

PROCESSO - A. I. N° 206903.0002/21-2
RECORRENTE - EDUWAY COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0010-04/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19.09.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0227-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **i)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS; **ii)** SERVIÇOS DE TRANSPORTES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NA ST; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Após análise detidamente aos documentos e apelações recursais diante dos demonstrativos do débito, observa-se que nas infrações 01 e 03, falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS por Antecipação de mercadorias sujeitas à ST, foram imputados ICMS-DIFAL pela aquisição de Uso de Consumo, dever ser reduzidas. Infrações parcialmente subsistentes. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Não assiste razão, visto que a mesma foi excluída do citado regime no dia 31/12/2010. Item subsistente. Mantido o percentual da multa aplicada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão recorrida julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência expedido em 20/01/2021, para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 30.949,19, em decorrência de cinco infrações, sendo objeto do recurso as seguintes imputações:

Infração 01 – 07.01.01: “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Referente às aquisições pela filial SUBWAY, CNPJ 11.086.779/0002-07, conforme demonstrativo Eduway Anexo AP-AT Difal, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado”. Valor lançado R\$ 8.565,73, com multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 07.01.01: “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Referente às prestações de serviços de transportes de cargas das mercadorias adquiridas enquadradas no regime de Substituição Tributária, conforme demonstrativo Eduway Anexo AP-AT Difal, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado”. Valor lançado R\$ 9.808,02, com multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 07.01.02: “Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior. Referente às aquisições pela filial SUBWAY, CNPJ 11.086.779/0002-07, conforme demonstrativo Eduway Anexo AP-AT Difal, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado”. Valor lançado R\$ 716,55, com multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – 07.15.01: “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Referente às aquisições pela filial SUBWAY, CNPJ 11.086.779/0002-07, conforme demonstrativo Eduway Anexo AP-AT Difal, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado”. Valor lançado R\$ 10.770,52, com multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – 07.15.02: “Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Referente

às aquisições pela filial SUBWAY, CNPJ 11.086.779/0002-07, conforme demonstrativo Eduway Anexo AP-AT_Difal, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado". Valor lançado R\$ 1.088,37, com multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 44 a 56. A autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 70 a 73.

Após a devida instrução processual, a 4ª JJF assim decidiu:

VOTO

Inexistindo por parte do autuado quaisquer questionamentos quanto aos aspectos formais do lançamento, passo diretamente à análise do mérito da autuação.

Assim é que, em relação a infração 01, o autuado alegou a necessidade de exclusão do lançamento as notas fiscais cujo imposto teria sido objeto de recolhimento do ICMS antecipado, ocorrendo o encerramento da fase de tributação.

Esta é uma questão meramente probatória, onde o autuado deveria ter apresentado ou indicado as notas fiscais cujo imposto teria sido pago por antecipação para que, acaso se confirmasse, poderia ser, de fato, excluída da autuação, o que não ocorreu.

Há de se considerar que a autuação está respaldada no demonstrativo de fls. 12 a 38, com individualização de cada documento fiscal objeto do lançamento, tendo sido oferecido ao autuado todos os elementos necessários à defesa, entretanto, este se limitou a alegar um fato inexistente, posto que não apresentou elementos necessários a comprovação do quanto alegado.

Mantenho a autuação. Infração 01 subsistente no valor de R\$ 8.565,73.

No que pertine a infração 02, no valor de R\$ 9.808,02, se exige imposto incidente sobre serviços de transporte iniciados em outros Estados relacionados a mercadorias incluídas no regime da substituição tributária.

Tal como no item anterior, a exigência está respaldada pelo demonstrativo de fl. 39, com a indicação de todos os CTe objeto da autuação, enquanto que, mais uma vez o autuado traz uma justificativa sem qualquer comprovação fática, na medida em que se limitou a argumentar a necessidade da exclusão dos valores a título de fretes pagos pelo remetente da mercadoria, nada apresentando a título de comprovação.

Por outro lado, vejo que a exigência fiscal está respaldada nos artigos 332 do RICMS/BA e 23, I e II, da Lei nº 7.014/96, que assim se apresentam:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;

(...)

g) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando:

1 - o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuar-la em valor inferior ao estabelecido no acordo;

2 - os valores referentes ao frete ou seguro não forem conhecidos pelo sujeito passivo por substituição tributária;

(...)

Lei nº 7.014/96:

"Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes:

a) o valor da operação, sendo esta tributada, quando o termo final do diferimento for a saída, do estabelecimento do responsável, da mercadoria ou do produto dela resultante, desde que não inferior ao valor de que cuida a alínea seguinte;

b) nas demais hipóteses, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído, incluídas todas as despesas que as tenham onerado;

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;
- b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;
- c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes”

Alegou, ainda o autuado, a necessidade de correção da MVA aplicada pela autuante, entretanto, mais uma vez, não apontou, objetivamente, qual o equívoco que teria sido cometido e qual seria o percentual correto da MVA que deveria ter sido aplicado. Aliás, vejo que foi considerada pela autuante a MVA ajustada, aplicada nas aquisições interestaduais, consoante consta no próprio Anexo I ao RICMS/BA, não vislumbrando qualquer equívoco por parte da mesma nesse sentido.

Ressalto, que está sendo exigido a antecipação tributária sobre os valores dos fretes que não foram incluídos no cálculo da antecipação tributária, observando o disposto pelo § 6º, artigo 8º da Lei nº 7.014/96, que assim determina: “§ 6º Quando a retenção do imposto for feita sem a inclusão, na base de cálculo, dos valores referentes a frete e seguro, por não serem esses valores conhecidos pelo sujeito passivo por substituição no momento da emissão do documento fiscal, caberá ao destinatário recolher o imposto sobre as referidas parcelas”.

Portanto, ante a inexistência de argumentos que permitam afastar o lançamento relacionado à infração 02, julgo a mesma subsistente.

Naquilo que se relaciona à infração 03, que trata de recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária nos meses janeiro/18, abril/18, maio/18 e dezembro/18, no total de R\$ 716,55, não consta na peça defensiva uma alegação objetiva relacionada a esta infração.

Em sua defesa apesar do autuado se referir a esta infração pleiteando o desconto de 20% no pagamento do imposto, citando o art. 274 do RICMS/BA, esta não é uma situação inerente a infração 03, e, sim, a infração 04, consoante será analisado adiante.

Considerando que a apuração levada a efeito pela autuante se deu com base nos mesmos demonstrativos que também integram a infração 02, mantenho os mesmos argumentos acima já colacionados e julgo subsistente a infração 03.

A infração 04, no valor de R\$ 10.770,52, trata de **falta de recolhimento** do ICMS por antecipação parcial. Em sua defesa, apesar do autuado citar no tópico inerente a mesma, a necessidade de desconto no cálculo da substituição tributária dos produtos constantes no Anexo I, que nada tem a ver com a presente autuação, desenvolveu, entretanto, sua defesa alegando que não lhe fora concedido a redução de 20% do valor do imposto apurado, no caso de efetuar o pagamento do imposto no prazo regulamentar, de acordo com o constante no art. 274 do RICMS/BA.

Tal argumento foi contestado pela autuante sob a justificativa de que o regime de apuração do imposto do autuado é feito com base na conta corrente fiscal, e que o mesmo foi excluído da condição de microempresa e empresa de pequeno porte desde 31/12/2010, conforme documento afixado à fl. 71, não fazendo jus, portanto, a tal redução.

O art. 274 do RICMS/BA, assim se apresenta: “No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar, não cumulativa com a redução prevista no art. 273”.

Consoante se verifica abaixo, e, também, no doc. fl. 80, o autuado está cadastrado como empresa de pequeno porte, apesar de apurar o imposto via conta corrente fiscal. Neste caso, como não há nos autos comprovação ou indicação de que o imposto foi pago fora do prazo regulamentar, entendo que o mesmo, na condição de empresa de pequeno porte, mesmo apurando o imposto através da conta corrente fiscal, faz jus a redução de 20% do valor do imposto apurado, ao entendimento de que o referido dispositivo regulamentar se aplica a empresa de pequeno porte, sem qualquer distinção.

INC - Informações do Contribuinte Versão 04.38.00

Arquivo Localizar Módulos de Consulta Transferência de Dados

Visualizador de Relatório

76%

1 / 1+

Governo do Estado da Bahia
Secretaria da Fazenda
SAT / DPI

Informações Protegidas por Sigilo Fiscal

PAG
Emissão: 06/12/202
Login do Usuário Solicitante:
INC - Informações do Cont

Dados Cadastrais

Unidade de Atendimento - SGF/DIRAT/GERAP/CORAF/MEF	Unidade de Fiscalização - DNFAZ/VAREJO
Inscrição Estadual - 052.050.200	CNPJ/CPF - 11.036.779/0002-07
Razão Social - EDUWAY COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA	
Nome Fantasia - SUSWAY	
Condição - EMPRESA PEQUENO PORTE	Data de Início - 10/12/2009
Situação - ATIVO	
Endereço - AVENIDA VASCO DA GAMA	Numero - 528
Complemento -	Bairro - BROTAS
Município - SALVADOR	CEP - 40.236-000
UF - BA	
Tel - (71) 3382-2525 Fax - 33151060	Tel - (71) 3504-5555 E-mail - denilson@ativacoestabilidade.com

Desta maneira, entendo que como se trata de **falta de pagamento** do imposto por antecipação parcial não deve ser aplicada a redução de 20% nos cálculos do imposto prevista pelo art. 274 do RICMS/BA, e julgo subsistente a infração 04 no valor de R\$ 10.770,52.

A infração 05, se refere a pagamento a menos de ICMS antecipação parcial no valor de R\$ 1.088,37. Neste caso entendo pertinente a alegação defensiva de que não lhe fora concedida a redução de 20% do valor do imposto apurado, no caso de efetuar o pagamento do imposto a título de antecipação parcial no prazo regulamentar, de acordo com o constante no art. 274 do RICMS/BA.

Esta situação já foi devidamente analisada no item precedente, cujos argumentos ali exarados ficam aqui convalidados.

Considerando que não existe comprovação ou indicação de que o imposto, não fora pago no prazo regulamentar, cuja alegação defensiva foi no sentido de que ocorreu o pagamento no prazo regulamentar, julgo insubsistente a infração 05 na medida em que a redução a ser concedida é sobre o valor do imposto corretamente apurado e não sobre o valor que foi considerado como recolhido a menos, cujo valor exigido pode ter sido determinado justamente em função da não concessão da aludida redução.

Infração 05 insubsistente.

Naquilo que diz respeito a alegação de caráter confiscatório da multa aplicada, observo que os argumentos trazidos pelo autuado, não podem ser apreciados por este órgão julgador administrativo na medida em que, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que a autuante agiu estritamente em consonância que o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista suas atividades vinculadas, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, verbis:

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

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Assim é que as alegações defensivas a respeito da inconstitucionalidade da norma legal citada, tal como mencionado acima, também não podem ser apreciadas por este Colegiado, tendo em vista a vedação constante nos incisos I e III do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, a seguir transcritos:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, considero que as Decisões Judiciais citadas pelo autuado, todas voltadas a questões constitucionais, proferidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal), não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que este não figurou em nenhuma das ações citadas como parte.

Desta maneira e considerando que a multa aplicada está prevista no Art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96 e, conforme já mencionado, não compete a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação ou a negativa de sua aplicação, nos termos dos incisos I e III do artigo 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), acima reproduzidos, a mesma fica mantida, não podendo ainda ser atendido o pleito do seu

cancelamento em face da incompetência legal deste órgão julgador para tal fim.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 29.860,82, remanescendo procedentes as infrações 01 a 04 e improcedente a infração 05.

Inconformado com o valor remanescente da decisão de piso e vem novamente através do Recurso Voluntário apresentado nas fls. 124 a 134, tecendo as mesmas razões da peça defensiva, com complementação de novas alegações (MVA ajustada e confiscatoriedade da multa aplicada).

Reporta novamente nas **infrações 01 e 02, assentando a necessidade de exclusão das notas fiscais cujo ICMS foi objeto de recolhimento antecipado por substituição tributária-ST**, com o encerramento da fase de tributação.

Acrescenta que existe também a situação em que os contribuintes adquirem mercadorias provenientes de outros estados e são instados a recolher o imposto relativo às operações subsequentes já no momento do ingresso da mercadoria no Estado em que estão estabelecidos.

Aduziu que o cerne da presente questão reside na hipótese que tem sido denominada de “*antecipação com substituição*” ou chamada de substituição progressiva, para frente, tendo em vista que o valor do ICMS já fora pago pela franqueadora no momento em que enviou as mercadorias para a franqueada, no caso, o estabelecimento autuado.

Sustentou que caso parte da autuação referente as notas fiscais cujo imposto foi objeto de recolhimento antecipado, por substituição, fosse mantido haveria duplicidade de pagamento do tributo, o que resultaria em bitributação, razão pela qual considera que justifica a necessidade de exclusão do lançamento as notas fiscais cujo imposto foi objeto de recolhimento antecipado por ST.

Volta a alegar pela **necessidade de desconto no cálculo da ST dos produtos conforme Anexo I do RICMS/BA**, citou que, por ser optante do Simples Nacional, faz jus a redução de 20% do valor do ICMS apurado em caso de antecipação parcial, quando recolhido no prazo regulamentar, consoante previsão contida no art. 274 do RICMS/BA. Sustentou que se faz necessário a exclusão no lançamento relacionado à infração 03 e, também, se torna necessária a exclusão a título de redução de 20% do valor do ICMS apurado em caso de antecipação parcial, infrações 02 e 04.

Inferiu ainda sobre a **necessidade de exclusão do frete das notas fiscais emitidas na qualidade de substituto tributário**, citando que é possível verificar a inclusão do valor relativo ao frete na composição das infrações 01 e 02.

Ponderou que o Art. 332, III do RICMS/BA determina o recolhimento do ICMS antes da entrada no Estado da Bahia quando as mercadorias estejam enquadradas na substituição tributária por antecipação e os valores dos fretes não foram conhecidos pelo sujeito passivo da ST, acrescentando que, neste caso, foi autuada na condição de substituta tributária enquanto que o recolhimento do frete foi realizado pela substituída na forma do DANFE e DACTE em anexo, não havendo, portanto, que se falar em inclusão do frete no valor do tributo considerado devido, tornando necessário a exclusão no lançamento dos valores a título de frete devidamente quitado pelo remetente.

Assinala outro tópico de que **há necessidade de correção da MVA utilizada pela fiscalização**. Esclarece que em uma negociação interestadual, a alíquota interna do ICMS será uma na Bahia e outra em São Paulo. Se um participante é obrigado por lei a antecipar o recolhimento do tributo devido em operação futura, não é correto que seja financeiramente prejudicado justamente por se sujeitar a um percentual diferente. Então, a MVA é utilizada em formato percentual para determinar um maior equilíbrio entre os preços.

Disse que a SEFAZ-BA define a MVA aplicada para cada produto sujeito à antecipação tributária no Anexo 1 do RICMS, pois determina ainda que para aquisições interestaduais e quando da compra de produtos de empresas optantes do Simples Nacional deve ser utilizada a MVA ajustada. Já para as operações internas deve se utilizar a MVA original:

MVA ajustada aplicada nas aquisições interestaduais	MVA original aplicada nas operações internas
---	--

Explica que o fiscal autuante se equivocou na utilização da MVA original, tendo em vista que a operação autuada envolvia produtos vindos de outro estado, que ensejariam a utilização de MVA ajustado. Sustenta que não é cabível a aplicação MVA original para cálculo do ICMS antecipação tributária em comento, necessária a exclusão do lançamento da diferença de utilização da MVA original (utilizada pelo Auditor) e a MVA ajustada (utilizada pela empresa nas notas fiscais).

Roga para o **princípio do não confisco, em relação à multa aplicada**, pois sustenta que o percentual exposto é vedado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 150, IV. Cita entendimento e doutrinas de juristas (Hugo de Brito Machado, Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra da Silva Martins, Sacha Calmon Navarro Coelho e Celso Antônio Bandeira de Melo) onde explica o confisco seria desproporcional à capacidade contributiva, seria aniquilamento desta, o que violaria a graduação determinada pela Lei Maior. Além de colacionar decisões dos tribunais pátrios (*ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE* Processo: 1075 UF: DF - DISTRITO FEDERAL Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: DJ 24-11-2006 PP-00059 EMENT VOL-02257-01 PP-00156; ADI 551 Julgamento: 24/10/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ 14-02-2003 PP-00058), sustentando que o montante aplicado é desproporcional à infração cometida. Pede pela improcedência.

Finaliza requerendo o Provimento do Recurso Voluntário apresentado para tornar o Auto de Infração Improcedente e reformar a Decisão recorrida.

VOTO

O Recurso Voluntário vem novamente rechaçar as acusações de falta de recolhimento e recolhimento a menor do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições de mercadorias provenientes do exterior ou de outras unidades da Federação, e nas prestações de serviços de transportes de cargas das mercadorias adquiridas enquadradas no regime de Substituição Tributária (infrações 01, 02 e 03) e por fim a falta do recolhimento e recolhimento a menor do ICMS por Antecipação Parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, (infrações 04 e 05).

A recorrente, ao contestar as duas primeiras infrações, disse ser necessário deduzir da apuração os montantes atinentes às notas fiscais cujas operações já se encontravam com a fase de tributação encerrada, porém não trouxe aos autos exemplos da existência que comprovassem suas alegações. Também não colacionou quaisquer guias nacionais de recolhimento de tributos estaduais ou comprovantes de que os seus fornecedores, porventura inscritos neste Estado, tenham efetuado apuração e pagamento.

Afirmou que as notas fiscais tiveram recolhimento antecipado, por substituição, pela franqueadora no momento em que enviou as mercadorias para a franqueada, no caso, o estabelecimento autuado, Diante de tal alegação, passei a analisar o demonstrativo do débito e observei que 99% das aquisições foram feitas junto ao fornecedor RFG COMERCIO TRANSPORTES E SERVICOS LTDA, com CNPJ 49.319.411/0015-39, daí, fiz uma consulta para verificar possível recolhimento de ICMS ST através de GNRE – Guia Nacional de Recolhimento, tendo em vista que a remetente não tem inscrição de Substituto Tributário na Bahia, porém não foi encontrado nenhum recolhimento como podemos ver no *print* abaixo:

Contribuinte

Inscrição Estadual: 000.000.000

CNPJ / CPF: 04.931.941/1015-39

Razão Social: Não Cadastrado em Contribuinte não Inscrito

Não foi localizado nenhum pagamento para o usuário informado.

A recorrente também afirmou ter direito ao desconto de 20% do valor do imposto por antecipação parcial apurado, na hipótese de pagamento no prazo regulamentar, por estar enquadrado no regime do Simples Nacional à época das ocorrências (infrações 04/05). Lembrando que as infrações tiveram fatos geradores em todo ano de 2018.

Não lhe assiste razão, visto que a mesma foi excluída do citado regime no dia 31/12/2010, como podemos depreender da Consulta Pública feita no site do Simples nacional no link: <https://www8.receita.fazenda.gov.br/simplesnacional/aplicacoes.aspx?id=21>:

Data da consulta: 29/08/2024 16:49:33

Identificação do Contribuinte - CNPJ MatrizCNPJ: **11.086.779/0001-26**

A opção pelo Simples Nacional e/ou SIMEI abrange todos os estabelecimentos da empresa

Nome Empresarial: **EDUWAY COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA****Situação Atual**Situação no Simples Nacional: **NÃO optante pelo Simples Nacional**Situação no SIMEI: **NÃO enquadrado no SIMEI****+ Mais informações****Períodos Anteriores**

Opções pelo Simples Nacional em Períodos Anteriores:

Data Inicial	Data Final	Detalhamento
26/08/2009	31/12/2010	Excluída por Opção do Contribuinte

No tocante ao frete, não se fez prova de que tenha sido arcado pelos vendedores. Tem razão a auditora ao assinalar que, se o remetente incluiu o seu respectivo valor é porque o debitou do destinatário, incluindo no preço da mercadoria. Nos termos do art. 23, I, "b" da Lei nº 7.014/96, para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído, inclusas todas as despesas que a tenham onerado.

O alegado art. 332 do RICMS/12, tomado como fundamento pela recorrente para alegar que o frete já havia sido pago, não possui relação com o tema em debate, pois trata do momento em que deve ser recolhido o tributo. Por outro lado, não foram trazidas aos autos evidências de que quaisquer das operações fiscalizadas se enquadrariam em tal dispositivo. Não se disse a que nota fiscal se referia a cópia reprográfica imputada na fl. 128.

Trouxe alegação que o fiscal atuante se equivocou na utilização da MVA original, tendo em vista que a operação autuada envolvia produtos vindos de outro estado, que ensejariam a utilização de MVA ajustado. Sustentou que não é cabível a aplicação MVA Original para cálculo do ICMS antecipação tributária em comento, e que haveria necessidade da exclusão do lançamento da diferença de utilização da MVA Original (utilizada pelo Auditor) e a MVA Ajustada (utilizada pela empresa nas notas fiscais).

A afirmativa acima, quanto a utilização da MVA Original, é pertinente, entretanto, se equivocou a recorrente ao interpretar que a utilização da MVA Ajustada resultaria uma autuação a menor, porém não é assim, pode acontecer no mínimo valor igual ou a maior, vejamos nos prints abaixo, os produtos com NCM 1902, vindos de SP, com alíquota de 7%, cuja MVA Original aplicada foi de 20% idêntica a MVA Ajustada, já para o NCM 1905, a MVA Original foi de 55%, quando deveria ter sido 75,79% e por fim o NCM 1901, a alíquota aplicada foi 102%, quando deveria ter sido 129,10, portanto, em aplicando a MVA ajustada se apuraria um ICMS ST muito maior.

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual/Estado signatários	MVA nas aquisições de UF signatária de acordo interestadual (conforme a Aliq. interestadual aplicada no estado de origem)	MVA nas aquisições de UF não signatária de acordo interestadual (conforme a Aliq. interestadual aplicada no estado de origem)	MVA nas operações internas
11.17.0	17.049.00	1902.1	Massas alimentícias do tipo comum, não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, exceto a descrita no CEST 17.049.03	Prot. ICMS 53/17 - AL, BA, CE, PB, PE, PI, RN e SE	23,87% (Aliq. 4%) 20% (Aliq. 7%) 20% (Aliq. 12%)	23,87% (Aliq. 4%) 20% (Aliq. 7%) 20% (Aliq. 12%)	20%
11.9	17.031.00	1905.90.9	Salgadinhos diversos	Não tem	Não tem	81,64% (Aliq. 4%) 75,79% (Aliq. 7%) 66,34% (Aliq. 12%)	55%
11.14.0	17.046.00	1901.2 1901.90.9	Misturas e preparações para pães com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior ou igual a 25 Kg	Não tem	Não tem	136,49% (Aliq. 4%) 129,10% (Aliq. 7%) 116,78% (Aliq. 12%)	102%
11.14.1	17.046.01	1901.2 1901.90.9	Misturas e preparações para pães com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem superior a 25 Kg	Não tem	Não tem	136,49% (Aliq. 4%) 129,10% (Aliq. 7%) 116,78% (Aliq. 12%)	102%

Entretanto, após analisar detidamente os demonstrativos do débito acostado a fl. 40, intitulada de "Eduway_Anexo_AP_AT_Difal", pude observar que nas infrações 01 e 03, falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS por Antecipação de mercadorias sujeitas à Substituição Tributária, foram imputados ICMS Diferencial de Alíquotas pela aquisição de Uso de Consumo, tais como:

Produtos
AVENTAL DE FRENTE 33314 VERDE BANDEIRA UNICO
BOBINA TERMICA LOGO CX C/ 30
BOLEADORA DE METAL
BONE PROFISSIONAL REV / ADP 31586 VERDE BANDEIRA UNICO
CALCA JEANS FEMININA 33669 AZUL ESCURO 38
CALCA JEANS MASCULINA 31657 AZUL MARINHO 42
CALCADO FEM (PAR) NUM 36
CALCADO MASC (PAR) NUM 40
CAMISETA DE MALHA MASCULINA 33366 VERDE FOLHA 000105 M
ESPONJA DUPLA FACE PCT C/10
KAY ACTIGEL - ALCOOL GEL
KAY CONQUEST - SABAO BACTERICI
KAY FC LIMPADOR PISO
KAY FC LIMPADOR PISO CX 4X1L
KAY FLAX - DETERGENTE NEUTRO
KAY QSR DETERGENTE CONC 5L
LUVA DESC. CX C/10.000 UNIDS
REDINHA PARA CABELO
SACO ALVEJADO C/10 UNDS
SACO DE LIXO 200L PRETO-MB C100

Diante da constatação, de ofício, excluo da cobrança o valor de R\$ 866,01 referente ICMS DIFAL, para todo o ano de 2018, por entender que a infração imputada não fora a adequada. Ficando as infrações assim liquidadas:

Infração 01:

INFRAÇÃO 01			
Comp.	Auto	Excluído	Julgado
fev/18	530,96	35,18	495,78
mar/18	371,70	72,17	299,53
jun/18	1.750,43	40,66	1.709,77
jul/18	1.307,71	77,98	1.229,73
ago/18	946,87	75,03	871,84
set/18	1.070,77	24,50	1.046,27
out/18	1.492,97	64,28	1.428,69
nov/18	1.094,32	34,86	1.059,46
Total	8.565,73	424,66	8.141,07

Infração 03:

INFRAÇÃO 03				
Comp.	Auto	Excluído	Apurado	Julgado
jan/18	82,34	68,26	14,08	14,08
abr/18	152,31	289,54	- -137,23	
mai/18	237,13	43,87	193,26	193,26
dez/18	244,77	39,68	205,09	205,09
Total	716,55	441,35		412,43

No que diz respeito à multa, este Conselho não possui competência para exercer controle de constitucionalidade nem para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior (art. 167, I e III do RPAF/99).

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado e, consequentemente, PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, restando a pagar o que segue:

	Autuação	JJF	CCJ	
Infração 01	8.565,73	8.565,73	8.141,07	Procedente em Parte
Infração 02	9.808,02	9.808,02	9.808,02	Procedente
Infração 03	716,55	716,55	412,43	Procedente em Parte
Infração 04	10.770,52	10.770,52	10.770,52	Procedente
Infração 05	1.088,37	1.088,37	0,0	Improcedente
Total	30.949,19	29.860,82	29.132,04	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206903.0002/21-2, lavrado contra **EDUWAY COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 29.132,04**, acrescido da multa de 60% prevista no Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS