

A. I. Nº - 206880.0011/14-7
AUTUADO - NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA.
AUTUANTE - EDMAR NOVAES BORGES
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22.12.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0225-01/15

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR. BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO POR CONVÊNIO. O Decreto Estadual nº 14.213/12, com efeitos a partir de 01.12.2012, dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar 24, de 07.01.75. Para as mercadorias remetidas de estabelecimento distribuidor ou atacadista, oriundas do Estado da Goiás, o Anexo Único do referido decreto prevê o crédito fiscal no percentual de 9% sobre a base de cálculo, em face do crédito presumido de 3% (art. 11, III do Anexo IX do RICMS/GO). Infração caracterizada. **2. OPERAÇÃO ENQUADRADA NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ORIUNDA DE CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO NA SEFAZ/BA. RECOLHIMENTO A MENOR.** Incidência do imposto na transferência de mercadoria para outro estabelecimento do mesmo titular. Responsabilidade solidária do pagamento do tributo pelo destinatário, conforme art. 6º, XV, da Lei nº 7.014/96. Comprovada a diferença entre pagamentos do ICMS-ST através de GNRE - Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais e valores exigidos pela fiscalização do Estado da Bahia. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30.12.14, cuida do lançamento de ICMS relativo à apuração das infrações a seguir descritas:

01 - O contribuinte utilizou indevidamente créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da lei complementar nº 24/75, conforme anexo I - Auditoria Crédito Fiscal-Demonstrativo de Utilização Indevida do crédito fiscal relativo às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da lei complementar nº 24/75. Período dezembro de 2012; Janeiro/dezembro de 2013. Valor R\$58.811,18. Multa 60%.

02 - Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou exterior. Conforme Anexo II - Demonstrativo da falta de Pagamento ou Pagamento a menor do ICMS devido por antecipação em operações de aquisição interestaduais de mercadorias elencada na Substituição tributária. Período janeiro/junho, setembro/dezembro de 2012; janeiro / dezembro de 2013. Valor R\$44.673,75. Multa 60%.

O sujeito passivo apresentou impugnação (fls. 106/112 - volume I), através dos seus advogados constituídos com Procuração acostada aos autos (fls. 113/114), aduzindo os fatos e fundamentos a seguir transcritos:

Diz que atua no comércio varejista, no Estado da Bahia, que sempre esteve em dias com suas obrigações tributárias e que a presente autuação não pode prosperar.

Com relação à infração 01, alega que a autuação fere ao Princípio Constitucional da não cumulatividade do ICMS, ao vetar parcialmente o crédito destacado nas operações de entrada. Diz que a legislação do Estado da Bahia, ao invés de abater o imposto devido na operação anterior, determina que se abata apenas uma parte desse imposto, desrespeitando o art. 19, da LC 87/96.

Insiste que a Bahia pretende cobrar para si o imposto que, eventualmente, não tenha sido arrecadado pelo Estado de origem da mercadoria. Intenta cobrar juntamente com a alíquota interestadual, um adicional que não tem respaldo legal. Aduz que a prática é ilegal, nos termos do art. 155, §2º, da Constituição Federal combinada com a Resolução nº 22/89, do Senado Federal, que assim prevê:

"Art. 1º A alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nas operações e prestações interestaduais, será de doze por cento".

Alega que o Decreto nº 14.213/92, invadindo uma competência que não lhe pertence, determina que a operação interestadual será de 12% + a parcela do imposto não arrecadado na origem, resultando 15%. Aduz que o Estado da Bahia pretende se apoderar do imposto devido à UF de origem, violando, na prática, os princípios da estrita legalidade em matéria tributária e o da não-discriminação tributária em razão da origem das mercadorias; além de modificar o regime de não-cumulatividade do ICMS, despreza o comando Senatorial relativo às alíquotas interestaduais, faz restrições ao crédito fiscal pertencente ao autuado e pratica uma reserva de mercado, impondo dificuldades, na entrada de mercadorias para competir com as empresas locais.

Diz que o Estado da Bahia, ao invés de propor a ação competente para questionar, no Supremo Tribunal Federal, as leis de outros Estados, que concedem benefícios fiscais, incorre em ilegalidade não menos gritante. Aduz que não existem dispositivos legais autorizando a Bahia a glosar créditos em operações interestaduais, ao argumento de que tais mercadorias receberam benefício fiscal na origem. Concluiu que é impossível uma Unidade da Federação assumir o direito de tomar para si parcela do imposto eventualmente não cobrada na operação anterior.

Pede que a prática seja cessada e julgada improcedente a infração.

No item 02, a falta de recolhimento do ICMS proveniente da entrada interestadual de mercadorias sujeitas a Substituição Tributária, contesta a listagem das notas fiscais que estariam sem pagamento, considerando que todas as entradas ocorridas na filial da Bahia, estão com o respectivo ICMS devidamente recolhido, conforme consta dos documentos que anexa aos autos.

Pede a improcedência da autuação.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 1238/1258 - volume IV). Descreve as infrações e sintetiza as razões defensivas. Observa que na infração 01, o autuado sequer contestou o levantamento fiscal, questionando, todavia, os princípios constitucionais que limitam o poder de tributar e a constitucionalidade das normas tributária editado pelo Estado da Bahia, através do decreto nº 14.213/12, que veda (supostamente) a utilização parcial do crédito do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição. Observa a alegação da defesa que teria direito ao crédito fiscal, arguindo que a competência para fixar percentuais das alíquotas interestaduais e o aproveitamento do crédito fiscal é do Senado Federal (art. 155, II, § 2º, IV, da Constituição Federal).

Sublinha a vedação para declarar inconstitucionalidade da legislação estadual e que a imputação fiscal tem base no decreto estadual nº 14.213/12, que estabelece parâmetro para utilização do crédito

fiscal decorrente de entradas em operações interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo (LC nº 24/75).

Diz que não procede a argumentação que, ao vedar parcialmente o crédito nas operações interestaduais, o Estado da Bahia fere o princípio constitucional da não comutatividade do ICMS, visto que o dispositivo regulamentar (decreto nº 14.213/12) impõe norma expressa ao admitir o crédito equivalente ao percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, ou seja, limitando tal crédito ao total da carga tributária efetivamente suportada pelo contribuinte, situado na outra unidade da federação.

Aduz, em contrário, que o comando da norma estadual prioriza o princípio constitucional da não comutatividade do ICMS, além de contemplar demais princípios: da legalidade e do federalismo ao sustentar a necessidade de convênio ou protocolo entre os Estados Federados em matéria de benefício fiscal. Diz que o Estado da Bahia, não só está desobrigado a assumir o ônus do benefício fiscal oferecido pelo Estado remetente, de forma irregular, não contemplado em Convênio ou Protocolo, como também restabelece o pacto federativo através do equilíbrio fiscal tributário justo e legal.

Quanto à infração 02, diz que o argumento da defesa é que todas as entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária estão com o respectivo ICMS devidamente recolhido, apresentando fotocópias das GNRE,s, sem no entanto apresentar qualquer levantamento ou demonstrativo que sustentem assertivas ou análises quanto ao débito apurado pela fiscalização.

Diz que o art. 123 do RPAF assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento fiscal, acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, o que não foi verificado, no presente caso.

Afirma que as GNRE,s, acostadas pela defesa, têm valores iguais ou inferiores aos apresentadas no demonstrativo fiscal. Solicita o julgamento procedente do auto de infração.

O autuado apresenta manifestação sobre a Informação Fiscal (fls. 1264 a 1270 - volume III). Argumenta que, na infração 01, a autoridade fiscal alegou sem, contudo, demonstrar claramente o direito na exigência do crédito proveniente de benefício fiscal, utilizado em etapa anterior. Enfatiza que Lei Estadual permite a exigência do referido crédito, porém a controvérsia não pode ser assim tratada, considerando-se um desrespeito à ordem Constitucional.

Aduz que a autuação fere ao princípio constitucional da não cumulatividade, ao vetar parcialmente o crédito destacado, nas operações de entrada. Reitera as alegações anteriores. Conclui que a Bahia não está autorizada legalmente a glosar créditos em operações interestaduais ao argumento de que tais mercadorias receberam benefício fiscal na origem. Diz que não pode tomar para si parcela de imposto eventualmente não cobrada na operação anterior. Pede o julgamento improcedente da infração.

Na infração dois, questiona a alegação fiscal da falta de apresentação de levantamento que sustentasse as alegações, somente cópias da GNRE,s. Aduz que a própria autoridade fiscal apresentou as listas de notas fiscais para as quais, supostamente, não havia sido pago ICMS proveniente de entradas interestaduais de substituição tributária. Disse que apresentou cópias de GNRE,s comprovando o recolhimento do ICMS de toda nota que adentrou ao Estado da Bahia.

Complementa que sendo a substituição tributária regulada por Convênios de ICMS aprovados no âmbito do CONFAZ, incluindo a forma de cálculo e de pagamento, desde que admitida pelos Estados, não há que se falar em alteração nesses critérios.

Diz que a prova mais contundente é a comprovação do efetivo recolhimento, constante dos autos. Se a própria autoridade fiscal admite os pagamentos, indaga: qual é a procedência da exigência do imposto constante do presente auto?

Pede a improcedência da autuação.

É o relatório.

VOTO

Cumpra o presente Auto de Infração proceder ao lançamento de ofício em relação às irregularidades colhidas pela fiscalização, descritas e relatadas na inicial dos autos.

A infração 01 acusa o sujeito passivo da utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da lei complementar nº 24/75, no valor global de R\$58.811,18.

Alega o autuado que a exigência fere ao Princípio da não cumulatividade do ICMS, ao glosar parte do crédito destacado nas operações de entrada, em desrespeito ao art. 19, da LC 87/96. Diz que a alíquota interestadual é 12%, conforme Resolução nº 22/89 do Senado; que através do Decreto nº 14.213/92, invadindo uma competência que não lhe pertence, o Estado da Bahia pretende se apoderar do imposto devido à UF de origem. Deduz que, em existindo controvérsia, o tema não pode ser tratado em Lei Estadual, por desrespeito à ordem Constitucional.

O Auditor Fiscal informa, em contrário, que a norma estadual prioriza o princípio constitucional da não comutatividade do ICMS, ao admitir o crédito equivalente a carga tributária efetivamente suportada pelo contribuinte; observa os princípios da legalidade e do federalismo, em face da necessidade de convênio ou protocolo entre os Estados Federados em matéria de benefício fiscal.

Examinando as peças da lide, observo que ampara a exigência, o demonstrativo elaborado pelo Auditor Fiscal, relacionando as operações de entradas de mercadorias recebidas em transferência de estabelecimento da mesma empresa, situado no Estado Goiás para serem comercializadas, nesse Estado da Bahia (CFOP 2152), fls. 10/62. Nele, estão discriminados as respectivas datas das entradas, número das notas fiscais, valor da operação, imposto que deveria ser destacado (12%) e imposto efetivo (9%) e o valor glosado pelo Estado da Bahia como crédito indevido.

No caso em exame, a fiscalização do Estado da Bahia baseou-se no Decreto Estadual nº 14.213/12, com efeitos a partir de 01.12.2012, que dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar 24, de 07.01.75.

Nesse sentido, incabíveis as alegações de inconstitucionalidades ou ilegalidade do decreto baiano, considerando que a LC nº 24/75, parcialmente recepcionada pelo art. 155, XII, g, da CF 88, dispôs que as isenções só podem ser concedidas e revogadas por convênios firmados por todos os Estados - membros e pelo Distrito Federal. O parágrafo único (item IV) do seu artigo 1º determina também a aplicação do *caput* na hipótese de *"quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiros-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dois quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus"*.

O art. 8º dessa LC nº 24/75, por sua vez, prescreve:

“Art. 8º. A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I - A nulidade do ato e a ineficiência do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;

II - A exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

Portanto, com base nesse art. 8º, o fisco baiano pode exigir o estorno do crédito e pagamento do ICMS em relação às mercadorias procedentes de Estados-membros que concedem irregularmente incentivos fiscais.

Disposições no mencionado decreto nº 14.213/12 alerta que o crédito fiscal do ICMS relativo a tais entradas somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme

consta no seu Anexo Único; o disposto se aplica, inclusive, ao cálculo do imposto devido por substituição tributária e antecipação parcial.

Tratando-se de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, o contribuinte deverá registrar, na coluna “Crédito do Imposto” do livro Registro de Entradas, a parcela do crédito do ICMS relativa ao imposto efetivamente cobrado na unidade federada de origem. O parágrafo único do art. 2º do mencionado Decreto estabelece que o contribuinte poderá se apropriar do valor do crédito fiscal destacado no documento fiscal e proceder ao estorno da parte correspondente ao benefício fiscal, mantendo apenas a parte do crédito efetivamente cobrado na unidade federada de origem.

Especificadamente, para as mercadorias remetidas de estabelecimento distribuidor ou atacadista, oriundas do Estado da Goiás, o Anexo Único do referido decreto prevê o crédito fiscal no percentual de 9% sobre a base de cálculo, em face do crédito presumido de 3% (art. 11, III do Anexo IX do RICMS/GO).

Sublinho que o autuado sequer contestou os dados numéricos do levantamento fiscal, nem mesmo o fato apurado; os questionamentos recaem sobre princípios constitucionais que limitam o poder de tributar, sobre a posição, hierarquia ou constitucionalidades das normas ou ainda que Estado da Bahia, ao impor a alíquota de 3% para os seus créditos fiscais, usurpou a competência do Senado Federal, prevista no art. 155, II, § 2º, IV, da Constituição. Quanto às tais alegações, reitero que a autuação em debate buscou fundamentação na LC nº 24/75, na legislação do ICMS e, em particular, no Decreto Estadual nº 14.213/12; Observo, outrossim, que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

A exigência é integralmente procedente, no valor de R\$58.811,18.

Na segunda infração, a acusação é que o autuado efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, em valores que totalizou R\$44.673,75.

Nas razões, o autuado contesta o relatório fiscal, sob a argumentação que todas as entradas encaminhadas ao Estado da Bahia estão com os impostos devidamente recolhidos, conforme os documentos que anexa aos autos. Contesta a afirmação fiscal da necessidade de levantamento que sustentasse as suas alegações, além das cópias da GNRE,s. Contra argumenta que também a autoridade fiscal apresentou apenas listas das notas fiscais para as quais não teria havido o pagamento do ICMS-ST.

Conclui que, sendo a substituição tributária regulada por Convênios de ICMS, aprovados no âmbito do CONFAZ, incluindo a forma de cálculo e de pagamento, em sendo aprovada pelos Estados, não há que se falar em alteração nesses critérios.

O Auditor Fiscal argumenta que apenas as fotocópias das GNRE,s não sustentam as assertivas do autuado, cuja impugnação deve ser feita, na forma do art. 123 do RPAF/BA. Para dar suporte à exigência, elaborou minucioso demonstrativo discriminando cada operação realizada, mês a mês com data das respectivas entradas, notas fiscais eletrônicas, respectivas chaves de acesso, descrição de cada mercadoria transferida da sua filial, localizada no Estado de Goiás, recebida de terceiros, em operações sujeitas ao regime de substituição tributária (CFOP 6409), quantidades, valor dos produtos, base de cálculo ST, margem de valor agregada, ICMS devido, crédito fiscal, valor recolhido e ICMS-ST devido (fls. 63/96).

Trata-se, na realidade, da transferência de produtos sujeitos ao regime da substituição tributária, exemplificadamente, bicicleta e aparelhos celulares, de estabelecimento da mesma empresa autuada, situado no Estado de Goiás.

Com efeito, a exigência encontra fundamento, na verdade, no art. 6º, XV, da Lei 7.014/96, ao determinar a solidariedade pela responsabilidade de pagamento do imposto e demais acréscimos

legais devidos pelo contribuinte de direito, o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

O direito também não assiste ao autuado na argumentação de que apresentou todas as GNRE,s das diversas operações que realizou. A consideração fiscal de que fossem acostados relatórios dos pagamentos de ICMS-ST feitos através de GNRE - Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais se explica, tendo em vista o necessário confronto entre os valores exigidos pela fiscalização do Estado da Bahia e o pagamento do ICMS-ST realizado em nome do autuado por seu estabelecimento, remetente das mercadorias, no Estado de Goiás.

Não se trata de qualquer alteração de critério, conforme aventou o sujeito passivo, na exigência do ICMS-ST, mas de uma providência em favor do próprio autuado, considerando que o levantamento fiscal concluiu pelo recolhimento a menor do imposto, em algumas dessas operações. À guisa de exemplo, no mês de janeiro de 2012, para as operações de transferências, através das notas fiscais 780885, 780886, 780945 e 780947 a exigência fiscal totalizou R\$386,68, enquanto que o respectivo GNRE importou R\$385,54 (fl. 127). Nesse mesmo período, o fiscal relacionou as notas fiscais 788535, 788546, 795762, 795793, 795764, 798987 e 799019, para as quais não foram encontrados respectivos pagamentos.

Verifico ainda que, na sua Informação, o preposto do Fisco acostou aos autos e entregou cópia ao contribuinte autuado, o demonstrativo comparando o levantamento que elaborou com os comprovantes de pagamentos apresentados, oportunizando ao mesmo a apresentação das provas do efetivo recolhimento do ICMS-ST, ausentes no caso em concreto.

Posto isso, o lançamento de ofício resta integralmente subsistente, no valor de R\$44.673,75.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206880.0011/14-7**, lavrado contra **NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$103.484,93**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas "d" e "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2015

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR