

**A. I. Nº** - 089008.0301/14-9  
**AUTUADO** - UNIÃO COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA.  
**AUTUANTE** - EDMUNDO SILVA  
**ORIGEM** - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** - 27.11.2014

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0226-02/14

**EMENTA: ICMS. 1.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DE CONSUMO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento ou destinadas ao seu ativo fixo, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Argumentos defensivos não elidem a acusação fiscal. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. (PEÇAS E ACESSÓRIOS DE VEÍCULOS AUTOMOTORES). RECOLHIMENTOS A MENOS POR ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Fato demonstrado nos autos de que houve utilização de crédito fiscal em desacordo com o Decreto nº 14.213/2012. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 20/03/2014, para exigência de ICMS no valor de R\$27.745,32, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

- 01 – 06.02.01** - Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$112,32, no mês de dezembro de 2012, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo à fl.13.
- 02 – 08.31.02** - Procedeu a retenção a menor do ICMS, no valor de R\$27.633,00, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, referente ao mês de dezembro de 2012, conforme demonstrativos às fls.15 a 25. Consta na descrição dos fatos: *“Recolheu a menor o ICMS antecipação total referente às mercadorias adquiridas em outra unidade da federação, por não observância do DEC. 14213/2012.”*

O autuado, por seu representante legal, tempestivamente apresentou defesa, fls.36 a 41, com base nas seguintes razões defensivas.

Inicialmente, informou que não fará qualquer questionamento acerca da infração 01, por questão de economia e celeridade processual, dado o baixo valor da penalidade aplicada.

Quanto à infração 02, discordou do entendimento da fiscalização na glosa de crédito em razão de suposta utilização de benefício fiscal concedido pelo Estado do Espírito Santo, ou seja, que tal dedução se extrai da alegação constante na descrição dos fatos, especialmente no que se refere inobservância do Decreto 14.213/2012, somado, ainda, à utilização de “alíquota de origem” de 1%, na planilha de apuração do ICMS supostamente recolhido à menor.

Transcreveu o Art. 1º do Decreto nº 14.213/2012 e o seu Anexo Único, para observar que em 15/12/2012 houve alteração do dispositivo, acrescentando ressalva à glosa do crédito para os casos em que a operação esteja sujeita à substituição tributária.

Frisa que embora tal alteração tenha entrado em vigor no mês seguinte ao dos fatos geradores alcançados pela ação fiscal, trata-se de um mero complemento lógico, ou seja: *“só vedar a utilização de crédito quando houver algum benefício não autorizado por convênio ou protocolo.”*

Para fundamentar seu entendimento, transcreveu o inciso III, § 3º do art. 530-L-R-B do RICMS ES (aprovado pelo Decreto capixaba 1.090-R/2002).

Afirma que a alteração do item 4.2 do Anexo Único do Decreto 14.213/12, possui muito mais caráter orientador ao aplicador da norma, do que algo a ser observado pelo contribuinte.

Com base nisso, assevera que independente do tempo do fato gerador, as operações sujeitas à substituição tributária jamais terão seus créditos restringidos, por entender que não se tratam de incentivo fiscal concedido sem convênio ou protocolo.

No caso, diz que as operações alcançadas na ação fiscal tratam-se de operações com autopeças, que obedecem ao Protocolo ICMS 41/08, cuja adesão do Espírito Santo se deu pelo Protocolo ICMS 116/09, tendo transcrito o § 1º da cláusula primeira.

Destaca que o estabelecimento de destino é varejista, portanto não se enquadra na exceção trazida pelo § 2º, inciso II, como se pode verificar no próprio dispositivo:

Chama a atenção que nos documentos fiscais das operações foi utilizado o código CST 010 (mercadoria nacional tributada pelo ICMS ST), além de evidenciar a base de cálculo do ICMS ST e o destaque do próprio imposto por substituição.

Com base nisso, sustenta que não cabe a utilização dos benefícios previstos no Artigo 530 L.R.B do RICMS-ES por se tratar de operações sujeitas à substituição tributária, razão porque, entende não há que se falar de crédito a ser glosado, perante a impossibilidade de sua aplicação no estado de origem.

Prosseguindo, destaca que o art. 106, inciso II, do CTN, deixa bem claro que a alteração do item 4.2 do Anexo Único do Decreto 14.213/12 deve ter seus efeitos estendidos aos fatos pretéritos, não restringindo os créditos de toda e qualquer operação de atacadista capixaba.

No caso, aduz que quando o Decreto foi publicado, em sua redação original não havia qualquer restrição às operações oriundas de atacadistas situados no Espírito Santo. Ressalta que, ainda que se trate de uma interpretação lógica, não estava explícito que a vedação do crédito só poderia ser aplicada aos casos em que se fez uso do benefício.

Argumenta que a alteração exclui expressamente a possibilidade de limitação dos créditos de operações sujeitas à substituição tributária, não havendo que se falar em infração ou em falta de recolhimento de tributo, tal como determinam as alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 106 do CTN.

Assim, conclui que a infração 02 é totalmente improcedente já que as operações alcançadas não fazem uso do benefício trazido pelo art. 530-L-R-B do RICMS/ES, conforme aludido nos autos.

Acrescenta que as operações objeto da autuação estão sujeitas à sistemática da substituição tributária, por força do Protocolo ICMS 41/08, tal como foi feito, não havendo que se falar em qualquer ilícito, sendo que a interpretação literal do Anexo Único do Decreto 14.213/12 não pode ignorar a essência da norma contida no Artigo 1º do mencionado diploma legal, que tipifica a glosa dos créditos a partir da existência de benefício irregular aplicável às operações a serem objeto do lançamento fiscal.

Ao final, ante a argumentação acima, requer que a infração 02 seja considerada totalmente improcedente, devendo ser excluída do auto de infração.

Na informação fiscal à fl.51, o autuante teceu as seguintes considerações sobre as infrações

imputadas ao autuado:

Infração 01 – frisa que o autuado reconheceu como devido o lançamento do débito.

Infração 02 – quanto ao pedido do autuado de improcedência desta infração baseado no Art. 530 L-R-B do RICMS/ES, informa que a autuação foi baseada no Dec. 14.213/12 - BA e sua alteração através do Dec. 12.242/12 - BA, que no Anexo Único, Item 4.2 somente admite o crédito de 1%, mesmo para as mercadorias da substituição tributária, que foram retiradas a partir de Janeiro/13.

Conclui pela manutenção total do auto de infração.

## VOTO

Pelo que constam nos autos, não existe lide a ser julgada em relação à infração **01 - 06.02.01**, relativa a falta de recolhimento do ICMS no total de R\$112,32, no mês de dezembro de 2012, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, uma vez que o sujeito passivo na peça defensiva declarou textualmente que não fará qualquer questionamento acerca do referido crédito tributário. Infração subsistente.

Quanto à infração **02 – 08.31.02**, apesar de a infração ter sido descrito como “retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, consta na descrição dos fatos que: *“Recolheu a menor o ICMS antecipação total referente às mercadorias adquiridas em outra unidade da federação, por não observância do DEC. 14213/2012.”*

Portanto, a exigência fiscal decorre da não observância do DEC. 14.213/2012, cujo sujeito passivo discordou do entendimento da fiscalização na glosa de crédito em razão de suposta utilização de benefício fiscal concedido pelo Estado do Espírito Santo, ou seja, que tal dedução se extrai da alegação constante na descrição dos fatos, especialmente no que se refere a inobservância do referido Decreto, somado, ainda, segundo ele, à utilização de “alíquota de origem” de 1%, na planilha de apuração do ICMS recolhido à menor.

A elucidação da questão passa, necessariamente, pela análise da legislação que serve de referência à matéria, cumprindo-nos transcrever, para melhor visualização, os dispositivos legais respectivos:

LEI Nº 7.014/96 – Lei do ICMS.

***Art. 10.** Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.*

**PROTOCOLO ICMS 41/08 - Dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças.**

***Cláusula primeira** Nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às operações subseqüentes.*

*§ 1º O disposto neste protocolo aplica-se às operações com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único, de uso especificamente automotivo, assim compreendidos os que, em qualquer etapa do ciclo econômico do setor automotivo, sejam adquiridos ou revendidos por estabelecimento de*

*indústria ou comércio de veículos automotores terrestres, bem como de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, ou de suas peças, partes, componentes e acessórios, desde que a mercadoria objeto da operação interestadual esteja sujeita ao regime da substituição tributária nas operações internas no Estado de destino.*

**Cláusula segunda** *A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço máximo de venda a varejo fixado por autoridade competente, ou na falta deste, o preço sugerido ao público pelo fabricante ou importador, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete quando não incluído no preço.*

**Cláusula terceira** *O valor do imposto retido corresponderá à diferença entre o calculado de acordo com o estabelecido na cláusula segunda e o devido pela operação própria realizada pelo contribuinte que efetuar a substituição tributária.*

**Cláusula quarta** *O imposto retido deverá ser recolhido, a favor da unidade federada de destino, até o dia 9 (nove) do mês subsequente ao da saída das mercadorias.*

**Cláusula quinta** *Os Estados signatários adotarão o regime de substituição tributária também nas operações internas com as mercadorias de que trata este protocolo, observando os percentuais previstos nos incisos I e II do § 2º da cláusula segunda e o prazo de recolhimento do imposto retido previsto na cláusula quarta.*

No presente caso, considerando a existência de acordo interestadual entre o Estado de origem (Espírito Santo) e a Bahia, o próprio autuado nas notas fiscais de venda para sua filial neste estado procedeu a substituição tributária e efetuou o devido recolhimento, conforme se verifica nos documentos fiscais que se encontra no CD à 27.

Portanto a exigência encontra amparo na legislação acima transcrito. A questão a ser dirimida nos autos diz respeito exclusivamente se o cálculo da substituição foi feita corretamente.

A autuação está baseada no art.1º do Decreto nº 14.213, de 22/11/2012, publicado no Diário Oficial dos dias 01 e 02/12/2012, que reza *in verbis*:

*Art. 1º Fica vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975.*

DECRETO Nº 14.213, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2012

ANEXO ÚNICO

4. Espírito Santo			
ITEM	MERCADORIA	BENEFÍCIO	CRÉDITO ADMITIDO
4.2	Mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista, exceto quando a operação estiver sujeita ao regime de substituição tributária. Alterado pelo Decreto nº 14.242/2012 (DOE de 15.12.2012), efeitos a partir de 01.01.2013. Redação Anterior: Mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista.	Carga tributária de 1% - Art. 530-L-R-B do RICMS/ES	1% sobre a base de cálculo.

E o inciso III, § 3º do art. 530-L-R-B do RICMS ES (aprovado pelo Decreto capixaba 1.090-R/2002):

*Seção XI-B*

*Das Operações Realizadas por Estabelecimento Comercial Atacadista*

*Art. 530-L-R-B. O estabelecimento comercial atacadista estabelecido neste Estado poderá, a cada período de apuração, estornar, do montante do débito registrado em*

*decorrência de suas saídas interestaduais, destinadas a comercialização ou industrialização, o percentual equivalente a trinta e três por cento, de forma que, após a utilização dos créditos correspondentes apurados no período, a carga tributária efetiva resulte no percentual de um por cento.*

[...]

§ 3.º O disposto neste artigo não se aplica às operações:

III - sujeitas ao regime de substituição tributária;

Cotejando o levantamento fiscal às fls.15 a 25, em comparação com as NF-e constantes no CD à fl.27, constato que foi destacado o imposto à alíquota de 12%, enquanto que fiscalização considerou a alíquota de 1%, na forma prevista no anexo acima transcrito.

Portanto, considero incorreto o cálculo da substituição tributária feito pelo autuado, ou seja utilizar a alíquota de 12%, visto que, a exceção prevista para a operação que estiver sujeita ao regime de substituição tributária entrou em vigor a partir de 01/01/2013, enquanto que o fato gerador neste processo remonta ao mês de dezembro de 2012, o que torna inaplicável a retroatividade da alteração do item 4.2 do Anexo Único do Decreto nº 14.213./12, por não preencher o pleito do contribuinte em nenhum dos incisos do artigo 106 do CTN.

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

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089008.0301/14-9**, lavrado contra **UNIÃO COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.745,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “e”, e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2014.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – JULGADOR