

PROCESSO	- A. I. N° 269358.0051/14-4
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e REDE BRASIL DISTRIBUIDORA E LOGÍSTICA LTDA.
RECORRIDOS	- REDE BRASIL DISTRIBUIDORA E LOGÍSTICA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF n° 0228-03/20-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFEP

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0027-11/23-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO NA FORMA DETERMINADA PELA LEI COMPLEMENTAR N° 27/75. 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 insubstancial. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovado nos autos parte das alegações da defesa de equívocos no levantamento fiscal. Refeito o demonstrativo de apuração pelo autuante ao proceder a informação fiscal e confirmado por meio de diligência, o débito foi reduzido. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. 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 3ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão N° 0228-03/20-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela, lavrado em 07/06/2014, para exigir ICMS no valor histórico de R\$1.590.906,92, relativos a duas infrações distintas, todas objeto dos presentes recursos, descritas a seguir.

**Infração 01 - 01.02.96.** Utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75, nos meses de dezembro de 2012 a fevereiro de 2013. Exigido o valor de R\$ 49.129,32, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 08 a 12.

**Consta que** “O estabelecimento atacadista auditado recebeu mercadorias em operações de transferência de outro estabelecimento atacadista vinculado à mesma sociedade empresária sediado no Estado de Goiás creditando-se pela alíquota interestadual de 12%. Entretanto, concedendo aquela unidade federativa crédito presumido de 3% para as ditas operações à revelia da Lei Complementar nº 24/75, não promoveu o estorno de crédito devido, conforme determinação do Dec. do Estado da Bahia nº 14.213 de 22/11/2012, resultando em recolhimento a menor do ICMS nos meses de ocorrência, uma vez que o crédito fiscal admitido no presente caso é de apenas 9%. Tal fato acha-se quantificado analiticamente no Demonstrativo Anexo 1, que integra o presente Auto de Infração em todos os seus termos e do qual o estabelecimento auditado toma inteira ciência”.

**Infração 02 - 07.01.04.** Recolhimento do ICMS a menos por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97 e Anexo 1 DO RICMS-BA/12, nos meses de julho de 2010 a

dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$ 1.541.777,60, acrescido de multa de 60%. Demonstrativo às fls. 13 a 231.

**Consta que** “O estabelecimento auditado recebeu mercadorias em operações interestaduais de transferência, procedentes de outro estabelecimento atacadista vinculado à mesma sociedade empresária, sediado no Estado de Goiás, NÃO INSCRITO no Estado da Bahia. Nestas operações detectou-se insuficiências de recolhimento em razão da conjugação dos seguintes fatores: 1) Erro na determinação da base de cálculo da antecipação tributária por equívoco na aplicação da Margem de Valor Agregado - MVA; 2) Falta de determinação da base de cálculo de MEDICAMENTOS pelo Preço Máximo ao Consumidor - PMC, em desobediência ao Convênio nº 76/94; 3) A partir de dezembro de 2012, consideração de crédito fiscal de 12%, quando beneficiário de crédito presumido instituído por aquela Unidade Federativa, à revelia da Lei Complementar nº 24/75, além de descumprir o Decreto do Estado da Bahia nº 14.213, de 22/11/2012 quanto aos seguintes itens: 3.1) MEDICAMENTO DE USO HUMANO - Crédito presumido de 4%, crédito admitido 8%; 3.2) OUTRAS MERCADORIAS sujeitas à antecipação tributária - Crédito presumido de 3%, Crédito admitido 9%. Tais situações devem ser levadas em consideração na determinação da base de cálculo do ICMS devido por ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, por impactar na quantificação do seu valor e, por conseguinte, na definição do ICMS devido. O cálculo analítico das omissões parciais de recolhimento consta do Demonstrativo Anexo II, organizado por ano de ocorrência, que integra o presente Auto de Infração, em todos os seus termos, e do qual o estabelecimento auditado toma plena ciência”.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 11/11/2020 (fls. 1147 a 1163) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

**“VOTO:**

Inicialmente, cabe examinar a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, sob o fundamento de que o lançamento relativo ao item 02 do Auto de Infração, incorreu em cerceamento de defesa e insegurança na determinação da infração, tendo em vista a constatação no levantamento fiscal de lançamentos em duplicidade, aplicação errônea da MVA e que as correções e ajustes promovidos pelos autuantes, na informação fiscal, se configuram um aditamento ao lançamento original.

Ao compulsar os elementos que integram os autos, constato que não assiste razão ao autuado, uma vez que as inconsistências apontadas pelo defensor foram enfrentadas pelos autuantes ao prestarem informação fiscal, ocasião em que promoveram os ajustes e correções cabíveis, elaborando novo demonstrativo reduzindo o valor do débito, fls. 559 a 610, cuja ciência ao autuado de seu teor foi providenciada mediante intimação, fls. 611 a 614, que se manteve silente. Ademais, mediante diligência foi solicitado ao autuado que discriminasse todas as inconsistências apontadas em sede de defesa, as quais foram apresentadas e integralmente enfrentadas pelos autuantes que mantiveram a apuração já apresentada na informação fiscal demonstrando cabalmente a motivação.

Também não deve prosperar a alegação do impugnante, de que ao serem procedidos pelos autuantes com base nas comprovações apresentadas na defesa, os ajustes do demonstrativo do débito pelos autuantes reconhecendo a aplicação de MVA erroneamente, bem como acerca da alíquota aplicada a determinados produtos e a existência de lançamentos de produtos em duplicidade, eivam a autuação de nulidade por não terem sido realizadas originalmente de forma escorreita. Ao contrário do que aduz o sujeito passivo, essa dinâmica comprova claramente que se configura instalado plenamente nos presentes autos o contraditório em perfeita harmonia com a busca da verdade material. Eis que, com a fundamentação das alterações e ajustes devidamente lastreada em comprovações inequívocas, a entrega ao defensor de todos os novos demonstrativos elaborados e com a regulamentar reabertura de prazo de defesa, fica também patente seu exercício da ampla defesa.

Portanto, emerge dos autos clara evidência de que inexistiu qualquer procedimento que desse margem à quebra da segurança jurídica, desprezo ou ofensa ao princípio da ampla defesa, como alegou, sem razão, o autuado.

Em suma, o auto de infração em tela foi formalmente lavrado em devido processo legal, e na forma preconizada pelo art. 39 RPAF-BA/99. O processo administrativo fiscal afigura-se revestido de todas as formalidades legais, sem violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo fiscal, sendo entregues ao autuado as peças geradas do PAF e necessárias à sua defesa, que a exerceu amplamente, contraditando da forma que melhor lhe aprovou e nas ocasiões que entendeu pertinentes.

Nestes termos, entendo restar ultrapassada a preliminar de nulidade suscitada na defesa, ante à inexistência de vícios que maculem a autuação, passíveis de invalidar o lançamento tributário, conforme a previsão contida no art. 18 do RPAF-BA/99, consignados que se encontram nos autos os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, e presentes todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte.

No mérito, o lançamento de ofício é constituído de duas infrações: utilização indevida de créditos fiscais, relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não

autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75 - Infração 01; recolhimento a menos do ICMS por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação - operações submetidas ao regime de substituição tributária - Infração 02.

No que diz respeito à Infração 01, o impugnante, em sede defesa refutou, a acusação fiscal sustentando que o crédito escritural de ICMS é intangível e que a autoridade fazendária não pode cancelar o crédito fiscal tendo como base o fato de o Estado de origem ter concedido incentivo de crédito fiscal presumido. Sustentou que os créditos fiscais não podem ser afetados pela concessão de créditos presumidos, por não se configurar as hipóteses de restrição, não tributação ou isenção, delimitadas pela jurisprudência do STJ.

Os Autuantes, ao prestarem informação fiscal, sustentaram a autuação sob o fundamento de que o Dec. nº 14.213/12, veda expressamente os créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

Em que pese a decisão anterior atinente a esse item da autuação ter sido pela procedência da autuação, conforme prolatado no Acórdão JJF Nº 0169-03/15, posteriormente, essa matéria, em face de alterações em sua legislação de regência, esse CONSEF, em reiteradas decisões modificou seu entendimento, aplicando inclusive, a retroatividade em casos pretéritos.

Salientou 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 CF/88 e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais.

Como consequência, 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 CF/88, bem como sobre as correspondentes restituições.

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 Dec. 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.

Precisamente, no presente caso, a planilha elaborada pelo Autuante, acostada às fls. 07 a 22, indica que a glosa se referiu a item do Anexo Único do Decreto nº 14.213/2012, decorrente de operações realizadas entre empresas localizadas em unidades Federadas elencadas no decreto e o estabelecimento autuado.

A autuação diz respeito a benefícios concedidos, por meio da legislação interna específica dos aludidos Estados, que constam do Anexo Único do Dec. nº 14.213/12.

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 CF/88, processado nos termos do Convênio ICMS 190/17, essas infrações são insubsistentes, restando extinto o crédito tributário atinente a elas apurados.

Nos termos expendidos, concluo pela insubsistência da Infração 01.

Quanto à Infração 02, em suas razões de defesa, o Impugnante identificou no levantamento fiscal algumas notas fiscais lançadas em duplicidade, e a adoção de MVAs divergentes das previstas na legislação de regência. Citou também, sem indicar qualquer operação, a existência de divergências entre a quantidade e valores apontados nas notas fiscais arroladas no levantamento fiscal.

Verifica-se nos autos, que as inconsistências apontadas pelo defendente no levantamento fiscal relativas à aplicação errônea da MVA, lançamentos em duplicidades e divergência entre a quantidade e valores de algumas notas fiscais, foram objeto de enfrentamento pelos autuantes por ocasião da informação fiscal. Ocasião em que explicitaram os fundamentos que motivaram o acolhimento e a denegação das alegações refazendo um novo demonstrativo de débito acostados às fls. 760 a 809, que resultou na redução do débito da infração 02 para R\$ 1.372.870,77, cuja cópia foi enviada ao impugnante que não se manifestou no prazo de reabertura de defesa concedido na forma regularmente prevista.

Na assentada do julgamento, foi decidido por esta Junta de Julgamento pela conversão dos autos em diligência, para que o autuado apresentasse extensivamente todas as ocorrências de inconsistências no levantamento fiscal apontadas na defesa, e para os autuantes promoverem os ajustes cabíveis com base nas comprovações inequívocas carreadas aos autos.

Depois de examinar as ponderações e fundamentações dos autuantes ao atenderem a diligência, cujo resultado, depois de denegarem o atendimento dos pleitos do impugnante e manterem os termos do demonstrativo refeito por ocasião da informação fiscal, passo a tecer as pertinentes ponderações que se seguem.

Para os produtos, ABSORVENTE HIGIÉNICO e ESCOVA DENTAL o percentual de MVA adotado pela fiscalização no período da autuação de 41,06% está correto, por ser o percentual previsto no Convênio ICMS 76/94, e não de 26,95%, indicado pelo contribuinte.

No caso dos medicamentos, a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, conforme estabelece a Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94. A aplicação da MVA de 26,95% pretendida pelo autuado é indevida no presente caso por haver o PMC sugerido pelo estabelecimento fabricante.

Os produtos BISCOITO, BOLINHO BAUDUCCO, BOLO BAUDUCCO a MVA de tais produtos, no período questionado é de 45% e não de 30%, como pleiteia o Impugnante.

As operações com produto MACARRÃO, oriundas do Estado de Goiás, conforme consta no item 12.2 do Anexo 88 ao RICMS-BA/97, em MVA de 45%, e não 20%, como sugere o autuado.

Quanto aos produtos BOBINA FISCAL PDV, BOBINA TÉRMICA e CADERNO, não procedem as objeções apontadas pelo impugnante, uma vez que o levantamento fiscal toma como referência as MVAs discriminados no Anexo Único atualizado do Protocolo ICMS 28/2010, celebrado entre os Estados da Bahia e Minas Gerais, aplicável no período auditado às operações sujeitas à Antecipação Tributária interna, conforme consta no item 41 do Anexo 88 ao RICMS-BA/97.

Constato que a MVA de 48,43%, adotada no levantamento fiscal para as operações no período de apuração com o produto PILHA, está de acordo com a previsão expressa no item 30 do Anexo 88 ao RICMS-BA/97.

No que diz respeito à alegação dos produtos sem destaque do imposto substituição na nota fiscal, mas com crédito de ICMS, cujos produtos reproduzem às fls. 695 a 700, exame minudente nas operações objeto desta discordância não revelam a alegação da defesa.

Não procede a alegação da defesa em relação ao fato de os produtos enquadrados no regime de substituição tributária interestadual, terem sido remetidos à Bahia por seu estabelecimento situado no Estado de Goiás, sem o cumprimento daquela obrigação tributária, uma vez que nem inscrito na Bahia tal estabelecimento é, por ser patente a responsabilidade supletiva do impugnante por operações sujeitas à substituição tributária interestadual, omitidas pelo remetente, como claramente se depreende do art. 8º, § 5º, da Lei nº 7.014/96, in verbis:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

[...]

§ 5º A responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado.”

Exame realizado na lista dos produtos referidos pelo impugnante, fls. 701 a 752, não revelam a existência de qualquer produto lançado com valor do imposto a mais.

Quanto à alegação da existência de produtos duplicados no levantamento fiscal, verifico que na Informação Fiscal prestada às fls. 540 a 562, foram excluídas todas as duplicidades existentes no levantamento fiscal no exercício de 2010, refeito o demonstrativo de apuração e entregue cópia ao impugnante com reabertura do prazo de defesa, a qual transcorreu sem qualquer manifestação.

No que diz respeito à alegada existência de divergências entre quantidades e valores apontados nas notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, exame efetuado no demonstrativo, não revelam qualquer caso concreto. Assim, ante à falta de indicação inequívoca de tais divergências pelo deficiente, torna o argumento insubstancial, por se configurar em mera alegação desprovida de comprovação objetiva.

Em relação ao pedido do deficiente, para que fossem levados em consideração no levantamento fiscal os valores decorrentes das operações arroladas com produtos que deveriam ter sido enquadrados no regime de substituição tributária e não foram, mas, no entanto, foram tributados normalmente nas saídas, esclareço que a pretensão da defesa não deve prosperar, haja vista a falta de comprovação inequívoca de que, efetivamente, tais produtos foram tributados na saída.

Constato também que os autuantes, independente de alegação do impugnante, constataram, e de ofício, promoveram corretamente a retificação no levantamento fiscal da tributação atinente ao produto MACARRÃO,

*que foi efetuada com a alíquota de 17%, quando deveria ocorrer com a alíquota de 7%.*

*No tocante à deliberação dos Autuantes de manterem no levantamento fiscal a MVA de 37,83% para o produto Biscoito, constante da Nota Fiscal nº 838083 de 09/03/2012, em vez da correta MVA de 45%, prevista no item 12.2.3 do Anexo 88 ao RICMS-BA/97, sob a alegação de ser mais favorável ao autuado, não pode prevalecer a discricionariedade, haja vista a imperativa vinculação e obrigatoriedade da atividade administrativa de lançamento, sob pena de responsabilidade funcional do agente lançador, estatuída pelo art. 142, do CTN. Tendo sido, através do Acórdão JJF Nº 0169-03/15, representada a Autoridade fiscal para providenciasse a programação de nova ação fiscal com o fito de apurar e exigir o débito remanescente, em face da aplicação incorreta da MVA e em percentual inferior ao previsto por ocasião da ocorrência dos fatos geradores.*

*Conforme informação prestada pelos Autuantes, a representação foi acatada e realizada uma nova ação fiscal através da qual foi apurado o valor do débito remanescente e cobrado mediante a lavratura da Notificação Fiscal de nº 9269358003/15-5, fl. 1502, cujo valor apurado foi quitado pelo Autuado.*

*Quando sobreveio a decisão da 1ª CJF, através do Acordão CJF N° 0173-11/17, anulando a decisão anterior dessa 3ª JJF, e determinando um novo julgamento para fosse corrigida a MVA aplicada equivocadamente pelos Autuantes nas operações com a mercadoria Biscoito, e dada ciência ao Autuado da correção efetuada para eliminar o óbice de cerceamento de defesa do Autuado, apontado na decisão da 2ª Instância, os autos foram convertidos em diligência para que os Autuantes assim procedessem. No entanto, ao atenderem à diligência os Autuantes informaram que já tinham a atendido a representação dessa 3ª JJF e resolvido a questão como relatado acima, ou seja, apurada as diferenças atinentes ao equívoco na aplicação da MVA e exigido os valores através de Notificação Fiscal cujo débito foi recolhido pelo Autuado.*

*Nos termos expendidos, fica mantido o novo demonstrativo de apuração e de débito colacionado às fls. 559 a 561, e apresentado quando do julgamento anterior dessa 3ª JJF, através do Acórdão JJF N° 0169-03/15, que reduz o valor da exigência relativa à Infração 02 para R\$ 1.372.870,77, conforme demonstrativo abaixo.*

Data Ocor.	Base de Calc.	Aliq. %	ICMS DEVIDO		Data Ocor.	Base de Calc.	Aliq. %	ICMS DEVIDO
31/07/2010	137.707,65	17,0%	23.410,30		TRANSP.			394.951,04
31/08/2010	84.121,76	17,0%	14.300,70		30/04/2012	51.204,76	17,0%	8.704,81
30/09/2010	480.556,12	17,0%	81.694,54		31/05/2012	58.255,35	17,0%	9.903,41
31/10/2010	59.927,53	17,0%	10.187,68		30/06/2012	71.089,53	17,0%	12.085,22
30/11/2010	38.335,82	17,0%	6.517,09		31/07/2012	63.159,82	17,0%	10.737,17
31/12/2010	77.009,47	17,0%	13.091,61		31/08/2012	70.765,29	17,0%	12.030,10
31/01/2011	157.956,00	17,0%	26.852,52		30/09/2012	59.719,12	17,0%	10.152,25
28/02/2011	102.285,65	17,0%	17.388,56		31/10/2012	64.586,12	17,0%	10.979,64
31/03/2011	105.188,18	17,0%	17.881,99		30/11/2012	78.999,06	17,0%	13.429,84
30/04/2011	131.300,06	17,0%	22.321,01		31/12/2012	321.800,88	17,0%	54.706,15
31/05/2011	122.789,12	17,0%	20.874,15		31/01/2013	528.727,12	17,0%	89.883,61
30/06/2011	66.214,35	17,0%	11.256,44		28/02/2013	380.857,94	17,0%	64.745,85
31/07/2011	83.330,29	17,0%	14.166,15		31/03/2013	434.805,65	17,0%	73.916,96
31/08/2011	95.987,00	17,0%	16.317,79		30/04/2013	341.043,71	17,0%	57.977,43
30/09/2011	82.047,00	17,0%	13.947,99		31/05/2013	412.641,65	17,0%	70.149,08
31/10/2011	72.190,06	17,0%	12.272,31		30/06/2013	356.754,71	17,0%	60.648,30
30/11/2011	109.917,29	17,0%	18.685,94		31/07/2013	463.745,71	17,0%	78.836,77
31/12/2011	106.323,12	17,0%	18.074,93		31/08/2013	510.326,71	17,0%	86.755,54
31/01/2012	94.925,88	17,0%	16.137,40		30/09/2013	431.815,82	17,0%	73.408,69
28/02/2012	61.690,47	17,0%	10.487,38		31/10/2013	302.943,24	17,0%	51.500,35
31/03/2012	53.438,59	17,0%	9.084,56		30/11/2013	419.645,88	17,0%	71.339,80
					31/12/2013	329.580,94	17,0%	56.028,76
<b>S U B   T O T A L</b>			<b>394.951,04</b>		<b>T O T A L</b>			<b>1.372.870,77</b>

No que concerne à inconstitucionalidade do adicional de 2% sobre a alíquota do ICMS exigido com base em previsão na Lei nº 12.038/2010, que instituiu de Fundo de Pobreza, devidamente aplicado na apuração da exigência fiscal, bem como a natureza confiscatória da multa proposta, tipificada na alínea “a” do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, aduzidas pelo sujeito passivo em suas razões de defesa, saliento que falece competência a esta Junta de Julgamento de apreciar a declaração de inconstitucionalidade, bem como, a redução e exclusão de multa prevista na legislação de regência.

*Assim, pelo acima exposto, concluo que a Infracão 02 é parcialmente procedente.*

*Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração.'*

A 3<sup>a</sup> JJF 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. 1174 a 1181, mediante o qual aduz as seguintes alegações.

Reproduz, inicialmente, o teor do Acórdão recorrido, destacando que a decisão prolatada no Acórdão JJF nº 0169-03/15 fora anulada, determinando o retorno a origem para nova decisão. Informa que, em novo julgamento, a JJF entendeu pela parcial procedência do Auto de Infração, exigindo R\$1.372.870,77 de imposto, mais multa de 60%. Informa, ainda, que a JJF entendeu pela insubsistência da infração 01 diante da remissão dos créditos tributários relativos a benefícios instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do parágrafo 2º, do art. 155 da CF, processado nos termos do Convenio ICMS 190/17.

Alega, todavia, que tal decisão merece ser reformada, pelos motivos que passa a expor.

Preliminarmente, argui nulidade do lançamento por cerceamento de defesa em face da insegurança na determinação da infração. Explica que a autoridade lançadora admitiu, por conduta própria, a nulidade do Auto de Infração, pois, tendo o Autuado feito a defesa do Auto de Infração, a autoridade administrativa, houve por bem aditar desconsiderando o levantamento fiscal feito. Procedeu a alteração do demonstrativo do débito, reconhecendo a aplicação de MVA erroneamente, bem como acerca da alíquota aplicada a determinados produtos e a existência de lançamentos de produtos em duplicidade, conforme alegado na defesa. Ressalta tratar-se da própria admissão de o Auto de Infração não ter sido realizado de forma escorreita, o que eiva de nulidade.

Alega que, pela forma como foi realizada a autuação, o dever de impessoalidade do administrador está violado, pois, uma vez realizada a impugnação do Auto de Infração, tendo em vista a constatação da escorreita atitude do administrado, a autoridade administrativa houve por bem alterar as bases de cálculo. Afirma que tal conduta pode levar, como se receia, a autuações no infinito, bastando a autoridade administrativa não se satisfazer com a defesa apresentada, para manter alteração de fundamento jurídico da conduta. Sustenta que tal fato ofende a segurança jurídica do cidadão.

Por fim, quanto à mudança ocorrida no Auto de Infração, entende que não deve ser tida como mero ‘auto complementar’, já que se trata de nova qualificação jurídica da conduta e não mero reparo FÁTICO naquilo que se observara, ou mesmo NOVA VERIFICAÇÃO de fato, não atestado anteriormente.

Tendo em vista a admissão de trabalho equivocado feito pela autoridade lançadora, requer a nulidade do Auto de Infração, para assim não se ofender a segurança jurídica, a impessoalidade do administrador bem como, de tudo, mais importante, o direito amplo de defesa. Conclui, então, que a acusação carece de elementos que lhe concedam a segurança necessária à sustentação da exigência em comento, motivo pelo qual a autuação deve ser declarada nula.

Argumenta que, conforme exposto na defesa proposta, a autoridade administrativa, para lançar o tributo, deve basear sua conclusão na análise primorosa de todas as hipóteses que entendeu desconsiderar. Explica que, mesmo diante do prazo exígido, conseguiu levantar grande parte de tais lançamentos. Isto porque são centenas de milhares de produtos, sendo humanamente impossível o levantamento conforme solicitado. Alega que o Auto de Infração não fora realizado de forma escorreita, o que eiva de nulidade todo o lançamento.

Como se não bastasse, alega que está sendo cobrado, nas operações com bebidas, um adicional de 2% sobre a alíquota do ICMS com base na legislação de Fundo de Pobreza (Lei nº 12.038/2010 do Estado da Bahia). Entende que tal cobrança é inconstitucional vez que o imposto não pode ter vinculação, com base no artigo 167, IV da C.F. Conclui, então, que a acusação carece de elementos que lhe concedam a segurança necessária à sustentação da exigência em comento, motivo pelo qual a autuação deve ser declarada nula.

Alega, ainda, nulidade do Auto de Infração em decorrência de: **a)** exigência do crédito sem a devida observância de todos os lançamentos fiscais; **b)** aplicação errônea do IVA quando da data da ocorrência do fato gerador; **c)** lançamento de produtos em duplicidade nas notas fiscais citadas; **d)** divergência entre a quantidade e valores apontados nas notas fiscais; e **e)** manutenção

das irregularidades mesmo após a conversão em diligência.

Argumenta que o contribuinte, para se defender e, portanto, desconstituir a premissa do lançamento fiscal, pode apresentar documentos por amostragem, pois lhe compete aferir, ainda que por relance, o vício no Auto de Infração. Já a autoridade administrativa, por sua vez, para lançar o tributo, deve basear sua conclusão na análise primorosa de todas as hipóteses que entendeu desconsiderar.

Tendo essa premissa como norte, observa que a relação de amostragem das cobranças advinda do auto ora guerreado não condiz com a realidade, pois o auditor efetuou vários lançamentos em duplicidade, como, por exemplo, a Nota Fiscal de nº 293876, contendo o mesmo produto e a mesma quantidade.

Alega, também, que os IVA's adotados pela fiscalização não correspondem aos aplicados pela legislação, como, por exemplo, nas Notas Fiscais de nºs 490497, 838083, 17715, e 838084.

Pontua, ainda, que lhe causou estranheza a desconsideração dos erros apontados, vez que a informações colhidas encontram-se no SPED fiscal e tais arquivos foram objeto de análise e confrontação de informações pelo Auditor Fiscal, o que caracteriza o erro no levantamento fiscal.

Ressalta que tal fato incorre no cerceamento de defesa e insegurança na determinação da infração. Transcreve julgado administrativo em apoio à ideia de que, em se tratando de procedimento fiscal que rejeita a apuração do imposto realizada pelo contribuinte, entende-se imprescindível, à formalização da exigência correspondente, a realização da auditoria básica do ICMS. A ausência de demonstrativos próprios prejudica a interpretação do resultado do trabalho fiscal e acaba por caracterizar insegurança que leva ao cerceamento de defesa do contribuinte.

Insiste que não basta, ao polo ativo da relação tributária, mencionar a irregularidade, para imputar ao contribuinte o pagamento de tributo e penalidades. É imprescindível que a prática da mesma fique comprovada e que haja exposição clara dos cálculos que ditam o valor da exigência. Conclui, então, que a acusação carece de elementos que lhe concedam a segurança necessária à sustentação da exigência em comento, restando configurada a situação prevista no inciso IV, do artigo 19 da Lei nº 13.882/01, que regulamenta o Processo Administrativo Tributário, entendimento que é comungado pelo digno representante da Fazenda Pública.

Conclui, assim, que a exigência é, pois, em todo, improcedente, por restar comprovada a insegurança na determinação da infração.

Por fim, alega que a multa é confiscatória e inaplicável quando se iguala ao principal do tributo (ADI 551). Transcreve ementa do julgado mencionado em apoio aos seus argumentos.

Ante o exposto, requer seja provido o presente recurso para, afastando os demais consectários legais, SEJA DECLARADO NULO O AUTO DE INFRAÇÃO TENDO EM VISTA A EXISTÊNCIA DE INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. E, na remota hipótese de não ser acatada tal nulidade, REQUER SEJA O LANÇAMENTO JULGADO IMPROCEDENTE, nos termos acima expostos.

Nestes termos, pede deferimento.

O representante do Sujeito Passivo, Dr. Daniel Puga - OAB/GO 21324, presente à sessão, apresentou a desistência das ações, atendendo ao que exige o § 2º, da Cláusula Oitava do Convênio ICMS 190/17.

Em sua sustentação oral, aditou a sua petição recursal, alegando inexistência de fato gerador nas operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo.

## VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 3ª JJF (Acórdão Nº 0228-03/20-VD) desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$1.590.906,92 para o montante de R\$1.372.870,77, 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 improcedência da Infração 01, bem como da procedência parcial da Infração 02, sendo esta a extensão cognitiva do presente recurso.

Quanto à Infração 01, a conduta autuada foi descrita como “*Utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75, ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao levantamento fiscal, alegando a convalidação dos benefícios fiscais pela LC 160/17.

A 3ª JJF acolheu as alegações recursais e julgou improcedente a exigência fiscal, pois entendeu que os benefícios fiscais, concedidos a revelia da LC 24/75, no Estado de origem, foram convalidados pela LC 160/17, regulamentada pelo Convênio ICMS 190/17. Entendeu, portanto, a 3ª JJF, a exigência fiscal contida na Infração 01 deveria ser extinta pelo superveniente direito, atribuído pela LC 160/17, de creditamento.

Considerando que o representante do Sujeito Passivo renunciou, em mesa, ao direito de recorrer da presente decisão, conforme exige o Convênio 190/17, entendo que a decisão de piso deve ser mantida, conforme considerações a seguir.

A conduta infratora foi descrita como “*Utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75, ...*”. Trata-se de glosa de créditos oriundos do Estado de Goiás, com base na limitação imposta pelo Decreto 14.213/12.

As operações se relacionam a transferências de mercadorias diversas, oriundas de estabelecimento atacadista, cujo creditamento foi limitado a 9% da base de cálculo, conforme dispõe o Item 1.12 do Anexo Único do citado decreto. Tal limitação decorreu da irregularidade do benefício fiscal concedido mediante o art. 11, Inciso III do Anexo IX do RICMS/GO, listado no decreto do governo baiano.

Inicialmente, é importante frisar que a concessão de incentivos fiscais por parte das unidades federadas não é ato que se submete à livre vontade do ente estatal, mas deve observar as regras fixadas por meio de lei complementar, conforme dispõe o art. 155, inciso II c/c o seu § 2º, inciso XII, alínea “g” da CF/88, abaixo reproduzidos.

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

...  
II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

...  
§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

...  
XII - cabe à lei complementar:

...  
g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.  
...”

Com vistas a dar efetividade ao comando normativo constitucional, o Congresso Nacional editou a LC 24/75, a qual dispôs que a concessão de benefícios fiscais de isenção, redução de base de cálculo, crédito presumido, ou quaisquer outros favores fiscais e financeiros deverão ser aprovados pelo CONFAZ, conforme o art. 1º, abaixo transscrito.

“Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

*Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:*

*I - à redução da base de cálculo;*

*II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;*

*III - à concessão de créditos presumidos;*

*IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;*

*V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.”*

A própria Lei Complementar citada tratou de regular os efeitos jurídicos da inobservância de suas regras, dentre os quais se encontra prevista a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao adquirente das mercadorias beneficiadas, conforme o seu art. 8º, inciso I, abaixo.

*“Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:*

*I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;  
...”*

Nesse sentido, o governador do Estado da Bahia editou o Decreto nº 14.213/12, o qual dispôs acerca da vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo. Este decreto, ao tempo em que vedou o uso de crédito fiscal relacionado a operações beneficiadas com regras estranhas ao CONFAZ, tratou de divulgar o percentual de crédito fiscal admitido, de acordo com a origem da mercadoria adquirida, indicando, inclusive, a norma concessiva do benefício irregular, conforme art. 1º, § 1º, abaixo.

*“Art. 1º Fica vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975.*

*§ 1º O crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único deste Decreto.*

*...”*

## ANEXO ÚNICO

### 1. – GOIÁS

ITEM	MERCADORIA	BENEFÍCIO	CRÉDITO ADMITIDO
1.12	Outras mercadorias remetidas de estabelecimento distribuidor ou atacadista	Crédito outorgado de 3% sobre o valor da operação - Art. 11, III do Anexo IX do RICMS/GO.	9% sobre a base de cálculo
<i>...</i>			

Em julho de 2017, o Congresso Nacional editou a LC 160/17, que autorizou, por sua vez, o CONFAZ a convalidar os benefícios fiscais concedidos, até então, de forma irregular, conforme art. 1º, inciso I, abaixo reproduzido.

*“Art. 1º Mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar no 24, de 7 de janeiro de 1975, os Estados e o Distrito Federal poderão deliberar sobre:*

*I - 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 por legislação estadual publicada até a data de início de produção de efeitos desta Lei Complementar;*

*...”*

Fazendo uso da autorização contida na lei complementar citada, o CONFAZ editou o Convênio ICMS 190/17, cuja Cláusula Oitava materializou a decisão política já ponteada pelo parlamento nacional, condicionando, porém, os seus efeitos, à desistência, por parte do Sujeito Passivo, das

ações judiciais relacionadas com os respectivos créditos, conforme caput e § 2º, abaixo.

*“Cláusula oitava Ficam remitidos e anistiados os créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes dos 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.*

...  
*§ 2º A remissão e a anistia previstas no caput desta cláusula e o disposto na cláusula décima quinta ficam condicionadas à desistência.*

...

*I - 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;*

*II - de impugnações, defesas e recursos eventualmente apresentados pelo sujeito passivo no âmbito administrativo;*

*III - pelo advogado do sujeito passivo da cobrança de eventuais honorários de sucumbência da unidade federada.*

...”

A Cláusula Segunda do convênio referido estabeleceu mais uma condição, qual seja, o depósito do ato remissivo na Secretaria Executiva do CONFAZ, conforme abaixo.

*“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:*

...  
*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 Transparéncia Tributária instituído nos termos da cláusula sétima e disponibilizado no sítio eletrônico do CONFAZ.*

...”

Pois bem o Estado de Goiás publicou o Decreto nº 9.193, em 20/04/2018, listando os atos normativos objeto de convalidação, conforme abaixo:

*“DECRETO N° 9.193, DE 20 DE MARÇO DE 2018*

*Publica relação dos atos normativos relativos às isenções, aos incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, instituídos por legislação estadual e vigentes em 8 de agosto de 2017.*

*O GOVERNADOR DO ESTADO DE GOIÁS, no uso de suas atribuições constitucionais, com fundamento no art. 3º da Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, no inciso I da cláusula segunda e na cláusula terceira do Convênio ICMS 190/17, de 15 de dezembro de 2017, e tendo em vista o que consta do Processo nº 201800013000805,*

*DECRETA:*

*Art.1º Os atos normativos relativos às isenções, aos incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, referentes ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, instituídos pelas leis, decretos e legislação complementar estaduais, em desacordo com a alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal de 1988, vigentes em 8 de agosto de 2017, são os relacionados nos Anexos I a X deste Decreto.*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo comprehende as seguintes espécies de benefícios fiscais:*

*I - isenção;*

*II - redução da base de cálculo;*

*III - manutenção de crédito;*

*IV - devolução do imposto;*

*V - crédito outorgado ou crédito presumido;*

*VI - dedução de imposto apurado;*

*VII - dispensa do pagamento;*

VIII - dilação de prazo para pagamento de imposto, inclusive o devido por substituição tributária, em prazo superior ao estabelecido no Convênio ICM 38/88, de 11 de outubro de 1988, e em outros acordos celebrados no âmbito do CONFAZ;

IX - antecipação de prazo para apropriação de crédito do ICMS correspondente à entrada de mercadoria ou bem e ao uso de serviços previstos nos arts. 20 e 33 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996;

X - financiamento do imposto;

XI - crédito para investimento;

XII - remissão;

XIII - anistia;

XIV - moratória;

XV - transação;

XVI - parcelamento em prazo superior ao estabelecido no Convênio ICM 24/75, de 5 de novembro de 1975, e em outros acordos celebrados no âmbito do CONFAZ;

XVII - outro benefício ou incentivo, sob qualquer forma, condição ou denominação, de que resultem, direta ou indiretamente, a exoneração, dispensa, redução, eliminação, total ou parcial, de ônus do imposto devido na respectiva operação ou prestação, mesmo que o cumprimento da obrigação se vincule à realização de operação ou prestação posterior ou, ainda, a qualquer outro evento futuro.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

PALÁCIO DO GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS, em Goiânia, 20 de março de 2018, 130º da República.  
MARCONI FERREIRA PERILLO JÚNIOR"

Em 11/05/2018, o CONFAZ emitiu o Certificado de Registro e Depósito SE-CONFAZ nº 3/2018, atestando que o Estado de Goiás cumpriu o quanto previsto na LC 160/17 e no Convênio 190/17, conforme se lê abaixo.

#### "CERTIFICADO DE REGISTRO E DEPÓSITO - SE/CONFAZ Nº 3/2018

O Secretário Executivo do CONFAZ, no uso de suas atribuições prevista nos art. 5º, incisos I, II, e XIV do Regimento do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, aprovado pelo Convênio ICMS 133/97, de 02 de janeiro de 1998; bem como no inciso II do art. 3º da Portaria nº 525, de 7 de dezembro de 2017, que aprovou o regimento interno da Secretaria Executiva do CONFAZ, para os fins do disposto na Lei Complementar nº 160, de 07 de agosto de 2017, e nos termos do § 3º da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, de 15 de dezembro de 2017, torna público e certifica o seguinte:

Que o Estado de Goiás, representado pelo seu Secretário de Fazenda Manoel Xavier Ferreira Filho, efetuou o depósito nesta Secretaria Executiva do CONFAZ, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, da planilha dos atos normativos dos benefícios fiscais e da correspondente documentação comprobatória, cuja relação dos atos normativos foi publicada no Diário Oficial do Estado de Goiás, por meio do Decreto nº 9.193, de 20 de março de 2018, no dia 22 de março de 2018.

O depósito foi efetuado por meio de correio eletrônico na forma do Despacho nº 39/18, de 12 de março de 2018.

O Estado de Goiás declarou que a documentação incluída pela Secretaria Executiva do CONFAZ no processo específico no Sistema Eletrônico de Informações - SEI nº 12004.100940/2018-84, possui o mesmo teor da documentação depositada nesta Secretaria Executiva, por meio de correio eletrônico.

O depósito efetuado foi registrado sob nº 003/2018.

Brasília/DF, 11 de maio de 2018."

O Sujeito Passivo, por sua vez, apresentou a sua desistência, em mesa de julgamento, atendendo ao quanto exigido na Cláusula Oitava do Convênio ICMS 190/17.

Sendo assim, atendidas as condições estabelecidas na legislação, é forçoso admitir que se irradiam, automaticamente, os efeitos previstos na LC 160/17, mais especificamente aquele consistente no afastamento das sanções previstas na LC 24/75, conforme art. 5º abaixo.

"Art. 5º A remissão ou a não constituição de créditos concedidas por lei da unidade federada de origem da mercadoria, do bem ou do serviço afastam as sanções previstas no art. 8º da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, retroativamente à data original de concessão da isenção, do incentivo ou do benefício fiscal ou financeiro-fiscal, vedadas a restituição e a compensação de tributo e a apropriação de crédito extemporâneo

por sujeito passivo.”

Entendo, por conseguinte, que se impõe a decretação de extinção da presente exigência fiscal, não merecendo reparo a decisão de piso neste ponto.

Quanto à Infração 02, a conduta autuada foi descrita como “*Recolhimento do ICMS a menos por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97 e Anexo I DO RICMS-BA/12, ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando, dentre outras coisas: **a)** notas fiscais autuadas em duplicidade; e **b)** adoção errônea de MVA’s.

Em sua informação fiscal, o autuante reduziu o valor lançado. Relativamente às notas fiscais autuadas em duplicidade, acolheu integralmente a alegação empresarial e excluiu os documentos fiscais indicados pelo contribuinte. Quanto às alegadamente errôneas MVA’s, acolheu parcialmente as alegações da empresa, conforme detalhadas considerações, em sua informação fiscal, às folhas 557/559.

Examinando os autos, noto que a decisão de piso não merece reparo neste ponto, pois estribou-se no detalhado opinativo da autoridade fiscal, que fez específicas considerações em relação a cada um dos itens contestados.

Assim, vejo que a Decisão recorrida não merece reparo, pois se escorou no exame dos autos perpetrado pelos autuantes.

Do exposto, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, o Sujeito Passivo ataca a decisão de piso apenas naquilo que se refere à Infração 02, sendo esta a extensão cognitiva do presente recurso.

A Infração em exame foi descrita como “*Recolhimento do ICMS a menos por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97 e Anexo I DO RICMS-BA/12, ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, deduzindo questões preliminares e de mérito. Início pelo exame das preliminares suscitadas, conforme segue.

Quanto à alegação de nulidade do Auto de Infração por insegurança na determinação da infração, não merece acolhida, pois a descrição da conduta autuada é suficientemente clara para evidenciar que se trata de insuficiência de recolhimento do ICMS-ST nas entradas interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização. Ademais, o demonstrativo de débito denominado “DEMONSTRATIVO DAS DIFERENÇAS DE ICMS A RECOLHER – ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL ...” relaciona todas as operações autuadas, uma a uma, com detalhamento de informações relativas a data, notal fiscal, mercadoria, quantidade, valor, base de cálculo, ICMS apurado e demais dados constantes dos documentos fiscais que acobertaram cada uma das operações.

Não prospera o argumento de que o lançamento deveria ser anulado por conta dos erros apontados, uma vez que o processo administrativo fiscal se presta exatamente para promover os ajustes que se façam necessários, reduzindo, eventualmente, o montante originalmente lançado, conforme autoriza o art. 145, inciso I do CTN, abaixo reproduzido.

“Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;  
...”

A alteração dos índices de MVA’s não conduz, igualmente, à nulidade da decisão de piso, pois não representou inovação processual, constituindo-se em prática que se encontra permitida pela Súmula CONSEF nº 11, cujo enunciado reproduzo abaixo.

*“SÚMULA N° 11. Para fins do disposto no art. 156 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), não constitui agravamento da infração, ou inobservância do princípio da non reformatio in pejus, o eventual acréscimo ou majoração de valores apurados mensalmente que não advenha de fatos novos, respeitado o limite do valor total lançado na infração.”*

De fato, as operações já eram objeto do lançamento original e, portanto, encontravam-se inseridas no debate processual nos limites da lide, desde o momento inicial da impugnação. Não houve, ademais, elevação do valor total da infração, mas apenas de três itens, que foram revisados no contexto geral da revisão do lançamento.

Do exposto, rejeito as alegações de nulidade suscitadas.

No mérito, quanto à alegada aplicação errônea do MVA, o Sujeito Passivo não especificou a sua insurgência. Noto que, na Primeira Instância, o presente PAF foi convertido em diligência, com vistas a que o autuante pudesse avaliar os argumentos da empresa, oportunidade em que acolheu parte dos argumentos e rejeitou outra parte, detalhando cada situação, conforme informação fiscal às folhas 540/561, no que foi acompanhado pela decisão de piso.

Caso o Sujeito Passivo mantenha-se irresignado, faz-se necessário que especifique os seus argumentos, apontando a mercadoria e a situação contemplada. Como não o fez, entendo que sucumbiu aos argumentos especificados pela autoridade fiscal.

O mesmo ocorreu quanto aos alegados lançamentos de produtos em duplicidade, bem como em relação às supostas divergências (entre o conteúdo das notas fiscais e aquele listado no demonstrativo de débito), já que o autuante acolheu as razões impugnatórias, nestes dois pontos, e refez o demonstrativo de débito, no que foi também acolhido pela JJF.

Não se trata de impossibilidade de apresentação de notas fiscais por amostragem, mas de necessidade objetiva e especificar as suas alegações, conforme exige o art. 142 do RPAF/99, abaixo reproduzido.

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

Quanto à alegação de que parte das operações de entrada se referem a transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, é importante destacar que o ICMS-ST é exigido por ocasião das entradas, mas se refere à antecipação do tributo pela saídas subsequentes, e não pelas entradas. Desse modo, basta que as entradas se refiram a mercadorias destinadas a posterior comercialização para que se possa exigir o tributo em causa. Nesse sentido, não é de se acolher a alegação empresarial.

Quanto à alegação de constitucionalidade da lei estadual que instituiu a cobrança do adicional de 2% sobre as operações com bebidas, é relevante destacar que refoge à competência desse órgão administrativo a apreciação de arguição de constitucionalidade, nos termos do art. 167, inciso I do RPAF/99, abaixo transcrito.

*“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

*I - a declaração de constitucionalidade;*  
*...”*

Entendo, portanto, que a presente infração se encontra caracterizada, não merecendo reparo a decisão de piso.

Por fim, quanto à alegação de confiscatoriedade da multa aplicada, não merece acolhida, pois tem previsão no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, sendo vedado a este colegiado afastar a aplicação da lei.

Nego, portanto, Provimento ao Recurso Voluntário.

Ex-positis, NEGO PROVIMENTO a ambos os Recursos.

**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 269358.0051/14-4, lavrado contra **REDE BRASIL DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.372.870,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “f” e “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS