

PROCESSO - A. I. Nº 089008.0301/14-9
RECORRENTE - UNIÃO COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA. (UNIÃO PEÇAS)
RECORRIDOS - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0226-02/14
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 13/04/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0088-12/15

EMENTA: ICMS. 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. Está demonstrado nos autos que houve utilização de crédito fiscal em desacordo com o Decreto nº 14.213/2012. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 2ª JF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 21/11/2014, que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/03/2014, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 27.745,32 (vinte e sete mil setecentos e quarenta e cinco reais e trinta e dois centavos) em decorrência do cometimento de 02 (duas) infrações.

O Autuado reconheceu o cometimento da infração 01. É objeto de apelo voluntário:

***Infração 02. RV** – Procedeu a retenção a menor do ICMS, no valor de R\$27.633,00, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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 apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls.36/41), em que atacou o mérito da infração 2.

A autuante apresentou sua informação fiscal (fls.51), na qual manteve o Auto de Infração em seu inteiro teor.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 2ª JF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração nº 089008.0301/14-9, determinando que o autuado fosse intimado 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, o que fez nos seguintes termos:

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 consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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 subseqüente 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	Carga tributária de 1% - Art. 530-L-R-B do RICMS/ES	1% sobre a base de cálculo.

	<u>15.12.2012</u> , efeitos a partir de 01.01.2013. Redação Anterior: Mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista.		
--	---	--	--

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.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 2ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) Observou que no presente caso, existe um acordo interestadual entre o Estado de origem (Espírito Santo) e a Bahia, e que consta nas notas fiscais emitidas pelo autuado quando da realização das vendas à sua filial que neste estado procedeu ao recolhimento como substituto tributário. Sendo assim, considerou que a questão a ser dirimida diz respeito exclusivamente se os cálculos da substituição foram feitos corretamente;
- b) Considerou incorreto o cálculo da substituição tributária feito pelo autuado – utilizando a alíquota de 12% – visto que, a exceção prevista para operações que estejam sujeitas ao regime de substituição tributária entrou em vigor em 01/01/2013, enquanto que o fato gerador deste processo remonta ao mês de dezembro de 2012, o que tornaria inaplicável a retroatividade da alteração do item 4.2 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12.
- c) Não enfrentou sua alegação de inaplicabilidade do Convênio ICMS 41/08 por se tratar de varejista.

Intimado acerca do resultado do julgamento o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 76/85)**, que consiste basicamente em cópia da peça defensiva, em relação à Decisão da junta:

- i. Argumentando que a alteração promovida pelo Decreto nº 14.242/2012, em 15 de dezembro de 2012, apesar de ter entrado em vigor um mês após a realização dos fatos geradores, teria muito mais caráter orientador ao aplicador da norma, do que algo a ser observado pelo contribuinte, pois trataria de um mero complemento lógico ao Decreto, ao vedar a utilização de crédito, quando houvesse algum benefício não autorizado por convênio ou protocolo;
- ii. Afirmou que na presente ação fiscal, as operações estariam obedecendo ao disposto no protocolo ICMS de nº 41/08, o qual prevê que nas operações interestaduais de autopeças, ocorreria a substituição tributária. Sendo assim, repisou que independentemente do tempo do fato gerador, as operações sujeitas à substituição tributária jamais teriam seus créditos restringidos;
- iii. Arguiu que o estabelecimento de destino é varejista, e que consequentemente, não se

enquadraria na exceção trazida pelo inciso II, do §2º, do referido protocolo;

- iv. Argumentou que, uma vez que não se utiliza de benefícios fiscais, seria inaplicável o disposto no Anexo Único, Item 4.2, do Decreto nº 12.213/12, por força do seu artigo 1º, bem como, afirmou que, desta forma, o lançamento fiscal culminaria em verdadeiro *bis in idem*, pois vedaria a utilização de crédito pago na operação de aquisição, e ainda exigiria o mesmo tributo mediante Processo Administrativo Fiscal;
- v. Afirmou que, não obstante o anteriormente exposto, a alteração promovida no item 4.2, do Anexo Único, do Decreto nº 12.213/12, seria aplicável ao presente caso, pois este se enquadraria no previsto no art. 106, II, do CTN já que se encontra pendente de Decisão administrativa e, além disso, a alteração teria excluído a ilicitude das operações sujeitas à substituição tributária.

VOTO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 2ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal, que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/03/2014, com o objetivo de exigir da oro recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 27.745,32 (vinte e sete mil setecentos e quarenta e cinco reais e trinta e dois centavos) em decorrência do cometimento de 2 (duas) infrações.

O Recorrente confessou a Infração 1 e contesta a Infração 2.

Como bem ressaltado pela JJF, *quanto à infração 02 – 08.31.02, apesar de a infração ter sido descrita 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.”*

A peça recursal é quase que idêntica à Impugnação, onde o contribuinte lançou mão, basicamente de duas argumentações: i) Aduziu que a alteração promovida pelo Decreto nº 14.242/2012, em 15 de dezembro de 2012, apesar de ter entrado em vigor um mês após a realização dos fatos geradores, teria muito mais caráter orientador ao aplicador da norma, do que algo a ser observado pelo contribuinte, pois trataria de um mero complemento lógico ao Decreto, ao vedar a utilização de crédito, quando houvesse algum benefício não autorizado por convênio ou protocolo, e; ii) Arguiu que o estabelecimento de destino é varejista, e que conseqüentemente, não se enquadraria na exceção trazida pelo inciso II, do §2º da Cláusula Primeira, do referido protocolo, assim, está sujeito à substituição tributária.

Da análise da Decisão recorrida e das razões recursais entendo não merecer reparo a Decisão recorrida.

Não há dúvidas do enquadramento do recorrente na legislação que ampara o presente lançamento. Ele também não contesta isso.

Em que pese o erro na tipificação legal, que a princípio poderia até mesmo acarretar em eventual nulidade, entendo que este vício formal não é suficiente para ensejar a decretação de nulidade da infração uma vez que o contribuinte entendeu perfeitamente a imputação contra si lançada, e a infração resta configurada e confessada pelo próprio contribuinte.

O que ele defende, basicamente, é a aplicação retroativa da modificação procedida pelo Decreto nº 14.242/2012 (DOE de 15.12.2012), com efeitos a partir de 01.01.2013. Entendo não assistir razão ao recorrente, tal alteração não possui cunho eminentemente interpretativo, pelo contrário, altera o sistema de tributação e, portanto, os aspectos da regra matriz de incidência tributária.

Desta feita, nenhum elemento novo foi trazido aos autos, a peça recursal consiste em cópia quase

que idêntica da impugnação, cujos fundamentos foram devidamente enfrentados e refutados pela JJF.

Trata-se de aplicação clara da lei, e ao não aplicá-la, o Recorrente procedeu ao cálculo incorreto da substituição tributária, 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.

Assim, 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 homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089008.0301/14-9**, lavrado contra **UNIÃO COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA. (UNIÃO PEÇAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.745,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS