

PROCESSO - A. I. N° 269133.0901/15-2
RECORRENTE - G N SUPERMERCADO LTDA. - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0129-03/16
ORIGEM - INFAS TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/01/2017

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0303-11/16

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR, AMBOS DENTRO DO ESTADO BAHIA. Aplicação do Incidente de Uniformização n° PGE 2016.169506-0. Infração improcedente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Só é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas. **b)** MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Infração subsistente. Imposto apurado, em decorrência da utilização pelo defendant de crédito fiscal em valor superior ao limite estabelecido no Decreto 14.213/2012. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Multa aplicada sobre o valor comercial das mercadorias tributáveis, e daquelas que não estão sujeitas a tributação. Reduzida a multa sobre as mercadorias tributáveis, de 10% para 1%, com fundamento na alteração promovida pela Lei n° 13.461/2015, aplicando-se a retroatividade benigna nos termos da alínea “c” do art. 106 do CTN. 4. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O IMPOSTO RECOLHIDO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. 6. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. Ocorrências lançadas na infração 6 conforme os demonstrativos. Infração absolvida. Reformada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2015 para cobrar ICMS no valor histórico de R\$33.077,28, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento de sete infrações, das quais só são objeto do presente recurso as infrações 01, 05, 06 e 07, a seguir

transcritas:

Infração 01 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$17.493,70. Multa de 60%.

Infração 05 – 03.01.05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de fevereiro, a abril e dezembro de 2013. Valor do débito: R\$10.347,89. Multa de 60%.

Infração 06 – 07.24.04: Recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado, nos meses de janeiro, fevereiro, outubro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$2.642,37. Multa de 60%.

Infração 07 – 01.02.96: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS 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, nos meses de janeiro a abril, maio a novembro de 2013. Valor do débito: R\$990,81. Multa de 60%.

Após o lançamento, foi apresentada defesa tempestiva às fls. 103 a 107, e a correspondente informação fiscal às fls. 119 a 124.

Concluída a instrução, a 3^a JJF julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, conforme o voto abaixo colacionado, *verbo ad verbum*:

VOTO

O defendente suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, com base no art. 18, inciso II do RPAF, alegando ter sido o mesmo praticado com preterição do direito de defesa, pela não observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações alegadas como infringidas, principalmente, em relação à Infração 01, que não revela atos de mercancia, mas sim, atos protegidos pela Súmula 166 do STJ, que isenta cobrança de ICMS, na circulação de mercadorias dentro de unidades do próprio autuado (matriz para filiais).

Constatou que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Nos demonstrativos elaborados pelo autuante consta declaração de representante do autuado comprovando que recebeu cópias dos mencionados demonstrativos.

Quanto à circulação de mercadorias entre unidades do próprio autuado (matriz para filiais), tais operações caracterizam transferências entre estabelecimentos da mesma empresa. No caso de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, em princípio, não caracteriza uma operação e não há pagamento nem recebimento de numerário. Entretanto, no âmbito do ICMS foi estabelecida a regra de que os estabelecimentos são autônomos.

A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o art. 11, § 3º, II da Lei Complementar 87/96. Portanto, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se a ocorrência do fato gerador do ICMS. Nas mencionadas transferências de mercadorias são efetuadas saídas de mercadorias existentes no estoque do estabelecimento remetente para o estoque de outro estabelecimento pertencente ao mesmo titular.

Quanto ao argumento defensivo de que se deve aplicar ao caso em comento a Súmula 166, observo que as operações objeto da autuação estão submetidas ao rigor da Lei Complementar 87/96, portanto, sujeitas à tributação pelo ICMS, sendo lícito aos Estados a cobrança do referido imposto, concluindo-se que após a edição da mencionada Lei Complementar nº. 87/96, configura-se fato gerador do ICMS a operação de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular, conforme art. 12, inciso I, a seguir reproduzido:

Lei Complementar 87/96:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

O defendente também alegou que se observa na infração 07, a cobrança indevida de fato gerador cobrado na infração 06, o que, em tese, caracteriza, bi tributação, violando, assim, princípio constitucional tributário.

Afirma que, não tendo o autuante observado a legislação tributária, princípio constitucional e súmula específica do STJ, entende, que o auto de infração em comento, é nulo de pleno direito, principalmente, por ter sido lavrado, em tese, com intuito de cobrança de débito fiscal inexistente.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que as infrações contestadas tratam de fatos diferentes, e de acordo com os esclarecimentos apresentados pelo autuante, a infração 07, trata de utilização indevida de créditos fiscais, encontrando-se de acordo com legislação tributária em vigor, mais especificamente com o Decreto 14.213/12, 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.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a infração 01 se refere ao recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013.

O autuado alegou que, conforme já exposto na preliminar de nulidade, as operações realizadas não revelam atos de mercancia, mas sim, mero deslocamento de mercadorias da matriz para filial, que não constitui fato gerador do ICMS, a teor do que dispõe a Súmula 166 do STJ.

Conforme já mencionado na análise da preliminar de nulidade, nas transferências de mercadorias são realizadas saídas de mercadorias existentes no estoque do estabelecimento remetente para o estoque de outro estabelecimento pertencente ao mesmo titular. Neste caso, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas referidas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Vale ressaltar, que para efeito da legislação tributária, é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular, conforme estabelece o § 3º, II, do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96. Quanto à Súmula 166, ressalto que após a edição da mencionada Lei Complementar, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Mantida a exigência fiscal neste item da autuação.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro, março a maio, julho a novembro de 2013.

O defensor alegou que foi induzido a erro, devido a mudanças na legislação, praticando atos sem qualquer má-fé, sendo certo que o valor desta infração é insignificante diante de toda a sua movimentação fiscal, como empresa de pequeno porte.

Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, inexistindo possibilidade de se eximir do pagamento de tributos e cumprimento de obrigações acessórias por desconhecimento da legislação tributária.

Vale salientar que só é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas, constituindo obrigações do contribuinte, pagar o imposto devido na forma, local e prazo previstos e cumprir todas as demais exigências previstas na legislação tributária. Infração subsistente.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro e novembro de 2013.

O defensor alegou que, da mesma forma do item anterior, não agiu de má-fé. Tudo leva a crer que, ao tentar ajustar o seu sistema de compras e vendas, investindo valores significativos, pode ter havido incoerências na apuração do ICMS, com possível débito de valor insignificante.

Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo e a responsabilidade pelo cometimento de infração não depende da intenção do agente ou beneficiário, bem como, da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato. Neste caso, independentemente do valor devido e da intenção do contribuinte, deve ser efetuado o lançamento do imposto apurado no levantamento fiscal.

Conclui pela subsistência desta infração, considerando que é vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária.

Infração 04: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, maio, junho, novembro e dezembro de 2013. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$622,52.

Nesta infração, a exemplo dos demais itens da autuação fiscal, o defensor não apresentou qualquer elemento para contrapor o levantamento fiscal, ao alegar que não agiu de má-fé, apenas e tão somente, ao ajustar/melhorar o seu sistema de compras e vendas, observando a legislação vigente, para a apuração do

ICMS, pode ter havido incoerências nesta apuração, porém, ressalta que em valor insignificante, diante de sua movimentação fiscal.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, para mercadorias sujeitas a tributação bem como em relação às mercadorias não tributáveis (art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96).

Não acato a alegação defensiva, considerando que a falta de escrituração ou lançamento de notas fiscais de forma incompleta em livros fiscais impede a realização de auditorias fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS e a multa é estabelecida em dispositivo de lei, que não condiciona sua aplicação à ocorrência de prejuízo ao erário estadual.

Quanto à falta de escrituração de notas fiscais correspondentes a mercadorias sujeitas a tributação, saliento que a partir da alteração do inciso IX do art. 42 da Lei 7.014/96, através da Lei 13.461, de 10/12/2015, publicada no DOE de 11/12/2015, o percentual de 10% da multa anteriormente estabelecido foi reduzido para 1%.

Neste caso, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória, e com base na alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN, entendo que deve ser utilizado o percentual da multa 1%, aplicando-se a retroatividade benigna prevista no mencionado dispositivo legal, in verbis:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

...
II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...
c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Mantida a exigência fiscal, no valor de R\$62,25, conforme quadro abaixo, considerando a aplicação da retroatividade benigna da redução do percentual da multa.

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	MULTA %	VALOR DO DÉBITO R\$
31/03/2013	09/04/2013	3.147,81	1%	31,48
31/05/2013	09/06/2013	856,00	1%	8,56
30/06/2013	09/07/2013	748,00	1%	7,48
30/11/2013	09/12/2013	408,56	1%	4,09
31/12/2013	09/01/2014	1.064,80	1%	10,65
T O T A L				62,25

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de fevereiro, a abril e dezembro de 2013.

O autuado alegou que sua boa-fé é patente, porque, na verdade, sua escrituração foi feita em flagrante prejuízo, quando deixou de escriturar os créditos da antecipação parcial. Ressaltou que no máximo poderia sofrer é uma multa por erro na declaração, não podendo neste caso ser cobrado débito fiscal, por falta de recolhimento, já que efetivamente, possui um crédito a ser compensado.

Com base nos registros efetuados na Escrituração Fiscal Digital – EFD, o autuante apurou os débitos, os créditos, o ICMS a recolher e confrontou com os valores recolhidos nos respectivos meses, exigindo as diferenças apuradas, conforme demonstrativo à fl. 68 do PAF.

Não acato a o pedido apresentado pela defesa quanto à alegada compensação, haja vista que os valores do imposto deveriam ser escriturados e debitados na época própria. Durante o procedimento fiscal é verificado o cumprimento de obrigações tributárias e, sendo constatadas irregularidades lavra-se o Auto de Infração. Quando da quitação do débito é que o contribuinte pode requerer a compensação de créditos fiscais acumulados, se existirem.

Vale salientar, que nesta fase processual não cabe a compensação de imposto recolhido a mais ou de créditos acumulados, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, ou restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF/99 e art. 33 da Lei 7.014/96. Mantida a exigência fiscal.

Infração 06 – 07.24.04: Recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado, nos meses de janeiro, fevereiro, outubro a dezembro de 2013.

O autuado alegou que foi induzido a erro, ao compensar valores de créditos de ICMS destacados nas notas fiscais de entrada, de mercadorias adquiridas em outros Estados. Disse que esta infração não lhe diz respeito, mas sim ao Regime de Compartilhamento de Informações Fiscais entre os Estados, devendo, para tanto, o Estado da Bahia, se acaso prejudicado, com o Regime Tributário de outro Estado, fazer a reclamação devida, ao Fórum competente.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. Ou seja, está obrigado a recolher o ICMS a título de Antecipação Parcial, o contribuinte deste Estado, independente do regime de apuração do imposto, em relação às mercadorias adquiridas para comercialização.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que se trata de ICMS recolhido a menos. Como não foi comprovado pelo defensor que houve recolhimento da totalidade do imposto, em relação às mercadorias objeto da autuação, são devidos os valores apurados no levantamento fiscal.

Vale salientar que ao sujeito passivo cabe observar e cumprir as determinações previstas na legislação tributária, e não pode ser aceito que o contribuinte pretenda definir a forma de apurar e recolher o tributo devido. Infração subsistente.

Infração 07: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS 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, nos meses de janeiro a abril, maio a novembro de 2013.

O defensor alegou que o autuante se equivocou, ao cobrar duplamente débito de ICMS, para um mesmo fato gerador, conforme se vê, na infração anterior (06). Diz que se trata de bitributação, o que é vedado na legislação tributária.

Como já mencionado na preliminar de nulidade, as infrações 06 e 07 tratam de fatos diferentes, e de acordo com os esclarecimentos apresentados pelo autuante, além dos demonstrativos de fls. 72 a 77 e 80 a 82. A infração 07, trata de utilização indevida de créditos fiscais, encontrando-se de acordo com legislação tributária em vigor, mais especificamente com o Decreto 14.213/12, 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.

O Decreto nº 14.213/2012 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, estando previsto no art. 1º que “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”.

O § 1º do referido Decreto estabelece que “o crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único deste mesmo Decreto”.

O autuado não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal, alegando apenas que houve cobrança em duplicidade para um mesmo fato gerador, no caso as infrações 06 e 07. Quanto à infração 06, em relação aos créditos relativos às notas fiscais objeto da apuração do imposto exigido foi informado que foi aplicada a alíquota/carga tributária permitida, conforme o Decreto 14.213/2012. Neste caso, não houve bitributação, como entendeu o defensor.

Concluo pela subsistência da autuação fiscal, haja vista que, de acordo com o levantamento fiscal, ficou comprovado que não houve recolhimento do imposto apurado, em decorrência da utilização pelo defensor de crédito fiscal em valor superior ao limite estabelecido no Decreto 14.213/2012.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com redução da multa sobre as mercadorias tributáveis, de 10% para 1%.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 145 a 154, objetivando a revisão do julgamento, com base no art. 169, I, “b” do RPAF, repisando parte dos argumentos defensivos, pleiteando a nulidade e/ou improcedência do Auto de Infração.

Após exposição dos fatos vividos nos autos, transcrever as razões de defesa e fazer síntese da Decisão guerreada, passa a expor seus argumentos recursais.

Quanto à infração 1, alega que deva ser aplicada a Súmula nº 166 do STJ, transcrevendo vários julgados do STJ neste sentido.

Em relação à infração 5, fala que tem direito a compensação do crédito fiscal e por isso a infração é improcedente.

No que tange a infração 6, alega que a exação não diz respeito ao sujeito passivo, mas sim “ao Regime de Compartilhamento de Informações Fiscais entre os Estados”, devendo a Bahia, se se acaso prejudicada, se insurgir contra a legislação do outro Estado, no fórum competente.

E quanto à infração 7, sustenta que a mesma configura “*bis in idem*” em relação à infração 6.

Não houve parecer da PGE/PROFIS, consoante a determinação da nova legislação.

VOTO

Temos sob análise Recuso Voluntário contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, pelo suposto cometimento de 7 infrações, das quais somente são objeto de recurso, as infrações 1, 5, 6 e 7.

Compulsando os autos, entendo que merece parcial procedência o apelo do Contribuinte.

A infração 1 fora lançada pelo recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, em operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, dentro do estado da Bahia.

Em que pese a tese esposada pela JJF, que particularmente não concordo, aplico o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0 que trata da presente questão, firmando o entendimento de que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos.

Pela sua importância, transcrevemos o mencionado Incidente, in litteris:

Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0

Entendimento firmado: Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Ressalva: Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no RESP 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que rem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, §4º, da LC 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estado de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do RESP nº 1.109.298-RS, que se discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, §4º, da LC 87/96. Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se de ter por definitivamente assentada a questão enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados.

Portanto, sem adentrar na questão da aplicação da Súmula nº 166 do STJ, mas com base na orientação firmada pela PGE, julgo a infração 1 Improcedente.

A infração 05 trata do recolhimento a menos do ICMS em decorrências entre os valores recolhidos e os escriturados no livro Registro de Apuração da própria empresa.

O Sujeito Passivo alega que tem direito a compensação dos créditos fiscal da antecipação parcial, a que teria direito, e, portanto, a infração seria improcedente.

Pois bem.

Diante da argumentação recursal, entendo que reparo algum merece a Decisão de piso. Já fora muito bem explicitado que não é possível compensação, haja vista “que os valores do imposto deveriam ser escriturados e debitados na época própria”,

Ademais, caso tenha havido pagamento a maior do imposto, poderá o contribuinte pedir a restituição do imposto, mediante procedimento próprio e a demonstração cabal e seu direito, observados os prazos decadências.

Desta foram, voto pela Procedência de infração 5, consoante o julgamento de primeira instância.

No que tange a infração 6, a mesma fora lançada devido ao recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, dentro do Regime Especial do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado.

Compulsando os autos, entendo que a JJF acertou em manter este item da autuação, eis que é devido o pagamento da antecipação parcial, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas das mercadorias, independente do regime de apuração do imposto.

Mesmo apurando através do Simples Nacional, a antecipação parcial é devida conforme prevê a Lei Estadual nº 7.104/96, no seu artigo 12-A.

Por fim, quanto à infração 7, lançada pela suposta utilização indevida de crédito fiscal, julgo merecer razão a tese do contribuinte de que há cobrança em duplicidade, em relação à infração 6.

Da análise dos demonstrativos que embasam ambas as infrações, constato que todas as ocorrências cobradas na infração 7 (Utilização indevida), foram relacionadas na base da infração 06 (Recolhimento a menos), ou seja, as operações lançadas aqui já estão sendo efetivamente cobradas pelo Fisco baiano na infração anterior.

As operações objeto da infração 7 foram cobradas na infração 06, no valor total da nota. Assim, não cabe estornar o crédito com base no Decreto nº 14.213/12, uma vez que houve a exigência, na infração 06, de todo o valor da operação. Logo, está sendo efetivamente cobrado todo o percentual a ser transportado para escrita fiscal, que é objeto de estorno na infração 7.

Assim, a infração 7 é totalmente Insubsistente, já que absolvida na infração 6.

Pelo tudo quanto acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar Improcedentes as infrações 1 e 7.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269133.0901/15-2**, lavrado contra **G N SUPERMERCADO LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.970,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$62,26**, prevista no inciso IX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS