

A. I. Nº - 206958.0010/18-8
AUTUADA - LOJAS SIMONETTI LTDA.
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFAC ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23.01.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0206-05/19

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Excluídas da cobrança as operações com produtos cujo imposto foi recolhido pelo regime de substituição tributária (ST). Item parcialmente mantido. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Não comprovado pelo contribuinte que as operações subsequentes de saídas foram integralmente tributadas para fins de aplicação tão somente da penalidade prevista na legislação. Item mantido sem redução de valor. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO. RETENÇÃO E FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não impugnada pelo sujeito passivo. As planilhas de apuração do débito revelam, porém, que a maior parte das operações se destinavam a estabelecimentos localizados em outra Unidade federada. Mantida a cobrança tão somente em relação às operações internas de circulação no território baiano, a atrair a incidência do ICMS-ST a favor do erário da Bahia. Revisão de ofício do lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 21/11/2018, no valor principal de R\$37.233,39, contendo as seguintes infrações à Autuada:

Infração 01 – 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor exigido: R\$7.086,96. Multa de 60% - art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 07.15.02 – Recolheu a menor ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias proveniente de outra Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização Valor exigido: R\$20.385,83. Multa de 60% - art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 08.28.01 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constatado em razão do contribuinte ter retido o ICMS substituição tributária em suas notas fiscais de saída e não recolheu o respectivo ICMS ou o recolheu a menor. Valor exigido: R\$9.760,60. Multa de 150% - art. 42, inc. V, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 26/12/18, conforme Termo juntado à fl. 19, e ingressou com defesa administrativa subscrita por advogado, firmada em 15/02/19, fls. 22 a 27. Procuração à fl. 30.

Após ressaltar a tempestividade da peça defensiva, destacou, de início, que o processo administrativo é totalmente revestido e instituído pelo princípio da legalidade como preceitua a nossa Carta Magna em seu artigo 37, *caput*, com a seguinte redação:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (grifo nosso).

Que o Poder Público, em suas atividades, está sempre atrelado a fazer somente o que a lei permitir, diferentemente do privado onde só poderá deixar de fazer algo se a lei proibir.

Nessa linha de pensamento, a fim de regulamentar o processo administrativo fiscal, foi editado o DECRETO N° 7.629 DE 09 DE JULHO DE 1999, que é a legislação que Regula o Processo Administrativo Fiscal no Estado da Bahia. Afirmou a defesa, que toda a legislação ou regulamentação ao ser criada, sempre vem embasada em princípios e motivos pelos quais são os norteadores da criação e aplicação da norma, bem como as finalidades de sua regulamentação.

Para corroborar esse raciocínio, reproduziu o artigo 2º do RPAF, que traz a seguinte redação:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

O artigo, transcrito acima, informa que o legislador Baiano quis assegurar ao contribuinte um tratamento justo, digno e igualitário no processo administrativo. Ao passar os olhos neste artigo, disse que tal interpretação remete aos princípios de direito que invoca necessariamente a Constituição Federal/88, marco histórico da nova era democrática.

Nestes termos, diz que o processo administrativo deverá atender a alguns princípios, passando em seguida a abordar infração por infração conforme segue.

Em relação à Infração 01 – pela descrição da infração ora capitulada e em conjunto com a relação de notas, a defesa afirma que no levantamento fiscal foram incluídas mercadorias que estão inseridas no regime de substituição tributária, com fase de tributação já encerrada.

Ao passar os olhos nos produtos informados pelo Autuante, afirma se tratar de produtos ST, e por essa maneira não foram tributados nas saídas, eis que foram recolhidos os tributos quando da entrada da mercadoria. A única exceção se refere aos produtos cama BOX e COLCHÃO, que deixaram de integrar a regime da ST (substituição tributária), a partir de 01/01/2016. Disse que a parametrização do seu sistema somente ocorreu em 06/01/2016, o que por isso esses produtos constaram ainda no regime da antecipação. Em relação a esses itens, a defesa reconhece o cometimento da infração. Portanto, a defesa acata parte da exigência fiscal e pede a exclusão os demais produtos. Para melhor visualização, apresenta em anexo à inicial, tabela em Excel excluindo os produtos ST, remanescendo a cobrança sobre cama BOX e COLCHÃO que são produtos que à época não estavam enquadrados no regime substituição tributária.

Diante o exposto, requer sejam acolhidos os seus argumentos para excluir os Produtos da ST da presente infração.

Em relação à Infração 02 – Observou que nesse item foi imputado o recolhimento a menor a **antecipação parcial** do ICMS, nos termos do Artigo 12-A da Lei Estadual 7.014/96, onde nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigido o pagamento antecipado do imposto, de responsabilidade do próprio adquirente, independente do regime adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo, que é o valor constante na nota fiscal de entrada, deduzido o valor destacado na mesma nota.

Disse ser cediço que a apuração de ICMS é na forma de débito e crédito, ou seja, este valor “antecipado” será creditado na apuração do mês subsequente. Sendo assim, se levar em consideração que a Autuada não recolheu este valor antecipado, **ela também não irá creditá-lo no final da apuração**. E assim, em uma simples conta aritmética, constata-se que a Autuada

pagou o imposto na apuração posterior, pois não foi abatido o valor do crédito decorrente da antecipação parcial.

Diante desta situação, chamou atenção que, na realidade, se for considerado que realmente a Autuada recolheu a menor a antecipação parcial, **ela tem um crédito a seu favor**, pois a antecipação tem bastante relevância na apuração do valor final do período. Se não foi recolhido o ICMS antecipado também não houve o creditamento decorrente.

Sendo assim, a defesa entende que não há que se falar em recolhimento a menos do ICMS em si, mais em um recolhimento a destempo. Que poderia ser cogitado neste caso a aplicação de uma multa acessória. Mas não houve omissão de ICMS, pois como demonstrado **o valor que não foi recolhido na antecipação também não foi creditado no final da apuração, e assim foi pago em sua integralidade na operação subsequente de saída**.

A defesa fez referência ao Artigo 42 da Lei 7.014/93, que prescreve: “*no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente recolher o imposto na operação ou operações de saídas posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II*”.

Anexou, na inicial defensiva, CD-ROM com todas as saídas referentes às entradas, a fim de comprovar que os pagamentos foram realizados corretamente nas etapas subsequentes de circulação das mercadorias.

Diante do exposto, requer o acolhimento dos argumentos defensivos descritos acima, para que ao final, o presente Auto de Infração seja julgado IMPROCEDENTE em todos os seus termos.

Prestada a INFORMAÇÃO FISCAL em 26/04/2019, peça processual juntada às fls. 46/47.

Após fazer uma síntese das alegações defensivas, o autuante passou a discorrer acerca de cada uma das infrações fiscais:

- 1. Infração 01 - Saídas Tributadas Como Não Tributadas** – Disse ser manifesto o equívoco da defesa quanto aos celulares e demais produtos eletrônicos, ainda enquadrados na substituição tributária. Percebido que a empresa não se manifestou sobre alguns outros itens/operações, que entendeu ainda cabíveis no levantamento. **Elaborou novo demonstrativo da infração, juntado à fl. 48 dos autos, apontando o valor remanescente de R\$1.487,60. Mês de janeiro de 2016: R\$1.275,97; mês de abril de 2016: R\$143,98; e, mês de janeiro de 2017: R\$13,36.**
- 2. Infração 02** – Disse que a defesa incorreu equívoco de interpretação no que se refere ao cálculo do ICMS devido por antecipação parcial, no tocante às diferenças lançadas. Afirmou que a previsão regulamentar é que este imposto seja o resultado da diferença entre as alíquotas interestadual e interna, o que nem sempre produz o mesmo efeito, caso o imposto destacado esteja a maior, por exemplo. Assim, na planilha de suporte da infração na coluna ALIQ. há a menção da alíquota de origem, conforme a nota fiscal do fornecedor. Em seguida, na coluna TRIB. a alíquota interna vigente à época da entrada para cada item. Por conseguinte, na coluna ICMS AP DEVIDO, a fórmula diminui a alíquota de origem da alíquota interna, aplicando o resultado de imediato sobre o valor exposto na coluna VC. Ressaltou que na mídia gravada, entregue à empresa, as fórmulas estão nítidas em cada célula, permitindo sua conferência total e imediata. Por tratar-se de uma contestação qualitativa, que apenas dirige-se ao método de cálculo, entendeu o autuante que não houve contraposição a nenhum valor específico do demonstrativo. Igualmente, nenhuma data ou nota fiscal ou qualquer outro elemento foi alvo de irregularidade. Sustenta que o demonstrativo elaborado está em conformidade com a legislação tributária, razão pela qual pugna **pela manutenção, na íntegra, da infração 02, no valor principal de R\$20.385,84.**

Acrescentou que somente após o recolhimento dessa quantia é que torna-se possível a apropriação do crédito, na forma da legislação do ICMS. Descaberia, portanto, a multa sugerida na peça de defesa, porque inaplicável sem um levantamento de estoques, que afirme contundentemente que todos os itens agravados nesta infração tiveram sua saída com satisfação integral do imposto. Por fim, rejeitou a alegação de recolhimento a “destempo”, haja vista que pela lei de regência do imposto, somente o Estado é competente para decidir sobre o valor e o prazo de recolhimento do tributo, não se permitindo a outrem modificar os elementos que compõem a sua apuração.

3. Infração 03 - Substituição Tributária – ICMS ST retido e não recolhido - Diante do silêncio da defesa entendeu o autuante que houve reconhecimento tácito da infração, cujo valor da exigência fiscal permanece mantido como no levantamento original: **R\$9.760,60**.

Finalizou a peça informativa pedindo que o Auto de Infração em epígrafe seja julgado **PROCEDENTE EM PARTE**, devido ao acatamento parcial já mencionado nos esclarecimentos de mérito da infração 01. Em decorrência, o *quantum* principal exigível passou para a cifra de **R\$31.634,04**.

O contribuinte foi notificado acerca do conteúdo da informação fiscal e da revisão de valores operada na infração 01, conforme comprova Termo de Intimação, apensado à fl. 53, e aviso de recebimento (AR), dos correios, à pág. 56. Após o decurso do prazo regulamentar de 10 (dez) dias, o sujeito passivo permaneceu silente, não aduzindo novas razões nos autos.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 03 (três) imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Na infração 01, a cobrança recaiu sobre operações de saídas tributadas que a empresa autuada deu tratamento de saídas não mais tributadas. Valor original exigido: **R\$7.086,96**. Na peça de defesa o contribuinte argumentou que as operações objeto da cobrança incidiram sobre saídas de mercadorias com imposto já recolhido pelo regime de substituição tributária (ST), exceto em relação aos produtos **cama box e colchão**, que deixaram de integrar o regime de antecipação a partir de 01/01/2016.

O autuante, na fase de informação fiscal reviu os valores desse item da autuação, mantendo a cobrança em relação aos produtos citados (box e colchões), nos meses de janeiro e abril de 2016 e janeiro de 2017, no importe principal de **R\$1.433,61**, assim distribuído: **Mês de janeiro de 2016: R\$1.275,97; mês de abril de 2016: R\$143,98; e, mês de janeiro de 2017: R\$13,66**.

Intimado o contribuinte do inteiro teor da revisão fiscal, o mesmo permaneceu silente, não aduzindo novas razões nos autos.

Item 01 do lançamento fica parcialmente mantido, conforme revisão processada pelo próprio autuante na fase de informação fiscal.

A infração 02 está relacionada à acusação de recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial nas operações de aquisição de mercadorias destinadas à comercialização. Ocorrência verificada nos meses de janeiro, março e abril de 2016, no importe principal de **R\$20.385,83**. O Demonstrativo que serve de lastro desta ocorrência se encontra inserido às fls. 9 e 10 dos autos.

Na peça de defesa, o contribuinte reconhece que não efetuou os recolhimentos exigidos no presente lançamento, a título de antecipação parcial, porém, teria procedido ao pagamento do ICMS nas saídas subsequentes das mercadorias, sem apropriação dos créditos fiscais decorrentes dos pagamentos não realizados. Argumenta que, no máximo, poderia ser penalizado com multa por descumprimento de outra obrigação, relacionada ao recolhimento do imposto fora do prazo, ou seja, a “destempo”, conforme declarado na peça impugnatória.

Observo que a planilha eletrônica apresentada junto com a peça de defesa, inserida na mídia

digital (CD), doc. fl. 29 faz referência apenas a algumas mercadorias não abarcando todas as operações com os produtos listados às fls. 09/10, adquiridos para fins de revenda. Não é prova idônea, portanto, a demonstrar que todas as mercadorias elencadas no Demonstrativo que serviu de lastro da Infração 02 foram objeto de saídas subsequentes tributadas pelo ICMS. Mantenho a infração 02 sem alterações no valor do débito lançado.

No que concerne à infração 03, relacionada à falta de recolhimento do ICMS-ST retido nas notas fiscais eletrônicas (NFe), no valor principal de R\$9.760,60, não houve, da parte do contribuinte, contestação dessa específica cobrança, que está lastreada nos Demonstrativos inseridos às fls. 12 a 13 dos autos, por notas fiscais e respectivas chaves eletrônicas de acesso.

Observo, porém, que a maior parte das notas fiscais listadas no citado demonstrativo se referem a operações de saídas em transferência para outros estabelecimentos da empresa localizados no Estado do Espírito Santo, de forma que a retenção do ICMS, por substituição tributária, que abrange as incidências nas etapas subsequentes de circulação das mercadorias transferidas é devido àquela unidade federada, destinatária dos produtos transferidos, não cabendo à Bahia a titularidade dessas cobranças. Em relação a apenas 05 (cinco) notas fiscais, remanesce a exigência do imposto, por se tratar de saídas promovidas para estabelecimentos localizados no território baiano. Em decorrência, o imposto lançado no item 03 do Auto de Infração passa a ter a composição detalhada na tabela abaixo, totalizando a quantia de R\$27,00, sendo R\$1,30 devido no mês de abr/17; R\$14,66 no mês de nov/17; e, R\$11,04, no mês de dez/17.

MÊS	DT EMISS	ESP	UF	DOC	S	CNPJ	VR ICMS ST DESTACADO
7	12/07/2017	NF	BA	59538	1	31743818004700	1,30
11	07/11/2017	NF	BA	62443	1	31743818007211	10,00
11	22/11/2017	NF	BA	62850	1	31743818007483	2,33
11	25/11/2017	NF	BA	62972	1	31743818004034	2,33
12	16/12/2017	NF	BA	63724	1	31743818004700	11,04
							27,00

Destaco, de ofício, que o enquadramento da multa de 150%, indicada no início dos autos, foi alterada para 100%, sendo que o enquadramento da referida multa indicada no Auto de Infração está em conformidade com os arts. 380; 126, inciso II do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que foi vencida em 31/03/2012. Já a nova multa, no qual fora alterada para 100%, teve seu início a partir de 01/04/2012 com enquadramento destacado na folha inicial do PAF e transcrita inicialmente neste relatório (artigo 8º, §6º da Lei nº 7.014/96 C/C art. 332, inciso III, alínea “g”, item 2 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012).

Ante o acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com redução do valor tão somente em relação às infrações 01 e 03.

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 **206958.0010/18-8**, lavrado contra **LOJAS SIMONETTI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.846,44**, acrescido das multas de 60% sobre R\$21.819,45 e de 100%, sobre R\$27,00, previstas, respectivamente, no art. 42, inciso II, incisos “a” e “d”, e inc. V, letra “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE /RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR