

A. I. Nº - 206878.0005/17-1
AUTUADO - ANTUNES PALMEIRA LTDA.
AUTUANTE - ANALCIR EUGENIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23.10.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0164-02/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO INDEVIDO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Ajustado o valor reclamado. Infração subsistente em parte. 2. CRÉDITO INDEVIDO. DECRETO Nº 14.213/12. Base legal revogada. Créditos remidos Decreto 13.780/12. Infração subsistente em parte. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Diferença apurada com base no Decreto Nº 14.213/12. Base legal revogada. Decreto 13.780/12. Infração insubstiente. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Parte da diferença foi apurada com base no Decreto Nº 14.213/12. Base legal revogada. Decreto 13.780/12. Infração insubstiente em parte. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. Diferença apurada com base no Decreto Nº 14.213/12. Base legal revogada. Decreto 13.780/12. Infração subsistente em parte. Indeferido pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE. EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 29/09/2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de **R\$1.019.279,96**, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 01.02.05 – Utilização indevida de crédito fiscal destacado em notas fiscais referentes às aquisições de mercadorias objeto de antecipação tributária, conforme previsão do artigo 356, caput, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 6284/97, e artigo 290 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12 (R\$ 17.445,14);

Infração 02 - 01.02.41 - Utilização a maior crédito fiscal em decorrência do cálculo do imposto acima do percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, em desacordo com os termos do Decreto nº 14.213, de 22/11/2012 (R\$ 616.009,01);

Infração 03 - 01.02.74 - Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação em valor superior ao recolhido dentro do respectivo período de apuração do imposto, comprovada através de documentos de arrecadação estadual pagos, código da receita 1.755, decorrentes de notificações fiscais aplicadas no estabelecimento, cujos valores cobrados foram lançados a maior na planilha “Demonstrativo do Valor Total dos Ajustes a Crédito”, parte integrante dos “Registros Fiscais da Apuração do ICMS – Operações Próprias” (R\$1.872,43);

Infração 04 - 06.01.01 - Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual quando da entrada de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo permanente do estabelecimento (R\$ 3.464,15);

Infração 05 - 06.02.01 - Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual quando da entrada de mercadorias procedentes de outras unidades da

Federação e destinadas a consumo do estabelecimento (R\$ 209,52);

Infração 06 - 07.01.01 - Falta de recolhimento do ICMS referente às aquisições de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e sujeitas à antecipação tributária, conforme Anexo 88 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97 e Anexo 1 do Regulamento do ICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/12 (R\$ 15.427,11);

Infração 07 - 07.01.02 - Recolhimento a menor do ICMS referente às aquisições de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e sujeitas à antecipação tributária, conforme Anexo 88 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, e Anexo 1 do Regulamento do ICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/12 (R\$9.644,88);

Infração 08 - 07.15.03 - Falta de recolhimento do ICMS por Antecipação Parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para comercialização e com saídas subsequentes tributadas normalmente, sendo aplicada multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido recolhido pelo estabelecimento (R\$5.550,20);

Infração 09 - 07.15.05 - Recolhimento a menor do ICMS por Antecipação Parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para comercialização e com saídas subsequentes tributadas normalmente, sendo aplicada multa percentual sobre a parcela do imposto que deveria ter sido recolhida pelo estabelecimento (R\$ 349.657,52).

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 722 a 738, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a peça defensiva descrevendo as infrações imputadas e destaca que os valores que serão objeto da impugnação referem-se: **(a) Infração 01 (01.02.05)** – valor de principal objeto de defesa R\$12.695,51; **(b) Infração 02 (01.02.41)**: impugnação do valor total (R\$ 616.009,01); **(c) Infração 06 (07.01.01)**: Reconhece como devido à título de principal apenas o valor de R\$3.444,13; **(d) Infração 07 (07.01.02)**: reconhece como devido à título de principal apenas o valor de R\$3.949,00; **(e) Infração 09 (07.15.05)**: impugnação do valor total (R\$ 349.657,52).

Enfatiza que as infrações nos 01, 06 e 07 serão defendidas parcialmente, enquanto que as infrações nos 02 e 09 serão defendidas integralmente, enquanto as infrações nos 3, 4, 5 e 8 não serão objeto da presente defesa.

Destaca que a conclusão do Autuante, que entendeu pela ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado usou de premissas fáticas equivocadas da realidade, afirmando que algumas informações utilizadas pela fiscalização foram transmitidas de forma errada pela Impugnante, motivada por falha do sistema de controle seu estoque. Depreende de sua assertiva que é necessário a realização de perícia/ diligência.

Afirma também ser abusiva a multa de ofício aplicada no percentual de 100% (cem por cento), aduzindo que tal multa deve ser revista e reduzida para patamares razoáveis e proporcionais.

Posteriormente, discorreu a respeito “*Da impossibilidade de glosa do crédito fiscal concedido pelo Estado de Origem da Mercadoria. Da impugnação às infrações nos 2 e 9. Dos Reflexos nas infrações nos 6 e 7 (cálculo da antecipação tributária)*”.

Destacou que as infrações 02 (R\$ 616.009,01) e 09 (R\$ 349.657,52), representam aproximadamente 95% do valor total do auto de infração, pois somadas totalizam a importância de R\$965.666,53.

Aduziu que as aludidas infrações referem-se à indevida glosa de crédito concedido pelo Estado de origem das mercadorias adquiridas pela Defendente e que o Auditor Fiscal, utilizando-se da norma prevista no Decreto nº 14.213, de 22/11/2012, glosou sob o argumento de “utilização a maior crédito fiscal em decorrência do cálculo do imposto acima do percentual efetivamente cobrado no Estado de origem”.

A respeito da infração nº 2, alegou que o Auditor Fiscal glosou o crédito concedido pelo Estado de origem e exige o pagamento da diferença a título de ICMS normal, a infração nº 9 exige o pagamento da diferença do ICMS por antecipação parcial supostamente recolhido a menos pela Impugnante, vez que o fiscal glosou os créditos concedidos pelo Estado de origem, portanto, cuidam da mesma questão, e que foram tratadas em conjunto na defesa.

Sustenta ser ilegal e abusiva a conduta do Auditor Fiscal ora impugnada, promovendo a glosa, pura e simples, dos créditos apropriados pela Defendente em operação interestadual em que efetivamente foi calculada e destacada a alíquota interestadual. Posteriormente, pleiteou a improcedência do auto de infração no que diz respeito a esta parte.

Reproduz ementas de decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, visando esclarecer que o Estado de destino não tem competência legal para declarar a nulidade do benefício fiscal concedido pelo Estado de origem.

Destaca que pela premissa utilizada pelo STJ em sua decisão: "*A expressão montante cobrado, contida na segunda parte do art. 155, § 2º, I, da CF, deve ser juridicamente entendida como montante devido e, não, como montante efetivamente exigido*", diz que o STJ concluiu que resta absolutamente vedada a possibilidade de restrição e/ou glosa dos créditos calculados e destacados nas notas fiscais de aquisição, ainda que o benefício fiscal concedido pelo Estado de origem possua vícios. E afirma que o mesmo declarou, expressamente, a INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO ESTADUAL Nº 14.213/2012, justamente a norma utilizada pelo Auditor Fiscal para exigir da autuada o valor total R\$ 965.666,53, relativo as infrações nos 2 (R\$ 616.009,01) e 9 (R\$ 349.657,52). Transcreveu o voto condutor que reconhece a inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 14.213/2012.

Alega que o Decreto Estadual nº 14.213/12 é inconstitucional, pois fere o princípio constitucional da não cumulatividade (155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal de 1988), conclui-se que deve o presente auto de infração ser julgado improcedente em relação às infrações nº 2 (R\$ 616.009,01) e nº 9 (R\$ 349.657,52).

Em relação às infrações nº 06 e 07, a autuada afirma serem parcialmente indevidas, visto que cuida da glosa de crédito quando da apuração e recolhimento do ICMS relativo a mercadorias submetidas à substituição tributária. Transcreveu as referidas infrações.

Assegura que o Auditor Fiscal considerou a falta de recolhimento (infração 06) e recolhimento a menor (infração 07) em razão de ter desconsiderado a alíquota interestadual constante nas notas fiscais, ou seja, o auditor fiscal "glosou" os créditos em razão de discordar da legalidade/constitucionalidade do benefício fiscal concedido pelo Estado de origem das mercadorias, conforme exposto anteriormente. Pugna pela improcedência das infrações de nº 6 e 7.

Em relação a infração nº 06, a autuada entende que o valor devido a título de principal é de apenas R\$ 3.444,13, quanto a infração de nº 07, a autuada entende que o valor devido a título de principal é de apenas R\$ 3.949,00, conforme planilha que diz haver acostado.

Em seguida, discorreu a respeito do estorno do crédito relativo aos itens: (a) TAPETE - NCM 57033000; (b) EDREDON - NCM 94049000; (c) ALMOFADA – NCM 94049000; (d) KIT P/ CORTINA – NCM 39174090. Destaca reproduzindo os seguintes dispositivos legais que diz serem relativos ao enquadramento e tipificação da infração, Art. 9º, Art. 29, § 4º, II da Lei 7.014/96.

Salientou pelo entendimento do auditor a Impugnante se creditou, indevidamente, de ICMS relativo a produtos que, supostamente, estariam submetidos ao regime de substituição tributária.

Alertou que as mercadorias submetidas a tal sistemática de substituição "liberatória" devem, necessariamente, constar do Anexo I, do RICMS, vez que é uma norma de exceção e, por consequência, deve constar no aludido anexo a descrição detalhada e o NCM de cada um dos produtos/mercadorias.

A Impugnante verificou que parte das mercadorias/produtos considerados pelo Auditor Fiscal como estando submetidas à regra da substituição tributária e, por consequência, que não gerariam direito ao crédito na entrada, não estavam incluídas no Anexo I, por consequência, deve ser considerado

indevido tal estorno, vez que apenas os produtos/mercadorias, exclusivamente, descritas no Anexo I se submetem a tal regime de exceção.

Afirmou que apenas os produtos (a) PROT. COLCHÃO – NCM 94049000; (b) TRAVESSEIRO NCM – 94049000; e (c) MAT. PAPELARIA – NCM 4202920 se submetem a tal regime de exceção, portanto, os demais produtos que não possuem tais NCM's, por consequência, não estão submetidos ao regime de substituição tributária, portanto, não devem ser estornados os créditos relativos a tais produtos/mercadorias.

Entende a impugnante, ser necessária a realização de perícia/diligência para que seja verificado o NCM e descrição de cada um dos produtos considerados pelo Auditor Fiscal como estando submetidos à substituição tributária.

Alegou que quando da realização da perícia/diligência os créditos relativos às mercadorias/produtos que os NCM's e as descrições não constem no Anexo I, do RICMS não devem ser estornados e, por consequência, devem ser excluídos da cobrança do presente auto de infração.

Aduz que o Autuante deveria ter verificado não apenas o NCM (NBM/SH – TIPI) dos produtos, mas a sua descrição e características no ambiente de comercialização de produtos (segmento econômico) no qual exerce a Defendente suas atividades mercantis.

Frisa que seria imprescindível à verificação do tratamento tributário adotado pela Defendente quando da realização das operações de revenda (saídas) das mercadorias em questão, para não macular a validade da denúncia, por faltar-lhe as necessárias precisão e certeza do crédito tributário objeto do lançamento que, por deficiência de prova e distanciamento da verdade material dos fatos neles descritos, resultam na improcedência da autuação.

A defendente reconhece como devido apenas parte do valor exigido em relação à infração 1, conforme planilha abaixo:

CRÉDITO UTILIZADO INDEVIDAMENTE						
NOTA	CNPJ	EMISSÃO	PRODUTO	NCM/SH	BC	CRÉDITO
5056	11.518.827/0001-08	10/01/2013	PROT. COLCHÃO	94049000	7545,60	R\$ 905,47
5189	11.518.827/0001/08	21/01/2013	PROT. COLCHÃO	94049000	1568,00	R\$ 188,16
5189	11.518.827/0001/08	21/01/2013	TRAVESSEIRO	94049000	1978,20	R\$ 237,38
5485	11.518.827/0001-08	19/02/2013	PROT. COLCHÃO	94049000	2228,00	R\$ 267,36
5485	11.518.827/0001-08	19/02/2013	TRAVESSEIRO	94049000	1639,80	R\$ 196,78
850	07.392.529/0017-04	12/07/2013	TRAVESSEIRO	94049000	1300,80	R\$ 156,10
2937	07.392.529/0017-04	29/11/2013	MAT. PAPELARIA	42029200	4952,16	R\$ 594,26
2937	07.392.529/0017-04	29/11/2013	MAT. PAPELARIA	42021220	6777,36	R\$ 813,28
TOTAL DA INFRAÇÃO					R\$ 3.358,79	

Sustenta que os demais valores relativos à infração 01 são manifestamente indevidos e o presente auto de infração deve ser julgado improcedente nessa parte:

CRÉDITO GLOSADO PELO FISCAL INDEVIDAMENTE						
NOTA	CNPJ	EMISSÃO	PRODUTO	NCM/SH	BC	CRÉDITO
689	07.392.529/0001-47	30/11/2012	TAPETE	57033000	R\$ 59.985,00	R\$ 7.198,20
481	05.773.243/0013-10	13/12/2012	TAPETE	57033000	R\$ 2.158,00	R\$ 258,96
4883	11.518.827/0001-08	26/12/2012	EDREDON	94049000	R\$ 2.789,76	R\$ 334,77
4933	11.518.827/0001-08	28/12/2012	TAPETE	57033000	R\$ 210,00	R\$ 25,20
4974	11.518.827/0001-08	31/12/2012	TAPETE	57033000	R\$ 3.485,62	R\$ 418,27
5056	11.518.827/0001-08	10/01/2013	TAPETE	57033000	R\$ 106,20	R\$ 12,74

5189	11.518.827/0001-08	21/01/2013	ALMOFADA	94049000	R\$ 552,50	R\$ 66,30
5198	11.518.827/0001-08	21/01/2013	ALMOFADA	94049019	R\$ 823,59	R\$ 98,83
5338	11.518.827/0001-08	30/01/2013	ALMOFADA	94049000	R\$ 505,60	R\$ 60,67
5338	11.518.827/0001-08	21/01/2013	ALMOFADA	94049019	R\$ 329,76	R\$ 39,57
5485	11.518.827/0001-08	19/02/2013	TAPETE	57033000	R\$ 590,00	R\$ 70,80
5485	11.518.827/0001-08	19/02/2013	ALMOFADA	94049000	R\$ 241,00	R\$ 28,92
43072	07.215.271/0001-03	03/04/2013	KIT P/ CORTINA	39174090	R\$ 1.038,70	R\$ 72,71
28	07.392.529/0017-04	12/04/2013	TAPETE	57033000	R\$ 4.698,10	R\$ 563,77
21774	46.529.590/0008-79	28/05/2013	TAPETE	57033000	R\$ 15.827,00	R\$ 1.899,24
378	07.392.529/0017-04	04/06/2013	TAPETE	57033000	R\$ 1.119,00	R\$ 134,28
1161	07.392.529/0017-04	31/07/2013	TAPETE	57033000	R\$ 6.495,00	R\$ 779,40
3059	07.392.529/0017-04	05/12/2013	TAPETE	57033000	R\$ 5.274,00	R\$ 632,88
				TOTAL		R\$ 12.695,51

Em seguida, protestou pela realização de PERÍCIA CONTÁBIL a fim de comprovar a regularidade de suas operações e registros fiscais, no tocante à parcela da autuação objeto da presente impugnação e indicou como seu ASSISTENTE TÉCNICO o Sr. MARCOS ARMALDO DE MARAIS SIQUEIRA, brasileiro, contador, inscrito no CPF/MF n.º 945.819.164-53 e no CRC/PE sob o nº 025.747/O-5 e apresentou os seguintes questionamentos:

- a) “É possível atestar, diante justificativas de fato e das provas produzidas pela Defendente (notas fiscais, registros contábeis e fiscais), que inexisti de fato o creditamento de ICMS em operações com produtos submetidos à substituição tributária liberatória, nos termos em que denunciado na autuação?”.
- b) É verdadeira a afirmação de que, se existiu de fato o creditamento de ICMS em operações com produtos submetidos à substituição tributária liberatória, a Defendente promoveu, nas subsequentes operações de revenda (saídas) das respectivas mercadorias, o destaque e lançamento a débito do correspondente ICMS, fazendo cair por terra a suposta falta de recolhimento do imposto nos termos em que denunciado na autuação?”.

Por fim, pugnou para que seja o auto de infração julgado integralmente improcedente em relação às infrações nos 2 e 9, bem como, pelos mesmos motivos, que seja julgado parcialmente procedente em relação às infrações nos 6 e 7 (cálculo da antecipação tributária), conforme planilhas que diz haver acostado aos autos.

Ademais, em relação à **infração 01**, a empresa autuada concluiu que tais mercadorias não estão submetidas ao regime da substituição tributária e, por óbvio, deve ser considerado ilegal o estorno de tais créditos, devendo ser determinada a realização de perícia/diligência para excluir do auto de infração os valores relativos às mercadorias/produtos que não estejam, de fato, inseridas na regra da substituição tributária.

O Autuante apresentou informação fiscal às fls. 752 a 758. Salientou que as infrações nºs. 3, 4, 5 e 8 não foram objeto de impugnação. Sobre as infrações de nº 2 (01.02.41) e nº 9 (07.15.05) discorreu o seguinte:

Manifestou expressamente sua discordância às razões opostas pela defesa. Diz que o fulcro da controvérsia está associado à apropriação indevida de créditos fiscais destacados em notas fiscais e que foram calculados sem a observância das disposições contidas no Decreto Estadual nº 14.213/12.

Afirma que o decreto acima 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, ficando vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias citadas em seu Anexo Único.

Afirma ser o que está insculpido no caput do seu artigo 1º. Aponta que o § 1º desse mesmo artigo

prevê que o crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme o Anexo Único. Já o § 2º complementa que o disposto no caput do artigo 1º também se aplica ao cálculo do imposto devido por substituição tributária e por antecipação tributária parcial.

A respeito da infração de nº 2, alegou que trata da utilização indevida de crédito fiscal relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal de ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar 24/75, em decorrência de cálculo do imposto acima do percentual efetivamente cobrado no Estado de origem.

Explica que o sujeito passivo descumpriu a vedação explícita do Decreto nº 14.213/12, vigente a partir de 01/12/12, uma vez que não promoveu em sua escrita fiscal, nos períodos indicados no Demonstrativo 2 (folhas 16 a 18 do Processo Administrativo Fiscal), o estorno de crédito devido, conforme estipulado nos §§ 1º e 2º do artigo 2º do citado decreto, já que as mercadorias se originaram de estabelecimento atacadista situado em outra Unidade da Federação contemplado com o benefício fiscal ora em discussão.

No que tange à Infração 9, apurou o auditor o recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, contrariando disposição expressa no caput do artigo 1º do Decreto 14.213/12, que se aplica ao cálculo do imposto devido por substituição tributária e por antecipação tributária parcial, conforme seu § 2º, sendo aplicada multa percentual sobre a parcela do imposto que deveria ter sido recolhida pelo estabelecimento. Assim, para o cálculo correto da antecipação parcial deveria se abater como crédito fiscal apenas o valor correspondente à carga fiscal devida no Estado de origem e não o valor total destacado na nota fiscal relativa à entrada da mercadoria no Estado da Bahia.

Aponta que a defesa preocupou-se apenas em apresentar questionamentos acerca da constitucionalidade do Decreto nº 14.213/12, porém sem contestar os dados numéricos apurados no levantamento fiscal, haja vista que na Infração 09 ocorreram aquisições provenientes de outras entidades da Federação em que não houve a concessão de benefícios fiscais para efeito de cálculo dos créditos fiscais e que não foram alvo de contestação, conforme Demonstrativo 9 (folhas 35 a 38 do PAF).

Ressalta que se o simples ato de se destacar o ICMS na nota fiscal fosse suficiente para garantir a legitimidade do crédito fiscal, e, consequentemente, evitar a sua glosa, qualquer valor poderia ali ser consignado. Diz que considerar tal raciocínio deixaria muito fácil para o fornecedor transferir em operações interestaduais os créditos que ele bem quisesse. No documento fiscal devem constar valores consoantes com a legalidade para então o débito ser considerado devido, cobrado ou exigível, em conformidade com o instituto da não-cumulatividade.

Assevera que o Decreto 14.213/12 não ofende qualquer dispositivo legal ou constitucional, pois procura assegurar a aplicação do princípio da não-cumulatividade do ICMS, uma vez que se enquadra nas hipóteses de exceção ao direito de crédito previstas na própria Constituição Federal. Reproduz o artigo 155, § 2º, inciso II da Constituição Federal que fixou limitações ao direito de utilização do crédito de ICMS, em especial para as operações anteriores que forem isentas ou que não representem hipótese de incidência do ICMS.

Salientou que a legislação estadual não admite o creditamento “proporcional ao valor exonerado”. Entende que, de outro modo, apenas se não for reconhecido o crédito proporcional, estaria o contribuinte sediado no Estado destinatário se aproveitando indevidamente do benefício fiscal oferecido pelo Estado remetente, o que acabaria contrariando o princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Sustentou que as limitações ao direito de crédito em relação às operações isentas ou com não-incidência têm o propósito de assegurar a aplicação do princípio da não-cumulatividade, pois impede que o contribuinte utilize um crédito fiscal que não existe, considerando que a operação anterior não gerou pagamento do ICMS. O inciso II do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal destaca que a

limitação ao crédito não é absoluta, podendo ser dispensada se houver “determinação em contrário da legislação”, isto é, se houver deliberação neste sentido mediante convênio ou protocolo interestadual.

Analisou a questão sob a perspectiva do Estado destinatário, e afirmou que este não pode suportar um crédito fiscal flagrantemente ilegal, já que não há o respaldo do CONFAZ, conselho no qual os secretários estaduais de Fazenda se reúnem para deliberarem acerca de incentivos fiscais e tendo o cuidado de não permitirem que um Estado seja obrigado a suportar um ônus advindo de um crédito fiscal não cobrado pelo Estado fornecedor, já que essa situação irá repercutir negativamente em suas receitas. Isto posto, se não houvesse qualquer limitação à utilização do crédito fiscal, o Estado destinatário seria obrigado a assumir o encargo do benefício fiscal oferecido pelo Estado remetente.

A respeito da infração 06 (07.01.01) e da infração 07 (07.01.02), afirma que as alegações da autuada não procedem. Entende que o Decreto nº 14.213/12, veda ao contribuinte adquirente estabelecido no Estado da Bahia a utilização do total do crédito destacado na nota fiscal relativamente às mercadorias contempladas com benefício fiscal não autorizado por convênio ou protocolo, assegurando apenas o creditamento em percentual indicado em seu Anexo Único.

Alegou que a autuada adquiriu mercadorias oriundas de estabelecimentos atacadistas localizados no Estado da Paraíba e para o cálculo correto do ICMS devido, relativo às aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, a legislação só admite o aproveitamento de crédito fiscal, no caso específico dessas entradas, no percentual de 3%, nos termos do Anexo Único do citado decreto. Todavia, a impugnante utilizou o crédito integral de 12% quando do cálculo do ICMS por substituição tributária, implicando na falta de recolhimento (Infração 6) ou no recolhimento a menor (Infração 7) do imposto devido, o que ensejou na constituição do crédito tributário em questão.

Defendeu que os benefícios fiscais incidentes sobre as mercadorias adquiridas pelo sujeito passivo no Estado da Paraíba não encontram guarida na legislação do Estado da Bahia, que só autoriza o crédito proporcional, equivalente ao percentual efetivamente cobrado no Estado de origem.

A respeito da infração de nº 01 (**01.02.05**), refutou as arguições apresentadas pela autuada ao discordar do enquadramento das mercadorias TAPETE – NCM 57033000; EDREDON – NCM 94049000; ALMOFADA – NCM 94049000; KIT P/ CORTINA – NCM 39174090 no regime de substituição tributária. A defesa considera que esses itens não fazem parte do Anexo I do RICMS/BA e, neste caso, deveria ocorrer geração de crédito na entrada da mercadoria, situação que anularia parte do estorno de crédito exigido no lançamento fiscal.

A Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), que tem por base o Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias, ou simplesmente Sistema Harmonizado (SH), foi adotado pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai desde janeiro de 1995. Assim, dos oito dígitos que compõem a NCM, os seis primeiros são formados pelo Sistema Harmonizado, enquanto o sétimo e oitavo dígitos correspondem a desdobramentos específicos no âmbito do próprio MERCOSUL. A nova Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI), aprovada pelo Decreto nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016, baseada na Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, estabelece as Regras Gerais para Interpretação do Sistema Harmonizado.

Contrariando a argumentação da autuada, o Autuante afirma que o produto TAPETE – NCM 57033000 encontra-se sujeito ao regime de substituição tributária e descrito no item 24.25 (Tapetes e outros revestimentos para pavimentos (pisos), de matérias têxteis, tuvados, mesmo confeccionados – 5703) do Anexo I do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/12, decorrente dos Protocolos ICMS 104/09 e 26/10, com redação vigente para os exercícios de 2012 e 2013. De acordo com a Tabela da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, faz parte da classificação 5703 o código 57039000.

Em relação aos itens EDREDON - NCM 94049000 e ALMOFADA – NCM 94049000, as NOTAS EXPLICATIVAS DO SISTEMA HARMONIZADO (CLASSIFICAÇÃO FISCAL) – NESH, parte integrante da tabela dos Produtos Sujeitos à Substituição ou Antecipação Tributária nas Aquisições Interestaduais, válida para o Estado da Bahia, esclarecem que a posição 9404 abrange um determinado número de produtos de cama e semelhantes, como colchões, edredons, almofadas, pufes, travesseiros e semelhantes, cuja característica essencial é de estarem providos de molas ou estofados ou

guarnecidos interiormente de certos materiais como algodão, lã, crina, penas, fibras sintéticas, etc. Nesta condição, além do item TRAVESSEIROS, os itens EDREDONS e ALMOFADAS também integram a codificação 9404.9, prevista no Anexo I do RICMS/BA, itens 15.3 e 15.4, aprovado pelo Decreto 13.780/12, decorrente do Protocolo ICMS 190/09, com redação vigente para os exercícios de 2012 e 2013. De acordo com a Tabela da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, faz parte da classificação 9404.9 o código 94049000.

Por fim, sustenta que o produto KIT P/ CORTINA, NCM 39174090, também encontra-se submetido ao regime de substituição tributária e descrito no item 24.4 (Tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção civil – 3917) do Anexo I do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/12, decorrente dos Protocolos ICMS 104/09 e 26/10, com redação vigente para os exercícios de 2012 e 2013. De acordo com a Tabela da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, faz parte da classificação 3917 o código 39174090.

Quanto à solicitação de perícia ou diligência, considerou que os elementos constantes no processo são suficientes para o convencimento dos julgadores e cabe ao sujeito passivo apresentar suas alegações e juntar aos autos todos os documentos necessários e que estejam em seu poder quando da apresentação da sua defesa, tornando-se desnecessária, portanto, a realização de perícia contábil para a apuração de fatos relacionados à própria escrituração fiscal da requerente.

Pelas razões expostas acima, o auditor concluiu que as razões opostas no corpo da defesa não passam de mero expediente procrastinatório, o que o leva a reafirmar os termos da autuação e solicitar a PROCEDÊNCIA INTEGRAL do Auto de Infração 206878.0005/17-1.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Se faz *mister* destacar que a presente impugnação restringe-se às infrações 01, 02, 06, 07 e 09, de modo que não faz parte do presente julgamento às infrações 03, 04, 05 e 08. Observo ainda que não vislumbrei a necessidade arguida pela defesa no sentido de submeter o presente processo à perícia técnica ou diligência, por considerar da análise dos autos que os elementos constantes são suficientes para formar a convicção pertinente ao deslinde da presente demanda.

Registro que a Impugnante usa em sua defesa às fls. 724 (dois últimos parágrafos) e 725 (quatro primeiros) argumentos desconexos com as acusações constantes da peça vestibular, pois refere-se à auditoria de estoques e a multa de 100%, sendo que não verifiquei nos autos nenhuma das referidas situações.

Examinando a acusação encerrada pela **infração 01**, verifico que esta diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal por se referirem às aquisições de mercadorias sujeita à antecipação tributária por substituição.

Perquirindo a pertinência da alegação defensiva de que algumas das mercadorias objeto da acusação fiscal em tela, não se tratam de mercadorias substituídas, especificamente aquelas que discriminou em uma planilha que aponta, a título de possíveis valores erroneamente computados pelo Autuante, o valor de R\$12.695,51, conforme consta do demonstrativo constante da peça defensiva às fls. 736. Examinando este demonstrativo, concluo que apenas o item KIT P/ CORTINA – NCM 39174090, não é sujeito ao regime de substituição tributária.

Sendo assim, apenas o valor de R\$96,36 será objeto de exclusão da infração 01, resultando na redução do valor de R\$17.445,14, para R\$17.348,78:

JANEIRO/12	R\$429,76	PARA R\$406,11
ABRIL/12	R\$636,48	PARAR\$563,77

Quanto à **infração 02** que se refere à aplicação do Decreto nº 14.213/2012, o qual impõe a glosa dos créditos fiscais destacados a mais nos documentos fiscais em decorrência do cálculo do imposto acima do efetivamente cobrado no Estado de origem, esclareço que a Lei Complementar nº 160/2017, permitiu que, mediante convênio, os Estados e o Distrito Federal deliberassem sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais.

Em consequência da referida LC, foi celebrado o Convênio ICMS 190/17, e o Estado da Bahia, por meio do Decreto nº 18.270/18, promoveu a remissão dos eventuais créditos tributários existentes citados no Anexo Único do Decreto nº 14.213/12. Destarte voto pela improcedência da infração 02.

Sobre a **Infração 06 que se refere à falta de recolhimento do ICMS referente às aquisições de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e sujeitas à antecipação tributária**. Verifico que no cálculo relativo a apuração do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA houve aplicação do Decreto nº 14.213/12, contudo como já explicado esse decreto foi revogado tendo em vista a publicação do Decreto nº 18.270/18, que promoveu a remissão dos eventuais créditos tributários existentes, citados no Anexo Único do Decreto nº 14.213/12.

Verifiquei ainda que no referido cálculo consta computada a aquisição da mercadoria KIT P/ CORTINA – NCM 39174090, que não está sujeita ao regime de substituição tributária. Sendo assim, no curso da instrução foi elaborada nova planilha de cálculo onde foram excluídas do levantamento fiscal a referida mercadoria, como também os efeitos do Decreto nº 14.213/12. De modo que, voto pela redução do valor da infração 06 de R\$15.427,11 para R\$ 11.371,81. Conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO 06								
N.F.	UF	MÊS	MERC.	BC ST	ICMS APU.	ALIQ.	CRÉD.	ICMS ST DEV.
283	AL	mar-12	PROT.COLCHÃO	697,45	118,57	0,12	43,00	75,57
			março-12	697,45	118,57		43,00	75,57
111085	RN	mai-12	TRAVESSEIRO	3.746,24	636,86	0,12	231,01	405,85
			maio-12	3.746,24	636,86		231,01	405,85
5056	PB	jan-13	TAPETE	167,77	28,52	0,12	12,74	15,78
5056	PB	jan-13	PROT.COLCHÃO	14.683,74	2.496,24	0,12	905,47	1.590,76
5189	PB	jan-13	ALMOFADA	1.075,17	182,78	0,12	66,30	116,48
5189	PB	jan-13	ALMOFADA	1.602,71	272,46	0,12	98,83	173,63
5189	PB	jan-13	PROT.COLCHÃO	3.051,33	518,73	0,12	188,16	330,57
5189	PB	jan-13	TRAVESSEIRO	3.849,58	654,43	0,12	237,38	417,04
5338	PB	jan-13	ALMOFADA	983,90	167,26	0,12	60,67	106,59
5338	PB	jan-13	ALMOFADA	641,71	109,09	0,12	39,57	69,52
			janeiro-13	26.055,90	4.429,50		1.609,13	2.820,37
43072	SC	Abr-13	KIT P/CORTINA	1.582,87	269,09	0,07	72,71	0,00
28	PB	abr-13	TAPETE	7.422,06	1.261,75	0,12	563,77	1.120,81
			abril-13	9.004,93	1.530,84		636,48	1.120,81
21774	MS	jun-13	TAPETE	25.003,49	4.250,59	0,12	1.899,24	2.351,35
378	PB	jun-13	TAPETE	1.767,80	300,53	0,12	134,28	166,25

6382	PB	jun-13	ALMOFADA	342,66	58,25	0,12	26,03	32,22
			junho-13	27.113,95	4.609,37		2.059,55	2.549,82
850	PB	jul-13	ALMOFADA	8.749,22	1.487,37	0,12	539,52	947,85
850	PB	jul-13	TRAVESSEIRO	2.531,36	430,33	0,12	156,10	274,23
			julho-13	11.280,57	1.917,70		695,62	1.222,08
1416	PB	ago-13	PERSIANA	4.576,57	778,02	0,12	349,98	428,04
1416	PB	ago-13	KIT P/CORTINA	1.456,61	247,62	0,12	121,22	0,00
			agosto-13	6.033,18	1.025,64		471,20	428,04
2937	PB	nov-13	MAT. PAPELARIA	8.448,38	1.436,23	0,12	594,26	841,97
2937	PB	nov-13	MAT. PAPELARIA	11.562,18	1.965,57	0,12	813,28	1.152,29
			novembro-13	20.010,56	3.401,80		1.407,54	1.994,26
3059	PB	dez-13	TAPETE	8.164,15	1.387,91	0,12	632,88	755,03
			dezembro-13	8.164,15	1.387,91		632,88	755,03
			TOTAIS	112.106,94	19.058,18		7.786,42	11.371,82

Em relação a Infração 07 que trata de recolhimento a menos do ICMS antecipação tributária referente às aquisições de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, constato que a diferença a recolher apurada pelo Autuante decorre em parte da aplicação indevida do Decreto nº 14.213/12 e por ter considerado produto não sujeito à substituição tributária na cálculo como o KIT P/CORTINA. Refeitos os cálculos abstraindo as glosas a que se refere o decreto em questão verifiquei que a diferença a ser exigida sob acusação a que se refere a infração 07 passa de R\$9.644,88, para R\$1.983,83. Conforme demonstrativo abaixo:

APURAÇÃO: INFRAÇÃO 07						
MÊS	B C ICMS STrib.	ICMS Apurado	Crédito Fiscal	Imposto Devido	Imposto Recolhido	Diferença a Recolher
fevereiro-12	7.413,09	1.260,23	457,13	803,10	285,43	517,67
março-13	10.649,00	1.788,10	620,53	1.167,57	766,12	401,45
maio-13	2.687,66	456,90	137,65	319,25	342,97	0,00
junho-13	30.885,09	5.250,46	2.261,93	2.988,54	1.569,04	1.419,50
julho-13	24.980,84	4.246,74	1.665,88	2.580,86	1.879,23	701,63
agosto-13	3.182,48	541,02	146,19	0,00	208,83	0,00
novembro-13	47.945,00	8.150,65	2.812,72	3.557,04	4.607,46	0,00
dezembro-13	38.161,54	6.487,46	2.680,31	3.807,16	3.580,60	226,56
Geral	165.904,70	28.181,57	10.782,34	15.223,51	13.239,68	1.983,83

Quanto à infração 09 que se refere à aplicação de multa em vista da apuração de recolhimento a menos do ICMS por Antecipação Parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para comercialização e com saídas subsequentes tributadas normalmente, restou constatado que também sofreu interferência indevida nos cálculos pela aplicação do Decreto nº 14.213/12. Refeitos os cálculos abstraindo as glosas a que se refere o decreto em questão verifiquei que a diferença a ser exigida sob acusação a que se refere a infração 09, fica reduzida de R\$349.657,52, para R\$ 796,53. Voto, portanto, pela sua procedência parcial. Conforme demonstrativo a seguir:

INFRAÇÃO 09							
MÊS	Valor	ICMS	CRÉDITO	ICMS DEV.	ICMS REC.	DIF.	MULTA
jan-13	220.388,46	37.466,04	26.312,74	11.153,30	10.028,75	1.124,55	674,73
abr-13	142.741,38	24.266,03	16.270,33	7.995,70	18.432,19	0,00	0,00
mai-13	549.280,32	93.377,65	65.322,19	28.055,46	64.097,66	0,00	0,00
jun-13	675.929,19	114.907,96	80.939,33	33.968,63	35.226,66	0,00	0,00
jul-13	1.330.954,86	226.262,33	147.307,78	78.954,54	78.781,02	173,52	104,11
ago-13	629.532,07	107.020,45	74.974,67	32.045,78	33.613,10	0,00	0,00
set-13	378.211,79	64.296,00	44.977,71	19.318,30	27.376,21	0,00	0,00
out-13	931.981,95	158.436,93	110.514,31	47.922,62	48.563,37	0,00	0,00
nov-13	753.041,66	128.017,08	90.208,01	37.809,08	37.779,60	29,48	17,69
dez-13	1.881.972,94	319.935,40	225.836,75	94.098,65	94.362,36	0,00	0,00
Geral	7.494.034,62	1.273.985,89	882.663,81	391.322,07	353.898,56	1.327,55	796,53

Destarte voto pela procedência parcial do presente Auto de Infração, de modo que o valor do lançamento passa de R\$1.019.279,96 para R\$**42.315,14**. Conforme demonstrativo a seguir:

INFRAÇÃO	VALOR HISTÓRICO	VALOR JULGADO
01 - 01.02.05	17.445,14	17.348,78
02 - 01.02.41	616.009,01	0
03 - 01.02.74	1.872,43	1.872,43
04 - 06.01.01	3.464,15	3.464,15
05 - 06.02.01	209,52	209,52
06 - 07.01.01	15.427,11	11.371,82
07 - 07.01.02	9.644,88	3.266,81
08 - 07.15.03	5.550,20	5.550,20
09 - 07.15.05	349.657,52	796,53
	1.019.279,96	43.880,24

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206878.0005/17-1, lavrado contra a empresa **ANTUNES PALMEIRA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.533,51**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, “a”, II “f” e “d” da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$6.346,73**, prevista no art. 42, VII, “d” do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

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 de Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2018

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR