

PROCESSO	- A. I. N° 210372.0018/19-8
RECORRENTE	- CELEBRAR BEBIDAS EIRELI
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0100-01/20-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 21/05/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0159-12/24-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Restou comprovado que as mercadorias objeto da autuação no período fiscalizado (08/2017, 2018 e 2019) não estavam sujeitas o regime de substituição tributária. Afastada as preliminares de nulidade. Reformada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 1ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 19/08/2019, exigindo ICMS no valor total de R\$ 109.300,01 em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 07.21.01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (2018/2019) - R\$ 108.929,70. Multa de 60%.

Infração 02 – 07.21.02 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (2018) - R\$ 370,31. Multa de 60%.

Na decisão proferida (fls. 160/163) foi apreciado que:

Preliminarmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, as descrições dos fatos, considerados como infrações das obrigações, foram apresentadas de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apta a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Assim não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.

O Auto de Infração em exame exige ICMS do autuado, em decorrência da falta de recolhimento (infração 01) e do recolhimento a menor do imposto (infração 02) por antecipação total.

Indefiro o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, haja vista que os elementos acostados aos autos se apresentam suficientes para formação do meu convencimento e decisão dalide, de acordo com o que prevê o art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

O autuado contestou as exigências, sob alegação de que na apuração do crédito tributário a fiscalização não levou em consideração os DAEs pagos relativos às antecipações parciais do imposto, como também relativos à própria antecipação total.

Todavia, da análise dos elementos constitutivos do processo, verifico que não assiste razão ao autuado, com relação aos argumentos acima, uma vez que os documentos por ele acostados aos autos, não comprovam qualquer irregularidade cometida pelo autuante no cálculo do imposto devido, senão vejamos:

- o DAE anexado à fl. 123, que alega ser referente à nota fiscal n° 112532, não discrimina no campo “informações complementares” o número do referido documento fiscal;
- os DAEs que mencionam as notas fiscais n°s 14633, 120446, 120668, 120892, 121146, 1091, 118725 e

51371, às fls. 125/126, referem-se ao pagamento da antecipação parcial, porém as mercadorias estão sujeitas ao pagamento da Antecipação Total, dessa forma o autuante aplicou o cálculo correto e abateu o ICMS recolhido pelo autuado, restando apenas o valor a recolher de R\$ 281,73 para as notas fiscais nºs 14633 e 1091, conforme planilha à fl. 10;

- os DAEs às fls. 127, 129, 131, 135 e 137 em que constam nas informações complementares as notas fiscais 125167, 126223, 115001, 115.003, 126153, 52035, 122086, 121146, 42946, 120982, 141546, 142162 e 142396, verifica-se que tais notas fiscais não constam nos demonstrativos que serviram de base para lavratura do auto de infração;
- os DAE às fls. 133/134, referentes ao pagamento do PAF nº 213080.0093/18-5, conforme consta no sistema de informações da SEFAZ, é relativo à ocorrência de 24/10/2017, que não foi objeto de cobrança na presente autuação.

Entretanto, o autuado também alegou que em junho 2019 as notas fiscais foram denegadas, e que não houve compras neste mês.

Ao consultar o portal de NF-e, efetivamente constata-se que as notas fiscais nºs 123044, 123045, 123046 e 123047, realmente foram denegadas, e devem ser excluídas da cobrança na infração 01.

Portanto, excetuando-se a exigência indevida sobre as notas fiscais acima mencionadas, oscáculos, referentes ao imposto devido por antecipação total, objeto do presente processo, estão devidamente demonstrados pelo autuado, através das planilhas às fls. 10 a 37 dos autos.

Dessa forma, a infração 01 é parcialmente subsistente, com a exclusão do valor de R\$ 3.862,50, referente a competência de junho/19, e a infração 02 é totalmente subsistente, ressaltando que são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I, da Lei nº 7.014/96. Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo de débito às fls. 01 e 02, excluindo-se apenas o valor referente a competência de junho/2019, referente à primeira infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 176/196) por meio da advogada Carolina Silveira OAB/BA nº 27.030, inicialmente discorre sobre as infrações e suscita nulidades:

INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. Ressalta que as duas infrações referem-se a falta de pagamento do ICMS por antecipação total e de recolhimento a menor relativo a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária previsto no art. 289 e Anexo I do RICMS.

Argumenta que a maior parte das mercadorias objeto do levantamento fiscal é composta de vinhos de uva com NCM 2204 (NCM 2204.2100, 2204.1010 e 2204.1090) referente aos exercícios de 2017, 2018 e 2019, porém estas mercadorias sujeitavam-se a substituição tributária até meados de 2016, conforme item 2.0 do Anexo I (2.24) do RICMS/12, que foi revogado pelo Decreto nº 16.987 de 24.8.16, efeitos a partir de 01.10.16.

Ressalta que a Aguardente de Vinho, NCM 2208, constava no subitem 2.25.1, do item 2.0, do Anexo I do RICMS/12, que foi revogado, mas no demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls. 23 de 28), consta a Nota Fiscal nº 139.243 relativa a aguardente de vinho (Grappa Poli Bassao).

Também, o Suco de uva, com NCM 2209, não é mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária por antecipação, a exemplo de suco de fruta, NCM 2209.6100, que não deveria figurar no levantamento fiscal onde foi incluída indevidamente as Notas Fiscais nºs 1.091 e 579.

Destaca que foram incluídas no levantamento fiscal mercadorias igualmente alheias ao regime de substituição tributária: objetos de vidro para serviço de mesa, NCM 7013.2800 e 7013.3700, Notas Fiscais nºs 14.633, 14.975 e 579; chapas de vidro flotado, NCM 7005.2900, Nota Fiscal nº 40.876; rochas – tampas de espumante, NCM 8309.9000, Nota Fiscal nº 448; microcomputador portátil, NCM 8471.3012, Nota Fiscal nº 1.058.431, o que poderia ensejar exigência do ICMS antecipação parcial, sem aplicação de MVA.

Manifesta que a correção do vício implica em mudança de fulcro da autuação, por a autoridade fiscal fazer uma coisa e descrever outra na imputação fiscal, o que não pode ser feita no curso do processo, nos termos do art. 142 do CTN, que prevê que o lançamento tributário é um ato vinculado e deve ser decretado a nulidade do lançamento por inobservância do devido procedimento legal.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Ressalta que as duas infrações acusam “*falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária*”, com enquadramento no art. 34, III da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289, § 1º, III, “b” do RICMS/BA.

Argumenta que o art. 34, III da Lei nº 7.014/96 trata de hipóteses possíveis e imagináveis da obrigação de pagar o imposto e o art. 289, § 1º, III, “b” do RICMS/BA não tem nada a ver com a situação descrita nas duas supostas infrações, pois trata de procedimento em razão de inclusão de mercadorias no regime de substituição tributária.

E que no máximo o enquadramento legal deveria recair no art. 332, inciso III do Decreto nº 13.780/12, que prevê recolhimento do ICMS antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem.

Requer que seja declarada a nulidade do lançamento, por cerceamento de defesa e flagrante inobservância do devido procedimento legal.

No mérito, afirma que foi aplicado alíquotas de 27%, calculadas “por dentro”, que elevam os preços das mercadorias cujos custos para os preços de revenda inviabilizou os negócios dado a excessiva carga tributária imposta pelo Estado da Bahia e diante da cobrança mediante lavratura de Auto de Infração, relativo a tributo já pago, o julgamento não considerou os erros que foram assinalados nos tópicos precedentes.

Argumenta que conforme decisão do STF no RE 598677, não se aplica a cobrança da antecipação tributária na entrada de mercadoria com base em mero decreto do executivo, sem previsão em lei, o que foi feito no presente caso, fundamentado no art. 34, III da Lei nº 7.014/1996, c/c o art. 289, § 1º, III, “b” do Decreto nº 13.7880/12, cujos dispositivos transcreveu às fls. 187/188.

Afirma que conforme decidido pelo STF, no julgamento do RE 598.677, segundo o regime de repercussão geral, ficou assentado de forma irretocável que a cobrança da antecipação tributária nas operações interestaduais com base em simples decreto afronta o princípio da estrita legalidade tributária, vinculado aos Estados do Rio Grande do Sul e São Paulo, que aplica-se igualmente à Bahia e a todos os Estados.

Neste contexto transcreve o art. 97 do CTN, que estabelece que somente a lei pode estabelecer o fato gerador da obrigação tributária dita principal, como apreciado o Tema 456 da repercussão geral, manteve o acórdão do TJ-RS, pelo afastamento da exigência de recolhimento antecipado do ICMS na entrada de mercadoria no território estadual, prevista em decreto do executivo.

Manifesta que a Lei nº 7.014/96 não prevê em tais casos que o ICMS seja recolhido “*antes da entrada no território deste Estado*” e esta previsão não pode ser feita por decreto (art. 332).

Afirma que considerando o disposto no art. 167 do RPAF/BA, que o julgador não tem competência para declarar a constitucionalidade ou para negar a aplicação de ato normativo, **requer**, com fundamento no inciso V, do art. 168 do citado Regulamento que **sob pena de nulidade**, o julgamento da fique **sobrerestado** até que ocorra a modificação da legislação, de modo que a exigência da antecipação seja estabelecida em lei, e não em decreto.

Requer que seja reconhecida e declarada a NULIDADE do Auto de Infração e se ultrapassadas essas preliminares, que seja sobrerestado o julgamento, o que admite apenas *ad argumentandum tantum*, no mérito, requer a exclusão das parcelas relativas a mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária no período da ação fiscal (2017, 2018 e 2019) e ainda, que as intimações sejam enviadas para os advogados que representam a autuada.

VOTO

O Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação (infração 1) julgado procedente em parte e recolhimento a menor (infração 2), que foi julgada procedente.

No Recurso Voluntário inteposto o sujeito passivo suscitou a nulidade do Auto de Infração sob alegação de que cobra ICMS-ST de produtos não enquadrados no regime de substituição tributária (vinho e outras).

Constatou que o Auto de Infração descreve as infrações com clareza, faz se acompanhar de demonstrativos e indica os dispositivos legais infringidos e multa tipificada, em conformidade com o disposto no art. 39 do RPAF/BA. Dessa forma, encontra se apto a produzir os efeitos jurídicos e legais. Quanto ao enquadramento das mercadorias no regime de substituição tributária, trata se de questão de mérito que será apreciado no momento próprio.

Por isso, motivo pelo qual fica rejeitada esta nulidade.

Suscitou nulidade por cerceamento do direito de defesa, sob o argumento de que a indicação do enquadramento legal não se coaduna com a descrição dos fatos.

Observo que a descrição dos fatos, indicação do dispositivo em lei possibilitou o sujeito passivo de exercer o seu direito de defesa, como o fez. Fica também rejeitada essa nulidade.

No mérito, a questão suscitada de nulidade é que os produtos objeto da autuação: vinhos, suco de uva e objeto de vidros, não estavam enquadrados no regime de substituição tributária nos exercícios de 2017, 2018 e 2019.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que em relação a INFRAÇÃO 1, o demonstrativo de fls. 10 a 37, relacionam aquisições de:

- i)** Vinhos de uva com NCM 2204 (NCM 2204.2100, 2204.1010 e 2204.1090);
- ii)** Aguardente de vinho, NCM 2208;
- iii)** Suco de uva, com NCM 2209;
- iv)** Outros objetos de vidro para serviço de mesa, NCM 7013.2800 e 7013.3700, Notas Fiscais nºs 14.633, 14.975 e 579; chapas de vidro flotado, NCM 7005.2900, Nota Fiscal nº 40.876; rochas – tampas de espumante, NCM 8309.9000.

Tomando por exemplo o valor exigido de R\$ 1.021,47 no mês 08/2017 refere se a Nota Fiscal nº 112.532, cuja cópia foi juntada à fl. 38, que relaciona vinhos LURTON SALAMANDRA, CALLIA ALTA MALBEC, RUTINI CABERNET e CALLIA ALTA TORRONTES BCO todos com NCM 2204.2100.

A Nota Fiscal-e nº 448 de 14/08/2018 (fl. 60), relaciona TAMPA DE ESPUMANTE com NCM 8309.9000 que foi exigido ICMS-ST no valor de R\$ 43,36 (fl. 18). Produto que não era enquadrado no regime de substituição tributária.

A Nota Fiscal-e nº 14.975 de 23/03/2018 (fl. 11), relaciona JG C/06 TAÇAS VIDRO/CHAMP/ÁGUA/LICOR com NCM 7013.3700 que foi exigido ICMS-ST no valor de R\$ 848,10 (fl. 11). Da mesma forma, produto não enquadrado na ST.

Na sua maioria as notas fiscais relacionadas ao processo trata se de aquisições de vinhos nos exercícios de 2017, 2018 e 2019.

Pelo exposto, assiste razão ao recorrente de que VINHOS com NCM 2204 e SUCO DE UVA com NCM 2208 deixaram de ser enquadrados no regime de substituição tributária a partir de 01/10/2016 após edição do De. 16.987 de 24/08/2016, cujo art. 4º estabeleceu:

Art. 4º Ficam revogadas as disposições em contrário e, em especial, os seguintes dispositivos do Regulamento do ICMS, Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012:

II - o item 2 do Anexo I (grifo nosso)

Art. 5º Este Decreto entra em vigor dia 01.10.2016.

Pelo exposto, restou comprovado que os produtos objeto de exigência do ICMS-ST na INFRAÇÃO 1, não estavam enquadrados no regime de substituição tributária no período fiscalizado

(agosto/2017 a junho/2019), tendo em vista que o enquadramento era previsto no item 2 do Anexo 1 do RICMS/BA que foi revogado a partir de 01/10/2016.

Fica reformada a decisão de PROCEDENTE, para IMPROCEDENTE a infração 1.

Com relação a INFRAÇÃO 2, constato que o demonstrativo de fl. 10 relaciona a NF-e nº 1.091, cuja cópia foi juntada à fl. 46, relativo a aquisição de suco de uva, com NCM 2209. A NF-e nº 14.633 relaciona aquisição de JG C/06N TAÇAS DE V BRA (fl. 10).

O autuado juntou com a defesa cópia dos DAEs às fls. 125 e 126 relativo ao recolhimento do ICMS Antecipação Parcial relativo as aquisições para comercialização dessas mercadorias.

Na informação fiscal (fl. 154) o autuante afirmou que *“Trata-se de mercadorias da Antecipação total, cuja base de cálculo é incluída a MVA. A autuada recolheu o ICMS como se as mercadorias fossem da Antecipação Parcial (2175)”* e que após realizar o cálculo correto, considerou o ICMS recolhido e exigiu a diferença de R\$ 281,73 no mês 01/2018, conforme demonstrativo de fl. 10.

Como apreciado na Infração 1, neste período (2018), estes produtos (suco de uva e jogo de taças) que foi objeto da autuação, não estavam enquadrados no regime de substituição tributária.

Portanto, correto o pagamento do ICMS Antecipação Parcial relativo as aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, conforme disposto no Art. 12-A da Lei nº 7.014/1996.

Modificada a decisão de PROCEDENTE, para IMPROCEDENTE a infração 2.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, reformando a decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, para IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para reformar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 210372.0018/19-8, lavrado contra CELEBRAR BEBIDAS EIRELI.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS