

PROCESSO - N. F. Nº 232299.0028/19-5
NOTIFICADO - JOSÉ NILTON XAVIER DE OLIVEIRA
EMITENTE - JEANNETTE OLIVEIRA SANTOS SOARES
ORIGEM - INFAZ – CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 31/03/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0013-02/21NF-VD

EMENTA: ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS DE MERCADORIAS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovado que as operações arroladas no lançamento se referiam a mercadorias listadas no Anexo 1 ao RICMS/2012. A notificada não elidiu a infração. Contribuinte optante pelo Simples Nacional, deve observar o que prevê o art. 321, inc. I do RICMS/2012. Afastada a preliminar de nulidade. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal – Estabelecimento – SIMPLES NACIONAL foi lavrada em 30/09/2019, e exige crédito tributário no valor de R\$4.593,94, acrescido da multa de 60%, pelo cometimento da infração – **07.21.01** – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos períodos de novembro de 2014 e janeiro de 2016.

Enquadramento legal: art. 34, inc. III da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289, §1º, inc. III, alínea “b” do RICMS/2012.

Multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

A notificada, através de seus advogados, impugna o lançamento, fl. 40 a 50, onde preliminarmente, com fulcro no artigo 272, §5º do CPC, requer que todas as intimações alusivas ao feito sejam dirigidas exclusivamente aos seus patronos, no endereço indicado, sob pena de nulidade.

Afirma que a fiscalização procedeu de forma irregular, ao lavrar a Notificação, realizando a cobrança do ICMS por antecipação total referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, por empresa optante do SIMPLES NACIONAL, não considerando que a partir de janeiro de 2018 o Decreto nº 18.219/2017 revogou o Decreto nº 12.413/12, que considerava que a antecipação total deve ser calculada com base no valor total dos produtos que compõem uma nota fiscal, incluindo suas adições ou deduções, aplicando a diferença da alíquota interna da Bahia vezes a base de cálculo sobre a alíquota interestadual.

Justifica seu entendimento, porque consta do §2º do artigo 1º do decreto revogado, que a vedação aos benefícios fiscais se aplica ao cálculo da substituição tributária e tendo adquirido as mercadorias dos atacadistas relacionados no anexo único do decreto revogado, obedeceu ao regramento nele contido, conforme comprovam as notas fiscais ilustrativas juntadas em anexo – Doc. 03.

Complementa que os valores constantes do presente lançamento, decorrentes do Decreto nº 12.413/2012, em razão do previsto no Convenio ICMS 190/2017, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos ou não, decorrentes do mencionado decreto, razão pela qual, não se decidindo pela nulidade da ação fiscal, certamente a julgará improcedente, consoante as razões de fato e de direito que passa a expor.

Transcreve o art. 2º do RPAF/99 e ressalta que a intenção do legislador neste dispositivo foi assegurar aos contribuintes o tratamento justo, digno e igualitário no contencioso administrativo.

Lembra que o Código Tributário Nacional, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los a aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte, evidenciado no seu art. 112, quando usa o princípio do *in dubio pro contribuinte*.

Ensina que a função fiscal no exercício do poder-dever da autoridade administrativa exigir o pagamento do tributo devido e/ou controle e fiscalização e o seu correto pagamento, está sujeita a obediência ao princípio da reserva legal. A Constituição Federal e as leis infraconstitucionais fundamentais que lhe seguem, atribuem encargos, deveres ou funções para os órgãos da administração pública que devem se desincumbir deles com a maior presteza possível.

Assim, o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, e a de fazer cumpri-las.

Conclui que nesse sentido, não podem prosperar tal imputação, por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está adstrito o agente público, razão pela qual, entende que devido aos vícios, deverá ser decretada a sua nulidade.

Passando a abordar o mérito, argui que o Decreto nº 14.213/2012, dispõe sobre a vedação da utilização de créditos fiscais relativos as entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único, contempladas com benefício fiscal do ICMS, não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/1975, sendo o crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias, somente foi admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem.

Conta que foi celebrado o Convenio ICMS 190/2017, estabelecendo 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 financeiros-fiscais instituídos. Assim, o Estado da Bahia, por meio do Decreto nº 18.219/2018, revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções relacionadas em seu Anexo Único, em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/2017 e do Convenio ICMS 190/2017.

Salienta que o supracitado convenio, dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar nº 160/2017, sobre a remissão de 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 inc. XII, do §2º do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstuições, conforme previsto na Clausula oitava, do convênio.

Argui que no caso em apreço, os valores constantes no presente lançamento, decorrentes do Decreto nº 14.213/2012, em consonância com o previsto no Convenio ICMS 190/2017, conforme comprovam as notas fiscais ilustrativas em anexo – Doc. 01, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos, decorrentes do mencionado decreto, razão por que deve-se concluir pela insubsistência da Notificação Fiscal.

Transcreve ementas de Acórdãos do CONSEF sobre a matéria, assim como decisão do Tribunal de Justiça da Bahia.

Requer a decretação da nulidade da Notificação Fiscal e se assim não for o entendimento, que se decida pela sua total improcedência.

A informação fiscal prestada às fls. 67 a 84, inicialmente relata os procedimentos adotados na fiscalização do estabelecimento, reproduz os argumentos da defesa e informa que toda a ação fiscal transcorreu em absoluta observância ao RPAF/1999, pois, foi dado início ao procedimento fiscal com a devida intimação do contribuinte, foi lavrado o respectivo Termo de Início de Fiscalização e, conseqüentemente no encerramento da ação fiscal, foi dada a devida atenção ao

art. 51 do RPAF, fazendo acompanhar da mesma, cópias dos termos lavrados na ação fiscal, assim como os demonstrativos elaborados, observando tudo quanto contido no citado dispositivo do RPAF, que reproduz.

Diz que o crédito reclamado tem previsão legal, e está ciente que a atividade do Fisco é vinculada, e, portanto, no seu exercício, não há outra motivação, senão a de aplicar a lei, jamais agindo ao livre-arbítrio e sem interesse próprio ou particular

Assevera não ter cometido abusos ou agido de forma contrária àquela que é a exigida. Assim sendo, foram observados os preceitos legais, assim como aos princípios constitucionais, tributários e administrativos, que jamais foram negligenciados.

Relata que no curso dos trabalhos, constatou situações passíveis de cobrança do imposto que ensejam a exigência do crédito tributário, por se configuram em infração à legislação do ICMS e, portanto, o seu dever legal é reclamar o crédito tributário, que nada mais é senão aplicar a lei, como muito bem destacou o contribuinte em sua peça, o que foi feito com total imparcialidade, não subsistindo a sugestão de ofensa ao princípio da legalidade.

Acrescenta não ser possível apontar um único fato durante todo o procedimento fiscal, que ofenda o princípio do devido processo legal, consagrado na Carta Magna, conforme art. 5º, inc. LIV, princípio que garante a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei.

Transcreve doutrina de Santiago, expondo que o citado princípio mantém correlação com tantos outros princípios, como por exemplo da ampla defesa; do contraditório; do juiz natural; da publicidade do processo; da inadmissibilidade de produção de provas ilícitas, publicidade dos atos processuais, da duração razoável do processo, da motivação das decisões e tratamento paritário conferido às partes envolvidas no processo.

Conclui que não houve afronta ao princípio do devido processo legal, assim como, a quaisquer princípios dele decorrentes. Os parâmetros fixados pelo legislador foram observados e os direitos do contribuinte mantiveram-se preservados em todas as etapas do processo.

Quanto ao Decreto nº 14.213/2012, revogado pelo Decreto nº 18.219/2019, informa que o crédito tributário reclamado não foi exigido em decorrência dele e ressalta que não há que se falar neste decreto no presente caso. Da mesma forma que não há o que se falar em anistia ou remissão.

Lembra que o assunto é abordado na Lei nº 7.014/1996 em seu art. 23, que disciplina o cálculo do imposto, valendo para a formação da base de cálculo, bem como, para todas as operações interestaduais de aquisição de mercadorias, conforme previsto no §3º do art. 8º da citada lei.

Salienta que ao contrário do entendimento do contribuinte, de acordo com o decreto revogado, o crédito do imposto estaria limitado àquele percentual admitido e efetivamente cobrado no Estado de origem. Ou seja, o crédito a que teria direito na operação interestadual não seria aquele correspondente à alíquota das operações interestaduais e sim ao fixado pelo estado de origem da mercadoria em atendimento à legislação daquele estado, como disposto em seu Anexo Único, do qual reproduz parte.

Complementa que os efeitos produzidos com a revogação do referido decreto não foram outros senão o retorno ao cálculo do ICMS devido em razão de aquisição de mercadorias em outras unidades da federação, elencadas na substituição tributária, como no presente caso, à rega anterior. O crédito não mais estaria limitado a 3%, por exemplo.

Lembra que o direito ao crédito de ICMS é expressamente assegurado na Constituição Federal, conforme art. 155, §2º, inc. I, reproduzido e de acordo com doutrina de Paulo de Barros Carvalho acerca da não-cumulatividade do ICMS, que reproduz.

Pontua que às fls. 07 a 09 do PAF encontra-se o Demonstrativo 1 – Antecipação Tributária Entradas: Demonstrativo da falta de pagamento ou pagamento a menor do ICMS devido por Antecipação Tributária em operações de aquisição interestadual de mercadorias destinadas a comercialização, elencadas na substituição tributária, onde está consignada a alíquota de 12%, na coluna intitulada “ALÍQ. ORIGEM CARGA TRIBUTÁRIA TOLERADA”, ou mais claramente

demonstrando, na oitava coluna do demonstrativo onde consta a informação pertinente às alíquotas, ou seja, ao percentual do crédito considerado.

Traz como exemplo o primeiro item da planilha, referente a nota fiscal nº 092.816, acostada aos autos, constante do demonstrativo de débito na primeira linha da fl. 07, onde evidencia que o direito do contribuinte não foi violado e suas alegações não prosperam, porque não houve glosa do crédito, uma vez que no demonstrativo de débito há uma coluna específica para a informação relativa à alíquota correspondente e, ainda, o valor do crédito respectivo na coluna intitulada “CRÉDITO DO ICMS”, conforme a sua vigésima quinta coluna.

Frisa que a cobrança do imposto foi realizada com base no que preceitua o art. 289, §1º, inc. III, alínea “b” do RICMS/2012, que reproduz, ou seja, na forma da alínea “b”, foi aplicada a alíquota prevista na legislação para as mercadorias e utilizado no cálculo, o crédito destacado na nota fiscal, ou seja, 12%, considerando que todas as mercadorias, objeto da cobrança, foram adquiridas na Região Nordeste.

Transcreve o art. 13 da Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o SIMPLES NACIONAL, e afirma que por essa razão realizou a referida cobrança e, ainda, com base no art. 113, §1º do CTN, que reproduz, porque o notificado praticou o fato gerador do ICMS e tinha a obrigação de pagar o imposto conforme art. 34, inc. III da Lei nº 7.014/1996.

Afirma que dos Acórdãos citados na defesa, os quais foram anexadas as ementas, esclarece que no Acórdão JF nº 0156-03/19, o relator firmou o entendimento que os valores do lançamento foram decorrentes do Decreto nº 14.213/201, portanto, não existe relação com a exação.

Faz a mesma análise para os Acórdãos JF nº 0080-03/19, e conclui que também neste caso não há semelhanças entre ele e a Notificação em análise, repetindo para os Acórdãos JF nº 0074-01/18 e JF nº 0235-04/18.

Conclui que estas análises visam tão somente demonstrar que a notificada pode, muito provavelmente, estar litigando de má fé, pois, na Notificação Fiscal, em lide, não houve quaisquer glosas de crédito.

Destaca que o demonstrativo de débito acostado às fls. 07 a 09, entregue ao contribuinte, é prova incontestável do que afirma, pois consta o percentual 12%, conforme já mencionado, e a partir deste foi calculado o crédito correspondente a cada item de mercadoria adquirida fora do Estado da Bahia, considerando o princípio da não-cumulatividade do imposto.

Lembra que o art. 5º do Código do Processo Civil – CPC, prevê que *“aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”*, ou seja, pode incorrer na prática de litigância de má fé qualquer um que de algum modo, interferir no processo, reproduzindo o teor do art. 80 do CPC.

Admite ser possível que a defesa tenha sido fruto de um infeliz equívoco, assim não tem a pretensão de ir além da sua competência, porém é fato que a tese da defesa se fundamentou na glosa de crédito fiscal, fato que não aconteceu no presente caso, eis que o crédito a que o contribuinte tinha direito foi integralmente considerado.

Anota que deixa de tratar de anistia ou remissão, pois não há correspondência entre o presente PAF.

Ressalta que uma simples análise do Demonstrativo 1 – Antecipação Tributária – Entradas, fls. 07 a 09, assim como do seu respectivo RESUMO, intitulado Demonstrativo 1.2 – Antecipação Tributária – Entradas, conforme fls. 10 e 11 é suficiente para provar tudo aqui alegado.

Por fim, se manifesta pela procedência da Notificação Fiscal, considerando que a notificada efetivamente deixou de recolher o ICMS devido por antecipação tributária.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, imputa ao sujeito passivo, contribuinte inscrito no CAD-ICMS, na condição de EMPRESA DE PEQUENO PORTE, optante do SIMPLES NACIONAL desde 01/07/2007, cuja atividade econômica principal é o comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – minimercados, uma infração tempestivamente impugnada.

Preliminarmente, a notificada argui nulidade do lançamento, apontando como suporte a existência de vício, por entender que ocorreu ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está subordinado o agente público.

Compulsando os autos, verifico que o lançamento contém o nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo; o valor do tributo e das penalidades, com indicação dos acréscimos tributários incidentes, demonstrados segundo as datas de ocorrência e em função da natureza dos fatos; a indicação dos dispositivos da legislação infringidos; a intimação e o prazo para apresentação de impugnação pelo contribuinte, de forma que atende ao que prevê o art. 51 do RPAF/99.

Constam no processo o Termo de Início de Fiscalização, fl. 32, lavrado em 07/06/2019, a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, fls. 05 e 06, encaminhada através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, mensagem nº 130662, postada em 07/06/2019, lida em 11/06/2019, cientificando o contribuinte do início da ação fiscal, assim como os demonstrativos elaborados de forma clara e didática, fls. 07 a 13, entregues a notificada quando da cientificação da lavratura da Notificação, ocorrida em 17/10/2019, através de AVISO DE RECEBIMENTO DOS CORREIO – AR, fls. 38 e 39, além das cópias de todas as notas fiscais arroladas no demonstrativo, fl. 17 a 22, circunstâncias que o permitiram o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório.

Constato também, que todos os prazos foram observados e os atos processuais praticados observando a legislação, restando demonstrado que a autoridade fazendária cumpriu seu papel de operar a interpretação da legislação tributária, aplicando-a aos fatos que tomou conhecimento, tendo por dever de ofício agido dentro dos limites da legalidade, que no presente caso, torna-se ainda mais relevante, pois a exação refere-se a imposto cujo lançamento é por homologação, quando a ordem jurídica transfere ao sujeito passivo o dever de interpretar e a aplicar a lei antes de qualquer ação da Administração.

Por não constatar a existência de qualquer vício de natureza formal ou material, assim como quaisquer das ocorrências citadas na defesa, rejeito a arguição de nulidade.

Quanto ao mérito, a defesa contesta a exação, argumentando que a exigência teve como base o Decreto nº 14.213/2012 que dispõe sobre a vedação da utilização de créditos fiscais relativos as entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convenio ou protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/1975.

A Agente Fiscal, refuta essa linha de defesa e, conseqüentemente, o principal e único argumento, demonstrando que a matéria tratada no presente caso, em nada se relaciona com o Decreto nº 14.213/2012, pois a Notificação exige o ICMS por antecipação ou substituição tributária referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, inclusive demonstrando que os Acórdão trazidos como paradigmas, em nada se relacionam com a exação.

Verifico, que efetivamente, a Notificação Fiscal ora discutida exige o ICMS devido por antecipação tributária de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, pois, as mercadorias arroladas no demonstrativo, estão listadas no Anexo 1 ao RICMS/2012, e por conta do previsto no art. 289, § 1º, inc. III, alínea “b” do RICMS/2012, o adquirente deve efetuar o cálculo e recolhimento do ICMS-ST nas aquisições interestaduais:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

§ 1º Os contribuintes atacadistas, revendedores e varejistas, deverão, a fim de ajustar os estoques de mercadorias por ocasião de inclusões no regime de substituição tributária, adotar as seguintes providências: (...)

III - apurar o imposto a recolher aplicando sobre a base de cálculo prevista no inciso II: (...)

b) tratando-se de contribuinte optante pelo simples nacional, a alíquota prevista na legislação para cada mercadoria, compensando-se com o crédito destacado na nota fiscal de aquisição ou, de forma simplificada, o percentual de 5% (cinco por cento) sem a utilização de qualquer crédito;

Sendo a notificada, optante do SIMPLES NACIONAL, deve ser observado o que prevê o art. 321, inc. I do RICMS/2012:

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

I - nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

Assim, a Agente Fiscal procedeu corretamente com a cobrança do imposto por substituição tributária, efetuando o levantamento dos valores dentro dos limites estabelecidos pela Lei nº 7.014/96 e RICMS/2012.

Ademais, a defesa, por tratar de matéria totalmente alheia a infração, deixou de combater mérito do lançamento, assim como não carrou aos autos uma prova sequer, que pudesse elidir a acusação, se reportando, repito, a questões diversas da matéria tratada, o que faz incidir as normas contidas nos artigos 140 a 143 do RPAF/1999:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quando ao pedido para que as intimações relacionadas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos patronos da notificada, no endereço que indica, de certo que não existe óbice para o seu cumprimento. No entanto, o não atendimento à solicitação, não caracteriza nulidade da Notificação Fiscal, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108, do RPAF/99 e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional – CTN, art. 127, a orientar, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do Fisco.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **232299.0028/19-5**, lavrada contra **JOSÉ NILTON XAVIER DE OLIVEIRA**, devendo ser intimado o notificado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.593,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR