

A. I. Nº - 232195.0324/13-5
AUTUADO - MAGNO DE ASSIS SOUZA
AUTUANTES - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 10. 10 .2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0229-01/13

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOS DE ICMS POR ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Restou comprovado que o autuado utilizou corretamente a metodologia de apuração da base de cálculo, inexistindo imposto a recolher. Infração insubsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/03/2013, imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de recolhimento a menos do ICMS na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de maio, agosto a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$261.036,25, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 123 a 129) arguindo, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, em face de existência de diversos vícios insanáveis, que implicam na nulidade do Auto de Infração, nos termos do art. 18 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Alega a existência de cerceamento do direito de defesa, pelo fato de não lhe terem sido entregues pelo autuante, os documentos fundamentais para tentativa de comprovação dos fatos arguidos na autuação.

Salienta que pela redação exposta no Auto de Infração, o autuante, de forma inicialmente cautelosa, “disse ao final da descrição em cada infração”, que os fatos por ele arguidos para comprovar a acusação estariam “conforme demonstrativo em anexo”.

Sustenta que, mais do que isso, o autuante precisaria ter atendido, na íntegra, o disposto no art. 46 do RPAF/99, especialmente, no que se refere a demonstrativos e notas fiscais, o que não foi feito. Traz a colação decisões do Tribunal de Imposto e Taxas do Estado de São Paulo - TIT, acerca do assunto, para reforçar a sua argumentação.

Assevera que o autuante não lhe entregou as memórias de cálculos, por via de meio magnético da suposta infração, fato este que prejudica o seu direito da ampla defesa, conforme previsão “do processo legal”.

Conclui dizendo que por conta deste fato, é certo que deixou de ter as condições ideais e necessárias para exercer seu direito constitucional de ampla defesa, o que, inevitavelmente, caracteriza hipótese de nulidade Auto de Infração, nos termos do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99.

Adentra no mérito da autuação, dizendo que ainda que podado no exercício de sua mais ampla defesa, pelas limitações impostas pelo autuante, mesmo assim, dentro do que lhe é possível, apresentará sua impugnação ao presente lançamento de ofício, quanto ao mérito, conforme a seguir.

Destaca que a existência da disposição contida no art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, a qual determina o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, mesmo merecendo o ato de lançamento ser objeto de nulidade.

Consigna que tem como objetivo social o comércio varejista de bebidas, conforme comprovação de Inscrição Estadual e CNPJ, sendo que, nos períodos regulares de apuração de imposto comercializa vinhos adquiridos no Estado do Rio Grande do Sul, e regularmente sempre recolheu mensalmente o imposto através guias de ICMS de Antecipação Tributária e também o “ICMS Antecipação Tributária Adicional de Fundo de Pobreza.”

Afirma que na Memória de Cálculo de Substituição Tributária, ANEXO-03, o autuante aplicou erroneamente uma alíquota de ICMS 27%, sem a devida redução de base cálculo, que daria uma carga tributária efetiva de 12%, contrariando completamente o Regulamento RICMS-BAHIA/97, no seu art. 87, LVI, assim como, o RICMS/BA/12, no seu art. 268, XXXVII, ANEXO-07.

Reitera que comercializa vinho proveniente do Rio Grande do Sul, constando informação da nota fiscal quanto: ao remetente (Vinícola CAMPESTRE- RS), o CFOP (6.101 – Venda de fabricação), posição NCM 22042100, e o CST- 000- 0- origem nacional , 00- tributada integralmente, ANEXO-04.

Assevera que com isso toda a diferença do ICMS de antecipação tributária se deu pela aplicação errada da alíquota por parte do Fisco, e que pagou regularmente o ICMS por Antecipação Tributária.

Assinala que outro erro incorrido pelo Fisco foi que em sua “Memória de Cálculo de Substituição Tributária”, sequer aplicou o crédito de ICMS sobre o frete, para o cálculo do imposto, só levando em consideração a base de cálculo e contemplou com dedução do crédito do frete.

Apresenta o Resumo da Memória de Cálculo de Antecipação Tributária Total, feita pelo Fisco, com alíquota sem redução na de base cálculo:

Também apresenta o cálculo, segundo diz, conforme RICMS/BA, utilizando o “Resumo da Memória de Cálculo de Antecipação Tributária Total”, feita pelo Fisco, com alíquota com redução na de base cálculo.

Conclui requerendo a nulidade ou, no mérito, a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntadas de novos documentos, inclusive na preliminar da informação fiscal, seja acatada todas as alegações de defesa.

O autuante prestou informação fiscal (fls.216 a 223) contestando a nulidade argüida pelo impugnante, afirmando que não procede a alegação de cerceamento do direito de defesa, haja vista que lhe foram entregues cópias do Auto de Infração e Demonstrativo de Débito, conforme consta às fls. 04/05 dos autos. Reproduz o art. 18 do RPAF/99, para afirmar que as alegações defensivas são inconsistentes.

Rechaça a alegação defensiva de que houve erro na aplicação da alíquota de 27% sem a devida redução da base de cálculo, de forma que resulte numa carga tributária de ICMS que corresponda a 12%, discorrendo sobre a forma como entende deve ser apurado o imposto.

Tece outras considerações, inclusive invocando a legislação do ICMS – convênios e RICMS/BA – e finaliza mantendo o Auto de Infração.

Cientificado sobre a informação fiscal o autuado se manifestou (fls.231 a 250) reiterando os termos da defesa inicial atinentes a nulidade do lançamento de ofício.

No mérito, diz que mesmo o Auto de Infração passando do valor de R\$261.036,26 para R\$ 253.775,46, após o reconhecimento pelo autuante na Informação Fiscal, esta redução ainda não foi suficiente.

Afirma que na Informação Fiscal o autuante continua a cometer equívocos na aplicação do RICMS/BA, ou não entendeu os argumentos defensivos e novamente terá que contrapor suas alegações trazidas na informação fiscal.

Diz que mesmo aceitando os argumentos da defesa na sua informação, quando refez suas planilhas de apuração da Substituição Tributária, concedendo o crédito do ICMS destacado nos conhecimentos

de transporte, ainda assim terá que repetir a discussão da temática pautada no artigo art. 87, LVI, do RICMS/BA/97 e no art. 268, XXXVII.

Salienta que em momento algum questionou as MVAs aplicadas pelo autuante em suas planilhas de apurações, sendo os seus argumentos da defesa anterior e desta manifestação, baseado na temática de que “BASE DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA É A PRÓPRIA OPERAÇÃO INTERNA JÁ INCLUIDA O FUNDO DE COMBATE A POBREZA”, mesmo que esta base seja presumida, sobretudo, quando o citado dispositivo prevê a carga tributária efetiva, ou seja de forma que corresponda a 12%. Acrescenta que desse modo, este percentual é final, inclusive já estando nesta carga tributária o fundo de combate a pobreza, portanto, a base de cálculo da substituição tributária é valor da futura operação subsequente com o mesmo produto em aquisição, denominada de operação interna é a futura venda antecipada para o momento presente. Diz que o fundo de combate a pobreza também compõe esta base de cálculo.

Frisa que a presunção do fato gerador é uma forma do sujeito ativo da obrigação, gerenciar a arrecadação do tributo. Aduz que o autuante está confuso e faz argumentos dispendiosos que não convém a esta matéria, e talvez não tenha entendido o seu argumento e, por isso, pontuou o que não foi trazido na defesa.

Salienta que se a norma faz referência e carga tributaria correspondente a 12% é porque é carga final. Diz que a matemática pode contextualizar essa afirmação. Aduz que é como vender produto internamente no valor de R\$100,00 e ser tributado a 12% logo, o equívoco do autuante foi quando, ao aplicar as MVAs mesmo quando ajustadas, posteriormente ao encontrar a base de cálculo aplicar a alíquota 27% (ICMS MAIS FUNDO DE COMBATE A POBREZA) sobre outra base de cálculo já reduzida, de forma que o valor encontrado do ICMS resulte numa carga efetiva de 12%, conforme exemplo que apresenta.

Destaca que a própria orientação da DITRI/SEFAZ, através do “Call Center”, concorda com o seu procedimento de que quando existe redução de base de cálculo interna mesmo o produto estando inserido na Substituição Tributária é carga final sobre a saída futura subsequente. Acrescenta que para fundamentar a manifestação, dirigiu consulta formal quanto a presente matéria através do Processo n 14746620132, tendo obtido resposta através do Parecer nº 19833/2013, “salvando o seu procedimento”, conforme o Anexo 09.

Observa que concorda com a nova planilha elaborada pelo autuante, juntada na Informação Fiscal, até a coluna da aplicação da MVA, logo, a partir da referida planilha, refaz o cálculo correto e apresenta no Anexo 10.

Aduz que o autuante reconheceu que não aplicou o crédito do ICMS em sua Memória de Cálculo de Substituição Tributária. Pede que seja aceito o reconhecimento do equívoco cometido pelo Fisco e seja considerado o crédito ICMS sobre o frete para o cálculo do imposto e também toda a tese de Defesa e Manifestação da Informação Fiscal.

Reproduz o novo Resumo da Memória de Cálculo de Antecipação Tributária Total, apresentado pelo autuante, dizendo que erroneamente sem redução na de base cálculo prevista no RICMS-BA.

Destaca que embasado na norma quanto a aplicação do RICMS/BA, já citada nos artigos que contemplam as devidas redução de base de cálculo, o cálculo correto seria da seguinte forma:

Base de Cálculo -	R\$ 1.866.069,57
Valor do ICMS + Fundo de Pobreza (12%)	R\$ 223.928,34
Alíquota efetiva	
Crédito Fiscal	R\$ 79.834,93
Valor do ICMS à pagar	R\$ 144.093,41
Valor do ICMS pago	R\$ 162.967,59
Valor a ser Restituído pela SEFAZ-BA	R\$18.874,17

Conclui requerendo a nulidade ou, no mérito, a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntadas de novos documentos.

VOTO

Preliminarmente, verifico que descabe a alegação defensiva de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, haja vista que, efetivamente, consta nos autos a comprovação de que cópia dos demonstrativos, planilhas e do Auto de Infração foram entregues pelo autuante ao contribuinte, conforme recibo firmado pelo responsável constante dos autos.

Dessa forma, rejeito a nulidade arguida, por inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, que pudesse invalidar o lançamento em exame.

No mérito, após análise das razões e cálculos efetuados pelo autuante e pelo autuado, constato que assiste razão ao autuado, haja vista que a metodologia de cálculo que utilizou está em conformidade com as disposições regulamentares.

Assim é que, o cálculo feito pela Fiscalização conforme o demonstrativo “Resumo da Memória de Cálculo de Antecipação Tributária Total”, elaborado pelo autuante se deu da seguinte forma:

Base de Cálculo -	R\$ 1.866.069,57
Valor do ICMS + Fundo de Pobreza (27%)	R\$ 503.838,78
Crédito Fiscal	R\$ 79.834,93
Valor do ICMS a pagar	R\$ 424.003,85
Valor do ICMS pago	R\$ 162.967,59
Diferença a pagar	R\$ 261.036,26
MULTA (60%)	R\$ 156.621,76
TOTAL a recolher	R\$ 417.658,02

Já o cálculo efetuado pelo autuado, com a utilização do mesmo demonstrativo de “Resumo da Memória de Cálculo de Antecipação Tributária Total”, com alíquota com redução na de base cálculo se deu da seguinte forma:

Base de Cálculo -	R\$ 1.866.069,57
Valor do ICMS + Fundo de Pobreza (12%)	R\$ 223.928,34
Alíquota efetiva	
Crédito Fiscal	R\$ 79.834,93
Valor do ICMS a pagar	R\$ 144.093,41
Valor do ICMS pago	R\$ 162.967,59
Diferença a pagar	R\$ -----
MULTA (60%)	R\$ -----
TOTAL a recolher	R\$ ---

De início, observo que o autuante ao prestar a Informação Fiscal acatou, acertadamente, a argumentação defensiva atinente ao crédito fiscal destacado nos conhecimentos de transporte de carga e refez os cálculos, apenas quanto a este item da impugnação, o que resultou na redução do valor do ICMS originalmente exigido no Auto de Infração.

Entretanto, constato que mesmo acatando a argumentação defensiva acima aduzida, a metodologia de cálculo levada a efeito pelo autuante para imputar ao autuado a ilicitude apontada na autuação está em desconformidade com as disposições regulamentares.

Isto porque, o art. 268, inciso XXXVII, do RICMS/BA/12, estabelece o seguinte:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXXVII - das operações internas com vinhos da posição NCM 2204, produzidos no Brasil, de forma que a carga de ICMS corresponda a 12% (doze por cento).

Como se verifica da leitura do texto regulamentar acima transcrito, a redução da base de cálculo deve corresponder à carga de ICMS de 12%. Ou seja, significa dizer que a “alíquota efetiva” deve ser de 12% e não 27%. Por óbvio, cabe observar que sobre a base de cálculo reduzida deve incidir a alíquota de 27%, haja vista que inexistente previsão legal de redução de alíquota, mas sim de redução da base de cálculo, contudo, o resultado matemático deve ser o mesmo.

Apesar de assistir razão ao autuado quando diz que em momento algum questionou as MVAs aplicadas pelo autuante em suas planilhas, sendo os seus argumentos baseados na temática de que a base de cálculo da substituição tributária é a própria operação interna já incluído o Fundo de Combate a Pobreza, mesmo que esta base seja presumida, sobretudo, quando o citado dispositivo prevê a carga tributária efetiva, ou seja de forma que corresponda a 12%, noto que incorre em equívoco ao mencionar que o erro do autuante foi quando, ao aplicar as MVAs mesmo quando ajustadas, posteriormente ao encontrar a base de cálculo aplicar a alíquota 27% correspondente ao ICMS mais o Fundo de Combate a Pobreza, sobre outra base de cálculo já reduzida, de forma que o valor encontrado do ICMS resulte numa carga efetiva de 12%.

Em verdade, a alíquota aplicável é de 27%, contudo, sobre a base de cálculo reduzida de forma que a carga resulte em 12%. Quanto a este aspecto não merece qualquer reparo a planilha elaborada pelo autuante, haja vista que este indicou a alíquota de 27%.

Efetivamente, o equívoco da Fiscalização foi não observar que no cálculo deveria considerar a carga de 12%, portanto, reduzindo a base de cálculo para 44,44% e sobre esta aplicar a alíquota de 27%, o que não fez.

Nesse sentido, coaduno com o entendimento manifestado pela Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, na resposta dada no Processo de Consulta n. 14746620132, através do Parecer nº 19.833/2013 - trazida pelo autuado -, no sentido de que *para calcular a antecipação tributária incidente nas aquisições de vinhos nacionais da posição NCM 2204, adquiridos junto a fornecedores estabelecidos em Estados não signatários de acordo interestadual, a Consulente deverá aplicar a "MVA ajustada", prevista no item 5.4, do Anexo I, do RICMS-BA/12, e que corresponde a 36,37% (operações tributadas pela alíquota de 7%), a 40,77% (operações tributadas pela alíquota de 4%), ou a 29,04% (operações tributadas pela alíquota de 12%), sobre o valor da nota fiscal de aquisição do produto e, sobre o valor assim encontrado, será aplicado o coeficiente de 44,44%, encontrando-se, assim, a base de cálculo reduzida sobre a qual será aplicada a alíquota interna de 27%, prevista para as operações com os referidos produtos.*

Cabe-me registrar que, apesar de concordar com os termos da resposta dada pela DITRI, legalmente essa consulta não pode produzir nenhum efeito de proteção ao contribuinte, haja vista que formulada àquele órgão consultivo da SEFAZ/BA, após o início da ação fiscal. Portanto, não estou aqui considerando os efeitos legais que a consulta eficaz produz, mas sim apenas mencionando a resposta com a qual concordo.

Diante disso, considerando também a nova planilha elaborada pelo autuante na Informação Fiscal, até a coluna da aplicação da MVA - da mesma forma como procedido pelo autuado – o cálculo correto se dá da seguinte forma.

Base de Cálculo -	R\$1.866.069,57
Base de cálculo reduzida (44,44%)	R\$ 829.281,28
Valor do ICMS + Fundo de Pobreza (27%)	R\$ 223.905,94
Crédito Fiscal	R\$ 79.834,93
Valor do ICMS a pagar	R\$ 144.071,01
Valor do ICMS pago	R\$ 162.967,59
Valor a ser Restituído pela SEFAZ-BA	R\$ 18.896,58

Dessa forma, verifica-se, no caso em exame, que inexistente diferença de ICMS a recolher, mas sim uma diferença de imposto recolhido a mais, portanto, favorável ao contribuinte, sendo insubsistente a infração.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232195.0324/13-5, lavrado contra **MAGNO DE ASSIS SOUZA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR