

PROCESSO - A. I. Nº 281394.0303/15-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PME MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - PME MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0112-02/20-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS (EXTREMO SUL)
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/05/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C.J.F. Nº 0058-11/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. Infração parcialmente elidida por exclusão de notas fiscais, mediante comprovada escrituração temporânea. Infração parcialmente subsistente. **b)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração reconhecida. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Valor reduzido mediante comprovação de saídas posteriores normalmente tributadas e ajuste nas alíquotas. Mantida a multa percentual como previsto no § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente subsistente. 3. CRÉDITO INDEVIDO. VALOR LIMITADO PELO DECRETO Nº 14.213/2012. 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 relacionados 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. 4. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. AQUISIÇÕES PARA ATIVO FIXO E/OU USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO OU DO EXTERIOR. Infrações parcialmente elididas mediante comprovação de recolhimentos tempestivos. Infrações parcialmente subsistentes. Retificada de ofício a resolução, pois inadequada ao conteúdo do voto proferido pela 2ª JF. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 2ª JF, respectivamente, em razão do Acórdão Nº 0112-02/20-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2015, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$ 248.220,88, relativos a nove infrações distintas, sendo objeto dos presentes recursos, apenas as infrações 01, 06, 07, 08 e 09, descritas a seguir:

***Infração 01 – 16.01.01** – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: R\$10.574,00. Período: Março, Abril e Setembro 2013, Março, Abril, Julho, Outubro e Dezembro 2014. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, IX*

da Lei 7.014/96.

...

Infração 06 – 07.15.01 – Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições e mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Valor: R\$121.027,18. Período: Setembro e Outubro 2013, Janeiro, Março a Outubro e Dezembro 2014. Enquadramento legal: Art. 12-A, da Lei 7.014/96. Multa: Art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Infração 07 – 01.02.96 – O contribuinte utilizou indevidamente créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal de ICMS NÃO AUTORIZADO por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75. Valor: R\$79.544,05. Período: Setembro e Outubro 2013, Janeiro, Março a Outubro e Dezembro 2014. Enquadramento legal: Arts. 1º e 8º da Lei Complementar nº 24/75 c/c §§ 1º e 2º do Decreto 14.213/12. Multa: Art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 08 – 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Valor: R\$6.248,87. Período: Março a Agosto, Novembro e Dezembro 2013, Janeiro, Fevereiro, Maio, Julho, Setembro, Outubro e Dezembro 2014. Enquadramento legal: Art. 4º, XV da Lei 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, II, “f”, da Lei 7.014/96.

Infração 09 – 07.01.01 – Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Valor: R\$28.970,84. Período: Junho a Dezembro 2013, Janeiro, Fevereiro a Dezembro 2014. Enquadramento legal: Art. 8º, II, e § 3º do art. 23 da Lei 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 18/06/2020 (fls. 542 a 552) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

Versa o Auto de Infração em exame, sobre o cometimento de nove infrações à legislação do ICMS.

Na Impugnação ao lançamento, o sujeito passivo reconhece devidas as infrações 03, 04 e 05. Portanto, estas não fazem parte da lide.

Examinando os autos, constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais, e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 05, 14, 20, 24, 26, 29, 31, 32, 33, 35, 37, 39, 42, 43, 45, 46, 50, 53, 57, 59, 60, 61, 63, 65, 70, 71, 487 e 537, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46 do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 17-71, 401-414, 485 e CDs de fls. 16, 430 e 458); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Observe que, quando necessária no entendimento do Relatar (a quem interessa para formar sua convicção), foi realizada diligência fiscal.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150), em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido, e sendo o caso, na imposição de penalidade ou sua graduação (§§ 2º e 3º, do artigo 150 do CTN).

Em face das alegações defensivas, na oportunidade da Informação Fiscal de fls. 392-A a 395, o autuante procedeu ajustes no lançamento, e por consequência, na manifestação de ciência da Informação Fiscal (fl. 420), o sujeito passivo reconhece a procedência dos valores remanescentes das infrações 01, 02, 08 e 09.

Por perceber nada a reparar quanto ao procedimento fiscal ajustado, acolho como devido os valores remanescentes, para declarar as infrações 01, 02, 08 e 09 parcialmente subsistentes, com os seguintes

demonstrativos de débitos:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data Vencido	Base de Cálculo	Aliq	Multa	Vlr Histórico
Infração 01					
31/03/2013	09/04/2013	3.852,00		1%	38,52
30/04/2013	09/05/2013	15.000,00		1%	150,00
31/03/2014	09/04/2014	252,00		1%	2,52
30/04/2014	09/05/2014	110,60		1%	1,11
31/12/2014	09/01/2015	2.147,50		1%	21,48
Total da Infração					213,63

Para esta infração, faz-se duas observações: a) por força da Lei 13.461/2015 e Lei 13.816/2017, a multa originalmente sugerida em 10% do valor comercial do bem, ou mercadoria ou serviço sujeitos a tributação, passou a 1%; b) vê-se no demonstrativo analítico original (fls. 17-20) que o valor original da ocorrência de 31/12/2014 (R\$5.339,95), corresponde ao somatório das multas de todas as ocorrências dos períodos autuados. Foi equivocadamente exposto no demonstrativo de débito original (fl. 02), já que a soma da multa original para essa ocorrência era R\$308,40, que em face da exclusão das NFs 461302, 461938 e 461620, apontada na Informação Fiscal de fls. 392-395, bem como da alteração do percentual da multa sugerida, passou a R\$21,48.

Infração 02

Mantido o demonstrativo de débito original (fl. 02)

Infração 08

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
DATA OCORR	DATA VENCTO	BASE DE CÁLCULO	ALIQ	MULTA	VLR HISTÓRICO
INFRAÇÃO 08					
30/04/2013	09/05/2013	613,37		60%	368,02
30/06/2013	09/07/2013	1.981,67		60%	1.189,00
31/07/2013	09/08/2013	35,25		60%	21,15
31/08/2013	09/09/2013	76,17		60%	45,70
30/11/2013	09/12/2013	143,82		60%	86,29
TOTAL DA INFRAÇÃO					1.710,16

Infração 09

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
DATA OCORR	DATA VENCTO	BASE DE CÁLCULO	ALIQ	MULTA	VLR HISTÓRICO
INFRAÇÃO 09					
30/06/2013	09/07/2013	570,94	17%	60%	97,06
31/10/2013	09/11/2013	88,76	17%	60%	15,09
31/01/2014	09/02/2014	133,24	17%	60%	22,65
30/09/2014	09/10/2014	399,18	17%	60%	67,86
31/10/2014	09/11/2014	223,00	17%	60%	37,91
30/11/2014	09/12/2014	601,53	17%	60%	102,26
TOTAL DA INFRAÇÃO					342,83

Por consequência, restam na lide as infrações 06 e 07.

Para a Infração 06, a impugnação se sustenta em duas teses. A primeira se refere a operações que não comportam antecipação parcial do ICMS (em razão de inexistir diferencial de alíquota a ser antecipado), como é o caso dos equipamentos (trator, discos de arado, etc.), contemplados com a inclusão no Convênio ICMS 52/91, cuja transferência interestadual sofreu incidência de ICMS à razão de 7%, e a saída interna, após a redução do benefício, teve carga tributária de 5,6%, conforme anexo 05 (com as NFs). Diz também ser o caso das lâminas importadas, cuja alíquota do ICMS na entrada é 4%, e na saída, 5,6%, conforme anexo 06 (com as NFs).

Na segunda situação ocorreu a hipótese do diferencial de alíquota na entrada, que comportava a antecipação parcial, contudo, ato seguinte, quando da saída houve o destaque do imposto em caráter definitivo, como comprova a planilha, anexo 07, com suas respectivas NFs. A exigência da antecipação parcial pelo Auto de Infração após a saída da mercadoria, estaria a instituir uma nova hipótese de incidência de ICMS.

Para a Infração 07, o Impugnante alega que a glosa dos créditos decorre de aplicação equivocada do Decreto nº 14.213/2012, sustentando que se relaciona a benefício fiscal não autorizado por Convênio ou Protocolo, editados ou firmados nos termos da LC 24/75, e que parte das mercadorias listadas (tratores e discos de arados, etc.), está contemplada pelo Convênio ICMS nº 52/91, tributadas pelo ICMS na transferência interestadual a 7%, nos termos da LC 24/75, tendo a Bahia como signatário, conforme anexo 08. Aduz que a outra parte das mercadorias, originárias da importação de lâminas, foi tributada na transferência interestadual à razão de 4%, conforme anexo 09, razões pelas quais, a infração seria improcedente.

Como acima relatado, essas infrações foram objeto de duas diligências sob a égide deste Relator. A primeira (fl. 479), objetivando superar a dúvida ainda remanescente no contraditório, pediu-se que: a) Análise da documentação apresentada pela defesa frente ao Dec. 18.270/18 e Conv. ICMS 52/91; b) Refazimento do procedimento fiscal com elaboração de novo demonstrativo, considerando o direito ao crédito corretamente destacado nas NFs de entrada, de modo que, confirmando-se que a posterior saída ocorreu tributada, demonstrasse apenas a exigência da multa prevista no §1º, do art. 42 da Lei 7.014/96, se fosse o caso.

Por consequência, na sucinta peça de fl. 484, nada falando sobre a Infração 07, o autuante disse ter refeito o procedimento da Infração 06 considerando o crédito destacado nas NFs, e para ela, apresentou novo demonstrativo de débito no valor de R\$31.487,84.

Ainda que quando intimado do resultado da diligência o sujeito passivo tenha silenciado, por entender que a sucinta Informação Fiscal foi insuficiente, chamando atenção para a fática incongruência entre o demonstrativo de débito da infração 06, (fl. 03), com o que disse a respeito o autuante nas suas diversas informações fiscais, conforme pedido de fl. 479, a questão tratada e com repercussão nas infrações 06 e 07, foi objeto da 2ª diligência, (fls. 496-497), dirigida ao autor do feito e deferida nos seguintes termos:

...A despeito da detalhada orientação do pedido da anterior diligência, vê-se na sucinta “INFORMAÇÃO DO PROCESSO” prestada pelo autuante, apenas um demonstrativo de débito restrito à Infração 06.

...

Inspetor

Para que possa surtir efeitos legais, atentando para o fato de que o assunto tem direta e objetiva repercussão nas Infrações 06 e 07, designar o autuante, preferencialmente, ou outro Auditor Fiscal para realizar a diligência pedida à fl. 479, elaborando a respectiva Informação Fiscal na forma prevista no §6º do art. 127 do RPAF:

Diligente

- c) Analisar os argumentos e documentos apresentados pelo Impugnante frente à legislação citada (Decreto 18.270/18, Conv. ICMS 52/91, bem como os argumentos defensivos reproduzidos no pedido de diligência de fls. 444 e 445);
- d) Refazimento do procedimento fiscal para as infrações 06 e 07 elaborando os respectivos demonstrativos, inclusive os de débito, considerando o direito ao crédito corretamente destacado nas NFs de entrada, de modo a que, confirmando-se que a posterior saída ocorreu tributada, para a Infração 06, demonstre apenas a exigência da multa prevista no art. 42, § 1º, da Lei 7.014/96, se for o caso.

Por consequência, às fls. 502-503, consta Informação Fiscal.

Sobre a Infração 06 o autuante diz que a Resolução 13/2012, do Senado Federal, estabelece alíquota de 4% para as operações interestaduais, e o Conv. 52/91 estabelece a carga tributária interna em 5,6%, e que também alguns equipamentos incluídos no Conv. 52/91 foram tributados com a alíquota de 7% sobre a base de cálculo reduzida, de modo a resultar em carga tributária de 4%, o que comporta a cobrança de antecipação parcial.

Também informa que as “Lâminas NCM 84314200”, importadas, não estão incluídas no Conv. 52/91, possuindo, portanto, tributação interna sob alíquota de 17%, de modo que como demonstrado na Informação Fiscal anterior, apurou o ICMS devido por antecipação não recolhido tempestivamente, sobre o qual incide a multa de 60%, que soma R\$31.487,84.

Quanto à Infração 07, informa que levando em consideração como crédito fiscal o ICMS destacado nas NFs de entrada, por força do Decreto 18.270/2018, a LC 160/2017 e o Convênio ICMS 190/2017, nada mais resta devido.

Com a devida entrega de cópia dessa Informação Fiscal, o sujeito passivo também foi notificado e não se manifestou sobre o resultado.

Pois bem. Agora considerando a Informação Fiscal esclarecedora, temos o seguinte:

Infração 06

Correta está a revisão efetuada, tendo em vista a existência de diferença entre as alíquotas interestaduais e as internas, nas operações arroladas na infração. No caso, entre a alíquota interestadual de 4% dada pela Resolução 13/12, do Senado Federal, e a carga tributária interna de 5,60 %, estabelecida pelo Convênio ICMS 52/91, bem como sobre as “Lâminas NCM 84313200”, que não estando incluída no Convênio 52/91, à época da autuação, estava sujeita à tributação interna sob alíquota de 17%.

Ademais, para esta infração, como orientado no pedido de diligência, confirmando que ainda que o ICMS devido por antecipação parcial não tenha sido recolhido tempestivamente, posteriormente, as mercadorias saíram normalmente tributadas, razão pela qual o valor de R\$31.487,84, refere-se à multa percentual prevista

no § 1º, do art. 42 da Lei 7014/96, valor que acolho para declarar a infração parcialmente subsistente, com o seguinte demonstrativo de débito e:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
<i>Data Ocorr</i>	<i>Data Vencido</i>	<i>Base de Cálculo</i>	<i>Aliq</i>	<i>Multa</i>	<i>Vlr Histórico</i>
Infração 06					
31/01/2014	09/02/2014	1.936,87		60%	1.162,12
31/03/2014	09/04/2014	2.071,82		60%	1.243,09
30/04/2014	09/05/2014	5.461,83		60%	3.277,10
30/06/2014	09/07/2014	2.097,72		60%	1.258,63
31/07/2014	09/08/2014	1.435,50		60%	861,30
31/08/2014	09/09/2014	12.752,28		60%	7.651,37
30/09/2014	09/10/2014	10.725,80		60%	6.435,48
31/10/2014	09/11/2014	14.509,02		60%	8.705,41
31/12/2014	09/01/2015	1.488,90		60%	893,34
Total da Infração					31.487,84

Infração 07

Esclarecido que a exação original teve por motivo a limitação de crédito fiscal estabelecida no Decreto nº 14.213/2012, e tendo em vista a sua revogação com efeitos retroativos, conforme normativas do Decreto 18.270/2018, LC 160/2017 e Convênio ICMS 190/2017, nada restou devido, tenho a infração como insubsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

A 2ª JfF interpôs Recurso de Ofício de sua decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 597 a 605, mediante o qual aduz as seguintes alegações.

Ataca a decisão de piso somente naquilo que se refere à Infração 06, sendo esta a extensão cognitiva do Recurso Voluntário.

Relata que a autuação gravou não recolhimento antecipado do ICMS (parcial) relativo a mercadorias adquiridas noutra unidade da federação no montante de R\$121.027,18. Explica que a Decisão recorrida compreendeu como correta a revisão efetivada pautada na “*diferença entre as alíquotas interestaduais e as internas nas operações arroladas na infração*” e na inadequação da alocação de um dos itens no âmbito dos itens amparados pelo Convênio ICMS 52/91.

Explica que a decisão perpassou pela Resolução nº 13/12, do Senado Federal e pelo Convênio ICMS 52/91, fixando a premissa de que “*o ICMS devido por antecipação parcial não tenha sido recolhido tempestivamente*”, a despeito de as mercadorias terem saído normalmente tributadas.

Assinala que a incongruência na manutenção da exação (mesmo reduzida) persiste, pois, efetivamente, o imposto foi recolhido, mesmo que após a venda da mercadoria, o que deveria ter ocorrido no momento da entrada. Explica, ainda, que, mantido o não recolhimento antecipado, considerou-se como satisfeito o recolhimento na saída, porém, com a manutenção da multa de 60% sobre o valor recolhido a destempo (falta de antecipação).

Destaca que ficou claro que a desconstituição da exação 07 se deveu à queda da base legal, mas as infrações (06 e 07) têm uma implicação lógica entre si. Argumenta que, não por outro motivo, o CONSEF, reiteradamente, determinou diligência (foram 03) até que a base fática fosse suficientemente esclarecida.

Explica que, tal qual já enfatizado nas alegações defensivas, são duas as situações concernentes a esta infração.

A primeira, relativa a operações que não comportavam a antecipação parcial do ICMS (em razão de inexistir diferencial de alíquota a ser antecipado), a exemplo dos itens descritos nas defesas (trator, discos de arado, etc.) contemplados com a inclusão no Convênio ICMS 52/91, cuja transferência interestadual sofreu à incidência do imposto à razão de 7% e cuja saída, após a redução do benefício, teve alíquota de 5,6%, anexo 05 (com as notas fiscais). Ressalta que a

própria decisão enfatiza que as lâminas importadas, cuja alíquota do ICMS na entrada é de 4% e na saída, 5,6%, anexo 06 (com as notas fiscais) não estavam incorporadas ao Convênio ICMS 52/91, o que é revelador de que inexistia diferencial de alíquota de ICMS para recolhimento, a título de antecipação parcial. Alega que a referida contradição não foi abordada no acórdão e, precisa ser dirimida.

Na segunda situação, explica que ocorreu a hipótese do diferencial de alíquota na entrada, que comportava a antecipação parcial, contudo, ato seguinte, quando da saída, houve o destaque do imposto, em caráter definitivo, como comprova a planilha anexa, 07, com as suas respectivas notas fiscais. Alega que a exigência da antecipação parcial pelo Auto de Infração, após a saída da mercadoria, estaria a ferir de morte o princípio da não cumulatividade, bem como estaria a instituir uma hipótese nova, de incidência do ICMS.

Nesse sentido, aponta que o refazimento da Infração 06 sem a revisão da infração 07 ensejou a realização da 2ª diligência hábil a considerar o direito ao crédito em ambas, observado o seguinte pressuposto fático: *“confirmando-se que a saída foi tributada, à saída, a Recorrente pagou tributação maior”*.

Requer a análise das questões suscitadas no processo em observância (exatamente) aos “fatos e circunstâncias constantes do processo”. Transcreve o texto do art. 157 e o 18, ambos do RPAF/99, em apoio à ideia de que *“há necessidade da adstrição do Auto de Infração, obrigatoriamente, à descrição dos fatos considerados infrações de obrigações e outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal”*.

Entende tratar-se de questão afeta ao controle de legalidade da dívida como instrumento da autotutela exercida pela Administração Pública e garantia do jurisdicionado. Cita o art. 113, § 5º do diploma regulamentar referido. Afirma que revisão semelhante foi efetivada no Auto de Infração nº 207494.0003/12-5.

Em face de todo o exposto, a Recorrente requer (i) a admissão do Recurso Voluntário (ii) no mérito, o seu provimento via acolhimento das arguições, desconstituindo-se a parcela remanescente da autuação.

Termos em que pede deferimento.

Pautado para julgamento na sessão de videoconferência do dia 03/03/22 (após ter sido adiado da sessão do dia 18/02), presente Dra. Alexandra Francisco (OAB/ES nº 9.313), representante do Sujeito Passivo (procuração à folha 630).

Instada a se manifestar acerca da desistência de eventuais recursos acerca do crédito tributário convalidado pela 2ª JF, o representante do Sujeito Passivo apresentou manifestação verbal, declarando que desiste de tais recursos processuais, no âmbito administrativo, nos termos do Cláusula Oitava, § 2º, inciso II do Convênio ICMS 190/2017.

VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 2ª JF (Acórdão Nº 0112-02/20-VD), desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$248.220,88, para o montante de R\$35.610,40, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, observo que a redução do valor lançado decorreu da decretação da Procedência Parcial das infrações 01, 06, 08 e 09, bem como da Improcedência da infração 07, sendo esta a extensão cognitiva do presente recurso.

Quanto à Infração 01, a conduta infratora foi descrita como *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. ...”*. O Sujeito Passivo se opôs parcialmente ao lançamento, reconhecendo que deixou de registrar cinco documentos fiscais listados no AI, e contestando os demais documentos.

Quando à Nota Fiscal nº 4071, alega que foi cancelada, enquanto que as demais notas fiscais constam de declaração escrita do fornecedor, informando que foram devolvidas.

Em sua informação fiscal, o autuante acolhe parcialmente as alegações recursais, rejeitando somente as alegações relativas às Notas Fiscais nºs 3347870 e 20756. Reduziu o valor da infração para R\$213,63.

Em sua manifestação, o Sujeito Passivo reconheceu o débito fiscal remanescente e recolheu os valores apurados na informação fiscal.

A 2ª JJF acolheu a informação fiscal e julgou a Infração 01 Procedente em Parte.

Considerando que a decisão de piso se estribou no exame da EFD do contribuinte, perpetrada pelo Autuante, entendo que não merece reparo. Mantida neste ponto.

Quanto à Infração 06, a conduta autuada foi descrita como “*Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições e mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. ...*”.

O Sujeito Passivo se opõe ao lançamento, aduzindo dois argumentos: primeiramente, diz que parte do lançamento se refere a operações que não comportam antecipação parcial do ICMS (em razão de inexistir diferencial de alíquota a ser antecipado), como é o caso dos equipamentos (trator, discos de arado, etc.), contemplados com a inclusão no Convênio ICMS 52/91, cuja transferência interestadual sofreu incidência de ICMS à razão de 7%, e a saída interna, após a redução do benefício, teve carga tributária de 5,6%, conforme anexo 05 (com as NFs). Diz também ser o caso das lâminas importadas, cuja alíquota do ICMS na entrada é 4%, e na saída, 5,6%, conforme anexo 06 (com as NFs). Na segunda situação, alega que ocorreu a hipótese do diferencial de alíquota na entrada, que comportava a antecipação parcial, contudo, ato seguinte, quando da saída, dia em que houve o destaque do imposto em caráter definitivo, como comprova a planilha, anexo 07, com suas respectivas NFs.

Em sua informação fiscal, o Autuante explica que se trata de cobrança em decorrência da limitação ao crédito, instituída pelo Decreto nº 14.213/12.

Considerando que o Decreto nº 14.213/12 foi revogado e os créditos fiscais por ele limitados foram convalidados, a 2ª JJF determinou a retificação dos demonstrativos de débito relativos à Infração 06, de forma a admitir o crédito fiscal destacado nos documentos de origem, bem como a excluir a cobrança do imposto quando as mercadorias tiverem sido normalmente tributadas nas saídas subsequentes.

Em cumprimento à diligência, o Autuante refez o demonstrativo de débito, reconhecendo que as operações foram tributadas nas saídas subsequentes, reduziu o montante lançado para apenas multa de 60%, no valor de R\$31.487,84, (fl. 484).

A 2ª JJF acolheu o novo demonstrativo de débito e julgou Procedente em Parte esta infração.

Considerando que a LC 160/17 e o Convênio ICMS 190/17 convalidaram os créditos fiscais atribuídos pelas Unidades Federativas sem respaldo na LC 24/75, e que o Sujeito Passivo atendeu, em mesa de julgamento, ao quanto disposto na Cláusula Oitava, § 2º, inciso II do Convênio ICMS 190/17, entendo que agiu corretamente a JJF ao determinar o refazimento do AI.

Mantida a Decisão Recorrida.

Embora a decisão da 2ª JJF não mereça reparo, determino, de ofício, a retificação da resolução, de forma a espelhar corretamente o conteúdo da Decisão recorrida, excluindo o imposto, conforme determinou o órgão *a quo*.

Quanto à Infração 07, a conduta autuada foi descrita como “*O contribuinte utilizou indevidamente créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal de ICMS NÃO AUTORIZADO por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75. ...*”. O Sujeito Passivo se opõe ao lançamento, alegando tratar-se de créditos regularmente

atribuídos pelo Estado de origem, com base na LC 24/75.

Em sua informação fiscal, o Autuante se limita a explicar a limitação instituída pelo Decreto nº 14.213/12, sem maiores considerações.

Da mesma forma que ocorreu com a infração anterior, a 2ª JJF, considerando que o Decreto nº 14.213/12 foi revogado e os créditos fiscais por ele limitados foram convalidados, determinou igualmente a retificação do demonstrativo de débito relativo à Infração 07, de forma a admitir o crédito fiscal destacado nos documentos de origem.

Em cumprimento à diligência solicitada, o autuante refez o demonstrativo de débito, oportunidade em que informou que “*não resta mais nada a cobrar*” (fl. 503).

Adoto aqui as mesmas razões de decidir adotadas para a Infração 06, entendendo que não merece reparo a decisão de piso, uma vez o Sujeito Passivo atendeu, em mesa de julgamento, ao quanto disposto na Cláusula Oitava, § 2º, inciso II do Convênio ICMS 190/17.

Quanto à Infração 08, a conduta autuada foi descrita como “*Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que cinco documentos fiscais foram cancelados pelo fornecedor, enquanto que outros quatro tiveram os recolhimentos realizados regularmente.

Em sua informação fiscal, o Autuante acolheu as alegações defensivas e refez o demonstrativo de débito, reduzindo o valor lançado para R\$1.710,00. Cientificado da informação fiscal, o Sujeito Passivo concordou com a retificação do demonstrativo de débito (fl. 420).

A 2ª JJF acolheu a informação fiscal prestada pelo Autuante e julgou a Infração 08 Procedente em Parte.

Entendo que a decisão de piso não merece reparo, pois amparou-se no exame dos documentos fiscais, perpetrado pelo Autuante. Mantida a decisão também neste ponto.

Quanto à Infração 09, a conduta autuada foi descrita como “*Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando o regular recolhimento do ICMS devido nas operações listadas pelo Auto de Infração.

Em sua informação fiscal, o Autuante acolheu parcialmente as alegações defensivas, aceitando a comprovação parcial dos pagamentos, mediante as GNRE's apresentadas. Refez o demonstrativo de débito e reduziu o valor lançado para R\$342,83. Cientificado da informação fiscal, o Sujeito Passivo concordou com a retificação do demonstrativo de débito (fl. 420).

A 2ª JJF acolheu a informação fiscal prestada pelo Autuante, e julgou a Infração 09 Procedente em Parte.

Entendo que a decisão de piso não merece reparo também neste ponto, já que estribou-se no exame dos documentos fiscais, perpetrado pelo Autuante. Mantida a decisão também neste ponto.

Assim, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, a peça recursal ataca a decisão de piso exclusivamente naquilo que se refere à Infração 06, sendo esta a extensão cognitiva do presente recurso.

Quanto à Infração 06, peço vênia para voltar a descrever a conduta autuada conforme o Auto de Infração, ou seja, “*Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições e mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. ...*”.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, aduzindo dois argumentos: primeiro, relativamente a

operações que não comportavam a antecipação parcial do ICMS (em razão de inexistir diferencial de alíquota a ser antecipado), a exemplo dos itens descritos nas defesas (trator, discos de arado, etc.) contemplados com a inclusão no Convênio ICMS 52/91, cuja transferência interestadual sofreu à incidência do imposto à razão de 7% e cuja saída, após a redução do benefício, teve alíquota de 5,6%, anexo 05 (com as notas fiscais). Segundo, quanto às demais mercadorias, alega que, embora não recolhida antecipação parcial na entrada, houve recolhimento no momento seguinte, quando da saída houve o destaque do imposto em caráter definitivo, como comprova a planilha anexa 07, com as suas respectivas notas fiscais. Alega que a exigência da antecipação parcial pelo Auto de Infração, após a saída da mercadoria, estaria a ferir de morte o princípio da não cumulatividade, bem como estaria a instituir uma hipótese nova, de incidência do ICMS.

Quanto à alegação de que as mercadorias foram tributadas na saída subsequente, tal argumento é válido para afastar a cobrança do imposto, mas não da multa de 60%, a qual encontra previsão expressa no § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, conforme abaixo:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

...

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

...

§ 1º 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 saída 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”;

...”

Ora, foi exatamente nesse sentido que trilhou a Decisão recorrida, pois, reconhecendo que o tributo fora pago na saída subsequente, manteve apenas a multa, conforme se extrai da leitura de trecho do acórdão recorrido, abaixo transcrito:

“Ademais, para esta infração, como orientado no pedido de diligência, confirmando que ainda que o ICMS devido por antecipação parcial não tenha sido recolhido tempestivamente, posteriormente, as mercadorias saíram normalmente tributadas, razão pela qual o valor de R\$31.487,84, refere-se à multa percentual prevista no § 1º, do art. 42 da Lei 7014/96, valor que acolho para declarar a infração parcialmente subsistente (grifo acrescido), ...”

Assim, não merece acolhida a alegação recursal nesse ponto.

Quanto à alegação de que não se deve exigir o ICMS antecipação parcial nas aquisições de trator e discos de arado, é importante destacar que a alíquota interestadual praticada foi de 4%, por se tratar de mercadorias importadas, o que nos leva à conclusão de que se deve exigir a antecipação parcial com base no diferencial de alíquotas (de 5,6% para 4%), motivo pelo qual, a autuação está correta.

Nego, portanto, Provimento ao Recurso Voluntário.

Ex-positis, NEGOU PROVIMENTO a ambos os recursos.

Com a correção efetuada, de ofício, o valor do presente Auto de Infração fica detalhado da forma a seguir:

INFR	ICMS	MULTA FIXA	MULTA
1	R\$ -	R\$ 213,63	-----
2	R\$ -	R\$ 1.162,74	-----
3	R\$ 142,34	R\$ -	100%
4	R\$ 230,16	R\$ -	60%
5	R\$ 320,70	R\$ -	100%
6	R\$ -	R\$ 31.487,84	-----

7	R\$	-	R\$	-	-----
8	R\$	1.710,16	R\$	-	60%
9	R\$	342,83			60%
TOTAL	R\$	2.746,19	R\$	32.864,21	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281394.0303/15-2**, lavrado contra **PME MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.746,19**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.283,15 e 100% sobre R\$463,04, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f”, e III da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além das multas percentual no valor de **R\$31.487,84** e por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.376,37**, previstas nos incisos II, “d”, c/c o § 1º e IX, ambos do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de março de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS