

PROCESSO - A. I. Nº 232151.0001/18-4
RECORRENTE - ROKA ASSISTENCE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0172-02/18
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/09/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO C/JF Nº 0160-12/20-VD

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. Não acolhida a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do Acórdão proferido pela 2ª JJF nº 0172-02/18 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe.

Referido Auto de Infração 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.

A 2ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado contra a recorrente.

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.

A recorrente inconformada com a Decisão de piso, amparada pelo no art. 169 e 171 do Decreto Estadual nº 7.629/99 (RPAF), interpôs Recurso Voluntário tecendo os seguintes argumentos de defesa.

Ressalta que na competência de dezembro de 2017 a NF-e nº 278.304 foi cancelada pela emitente em janeiro de 2018. Conforme dito na defesa, essa nota fiscal fora emitida pela Elgin S/A (CNPJ nº 52.556.578/0001-22), em 19/12/2017, e por ela mesma cancelada em janeiro de 2018, em razão, justamente, do cancelamento de compra.

Ocorre que a Autoridade lançadora se limitou a afirmar que “não consta nos arquivos da SEFAZ” o cancelamento da nota fiscal, sem apresentar nenhum documento comprobatório desta circunstância.

Aduz que houve 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 resultante da “diferença entre a alíquota interna e a interestadual” conforme dispõe o art. 13, §1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2, e §5º da Lei Complementar nº 123/2006 c/c art. 12-A da Lei Estadual nº 7.014/96).

Contesta, contudo, que a forma pela qual consta exigido o referido crédito fiscal aplica-se aos contribuintes submetidos ao regime normal de tributação. Não se aplica aos optante dos simples nacional, uma vez que as regras deste determinam que o ICMS antecipação parcial á de ser a diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

O art. 321, VII, “b” do Decreto Estadual nº 13.780/2012 é claro ao 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.

Com efeito, a exigência do icms por antecipação parcial deveria ser calculada com na base na alíquota interna aplicável – I.E., 17% (dezessete por cento) 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% (dezoito por cento) 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.

Ou seja, para os 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”.

Afigura-se absolutamente vedado, portanto, aos estados-membros ou ao distrito federal, no exercício de sua competência tributária, prever de modo diverso a cobrança do ICMS – antecipação parcial dos contribuintes optantes do simples nacional. Tal matéria, de rigor, não está no âmbito de discricionariedade de seu espectro de competência.

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!

Ressalta que não se utilizou, portanto, 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.

Sucedo 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 (oitenta mil, setecentos e vinte e dois reais), respeitante à NF-e 716, emitida pela arcon ar condicionado ltda (CNPJ/MF 10.733.986/0001-19) (doc. 10).

Resta evidente, portanto, que autoridade fazendária, ao realizar o lançamento, em vez de aplicar a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, aplicou apenas a alíquota interna. Agiu, portanto, em desconformidade com a legislação de regência, comprometendo irremediavelmente a liquidez e a certeza do crédito tributário indevidamente constituído.

Enfim, o lançamento realizou-se segundo a alíquota absolutamente equivocada, de modo que outro destino não lhe reservado senão a sua cabal desconstituição, sendo absolutamente insuficientes os argumentos trazidos na manifestação da autoridade que efetuou o lançamento tributário.

Por último alega o caráter confiscatório da multa de 60% (sessenta por cento) sobre o valor do imposto (art. 42, incisos II, alínea “d” da Lei Estadual nº 7.014/96). Por derradeiro, sem prejuízo de todos os argumentos lançados anteriormente, cumpre registrar que o valor exigido a título de multa pelo cometimento de infração é nitidamente excessivo, confiscatório e desarrazoado.

Traz decisões jurídicas para corroborar com sua tese.

O processo foi pautado para julgamento na 2ª CJF e, em sessão de julgamento, foi convertido em diligência para que o contribuinte fosse cientificado das condições previstas no Convênio ICMS 190/2017.

O contribuinte à fl. 181 do PAF, em razão das anunciadas remissão e anistia aludidas na diligência de fl. 171, na condição prevista no §2º, da clausula 8º do mencionado Convênio ICMS 190/2017 apresenta sua desistência quanto aos termos do Recurso Voluntário interposto.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração que imputa ao contribuinte o cometimento de infração única para exigência 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. Período de agosto a outubro de 2015, maio, junho, julho, setembro e dezembro de 2016, junho, agosto a novembro de 2017.

A recorrente contesta que na competência de dezembro de 2017, a NF-e 278.304, emitida pela Elgin S/A (CNPJ nº 52.556.578/0001-22) em 19/12/2017, foi cancelada em janeiro de 2018, em razão justamente do cancelamento de sua compra.

Ocorre que, por imperativo legal, a emissão do documento fiscal leva à constatação da circulação da mercadoria e, segundo informações extraídas no site da SEFAZ/BA, não há qualquer menção para o referido cancelamento. Assim, ainda que verossímeis as alegações defensivas, não são elas, contudo, suficientes para elidir a infração, restando-a devidamente caracterizada.

Demonstra ainda o recorrente sua irresignação quanto ao suposto erro praticado pelo fiscal autuante na exigência do ICMS antecipação parcial. Alega que o fiscal autuante aplicou indevidamente a alíquota interna do ICMS, quando deveria considerar a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, conforme prevê o regulamento de ICMS do Estado da Bahia.

Antes de adentrar ao mérito da referida infração, ressalto que o presente PAF foi convertido em diligência com o intuito de cientificar o contribuinte para as condições previstas no Convênio ICMS 190/2017.

Ocorre que, apesar da diligência sinalizada (fl.171), não vislumbro no presente lançamento fiscal qualquer operação que trate da glosa de crédito prevista no Decreto nº 14.213/2012, e muito menos qualquer operação em que fosse necessário invocar os preceitos do Convênio ICMS 190/2017 ou Lei Complementar nº 160/2017.

O fiscal autuante em Informação Fiscal, à fl. 106, de fato menciona que *quanto aos valores recolhidos à menor, estes provêm da planilha 18- Relatório Mercadorias com Crédito Máximo*

Admitido Restringido pela Legislação, decreto 14.213/2012, contudo, conforme demonstrativos anexos ao PAF, as notas fiscais efetivamente utilizadas na infração são as relacionadas no arquivo “22665775000119- 06 Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado - UMF - Analítico”.

Assim, as possíveis glosas de crédito estão relacionadas no arquivo “22665775000119- 18 “Relatório Mercadoria Cred ICMS Submetido a Glosa”, acima mencionado, sendo certo, contudo, afirmar que as notas fiscais constantes deste demonstrativo não fazem parte do levantamento fiscal do presente Auto de Infração.

Para as notas fiscais objeto do presente lançamento fiscal e relacionadas no arquivo “excel” e no arquivo “22665775000119 - 06 Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado - UMF - Analítico”, constato que não há recolhimento do ICMS e as supostas “glosas de crédito” fazem referência, em verdade, às divergências entre o valor destacado e o crédito efetivamente admitido nas operações interestaduais.

Assim, não vislumbrei falhas nos valores exigidos no presente PAF, salvo a admitida pela JJF, relativa ao pagamento em Notificação anterior à autuação, conforme trecho extraído da decisão de piso abaixo:

“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.

Assim, importante esclarecer que a antecipação parcial constitui em uma antecipação de parte do imposto, que não encerra a fase de tributação da mercadoria e será calculado aplicando-se a alíquota interna sobre o valor da operação constante no documento fiscal de aquisição, excluindo-se do valor obtido o crédito fiscal destacado, se houver.

O valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição deve incluir o IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), quando houver na operação e o valor do frete (se estiver na nota fiscal). Ou seja, a base de cálculo é composta de todos os itens que compõem o custo da mercadoria, o que representa o campo da nota fiscal denominado ‘Valor Total da Nota’.

Isto posto, promovo a demonstração dos cálculos realizados, conforme planilha abaixo, elucidando as dúvidas suscitadas e comprovando que os créditos foram devidamente observados:

Mês/Ano	NF	Valor NF	IPI	ICMS Total	Alíquota	Crédito	ICMS Rec	ICMS Devido
ago/15	391.963	19.512,00	-	3.317,04	12%	2.341,44	975,60	-
set/15	716	80.722,00	-	13.722,74	12%	9.686,64	-	4.036,10
out/15	176.074	42.469,72	44,85	7.227,48	4%	1.698,79	-	5.528,69
		37.485,43	-	6.372,52	7%	2.623,98	-	3.748,54
	Total	79.955,15	44,85	13.600,00		4.322,77	-	9.277,23
mai/16	238.392	55.328,84	-	9.959,19	7%	3.873,02	-	6.086,17
jun/16	239.036	4.850,11	-	873,02	7%	339,51	-	533,51
jul/16	22.987	2.612,74	391,91	540,84	7%	182,89	-	357,95
		29.871,31	4.480,70	6.183,36	4%	1.194,85	-	4.988,51
	Total	32.484,05	4.872,61	6.724,20		1.377,74	-	5.346,45
set/16	23.306	1.866,96	280,04	386,46	4%	74,68	-	311,78
set/16	36.024	20.770,00	3.999,00	4.458,42	7%	1.453,90	-	3.004,52
		83.559,17	16.711,83	18.048,78	4%	3.342,37	-	14.706,41
	SubTotal	104.329,17	20.710,83	22.507,20		4.796,27	-	17.710,93
	Total	106.196,13	20.990,87	22.893,66		4.870,95	-	18.022,71
dez/16	197.273	64.625,34	-	11.632,56	7%	4.523,77	-	7.108,79
		7.392,84	18,56	1.334,05	4%	295,71	-	1.038,34
	Total	72.018,18	18,56	12.966,61		4.819,49	-	8.147,13
jan/17	197.855	1.765,45	353,09	381,34	4%	70,62	-	310,72
abr/17	202.246	82.478,76	-	14.846,18	7%	5.773,51	-	9.072,66
		507,17	25,36	95,86	4%	20,29	-	75,57
	Total	82.985,93	25,36	14.942,03		5.793,80	-	9.148,23
jun/17	263.769	203.526,50	-	36.634,77	7%	14.246,86	-	22.387,92
ago/17	269.726	47.723,50	-	8.590,23	7%	3.340,65	-	5.249,59
set/17	209.062	41.098,36	8.219,67	8.877,25	4%	1.643,93	-	7.233,31
	210.104	166.144,20	3.815,64	30.592,77	4%	6.645,77	-	23.947,00
	210.117	74.343,76	-	13.381,88	4%	2.973,75	-	10.408,13
	210.279	96.612,60	4.500,42	18.200,34	4%	3.864,50	-	14.335,84
	210.311	31.468,42	-	5.664,32	4%	1.258,74	-	4.405,58
	210.332	46.301,36	-	8.334,24	4%	1.852,05	-	6.482,19
	273.186	32.667,60	-	5.880,17	7%	2.286,73	-	3.593,44
		488.636,30	16.535,73	90.930,97		4.138,79	-	70.405,49
out/17	211.180	37.374,26	-	6.727,37	4%	1.494,97	-	5.232,40
	211.559	189.439,37	-	34.099,09	4%	7.577,57	-	26.521,51
	Total	226.813,63	-	40.826,45		9.072,55	-	31.753,91
nov/17	278.076	41.050,14	-	7.389,03	7%	2.873,51	-	4.515,52
	278.304	10.544,04	-	1.897,93	7%	738,08	-	1.159,84
		3.631,60	-	653,69	7%	254,21	-	399,48
	190.638	8,30	0,83	1,64	7%	0,58	-	1,06
	Total	55.234,08	0,83	9.942,28		3.866,39	-	6.075,90
							Total Geral	196.781,05

Por fim, sinalizo que a recorrente manifestou expressamente o seu pedido de desistência do presente Recurso Voluntário à fl. 181 do PAF, por conta exclusiva das exigências do Convênio ICMS 190/2017, sendo, contudo, já ressaltado que o presente Auto de Infração não trouxe as glosas previstas no Decreto nº 14.213/2012.

Todos os elementos de defesa/recurso foram, portanto, objeto de minha apreciação no presente Recurso.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do referido Auto de Infração e, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232151.0001/18-4**, lavrado contra **ROKA ASSISTENCE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$196.781,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS