

A. I. Nº - 281071.0020/15-4
AUTUADO - TECIDOS E ARMARINHOS MIGUEL BARTOLOMEU S/A. - TAMBASA
AUTUANTE - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05.04.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0029-04/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOS O ICMS-ST. **a)** ARTIGOS DE PAPELARIA. Infração procedente. **b)** AUTO PEÇAS. Infração improcedente **c)** MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. Infração procedente. **d)** MATERIAL DE LIMPEZA. Infração elidida. **e)** PRODUTOS FARMACÊUTICOS. Infração improcedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2016, exige ICMS no valor de R\$945.617,63, por meio das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Protocolo ICMS nº 28/10 e alterações posteriores. Valor Histórico: R\$126.419,38 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 – Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte, localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Protocolo ICM nº 41/08. Valor Histórico: R\$34.308,80 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 – Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte, localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Protocolo ICMS nº 26/10 e alterações posteriores. Valor Histórico: R\$702.616,68 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 – Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Protocolo ICMS nº 106/09 e alterações posteriores. Valor Histórico: R\$78.366,98 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 – Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte, localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Convênio ICMS nº 76/94 e alterações posteriores. Valor Histórico: R\$3.905,79 - Multa de 60%;

O autuado apresenta defesa, fls. 253/256, e após relatar a pretensão do fisco, adentra no mérito da defesa, quando relata que juntamente com o Auto de Infração, recebeu da SEFAZ/Ba, 12 (doze) Arquivos Eletrônicos, correspondentes aos demonstrativos analíticos de débitos que deram suporte à lavratura do AI ora combatido, os quais foram editados e posteriormente auditados pelo Corpo Técnico da impugnante, momento em que foi acrescido aos mesmos uma coluna informativa, sem alteração do conteúdo, gravado em mídia (CD), que anexa à presente defesa.

Na infração 1, relativa à artigos de papelaria, sob a égide do Protocolo ICMS nº 28/10, aduz que no arquivo eletrônico encaminhado e que deu suporte a lavratura do Auto de Infração em referência, lhe foi informado a retenção a menor do ICMS devido por Substituição Tributária para os produtos relacionados ao Protocolo ICMS 28/10 (ANEXO nº “1”), não procede, uma vez que, o tributo retido e devidamente recolhido, foi calculado com a observância do disposto no Anexo Único do Protocolo ICMS 28/10, o que desqualifica o presente Auto de Infração.

Para a infração 2, referente a Auto Peças, destaca que no arquivo eletrônico encaminhado e que deu suporte a lavratura do Auto de Infração em referência, lhe foi informado a retenção a menor do ICMS devido por Substituição Tributária para os produtos relacionados ao Protocolo ICMS 41/08 (ANEXO nº “2”), não procede, uma vez que, a “MVA” considerada pelo Fisco Baiano, corresponde àquela constante da alteração determinada pelo Protocolo ICMS 103/2014, publicado no DOU de 19/12/2014, com vigência a partir de 01/02/2015 (ANEXO nº “3”), não podendo retroagir os seus efeitos, sob pena de ferir o Princípio da Irretroatividade da Legislação tributária, motivo pelo qual também desqualifica o presente Auto de Infração.

Em relação à infração 3, refuta que no arquivo eletrônico encaminhado e que deu suporte a lavratura do Auto de Infração em referência, lhe foi informado a retenção a menor do ICMS devido por Substituição Tributária para os produtos relacionados ao Protocolo ICMS 26/10 (ANEXO nº “4”), não procede, uma vez que, o tributo retido e devidamente recolhido, foi calculado com a observância do disposto no anexo único do Protocolo ICMS 26/10, o que desqualifica o presente Auto de Infração.

No que pertine à infração 4, assinala que no arquivo eletrônico encaminhado e que deu suporte a lavratura do Auto de Infração em referência, lhe foi informado a retenção a menor do ICMS devido por Substituição Tributária para os produtos relacionados ao Protocolo ICMS 106/09 (ANEXO nº “5”), porém o Protocolo em questão em nada tem a ver com o Estado de Minas Gerais, tendo em vista que o mesmo fora firmado entre os Estados de São Paulo e Bahia.

Esclarece que o Protocolo firmado entre os Estados de Minas Gerais e Bahia é o Protocolo ICMS 27/10 (ANEXO nº “6”), o que também desqualifica o presente Auto de Infração. Ademais, pontua que todos os cálculos e respectivo recolhimento, do ICMS devido por Substituição Tributária, estão plenamente de acordo com este último Protocolo, que é o correto.

Nos argumentos da infração 5, volta a alegar que no arquivo eletrônico encaminhado e que deu suporte a lavratura do Auto de Infração em referência, lhe foi informado a falta de retenção do ICMS devido por Substituição Tributária para os produtos farmacêuticos relacionados ao Convênio ICMS 76/94 (ANEXO nº “7”).

Ressalta que o Fisco Baiano alegou em seu trabalho o recolhimento a menor, porém não levou em conta em seus cálculos a redução de 10% na base de cálculo do ICMS, corretamente aplicada pelo autuado, redução esta, trazida para o Ordenamento Jurídico Pátrio pelo referido Convênio ICMS, conforme previsto em sua Cláusula Segunda, parágrafo 5º – reproduz.

Explica que a Consulta de Contribuinte, Parecer nº 11452/2010, de 05/07/2010 (ANEXO nº “8”), ratifica a posição, no sentido de que a redução por ela aplicada está plenamente correta, confirmando que a retenção do tributo e seu respectivo recolhimento, por ela realizados, foram feitos com a observância da Cláusula Segunda, parágrafo 5º, do Convênio ICMS 76/94, o que, mais uma vez, desqualifica o presente Auto de Infração.

Por fim, requer o cancelamento do Auto de Infração, por sua inconsistência e nulidade do lançamento e no mérito, extinção do lançamento fiscal absolutamente incorreto, pelas razões e fundamentos acima apresentados.

Na Informação fiscal, fls. 263/267, o autuante informa que a lavratura do auto de infração teve por fundamento a constatação de divergências no cálculo do ICMS Substituição Tributária em diversas Notas Fiscais emitidas pela autuada no período compreendido entre 01/01/2014 e

31/12/2014, nas operações de saídas de mercadorias para destinatários situados no Estado da Bahia.

Ressalta que tais divergências constam nos demonstrativos acostados ao auto de infração conforme fls. 17 a 242, e arquivos digitais contidos no CD-R anexado às fls. 243. O valor original do débito, somando-se todas as infrações identificadas, é da ordem de R\$945.617,63, sendo acrescidos das demais cominações legais.

Destaca que o autuado declara ter anexado à sua defesa uma mídia CD em que constariam os 12 (doze) arquivos eletrônicos, correspondentes aos demonstrativos analíticos de débitos que deram suporte à lavratura do Auto de Infração, os quais teriam sido *"editados e posteriormente auditados pelo corpo técnico da Impugnante, momento em que foi acrescida aos mesmos uma coluna informativa, sem alterar-lhes o conteúdo, justificando o lançamento e cobrança indevidos do ICMS Substituição Tributária, sendo posteriormente regravados com essa nova informação elucidativa[...]constituindo-se em elemento de prova para a Impugnante, em relação a cada Infração apontada"* (fls. 253).

Aduz que a referida mídia CD encontra-se anexada ao PAF às fls. 258, no entanto seu conteúdo restringe-se somente a uma cópia do arquivo correspondente ao próprio texto da defesa, acostado às fls. 253 a 256 do processo.

Informa acerca dos argumentos apresentados na peça impugnatória.

Na infração 1 - A autuada somente afirma que a infração não procede, declarando que *"o tributo retido e devidamente recolhido, foi calculado com a observância do disposto no anexo único do Protocolo ICMS 28/10, o que desqualifica o presente AI"*.

Argui que a argumentação da defesa carece de fundamentação. A autuação, por sua vez, evidencia através dos demonstrativos analíticos (Anexos 1A, 1B, 1C. até 12A, 12B, 12C) todo o detalhamento das divergências apuradas, identificando-se, para cada produto e em cada nota fiscal, o percentual de margem de valor agregado - MVA correto, conforme a legislação pertinente, bem como as diferenças no ICMS - Substituição Tributária, calculadas por item de produto. Mantém a autuação.

Contesta as razões defensivas referente à infração 2 sobre a cobrança das divergências apuradas, alegando que a Margem de Valor Agregada - MVA *"considerada pelo Fisco Baiano, corresponde àquela constante da alteração determinada pelo Protocolo ICMS nº 103/2014, publicado no DOU de 19/12/2014, com vigência a partir de 01/02/2015 (ANEXO nº "3"), não podendo retroagir os seus efeitos, sob pena de ferir o Princípio da Irretroatividade da Legislação tributária, motivo pelo qual também desqualifica o presente AI"*.

Acolhe a razão quanto a este ponto, de modo que foram refeitos os cálculos realizados durante a auditoria, com os percentuais de MVA pertinentes ao período fiscalizado, tendo então sido eliminadas as divergências apuradas anteriormente. Acata o argumento quanto à Infração 2, que deve ser desconsiderada.

Em relação à infração 3, verifica que o autuado limita-se a afirmar que a mesma não procede, uma vez que *"o tributo retido e devidamente recolhido, foi calculado com a observância do disposto no anexo único do Protocolo ICMS 26/10, o que desqualifica o presente AI"*.

A exemplo das demais infrações, pontua que os demonstrativos analíticos supracitados (Anexos 1A, 1B, 1C. até 12A, 12B, 12C) demonstram a origem de todas as divergências apuradas, apontando-se, para cada produto e em cada nota fiscal, o percentual de margem de valor agregado - MVA correto, de acordo com a legislação pertinente, assim como as diferenças no ICMS - Substituição Tributária, calculadas por item de produto. Manteve a infração.

Nos argumentos da infração 4, observa que o contribuinte busca desqualificar a autuação alegando que *"no arquivo eletrônico encaminhado à Impugnante e que deu suporte a lavratura do Auto de Infração em referência, lhe foi informado a retenção a menor do ICMS devido por*

Substituição Tributária para os produtos relacionados ao Protocolo ICMS 106/09" e que portanto haveria erro na indicação do enquadramento legal, pois o mesmo se refere a operações realizadas entre os Estados de São Paulo e Bahia. Argumenta que "na verdade, o Protocolo firmado entre os Estados de Minas Gerais e Bahia é o Protocolo ICMS 27/10".

Percebe, de fato, que no corpo do Auto de Infração, acostado ao PAF às fls. 01 a 04 consta erroneamente, para esta infração, o enquadramento no Protocolo ICMS 106/09. No entanto, esclarece que se trata de porém, de erro puramente formal, que não invalida o lançamento.

Salienta que a impressão do auto de infração pelo sistema SEAI - Sistema de Emissão de Auto de Infração foi gerada com a referência apenas ao Protocolo ICMS 106/09 por um erro de sistema, embora a alimentação dos dados tenha ocorrido na opção correta, que engloba também o Protocolo ICMS 27/10, como se observa nas cópias de telas de fls. 265/266.

Afirma que todo o trabalho de auditoria foi realizado com base no enquadramento legal correto, ou seja, no Protocolo ICMS 27/10, como se pode observar nas referências contidas claramente nos demonstrativos analíticos elaborados pelo autuante (Anexos 1A, 1B, 1C. até 12A, 12B, 12C).

Assinala que trata-se somente de erro formal, na apresentação impressa do auto de infração, que não invalida a autuação, pois seu embasamento foi feito na legislação pertinente, com os devidos elementos comprobatórios.

Observa que o tratamento dispensado pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal RPAF/BA - Decreto nº 7.629/1999, no tocante às nulidades processuais: ***"Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal."*** Mantém a infração 4.

Por fim, na infração 5, destaca que a autuada argumenta que *"o Fisco Baiano alegou em seu trabalho o recolhimento a menor, porém não levou em conta em seus cálculos a redução de 10% na base de cálculo do ICMS, corretamente aplicada pela Impugnante, redução esta, trazida para o Ordenamento Jurídico Pátrio pelo referido Convênio ICMS, conforme previsto em sua Cláusula Segunda, parágrafo 5º, como segue": § 5º A base de cálculo prevista nesta cláusula será reduzida em 10% (dez por cento), não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7% (sete por cento)."*

Fundamenta também sua defesa na Consulta de Contribuinte, Parecer nº 11452/2010, de 05/07/2010, a qual *"ratifica a posição da Impugnante, no sentido de que a redução por ela aplicada está plenamente correta, confirmando que a retenção do tributo e seu respectivo recolhimento, por ela realizados, foram feitos com a observância da Cláusula Segunda, parágrafo 5º, do Convênio ICMS 76/94, o que, mais uma vez, desqualifica o presente Auto de Infração."*

Acata as alegações do autuado, e após terem sido refeitos os cálculos pertinentes, com a devida redução da base de cálculo, verifica que as divergências anteriormente apontadas foram eliminadas.

Conclui que as infrações 1, 3 e 4, devem ser mantidas.

Acata as demais alegações da defesa quanto às infrações 2 e 5, que devem ser desconsideradas, reduzindo-se o montante total do débito em R\$ 38.214,59, assim, pede pela Procedência Parcial reduzindo o valor histórico para R\$907.403,04, com os demais acréscimos estabelecidos pela legislação vigente.

Em manifestação o contribuinte, fls. 272/277, fundamenta que:

INFRAÇÃO 1 – Seguiu no cálculo do ICMS/ST, a margem de valor agregado (MVA) constante no Protocolo ICMS 28/2010. Portanto, sustenta que é improcedente a autuação em tela, já que os valores recolhidos nas notas fiscais estão de acordo com o MVA constante no anexo único do

Protocolo ICMS 28/2010, que regulamenta as operações entre os entes signatários Bahia e Minas Gerais.

Destaca que a decisão reproduzida fls. 273/284, como na intimação, é vaga e genérica, não entrando no mérito das razões apresentadas pelo autuado. Fala que a fundamentação objetiva com ataque direto ao alegado na defesa, ou seja, os valores recolhidos nas notas fiscais estão de acordo com o MVA constante no anexo único do Protocolo ICMS 28/2010, que regulamenta as operações entre os entes signatários Bahia e Minas Gerais.

Pede que a Infração seja cancelada.

INFRAÇÃO 3 – Volta a afirmar que esta imputação é improcedente. Pontua que os valores recolhidos nas notas fiscais estão de acordo com o MVA constante no anexo único do Protocolo ICMS 26/2010, que regulamenta as operações entre os entes signatários Bahia e Minas Gerais. Pede pelo cancelamento.

INFRAÇÃO 4 – para contrapor a autuação desta imputação, verificou que a mencionada legislação utilizada como referência, tem como signatários os Estados de Bahia e São Paulo. Pontua que as operações entre BA e MG estão regulamentadas pelo Protocolo ICMS 27/2010, dessa forma, as margens de valor agregado (MVA), utilizadas pela Autuada em seus documentos fiscais estão de acordo com o que rege a legislação.

Afirma que na conferência realizada, verificou que a MVA usado foi realmente o do Protocolo ICMS 106/09, com o Estado de São Paulo e não o MVA do Protocolo ICMS 27/2010 do Estado de Minas Gerais.

Destaca que a afirmação não confere com o cálculo realizado pelo Impugnante, e deve ser refeito para a correção devida. A afirmação que só a referência é do Protocolo ICMS 106/09, mas a alimentação foi realizada com os dados do MVA do Protocolo ICMS 27/10 não é verdadeira e sua manutenção causará enorme prejuízo ao Contribuinte.

Pede o cancelamento da infração deva ser cancelada não tendo sido o erro simplesmente formal, mas erro de fato.

Segue uma NCM constante no Anexo do Auto de Infração, vê-se que a Margem de Valor agregada do Protocolo ICMS 27/2010, difere do Protocolo ICMS 106/09, dessa forma, seguiu nas notas fiscais o MVA correto (79,28%), o que desqualifica o Auto de Infração e a alegação do Fisco na qual o erro na indicação da legislação tomada como base foi apenas "sistêmico".

Pelo que expõe e argumenta, requer o cancelamento do lançamento fiscal.

O autuante em nova informação fiscal, fls. 310/314, reitera o entendimento anterior, reconhecendo a improcedência da autuação quanto às infrações 2 (código 08.31.02) e 5 (código 08.15.02), e mantendo a autuação quanto às infrações 1 (código 08.41.03), 3 (código 08.50.02) e 4 (código 08.36.01).

Na infração 1, já comprovado através dos demonstrativos analíticos (Anexos 1A, 1B, 1C. até 12A, 12B, 12C) a autuada não utilizou os valores corretos de MVA. Acrescenta que os cálculos efetuados pelo autuante nos citados demonstrativos levaram em consideração os percentuais de MVA estabelecidos no Protocolo ICMS 28/2010, alterado pelo Protocolo ICMS 47, de 05/04/2013 – transcreve o dispositivo.

Argui que as MVA constantes do anexo único 1 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia foram modificadas conforme Alteração nº 14 (Decreto nº 14.550, de 19/06/13, DOE de 20/06/13), cuja cópia segue anexa ao presente PAF.

Cita como exemplo o produto de código 19079 - "COLA ESCOLAR 90G KIKO-JUJU/PULVIT", NCM 3506.10.90 (fls. 19), enquadrada no item 27.41 do anexo 1 do RICMS/BA, para o qual a autuada emitiu notas fiscais de saída empregando a MVA de 91,60%, quando o percentual correto é de 95,86%, conforme consta no texto da Alteração de número 14 – reproduz.

Assinala que os demais produtos relacionados nos citados demonstrativos analíticos (Anexos 1A, 1B, 1C... até 12A, 12B, 12C), foram também objeto de autuação pelo mesmo motivo, ou seja, aplicação de percentual incorreto de MVA, resultando em recolhimento a menor do ICMS Substituição Tributária ao Estado da Bahia. Sendo assim, comprova-se a procedência da infração 1 (código 08.41.03 - Artigos de Papelaria), que deve ser mantida.

Para a infração 3, também neste caso a empresa alega a sua improcedência, uma vez que a mesma teria seguido as disposições do Protocolo ICMS 26/2010, quanto aos percentuais de MVA aplicáveis. Porém trata-se de situação análoga à da infração 1.

Chama atenção que os citados demonstrativos analíticos (Anexos 1A, 1B, 1C... até 12A, 12B, 12C) comprovam que a autuada não utilizou os valores corretos de MVA. Afirma que aplicou nos cálculos contidos nos referidos demonstrativos os percentuais de MVA estabelecidos no Protocolo ICMS 26/2010, alterado pelo Protocolo ICMS 48, de 05/04/2013.

Destaca que, neste caso, houve modificação das MVA constantes do anexo único 1 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, conforme Alteração nº 14 (Decreto nº 14.550, de 19/06/13, DOE de 20/06/13).

Volta a dar exemplo: o produto de código 17081 - "CANALETA SISTEMA X 25X2M PERMATTI", NCM 3916.20.00 (fls. 20), enquadrada no item 24.3 do anexo 1 do RICMS/BA, para o qual a autuada emitiu notas fiscais de saída empregando a MVA de 61,35% quando o percentual correto é de 75,92%, conforme consta no texto da Alteração de número 14.

Pontua que os demais produtos relacionados nos citados demonstrativos analíticos foram também autuados pelo mesmo motivo, ou seja, aplicação de percentual incorreto de MVA, resultando em recolhimento a menor do ICMS Substituição Tributária ao Estado da Bahia. Sendo assim, comprova-se a procedência da infração 3 (código 08.50.02 - Materiais de Construção), que deve ser mantida.

Em relação à infração 4, verifica que novamente a empresa afirma a improcedência da autuação, argumentando que teria observado as disposições do Protocolo ICMS 27/2010, quanto aos percentuais de MVA aplicáveis ao caso. Alega que o autuante empregou nos cálculos os percentuais de MVA relativas ao Protocolo ICMS 106/2009

Apresenta como exemplo (fls. 277) a NCM do grupo 2815.3, enquadrada no item 25.32 do anexo único do RICMS/BA, para a qual a MVA aplicável, segundo o Protocolo ICMS 27/2010 seria a de 79,28%, enquanto que o autuante teria utilizado a MVA de 87,86%, correspondente ao Protocolo ICMS 106/2009, razão pela qual estaria demonstrada a improcedência da autuação.

Disse que mais uma vez têm-se situação análoga à das infrações 1 e 3.

Reafirma que os demonstrativos que embasam o Auto de Infração evidenciam que a autuada não utilizou os valores corretos de MVA. Em seus cálculos aplicou os percentuais de MVA estabelecidos no Protocolo ICMS 27/2010, alterado pelo Protocolo ICMS 49/2013 – transcreve.

Verifica que também neste caso ocorreu modificação das MVA constantes do Anexo Único 1 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, conforme Alteração nº 14 (Decreto nº 14.550, de 19/06/13, DOE de 20/06/13). Como exemplo cita os produtos enquadrados na NCM indicada pela autuada: o produto de código 08507 - "ALGICIDA CHOQUE Q-CLOR 1L", NCM 2815.30.00 (fls. 18), enquadrada no item 25.32 do anexo 1 do RICMS/BA, para o qual a autuada emitiu notas fiscais de saída empregando a MVA de 79,28% quando o percentual correto é de 87,86% - reproduz

Reitera que os demais produtos relacionados nos citados demonstrativos analíticos foram também autuados pela mesma razão, isto é, aplicação de percentual incorreto de MVA, resultando em recolhimento a menor do ICMS Substituição Tributária ao Estado da Bahia.

Portanto, comprova-se também a procedência da infração 4 (código 08.36.01 - Material de Limpeza), que deve ser mantida.

Reitera pela Procedência Parcial no valor já exposto na informação fiscal anterior.

VOTO

Inicialmente destaco que o Auto de Infração foi lavrado com estrita observância do art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sobretudo com a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

No presente lançamento fiscal consta a apuração de 05 infrações, todas relativas ao exercício de 2014, nas quais está sendo exigido ICMS retido e recolhido a menor, pelo sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, de diversas mercadorias que estão sob a égide de Protocolos ICMS distintos.

Reza o art. 295 e parágrafos do RICMS/BA, Decreto 13.780/92, que “Nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nos convênios e protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas”, sendo que o imposto retido pelo sujeito passivo por substituição deverá ser recolhido por meio da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), em agência de banco credenciado pela unidade federada interessada, situada na praça do estabelecimento remetente, em conta especial, a crédito do governo em cujo território se encontrar estabelecido o adquirente das mercadorias.

Deverá ser utilizada GNRE específica para cada convênio ou protocolo, sempre que o sujeito passivo por substituição operar com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária regido por normas diversas.

Presente esta explanação passo a analisar individualmente as infrações relatadas neste Auto de Infração.

Na infração 01, os produtos (artigos de papelaria) referem-se àqueles que estão sob a égide do Protocolo ICMS 28/10, celebrado entre os Estados de Minas Gerais e Bahia, no qual esses entes federativos acordaram que nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado –NCM / SH, destinadas ao Estado de Minas Gerais ou ao Estado da Bahia, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, 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 subsequentes.

Esta norma fixa a base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, que será o valor correspondente ao preço único ou máximo de venda a varejo fixado pelo órgão público competente. Contudo, inexistindo este valor, a base de cálculo corresponderá ao montante formado pelo preço praticado pelo remetente, incluídos os valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado.

Reza a Cláusula quarta do mencionado Protocolo que o imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição será calculado mediante a aplicação da alíquota vigente para as operações internas a consumidor final na unidade federada de destino, sobre a base de cálculo prevista neste protocolo, deduzindo-se, do valor obtido, o imposto devido pela operação própria do remetente, desde que corretamente destacado no documento fiscal.

Com base nos procedimentos que devem ser adotados para o cálculo do ICMS/Substituição Tributária, fomos até o Anexo 1 do Regulamento do ICMS, Decreto 13.780/2012, com redação vigente no exercício de 2014, onde se encontra a MVA a ser aplicada em cada operação sob comento, tomando-se por base a alíquota do Estado destinatário (Minas Gerais) e a alíquota do Estado de destino (Bahia), e desse modo procedemos à checagem de alguns itens do levantamento do autuante, traduzido nas planilhas de fls. 18 a 242 do PAF, no exercício de 2014.

Assim, na infração 01, verificamos que o Produto “COLA ESCOLAR”, listado na fl.19, NCM 3506.10.90, item 27.41 do Anexo 1, com a alíquota de 7%, a MVA correta é de 95,86%, como aplicada pelo autuante.

O produto “CORRETIVO”, listado na fl 20, NCM 3824.90.29, item 27.3, alíquota de 7%, a MVA correta é de 99,96%, como aplicada pelo autuante.

O produto “PAPEL CHAMEX”, listado na fl. 49, Item 27.39, alíquota de 7%, a MVA correta é de 52,74%, como aplicada pelo autuante.

O produto “PASTA ARQUIVO”, listado na fl. 127, Item 27.32, alíquota de 7%, a MVA correta é de 109,41%, conforme aplicada pelo autuante.

Desse modo, é procedente a infração, posição que já tinha sido adotada pelo autuante na informação fiscal, a qual, por dever de ofício fomos analisar, caindo por terra os argumentos do defendente.

Infração mantida.

Na infração 02, por equívoco o autuante aplicou a MVA referente a Auto Peças, correspondente àquela constante da alteração determinada pelo Protocolo ICMS 103/2014, publicado no DOU de 19/12/2014, com vigência a partir de 01/02/2015 (ANEXO nº “3”), e o exercício que gerou a autuação é o de 2014.

Esse fato foi, de imediato, detectado pela sociedade empresária, ao checar o arquivo eletrônico encaminhado pelo autuante, e que deu suporte a lavratura do Auto de Infração em referência, relativo à retenção a menor do ICMS devido por Substituição Tributária para os produtos relacionados ao Protocolo ICMS 41/08 (ANEXO nº “2”).

O autuante na informação fiscal reconheceu o equívoco e opinou pela improcedência da autuação, no que acompanho. Infração improcedente.

A infração 03 relativa à produtos que estão sob a égide do Protocolo ICMS 26/10, Material de Construção, também foram checados, em amostragem, com o Anexo 1 do RICMS/2012, exercício de 2014, do que resultou a conclusão de que o trabalho do autuante está correto, quando aplicou as alíquotas corretas para cada operação, que se encontra listada nas planilhas de fls. 18 a 242, cujos arquivos eletrônicos foram entregues ao contribuinte o que permitiu o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Assim, verifico que o produto “PORTA PRANCHETA”, Item, 24.23, fl. 49, Aliquota de 7%, a MVA é de 56,87%, como corretamente aplicada pelo autuante.

O produto “DISCO LIXA FERRO 80 NORTON”, item 24.30, fl. 56, alíquota de 7%, a MVA é de 87,12%, corretamente aplicada pelo autuante.

Também o produto “SALVA REGISTRO C 23”, item 24.83, fl. 86, alíquota de 7%, a MVA é de 64,71%, corretamente aplicada pelo autuante.

Desse modo, não procede o argumento do sujeito passivo tributário, no sentido de que a MVA considerada pelo autuante estaria equivocada. Ademais, os argumentos de defesa foram genéricos, no sentido de que “o tributo retido e devidamente recolhido, foi calculado, com a observância do disposto no Anexo Único do Protocolo ICMS 26/10”, fato que não se confirmou quando da realização da checagem acima detalhada, e que já tinha sido refutado pelo autuante desde a informação fiscal.

Infração procedente.

Na infração 04, o defendente argumenta que no arquivo eletrônico encaminhado e que deu suporte a lavratura deste Auto de Infração, lhe foi informado a retenção a menor do ICMS devido por Substituição Tributária para os produtos relacionados ao Protocolo ICMS 106/09 (ANEXO nº

“5”), porém o Protocolo em questão em nada tem a ver com o Estado de Minas Gerais, tendo em vista que o mesmo fora firmado entre os Estados de São Paulo e Bahia.

Esclarece que O Protocolo firmado entre os Estados de Minas Gerais e Bahia é o Protocolo ICMS 27/10 (ANEXO nº “6”), o que também desqualifica o presente Auto de Infração. Ademais, pontua que todos os cálculos e respectivo recolhimento, do ICMS devido por Substituição Tributária, que realizou, estão plenamente de acordo com este último Protocolo, que é o correto.

Diante dos argumentos postos, procedemos ao cotejo de alguns produtos com o que dispõe o Protocolo ICMS 27/10, que efetivamente encontra-se apontado nas planilhas, como pertinentes aos produtos alcançados nesta infração. Porém, embora as planilhas relativas à infração acusem o Protocolo ICMS 27/10 e na indicação do enquadramento da infração conste o Protocolo ICMS 106/09, este fato, por si só não teria o condão de invalidar a infração, posto que pela sua descrição e pela informação constante nas planilhas relativas à infração, fica evidente o enquadramento legal. Portanto é um erro perfeitamente sanável, como ressaltou o auditor fiscal. Não obstante essa possibilidade, o que foi verificado por esta Relatora é que a MVA adotada pelo autuante, por equívoco foi a pertinente às operações entre os Estados de Bahia e São Paulo, consoante o Protocolo ICMS 106/09, exemplifico:

O produto “DESINFETANTE”, fl. 172, Item 25.11, alíquota de 7%, a MVA aplicada pelo autuante foi a de 66,51%, quando a correta é de 59,11, que foi utilizada pelo contribuinte/substituto, referente ao Protocolo ICMS 27/10.

O produto “AMACIANTE DE ROUPA”, FL. 172, ITEM 25.12, ALIQUOTA DE 7%, foi utilizada a MVA de 52,09% pelo autuante, quando a correta é de 42,3%, como utilizada pelo autuado.

O produtos “BOMBA INSETICIDA”, FL. 230, Item 25.39, alíquota de 7%, a MVA utilizada na autuação foi de 87,79%, quando a correta é de 66,95%, em conformidade com a utilizada pelo autuado.

Como conclusão a infração é improcedente, pois, por equívoco, o autuante ao efetuar o levantamento fiscal, indicou no enquadramento da infração e nas planilhas que originaram a infração, aplicou a MVA referente ao Protocolo ICMS 106/09, firmado entre a Bahia e São Paulo, e a sociedade empresária está localizada no Estado de Minas Gerais, sendo que a sociedade empresária efetuou a retenção e o recolhimento do ICMS de forma correta, ou seja, aplicou a MVA prevista no Protocolo ICMS 27/10, de forma que não há diferença de ICMS a ser exigida.

Infração elidida.

No que pertine à infração 05, referente à falta de retenção do ICMS devido por Substituição Tributária para os produtos farmacêuticos relacionados ao Convênio ICMS 76/94 (ANEXO nº “7”), o autuante acatou os argumentos da defesa, no sentido de que não levou em conta em seus cálculos a redução de 10% na base de cálculo do ICMS, corretamente aplicada pelo autuado, redução esta, trazida para o Ordenamento Jurídico Pátrio pelo referido Convênio ICMS, conforme previsto em sua Cláusula Segunda, parágrafo 5º.

O sujeito passivo inclusive traz à lide a informação sobre a Consulta de Contribuinte, Parecer nº 11452/2010, de 05/07/2010 (ANEXO nº “8”), no sentido de que a redução por ela aplicada está plenamente correta, confirmando que a retenção do tributo e seu respectivo recolhimento, foram feitos com a observância da Cláusula Segunda, parágrafo 5º, do Convênio ICMS 76/94.

Tendo razão o contribuinte, a infração não subsiste, pelo que fica improcedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281071.0020/15-4, lavrado

contra **TECIDOS E ARMARINHOS MIGUEL BARTOLOMEU S/A. - TAMBASA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$829.036,06**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2017

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIM - JULGADOR