

PROCESSO - A. I. Nº 089027.0023/12-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PAULO GABRIEL DOS SANTOS QUEIROZ (COMERCIAL DE FRUTAS) - ME
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/05/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0114-12/17

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Representação proposta com base no artigo 136, §2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, §5º, inciso I, do RPAF/99, para que seja cancelado o Auto de Infração, tendo em vista que foi lavrado com erros e já foi substituído por outro lançamento de ofício, com o mesmo objeto e período, o qual se encontra extinto pelo pagamento. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela REPRESENTAÇÃO REGIONAL DE FEIRA DE SANTANA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, com fundamento no artigo 136, §2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, §5º, inciso I, do RPAF/99, para que seja cancelado o presente lançamento de ofício, tendo em vista que, em face dos equívocos cometidos, “já fora lavrado o Auto de Infração nº 0890270005133 (f. 67), em que foi lançado o crédito tributário da forma ajustada à legislação, que já se encontra, inclusive, extinto por pagamento”.

O presente Auto de Infração foi lavrado sob as seguintes acusações:

Infração 1 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos Anexos 88 e 89, no mês de outubro de 2011. ICMS de R\$30.129,52 e multa de 60%;

Infração 2 - deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos Anexos 88 e 89, no mês de dezembro de 2011. ICMS de R\$48.961,61 e multa de 60%;

Infração 3 – recolheu a menos o ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, nos meses de agosto e dezembro de 2011. ICMS de R\$1.161,50 e multa de 60%.

Foi lavrado Termo de Revelia, porque o autuado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de defesa (fl. 28) e, em seguida, o débito foi inscrito na Dívida Ativa (fls. 34 a 42).

O sujeito passivo, então, ingressou com Pedido de Controle da Legalidade (fls. 45 a 50), alegando que o autuante olvidou-se de aplicar a redução de base de cálculo prevista no artigo 87, inciso LVI, do RICMS/97, de forma que a carga tributária corresponda a 12% nas operações internas com vinhos nacionais classificados na NCM 2204, de acordo com o Parecer DITRI nº 03929/2012 (fls. 51 e 52).

A PGE/REP FEIRA DE SANTANA, a fim de garantir o contraditório e subsidiar o posicionamento a ser adotado, converteu os autos em diligência ao autuante para que se manifestasse sobre os argumentos do contribuinte (fl. 54).

O preposto fiscal prestou informação fiscal (fl. 55), aduzindo que, apesar de não concordar com a interpretação da DITRI, é obrigado a acolhê-lo.

Ao final, o auditor fiscal afirmou que “conforme o contribuinte explicou em sua defesa, e eu em

linhas anteriores, confirmo e atesto que o Auto de Infração em questão se encontra totalmente quitado em conformidade com a lei”.

A PGE/REP. FEIRA DE SANTANA, em duas oportunidades, enviou os autos à Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda (DITRI/SEFAZ), solicitando “*opinativo sobre o lançamento, especialmente no que diz respeito aos percentuais aplicáveis para apuração da MVA ‘ajustada’ no cálculo do imposto devido em razão da substituição tributária*”, bem como “*sua aplicação a fatos anteriores à vigência do RICMS/12*” (fls. 57 e 58).

A DITRI, por meio do auditor fiscal Cesar Augusto da Silva Fonseca, com a anuência da Gerente da GECOT, Eliete Teles de Jesus Souza (fls. 59, 60, 62 e 63), respondeu às indagações da seguinte forma:

(...)

Já a adoção de MVA's ajustadas tem por objeto evitar distorções no cálculo do ICMS em razão da origem das mercadorias. Assim uma MVA mais elevada busca compensar o efeito de “benefício fiscal” decorrente da aplicação de uma alíquota menor em relação às demais alíquotas. Por isso, quanto menor a alíquota do estado de origem, maior a MVA aplicada.

Na dicção do artigo 87, inciso LVI, Art. 87. “É reduzida a base de cálculo (...) das operações internas com vinhos nacionais da posição NCM 2204, de forma que a carga de ICMS corresponda a 12% (doze por cento). Equivale a dizer que, independente de quais sejam os valores utilizados, não se poderá imputar à operação, a título de ICMS, mais que 12% (doze

por cento) do valor da operação. Seria o caso de dizer-se que nesse caso não há outro cálculo a fazer senão o de incluir a carga tributária de 12% no valor da operação. Assim, nos casos em que se outorga uma redução da base de cálculo, quando se admite um valor da operação reduzido para fins de cálculo do ICMS a ser antecipado pelo substituto, é preciso determinar-se esse valor reduzido. Daí porque aplica-se uma MVA que, ajustada, reflete a base de cálculo já reduzida.

(...)

A Margem de Valor Agregado - MVA é uma base de cálculo presumida, aplicável no cálculo do ICMS - Substituição Tributária. Denomina-se “MVA ajustada” o cálculo a ser utilizado nas hipóteses em que a alíquota interna do ICMS for superior à alíquota interestadual. No caso em exame, busca-se determinar o termo inicial de aplicação de “MVA's ajustadas” para evitar distorções no cálculo do ICMS em razão da origem das mercadorias.

Nos termos do PARECER Nº 03929, de 24/02/2012, desta Diretoria de Tributação, “Aplica-se a MVA ajustada para o cálculo da antecipação tributária nas aquisições interestaduais de vinhos da posição da NCM 2204, não incluídos no Anexo Único do Protocolo 107/09, sujeitos à substituição tributária e redução da base de cálculo nas operações internas, conforme disciplina o art. 87, inciso LVI c/c art. 353, II, 2.2 do RICMS-BA.”

“aplica-se a redução da base cálculo, de forma que a carga tributária corresponda a 12% (doze por cento). Assim, na realização do cálculo do ICMS-ST relativo às operações internas, aplica-se a “MVA ajustada”, que corresponde a 36,37% sobre o valor da nota fiscal e, sobre o valor encontrado aplica-se o coeficiente de redução de 55% para encontrar a base de cálculo reduzida, aplicando-se, por fim, a alíquota de 27% prevista no RICMS-BA, art. 51-A, inciso II.”

No regime de substituição tributária, os contribuintes que promoverem operações interestaduais deverão observar o disposto na legislação tributária da unidade federada de destino, conforme a Cláusula Oitava do Convênio ICMS 81/1993, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária. Compulsando-se o Regulamento do ICMS observa-se que a integração na legislação que regulamenta o imposto neste estado,

da MVA ajustada para fins de antecipação tributária somente consta do texto regulamentador a partir de 1º de abril de 2012. Embora os acordos interestaduais de harmonização já trouxessem a previsão de MVA's ajustadas, somente a partir dessa data é que passaram a ser aplicadas pela legislação interna. Até então deveriam ser aplicadas as MVA “normais”.

O Dr. José Eduardo Chaves Rebouças, da Representação Regional de Feira de Santana da Procuradoria Geral do Estado concluiu que (fl. 64):

1. “a lavratura do AI deveria ter utilizado a redução da base de cálculo de 12%, conforme último

parágrafo da f. 59 verso do Parecer DITRI, portanto o AI foi lavrado em desconformidade com o entendimento hegemônico da Administração”;

2. *“deve ser utilizada concomitante da ‘MVA normais’ a fatos anteriores a vigência do RICMS/2012, cf. entendimento esposado pelo Parecer DITRI de fs. 62/63, último parágrafo”.* (sic)

Por fim, o procurador sugeriu que *“o AI sob exame seja ajustado a estes entendimentos”*.

A Dra. Flávia Almeida Pita, procuradora lotada na Representação Regional de Feira de Santana da Procuradoria Geral do Estado, representou a este CONSEF para *“cancelamento do crédito tributário lançado nestes autos”*, informando, ainda, que *“já fora lavrado o Auto de Infração nº 0890270005133 (fl. 67), em que foi lançado o crédito tributário da forma ajustada à legislação, que já se encontra, inclusive, extinto por pagamento”* (fls. 76 e 79).

Os autos foram remetidos à PGE/PROFIS e a Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, procuradora assistente, proferiu o seguinte despacho: *“Encaminhe-se à SEFAZ/CONSEF, para conhecimento e deliberação acerca da representação oferecida no âmbito da Representação Regional de Feira de Santana, não subordinada hierarquicamente a esta Procuradoria Fiscal”*.

VOTO

A Representação proposta merece acatamento.

Verifico que foi cobrado, no presente lançamento de ofício, o ICMS em razão da constatação de três infrações decorrentes de antecipação tributária e parcial, nas entradas de mercadorias no estabelecimento do autuado.

O sujeito passivo deixou transcorrer *in albis* o prazo de defesa, mas, posteriormente, ingressou com Pedido de Controle da Legalidade junto à Procuradoria Geral do Estado, alegando que o autuante havia deixado de aplicar a redução de base de cálculo prevista no artigo 87, inciso LVI, do RICMS/97, de forma que a carga tributária correspondesse a 12% nas operações internas com vinhos nacionais classificados na NCM 2204, de acordo com o Parecer DITRI nº 03929/2012 (fls. 51 e 52).

O autuante, embora não concordando com o entendimento da DITRI, decidiu acolhê-lo (fl. 65) e, em vez de retificar este lançamento, lavrou um novo Auto de Infração com *“o mesmo objeto e o mesmo período fiscalizado, ajustando-se aos posicionamentos e Pareceres já referidos”*, de acordo com o despacho exarado pelo Inspetor da Inspetoria de Feira de Santana.

Dessa forma, a fim de evitar duplicidade na cobrança do imposto, deve-se acatar a Representação interposta, até porque, consoante a informação prestada pela Representação Regional de Feira de Santana da Procuradoria Geral do Estado, o lançamento de ofício posteriormente emitido já se encontra baixado por pagamento, nada mais restando a ser exigido.

Ante o exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS, para cancelar o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **089027.0023/12-3**, lavrado contra **PAULO GABRIEL DOS SANTOS QUEIROZ (COMERCIAL DE FRUTAS) - ME**.

Sala de Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS