

A. I. Nº - 269199.0012/18-5
AUTUADO - MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS EIRELI
AUTUANTE - SAYONARA AGUIAR PEREIRA RODRIGUES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET -12.08.2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0114-04/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA POR SUBSTITUIÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NO PRÓPRIO ESTADO DA BAHIA. Trata-se de sujeito passivo possuidor de Regime Especial para fazer a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas operações internas na forma do Parecer nº 25159/2010, que foi substituído pelo Termo de Acordo do Decreto nº 7.799/00, na forma do Parecer nº 6166/2015, em que autorizava, na forma do art. 7º-B do citado Decreto 7.799/00, o deslocamento da responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas subsequentes das mercadorias, decorrentes de aquisições internas e interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária. Comprovado que o sujeito passivo deu saídas das mercadorias sem o destaque do imposto, ou seja, alíquota “zero”, quando deveria ter aplicado a alíquota de 17% até a data de ocorrência de 29/02/2016, consubstanciada na forma do art. 15 da Lei 7.014/96, que vigia até 10/03/16, em que, com a redação atual do citado dispositivo, dado pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, efeitos a partir de 10/03/16, alterou para a alíquota de 18%, que foi a utilizada na autuação para os demais meses da autuação. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2018, constitui crédito tributário no valor de R\$635.693,15, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativo de fls. 06 a 17 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 18. Lançado ICMS no valor de R\$635.693,15, com enquadramento no art. 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96 e multa tipificada no inc. II, “a”, do mesmo diploma legal.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 27 a 37, com documentos anexos acostados aos autos, contestando integralmente o Auto em tela, pelas razões que passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, sociedade inscrita no CNPJ sob o nº 01.283.600/0005-09, com sede na AC I, nº 307, Bairro Cía Sul, Simões Filho/BA, CEP: 43.700-000, com endereço eletrônico aumirani@comercialramos.com.br, onde por conduto dos seus procuradores

constituídos, apresentar impugnação ao Auto de Infração lavrado no Processo Administrativo Fiscal tombado sob o nº 269199.0013/18-1, com base nos fatos e fundamentos que a seguir expõe.

Destaca que o Auto de Infração, ora impugnado, tem origem em fiscalização realizada pela Superintendência de Administração Tributária - SAT - Inspeção de Fiscalização de Grandes Empresas - IFEP Comércio, por meio da qual verificou-se o **recolhimento a menor de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas e sem destaque do imposto**.

Entretanto, diz que, como adiante se demonstrará, o Auto de Infração é inteiramente **nulo**, por não especificar exatamente qual a alíquota aplicável às operações realizadas pela impugnante e quais as operações teriam sido realizadas para justificar a aplicação de alíquota diversa da utilizadas pela Impugnante, embaraçando seu direito à ampla defesa.

Ademais, destaca que o auto é totalmente descabido, uma vez que as mercadorias discriminadas se submetem ao regime do ICMS-ST, sendo o imposto recolhido antecipadamente pelo fabricante no início da cadeia, havendo o encerramento da fase de tributação.

Deste modo, consoante os fundamentos fáticos e jurídicos a seguir apresentados, aduz que o lançamento realizado pela Autoridade Fiscal deve ser julgado improcedente, em todos os seus termos, conduzindo à total impossibilidade do prosseguimento da cobrança realizada.

1. DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DA IMPUGNANTE E DA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS ESSENCIAIS À IDENTIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO.

Observa que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (Decreto 7.629/1999) prevê, em seu art. 18, incisos II e IV, alínea 'a', que serão nulos (i) os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa e (ii) o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Primeiramente, registra que se deve notar que o ato de lançamento ora impugnado está inquinado de vício insuperável, por não permitir a Impugnante saber exatamente qual seria a alíquota aplicável a cada uma das operações e prestações.

Explica. A descrição da infração menciona o recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, com a saída de mercadorias sem o destaque do ICMS

Contudo, diz que não aponta quais foram as operações e tampouco qual seria a alíquota aplicável a essas operações. Foram saídas de mercadorias para consumidores no mesmo Estado ou em outro Estado? Se a alíquota aplicada foi diversa daquela prevista na legislação, qual seria, então, a alíquota a ser aplicada corretamente?

Diz que, por óbvio, para produzir sua defesa, apresentando todos os argumentos e justificativas possíveis, o sujeito passivo precisa ter sua conduta perfeitamente delineada pela Autoridade Fiscal.

Nesse sentido, sendo o lançamento tributário uma atividade estritamente vinculada, a validade dos elementos que constroem e consubstanciam o próprio lançamento tributário é requisito fundamental à sua irretocável finalização. É dever do agente público motivar, descrever e capitular legalmente os fatos e consequências jurídicas, de forma que a conduta reste indubitavelmente identificada. É como disciplina o art. 142 do Código Tributário Nacional, que destaca.

Diz que, lamentavelmente, não é o que se verifica no caso concreto. Aduz que o lançamento não é claro em relação a descrição da infração supostamente cometida pela Impugnante.

Sendo assim, requer a Impugnante que seja o lançamento declarado nulo de pleno direito, com fulcro no art. 18, incisos II e IV, alínea 'a', do Regulamento do Processo **Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (Decreto 7.629/1999)**.

2. DA IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. DAS MERCADORIAS SUBMETIDAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. DA INESISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA

Diz que é importante que se faça, antes de adentrar ao mérito do Auto de Infração, breves considerações sobre o regime da substituição tributária por antecipação.

Nesse sentido destaca que a Constituição Federal, em seu artigo 150, parágrafo 7º, autoriza que o sujeito passivo seja responsabilizado pela apuração e recolhimento do ICMS cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente.

Destaca que essa técnica de arrecadação, conhecida como substituição tributária por antecipação, possibilita que inúmeras operações de circulação de mercadoria, que ocorrerão em horas e locais variados, sejam tributadas em uma mesma hora e local, de forma antecipada.

Diz que a substituição tributária por antecipação permite que, ao invés de fiscalizar as mil operações ocorridas entre os varejistas e os consumidores finais, a Fazenda possa antecipar tais fatos geradores e fiscalizá-los antecipadamente, no momento da primeira saída, geralmente ainda na indústria, a partir de uma projeção do valor da operação final (valor presumido).

Observa que essa técnica da substituição tributária por antecipação simplifica a arrecadação, facilita a fiscalização e evita a sonegação. A regra imputa ao primeiro sujeito da cadeia de comercialização o dever de antecipar os recolhimentos futuros.

Diz que é exatamente esse o caso do Auto de Infração ora impugnado, tendo em vista que as mercadorias discriminadas no Anexo 1 do RICMS-BA/2012 e, por isso, submetem-se ao recolhimento do ICMS substituição tributária por antecipação.

Nessa sistemática, a Impugnante, enquanto alienante, no Estado da Bahia, das mercadorias constantes no Anexo I do RICMS-BA/2012, as recebe já com o ICMS antecipado, razão pela qual as vendas se realizam sem o destaque do ICMS e regularmente escrituradas.

Para exemplificar e comprovar que as mercadorias discriminadas no Auto de Infração constam no Anexo I do RICMS-BA/2012, transcreve abaixo a tabela a tabela gravada no CD, que faz parte integrante da defesa à fl.54 dos autos, a qual diz demonstrar que os NCM's das mercadorias apontadas no Auto constam na descrição das mercadorias do citado Anexo I do RICMS/2012, que a seguir destaca:

NCM	DESCRIÇÃO DA MERCADORIA NO AUTO DE INFRAÇÃO	DESCRIÇÃO DA MERCADORIA NO ANEXO 01 DO REGULAMENTO DO ICMS 2012
7016	BLOCO DE VIDRO NITROLUX JINGUA 0,00 0,00 44,53 44,53 TRANSPAR 19X19X8CM	Blocos , placas, tijolos, ladrilhos, telhas e outros artefatos, de vidro prensado ou moldado, mesmo armado, para construção; cubos, pastilhas e outros artigos semelhantes
3214.9	ARGAMASSA QUARTZOLIT ACI 0,00 0,00 1,97 1,97 CIMENTCOLA INT . 20KG	Outras argamassas
3917	ELETRODUTO AMANCO ROSC 4 3M	Tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção
6811	TELHA ETERNIT ONDULADA 1.53X1.10M 0,00 0,00 415,55 415,55 6MM . .	Caixas-d'água, tanques e reservatórios e suas tampas, telhas , calhas, cumeeiras e afins, de fibrocimento, cimento-celulose ou semelhantes, contendo ou não amianto, exceto os descritos no item 8.23
8481	VÁLVULA TRAMONTINA 3 1/2 PP ACO INOX	Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes
3824.5	ARGAMASSA ELIANE LIGAMAX EXTRA PORC/PIS CINZA 20KG	Argamassas
3916.2	PERFIL EUCAFLOOR T TEC 34X1800M CACAU MARFIM	Espiral - perfil para encadernação, de plástico e outros materiais das posições 3901 a 3914
3925.1	CAIXA D'ÁGUA FORTLEV	Caixa-d'água , inclusive sua tampa, de plástico, mesmo reforçadas com fibra de vidro

	POLIETILENO 0,00 0,00 27,01 27,01 500LT	
6910	LAVATÓRIO CELITE CANTO SUSP FCSL BRANCO 33,5 X33,5	Pias, <u>lavatórios</u> , colunas para lavatórios, banheiras, bidês, sanitários, caixas de descarga, mictórios e aparelhos fixos semelhantes para usos sanitários, de cerâmica
6907	REVESTIMENTO TECNOGRES 10010 BRIL 10X10 A 1.44	Ladrilhos e placas de cerâmica, exclusivamente para pavimentação ou <u>revestimento</u>
3920	FITA AMANCO VEDA ROSCA 18X50M	Veda rosca, lona plástica para uso na construção, <u>fitas</u> isolantes e afins
3922	CAIXA AMANCO DESCARGA ECO C/FIXACAO BRANCO	Banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, <u>caixas de descarga</u> e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos
6908	PISO ARIELLE MARMORIZ CAMPINA 0,00 0,00 1.100,69 1.100,69 43X43 . A 2.06	<u>Ladrilhos e placas de cerâmica</u> , exclusivamente para pavimentação ou revestimento
3209	SELADOR SUVINIL ACRILICO . 18L	<u>Tintas</u> , vernizes
3925.9	CAPA PRECON LATERAL COLONIAL (Telha) 0,00 0,00 4,59 4,59 CERAMICA	<u>Outras telhas</u> , cumeeira e caixad'água, inclusive sua tampa, de plástico, mesmo reforçadas com fibra de vidro.

Dessa maneira, diz que, diante da demonstração de que os NCM's das mercadorias discriminadas no Auto de Infração constam no Anexo I do RICMS/BA enquanto mercadorias submetidas ao regime de recolhimento do ICMS substituição tributária por antecipação, requer a que o presente Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente, tendo em vista que o ICMS foi retido e recolhido por antecipação, no início da cadeia produtiva, razão pela qual inexistente a relação jurídico-tributária entre a Impugnante e o Fisco Estadual

3. DA NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL. ERRO NA COMPOSIÇÃO DA RMIT

Consigna que, caso se entenda por não acolher os argumentos jurídicos alhures, importante que se considere o erro na imputação da alíquota em 17% no presente lançamento, pois, de acordo com a descrição da infração, a Impugnante, em tese, teria indicado alíquota menor que a supostamente devida.

Sendo assim, o lançamento jamais poderia se dar com base na alíquota interna "cheia", mas somente a diferença frente àquela que lançou mão a Impugnante.

Logo, diz perceber um insuperável erro na composição do critério quantitativo do tributo exigido da Impugnante, circunstância que impõe a anulação do presente feito por vício de ordem material. A propósito destaca ementa de decisão do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) na esfera federal sob matéria que entende seja semelhante.

Sendo assim, diz que, por haver no lançamento claro vício de ordem material decorrente da utilização incorreta da alíquota ao presente caso, sobretudo à luz da descrição da infração que aduz ter a Impugnante se valido de alíquota diversa (menor) que a supostamente devida, ensejando, no máximo, a aplicação de percentual relativo à diferença, por não ter sido essa a providência tomada, o auto de infração deve ser declarado totalmente nulo.

4. DA PERÍCIA CONTÁBIL

Registra que, caso este D. Juízo considere insuficientes os elementos ora apresentados, pleiteia desde já, a produção de prova pericial técnico contábil a ser produzida por Auditor Fiscal estranho ao feito, com fulcro nos artigos 145 e 148, inciso II, do RPAF do Estado da Bahia, com o intuito de comprovar-se, definitivamente, que as mercadorias discriminadas no Auto de Infração estão contidas no Anexo I do RICMS do Estado da Bahia, razão pela qual se submetem ao regime de recolhimento da substituição tributária por antecipação, sendo o ICMS retido no início da cadeia produtiva e as mercadorias repassadas à Impugnante com imposto embutido no preço dos produtos

Para tanto, apresenta os quesitos a serem respondidos:

- (i) - as mercadorias indicadas na documentação anexa se submetem ao regime do ICMS-ST?;
- (ii) - houve a inclusão o ICMS-ST recolhido no início da cadeia no preço das mercadorias apontadas no Auto de Infração, ao serem repassadas à Impugnante?
- (iii) - houve a retenção e recolhimento do ICMS-ST antes das mercadorias serem repassadas à Impugnante?

5. DOS PEDIDOS

Por tudo quanto exposto, requer a Impugnante o recebimento e processamento da presente Impugnação, a fim de que a Autoridade Julgadora de 1ª instância:

- a. Julgue nulo o presente lançamento, por preterição do direito de defesa e/ou por ausência de elemento essencial à sua formação, isto é, indicação imprecisa do fundamento legal ou, caso não entenda pela nulidade;
- b. Julgue totalmente improcedente o Auto de Infração, em razão da inexistência de relação jurídico-tributária entre a Impugnante e o Fisco Estadual, tendo em vista que os NCM's das mercadorias discriminadas no Auto de Infração constam no Anexo I do RICMS/BA enquanto mercadorias submetidas ao regime de recolhimento do ICMS substituição tributária por antecipação, sendo o imposto retido e recolhido por antecipação, no início da cadeia produtiva;
- c. Caso assim também não se entenda, que julgue nulo o lançamento por vício de ordem formal, considerando o erro na composição da regra matriz de incidência, já que a alíquota utilizada para composição do suposto valor a pagar não se refere à diferença entre a supostamente devida e aquela utilizada pela Impugnante.
- d. Defira o pedido de perícia contábil, por Auditor Fiscal estranho ao feito, caso considere insuficientes os elementos apresentados, de modo a comprovar, definitivamente, que as mercadorias discriminadas no Auto de Infração estão contidas no Anexo I do RICMS do Estado da Bahia, razão pela qual se submetem ao regime de recolhimento da substituição tributária por antecipação, sendo o ICMS retido no início da cadeia produtiva e as mercadorias repassadas à Impugnante com imposto embutido no preço dos produtos; e
- e. Em razão da improcedência, que seja totalmente afastada a multa aplicada à Impugnante.

A agente Fiscal Autuante em sua informação fiscal às fls. 56/60, em que traz as seguintes considerações:

Diz que não procede o argumento de que o Auto de Infração é inteiramente nulo por não especificar exatamente qual seria a alíquota aplicável às operações realizadas pela Impugnante e quais operações teriam sido realizadas para justificar a aplicação de alíquota diversa da utilizada, embaraçando seu direito à ampla defesa, vez que nos demonstrativos entregues ao Contribuinte de fls. 12 a 17 e CD onde conta os demonstrativos na íntegra, na coluna "L" está a informação da alíquota utilizada pelo Contribuinte e na coluna "Q" está alíquota informada pela auditoria.

Registra que a autuada argumenta que o Auto de Infração é totalmente descabido, uma vez que as mercadorias discriminadas se submetem ao regime do ICMS-ST, sendo o imposto recolhido antecipadamente pelo fabricante no início da cadeia, havendo o encerramento da fase de tributação.

Diz que as mercadoria de fato estão sujeitas ao regime de ST, mas a empresa autuada possuía Regime Especial para fazer a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária na operações internas com materiais de construção – *Processo 7185642010-4 de 30/12/2010* - (fl. 61 a 63 do PAF), que foi substituído pelo Termo de Acordo do Decreto 7.799/00 –

artº 7º B - Deslocamento da responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS por Substituição Tributária – *Processo 2019122014-0 de 25/03/2015* (fl. 64 a 65 do PAF) - onde consta que a retenção e o recolhimento do ICMS é de responsabilidade do detentor deste Termo de Acordo.

Art. 7º B do Decreto 7.799/00 dispõe que, ainda que as mercadorias sujeitas à substituição tributária sejam adquiridas de fornecedores localizados neste ou em outros Estados signatários de dos acordos interestaduais, conforme estabelece o §2º do art. 7º B do referido Decreto.

Portanto como não se aplica às mercadorias adquiridas pela autuada a substituição tributária na entrada, as saídas das mesmas devem ser tributadas. No caso do presente AIIM foi cobrado apenas o imposto próprio porque as mercadorias não formam destinadas a Contribuintes do ICMS

Diz, também, que o autuado alega que não são apontados quais foram as operações e tampouco qual seria a alíquota aplicável a essas operações. Também argui se foram saídas de mercadorias para consumidores no mesmo Estado ou em outro Estado? Se a alíquota aplicada foi diversa daquela prevista na legislação, qual seria, então, a alíquota a ser aplicada corretamente.

Neste aspecto, diz que foram encaminhadas ao autuado cópias de todo o processo na forma do expediente de fl. 20 do PAF, juntamente com o CD, contém CNPJ, Data, CFOP, Num Doc, Item, NCM, Código, Descrição do Produto, VI Item, VI Desc, VI BCalc ICMSInf, AliqInf, VI BcAud, VIBcRedAud, AliqAud, VIICMSAud, Diferença, ou seja, todos os dados necessários à identificação das operações, a identificação do destinatário e o CFOP que identifica se a operação é no mesmo Estado ou em Outro Estado.

Diz, também, que no próprio Auto de Infração fica claro o motivo da infração. Esta nele descrito que foi a saída de mercadorias tributadas sem destaque do ICMS, com o devido enquadramento legal. Diz que as mercadorias eram tributadas e o autuado deu saída sem a tributação. Essa foi a norma estabelecida pela legislação que foi descumprida.

Desenvolvendo outras contrarrazões das arguições de defesa, registra que tem a plena convicção de ter demonstrado a exatidão do procedimento fiscal adotado, esperando que o Auto de Infração seja julgado procedente na sua totalidade.

À fl. 67 dos autos foi anexado as peças do Processo SIPRO nº 212857/2019-6 datado de 17/05/2019, através do qual os patronos do autuado subscrevem petição informando que renunciaram ao mandato que lhes foi outorgado pelo autuado, razão pela qual requerem que não sejam mais veiculadas em seus nomes as publicações e intimações relativas ao presente feito.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, tendo o autuado demonstrado total entendimento da acusação, inclusive apresentando razões de mérito.

Refuto, também, o pedido de produção de prova pericial técnico contábil a ser produzida por Auditor Fiscal estranho ao feito, com fulcro nos artigos 145 e 148, inciso II, do RPAF do Estado da Bahia, com o intuito de comprovar que as mercadorias discriminadas no Auto de Infração estão contidas no Anexo I do RICMS do Estado da Bahia, razão pela qual diz submeter ao regime de recolhimento da substituição tributária por antecipação, sendo o ICMS retido no início da cadeia produtiva e as mercadorias repassadas à Impugnante com imposto embutido no preço dos produtos, vez que já constam elementos, nos autos, que demonstram de fato que as mercadorias, objeto da autuação, estão no regime da substituição tributária, bem como constam, também,

elementos que comprovam não ter havido a inserção do imposto por substituição no preço dos produtos adquiridos, que diz ter sido retido no início da cadeia produtiva, que, aliás será a discussão de mérito do Auto de Infração, em tela.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir imposto (ICMS) recolhido a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativo de fls. 06 a 17 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 18. Lançado ICMS no valor de R\$635.693,15, com enquadramento no art. 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96 e multa tipificada no inc. II, “a”, do mesmo diploma legal.

Como bem destacado na defesa, as mercadorias discriminadas no Auto de Infração, conforme os NCM’s apontados no demonstrativo de débito de fl. 13, que faz parte integrante do CD/Mídia à fl. 18 dos autos, constam, de fato, no Anexo I do RICMS-BA/2012, que diz respeito aos produtos abarcados pelo instituto da substituição tributária, o que não há discordância entre as partes.

Neste contexto, a autuação por se relacionar a saídas de produtos enquadradas no instituto da substituição tributária, na sua essência, significa dizer que, em relação as mercadorias objeto da autuação, o ICMS devido por toda a cadeia responsável pela circulação dessas mercadorias até que ela chegue ao consumidor final, teria sido antecipado, de uma forma geral, pelo fabricante, na condição de responsável tributário (substituto), sejam essas mercadorias adquiridas de fora do Estado, ou seja essas mercadorias adquiridas internamente.

Todavia, o sujeito passivo, à época dos fatos geradores, possuía Regime Especial para fazer a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas operações internas na forma do Parecer nº 25159/2010, relativo ao *Processo 7185642010-4 de 30/12/2010* de fls. 61 a 63 do PAF, que foi substituído pelo Termo de Acordo do Decreto nº 7.799/00, na forma do Parecer nº 6166/2015, objeto do *Processo 2019122014-0 de 25/03/2015*, também, acostado ao presente PAF às fls. 64 a 65, em que autorizava, na forma do art. 7º-B do citado Decreto 7.799/00, o deslocamento da responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária ao destinatário nas saídas subsequentes das mercadorias, decorrentes de aquisições internas e interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Assim dispunha o art. 7º B, do Decreto 7.799/00, com redação acrescentada pelo Decreto nº 8.409, de 26/12/02, DOE de 27/12/02, efeitos a partir de 27/12/02, vigente à época dos fatos geradores:

Art. 7º-B. Nos recebimentos de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, o estabelecimento comercial atacadista ou central de distribuição, na qualidade de responsável pela antecipação tributária na entrada neste Estado ou nas hipóteses em que acordo interestadual permita o deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária ao destinatário, poderá, mediante concessão de regime especial, ficar responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas subsequentes.(Grifos acrescentados)

Em sendo assim, razão não se pode atribuir ao defendente. Neste sentido, compulsando o demonstrativo de fls. 06 a 17 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 18, vê-se que se estar cobrando o imposto das mercadorias que o sujeito passivo, promoveu saídas sem o destaque do ICMS, ou seja, com a alíquota “zero”, por entender, que as mercadorias estavam na substituição tributária, não sendo devido o imposto na sua saída, já que teria recolhido quando da sua entrada no seu estabelecimento, olvidando, entretanto que, à época dos fatos geradores, usufruía do Regime Especial, na forma do Parecer nº 25159/2010, substituído pelo Parecer nº 6166/2015, decorrente do Termo de Acordo do Decreto nº 7.799/00, assinado com Secretaria da Fazenda da Bahia, que permita o deslocamento da retenção e recolhimento ICMS devido por substituição tributária nas entradas das mercadorias, para as saídas subsequentes.

O sujeito passivo não traz aos autos qualquer elemento que possa demonstrar que tenha havido a

inserção do imposto por substituição no preço dos produtos adquiridos, objeto da autuação, como arguido em preliminar de nulidade; e que, por isso nas saídas subsequentes não destacara o imposto como assim rege o instituto da substituição tributária. Entretanto, o que se tem de elemento de prova nos autos, através de Regime Especial e depois por Termo de Acordo, é a permissão do deslocamento do imposto por substituição devido ao Estado da Bahia, que se deveria embutir no preço dos produtos adquiridos, para o momento das saídas subsequentes do seu estabelecimento, o que não ocorreu.

Sobre a arguição de aplicação de alíquota incorreta na autuação, vejo não proceder. Observo, no demonstrativo de fl. 13, que se relaciona a página 1 de um total de 93 páginas, constante do CD/Mídia de fl. 18, a aplicação das alíquota de 17% até a data de ocorrência de 29/02/2016, consubstanciada na forma do art. 15 da Lei 7.014/96, que vigia até 10/03/16, em que, com a redação atual do citado dispositivo, dado pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, efeitos a partir de 10/03/16, alterou para a alíquota de 18%, que foi a utilizada na autuação para os demais meses da autuação.

Relativamente a arguição de vício formal em relação a descrição da infração que aduz ter o sujeito passivo utilizado de alíquota diversa que a supostamente devida, vejo, também, não proceder. De fato, o sujeito passivo ao promover as saídas das mercadorias objeto da autuação com alíquota “zero”, ou seja, sem o destaque do ICMS, por entender que estariam as mercadorias sob a égide do instituto da substituição tributária, cometeu o equívoco, na forma da acusação, de não aplicar as alíquotas devidas corretas, ou seja até a data de ocorrência de 29/02/2016 a alíquota de 17% e a partir dessa ocorrência a alíquota de 18%. Logo não procede este argumento de vício formal, nem tampouco de mérito da autuação.

Desta forma, considerando que não se vê qualquer questionamento do sujeito passivo quanto a constituição da base de cálculo do imposto cobrado, voto pela subsistência da autuação.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269199.0012/18-5**, lavrado contra **MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$635.693,15**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, II, alíneas “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2019

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILADORA GOMES RUIZ – JULGADORA