequentes, às quais são devidamente tributadas na forma da legislação vigente, motivo pelo qual não se aplica a Súmula nº 166 do STJ nem a ADC nº 49 do STF.

É por este motivo que a antecipação parcial somente é exigida nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização e que sejam tributadas nas operações subsequentes, sendo excetuada a tributação quando as operações subsequentes não sejam tributadas, a exemplo da isenção ou não-incidência, ou já tenha ocorrido o encerramento da sua fase de tributação.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 274068.0017/21-0, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento da multa pecuniária no valor de **R\$ 115.160,87**, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 1º de dezembro de 2023.

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS