

A. I. Nº - 089008.0010/17-9
AUTUADO - MECANON SUPERMERCADOS LTDA
AUTUANTES - EDMUNDO SILVA
ORIGEM - INFAZ T. FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03.09.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0130-05/18

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NA APURAÇÃO DA ALÍQUOTA. Infração reconhecida 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Acolhidos os argumentos defensivos para reduzir o valor lançado na autuação, em decorrência da exclusão dos produtos adquiridos com alíquotas interestaduais maior ou igual à interna, no caso em análise, “*milho em grão*” que são tributados internamente à alíquota de 7% na forma da alínea “a” inc. I, art. 16, da Lei 7.014/96, por não haver a ocorrência de imposto a recolher quando da sua comercialização pela compensação do crédito decorrente de sua aquisição. Refeito o demonstrativo de débito. Infração subsistente parcialmente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Considerações da defesa não se relacionam ao objeto da autuação. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/09/2017, constitui crédito tributário no valor de R\$103.907,84, conforme documentos e demonstrativos acostados às fls. 6 a 22 dos autos, com CD/Mídia à fl. 24, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação decorrente de saídas de mercadorias regularmente escrituradas, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 15/16, que faz parte integrante do CD/Mídia à fl. 24 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$82.316,94, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada na forma do artigo 42, inc. II, “a”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 2 - 07.15.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 18/19, que faz parte integrante do CD/Mídia à fl. 24 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$17.080,94, com enquadramento no artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada na forma do artigo 42, inc. II, “d”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 3 - 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, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 21/22, que faz parte integrante do CD/Mídia à fl. 24 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$4.509,96, com enquadramento no artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada na forma do artigo 42, inc. II, “d”, do mesmo diploma legal.

O sujeito passivo, às fls. 34/39 dos autos, apresenta defesa administrativa, na qual, inicialmente, diz ser uma empresa de direito privado que atua no comércio varejista de gêneros alimentícios estabelecida à Avenida Sady Teixeira n.º46, na cidade de Itanhém-Ba, inscrita no CNPJ sob o n.º 00.136.067/0001-58 e com inscrição estadual n.º 39.834.463. Momento seguinte, destaca que, na melhor forma de direito representado pelo seu representante legal, requer a anulação parcial do auto de infração em epígrafe, com base no art. 18, IV, “a” do RPAF (Dec. N. 7.629/99), de acordo com os fatos que passa a expor:

- *DOS FATOS.*

Infração 1: Recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas: Infração reconhecida.

Infração 2: Deixou de recolher o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, adquiridas para comercialização. Infração reconhecida em parte, uma vez que no referido valor encontra-se a cobrança de ICMS nas operações internas com milho.

Diz que, em regra geral o milho é tributado dentro do Estado da Bahia pela alíquota do ICMS de 7%. (Lei 7.014/1996, artigo 16, inciso I, alínea "a"). Pede para observar o artigo 286, inciso V, do Decreto 13.780/2012- RICMS-BA, que concede diferimento do ICMS nas saídas internas de produtos agrícolas e extrativos vegetal, em estado natural, produzidos na Bahia.

Sugere observar o Convênio ICMS 100/1997, que concede isenção do ICMS na saída interna quando destinada a produtor, à cooperativa de produtores, à indústria de ração animal ou órgão oficial de fomento e desenvolvimento agropecuário vinculado ao Estado ou Distrito Federal.

Infração 3: Recolheu a menor o ICMS parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, adquiridas para comercialização. Alega improcedência da Infração. Diz que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia iniciou ação fiscal de glosa de crédito de ICMS sobre benefícios concedidos indevidamente ao comércio atacadista por outros Estados da federação, conforme o Decreto nº 14.213 de mesma data.

Neste contexto, destaca que a fiscalização acontece em razão do forte impacto desses benefícios sobre o segmento atacadista baiano, com perda de competitividade em função da concorrência desigual feita por comerciantes de alguns Estados vizinhos, que oferecem benefícios para recolhimento de ICMS de 2% ou 3% nas saídas interestaduais, sem aproveitamento do crédito, enquanto o destaque na nota fiscal é de 12% ou 7%, conforme a origem.

DAS RAZÕES DE DIREITO:

Diz que, como já exposto acima, não se opõe a infração n.º 1, as análises daqui para frente são referentes às infrações n.º 2 e 3.

Passando para a Infração n.º 2, diz que como demonstrado, as operações internas com milho são isentas de ICMS pois, dentro do Estado da Bahia o milho é tributado pela alíquota do ICMS de 7%. (Lei 7.014/1996, artigo 16, inciso I, alínea "a").

Pede para observar o artigo 286, inciso V, do Decreto 13.780/2012- RICMS-BA, que concede diferimento do ICMS nas saídas internas de produtos agrícolas e extrativos vegetal, em estado natural, produzidos na Bahia. Pede observar também o Convênio ICMS 100/1997, que concede isenção do ICMS desses produtos na saída interna quando destinados a produtor, à cooperativa de produtores, à indústria de ração animal ou órgão oficial de fomento e desenvolvimento agropecuário vinculado ao Estado ou Distrito Federal.

Passando à Infração n.º 3, que trata da glosa fiscal, assim discorre: o Decreto nº 14.213/2012 do Estado da Bahia veda a obtenção 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 nº 24.

Com base nesta legislação, diz que o Estado da Bahia glosou créditos em face da empresa, que impetrou Mandado de Segurança para afastar a cobrança. Nos dizeres do Desembargador Relator, diz que, em que pese as Leis oriundas de outras unidades da Federação estarem em desacordo com os preceitos constitucionais, não pode o Estado da Bahia, administrativamente, decretá-las irregulares, ignorando eventual creditamento concedido à então Apelada.

Assim, destaca às fls. 36/37, trecho da Apelação, Número do Processo: 0549678-21.2014.8.05.0001, que teve como Relatora Márcia Borges Faria, 5ª Câmara Cível, Publicado em: 20/09/2016.

Momento seguinte, traz à tona o princípio da não-cumulatividade, previsto na Constituição Federal de 1988, que assegura aos contribuintes do ICMS o direito de abatimento do imposto estadual incidente nas entradas de mercadorias, exercido no momento em que o imposto é cobrado das suas saídas tributadas.

Assim, diz que o valor cobrado a título de ICMS nas entradas de produtos dá origem a um crédito, que poderá ser aproveitado pelo contribuinte e compensado com o valor do imposto a ser recolhido nas saídas. Esse princípio constitucional tem por finalidade reduzir o custo do processo produtivo e comercial, minimizando o impacto dos impostos sobre o preço dos bens e serviços de transporte e de comunicação, de forma que seja tributado somente o valor acrescentado a cada fase do ciclo econômico.

Desta forma, por seu relevante papel econômico e social, o princípio da não-cumulatividade não pode sofrer restrições, exceto aquelas já previstas na própria Constituição Federal. Diz que há uma razão lógica à manutenção do crédito. A lógica está que o valor do ICMS encontra-se embutido no preço de venda da mercadoria e o destaque do imposto no campo ICMS da nota fiscal é meramente um indicativo de seu valor. Logo, quando o adquirente compra a mercadoria, implicitamente compra o ICMS, isto é, ele paga pelo ICMS.

Observa que esta metodologia jamais pode ser afetada pelo fato de o estado de origem da mercadoria conceder ao fornecedor da mercadoria um crédito presumido, pois esse crédito não afeta em nada a apuração e cálculo do ICMS lançado na nota fiscal de venda da mercadoria. Portanto, qualquer norma que venha de encontro a esse princípio constitucional deve ser declarada inconstitucional, não produzindo qualquer efeito no mundo jurídico.

Diz que, negar ao contribuinte o crédito do ICMS destacado nas notas fiscais de entrada, seja qual for a sua procedência ou destinação, é antes um retrocesso, uma involução, contrariando toda a ciência tributária, consubstanciando uma afronta à Constituição da República, ordem máxima do nosso direito pátrio. Não permite a Carta Magna que simples lei estadual impeça a utilização dos créditos de ICMS regularmente destacados nas notas fiscais de entrada. Inadmissível, igualmente, a criação de restrição ao creditamento do ICMS, em desacordo com o artigo 155, parágrafo 2º, inciso II, da CF.

Afirma que não se admite assim, que o Estado da Bahia, declare a inconstitucionalidade de leis concessivas de benefícios fiscais de outros Estados Federados ou pelo Distrito Federal, por suposta violação a artigo da Constituição Federal ou até mesmo da Lei Complementar 24/75. Se houver a tão propalada violação, deve o estado que se sentir ofendido, socorrer-se do Poder Judiciário, ajuizando ação declaratória de inconstitucionalidade, conforme previsto na própria Constituição Federal.

- **3 - DO PEDIDO:**

Ante ao exposto requer a anulação PARCIAL do referido auto de infração reconhecendo a improcedência dos fatos e pela segurança jurídica.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal à fl. 44, onde, preliminarmente, diz que o contribuinte reconhece o débito referente à Infração 01. Por sua vez, em relação à Infração 02 que trata de falta de recolhimento na antecipação parcial do ICMS, diz que, por falha no desenvolvimento do trabalho de fiscalização incluiu o milho em grãos no cálculo da antecipação parcial, sendo que o mesmo está na alíquota de 7%, conforme alínea “a” inciso I do Art. 16 da Lei 7.014/96.

Assim, diz que é favorável à redução da cobrança do imposto lançado na Infração 02, ficando o débito de acordo com a tabela baixo:

MÊS	ICMS AUTO DE INFRAÇÃO	ICMS COMPROVADO A MAIOR	ICMS A PAGAR
01	3.165,01	46,20	3.118,81
02	1.063,77	0,00	1.063,77
03	1.716,94	430,50	1.286,44
04	1.541,26	525,00	1.016,26
05	1.497,80	423,50	1.074,30
06	1.492,34	59,85	1.432,49
07	1.308,42	285,60	1.022,82
08	1.132,83	583,80	549,03
09	2.858,63	274,40	2.584,23
10	11,10	0,00	11,10
11	595,00	245,70	349,30
12	697,84	297,50	400,34
TOTAL	17.080,94	3.172,05	13.908,89

Relativamente à Infração 03, diz que o contribuinte solicita a improcedência da infração e cita em sua defesa o Dec. 14.213/12 que trata da glosa do crédito de ICMS, conforme relato nas páginas 35 a 38. Observa entretanto, que não há cobrança por glosa do ICMS, mas sim, como se pode verificar na planilha do Anexo IV (pag. 21), trata-se, apenas, do recolhimento a menor do ICMS na antecipação parcial, sendo dado o crédito integral da origem. Assim, requer a manutenção total do débito da Infração 03.

Do exposto, solicita deste Conselho, que o auto de infração em questão seja julgado procedente em parte, com valor reclamado de R\$100.735,79.

À fl. 46 dos autos, consta Termo de Intimação para ciência da Informação Fiscal, objeto do Auto de Infração nº 089008.0010/17-9, em tela, nos termos do art. 108, do RPAF/BA, em que consta o registro da ciência do Representante Legal, que se manteve silente.

Em sede de saneamento pela Secretaria Administrativa do CONSEF, observou-se a intempestividade da Defesa Administrativa. Nessa perspectiva, inobstante restar caracterizada a preclusão do direito de impugnação pelo contribuinte, constatou-se que a inspetoria encaminhou os autos ao Autuante que, inclusive, acolheu argumentos defensivos e reduziu o valor total do Auto de Infração.

Nessa sintonia, a Coordenação Administrativa do CONSEF, diante de tais fatos, opinou que deve ser afastada a aplicação do Princípio da Preclusão, dando-se preponderância ao Princípios da Verdade Material e do Informalismo, no intuito de que se dê seguimento ao PAF, com o encaminhamento do mesmo para julgamento por uma das Juntas.

Submetido tal opinativo às considerações da Presidência do CONSEF, houve o de acordo, na forma do disposto no art. 10, § 2º, do RPAF/99, pelo encaminhamento dos autos para julgamento por esta 5ª JJF.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

Sobre a defesa do contribuinte, vê-se às fls. 49/49-v documento expedido pela Secretaria Administrativa do CONSEF atestando sua intempestividade, em que, mesmo intempestiva a peça defensiva foi conhecida pela autoridade fazendária, em desconformidade com o disposto no art. 112 do RPAF, que estabelece seu arquivamento mediante despacho do titular da unidade de origem.

Tomando ciência dos termos da manifestação de defesa, o agente Fiscal, acolhendo os argumentos defensivos, reduziu o valor total do Auto de Infração, objeto em análise. Entretanto, inobstante ter restado caracterizado a preclusão do direito de impugnação do sujeito passivo, a Secretaria Administrativa do CONSEF, com o de acordo da Presidência, em conformidade com as disposições do art. 10, § 2º, do RPAF/99, opinou pelo afastamento da sua aplicação, dando preponderância ao princípio da verdade material, com o seguimento do presente PAF para julgamento por uma das Juntas deste Conselho, o qual passo a me manifestar.

No mérito, trata o presente PAF de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir débito de imposto no montante de R\$103.907,84, relativo a três irregularidades caracterizadas na inicial às fls. 01/03 dos autos, tendo o autuado acatado a Infração 1, impugnado parcialmente a Infração 2 e totalmente a Infração 3. Em sendo assim a infração 1 está sendo de pronto, considerada procedente, não fazendo parte da lide. Assim, a contenda se restringe apenas às infrações 2 e 3, que a seguir passo a me manifestar.

A Infração 2 diz respeito a ter o defendente deixado de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 18/19, que faz parte integrante do CD/Mídia à fl.24 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$17.080,94, com enquadramento no artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada na forma do artigo 42, inc. II, “d”, do mesmo diploma legal.

Em sede de defesa, o sujeito passivo diz reconhecer em parte a autuação, uma vez que no demonstrativo de débito da autuação encontra-se a cobrança de antecipação parcial de ICMS nas operações com milho. Diz que, regra geral, o milho é tributado dentro do Estado da Bahia pela alíquota do ICMS de 7%. (Lei 7.014/1996, artigo 16, inciso I, alínea "a"), o que não caberia a cobrança da antecipação de imposto em mercadoria oriunda de outras unidades da Federação com a alíquota interestadual maior ou igual à alíquota interna.

Em sede de Informação Fiscal, o Autuante diz que por falha no desenvolvimento do trabalho de fiscalização, incluiu o “milho em grãos” no cálculo da antecipação parcial, sendo que o mesmo está na alíquota de 7%, conforme alínea “a” inc. I, art. 16, da Lei 7014/96.

Assim, diz que é favorável à redução da cobrança do imposto lançado na Infração 2, com a exclusão das operações relacionadas a “*milho em grão*”, ficando o débito, de acordo com a planilha à fl. 44, alterado o valor de R\$17.080,94 para o valor de R\$13.908,89.

Em sendo assim, não encontrando nada que desabone a alteração promovida no demonstrativo de débito da Infração 2, concluo pela subsistência parcial da exigência, no valor de R\$13.908,89 conforme demonstrativo de débito a seguir:

DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HISTÓRICO (R\$)
31/01/2016	25/02/2016	3.118,81
29/02/2016	25/03/2016	1.063,77
31/03/2016	25/04/2016	1.286,44
30/04/2016	25/05/2016	1.016,26
31/05/2016	25/06/2016	1.074,30
30/06/2016	25/07/2016	1.432,49
31/07/2016	25/08/2016	1.022,82
31/08/2016	25/09/2016	549,03
31/09/2016	25/10/2016	2.584,23
31/10/2016	25/11/2016	11,10
31/11/2016	25/12/2016	349,30
31/12/2016	25/01/2016	400,34
TOTAL DA INFRAÇÃO 02		13.908,89

A Infração 3, diz respeito a ter o defendente ter recolhido a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2016, conforme

demonstrativo de fls. 21/22, que faz parte integrante do CD/Mídia à fl. 24 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$4.509,96, com enquadramento no artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada na forma do artigo 42, inc. II, “d”, do mesmo diploma legal.

Em sede de defesa, diferentemente da acusação fiscal, o sujeito passivo diz se tratar a Infração 3 de glosa fiscal decorrente de operações contempladas com benefício fiscal nas unidades da Federação de origem das mercadorias adquiridas sob o alcance das disposições do Decreto Estadual nº 14.213/2012. Na realidade, não há qualquer cobrança por glosa fiscal, mas sim, como se pode verificar no demonstrativo de débito da autuação às fls. 21/22, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 24, trata-se de recolhimento a menor do ICMS, relativo à antecipação parcial do imposto, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, como assim dispõe o artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, que a seguir destaco:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Neste contexto, compulsando o demonstrativo de débito da autuação às fls. 21/22, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 24, vejo que são operações com mercadorias para fins de comercialização, todas ao alcance das disposições do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, em que se vê a apuração do débito fiscal, relativo à antecipação do ICMS efetuado a menor, em total sintonia com a disposição legal.

Nesse contexto, registro que o artigo 123 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação da imputação fiscal, devendo a defesa ser acompanhada das provas que tiver, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo diploma legal, muito menos quando os argumentos de defesa se relaciona a matéria alheia ao objeto da autuação.

Desta forma, não vendo nada que desabone a autuação, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos e suas bases de cálculo apurados consoante o levantamento de fls. 21/2, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 24, entendo restar caracterizada a Infração 3.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$100.735,79, após redução do valor exigido na segunda infração de R\$17.080,94 para R\$13.908,89, mantendo-se os valores exigidos nas demais infrações.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **089008.0010/17-9**, lavrado contra **MECANON SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$100.735,79**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de Julho de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA