

A. I. Nº - 232151.0005/18-0
AUTUADO - SÃO BENTO COMÉRCIO DE ENXOVAIS LTDA
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07/05/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0080-03/19

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO NA FORMA DETERMINADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O Estado da Bahia revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relacionadas em seu Anexo Único, em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/17, e do Convênio ICMS 190/17. Infração insubsistente. Aplicação do art. 155, parágrafo único do RPAF/99, em relação às preliminares de nulidade suscitadas. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 05/03/2018, exige ICMS no valor de R\$105.375,70, e multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade, relativa aos meses de janeiro a maio e julho a dezembro de 2013; janeiro a outubro e dezembro de 2014; fevereiro a junho e agosto a dezembro de 2015; janeiro, março, maio a julho, setembro, outubro e dezembro de 2016; janeiro a outubro de 2017:

Infração 01 – 07.21.04: Efetuou o recolhimento a menor 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.

Enquadramento Legal: art. 12-A, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 321, VI, “b”, do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa Aplicada: art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de seu advogado, ingressa com defesa, fls. 24 a 40, inicialmente requerendo que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa aos autos.

Em seguida suscita a nulidade da autuação, alegando que a mesma foi levada a efeito por “autoridade incompetente”, por considerar que o lançamento de ofício é ato privativo dos Auditores Fiscais.

Transcreve a ementa do ACÓRDÃO JJF Nº 0076-03/12, acrescentando que a matéria foi inclusive objeto de “ação direta de inconstitucionalidade”, ainda pendente de julgamento, que contou com os favoráveis pareceres anexos, da OAB, Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União.

Ainda em preliminar, pede a nulidade do lançamento de ofício, por ofensa ao art. 18, inciso I e IV, “a”, do RPAF, ou seja, por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa.

Argumenta que a acusação fiscal é de que a Autuada teria efetuado “recolhimento a menor de antecipação parcial”, em aquisições interestaduais. Contudo, diz que não encontrou no AI, nem na “descrição dos fatos e nem na redação da ocorrência”, a fundamentação do pedido, ou seja, a motivação que levou o Agente a concluir porque os pagamentos realizados, a título de “antecipação parcial”, foram feitos a menor.

Assevera que apenas nas “planilhas” anexas, encontrou a seguinte menção: “RELATÓRIO DE MERCADORIAS COM CRÉDITO MÁXIMO ADMITIDO RESTRINGIDO PELA LEGISLAÇÃO”, o que considera que não esclarece a causa de pedir do Fisco. Afirma que tal colocação torna ainda mais insegura a imposição, posto que a Autuada, na qualidade de optante pelo SIMPLES NACIONAL, não faz uso de créditos fiscais pelas aquisições de mercadorias para revenda.

Observa que os demonstrativos entregues ao Contribuinte não revelam de forma segura a “fórmula” adotada para se apurar as “diferenças” cobradas, que, diante do quanto ofertado para a defesa, consistiria “utilização indevida de crédito fiscal”, e não “pagamento a menor de antecipação parcial”.

Informa que conforme Notas anexas (por amostragem), a Autuada pagou a “antecipação parcial” sobre os fatos listados no AI, nos prazos legais, na forma estabelecida pelo art. 12-A, da Lei 7.014/96, que traz a colação.

Aduz que a “planilha 05”, citada no AI e entregue à Autuada, intitulada “Resumo para a constituição de crédito tributário-sintético”, composta de 08 páginas, possui apenas “informações sintetizadas”, tendo sido adotada para imposições em dois autos de infração (falta de pagamento e pagamento a menor), impondo à Autuada separar fatos distintos e seus valores. Diz que para permitir a livre compreensão e defesa, haveria que se apresentar a demonstração clara para cada ocorrência, e ainda esclarecimentos acerca dos valores atribuídos a título de “créditos” e consequentes “diferenças”. Acrescenta que as datas das ocorrências, obrigatoriamente, haveriam que seguir as datas das entradas das mercadorias no estabelecimento autuado, o que também não se enxerga nos elementos do AI.

Expõe que a citada planilha, também foi adotada para a lavratura do Auto de Infração nº 232151.0004/18-3 (anexo), por suposta “falta de pagamento de antecipação parcial”, sendo que a mesma planilha faz menção a “falta de antecipação e antecipação a menor”.

Reclama que fatos distintos foram misturados, estando os valores misturados, dificultando o acesso às informações e, por via conexa, o exercício do direito de defesa. Enfatiza que em se tratando de “antecipação parcial”, significa que seriam aquisições em outros estados, o que demandaria a separação de cada operação pelas datas das entradas na Bahia, momento que caracteriza a obrigação.

Argumenta que a apuração ensejaria, ainda, a concessão da redução para as EPPs, se os pagamentos foram realizados dentro do prazo legal, conforme art. 274, do RICMS. Aduz que não se vislumbra na autuação qualquer explicação acerca da apuração da base de cálculo. Afirma que existem vícios nos montantes apurados (bases de cálculo e ICMS devido), impropriedades que contaminarão qualquer “título executivo” acaso constituído, concluindo que deve ser declarada a nulidade da ação fiscal e, consequentemente, do Auto de Infração.

Alega que o CONSEF firmou “Súmula” sobre a matéria, exigindo clara e compreensiva comprovação do método utilizado na apuração. Transcreve ementa dos Acórdãos JFJ Nº 0158-03/16, CJF Nº 0351-11/17 e CJF Nº 0296-11/17, visando consubstanciar sua alegação.

Conclui as preliminares dizendo que por todos os fatos e fundamentos acima narrados, a ação fiscal e seu lançamento devem ser declarados nulos.

Acrescenta que caso sejam ultrapassadas as questões acima, deve ser declarada a decadência do direito de constituição do crédito tributário, sobre os valores cujos fatos geradores tenham ocorrido até 09/03/13, posto que decorridos mais de 5 anos dos mesmos. No que se refere ao mês de março, assevera que caso as ocorrências sejam individualizadas por NF, aquelas que geraram a obrigação até 09/03/13 devem ser excluídas, pois a Autuada foi intimada do AI em 09/03/18.

Sobre a matéria também traz a colação a ementa do ACORDÃO CJFNº 0034-12/17.

No mérito, afirma que é improcedente a exigência fiscal, na monta, “histórica” de R\$ 105.375,70.

Aduz que a Autuada, é optante pelo “Simples Nacional”, estando sujeita, por força do disposto no art. 321, inciso VII, “b”, do RICMS (ordem oriunda da Lei Complementar 123/06), do pagamento da “antecipação parcial” sobre suas aquisições interestaduais para revenda.

Transcreve o aludido dispositivo regulamentar dizendo que se por um lado não se pode sequer atribuir validade ao lançamento, como faz supor o intitulado “RELATÓRIO DE MERCADORIAS COM CRÉDITO MÁXIMO ADMITIDO RESTRINGIDO PELA LEGISLAÇÃO”, posto que a Autuada não se apropria de quaisquer créditos fiscais, inclusive para efeito de pagamento da “antecipação parcial”, por outro há que se comentar a simples menção feita sobre o Decreto 14.213/12, de logo observando que foi o mesmo revogado pelo Decreto 18.219/18, na medida em que afrontava, também, a Lei Complementar 160/17. Entende que em se tratando o decreto citado no AI de “norma interpretativa”, deve ser aplicado ao caso, em benefício do Contribuinte, o art. 106, incisos I e II, do CTN.

Registra que a rotina seguida pela Autuada, no que concerne à “antecipação parcial”, se encontra adstrita ao disposto no art. 12-A, da Lei 7.014/96, ou seja, paga a “antecipação” 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 de origem das mercadorias.

Transcreve o art. 274, do RICMS, dizendo que aplicava a redução nele prevista quando pertinente.

Destaca que o imposto foi apurado e pago nos prazos, em consonância com as datas das entradas das mercadorias, tudo conforme anexos NFs e DAES, em meio magnético. Alega que tais circunstâncias, quais sejam, pagamentos e datas das entradas, não foram consideradas na autuação. Afirma que os pagamentos foram realizados com apurações de acordo com a interpretação da norma pela Autuada.

Ratifica que paga a antecipação parcial considerando a diferença entre as alíquotas destacada na documentação fiscal de origem e a interna, inclusive não se apropriando de créditos, seja pela aquisição, seja na “antecipação” paga, devido à sua condição cadastral de SIMPLES NACIONAL.

Explica que a “antecipação parcial” não se confunde com a “substituição tributária”, sendo apenas um “adiantamento do imposto devido em cada período de apuração” e, na forma do próprio art. 321, inciso VII, “b”, do RICMS (adotado como enquadramento legal no AI). Ressalta que os pagamentos, no período citado no AI, observado os arts. 274 e 275 (este vigente até 31/12/14), do RICMS, foram feitos regularmente, e que os montantes pagos não foram “creditados” nos fechamentos mensais, uma vez que a Autuada possui vedação na apropriação dos mesmos valores pagos.

Expõe que os Acórdãos CJF números 0296-11/17 e 0351-11/17, acima mencionados, em suas “fundamentações/votos”, se reportam ao direito à redução regulamentar, assim como a outras regras de apuração, e que aplicadas tais reduções, sobre as bases corretas e com a dedução prevista em lei, não existem diferenças a cobrar.

Menciona que mesmo se aplicasse ao Contribuinte do SIMPLES NACIONAL “limitações a créditos”, repete que a Autuada é uma EPP, optante pelo Regime Especial Unificado de Apuração de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL, e como tal possui limitações no faturamento, ou seja, na geração de receitas, não podendo fazer uso de créditos fiscais, não estando alcançada pelas disposições dos artigos 28 e 29, da Lei 7.014/96, que transcreve.

O impugnante tece a seguir algumas considerações sobre a sistemática do Simples Nacional, dizendo que além da carga tributária, em consonância com seu faturamento, deve pagar a antecipação parcial, quando adquirir mercadorias para comercialização em outros estados, no caso específico lhe sendo agregada carga adicional. Reclama que o valor pago a esse título não serve para a compensação futura, sendo esta vedação mais uma imposição legal do Simples Nacional.

Diz que a norma faz uma rigorosa exceção, atribuindo ao Contribuinte do Simples Nacional obrigação própria daqueles que se encontram no regime normal de apuração. Entende que, nesse diapasão, a obrigação de pagamento da “antecipação parcial”, na prática, não subsiste, pois o SIMPLES NACIONAL prevê alíquotas menores, as quais importam em CARGA TRIBUTÁRIA, nas vendas internas, que não suportam o pagamento dos valores cobrados, que parecem seguir a carga tributária de 10%. Aduz que é exatamente o que consta do Parecer DITRI e decisão do CONSEF, anexos, que determinaram a observância da “redução e base de cálculo” para o pagamento da antecipação parcial, sendo certo que a redução de base de cálculo implica em CARGA TRIBUTÁRIA menor (como ocorre em relação aos Contribuintes do SIMPLES NACIONAL).

Acrescenta que esta interpretação encontra amparo, também, no disposto no art. 268, parágrafo 3º, do RICMS/12, que limita o alcance da “antecipação” conforme a carga tributária efetiva.

Expressa que ainda que se mantenha a onerosa cobrança, em relação a Contribuinte cujo espírito da lei prevê medidas de “proteção”, feita a equiparação, pela via da imposição do fato gerador da antecipação parcial, ou seja, da obrigação, é evidente que os demais efeitos não podem ser negados, especialmente no que tange a eventuais benefícios previstos, decorrentes do mesmo fato gerador, de forma conjunta, na legislação.

Cita a disposição contida do parágrafo primeiro do art. 42, da Lei nº 7.014/96, entendendo que se na circunstância prevista, a lei permite que seja aplicada apenas a multa, para o contribuinte sujeito ao regime normal, e outra categoria de contribuinte fica obrigado a fazer algo próprio desse regime, no fato específico o contribuinte do Simples Nacional, este deveria ser tratado como normal, em todo conjunto legislativo, e não apenas para a obrigação, como se do regime normal fosse.

Portanto, requer que caso existam valores efetivamente devidos a título de antecipação parcial, o tratamento seja igualitário, com a exclusão das parcelas de ICMS e imputação da multa de 60% sobre o montante das mesmas.

Ao final, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos, ouvida da PGE/PROFIS quanto à matéria de direito, e revisão para que seja alcançada a verdade material, determinando a regularidade, ou não, dos pagamentos realizados pela Autuada no período fiscalizado, a título de antecipação parcial, pedindo ainda pela NULIDADE ou IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, ou, no máximo, que lhe seja aplicada a multa de 60%, conforme fundamentação legal esposada, aplicada também a decadência sobre os fatos geradores ocorridos até 09/03/13.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 105 a 111, inicialmente rebatendo a primeira preliminar suscitada pelo impugnante. Transcreve o art. 107, §3º, da Lei nº 3.956/1981, que estabelece a competência aos Agentes de Tributos Estaduais para constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Quanto à planilha 05 intitulada “Resumo para a constituição de crédito tributário-sintético”, informa que serve tão somente para complementação do Auto de Infração, uma vez que os cálculos que norteiam a autuação constam das planilhas 06, “Resumo do Demonstrativo Cálculo Semi Elaborado analítico e 18 Relatório de Mercadorias Crédito de ICMS Submetido a Glosa”, conforme CDR à fl. 15, onde diz que as operações são discriminadas item por item.

Acrescenta que todos os cálculos da antecipação parcial foram realizados de acordo com os preceitos do Decreto 13.780/12, “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”, combinado com o decreto nº. 14.213/12, com glosa do crédito máximo admitido restringido pela legislação.

Sobre a aplicabilidade dos artigos 273 e 274 do RICMS/12 (desconto de 60% e 20%), explica que tratam do desconto sobre o valor do imposto a ser pago condicionado a pontualidade do pagamento consolidado na expressão “na hipótese de o contribuinte efetuar o recolhimento no prazo regulamentar”.

Aduz que a cobrança do ICMS de que trata este Auto de infração tem como base o Artigo 318 do RICMS - Regime sumário de apuração, onde a operação ou prestação deverão ser calculadas e pagas de maneira individualizada. Diz que quando o sujeito passivo opta em juntar o pagamento de operações com Notas Fiscais diferente ou operação de Antecipação Parcial/Total num mesmo Documento de Arrecadação deixa de tratar as operações de maneira individual e o desconto que seria cabido em uma operação fica dependendo dos corretos cálculos efetuados no pagamento das outras operações. Expõe que um erro de cálculo em qualquer uma das operações compromete a condição de efetuar o recolhimento no prazo regulamentar, uma vez que o pagamento parcial não pode quitar o débito e sem a quitação não haverá recolhimento no prazo regulamentar. Afirma que finalizar o cálculo de forma equivocada em um único documento, fica coprometido o direito do desconto em todos os outros, uma vez que não se sabe em qual documento houve o erro.

Lembra que o Regime Sumário de apuração do ICMS é por operação e que em um único documento fiscal se pode ter mais que uma operação. Informa que na antecipação parcial o código de receita a ser utilizado é o 2175 e na Antecipação Total é o 1145.

Ao final, requer que o Auto de Infração seja julgado PROCEDENTE.

Na assentada do julgamento o patrono da autuada sustentou que o Decreto nº 14.213/2012 vem sendo declarado inconstitucional em decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Fez referência à norma revogadora desse Decreto Estadual, através da disposição do art. 3º, do Decreto Estadual nº 18.219/2018, considerando ainda a edição da Lei Complementar nº 160/2017, instituída com o objetivo de encerrar a “guerra fiscal” do ICMS e a subsequente inserção no cenário jurídico do Convênio ICMS 190/2017, para a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes de isenções e de benefícios fiscais ou financeiros fiscais relativos a esse imposto.

Diante das alegações acima mencionadas, esta 3ª JF, decidiu converter o presente processo em diligência à PGE, solicitando que a douta procuradoria emitisse parecer jurídico abordando os reflexos jurídicos da norma revogadora do Dec. Estadual nº 14.213/2012, através da disposição do art. 3º, do Dec. Estadual nº 18.219/2018, inclusive quanto à eventual retroatividade benigna, considerando ainda a edição da Lei Complementar nº 160/2017, e a subsequente inserção no cenário jurídico do Convênio ICMS 190/2017.

A PGE emitiu, dessa forma, emitiu parecer às fls. 122 a 126, transcrevendo os artigos 1º, 7º e 8º, da Lei Complementar 160/2017; a cláusula primeira e décima quinta do Convênio 190/2017, bem como os artigos 1º, 2º e 3º, do Decreto nº 14.213/2012 (revogado), chegando a seguinte conclusão:

“Pois bem, de fato, após a edição da Lei Complementar 160/17, buscou-se uma regularização em todo País dos benefícios fiscais concedidos ao arrepio da Lei Complementar no 24/75 e, igualmente, do artigo 155, §2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal, ou seja, incentivos concedidos pelos Estados sem suporte num Convênio Interestadual”.

“Assim, objetivando diminuir a guerra fiscal entre os Estados, o Legislador Complementar tracejou plexo normativo no sentido de convalidar os benefícios assentados sem base legal”.

“Entretanto, no próprio texto da Lei Complementar fixou-se como pressuposto para concessão da autorização de convalidação, aprovação pelo CONFAZ no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, por intermédio Convênio Interestadual”.

“Assim, dentro do prazo de 180 dias restou autorizado pelo CONFAZ, por conduto do Convênio 190/17, o quanto disposto na Lei Complementar 160/07”.

“Entretanto, restaram fixados alguns requisitos para convalidação dos benefícios, vejamos”:

Cláusula segunda As unidades federadas, para a remissão, para a anistia e para a reinstituição de que trata este convênio, devem atender as seguintes condicionantes:

I - publicar, em seus respectivos diários oficiais, relação com a identificação de todos os atos normativos, conforme modelo constante no Anexo Único, relativos aos benefícios fiscais, instituídos por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do §2º do art. 155 da Constituição Federal;

II - efetuar o registro e o depósito, na Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, da documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos dos benefícios fiscais mencionados no inciso I do caput desta cláusula, inclusive os correspondentes atos normativos, que devem ser publicados no Portal Nacional da Transparência Tributária instituído nos termos da cláusula sétima e disponibilizado no sítio eletrônico do CONFAZ.

§1º O disposto nos incisos I e II do caput estendem-se aos atos que não se encontrem mais em vigor, observando quanto à reinstituição o disposto na cláusula nona.

§2º Na hipótese de um ato ser, cumulativamente, de natureza normativa e concessiva, deve-se atender ao disposto nos incisos I e II do caput desta cláusula.

§3º A Secretaria Executiva do CONFAZ responsabiliza-se pela guarda da relação e da documentação comprobatória de que trata o inciso I do § 20 da cláusula primeira e deve certificar o registro e o depósito.

Cláusula terceira A publicação no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal da relação com a identificação de todos os atos normativos de que trata o inciso I do caput da cláusula segunda deve ser feita até as seguintes datas:

I - 29 de março de 2018, para os atos vigentes em 8 de agosto de 2017;

II - 30 de setembro de 2018, para os atos não vigentes em 8 de agosto de 2017.

Parágrafo único. O CONFAZ pode, em casos específicos, observado o quórum de maioria simples, autorizar que o cumprimento da exigência prevista no caput desta cláusula seja feita até 28 de dezembro de 2018, devendo o pedido da unidade federada requerente se fazer acompanhar da identificação dos atos normativos objeto da solicitação, na forma do modelo constante no Anexo Único.

“Com amparo no quanto disposto no inciso I da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 190/17, o Estado da Bahia publicou o Decreto 18.617/18 onde definiu o rol de benefícios concedidos sem o efetivo amparo na Lei Complementar 24/75”.

“Todavia, o Convênio 190/17 também estabeleceu outros requisitos para validação dos incentivos concedidos sem amparo legal”.

“Determinou que os Estados, após a publicação do rol de incentivos concedidos sem amparo legal, realize o registro e o depósito, na Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, da documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos dos benefícios fiscais mencionados no inciso I, inclusive os correspondentes atos normativos, possibilitando que os mesmos sejam publicados no Portal Nacional da Transparência Tributária, instituído nos termos da cláusula sétima, disponibilizando-o no sítio eletrônico do CONFAZ”.

“Estabeleceu, outrossim, que a eficácia da remissão ficasse condicionada à desistência pelo sujeito passivo: a) de ações ou embargos à execução fiscal relacionados com os respectivos créditos tributários, com renúncia ao direito sobre o qual se fundam, nos autos judiciais respectivos, com a quitação integral pelo sujeito passivo das custas e demais despesas processuais; b) de impugnações, defesas e recursos eventualmente apresentados pelo sujeito passivo no âmbito administrativo; c) da cobrança de eventuais honorários de sucumbência da unidade federada”.

“Por fim, quadra apontar, consoante norma expressa do Convênio em epígrafe, fixou-se que a remissão ou a não constituição de créditos tributários concedidas por lei da unidade federada de origem da mercadoria, do bem ou do serviço, nos termos deste convênio, afastariam as sanções previstas no art. 8º da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, retroagindo à data original de concessão dos benefícios fiscais, vedando-se, contudo, à restituição e a compensação de tributo e a apropriação de crédito extemporâneo pelo sujeito passivo”.

“Neste passo, mesmo após a publicação do rol de benefício imposta no inciso I da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 190/17, ainda não resta certificado o registro e o depósito, na Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, da documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos dos benefícios fiscais mencionados, inclusive os correspondentes atos normativos, para serem publicados no Portal Nacional da Transparência Tributária instituído nos termos da cláusula sétima, com disponibilização no sítio eletrônico do CONFAZ”.

“Assim sendo, faz-se necessário que se aguarde o cumprimento destes requisitos, etapa necessária e indispensável para concreção da remissão, com amparo na Lei Complementar nº 160/17 e Convênio CONFAZ 190/17 e, por conseguinte, resposta aos questionamentos ora enfrentados”.

VOTO

Inicialmente, verifico que o ato administrativo de lançamento foi praticado por agente capaz, ou seja, por um agente de tributos estaduais, no exercício de sua competência funcional, por se tratar de empresa inscrita no Simples Nacional, a teor do que dispõe o art. 107, §3º da Lei nº 3.956/1981.

No que diz respeito às demais preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, efetivamente constato que os papéis de trabalho, desenvolvidos na ação fiscal, que fazem parte integrante do Auto de Infração, objeto em análise, a exemplo do “Resumo do Demonstrativo Calculo Semi Elaborado Analítico” e “Relatório Mercadoria Credito ICMS Submetido à Glosa”, constantes do CDR à fl. 15, não são suficientes para a fundamentação da autuação.

Entretanto, na forma do artigo 155 do RPAF/99, em seu parágrafo único, que estabelece que “quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”, a nulidade foi superada, inclusive consubstanciada em parecer, objeto de diligência à PGE, onde se evidenciou a conveniência de se adentrar ao mérito da lide.

Em preliminar de mérito, o contribuinte suscitou a decadência de parte do crédito tributário reclamado em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 09/03/2013, visto ter tomado ciência do lançamento em 09/03/2018, de forma que teria havido o transcurso de mais de cinco anos, dentro da sistemática de contagem do prazo estabelecida no art. 150, §4º do CTN.

Verifico que o caso em exame, trata de lançamento de ofício corretivo dos atos de apuração e pagamento realizados pelo contribuinte em relação ao ICMS mensal, sob acusação de que houve o recolhimento a menor da antecipação parcial, situação que se enquadra perfeitamente na regra contida no §4º, do art. 150 do CTN, ou seja, trata-se de hipótese de lançamento por homologação que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se à posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade.

Esse entendimento foi, inclusive, objeto de Consolidação no Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0 da PGE (Procuradoria Geral do Estado da Bahia), com o seguinte teor:

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, §4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Ressalva: O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante n.º 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

Nota 1: Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, inc. I, do CTN, quando:

a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Nota 2: As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, § 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código.

Portanto, para a situação em exame, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, §4º do CTN, ou seja, tendo a ciência do A.I. por parte do contribuinte ocorrida em 09/03/2018, os fatos geradores ocorridos até 09/03/2013 foram alcançados pela decadência, encerrando-se o prazo para que o fisco pudesse lançar e constituir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública.

Considerando que o presente ato de lançamento formalizado através do presente Auto de Infração, se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte verificada em 09/03/2018, os fatos geradores ocorridos em janeiro e fevereiro de 2013 foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados nessas datas ficam de logo extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V do CTN, que apresenta o seguinte teor:

Art. 156 – Extingue o crédito tributário:

(...)

V – a prescrição e a decadência.

Passo agora a enfrentar as demais questões de mérito.

No mérito, o presente Auto de Infração exige ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, acusando o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de fora do Estado.

O recolhimento a menos do imposto devido por antecipação parcial no presente processo, relativo a mercadorias provenientes dos Estados do Espírito Santo e da Paraíba, decorreu da aplicação do disposto no Anexo único do Decreto nº 14.213/2012. O referido decreto previa que para as mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista, do Estado da Paraíba, o crédito admitido pelo Estado da Bahia seria de 3% sobre a base de cálculo. Para as mercadorias provenientes de estabelecimento atacadista, do Estado do Espírito Santo, o crédito admitido seria de 1% sobre a base de cálculo. Tudo conforme planilhas e demonstrativos que fazem parte integrante deste Auto de Infração, CD mídia à fl. 15.

No caso concreto, portanto, o autuante admitiu apenas o crédito de 3%, nas operações originárias do Estado da Paraíba e de 1% nas operações originárias do Estado do Espírito Santo, ao invés de 7%, para as mercadorias provenientes de estabelecimento atacadista, conforme constava no Anexo único do Decreto Estadual nº 14.213/2012.

Em virtude da edição da Lei Complementar nº 160/2017, instituída com o objetivo de encerrar a “guerra fiscal” do ICMS e a subsequente inserção no cenário jurídico do Convênio ICMS 190/2017, o processo foi convertido em diligência para que a PGE emitisse Parecer a respeito dos efeitos jurídicos do citado Convênio.

A PGE emitiu Parecer (fls. 122 a 126), informando que se fazia necessário aguardar, para julgamento, o cumprimento de requisitos necessários e indispensáveis para concreção da remissão, com amparo na Lei Complementar nº 160/17 e Convênio CONFAZ 190/17.

Cumpridos os requisitos acima mencionados, ou seja, o registro e o depósito, na Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, da documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos dos benefícios fiscais, inclusive os correspondentes atos normativos, para serem publicados no Portal Nacional da Transparência Tributária, o processo ficou concluso para julgamento.

Portanto, para deslinde da lide, inicialmente cumpre observar que a Lei Complementar nº 160, de 07 de agosto de 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 decorrência disso, foi celebrado o Convênio ICMS 190/2017, que estabeleceu os procedimentos e prazos que as unidades federadas deveriam observar para remissão dos créditos tributários decorrentes do uso de isenções, incentivos e 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, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

Em cumprimento ao prazo estabelecido no inciso I, da cláusula terceira do Convênio ICMS 190/17 - da mesma forma como fez o Estado da Bahia em relação aos seus atos normativos vigentes, por meio do Decreto nº 18.270/18 -, os Estados publicaram, em seus respectivos Diários Oficiais, relação com a identificação de todos os atos normativos citados no Anexo Único do Decreto nº 14.213/12, visando à remissão dos eventuais créditos tributários existentes.

Como acima já exposto, no presente caso, as planilhas elaboradas pelo autuante indicam que a diferença de imposto apurada se referiu aos itens do Anexo Único do Decreto nº 14.213/2012, decorrentes de operações realizadas entre empresas localizadas nos Estados do Espírito Santo e Paraíba, e o estabelecimento autuado.

Os referidos itens dizem respeito a benefícios concedidos, por meio de suas legislações internas específicas, pelos Estados acima mencionados que, visando remissão dos créditos tributários, publicaram ato normativo - indicando os benefícios que constam do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12 - em atendimento ao comando estabelecido no inciso I da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17.

Por sua vez, o Estado da Bahia revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relacionadas em seu Anexo Único, em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/17 e do Convênio ICMS 190/17.

Diante disso, com base na remissão dos créditos tributários relativos a benefícios instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, processado nos termos do Convênio ICMS 190/17, a infração é insubsistente, restando extinto o crédito tributário.

Vale ainda ressaltar, que tal entendimento já se encontra prevalente neste CONSEF, a exemplo das decisões contidas nos Acórdãos JJF 0160-02/18 e 0235-04/18, no sentido de atrelar a decisão ao mero cumprimento do Convênio ICMS 190/17.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232151.0005/18-0**, lavrado contra **SÃO BENTO COMÉRCIO DE ENXOVAIS LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

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

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA