

A. I. Nº - 2321510001/18-4
AUTUADO - ROKA ASSISTENCE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08.11.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0172-02/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Afastada alegação de erro de cálculo. Corrigido o lançamento em relação a nota fiscal de simples remessa. Acusação fiscal elidida em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 05/03/2018 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$200.098,13, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 07.21.03: Deixou de efetuar o recolhimento 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. Referente ao período de agosto a outubro de 2015, maio, junho, julho, setembro e dezembro de 2016, junho, agosto a novembro de 2017.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 15 a 32, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a peça defensiva discorrendo sobre a tempestividade, caracterização do patrono e faz a síntese do lançamento impugnando.

Tratando do tópico “1. INSUBSISTÊNCIA DA INFRAÇÃO”, diz que o auto de infração padece de vícios que inquinam sua validade. Argumentação que afirma se segmentar em três partes: “(a) quanto à competência de setembro de 2015, o crédito tributário constituído é fruto da tributação com base em nota fiscal de simples remessa do estabelecimento depositário (NF-e 391963); (b) na competência de dezembro de 2017, foi considerada a NF-e 278.304, que fora cancelada pela emitente em janeiro de 2018; (c) aplicação equivocada, em todo período autuado, de alíquota “cheia” (17% até outubro de 2015 e 18% a partir de janeiro de 2016) em vez de, apenas, o diferencial de alíquota resultante da “diferença entre a alíquota interna e a interestadual” (art. 13, §1.º, inciso XIII, alínea “g”, item 2, da Lei Complementar n.º 123/2006 c/c art. 12-A da Lei Estadual n.º 7.014/96), sobre os valores relativos às notas de entrada.”

Ao adentrar ao tópico “4.1 COMPETÊNCIA DE SETEMBRO DE 2015: O CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO COM BASE EM NOTA FISCAL DE SIMPLES REMESSA DO ESTABELECIMENTO DEPOSITÁRIO (NF-E 391963)”, registra que a antecipação parcial do ICMS, no tocante à competência de agosto de 2015 fez-se com base em nota fiscal de simples remessa.

Afirma constar do Resumo para a Constituição do Crédito Tributário, a NF-e 391963 (**doc. 04**) fl. 53, que se trata de nota fiscal de simples remessa, emitida discriminando a NF-e 002.238 (**doc. 05**) fl. 55, emitida pela ELGIN Industrial da Amazônia Ltda (CNPJ/MF nº 14.200.166/0001-66), cujo valor era de R\$19.512,00 (dezenove mil, quinhentos e dois reais), exatamente igual ao constante daquela nota (391963). Explica que no auto de infração, esse montante é exatamente a base de cálculo constante na primeira competência autuada.

Aduz que a nota fiscal da NF-e 391963, refere-se à operação “outras saídas – remessa por conta e

ordem Terceiros”, exatamente de onde a mercadoria estava depositada sob conta e ordem da vendedora, tendo como destinatária a contribuinte ora autuada, e que foi emitida pela Support Armazenagem Venda e Logística Integrada Ltda. (CNPJ 03.447.983/0001-05).

Diz constar desta nota fiscal, inclusive, a referência à operação tributada, materializada pela NF-e 002.238, e que no Resumo para a Constituição do Crédito Tributário, consta como emitente da nota a Support Armazenagem Venda e Logística Integrada Ltda. (CNPJ 03.447.983/0001-05), empresa de logística responsável pela armazenagem e entrega da mercadoria descrita (também) na NF-e 002.238 emitida pela ELGIN Industrial da Amazônia Ltda. (CNPJ/MF nº 14.200.166/0001-66).

Explica que a mercadoria foi transportada pela Integralog Transportes Ltda (CNPJ/MF sob o nº 19.109.840/0003-87), conforme documento auxiliar de conhecimento de transporte – eletrônico anexo (doc. 06), fl. 57 e 58, com frete no valor de R\$ 2.103,69.

Pontua que em 25/09/2015, quando a mercadoria transitava pela fronteira do Estado, foi lavrada a Notificação Fiscal nº 124157.0364/15-4 (**doc. 07**), fls. 61 e 62, exigindo-se da contribuinte o pagamento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Simples Nacional, justamente com base na NF-e 002.238. Diz que a Impugnante realizou o pagamento do tributo no valor de R\$ 975,60 juntamente com a multa de 60%, reduzida (R\$ 58,53), totalizando R\$1.034,13 (doc. 08) fl. 64 a 66. Destaca que, nesta ocasião, o valor corretamente ao ICMS, foi calculado corretamente, segundo a diferença entre alíquota interna (17%) e a interestadual (12%), cobrando-se, portanto, o ICMS sob a alíquota de 5%.

Ressalta haver restado evidente que, quanto ao primeiro lançamento constante no auto de infração, o ICMS devido foi objeto da Notificação fiscal nº 124157.0364/15-4, calculado com base na NF-e 002.238, sendo que o lançamento ora impugnado baseou-se em uma nota fiscal de simples remessa do estabelecimento depositário (NF-e 391963).

Remata que pela regra do art. 3.º, inciso VII, da Lei Estadual nº 7.014/96, a rigor, há de se excogitar a incidência de ICMS pretendida pelo auto de infração ora impugnado.

Comenta que as notas NF-e 391963 e NF-e 002.238 referem-se às mesmas mercadorias e, mediata e imediatamente, a uma mesma operação de circulação jurídica que já fora tributada, e cujo valor devido a título do ICMS já foi recolhido aos cofres públicos estaduais.

Dizendo para aclarar a exposição, apresenta demonstrativo envolvendo as diversas notas fiscais envolvidas na operação em tela indicando a situação tributária e explicitando quando ao recolhimento respectivo do ICMS.

nº da NF e valor	Data de emissão	Emitente	Referência	Situação quanto ao ICMS
002.238 R\$19.512,00	22/09/2015 13:49:39	ELGIN Industrial da Amazônia Ltda (CNPJ/MF n.º 14.200.166/0001-66)	Venda Prod. Do Estabelecimento que não deva por ele transitar	Pago em razão da Notificação fiscal n.º 124157.0364/15-4
391.963 R\$19.512,00	23/09/2015 01:52:00	Support Armazenagem Venda e Logística Integrada Ltda. (CNPJ 03.447.983/0001-05)	Outras Saídas – remessa por conta e ordem de terceiros	Não incidência de ICMS, inclusive antecipação parcial
077.971 R\$2.103,69	23/09/2015 03:14:00	Integralog Transportes Ltda (CNPJ/MF sob o n.º 19.109.840/0003-87)	Prestação de serviço de transportes	Pago pelo remetente

Remata que o valor histórico de R\$3.317,04 deve ser excluído do auto de infração.

Referindo-se ao tópico “4.2 COMPETÊNCIA DE DEZEMBRO DE 2017: CONSIDERADA A NF-E 278.304, CANCELADA PELA EMITENTE EM JANEIRO DE 2018.” aduz que examinando as notas fiscais relacionadas na “13 - Lista

de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal” que ensejaram a cobrança do ICMS antecipação parcial, inferiu a presença da NF-e 278.304 (**doc. 09**) fl. 69, no valor de R\$ 13.630,88.

Explica que essa nota fiscal fora emitida pela ELGIN S/A (CNPJ/MF n.º 52.556.578/0001-22), em 19/12/2017, foi por ela mesma cancelada em janeiro de 2018, em razão do cancelamento de compra, acrescenta que o referido cancelamento da nota fiscal pode ser confirmado no sistema de registro de notas fiscais eletrônicas dessa SEFAZ/BA. Mas, salienta que, a despeito de seu cancelamento, foi considerada pela fiscalização para efeito de cobrança do ICMS – antecipação parcial. Depreende que essa nota há de ser excluída da base de cálculo.

Adentrando ao tópico “4.3 APLICAÇÃO EQUIVOCADA, EM TODO PERÍODO AUTUADO, DE ALÍQUOTA INTERNA (“CHEIA”) (17% ATÉ OUTUBRO DE 2015 E 18% A PARTIR DE JANEIRO DE 2016) EM VEZ DE, APENAS, O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA (...)” assevera que examinando o quadro resumo de apuração do crédito tributário, infere-se que, para as competências compreendidas no exercício de 2015, foi aplicada a alíquota de 17%; a partir do exercício de 2016, foi aplicada a alíquota de 18%.

Pondera que 17% e 18% são as *alíquotas internas* aplicadas aos produtos comercializados pela contribuinte autuada, caso esta não fosse optante do SIMPLES NACIONAL e estivesse submetida ao regime normal de tributação.

Afirma ser cediço que, para os contribuintes optantes do SIMPLES NACIONAL, a exigência do ICMS apartado somente tem espaço nas hipóteses previstas no o art. 13, §1.º inciso XIII, alínea “g”, item 2, e §5.º, da Lei Complementar nº 123/2006, que reproduziu.

“Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

[...]

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

[...]

§ 1.º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

[...]

XIII - ICMS devido:

[...]

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

[...]

§ 5º A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam as alíneas g e h do inciso XIII do § 1º deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.” (grifos adotados).

Remete sua análise à Lei Estadual nº 7.014/96, com as alterações introduzidas pela Lei Estadual nº 8.967/2003, reproduzindo o art. 12-A.

“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”.

Lembra que o Decreto Estadual nº 13.780/2012, que “[r]egulamenta o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS” (RIMCS/BA), em seu art. 321, inciso VII, alínea “b” – **citado, inclusive, no enquadramento legal contido no auto de infração ora**

impugnado –, é claro ao de determinar, na esteira das aludidas normas já citadas e que lhe são hierarquicamente superiores, que o ICMS há de ser calculado segundo a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, reproduzindo o §1º, e alínea “b” do inciso VII do art. 321 do RICMS/12.

“Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:

[...]

VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros estados e Distrito Federal:

[...]

b) sem encerramento da tributação (antecipação parcial), hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273 e 274.

[...]

§ 1º A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam a alínea “b” do inciso VII e o inciso VIII deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis aos contribuintes não optantes pelo Simples Nacional”. (grifos aditados).

Conclui que a exigência do ICMS por antecipação parcial deveria ser calculada com na base na alíquota interna aplicável – i.e., 17% até 2015 (art. 15, inciso I, da Lei Estadual nº 7.014/1996, antes da redação dada pela Lei Estadual nº 13.373/2015) e 18% a partir de 2016 (art. 15, inciso I, da Lei Estadual nº 7.014/1996, com redação dada pela Lei Estadual nº 13.373/2015) – deduzindo-se a alíquota interestadual de 12% (doze por cento) (art. 15, inciso I, da Lei Estadual nº 7.014/1996). Noutros termos, essa diferença de alíquota seria de 5% (cinco por cento) para 2015 e 6% (seis por cento) para 2016 e 2017.

Adverte que §5.º do art. 13 da LC nº 123/2006 e o §1.º do art. 321 do RICMS/BA são inequívocos ao afirmarem que o aplicador da norma há de tomar “*por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional*”.

Destaca que o legislador nacional, ao exercer a competência que lhe conferida pelo art. 146, inciso III, alínea “d”, da Constituição Federal de 1988, estipulou de forma clara que a alíquota a ser utilizada pelos contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL no tocante ao ICMS sob o regime de antecipação deveria ser, necessariamente, “*diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor*”.

Discorre que sobre esse dispositivo da LC nº 123/2006, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, já se pronunciou no (REsp 1193911/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 02/02/2011, do qual reproduziu excertos.

Defende que na linha de intelecção exposta, não poderia a lei ou ato normativo estadual conter previsão no sentido de que, caso o contribuinte optante pelo SIMPLES NACIONAL não recolha, ao tempo e modo devidos, o ICMS sob o regime de antecipação parcial, deixará de ser aplicada ao cálculo do imposto a diferença entre a alíquota interna e a interestadual e será aplicada apenas a alíquota interna. Lembra que a LC nº 123/2006 não contém nenhuma regra autorizativa nesse sentido.

Ressalta que no auto de infração ora impugnado, contudo, utilizou-se, de modo absolutamente equivocado, apenas a alíquota interna, 17% (dezessete por cento) até 2015 e 18% (dezoito por cento) a partir de 2016, deixando de utilizar a “diferença” de alíquotas, conforme determinam tanto a LC nº 123/2006, como a Lei Estadual nº 7.014/96 e o RICMS; mas apenas e tão somente a alíquota interna cheia.

Salienta que o auto de infração traz uma evidência desse equívoco, e indica que se observe que ao apurar a ocorrência datada de 30/09/2015, com vencimento para 25/10/2015, aponta como base de cálculo o valor de R\$23.741,76 e, como ICMS antecipação parcial devido, o valor de R\$4.036,10. Pois, conclui que em se aplicando a alíquota interna apontada no auto de infração (=23.741,76 X 17%), apura-se, realmente o valor de R\$4.036,10.

Diz que, examinando o Resumo para a Constituição do Crédito Tributário – Sintético, infere-se que a base de cálculo lá constante é de R\$ 80.722,00, respeitante à NFE-e 716, emitida pela ARCON Ar Condicionado Ltda (CNPJ/MF 10.733.986/0001-19) (doc. 10) fl.71.

Acrescenta que o Resumo do Demonstrativo Cálculo Semi-Elaborado – UMF alude a essa mesma NF-e, fragmentando-a por mercadoria, indicando a base de cálculo também na ordem de R\$80.722,00.

Informa que na mesma linha, na Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal, que seguiu anexo ao auto de infração ora impugnado, aponta a NF-e 716, com base de cálculo de R\$ 80.722,00 (oitenta mil, setecentos e vinte e dois reais), ICMS a lançar de R\$ 4.036,10 e nenhum valor recolhido a título de ICMS para deduzir como crédito.

Registra que quando da lavratura da mencionada Notificação Fiscal nº 124157.0364/15-4 (doc. 07), fl. 61 e 62, exigiu-se da contribuinte o pagamento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Simples Nacional, justamente com base na NF-e 002.238, o ICMS antecipação parcial que foi calculado justamente com base na diferença entre a alíquota interna vigente à época do fato (2015), qual seja 17% e a alíquota interestadual 12%, de modo que o tributo foi exigido sob a alíquota de 5% (cinco por cento) [R\$ 19.512,00 X (17-12= 5%) = R\$ 975,60].

Frisa haver juntado à presente defesa todas as notas fiscais de entrada, relacionadas na “13 - Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal” que ensejaram a cobrança do ICMS antecipação parcial (doc. 11), fls. 73 a 103 para demonstrar o equívoco na apuração do tributo, eis que aplicada a alíquota interna, em vez de a diferença entre esta e a alíquota interestadual. Reitera que o Autuante ao realizar o lançamento, deixou de aplicar a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, e aplicou apenas a alíquota interna.

Remata que por todo o exposto, não tem como prosperar o lançamento tributário materializado no auto de infração ora impugnado, acrescentando que a multa de infração aplicada padece de inconstitucionalidade.

Passando ao tópico “5. O CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA DE 60% (SESSENTA POR CENTO) SOBRE O VALOR DO IMPOSTO (ART. 42, INCISO II, ALÍNEA “D”, DA LEI ESTADUAL N.º 7.014/96)”, inicia a intelecção sobre o tema trazendo a doutrina de Eduardo D. Botallo, que traduz a idéia de que STF declarou a invalidade de normas penais tributárias por atentarem contra a capacidade contributiva e a vedação ao confisco.

Registra que o valor exigido a título de multa que correspondente a 60% sobre o valor do imposto pelo cometimento de infração é nitidamente excessivo, confiscatório e desarrazoado, e reproduz o conteúdo do art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei Estadual nº 7.014/96.

Entende que para SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL pouco importa se a confiscatoriedade opera-se por meio da exigência do tributo em si ou mediante multas tributárias, sendo determinante ter em mente que é vedada a invasão desarrazoada do patrimônio do particular, seja lá a que título for, reproduzindo o excerto da ADIn 2.010/DF, que assim transcreveu: “‘A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde, habitação, por exemplo).’”

Leciona sobre o princípio do não-confisco dizendo ser a concretização, dentro do âmbito do Direito Tributário, da proteção à propriedade particular, reproduzindo a doutrina de ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA, o qual entende que “‘o princípio da não-confiscatoriedade limita o direito que as pessoas políticas têm de expropriar bens privados’”, e segue reproduzindo o opinativo no mesmo sentido de outros doutrinadores.

Remata que a legitimidade da expropriação particular em favor dos cofres públicos exige a sempre necessária observância da justiça da tributação, com olhos na capacidade contributiva do sujeito.

Menciona que foi o entendimento do STF consignado na apreciação da Medida Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.075-1/DF, em que foi suspensa a eficácia do art. 3.º da Lei nº 8.846/94, que previa a multa de 300% (trezentos por cento) do valor da operação, em caso de venda de mercadoria sem emissão de nota fiscal. Destaca também, no mesmo sentido o julgamento da ADIn nº 551-1/RJ, publicado no DJU de 14.02.2003, reproduzindo a ementa. Em continuação aponta outras decisões paradigma.

Entende ser o que acontece no presente caso, por não haver um critério razoável para justificar a imposição ao contribuinte de uma multa em valor tão próximo ao do próprio imposto, pois tal ato lhe representa um ônus pecuniário exacerbado, caracterizando a sanção como um mero instrumento de apossamento, pelo Estado, de bens do particular sem que haja fundamento de fato e de direito que o justifique.

Assevera que não há de se perder de vista que a multa é uma sanção aplicada em razão do descumprimento de um dever imposto pela norma tributária. Mas isso não significa que seu valor deva corresponder a mais da metade do valor do tributo.

Diz ainda que mostra-se inteiramente desarrazoado que seu descumprimento seja alçado praticamente ao mesmo patamar de importância do tributo, mormente quando se sabe que, para o cálculo da multa, *in casu*, é necessário saber-se o valor daquele. Pondera que não se está a tratar de infração que exige dolo sequer genérico.

Salientar que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no que toca às multas moratórias, vem entendendo que multas tributárias incidentes sobre o tributo devido não se caracterizam como confiscatória quando não ultrapassam o patamar dos 20% (vinte por cento).

Registra que no caso concreto a multa cobrada tem a natureza de sanção decorrente única e exclusivamente da utilização indevida de crédito fiscal, e que a desproporcionalidade da cobrança é manifesta, reproduzindo doutrina nesse sentido.

Conclui que as multas devem guardar proporção com o valor da prestação tributária, sob pena de destruição da fonte pagadora, e violação da capacidade contributiva e do princípio do não confisco, entendendo ser *mister* o reconhecimento da exorbitância da multa de 60% (sessenta por cento) sobre o valor total do tributo, e, portanto, da necessidade de sua exclusão.

Ao final sob o tópico “6. CONCLUSÃO: REQUERIMENTOS FINAIS E PEDIDOS”, pugna pelo acolhimento da presente defesa, decretando-se a invalidade do lançamento consubstanciado no auto de infração tombado sob o nº 2321510001/18-4, em razão do quanto exposto nesta defesa, uma vez que se aplicou a alíquota equivocada no cálculo do tributo, sem prejuízo de se excluir o crédito relativo a ocorrência datada de 31/08/2015, haja vista que não ocorreu o fato gerador, bem assim a nota fiscal 278.304, relativo à ocorrência datada de 30/11/2017, haja vista o cancelamento da nota fiscal mercê da não ocorrência do fato gerador, na forma explicada nesta defesa.

Subsidiariamente, pleiteia seja excluída a multa apontada, haja vista o nítido caráter confiscatório.

Requer a produção de prova por todos os meios admitidos no processo administrativo, em especial, a juntada dos documentos que acompanham a presente defesa, em fotocópias não autenticadas, razão por que, de logo, pugna pela concessão de prazo para a conferência com os originais, acaso restem impugnadas quanto à forma e quanto ao conteúdo. Reserva-se, outrossim, o direito de juntar outros documentos em contraprova.

O Autuante apresenta sua informação fiscal às fls. 106 e 107, diz que procede a alegação da defesa de que a nota fiscal nº 391963, é de simples remessa e que o ICMS foi recolhido através de notificação fiscal nº 1241570364/15-7 referente a nota fiscal 2238, que faz referencia a nota fiscal 391963, portanto, concorda em deduzir do valor histórico com vencimento em 20/10/2015 valor R\$3.317,04.

Em relação à nota fiscal 278304 que a autuada alega ter sido devolvida, afirma que não consta nos arquivos da SEFAZ essa informação.

Quanto ao questionamento em relação a aplicação das alíquotas 17% e 18%, afirmam que foram lançadas conforme RICMS-BA, e que foi deduzido os créditos destacados nos documentos fiscais, conforme planilha 06 - Resumo do Demonstrativo Cálculo Semi-Elaborado, que detalha os lançamentos.

Destaca que os valores recolhidos a menor provem da planilha 18 - Relatório Mercadorias com Crédito Máximo Admitido Restringido pela Legislação, decreto 14213/2012.

Em relação à nota fiscal 716, aduz que todos os créditos foram lançados conforme contam na planilha 06.

Conclui assistir em parte razão à Impugnante, visto concordar em reduzir do valor da autuação o total de R\$3.317,04, por já ter sido recolhido, resultando na redução do valor histórico do auto de infração que R\$200.098,13 para R\$196.781,09. Por fim, requer a procedência parcial do Auto de Infração.

A defesa volta a se manifestar às fls. 114 a 123, registra que o Autuante acolheu o argumento quanto à NF-e 391963, excluindo do lançamento o respectivo valor do ICMS (R\$3.317,04), uma vez que recolhido na Notificação Fiscal nº 124157.0364/15-4, de modo que o valor do tributo em montante histórico foi reduzido de R\$200.098,13 (duzentos mil noventa e oito reais e treze centavos) para R\$196.781,09 (cento e noventa e seis mil, setecentos e oitenta e um reais e nove centavos).

Descreve também o posicionamento do Autuante quanto aos demais argumentos defensivos:

“Manifestando-se acerca da defesa, a autoridade administrativa que efetuou o lançamento tributário impugnado acolheu o argumento quanto à NF-e 391963, excluindo do lançamento o respectivo valor do ICMS (R\$ 3.317,04), uma vez que recolhido na Notificação Fiscal n.º 124157.0364/15-4, de modo que o valor do tributo em montante histórico foi reduzido de R\$ 200.098,13 (duzentos mil noventa e oito reais e treze centavos) para R\$ 196.781,09 (cento e noventa e seis mil, setecentos e oitenta e um reais e nove centavos).”

Quanto aos outros argumentos, assim pontuou:

- *“Quanto a nota fiscal 278304 que a autuada alega ter sido devolvida, não consta nos arquivos da SEFAZ”;*
- *“Quanto a aplicação das alíquotas 17% e 18%, foram lançadas conforme RICMS/BA, deduzindo os créditos destacados nos documentos fiscais, conforme planilha 06 – Resumo do Demonstrativo de Cálculo Semi Elaborado, que detalha os lançamentos. Vale destacar que os valores recolhidos a menor provem da planilha 18 – Relatório Mercadorias com Crédito Máximo Admitido Restringido pela Legislação, decreto 14123/2012.” (sic, fl. 106).*
- *“Com referencia a nota fiscal 716 todos os créditos foram lançados conforme constam na planilha 06” (sic, fl. 106).”*

Em seguida a defesa reitera seus argumentos esposados na peça defensiva vestibular e conclui dizendo estarem redarguidas as manifestações contrárias da autoridade administrativa que efetuou o lançamento tributário impugnado, pugna que se acolham os demais argumentos trazidos na defesa para decretar-se a invalidade do lançamento consubstanciado no auto de infração tombado sob o nº 2321510001/18-4.

O Autuante volta a se manifestar às fl. 126, diz que quanto à alegação de que a NF-e 378304 não consta dos arquivos da SEFAZ, a defesa não juntou nenhuma prova da alegada retidão contábil.

Sobre as demais alegações constantes das fls. 106 e 107, diz que nada de novo foi acrescentado que justificasse informação fiscal.

Sustenta a sua opinião original de redução do lançamento em tela para R\$196.781,09.

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.

Trata o presente Auto de Infração da única acusação de haver a Impugnante deixado de efetuar o recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial, considerado em sua condição de empresa optante pelo Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Inicialmente se faz *mister* aquiescer com a alegação defensiva de que a antecipação parcial do ICMS, no tocante a NF-e 391963 (**doc. 04**) fl. 53 se deu com base em nota fiscal de simples remessa, como também que o ICMS foi recolhido através de notificação fiscal nº 1241570364/15-7 referente a nota fiscal 2238, fato já admitido pelo Autuante tendo este promovido a redução do débito para R\$196.781,09. Portanto admito a referida correção proposta pela defesa e aquiescida pelo Autuante.

Em relação a assertiva de que a NF-E 278.304, foi cancelada pela emitente em janeiro de 2018. Aduz, em pesquisa realizada no sítio da WEB <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/consultaAutorizacaoUso.aspx>, examinando a situação do referido documento fiscal, verifiquei que não consta nenhuma menção a seu possível cancelamento, ou prova da devolução, pois esta última prova depende apenas de elementos que compete apenas a defesa apresentar, sendo assim afasto essa alegação defensiva.

Quanto a alegação de que houve “4.3 APLICAÇÃO EQUIVOCADA, EM TODO PERÍODO AUTUADO, DE ALÍQUOTA INTERNA (“CHEIA”) (17% ATÉ OUTUBRO DE 2015 E 18% A PARTIR DE JANEIRO DE 2016) EM VEZ DE, APENAS, O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA (...)”, posso afiançar de que este fato apenas ocorreu quanto ao cálculo do diferencial de alíquota relativo a NF-e 391963, pois como restou provado se tratava de nota fiscal de simples remessa e portanto, por esse motivo, não constava o destaque do ICMS, resultando que não foi computado nos cálculos o respectivo crédito, dando margem a esta alegação defensiva. Contudo, esse equívoco já foi ultrapassado no presente voto e resultou na exclusão da respectiva exação no valor de R\$3.317,04, por já ter sido recolhido, resultando na redução do valor histórico do auto de infração que R\$200.098,13 para R\$196.781,09.

Da mesma forma deve ser entendido o argumento de que quanto a alegação em relação a NF-e 716, ICMS a lançar de R\$4.036,10 de que nenhum valor foi computado a título de ICMS para deduzir como crédito, pois verifiquei do demonstrativo a fl. 05 que o cálculo prestigiou a compensação do crédito destacado no documento fiscal. Deste modo afasto a alegação de que os cálculos a que se refere o presente lançamento se deram sem admissão dos créditos incidentes na operação de aquisição das mercadorias.

Quanto a alegação de que a multa aplicada agrediria o princípio do Não Confisco e atentaria contra o princípio da Capacidade Contributiva, devo esclarecer que a referida exação tem por fundamento a previsão legal, especificamente no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei Estadual nº 7.014/96, de modo que falece competência a este órgão que limita-se a esfera administrativa estadual, emitir juízo de valor acerca de dispositivo legal. Sendo assim, afasto também essa alegação defensiva.

Destarte, voto pela procedência parcial do presente Auto de Infração e pela consequente redução do valor originalmente lançado de R\$200.098,13 para R\$196.781,09.

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 2321510001/18-4, lavrado contra a empresa **ROKA ASSISTENCE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o

autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$196.781,09**, acrescido da multa de

60% prevista no art. 42, incisos II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2018

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR