

A. I. Nº - 210751.3002/16-7
AUTUADO - COMERCIAL ESMERALDA LTDA - EPP
AUTUANTE - SANDOVAL DE OLIVEIRA SOUZA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 24.11.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0182-05/17

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** ANTECIPAÇÃO TOTAL. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. No caso de antecipação parcial, esta é devida em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do estado para comercialização. Foram observadas as disposições contidas no Decreto 14.213/2012, quanto ao percentual de crédito fiscal admitido para as mercadorias provenientes dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo. Infração procedente. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/08/2016, exige ICMS no valor de R\$95.980,82, e multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

1 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime 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. ICMS no valor de R\$51.595,76.

2 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime 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. ICMS no valor de R\$44.385,06.

O autuado ingressa com defesa, fls. 42 a 51, e inicialmente ressalta a sua tempestividade. Relata que sempre procurou cumprir com suas obrigações, inobstante as várias dificuldades que assomam aos empresários. Aduz que opera no ramo de atividade de gêneros alimentícios, especificamente na venda de produtos hortifrutigranjeiros, gerando emprego e renda para o município quiçá para o Brasil.

Entende que o Auto de Infração é nulo, e ressalta a suspensão da exigibilidade do tributo e da multa ora exigidos.

No mérito, na modalidade de ato vinculado, o Auto de Infração deve conter os exatos e precisos ditames determinados na lei específica, o que não ocorreu, haja vista a majoração do MVA de 17,65% para 18%, demonstrado na coluna “5” das planilhas relativas às infrações. Além disso, o Sr. Fiscal não teria atentado para os valores do ICMS destacados nas notas fiscais levantadas, vez que

constata-se no demonstrativo apresentado valores divergentes dos constantes nas referidas notas fiscais. Assim, aduz que verifica-se o uso incorreto da MVA, como também a não utilização correta dos créditos de ICMS apontados nas notas fiscais de entradas, o que leva à nulidade do Auto de Infração.

Sustenta que a falta de clareza no lançamento cerceia o seu direito de defesa.

Especificamente quanto à antecipação total do ICMS, alega que o autuante cometeu equívocos quando realizou o levantamento, pois considera na “Substituição Tributária” alguns produtos que já sofreram alteração na sua tributação, com o NCM 1601 e 1602, que na realidade são presunto, salsicha, apesuntado, relacionados no item 35-A do Anexo da Substituição Tributária. Item revogado pelo Decreto 15.921 de 03/02/2015, com efeitos a partir de 04/02/2015, portanto não mais na S/T. Lembra o período autuado de 30/07/2014 a 31/12/2015.

Aduz que entre os equívocos, um dos mais graves foi a não observância do princípio da não cumulatividade, posto que os créditos apontados nas notas fiscais de compras não foram considerados.

Quanto à antecipação parcial ressalta que a maioria dos produtos que comercializa é isenta de tributação do ICMS, conforme preconiza o art. 265 do RICMS/BA, e não foram excluídos do levantamento fiscal.

Requer a total improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 91 a 102, e rebate a alegação do contribuinte que houve majoração do MVA, de 17,65% para 18%, em cálculos de produtos da substituição tributária.

Afirma que isto não ocorreu, uma vez que se prova com o próprio documento de defesa anexo aos autos (fl. 51), onde o sujeito passivo apresenta uma planilha com os seus cálculos na tentativa de apresentar erros do autuante.

Destaca que na planilha apresentada pelo fisco consta na coluna MVA, numerais com apenas 02 (dois) dígitos. **Ou seja, o sistema resume e aproxima numerais com quatro dígitos, para dois dígitos apenas para VISUALIZAÇÃO, ou seja o valor digitado foi de 17,65% e este e o percentual utilizado para o cálculo, conforme se observa que a BASE DE CÁLCULO tanto na planilha do fisco quanto na apresentada pela defesa SÃO EXATAMENTE IGUAIS.** Como foi dito, o 18% aparece apenas na visualização pois trata-se da aproximação de dígitos com quatro valores, (17,65%), mais no cálculo é considerado o percentual de quatro dígitos (17,65%).

Destaca que deve ser comparado o cálculo das duas planilhas, uma da defesa a outra do fisco.

DIFERENÇA APURADA PELA AUTUADA NO CÁLCULO DE ANTECIPAÇÃO TOTAL DO ICMS

MES/ANO	NF	UF	ALÍQUOTA	VALOR DA MERCADORIA	OUTRAS DESPESAS	VALOR TOTAL	DESC DO PRODUTO	MVA	BASE DE CÁLCULO	ICMS APURADO
jan/15	97575	MG	17%	2400		2400	ANTEC TRIB	17,65%	2.823,6	480,01
jan/15	19352	MG	17%	657,4		657,4	ANTEC TRIB	17,65%	773,4311	131,48
jan/15	19488	MG	17%	998,7		998,7	ANTEC TRIB	17,65%	1174,97055	199,74

Cálculo do fisco

NF	UF	Data da Entrada	Cod do Prod.	Aliq	Valor da Mercadoria	Vlr Total	Desc do Produto	MVA	Base de Cálculo	ICMS Apurado
97575	MG	07/01/2015	999	17%	2.400,00	2.400,00	ANTECIPAÇÃO PARCIAL	18%	2.823,60	480,01
19352	MG	07/01/2015	999	17%	657,40	657,40	ANTECIPAÇÃO PARCIAL	18%	773,43	131,48
19488	MG	12/01/2015	999	17%	998,70	998,70	ANTECIPAÇÃO PARCIAL	18%	1.174,97	199,74

Conforme pode-se conferir todo o cálculo foi realizado com o MVA 17,65% e não 18% como afirma a defesa. Não houve majoração alguma, basta que se calcule e confira. Os valores da base

cálculo batem, exatamente, com os apresentados pela defesa. Para sanear tal acusação de majoração, anexa ao final toda a planilha da substituição com a dilatação da coluna do MVA, onde apareceram as MVAs com quatro dígitos, no entanto a base de cálculo continua a mesma das planilhas anexadas ao auto de infração, pois foi utilizado o MVA 17,65%.

Salienta que na planilha apresentada pela defesa (fl. 51) como tentativa de apresentar erros, mostrando divergência dos valores calculados pelo autuante e pelos seus cálculos, observa-se, claramente, que as diferenças ocorrem não pela suposta majoração do MVA em 18%, pois foram calculados com MVA 17,65, (batem completamente com os valores apresentados na planilha de defesa), mas sim pelo crédito do ICMS da nota fiscal (ICMS DESTACADO).

A empresa não obedeceu ao que reza o Decreto 14.213/2012, onde o mesmo dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS, não autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da LCF 24 de 07 de janeiro de 1975. Destaca que o mesmo é bastante claro, no seu Anexo Único, como por exemplo o item 2. MINAS GERAIS - 2.1 MERCADORIAS REMETIDAS DE ESTABELECIMENTO ATACADISTA. – CRÉDITO ADMITIDO = 3% sobre a base de cálculo.

Tomando como exemplo, pode ser utilizado o instrumento da própria defesa, ou seja, a sua planilha (fl. 51) de substituição tributária, referente aos meses de janeiro e fevereiro/2015, na tentativa de mostrar, como exemplo, que os cálculos dos autos estão incorretos. Fazendo a comparação entre os dois cálculos (da autuada e do autuante) fica demonstrado, claramente, que o erro está nos cálculos da autuada, uma vez que a mesma utilizou o destaque do ICMS da nota fiscal, não obedecendo o que determina o Decreto 14.213/12, em utilizar o crédito admitido (3%) em compras realizadas em atacadista do Estado de Minas Gerais.

Conforme se observa na planilha apresentada pela própria defesa, a mesma não vem recolhendo regularmente os devidos tributos, e raríssimas são as declarações de recolhimento de pagamento do ICMS parcial ou Substituição, referente às diversas compras em outros Estados. Destaca que a autuada, foi omissa, em quase todos os meses do ano dos exercícios fiscalizados, quanto ao pagamento do ICMS parcial ou por Substituição Tributária. Conforme apresenta os demonstrativos de cálculos (fls. 07 e 23 do processo), a autuada não recolheu qualquer valor com relação à antecipação tributária em set./out./nov./2014, Mar./jun./jul./ago./set./out./nov./dez./2015, quanto à antecipação parcial não recolheu nos meses de: set/out/dez/2014 e mar/jun/jul/ago/set/out/nov/dez/2015.

A autuada alega (fl. 48) que o autuante, considerou “substituição Tributária” em alguns produtos que já sofreram alteração na sua tributação, como NCM 1601 e 1602. E cita alguns produtos. No entanto, em nenhum momento apresentou provas do que afirma, primeiro, que os códigos 1601 e 1602 não se referem a NCM e sim ao tipo de operação CFOP que é a sigla de Código Fiscal de Operações e Prestações, das entradas e saídas de mercadorias, intermunicipal e interestadual. Trata-se de um código numérico que identifica a natureza de circulação da mercadoria ou a prestação de serviço de transportes.

Alega a todo tempo, sem provas, que: “Dentre os equívocos encontrados, podemos citar a mais grave deles, a “não observância da sistemática de apuração do ICMS o autuante não observou a sistemática de apuração do ICMS”. Pois não concedeu corretamente, os créditos apontados nas notas fiscais de compras, afrontando assim os dispositivos constitucionais.....”

Observa que a autuada não vem acatando a glosa de créditos de determinados produtos adquiridos em alguns Estados, em especial o de MINAS GERAIS onde adquire em maior quantidade produtos para revenda.

A autuada, sem anexar prova alguma, afirma (à fl. 49), que “...a maioria dos produtos comercializados são isentos de tributação do ICMS conforme preconiza o Art. 265 do RICMS/BA, e o Sr. Agente não as excluiu da apuração do ICMS por antecipação Parcial.”

Entende que a defesa é sem sentido, em momento algum ocorreu tal operação, e opina pela manutenção do Auto de Infração.

O processo foi diligenciado à inspetoria de origem para que o sujeito passivo fosse cientificado do teor da informação fiscal bem como das planilhas que a acompanham, mas não se manifestou. (fls. 106 a 110).

Submetida ao Colegiado uma proposta de diligência, pelo Julgador Tolstoi Seara Nolasco, esta não foi acatada pelos demais julgadores, sendo o PAF submetido a julgamento.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, obedecidos os requisitos constantes no art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99). A sociedade empresária autuada recebeu cópia dos demonstrativos das infrações que lhe estão sendo atribuídas e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa. O ato administrativo de lançamento foi praticado por agente capaz, agente de tributos estaduais, no exercício de sua competência funcional, por se tratar de empresa inscrita no Simples Nacional, a teor do que dispõe o art. 42, II do RPAF/99 (Decreto 7.629/99).

Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, em decorrência de duas infrações. A primeira relativa ao recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, e a segunda por conta do recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de fora do Estado.

A opção pelo Simples Nacional, por parte do contribuinte, implica na aceitação de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação é a prevista no seu art. 18 e §§, cujo pressuposto básico é a “receita bruta”, quer para determinação da alíquota aplicável, como para a determinação da base de cálculo. Assim sendo, o valor do imposto calculado pelo Simples Nacional não perquire cada saída específica, mas um montante que servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos, com exceção das operações submetidas ao regime de antecipação ou de substituição tributária.

Na primeira infração, a defendente alega que o autuante cometeu equívocos quando realizou o levantamento, pois considera na “Substituição Tributária” alguns produtos que já sofreram alteração na sua tributação, com o NCM 1601 e 1602, que não realidade são presunto, salsicha, apesuntado, relacionados no item 35-A do Anexo da Substituição Tributária. Item revogado pelo Decreto 15.921 de 03/02/2015, com efeitos a partir de 04/02/2015, portanto não mais na S/T. Lembra o período autuado de 30/07/2014 a 31/12/2015.

Aduz que entre os equívocos, um dos mais graves foi a não observância do princípio da não cumulatividade, posto que os créditos apontados nas notas fiscais de compras não foram considerados.

Também assevera o defendente que houve a majoração do MVA de 17,65% para 18%, demonstrado na coluna “5” das planilhas relativas às infrações, além do que não teriam sido considerados os valores destacados nas notas fiscais, vez que constata-se no demonstrativo apresentado valores divergentes dos constantes nas referidas notas fiscais.

Destaco que o levantamento fiscal está retratado nas planilhas de fls. 23 a 35 do PAF.

O autuante, de forma bem assertiva rebate os argumentos da defesa, dos quais o sujeito passivo foi cientificado e não mais se manifestou. Dessa forma, esclareceu o agente de tributos, os seguintes pontos:

1 – Afirma que não houve a alegada majoração das alíquotas, uma vez que se prova com o próprio documento de defesa anexo aos autos (fl. 51) onde o sujeito passivo apresenta uma planilha com os seus cálculos. Destaca que na planilha apresentada pelo fisco consta na coluna MVA, numerais com apenas 02 (dois) dígitos. Ou seja, o sistema resume e aproxima numerais com quatro dígitos, para dois dígitos apenas para **VISUALIZAÇÃO**, ou seja o valor digitado foi de 17,65% e **este e o** percentual utilizado para o cálculo, conforme se observa que a **BASE DE CÁLCULO**, tanto na planilha do fisco, quanto na apresentada pela defesa, **SÃO EXATAMENTE IGUAIS**. Como foi dito, o 18% aparece apenas na visualização pois trata-se da aproximação de dígitos com quatro valores, (17,65%), mais o cálculo e considerado o percentual de quatro dígitos (17,65%).

Elabora tabelas demonstrando que os valores são exatamente iguais e que todo o cálculo foi realizado com a MVA 17,65% e não 18% como afirma a defesa.

2 – Foi constatado também, pelo autuante, que a sociedade empresária não obedeceu aos ditames do Decreto 14.213/2012, que dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da LC 24/75, sendo que para as MERCADORIAS REMETIDAS DE ESTABELECIMENTO ATACADISTA do Estado de Minas Gerais, o crédito admitido é de 3% sobre a base de cálculo, conforme consta no Anexo 2.

3 - Conforme se observa na planilha apresentada pela própria defesa, o autuado foi omissivo em quase todos os meses do ano dos exercícios fiscalizados quanto ao pagamento do ICMS parcial ou Substituição. Conforme os demonstrativos de cálculos (fls. 07 e 23 do processo), efetuados pelo autuante, o sujeito passivo não recolheu qualquer valor com relação à antecipação tributária em set./out./nov./2014, mar./jun./jul./agosto/set./out./nov./dez./2015. Quanto à antecipação parcial não recolheu nos meses: set/out/dez/2014 e mar/jun/jul/ago/set/out/nov/dez/2015.

4 – Os códigos 1601 e 1602 não se refere a NCM e sim ao tipo de operação, CFOP - Código Fiscal de Operações e Prestações, das entradas e saídas de mercadorias, intermunicipal e interestadual. Logo não se prestam a invalidar o lançamento fiscal, sob o argumento de que produtos tais como presunto, salsicha, e apresuntado não estariam sob a égide do regime de substituição tributária. Sequer foram apontados os supostos documentos fiscais que se relacionariam com essas mercadorias.

5 – O defendente não apontou especificamente quais produtos comercializados seriam isentos de tributação, como disposto no art. 265 do RICMS/2012.

Desse modo não trouxe provas de que ocorreram equívocos no levantamento fiscal, o autuante opina pela manutenção da infração.

Da análise dos autos e da legislação de regência, especificamente o Decreto nº 14.213/2012, chego às seguintes conclusões, na qualidade de Relatora deste PAF, segundo a ordem das contra-razões ditas pelo autuante acima expostas:

1 – Com relação à MVA no percentual de 17,65%, acompanho o esclarecimento já prolatado pelo autuante, no sentido de que o valor digitado foi de 17,65% e este foi o percentual utilizado para o cálculo. Pode ser observado que a **BASE DE CÁLCULO**, tanto na planilha do fisco, quanto na apresentada pela defesa, **SÃO EXATAMENTE IGUAIS**. Como foi dito, o 18% aparece apenas na visualização pois trata-se da aproximação de dígitos com quatro valores, (17,65%), mais o cálculo e considerado o percentual de quatro dígitos (17,65%).

2 – O Decreto 14.213/2012 dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizados por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975.

Dispõe o § 1º do Art. 1º, daquele normativo que o crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem,

conforme estabelecido no seu Anexo único. O disposto neste Decreto também se aplica ao cálculo do imposto devido por substituição tributária e por antecipação tributária parcial.

Saliento que este Decreto entrou em vigor na data de sua publicação, (DOE de 23/11/2012, produzindo efeitos a partir de 01 de dezembro de 2012).

As operações objeto das infrações 01 e 02 referem-se às ocorrências de julho de 2014 a dezembro de 2015, e são objeto da autuação as mercadorias provenientes dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo. O Anexo único do Decreto 14.213/2012 dispõe que para as mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista, do Estado de Minas Gerais, o crédito admitido pelo Estado da Bahia é de 3% sobre a base de cálculo. Para as mercadorias provenientes de estabelecimento atacadista, do Estado do Espírito Santo, o crédito admitido é de 1% sobre a base de cálculo. Na hipótese de as mercadorias serem carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de leporídeos e de gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suínos, o crédito admitido é de 1,2% sobre a base de cálculo. Tudo demonstrado nas planilhas e demonstrativos que fazem parte integrante deste Auto de Infração, fls. 08 a 35 e CD, mídia de fl. 36.

Portanto, efetivamente, nos meses em que o autuante detectou o recolhimento do ICMS antecipação tributária e antecipação parcial, efetuado a menor, inclusive pela não observância do Decreto 14.213/2012, promoveu a lavratura deste Auto de Infração, com a apuração dos valores devidos.

Quanto aos códigos 1601 e 1602, embora o autuante mencione que seriam relativos à CFOP – Código Fiscal de Operações, constato que, em verdade, no anexo 1 e na Nota Fiscal nº 15.758, de 09/08/2014, constam os produtos salsicha e presunto, sob NCM 1601 00000, sendo que na data de emissão do documento fiscal, estas mercadorias ainda estavam submetidas à substituição tributária.

Outrossim, observo que em cópias de Notas Fiscais, incluídas no CD-ROM não constam destaque do ICMS, não sendo possível afirmar-se serem os produtos isentos, sendo que o autuante aplicou o procedimento constante no Decreto 14.213/2012.

Ademais, o defendente não apontou especificamente quais as notas fiscais que conteriam os supostos produtos isentos, e que teriam sido tributados pela fiscalização, neste PAF.

Ressalto que a jurisprudência deste CONSEF possui o entendimento da procedência de Auto de Infração, nos quais não tenham sido observadas, pelas sociedades empresárias, as disposições contidas 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, a exemplo do ACÓRDÃO JJF Nº 0225-01/15, ACÓRDÃO CJF Nº 0377-11/13, ACÓRDÃO CJF Nº 0524-13/13, ACÓRDÃO CJF Nº 0219-12/17.

Destaco que a Diretoria de Tributação desta SEFAZ, em casos semelhantes, manifestou o entendimento de que cabe a aplicação do Decreto 14.213/2012, devendo ser observado os limites de admissibilidade de uso de crédito para cada mercadoria, nos termos do Anexo Único do citado Decreto.

Considerando o que dispõe o art. 167, do Decreto Nº 7.629/99, RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores, a declaração de inconstitucionalidade, a questão sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, bem como a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Destaco e transcrevo parcialmente o Voto emanado pelo nobre Conselheiro José Carlos Barros Rodeiro no Acórdão CJF Nº 0129-12/17 de sua relatoria, em decisão recente, como segue:

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª JJF deste CONSEF, Acórdão nº 0189-01/16, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Pesa sobre o contribuinte a acusação de utilização indevida de crédito fiscal do ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos. A tese recursal que visa combater a decisão que julgou procedente o Auto de Infração, preliminarmente, tem assento na necessidade de sobrestamento do presente PAF até o julgamento do RE 628.075/RS, recurso este em tramite no STF em sede de repercussão Geral. No mérito a discussão travada tem cerne na suposta inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 14.213/2012, que no entender o Sujeito Passivo afronta o princípio da não-cumulatividade. Relativamente à preliminar suscitada, verifico que não existe, ainda, Decisão Judicial definitiva relativa à matéria em comento, tendo em vista que a modelação dos seus efeitos pode vir a consagrar decisão que não gere efeitos no período considerado nesta autuação. Assim, não acolho a preliminar suscitada pelo Recorrente, pois considero que o presente Recurso deve ser apreciado. No mérito, constato que, conforme destacou a Decisão de piso, “os créditos glosados no presente auto de infração decorrem das remessas constantes em notas fiscais emitidas por fornecedores do autuado, localizados nos Estados do Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais e Paraíba, e foram observados os limites de admissibilidade de uso do crédito para cada mercadoria, nos termos do Anexo único do Decreto nº 14.213/12.” E, como a discussão proposta pelo Sujeito Passivo apenas discute matéria afeita à eventual inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 14.213/2012, nada mais sendo tratado. Considerando que o art. 167, do Decreto Nº 7.629/1999 – RPAF/BA, assim determina: Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade; II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida. III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. Observados os termos da norma insculpida no art. 167, acima transcrito, vê-se que foge à competência deste colegiado e dos seus julgadores a apreciação e decisão em matéria que envolva a declaração de inconstitucionalidade. Do mesmo modo, em relação às multas supostamente em desalinho com os comandos constitucionais, também fogem da competência deste Colegiado. Ainda com relação às multas, há que se registrar que têm previsão legal expressa na Lei nº 7.014/96. Isto posto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao apelo recursal, mantendo a decisão de piso tal qual prolatada. ESTADO DA BAHIA

Por todo o exposto, fica mantida a infração em sua totalidade. Infração procedente.

Quanto à segunda infração, constitui-se a antecipação parcial do imposto em uma antecipação de parte do imposto, que não encerra a fase de tributação da mercadoria, e será calculado aplicando-se a alíquota interna sobre o valor da operação constante no documento fiscal de aquisição, excluindo-se do valor obtido o crédito fiscal destacado, se houver. Quando se tratar de empresa optante do Simples Nacional o imposto será calculado na forma prevista no artigo 321, inciso VII, alínea “b”, do RICMS/12, aprovado pelo Decreto n.º 13.780/12, em que se cobrará a diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Logo, para fins de pagamento do ICMS antecipação parcial está obrigado ao seu recolhimento, o contribuinte adquirente no Estado da Bahia independente do regime de apuração adotado ou da condição Normal, Empresa de Pequeno Porte, Microempresa ou Microempreendedor Individual.

A planilha relativa à infração encontra-se às fls. 07 a 17 e 18 a 22 do PAF.

O sujeito passivo não demonstrou quais mercadorias seriam isentos e não estariam submetidas ao pagamento da antecipação parcial. Quanto aos créditos, os valores foram abatidos nos cálculos da infração, como pode ser constatado nas planilhas elaboradas pela fiscalização.

Em suma as alegações trazidas pelo defendente foram genéricas, sem comprovação efetiva da ocorrência de erros na apuração do ICMS exigido.

Saliento que toda a análise relativa ao Decreto 14.213/2012, adrede feita é aplicável a esta infração, na qual foi constatado o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial.

Infração procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE (Pela Nulidade)

Peço vênha para divergir da ilustre relatora no tocante à solução desta lide administrativa.

O Auto de Infração em exame foi lavrado em 16/08/2016, para exigir ICMS, no valor histórico total de **R\$95.980,82**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 - *“Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime 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”*. Ocorrência verificada nos meses de julho a dezembro de 2014 e janeiro a dezembro de 2015. Valor principal exigido: **R\$51.595,76**.

Infração 02 - *“Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime 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”*. Ocorrência verificada nos meses de julho a dezembro de 2014 e janeiro a dezembro de 2015. Valor principal exigido: **R\$44.385,06**.

O contribuinte, após ter sido notificado do lançamento, ingressou com defesa protocolada em 13/10/2016 – peça que se encontra apensada às fls. 43 a 50 deste PAF. Nessa intervenção o contribuinte impugnou alguns aspectos da exigência fiscal. Destacou a existência de equívocos relacionados à quantificação do imposto, envolvendo:

- uso incorreto do percentual de MVA nas operações submetidas ao pagamento do ICMS por substituição tributária;
- dedução incorreta dos créditos fiscais destacados nos documentos fiscais (NF-e) de aquisição das mercadorias originárias de outras unidades da federação, afetando o cálculo do ICMS devido a título de antecipação, total e parcial;
- desconsideração no cálculo do imposto da circunstância de que algumas operações não foram tributadas na origem (a defesa informa que há, na exigência fiscal em lide, operação isentas ou não tributadas ou com ICMS já retido na origem pelo regime da substituição tributária).

O contribuinte apresentou na peça impugnatória, por amostragem, os valores de ICMS devidos a título de antecipação, que entende ser os que devem efetivamente ser recolhidos, em confronto com aqueles que foram apurados pelo agente autuante, tudo conforme detalhado à fl. 51 dos autos. Essa amostragem abarcou os meses de janeiro e fevereiro do exercício de 2015.

Na fase de informação fiscal, o agente autuante, ao externar a fundamentação legal do lançamento, afirmou ter aplicado ao caso concreto, em relação aos créditos fiscais destacados nas notas fiscais de aquisição, as disposições do Decreto Estadual nº 14.213/2012. Esse Decreto dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975.

Aplicou o autuante, segundo pode-se deduzir do quanto foi relatado na informação fiscal, as disposições do Dec. Estadual nº 14.213/12, Anexo único, item 2.1, que só admite o crédito de ICMS nas operações com mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista localizados no Estado de Minas Gerais no percentual de 3% do valor da base de cálculo. O benefício combatido na legislação baiana envolve crédito presumido, concedido na legislação interna de MINAS GERAIS, de modo que a carga tributária, nas operações de saída promovida pelo contribuinte, resulte em no mínimo 3% - art. 75, inc. XIV, letra “a”, do RICMS/MG.

Ocorre que a fundamentação ou motivação do ato administrativo de lançamento, quanto à redução dos créditos fiscais de ICMS destacados nos documentos fiscais de aquisição originários de MINAS GERAIS, somente foi apresentada na fase de informação fiscal, sem que ao contribuinte fosse oportunizada o direito de reabertura do prazo de defesa de 60 dias. Em paralelo não houve a demonstração probatória, pelo autuante, de que todos os remetentes das mercadorias eram beneficiados com as reduções de imposto vedadas pelas disposições do Decreto nº 14.213/2012, editado pelo Governador do Estado da Bahia.

O Regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais (RICMS/MG – aprovado pelo Dec. nº 43.080/2002) dispõe no seu art. 75, inc. XIV:

Art. 75 – Fica assegurado crédito presumido:

(...)

XIV - ao contribuinte signatário de Protocolo firmado com o Estado, mediante regime especial concedido pelo diretor da Superintendência de Tributação, de modo que a carga tributária, nas operações de saída promovidas pelo estabelecimento, resulte em no mínimo 3% (três por cento), observado o disposto no § 7º deste artigo;

O texto da norma mineira, positivada no RICMS/MG, estabelece que o regime de tributação reduzido, através de concessão de crédito presumido de 3%, não é de aplicação imediata ou automática. A concessão do benefício é dependente da formalização de ato administrativo concreto, firmado entre o Estado e o contribuinte beneficiário, via regime especial.

Por sua vez as notas fiscais cujas cópias estão reproduzidas no CD (mídia digital), anexado à fl. 36, não trazem qualquer informação, em seus respectivos campos, reveladores de que os remetentes das mercadorias eram beneficiados pelas disposições do art. 75, inc. XIV do RICMS/MG. Os documentos fiscais reproduzidos na mídia magnética revelam que as operações foram tributadas normalmente, pela alíquota interestadual de 7%, em conformidade com a legislação aplicável (Resolução do Senado Federal nº 22/1989).

Diante dos elementos de fato e de direito acima apontados e considerando que no caso concreto os benefícios fiscais não decorreram de aplicação automática da legislação de Minas Gerais, e que, por essa circunstância, os estornos de créditos de ICMS efetuados pelo autuante, ainda que parciais, constituíram medida extrema que demandava a clara e inequívoca demonstração probatória da utilização ilegal de benefícios fiscais pelos remetentes, nos posicionamos inicialmente pela remessa dos autos em diligência para que o autuante trouxesse ao presente PAF informações ou provas que revelassem que os remetentes das mercadorias eram efetivamente beneficiados pelas disposições do RICMS de Minas Gerais - Dec. nº 43.080/2002.

Caso contrário, ou seja, na hipótese de não demonstração probatória inequívoca do uso do benefício que propiciou a redução da carga tributária ao patamar de 3% da base de cálculo nas operações de saídas destinadas a estabelecimento autuado, configuradora da violação do Dec. Estadual nº 14.213/12, deveria o autuante proceder à revisão dos cálculos das infrações para manter intactos os créditos fiscais destacados nas notas fiscais de aquisição sujeitas ao pagamento da antecipação total ou da antecipação parcial.

A medida saneadora foi sugerida ao colegiado da JJF considerando a necessidade de estabelecer o equilíbrio processual, através da consagração dos princípios da verdade material, ampla defesa e contraditório.

Todavia vencido que foi na proposta de remessa dos autos em diligência para a juntada de prova a cargo do autuante que entendo ser necessária para o deslinde da questão com a consequente reabertura do prazo de defesa e considerando que a exigência fiscal em lide fez recair sobre o contribuinte adquirente neste Estado, ora autuado, de medida punitiva relacionada aos estornos parciais de créditos de ICMS, sem a real demonstração de que os estabelecimentos atacadistas remetentes gozavam do benefício fiscal previsto na legislação mineira, proferi meu voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com base em dois fundamentos:

1 – Cerceamento ao direito de defesa, visto que a fundamentação ou motivação do ato administrativo de lançamento, quanto à redução dos créditos fiscais de ICMS destacados nos documentos fiscais de aquisição originários de MINAS GERAIS, não compôs o texto da peça acusatória (Auto de Infração), tendo sido apresentada tão somente na fase de informação fiscal, sem que ao contribuinte fosse oportunizada o direito de reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias. Ocorreu, no caso concreto, violação ao disposto no art. 18, inc. II, do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99 (ato de lançamento foi praticado com preterição do direito de defesa sem a devida correção por ato posterior específico). Sendo a questão dos créditos fiscais o principal elemento motivador da exigência fiscal não poderia o processo administrativo fiscal ter prosseguimento sem a devida reabertura de todo o procedimento em benefício do autuado para o

devido enfretamento das razões de direito que foram trazidas para discussão somente após a lavratura do Auto de Infração. Observo que a diligência determinada pela Sra. Relatora da JJF, cujo pedido foi anexado à fl. 106 deste PAF, não cumpriu a contendo o que aqui se entende necessário para o devido saneamento do processo, até mesmo porque não foi ali registrado, de forma expressa, a existência na informação fiscal prestada pelo autuante de aspectos jurídicos motivadores do lançamento de ofício não abordados no texto do A.I. e, ademais, ao contribuinte só foi concedido o prazo de 10 (dez) para manifestação nos autos. Caracterizado, portanto, o cerceamento ao direito de defesa com a consequente decretação de NULIDADE de todo o procedimento fiscal, visto que não houve o devido saneamento do PAF nas fases instrutórias do feito.

2 - Em paralelo não houve a demonstração probatória, pelo autuante, de que todos os remetentes das mercadorias eram beneficiados com as reduções de imposto vedadas pelas disposições do Decreto nº 14.213/2012, editado pelo Governador do Estado da Bahia, visto que o texto da norma mineira, positivada no RICMS/MG (art. 75, inc. XIV do Dec. nº 43.080/2002), estabelece que o regime de tributação reduzido, através de concessão de crédito presumido de 3%, não é de aplicação imediata ou automática. A concessão do benefício é dependente da formalização de ato administrativo concreto, firmado entre o Estado e o contribuinte beneficiário, via regime especial. Não se pode, portanto, estabelecer *a priori* que toda e qualquer remessa de mercadorias promovidas por estabelecimentos atacadistas situados em Minas Gerais estavam beneficiadas com a concessão de crédito presumido vedado pelo Decreto baiano de nº 14.213/2012. Trata-se de presunção firmada pelo autuante sem lastro em qualquer norma legal.

Entendo, portanto, que no caso em exame, em decorrência da não juntada pelo autuante de prova inequívoca do cometimento da infração de APURAÇÃO INCORRETA do ICMS devido a título de antecipação total e de antecipação parcial, com a dedução de créditos do imposto em desconformidade com a legislação baiana, padece o lançamento também da NULIDADE prevista no art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, visto que a exigência fiscal em lide não contém elementos probatórios suficientes para se determinar com segurança a ocorrência de infração e o cometimento da mesma pelo estabelecimento ora autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210751.3002/16-7** lavrado contra **COMERCIAL ESMERALDA LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$95.980,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2017.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/VOTO DIVERGENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR