

A. I. Nº - 281394.0013/17-0
AUTUADO - CESCO COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10.12.2018

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0002-06/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. Há divergência entre o fato apurado e o enquadramento legal da infração, cerceando, assim, o direito de defesa, e acarretando insegurança na determinação da infração. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2017, exige ICMS no valor histórico de R\$612.779,29, mais multa de 60%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS, no exercício de 2016:

INFRAÇÃO 1 – 07.15.02: “Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização”.

Enquadramento Legal: art. 12-A, da Lei nº 7.014/96. Multa Aplicada: art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 15 a 22, inicialmente abordando sua tempestividade para depois fazer uma síntese da autuação.

Em seguida relata que a impugnante é uma empresa atacadista de mercadorias em geral, cuja matriz está sediada no Estado do Espírito Santo, e que também possui uma filial estabelecida nesse Estado citado, sendo que dessa filial recebeu diversas mercadorias, por meio de transferências, cujas operações foram objeto da autuação fiscal ora impugnada.

Registra que há uma conexão fática da presente demanda com o processo administrativo instaurado com a emissão do Auto de Infração nº 281394001217-4, o qual também foi impugnado. Diz que naquela ocasião a fiscalização incorreu em equívoco por ter considerado o estabelecimento remetente da mercadoria (filial) como supostamente beneficiário do regime tributário denominado COMPETE/ES (Programa de Desenvolvimento do Estado e dos Incentivos Vinculados à Celebração de Contrato de Competitividade).

Expõe que Decreto nº 14.213/2012-BA veda o benefício fiscal vinculado ao COMPETE/ES, fazendo referência às operações de remessas de mercadorias por atacadistas sediados no Estado do ES para o Estado da Bahia, mas que sua filial, remetente das mercadorias, não é beneficiária do COMPETE/ES. Enfatiza que o estabelecimento remetente apura e recolhe o ICMS no regime tributário ordinário, ou seja, sem os benefícios fiscais previstos no mencionado regime.

Dessa forma, argumenta ser indevida a exigência fiscal lançada por meio do Auto de Infração nº 281394001217-4, uma vez que são inaplicáveis as restrições impostas pelo Decreto nº 14.213/2012/BA às operações de transferência de mercadoria de filial, que não é beneficiária do

regime COMPETE/ES, não havendo do que se falar em recolhimento a menor a título de ICMS antecipação parcial.

Alega que há uma necessária conexão entre os Autos de Infração nºs 281394001217-4 e 281394001317-0, e que em sendo julgado nulo ou improcedente o Auto de Infração nº 281394001217-4, a consequência lógica é invalidar o lançamento fiscal ora impugnado.

Aduz que outro equívoco incorrido pelo procedimento fiscal, na emissão do Auto de Infração nº 281394001217-4, nas entradas de mercadorias oriundas da Matriz, referentes a produtos inseridos no regime da Substituição Tributária, foi ter limitado os valores dos créditos ao correspondente a 1,1% (um inteiro e um décimo por cento), e que em virtude disso, o lançamento fiscal acusa o recolhimento a menor de ICMS antecipação parcial.

Relata que o Decreto nº 14.213/2012-BA excetuava tais produtos da glosa de crédito, mesmo sendo adquiridos de estabelecimentos beneficiários do COMPETE/ES. Acrescenta que essa realidade somente foi alterada com a edição do Decreto nº 16.849/2016, o qual alterou a redação original do Decreto nº 14.213/2012-BA, que continha a seguinte redação em seu Anexo Único: “4.2, Mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista, exceto quando a operação estiver sujeita ao regime de substituição tributária”.

Deduz que antes da vigência do Decreto nº 16.849/2016, não havia restrições quanto às operações de entradas de mercadorias vinculadas ao regime da Substituição Tributária oriundas de estabelecimentos beneficiários do COMPETE/ES.

Reclama que o procedimento fiscal exige uma suposta diferença de ICMS recolhido a menor, nas operações de transferência de mercadorias, da filial do ES, referente ao produto papel higiênico. Explica que o procedimento fiscal calculou uma antecipação tributária a maior, por ter considerado uma carga tributária efetiva de 12% (doze por cento), mas que a carga correta é 10,58% (dez inteiros e vinte e seis centésimos por cento), conforme previsto no Decreto nº 7.799/2000.

Enfatiza que o referido Decreto prevê, em seu artigo 1º, que a base de cálculo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento). Explica que aplicando a alíquota de 18% (dezoito por cento), se tem uma carga efetiva de 10,58% (dez inteiros e vinte e seis centésimos por cento).

Conclui que não subsistem as supostas diferenças de ICMS recolhidos a menor. Entende que a autuação não encontra amparo legal, infringindo frontalmente os Princípios da Estrita Legalidade Tributária e da Verdade Material, conforme explanação que se segue.

Reafirma que as diferenças de ICMS, supostamente recolhidas a menor, não subsistem, porque inexistente o pressuposto fático do lançamento que é a circunstância do estabelecimento remetente - filial do ES, ser beneficiário do regime fiscal COMPETE/ES. Entende que a exigência fiscal não tem suporte legal, ferindo cabalmente o Princípio da Estrita Legalidade Tributária.

Tece, ainda, considerações sobre os Princípios da Verdade Material e da Irretroatividade Tributária, bem como transcreve ensinamentos do Paulo de Barros de Carvalho, com o intuito de demonstrar que as exigências de supostas diferenças a serem recolhidas a título de ICMS antecipação parcial não encontram suporte fático e legal.

Ao final, requer: (I) que o presente processo seja analisado e julgado em conjunto com o processo instaurado com o Auto de Infração nº 281394001217-4, em virtude da conexão fática existente entre os procedimentos fiscais; (II) que seja conhecida e julgada procedente a presente impugnação, a fim de que seja declarado nulo o lançamento fiscal ou improcedente a ação fiscal e, por consequência, insubsistente a exigência fiscal levada a efeito com a emissão do presente Auto de Infração.

O autuante em sua informação fiscal à fl. 79, diz que o contribuinte alega que um dos remetentes de mercadorias não é beneficiário do regime tributário previsto no COMPETE/ES, e que anexou o

Livro de Apuração de ICMS e as respectivas guias de recolhimento.

Aduz que no cálculo do valor devido por esta infração utilizou a glosa de crédito prevista no Decreto 14.213/2012, bem como a legislação tributária vigente à época dos fatos geradores, e que não constam produtos da substituição tributária.

Quanto ao produto “papel higiênico”, transcreve o art. 2-A, do Decreto 7.799/2000, que exclui do tratamento tributário previsto nos arts. 1º e 2º, desse mesmo decreto, as operações com o mencionado produto.

Ao final, diz que por engano, lançou a infração errada, e solicita que a infração seja alterada para a “07.15.05” – Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

VOTO

Versa a autuação sobre o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização.

O autuado negou o cometimento da infração, dizendo que são inaplicáveis as restrições impostas pelo Decreto nº 14.213/2012/BA, às operações de transferência de mercadoria de sua filial, que não é beneficiária do regime COMPETE/ES, não havendo do que se falar em recolhimento a menor a título de ICMS antecipação parcial.

Reclamou, ainda, da cobrança da antecipação parcial sobre produtos sujeitos à substituição tributária, como também da cobrança relativa às operações de transferência de papel higiênico, da filial do ES, por entender que a carga correta a ser aplicada seria de 10,58% (dez inteiros e vinte e seis centésimos por cento), citando o Decreto nº 7.799/2000.

O autuante, em sua manifestação, apenas informou que no cálculo do valor devido utilizou a glosa de crédito prevista no Decreto 14.213/2012, bem como a legislação tributária vigente à época dos fatos geradores, e que não constam produtos da substituição tributária.

Acrescentou ainda, que em relação ao produto “papel higiênico”, o art. 2-A do Decreto 7.799/2000, exclui tal produto do tratamento tributário previsto nos arts. 1º e 2º, desse mesmo decreto.

Porém, no final da informação, disse que por engano lançou a infração errada, e solicitou que a infração fosse alterada para a “07.15.05” – Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS), que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Da análise dos elementos constitutivos do processo, verifica-se que o autuado contestou a infração ora imputada, mas não alegou que houvesse tributado normalmente as mercadorias em lide nas saídas posteriores.

O autuante, por sua vez, rebateu os argumentos defensivos, porém, ao final, reconheceu que se enganou com o fulcro da autuação, apesar de também não ter demonstrado que o autuado tributou as mercadorias nas saídas posteriores.

O fato é que, em que pese a autuação ter sido procedida conforme a previsão legal aplicada ao objeto da lide, a mesma não pode prosperar, pois a infração está fundamentada para cobrança do imposto antecipação parcial recolhido a menos, e não há elementos nos autos que evidenciem que o correto seria a aplicação da multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser pago por antecipação, por terem as mercadorias sido tributadas nas saídas posteriores.

Acrescente-se, ainda, que no cálculo do valor devido, o autuante glosou créditos fiscais

invocando o Decreto nº 14.213/2012, que foi revogado em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/17 e do Convênio ICMS 190/17.

Portanto, nas circunstâncias acima relatadas, além de haver desconformidade entre o enquadramento legal da infração e a situação de fato, não há elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, o que inquina de vício insanável o Auto de Infração.

Dessa forma, é de se concluir que as divergências aventadas vicia de forma o lançamento fiscal, vez que além da insegurança no “quantum devido”, sua correção não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. Portanto, entendo que a situação em exame não se trata de incorreção eventual passível do saneamento previsto no §1º do art. 18 do RPAF/99, e com base no art. 18, inciso IV, “a” desse mesmo diploma legal, declaro de ofício, nulo o Auto de Infração.

Com fundamento no art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo da falha acima apontada, com o encaminhamento do presente processo à Fiscalização do Comércio, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia.

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **281394.0013/17-0**, lavrado contra **CESCOM CESCONETO COMERCIAL LTDA**. Representa-se à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo da falha acima apontada, com o encaminhamento do presente processo à Fiscalização do Comércio.

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 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2018.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR

EDNA MAURA PRAT DE ARAÚJO – JULGADORA