

PROCESSO - A. I. Nº 206833.0003/18-6
RECORRENTE - TIGRE S.A. - PARTICIPAÇÕES
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0100-02/19
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/06/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0062-11/20

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Ajustes realizados pelo autuante acatados em primeira instância. Parcela remanescente corresponde a mercadorias sujeitas ao Protocolo ICMS nº 104/2009. Inaplicabilidade do inciso I, da Cláusula Quinta do Convênio ICMS 81/1993. Observância do disposto no art. 291 do RICMS/BA. Não compete ao Conselho afastar a aplicação de norma vigente. Tese subsidiária não comprovada, todos os valores remanescentes se referem a vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão proferida pela 2ª JF, em 29/05/2019, que julgou por unanimidade Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$174.767,10, em decorrência do cometimento de uma infração.

Infração 01. – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, mas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Trata-se de saídas sem retenção do ICMS ST referente a mercadorias cujas entradas se deram com retenção do imposto substituto por estarem enquadradas no regime de substituição tributária, levando o contribuinte a não se creditar nem do imposto normal nem do substituto. Deveria, neste caso, creditar-se dos dois impostos como prevê o art. 291 do RICMS/BA aprovado pelo Decre.13780/12 e dado saída com destaque do ICMS normal e retenção do substituto. Por outro lado o Remetente não poderia ter retido o imposto substituto para outro contribuinte substituto da mesma mercadoria, conforme prevê a Cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93 de Normas Gerais, cujo dispositivo encontra-se recepcionado na legislação baiana conforme § 8º do Art. 8º da Lei 7014/96 do ICMS. No entanto, para que não houvesse prejuízo ao Contribuinte Destinatário, no decorrer do processo de fiscalização, para o cálculo de imposto devido, foi concebido crédito dos dois impostos a que teria direito por ocasião das entradas das mercadorias conforme Art. 291 do RICMS/BA, cujas notas fiscais e respectivos valores encontram-se relacionadas no ANEXO III ENTR ST 2014 a 2016 – NOTAS FISCAIS DE ENTRADA SEM UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO FISCAL DE ICMS SUBSTITUTO RETIDO INDEVIDAMENTE PELO FORNECEDOR. Relação das notas fiscais de saída sem ICMS normal e substituto e do cálculo do imposto não destacado/não retido encontra-se no ANEXO I 2014 a 2016 – SAÍDA TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA E FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS SUBSTITUTO, com os respectivos resumos mensais conforme ANEXO I R (Resumo). O Contribuinte deixou também de reter o ICMS Substituto referente a saídas de alguns produtos enquadrados na Substituição Tributária. Relação das notas, produtos e forma de cálculo do imposto reclamado vide ANEXOII – FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS SUBSTITUTO e seu respectivo resumo. ANEXO II R. Os demonstrativos dos valores mensais referentes ao ICMS devido, ao crédito concedido e o valor líquido a reclamar encontram-se no demonstrativo denominado ANEXO IV – APURAÇÃO DO ICMS DEVIDO A RECLAMAR. O ANEXO I trás também levantamentos do ICMS Normal porque ambos então interligados (ICMS Normal e ST), já que na mesma nota em que não houve retenção do ICMS Substituto também não houve destaque do ICMS normal. Obs.: Para o ANEXO I (2014 a 2016) e ANEXO II 2016 foram impressas apenas as cinco primeiras e cinco últimas páginas dos demonstrativos tendo em vista o enorme número de folhas dos quais são constituídos. As demais páginas, assim como cópias de danfe's de algumas notas fiscais relacionadas no ANEXO I e de todos os danfe's das notas fiscais de entrada com ICMS DT retido, e demais anexos, encontram-se gravados em mídia eletrônica (CD), anexa ao presente. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 28/02/2014 e 30/11/2016. **Valor:** R\$ 174.767,10

Após concluída a instrução, os autos foram remetidos para apreciação pela 2ª JF, que entendeu por bem julgar por unanimidade Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, nos seguintes termos:

“O presente lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa Recorrente.

O Auto de Infração em lide atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99.

Observo que a empresa Recorrente tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

Inexistem questões preliminares a serem apreciadas, e quanto ao mérito da autuação, versa sobre a falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados neste Estado.

A defesa se apresenta fundada em dois pilares, decorrentes da própria autuação, na qual o autuante, de acordo com informação contida na própria peça exordial do lançamento e manifestações posteriores, explicita serem as seguintes situações: a primeiro delas a saída de produtos que já recebeu com substituição tributária, sem qualquer tributação, e a segunda, relativa a saídas de mercadorias que embora estivessem sujeitas à substituição tributária, não tiveram o imposto sob esta rubrica retido, sequer recolhido. A outra é a de que mercadorias que deveriam ser submetidas à substituição tributária, quando das saídas promovidas pela empresa Recorrente não o foram.

A primeira linha de defesa é a de que não se encontrava obrigada a fazer a retenção do imposto por substituição tributária, tendo em vista o disposto nos artigos 8º, II, e 9º da Lei 7.014/96, no que foi rebatida pelo autuante, que invoca a seu favor, além do artigo 291 do RICMS/12, o Convênio ICMS 81/93 em sua cláusula 5ª.

Já a segunda linha, diz respeito a contestar produtos, os quais entende excluídos da obrigatoriedade de realizar a retenção e recolhimento do imposto por substituição tributária, diante da aplicação da legislação no tempo, e pela dinâmica de exclusões e inclusões promovidas na legislação, tendo o autuante em suas intervenções ao longo do feito, acolhido alguns dos argumentos defensivos, realizando os devidos ajustes.

Passo, pois, a analisar as situações postas no Auto de infração, a começar pelas operações cujas entradas se deram já com a incidência, ainda que indevida, da substituição tributária.

Em consulta ao SINTEGRA (www.sintegra.gov.br), se constata ser o estabelecimento de natureza industrial, diante de sua atividade econômica informada “fabricação de tubos e acessórios de material plástico”.

Nesta condição, como estabelecimento industrial as aquisições de produtos, ainda que semelhantes e/ou similares aos por ele produzidos não se sujeitavam à incidência da substituição tributária, a qual deveria incidir apenas quando das vendas realizadas pelo estabelecimento para estabelecimentos comerciais, sendo as mesmas tributadas.

Ao dar entrada nas mercadorias sem a utilização do crédito fiscal, com a consequente saída sem tributação, quer pelo ICMS dito “normal”, quer pelo relativo à Substituição Tributária, incorreu a empresa em prática não permitida na legislação e apenada com a imposição de multa, além da cobrança do imposto.

Da análise do Convenio ICMS 81/93, em sua cláusula 5ª, na redação dada pelo Convênio ICMS 96/95, temos que:

“Cláusula quinta - A substituição tributária não se aplica:

I - às operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria”.

Ou seja: tal determinação em Convênio ICMS de cunho específico regulador e balizador da substituição tributária, em especial na Cláusula acima transcrita, impõe obstáculos que não poderão ser transpostos pelos signatários, sob pena de inaplicabilidade na instituição do regime de substituição tributária.

De igual forma, a Lei Complementar 87/96 assim estipula em seu artigo 6º:

“Art. 6º - Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

(...)

§ 2º - A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado”.

Tal previsão está estritamente ligada ao artigo 150, § 7º da Constituição Federal (a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo

fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido), garantindo validade, bem como possuindo eficácia jurídica, no momento em que a legislação estadual estabelece o liame do contribuinte à sistemática da substituição tributária, cujos efeitos são reflexos e imediatos.

A Lei 7.014/96, adota técnica diversa, ao remeter para o Regulamento a responsabilidade de indicar mercadorias e operações submetidas à substituição tributária, como se observa no artigo 8º, § 2º:

“§ 2º O regulamento poderá deixar de considerar incluída no regime de substituição tributária qualquer das mercadorias constantes no Anexo I desta Lei, ou restringir a aplicação do regime em relação a determinadas operações ou prestações”.

Pelas redações da Constituição Federal, Lei Complementar 87/96 e Lei 7.014/96, consta sempre a expressão “poderá”, o que vem a ser uma faculdade, e não uma obrigação de que tal sistemática esteja presente na Lei, podendo, evidentemente, estar em norma hierarquicamente inferior, contrariamente ao entendimento da Recorrente.

Acaso a intenção do legislador fosse tornar a inclusão na Lei procedimento obrigatório, simplesmente colocaria a expressão “deverá”, o que, reitero, não ocorreu.

E mais: a própria Lei estadual traz em seu Anexo I, o rol de mercadorias submetidas à substituição tributária, o qual encontra o seu detalhamento na norma regulamentar.

Ademais, o sujeito passivo não nega a sua condição de substituto tributário.

Desta maneira, o legislador estabeleceu no artigo 291 do RICMS/12 o seguinte comando: “na hipótese do sujeito passivo por substituição adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com o imposto retido, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação própria como o imposto retido, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente com aquela mercadoria”.

Assim, nenhuma irregularidade existe, tal como defende a empresa Recorrente, na norma específica estabelecer os procedimentos a serem adotados quanto a figura da substituição tributária, prevista na Lei, como no caso em tela, o que contribui para a manutenção da infração quanto a este aspecto.

No que toca aos produtos e mercadorias entendidos pelo Fisco como submetidos à substituição tributária, sob o protesto da defesa, a questão não fica restrita a discussão jurídica, e sim, ao aspecto prático de se avaliar o Anexo 1 ao RICMS/12, a fim de se constatar a existência ou não da inclusão do mesmo, através da sua NCM e descrição em tal listagem.

A autuação compreende os anos de 2014, 2015 e 2016, e a resolução da matéria, se restringe a constatar se os produtos arrolados nos demonstrativos elaborados pelo autuante, estavam ou não abarcados pela substituição tributária, o que passo a fazer, iniciando pela NCM 3506.10.90, a qual, em 2014 se encontrava no item 24.92, com a raiz 3506 (Produtos de qualquer espécie utilizados como colas ou adesivos, acondicionados para venda a retalho como colas ou adesivos, com peso líquido não superior a 1 kilo, exceto cola bastão, cola instantânea e cola branca escolar), todavia, especificamente tal NCM 3506.10.90 se apresenta no item 40.6 (produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas (exceto cola escolar branca e colorida em bastão ou líquida nas posições 3506.10.90 e 3506.9190) e adesivos 2707, 2713, 2714, 2715, 3214, 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807), situação mantida em 2015. Para 2016, tal NCM deixou de figurar no Anexo 1 ao RICMS/12, durante todo o ano, e a partir de 01/01/2016.

Já a NCM 4016.93.00 não figura no rol daquelas submetidas à substituição tributária, em qualquer dos períodos abarcados pela autuação (2014 a 2016).

A NCM 3917, em 2014, se encontrava no Anexo 1 ao RICMS/12, no item 24.4 [tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção civil], o mesmo ocorrendo em 2015.

Em 2016, tal NCM se encontrava no item 1, (Peças, acessórios e componentes para veículos automotores), especificamente 1.2 [Tubos e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos], ou seja, fora da linha de produção da Recorrente, dirigida para o mercado de construção civil.

Por seu turno, a NCM 3922 em todo período (2014 a 2016) estava inserida no item 24.9 (2014 e 2015) e 8.13 (2016), no grupo de “banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, caixas de descarga e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos”.

Quanto a NCM 3925 estava na substituição tributária, em 2014 e 2015, no item 24.11 do Anexo 1 ao RICMS/12, com a seguinte descrição: “telhas, cumeeiras e caixas d’água de polietileno e outros plásticos”.

Para 2016, passou para os itens 8.15 e 8.16, respectivamente com a descrição de “caixa-d’água, inclusive sua tampa, de plástico, mesmo reforçadas com fibra de vidro” para a NCM 3925.1 e “outras telhas, cumeeira e caixa d’água, inclusive sua tampa, de plástico, mesmo reforçadas com fibra de vidro” para a NCM 3925.9.

Quanto a NCM 3926, o item 24.14 contempla os produtos “outras obras de plástico, para uso na construção civil”, em 2014 e 2015, ao passo que em 2016 está no item 8.20, com a descrição de “outras obras de plástico, para uso na construção”.

A NCM 8481, possui a previsão para substituição tributária, no item 24.83 [torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes], tanto para 2014, como para 2015, sendo que para 2016, estava no item 8.79 [torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipiente].

Concordo com as exclusões realizadas das NCMs 3814, 4009, 3506 e 4016, diante da falta de previsão para as mercadorias produzidas e/ou comercializadas pela Recorrente, com as mesmas, para efeito de substituição tributária, nos períodos indicados.

Da mesma forma, agiu corretamente o autuante ao expurgar as operações relativas a venda para entrega futura, vez ter sido, comprovadamente, destacado tanto o ICMS Normal, quanto o ICMS Substituição Tributária.

Como visto, a discussão ficou resumida ao ano de 2016, tendo o autuante realizado os ajustes entendidos como necessários para a correta cobrança do quantum devido efetivamente pelo contribuinte.

Diante do exposto, acolho os ajustes realizados, e julgo o lançamento procedente em parte, no valor de R\$ 139.199,51, diante das alterações ocorridas para o exercício de 2016, conforme demonstração acima, mantidos inalterados os valores para 2014 e 2015, ressaltando a dispensa da ciência do sujeito passivo da última intervenção do autuante, em observância ao artigo 127, § 8º do RPAF/99 (é dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela Recorrente).

Tendo em vista o encerramento das atividades do sujeito passivo neste Estado, chamo a atenção para o fato de que as comunicações e demais atos processuais devem ser encaminhados para os endereços indicados na petição de fl. 381, a fim de que nenhum transtorno seja causado ao mesmo.”.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 420/424)**, com base nas seguintes alegações:

- a) Afirma que a controvérsia reside em saber se a Recorrente se equivocou ao vender, sem reter o ICMS-ST e destacar o ICMS Normal, mercadorias supostamente sujeitas ao regime de substituição, cujas entradas se deram com retenção do ICMS-ST pelo remetente;
- b) No entender da Recorrente, não há que se falar em qualquer irregularidade em sua conduta, uma vez que, nos termos dos arts. 8º, II e 9º da Lei Estadual nº 7.014/96, não são sujeitos passivos por substituição tributária, aqueles que assumem a conduta da Recorrente, na medida em que a mesma recebeu mercadorias com ICMS já destacado. Pontuou juntamente, que nas operações de saída de mercadorias para não contribuintes do ICMS, nenhum valor de ICMS-ST é devido, não sendo possível, nesta hipótese, sequer presumir a ocorrência de operação subsequente;
- c) Discordou do Acórdão recorrido, primeiramente porque a suposta “prática não permitida na legislação...” realizada pela Recorrente, está em consonância com o que a lei permite expressamente nos arts. 8º, II e 9º da Lei Estadual nº 7.014/96. E segundo, pois no entender da Recorrente, a expressão “poderá”, contida na Constituição da República e na Lei Complementar nº 87/96, não foi empregada no sentido de que o legislador infraconstitucional pode escolher a espécie de ato normativo por meio do qual instituirá o ICMS Substituição Tributária (lei *lato sensu* ou lei *stricto sensu*), mas sim de que o legislador pode instituir ou não o ICMS-ST, desde que seja por lei formal;
- d) Observou que o primado da legalidade (encartado no art. 5º, II, e, em matéria tributária, no art. 150, I, ambos da Constituição Federal), veda que os entes tributantes exijam ou aumentem tributo sem lei que o estabeleça, independentemente da espécie do tributo ou da sistemática do recolhimento (ICMS Normal ou ICMS-ST);
- e) Deste modo, conclui que como foi o art. 291 do RICMS/BA que impôs à Recorrente, o dever de recolher o ICMS-ST e o ICMS Normal em operações de aquisição de mercadoria com o imposto já retido, e este preceito regulamentar é ato normativo infralegal (não sendo lei formal), conclui-se pela inaplicabilidade deste dispositivo à hipótese dos autos;

- f) Destacou ainda, que nas operações de saída de mercadorias para não contribuintes do ICMS, conforme CFOP indicado nos documentos fiscais anexados, nenhum valor a título de ICMS-ST é devido, pois nesta hipótese, não é possível presumir a ocorrência de operação subsequente, o que, consequentemente, afasta a incidência do ICMS-ST;
- g) Finalmente, pugnou pela procedência do Recurso Voluntário, para julgar integralmente improcedente o Auto de Infração em epígrafe, afastando a cobrança de ICMS Normal e do ICMS-ST, relativamente às operações cujas entradas se deram com retenção de ICMS-ST, em razão da inaplicabilidade do art. 291 do RICMS/BA; e ICMS-ST exigido nas demais operações;
- h) Subsidiariamente, requereu seja julgado parcialmente improcedente o Auto de Infração em epígrafe, para afastar a cobrança do ICMS Normal e do ICMS-ST relativamente às operações de saída de mercadorias para não contribuinte do ICMS; e o ICMS-ST exigido nas demais operações.

Posteriormente, os autos foram distribuídos para esta 1ª Câmara, com o objetivo de ser apreciado o Recurso Voluntário.

VOTO

Mediante o presente Auto de Infração, imputa-se ao sujeito passivo o cometimento de uma única infração, tipificada como *“deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, mas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado”*.

O sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, alegando em síntese, que: (i) os artigos 8º, II e 9º da Lei Estadual nº 7.014/96, afastariam sua condição de sujeito passivo por substituição tributária, tendo em vista que as mercadorias já haviam sido recebidas com o ICMS antecipado; e (ii) que determinadas operações objeto da autuação, se referem a operações de saída de mercadorias para não contribuintes do ICMS, conforme o CFOP indicado nos documentos fiscais, de modo que não seria devido nenhum valor a título de ICMS-ST.

Inicialmente, é preciso destacar que, após as exclusões realizadas pelo Autuante e que foram acatadas pela Junta de Julgamento, somente permanecem na autuação os produtos com os seguintes NCM'S 3917, 3922, 3925, 3926 e 8481, todos eles adquiridos pela Recorrente do Estado de São Paulo e que estão sujeitos à substituição tributária em razão do Protocolo ICMS nº 104/2009.

O referido protocolo, logo na sua cláusula primeira, estabelece que:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único deste Protocolo, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado - NCM / SH , destinadas ao Estado da Bahia ou ao Estado de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subseqüentes.

Observe que em todas as notas fiscais remanescentes, o tributo foi retido pelo remetente, tendo essa informação sido indicada no campo Informações Complementares. A título de exemplo, destaco a Nota Fiscal nº 231.287:

INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

CMST CONFORME PROTOCOLO 104/09 E 170/10 ISENTADO DO IPI CONFORME DECRETO 7212/10 ART 81 INC II DECRETO LEI 288/67 ART 9 E LEI 8387/91 ART 1 4500016352

Destaco ainda, com relação à Cláusula Quinta do Convênio ICMS 81/93, utilizada para descaracterizar a substituição tributária devida pelo fornecedor localizado no Estado de São Paulo, não pode ser aplicável no presente caso. Vejamos, primeiro, o teor do referido dispositivo:

***Cláusula quinta** A substituição tributária não se aplica:*

I - às operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria.

II - às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.

Parágrafo único *Sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no protocolo ou convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria.*

Da leitura da cláusula retro indicada, verifica-se que a substituição tributária não se aplica apenas quando a operação ocorrer entre sujeitos passivos por substituição da mesma mercadoria, conforme definido em protocolo ou convênio.

No caso do Protocolo ICMS 104/2009, já foi evidenciado que o sujeito passivo por substituição é o remetente em operação interestadual destinada ao Estado da Bahia ou ao Estado de São Paulo. Assim, conquanto os fornecedores se enquadrem como substitutos tributários, posto que remeteram mercadorias de São Paulo para a Bahia, o mesmo não ocorre com a Recorrente, que apenas efetuou operações internas com as mercadorias adquiridas do Estado de São Paulo. Logo, inaplicável ao presente caso, o quanto disposto no inciso I, da Cláusula Quinta do Convênio ICMS 81/93.

Entretanto, apesar das razões tecidas acima, não se pode olvidar do quanto disposto no art. 291 do RICMS/BA, notadamente em razão da Recorrente também ser fabricante dos produtos adquiridos, sendo necessário, portanto, uniformizar o estoque nos termos determinados no dispositivo:

Art. 291. Na hipótese do sujeito passivo por substituição adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com o imposto retido, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação própria como o imposto retido, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente com aquela mercadoria.

Pontuo, que foge à competência deste Conselho afastar a aplicação de norma vigente, nos termos do art. 167 do RPAF/BA, razão pela qual deixo de apreciar as alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade veiculadas na defesa.

Por fim, afasto a tese subsidiária de que determinadas operações teriam sido destinadas a não contribuintes e que por isso deveriam ser excluídas da autuação. Conforme se verifica da documentação acostada pela defesa, as referidas operações foram destinadas a DARIVAN BERTUNES DA ROCHA - ME, CNPJ nº 17.079.182/0001-30, microempresa cuja atividade econômica principal é o Comércio varejista de materiais de construção em geral. O simples fato do CFOP aposto no documento fiscal indicar venda para não contribuinte, por si, não tem o condão de atestar as alegações recursais.

Ante tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206833.0003/18-6**, lavrado contra **TIGRE S.A. - PARTICIPAÇÕES**, devendo ser intimado o recorrente, para recolher imposto no valor de **R\$139.199,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LEONEL ARAÚJO SOUZA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS