

A. I. Nº - 2130903023/16-3
AUTUADO - RVJ COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. - ME
AUTUANTE - JORGE FAUSTINO DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15.12.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0235-04/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 01/06/2016, exige ICMS no valor de R\$304.301,66, pela falta do recolhimento por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime de 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. Períodos: novembro de 2012, fevereiro, maio, julho, setembro de 2013, julho e novembro de 2014 e fevereiro a maio de 2016. Multa 60%.

Em sua impugnação ao lançamento fiscal (fls. 67/70), a empresa afirma que a autuação não contém elementos, na forma da lei, que justifiquem o montante ora exigido, uma vez que:

1. Foi considerada, para as NF-es nº 125658, 125.659, 125660, 125661, 125866, 126584, 126630, 126631 e 127228, todas emitidas pela empresa FERRONORTE INDUSTRIAL LTDA, localizada em Teresina/PI, uma alíquota de 4%, quando deveria ser de 12%. Afirma que: *“De acordo com a Resolução do Senado Federal nº 13/2012 estão amparadas com a redução de alíquota de 4% (vide notas fiscais anexas) até o estado que importou as mercadorias e esse ao vender as mercadorias utilizará as alíquotas interestaduais, pois, pelo CONVÊNIO ICMS 93/2015 seriam aplicadas a alíquota interestadual de 12% e não de 4% referentes a mercadorias IMPORTADAS, pois a alíquota a se aplicada seria a referente a operações interestaduais como prevê o referido Convênio.”* Informa que o único documento fiscal corretamente calculado foi o de nº 125258, ou seja, com alíquota de 12%.
2. Não foram consideradas as “alíquotas diferenciadas” para os contribuintes optantes do Simples Nacional. Ao contrário, foi aplicada a alíquota de 18% em 2016 e *“não aplicou as alíquotas previstas na forma regulamentar de 12% que seriam as corretas por ser as operações interestaduais, muito embora tenha observado que as notas fiscais estão amparadas pela RESOLUÇÃO 13/2012 Referente a Vergalhões IMPORTADOS.”.... Ou seja, colocou a MVA (margem de lucro) deu o crédito de 4% ao invés de 12%.”*
3. Não houve a observância se haviam mercadorias onde deveriam ser aplicadas a MVA Original ao invés da MVA Ajustada
4. Existe erro na aplicação da MVA.

Informando de que o autuante havia lavrado o Auto de Infração nº 213090.0002/16-5 anteriormente e que depois o cancelou para lavrar o presente (o onerando em demasia), conclui: *Ante o exposto, requer muito respeitosamente a Vossas Senhorias, que o presente Auto de Infração seja julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE OU NULO NA SUA TOTALIDADE por falta de amparo legal e erro na aplicação das alíquotas de crédito do ICMS do estado de origem pois ele concedeu simplesmente o crédito de 4% ao invés de 12%, previstas no CONVÊNIO 93/2015 para a concessão do crédito fiscal, por esse motivo é que o referido convênio vem causando dúvidas aos aplicadores das Leis e gerando embaraços para os contribuintes, e é sempre importante lembrar que na dúvida, tem que favorecer o contribuinte”.*

O autuante presta a seguinte informação fiscal (fls.74/75).

1. Que o autuado alega erros na aplicação da MVA, porém não o indica. Pergunta em que notas fiscais houve tal erro.
2. Que as alíquotas diferenciadas para os contribuintes enquadrados no Simples Nacional não contempla o imposto devido por antecipação tributária. Cita as determinações do art. 269, IX, do RICMS/12.
3. Quanto a utilização do crédito de 4% ao invés de 12%, infoma: *“Também não procede a alegação de erro no uso da alíquota de 4% Uma vez que de acordo com o art. 1º, da Resolução do Senado Federal nº 13/12, nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior a alíquota será de 4%; e nas operações interestaduais de bens e mercadorias industrializadas no país que tenham conteúdo de insumos importados superior a 40%, devem ser tributadas com aplicação da alíquota de 4%. Consequentemente o cálculo da antecipação devido nas aquisições interestaduais de mercadoria importada para comercialização, corresponderá à diferença entre a alíquota de 4%, incidente sobre a operação interestadual, e a alíquota interna do Estado da Bahia prevista para a mercadoria objeto de comercialização.”*

Pugna pela procedência total da ação fiscal.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para constituir crédito tributário em favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, tendo em vista a falta de recolhimento do ICMS por empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, em relação ao ICMS antecipação/substituição tributária.

O autuado, por discordar da forma como foi calculado o imposto ora em lide, afirma que nele não existem “elementos legais” para a sua validade. Com tal afirmativa, se entende de que requer a nulidade da ação fiscal por erro material já que comprometida a base de cálculo do imposto ora exigido.

Inicialmente, resalto de que o Auto de Infração foi lavrado com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os arts. 38 a 41 do RPAF/BA. O método de fiscalização está perfeitamente descrito no Auto de Infração e nos papeis de trabalho que o autuado recebeu.

É necessário observar que no demonstrativo de débito para todas as ocorrências estão consignados: o nº da nota fiscal, data da emissão, o código do produto, a NCM, a unidade do produto com suas quantidades, valor unitário e total da mercadoria, IPI e frete, quando existentes, MVA aplicada, o valor da antecipação tributária, a redução da base de cálculo, quando existente para apuração do valor da base de cálculo do ICMS-antecipação, a alíquota aplicada (17% ou 18% a depender do exercício fiscalizado), o ICMS devido, os créditos fiscais e o ICMS a pagar.

Sob tal prisma, não existe mácula no Auto de Infração que se possa arguir qualquer vício que

desague em sua desconstituição.

Entretanto, como o autuado alega vício material e como ele se confunde com o mérito das questões ora a serem enfrentadas, assim conduzo a presente decisão.

ERRO NA APLICAÇÃO DAS ALÍQUOTAS EM RELAÇÃO ÀS NF-es nº 125658, 125.659, 125660, 125661, 125866, 126584, 126630, 126631 e 127228, todas emitidas pela empresa FERRONORTE INDUSTRIAL LTDA, localizado em Teresina/PI. Entende o impugnante que a alíquota de 4%, conforme Resolução do Senado Federal nº 13/2012, somente se aplica aos produtos importados “*até o estado que importou as mercadorias*”. Porém ao realizar operações de vendas interestaduais, a alíquota é a de 12% (caso do Piauí) com base nas disposições do Convênio ICMS 93/2015.

Primeiramente é necessário ressaltar que o Convênio ICMS 93/2015, de 17 de setembro de 2015, não tem qualquer pertinência para solução da presente lide. Dispõe ele sobre os procedimentos a ser observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços à **consumidor final não contribuinte do ICMS**, localizado em outra unidade federada. No caso presente, as operações comerciais foram realizadas **entre contribuintes** do imposto. E não bastasse tal situação, foi ele editado após os fatos geradores do imposto ora exigido em relação aos exercícios de 2012, 2013 e 2014 (que não representam a totalidade da autuação)

Isto posto, a Resolução do Senado Federal nº 13/12, de 25/04/2012, estabelece as alíquotas do ICMS **nas operações interestaduais com bens e mercadorias importadas do exterior**, conforme transcrito.

O Senado Federal resolve:

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 (ICMS), nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior, será de 4% (quatro por cento).

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos bens e mercadorias importados do exterior que, após seu desembaraço aduaneiro:

I - não tenham sido submetidos a processo de industrialização;

II - ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação ou recondicionamento, resultem em mercadorias ou bens com Conteúdo de Importação superior a 40% (quarenta por cento).

§ 2º O Conteúdo de Importação a que se refere o inciso II do § 1º é o percentual correspondente ao quociente entre o valor da parcela importada do exterior e o valor total da operação de saída interestadual da mercadoria ou bem.

§ 3º O Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) poderá baixar normas para fins de definição dos critérios e procedimentos a serem observados no processo de Certificação de Conteúdo de Importação (CCI).

Através do Ajuste SINIEF 19, de 07/11/2012, o CONFAZ dispôs sobre os procedimentos a serem observados na aplicação da tributação pelo ICMS prevista na referida Resolução do Senado Federal.

Diante da norma acima transcrita, ao contrário do que defende o impugnante, a alíquota de 4% não se refere às operações internas do Estado (no caso o Piauí) do importador e sim em relação às operações interestaduais que tal importador realizar. Ela é clara e expressa, não dando qualquer margem de dúvida sobre o que se está a legislar.

E foi em obediência a tal determinação legal que seus fornecedores, para o cálculo do imposto, aplicaram esta alíquota e indicaram no corpo do documento fiscal que a alíquota tomada para cálculo do imposto foi a de 4% em obediência à Resolução do Senado Federal. Como exemplo as NF-e constantes das fls. 37/46 e demais indicadas pelo autuado, todas emitidas pela FERRONORTE INDUSTRIAL LTDA pelas aquisições de vergalhões.

E a respeito da NF-e nº 125258 (fl. 47) para somente indicar o exemplo apresentado pelo defendente, trata ela de aquisição de telha galvanizada, mercadorias não importada. Neste caso, a alíquota, de fato, é de 12%.

NÃO OBSERVÂNCIA DAS “ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS” PARA OS CONTRIBUINTES OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL.

O enquadramento de uma micro e mesmo pequena empresa no regime do Simples Nacional é opção do contribuinte, ou seja, ele, mesmo tendo tal porte, não está obrigado a aderí-lo. Tal situação resta expressa no art. 16, da Lei Complementar nº 123/2006 e Resolução CGSN nº 4, de 30/05/2007 que dispõe sobre a opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

Sendo opcional, cabe a cada um analisar a conveniência, ou não, de realizar tal opção. No entanto, ao fazer esta opção deve, por obrigação, obedecer a todas as regras do regime estabelecidas.

E observo que o RICMS/12 dispõe: *O Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional obedecerá ao disposto na Lei Complementar Federal nº 123, de 14/12/2006, às resoluções do Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, no que couber, as normas da legislação do ICMS.*

Em assim sendo, determina o art. 13, da Lei Complementar nº 123/2006:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

....

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas (grifo não original)

XIII - ICMS devido:

.....

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar; (grifo não original)

§ 6º O Comitê Gestor do Simples Nacional:

I - disciplinará a forma e as condições em que será atribuída à microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional a qualidade de substituta tributária; e

II - poderá disciplinar a forma e as condições em que será estabelecido o regime de antecipação do ICMS previsto na alínea g do inciso XIII do § 1º deste artigo.

Diante de tais colocações, Resolução CGSN nº 94/2011 indica todos os procedimentos a serem tomados pelo contribuinte enquadrado no Simples Nacional para cálculo do imposto devido por antecipação/substituição tributária, bem como a indicação de sua segregação das receitas que compõe o imposto devido mensalmente pelo optante do Simples nacional. Ou seja, ela indica todos os procedimentos a serem tomados pelo contribuinte enquadrado no Simples Nacional para cálculo do imposto devido. O Estado da Bahia, apenas, obedece às suas determinações.

Portanto, é a própria Lei Complementar nº 123/96, que rege o regime de apuração do imposto, o qual se encontra incluído o impugnante, que dá lastro legal ao ora exigido.

Se, acaso, o autuado discorda da sistemática de apuração do imposto devido por antecipação/substituição tributária através do Simples Nacional, é matéria que este foro administrativo não tem competência para se pronunciar, diante das determinações do art. 167, do RPAF/BA.

No mais, o art. 269, IX do RICMS/12 determina:

Art. 269. Ficam concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher:

IX - ao contribuinte optante pelo Simples Nacional nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, para cálculo do ICMS substituição tributária por retenção, o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para o contribuinte do regime de conta-corrente fiscal sobre o valor da operação;

O autuante obedeceu a tais determinações legais quando do cálculo do imposto devido por antecipação tributária como se pode verificar pelos valores dos créditos fiscais consignados nos documentos fiscais e aqueles tomados no levantamento fiscal para cálculo do imposto devido.

Em relação aos argumentos de que não houve a observância se havia mercadorias onde deveriam ser aplicadas a MVA Original ao invés da MVA Ajustada ou mesmo a existência de erro na aplicação da MVA, o defendente não traz aos autos qualquer prova do que alega, conforme dispõe o art. 123, do RPAF/BA.

Pelo exposto, não havendo qualquer vício de mérito que macule a presente ação fiscal, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **213090.3023/16-3**, lavrado contra **RVJ COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$304.301,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II. “d” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR