

A. I. N° - 269511.3005/16-0
AUTUADO - TELEAÇO BAHIA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - LUIS ANTONIO MENESES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27/02/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0016-03/20

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Infração caracterizada. 2. ALÍQUOTA. a) ERRO NA APLICAÇÃO. b) VENDAS INTERESTADUAIS A NÃO CONTRIBUINTES. Autuado não elide a acusação fiscal. Infrações subsistentes. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração comprovada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO b) MATERIAIS PARA USO E CONSUMO. Infrações subsistentes. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. O autuado não elide a acusação fiscal. Infração mantida. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias não registradas. Infração subsistente. Rejeitadas preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2016, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$221.384,33, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.06. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de julho, agosto e outubro de 2013. Exigido o valor de R\$10.535,76, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 03.02.02. Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$14.583,30, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 03.02.05. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$100.129,28, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 03.02.07. Recolhimento a menos de ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, nos meses de julho a outubro de 2013, abril a junho e dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$4.653,90, acrescido da multa de 60%;

Infração 05 - 06.01.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de julho e outubro de 2013. Exigido o valor de R\$137,00, acrescido da multa de 60%;

Infração 06 - 06.02.01. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro a julho, outubro e dezembro de 2013, janeiro, maio, agosto, outubro e dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$2.499,39, acrescido da multa de 60%;

Infração 07 - 07.01.02. Recolhimento a menos 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, nos meses de março a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$88.027,89, acrescido da multa de 60%;

Infração 08 - 16.01.01. Entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril e julho de 2013, janeiro, fevereiro, maio, agosto, setembro e dezembro de 2014. Exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias no valor de R\$817,81.

O Autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 83, ingressa com impugnação às fls. 39 a 82, depois de reproduzir o teor das infrações com seus respectivos dispositivos legais infringidos, apresenta os argumentos sintetizados a seguir.

Revela que a autuação está eivada de vícios que a comprometem. Registra que, consoante se depreende do próprio Auto de Infração e imposição de multa, por exemplo, na Infração 07, a infração foi capitulada nos art. 8º, inciso II, e §3º, e art. 23, da Lei 7.014/1996, combinado com o art.289, do RICMS-BA/2012. Assinala que de uma simples leitura do art.8º, conclui-se que a norma trata da obrigação de retenção de ICMS - ST, ou seja, do ICMS-ST na condição de substituto tributário. Observa que no presente caso, a suposta irregularidade teria ocorrido na entrada de mercadorias e não nas saídas dessas mercadorias.

Relata que no arquivo em formato PDF, juntado aos autos no CD, nomeado DEMONSTRATIVO - SUBST TRIBUTÁRIA - FALTA DE ANTECIPAÇÃO TOTL - LISTA DE NOTAS E ITENS_2014, o Autuante tenta descrever analiticamente o caminho percorrido para a apuração da irregularidade, para em seguida sintetizar as informações no arquivo DEMONSTRATIVO -SUBST TRIBUTÁRIA - FALTA DE ANTECIPAÇÃO TOTAL - RESUMO_2014, todavia, frisa que o objetivo não foi alcançado.

Diz que no primeiro arquivo, o Autuante nomeia as colunas constantes em A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K e L. Na coluna J, afirma que o valor apresentado é o resultado da seguinte equação: $(A-E+D)*G*I$ ou $F*H$, contudo aplicando essa fórmula, não se chega aos valores constantes na coluna J. Para exemplificar, toma por base a primeira linha apresentada na planilha:

Primeira equação: $(A-E+D)*G*I$

Logo: $(2.520,00-0,00+0,00) * 7\%$, se teria R\$176,40 e não R\$4.348,26, como esta listado na planilha.

Segunda equação: $F*H$

Logo: $(150*72,55\%)$, se teria R\$108,82 e não R\$4.348,26, como esta listado na planilha. Acrescenta que além desse equívoco, na coluna L, o valor apresentado deveria ser o produto de: $J*G-K$, mesmo admitindo que J, seja o valor apresentado na planilha (R\$4.348,26), não se chega ao valor apresentado.

Equação: $J*G-K$. Logo: $R\$4.348,26 * 7\% - R\$176,40$, teríamos R\$127,98, e não R\$562,80, como apresentado na planilha.

Frisa que além da divergência de capitulação legal do fato no Auto de Infração, já que o Autuante enquadra a infração em artigo diverso do que conota os fatos, também há equívoco, sucessivos equívocos na apuração e demonstração dos valores levantados na infração. Prossegue observando no Auto de Infração nº 269511.3006/16-6, lavrado na mesma fiscalização, a Infração 01, que é idêntica a essa, divergindo apenas por se tratar de valores supostamente devidos no ano de 2013, traz o seguinte enquadramento: “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 exterior”. Diz que mesmo se tratando de situações iguais, apenas em exercícios diferentes, até mesmo os artigos citados foram diferentes. Relata que na Infração 01 do

auto nº 269511.3006/16-6, foram listados os seguintes artigos: 8º, inciso II, e §3º, do art. 23, da Lei 7014/96, enquanto nesta infração foram citados os seguintes artigos: 8º, inciso II, e §3º; art.23, da Lei 7.014/96.

Lembra que, segundo o art.39, incisos III e V, do RPAF-BA/99, o Auto de Infração deverá conter a descrição dos fatos considerados infrações e ainda a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador.

Diz que apesar da imposição legal a indicação do dispositivo violado diverge da suposta infração cometida, tendo em vista que aponta dispositivo legislativo aplicado aos casos de ICMS-ST na condição de substituto tributário (retenção) nas saídas de mercadorias, e a infração ocorre no recolhimento do ICM-ST por antecipação tributária nas entradas de mercadorias.

Afirma ser flagrante o cerceamento de defesa do contribuinte, uma vez que não pode se defender de uma infração se desconhece seu fundamento e que foi enquadrada em dispositivo legal, diverso da infração cometida.

Menciona que determina o art.18, inciso II e IV, do RPAF-BA/99, que são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa e ainda serão nulos os lançamentos de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.

Assinala que no presente caso, além de haver a flagrante preterição do seu direito de defesa, tendo em vista que a notificação de lançamento traz dispositivo diverso do supostamente violado, que inclusive, diverge do contido na Infração 07 do Auto de Infração nº 269511.3006/16-6, infração idêntica a esses, divergindo apenas no ano da suposta irregularidade, o Auto de Infração não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração tendo em vista que as fórmulas apresentadas para demonstrar o levantamento de valores das infrações, não condizem com os valores apresentados pelo próprio auditor. Frisa que se o próprio Autuante não conseguiu demonstrar os valores apurados, muito menos poderá ele se defender. Arremata revelando ser esse o entendimento do CONSEF, citando como exemplo a decisão exarada no o Acórdão JF nº 0003-01/15 da Primeira Junta de Julgamento Fiscal, para requerer a anulação do presente Auto de Infração.

Ao tratar do mérito da autuação em relação às Infrações 01, 02, 04, 05, 06 e 08, destaca que não foi demonstrado de forma clara as irregularidades cometidas, uma vez que o Autuante apenas limitou-se a juntar aos autos arquivos em PDF, que impedem o contribuinte de entender o caminho percorrido para a apuração dos valores cobrados. Observa que não são indicadas as origens das mercadorias, alíquotas de crédito, composição da base de cálculo, existência de benefícios fiscais ou reduções de base de cálculo. Registra que o Auto de Infração simplesmente traz planilhas em formato PDF que, segundo seu entendimento não dão suporte às infrações.

Afirma ser impossível com os arquivos em formato PDF chegar aos valores apurados, pois, conforme já demonstrado, apresentam equívocos nas determinações das fórmulas.

Em relação à Infração 03, que lhe imputa o recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, afirma que esse item da autuação não merece prosperar.

Revela que com base nos arquivos DEMONSTRATIVO-DÉBITO A MENOR - ERRO NA DETERM DA BASE CÁLCULO - LISTA DE NOTAS E ITENS_2013, DEMONSTRATIVO - DÉBITO MENOR - ERRO NA DETERM DA CARGA TRIB - SAÍDAS PELO ECF - ANÁLITICO_2013, DEMONSTRATIVO - DÉBITO A MENOR - ERRO NA DETERM DA BASE CÁLCULO - LISTA DE NOTAS E ITENS_2014, DEMONSTRATIVO - DÉBITO MENOR - ERRO NA DETERM DA CARGA TRIB - SAÍDAS PELO ECF - ANÁLITICO_2014, supõem-se que a infração tem origem na aplicação da redução da base de cálculo na comercialização interna das mercadorias listadas. Informa que aplicou corretamente a redução de base de cálculo, de forma que a incidência de ICMS seja de 12%, tendo sido desconsiderado pelo Autuante a redução que aplicou alíquota de 17%. Arremata asseverando que essa divergência concentra-se na comercialização basicamente dos seguintes produtos: Barra, perfil, lambri, chapa e demais produtos listados nos citados arquivos.

Lembra que o Convênio ICMS 33/96, determina na comercialização interna das mercadorias listadas com o respectivo código da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria - NBM/SH, a aplicação da

redução de base de cálculo de forma que a incidência do ICMS seja de 12%, conforme lista que reproduz, às fls. 74 e 75. Prossegue destacando que os citados produtos estão na NBM 7214 - BARRAS DE FERRO OU AÇOS NÃO LIGADOS, SIMPLEMENTE FORJADAS, LAMINADAS, ESTIRADAS OU EXTRUDADAS, A QUENTE, INCLUÍDAS AS QUE TENHAM SIDO SUBMETIDAS A TORÇÃO APÓS A LAMINAGEM.

Registra que o RICMS-BA/12, em seu art. 266, inciso II, determina que além das mercadorias listadas no Convênio ICMS nº 33/96, as listadas neste inciso também serão beneficiadas com a redução de base de cálculo, de forma que a incidência de ICMS seja de 12%, cujo teor transcreve.

Menciona que o RICMS-BA/2012, ampliou o alcance do Convênio ICMS 33/96, ou seja, além dos produtos listados nesse convênio, terão direito a redução da base de cálculo os produtos listados nesse artigo. Observa que no texto do artigo o legislador utiliza a preposição “e”, ou seja, aqueles do convênio, mais esses deste artigo. Cita como exemplo, os produtos de NCM 7217 (alínea “a”), 7326.2 (alínea “e”), 7314.4 (alínea “d”) e 7313 (alínea “b”), estão no art. 266, inciso II, do RICMS e não estão listados no Convênio ICMS nº 33/96. Aduz que, se para ter direito a redução de base de cálculo é necessário estar no convênio e no RICMS, não vislumbra qual a utilidade dos citados produtos estarem listados no RICMS se não estão listado no Convênio. Diz ser óbvio, numa hermenêutica finalística, que o legislador do RICMS ampliou o alcance do benefício, acrescentando aos produtos listado no Convênio ICMS nº 33/96 listados no inciso II, do art. 266.

Sustenta não haver o que se falar em diferenças ou valores a recolher a título de ICMS, tendo em vista que as divergências decorrem da aplicação de alíquota de ICMS de 17% (interna) no cálculo da apuração deste imposto, conforme se supõem dos cálculos apresentados nas planilhas juntadas aos autos, enquanto corretamente recolheu o valor devido, aplicando redução de base de cálculo, de forma que a incidência seja de 12%, conforme determina o Convênio ICMS nº 33/96 e o art. 266, inciso II, do RICMS-BA/12.

Destaca que na determinação da infração não indica que a origem dos valores cobrados decorre da utilização do benefício fiscal do Convênio 33/1996, mas um fato que impõem a completa nulidade deste auto.

Quanto à Infração 07, frisa que além do quanto já expendido no tocante a flagrante nulidade do Auto de Infração, no mérito esse item da autuação também não deve subsistir.

Lembra que a autuação imputa recolhimento a menos do ICMS-ST. Afirma que da análise dos demonstrativos, em especial do arquivo DEMONSTRATIVO – SUBST TRIBUTÁRIA – FALTA DE ANTECIPAÇÃO TOTAL – LISTA DE NOTAS E ITENS_2014, supõem-se que estão sendo cobradas diferenças de ICMS-ST, nas entradas dos seguintes produtos: Vergalhão, treliça, malha pop reforçada, arame, ferro CA60, tela ondulada, fechadura, kit para portão, Stanley de ferro, dobradiça, porca, estas mercadorias possuem as NCMs que enumera, fl. 78.

Declara que, apesar da divergência de enquadramento da infração, da fundamentação e dos equívocos na tentativa de demonstrar nas planilhas os valores apurados, acredita-se que os supostos valores recolhidos a menos, tenham origem no embate sobre a aplicação da redução de base de cálculo nos termos do convênio 33/1996, nas mercadorias objeto desta infração.

Revela que o Convênio 33/1996 determina a comercialização internadas das mercadorias listadas com a respectiva NBM/SH - Nomenclatura Brasileira de Mercadoria, sofram redução de base de cálculo de forma que a incidência do ICMS seja de 12%, cuja lista transcreve. Continua registrando que RICMS-BA/12, em seu art. 266, inciso II, determina que além das mercadorias listadas no Convênio ICMS Nº 33/1996, as listadas neste inciso também serão beneficiadas com a redução de base de cálculo, de forma que a incidência de ICMS seja de 12%, cujo teor reproduz às fls. 79 e 80. Arremata reprisando os argumentos alinhados na defesa do item 03 da autuação.

Conclui pugnando pela improcedência da autuação.

O autuante presta informação fiscal, fls. 95 a 101, inicialmente reproduz as razões de defesa articuladas pelo impugnante, em seguida alinha os seguintes argumentos.

No tocante à arguição de nulidade suscitada pelo defendente, registra que cabe destacar o conteúdo que está presente à fl. 01, na Descrição dos Fatos do presente auto de infração, a saber: A fiscalização foi realizada utilizando o Sistema Integrado de Auditoria Fiscal - SIAF, abrangendo os exercícios de 2013 e 2014, baseando-se pela Escrituração Fiscal Digital- EFD, nas NFes - Notas Fiscais Eletrônicas emitidas e nas destinadas ao contribuinte, além dos demais documentos apresentados pelo contribuinte conforme solicitados no Termo de Intimação. Registra que a fiscalização utilizou-se do Sistema Oficial da Secretaria da Fazenda para execução de roteiros de Auditoria Fiscal e Contábil, sendo todos os demonstrativos apresentados para comprovação das infrações gerados a partir desse sistema.

Explica que a lavratura do Auto de Infração também se dá através de Sistema Oficial da SEFAZ, o Sistema de Lançamento de Crédito Tributário -SLCT, o qual determina o enquadramento legal e a multa a ser aplicada para cada infração identificada pelo Autuante.

Quanto à Infração 07, citada como exemplo pelo Impugnante, explica que não difere da Infração 01 do Auto de Infração 2695113006/16-6, se distingue, apenas pelo ano do cometimento da mesma. Destaca que, enquanto esta trata de recolhimento a menos do imposto devido por antecipação tributária, aquela cobrada no outro Auto de Infração trata de falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, é decorrente da mesma ação fiscalizadora (mesma Ordem de Serviço) e, justamente por ser diferente e ser de valor de débito tributário superior a R\$200.000,00, por orientação da Administração Tributária, foi desmembrada automaticamente pelo SLCT em lançamentos distintos. Para esclarecer reproduz o teor dos dispositivos, art.8º, inciso II e §3º; art. 23 da Lei 7.014/96, e do com art. 289 do RICMS-BA/12, indicados no enquadramento legal da infração 07.

Quanto ao enquadramento legal da infração 07, revela não saber de onde vem a alegação do Impugnante de que a capitulação legal diverge dos fatos conotados na referida infração. Explica que mesmo se tivesse havido erro quanto ao enquadramento legal da infração, o que não é o caso em tela, este fato por si só não seria suficiente para nulidade do lançamento, conforme preceitua o art. 19, do RPAF-BA/99.

Em relação à alegação de que as fórmulas apresentadas para demonstrar o levantamento de valores das infrações não condizem com os valores apresentados pelo próprio autuante, assinala que somente seria aceitável um possível questionamento a respeito de como é calculada a antecipação tributária, se estivéssemos aqui tratando com leigos no assunto, ou se o objetivo de tal questionamento tivesse o caráter meramente protelatório da lide. Diz acreditar que o Impugnante não analisou com o devido cuidado a realização dos cálculos apresentados nos demonstrativos. Observa que o exemplo apresentado pelo Impugnante toma a primeira linha do DEMONSTRATIVO - SUBST TRIBUTÁRIA - ANTECIPAÇÃO A MENOR - LISTA DE NOTAS E ITENS_2014.

Observa que o item em questão é FECH DE PORTAO - SOBREPOR -10, cujo valor é R\$2.520,00 e teve ICMS destacado na nota de origem 176,40 (a alíquota da nota fiscal de entrada foi de 7%). Informa que o item não teve desconto nem IPI, a MVA aplicada é de 72,55%, e não possui redução de base de cálculo. Responde a indagação da defesa asseverando que o valor da base de cálculo da substituição tributária surge do valor do item, menos o desconto, mais o IPI, e acrescentado da MVA, ou seja, $2.520,00 \times 1,7255 = 4.348,26$.

Prossegue frisando que para calcular a antecipação tributária pega-se a base de cálculo da substituição tributária, dando a redução de base de cálculo, se houver, aplica-se a alíquota interna e abate o imposto que veio corretamente destacado no documento fiscal de entrada, ou seja, $(4.348,26 \times 17\% = 739,20) - 176,40 = 562,80$. Por isso, sustenta está perfeitamente demonstrado o valor da antecipação tributária deste item, que foi de 562,80. Esclarece que assim se procede para os demais itens do demonstrativo.

Assevera que com as informações até aqui prestadas, refutam-se todas as alegações quanto à nulidade do auto de infração, visto não haver vícios, nem preterição do direito de defesa identificados no PAF que dessem causa à anulação dos lançamentos.

Reafirma, quanto às alegações atinentes às Infrações 01, 02, 04, 05, 06 e 08, que o Impugnante não se deu ao trabalho de analisar com o devido cuidado a realização dos cálculos apresentados nos

respectivos demonstrativos. Destaca que os elementos suficientes para se determinar, com segurança, as infrações, tais como origens das mercadorias, alíquotas de crédito, composição da base de cálculo, existência de benefícios fiscais ou reduções de base de cálculo, e outros, ao contrário do alegado pelo Impugnante, estão todos os presentes nos demonstrativos gravados em mídia CD à fl. 33. Informa que esses demonstrativos foram gerados através do Sistema Oficial da SEFAZ para execução de roteiros de Auditoria Fiscal e Contábil (Sistema Integrado de Auditoria Fiscal-SIAF), tendo como base a Escrituração Fiscal Digital - EFD, as NFes (Notas Fiscais Eletrônicas) emitidas e as destinadas ao contribuinte, além dos demais documentos apresentados pelo contribuinte. Observa que ainda teve o cuidado de apresentar os Registros Fiscais de Entradas extraídos a partir da EFD, além dos arquivos XML das NFes que não foram registradas na escrita fiscal, todos também gravados na mídia CD retro citada.

Esclarece que a Infração 03 cobra a diferença de ICMS que deixou de ser recolhido em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, pois o contribuinte adotou a redução de base de cálculo de acordo com o Convênio ICMS 33/1996 c/c o art. 266, inciso II, do RICMS-BA/12, para algumas mercadorias que não estão contempladas pelo benefício fiscal. Sustenta tratar-se de grande equívoco cometido pelo contribuinte, pois confundiu a codificação adotada no citado Convênio, que é Classificação NBM/SH, com a codificação adotada no Dec. do RICMS/BA, que é Classificação NCM, ou seja, o contribuinte pegou a codificação das mercadorias que deram entrada no estabelecimento através de NFe, portanto todas codificadas com a NCM, e as tratou como se fossem códigos da NBM/SH.

Salienta que a Classificação NBM/SH adota 10 números, enquanto que a Classificação NCM adota oito números. Acaso fosse possível aceitar a confusão entre as Classificações adotadas no Convênio e no Decreto, ainda assim as mercadorias objeto da cobrança do imposto não estariam contempladas pelo benefício, pois seus códigos não se enquadram, nem por um sistema, nem pelo outro:

- Barra – códigos NCM das mercadorias: 7211.14.00, 7214.91.00 e 7216.91.00;
- Perfil / Lambri - códigos NCM das mercadorias: 7210.41.10, 7216.61.10, 7216.61.90, 7216.91.00;
- Chapa - códigos NCM das mercadorias: 7208.39.00, 7208.40.00, 7208.52.00, 7209.26.00, 7210.49.10, 7320.10.00, 8503.00.10.

Assevera restar evidente que o RICMS-BA/12 não ampliou o alcance do Convênio ICMS 33/96, e sim o acolheu, descrevendo as mercadorias que poderiam ser beneficiadas com a redução de base de cálculo, apresentando-as já com a nova Classificação NCM.

Em relação à Infração 07 que cobra a diferença de ICMS que foi recolhido a menos por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, afirma que os demonstrativos apresentados para comprovar a infração foram DEMONSTRATIVO - SUBST TRIBUTÁRIA - ANTECIPAÇÃO A MENOR - LISTA DE NOTAS E ITENS_2014 e DEMONSTRATIVO - SUBST TRIBUTÁRIA - ANTECIPAÇÃO A MENOR - RESUMO_2014, que estão gravados em mídia CD à fl. 33.

Relata que as alegações da Impugnante sobre divergência de enquadramento da infração, da fundamentação e dos equívocos na tentativa de demonstrar nas planilhas os valores apurados, já foram totalmente refutadas nas informações retro prestadas acerca da arguição de nulidade.

Quanto ao equívoco cometido pelo contribuinte no tratamento das mercadorias que se enquadram no benefício de redução de base de cálculo, conforme estabelecem o Convênio ICMS 33/1996 e o art. 266, inciso II, do ICMS-BA/12, também já houve a devida explicação na informação prestada para a Infração 03.

Sustenta que o Impugnante não analisou com o devido cuidado o demonstrativo da infração, pois, se assim o tivesse feito, teria verificado que foram dadas as reduções de base de cálculo para as mercadorias contempladas com o benefício fiscal.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Na assentada do julgamento os membros dessa 3ª JF, decidiram converter os autos em diligência, fl. 108, para que o Autuante:

- a) Refizesse os demonstrativos das infrações corrigindo os títulos das colunas, quando cabível, para que refletissem exatamente as operações efetuadas em cada linha correspondente;
- b) Intimasse o Impugnante, mediante recibo, para entrega do CD constando os novos demonstrativos, juntamente com a cópia desse pedido de diligência reabrindo-se de defesa de sessenta dias;
- c) Caso o autuado apresentasse as comprovações de suas alegações, efetuasse revisão do lançamento, procedendo às exclusões das operações efetivamente comprovadas, e por fim, se necessário, elaborasse novos demonstrativo de apuração e de débito das infrações.

O Autuante apresenta o resultado da diligência, fl. 113, informando que foram refeitos os demonstrativos das Infrações 02, 03 e 06 que demandaram correções nos títulos das colunas, de modo que refletissem exatamente as operações efetuadas em cada linha correspondente. Explicou que além dos demonstrativos refeitos conforme acima discriminados, o arquivo em Excel denominado Demonstrativos - Teleação” contendo planilhas de todas as infrações cobradas no Auto de Infração também consta no CD da diligência, a fim de facilitar, tanto para o Autuado como para os Julgadores a conferência das operações efetuadas e os valores apresentados nos respectivos demonstrativos, ressaltando que não ocorrera quaisquer alterações nos valores originalmente exigidos.

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência, o Autuado se manifesta às fls. 119 a 131, reiterando integralmente suas razões de defesa alinhadas em sua impugnação e não se pronunciou acerca dos demonstrativos refeitos pelo Autuante no atendimento da diligência solicitada, cujas cópias lhe foram entregues conforme recibo acostado à fl. 116, informando expressamente a reabertura do prazo de defesa de sessenta dias.

O Autuante presta nova informação, fls. 135 e 136, assinalando que o Impugnante ao tomar ciência do resultado da diligência realizada reiterou todos seus argumentos e razões de defesa já apresentados na Impugnação.

Informou ainda que o Impugnante inovou apenas em relação à citação do Acórdão JF Nº 0072-05/17, cuja ementa colacionou aos autos, fl. 130. Acrescenta esclarecendo que no citado Auto de Infração a acusação fiscal diz respeito à falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária referente ao exercício de 2013 e que não foi declarada nula ou improcedente pelo acórdão, mas sim convertida a exigência fiscal em multa de 60% sobre o valor do tributo não antecipado, por entenderem os julgadores que ocorrera tributação regular pelo regime normal nas saídas. Explicou ainda que a Infração 07 da presente lide exige a antecipação tributária feita a menos referente a fatos geradores de 2014. Arremata assinalando que o Autuado não consegue comprovar que as mercadorias elencadas no levantamento fiscal não pertencem à substituição tributária ou que foram tributadas normalmente nas saídas. Conclui frisando que, por serem situações distintas, não se pode aplicar o entendimento adotado no Acórdão citado pelo Impugnante.

Pautado para julgamento no dia 08/05/2018, o Auto de Infração foi retirado de pauta, em atendimento à solicitação do patrono do Autuado, por se encontrar fora do país nessa data.

Em nova diligência, fl. 150, essa 3ª JF solicitou que o Impugnante fosse intimado a apresentar a comprovação de que, em relação à Infração 07, todas as saídas posteriores foram tributadas normalmente.

O Autuado não atendeu ao quanto solicitado alegando que a comprovação já se encontrava nos autos e que essa atribuição era de responsabilidade do Autuante.

VOTO

O Defendente suscitou preliminar de nulidade do presente Auto de Infração, alegando cerceamento de defesa por não conhecer as razões exatas e o fundamento que lavaram à exação pretendida pelo Fisco, pelo fato de apontar enquadramento legal diverso do fato objeto da autuação e pelas fórmulas

constantes dos demonstrativos de apuração, por não condizerem com os valores apresentados pelo próprio Autuante.

Não deve prosperar a alegação da defesa, uma vez que o enquadramento legal de todas as infrações que compõem a autuação corresponde exatamente a cada uma das irregularidades cometidas, conforme estatuído pela legislação de regência.

É o que se depreende claramente, por exemplo do enquadramento legal da Infração 07 - *recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação* - citada pelo Autuado ao suscitar a preliminar de nulidade, ou seja, o art. 8º, inciso II, e §3º; art. 23 da Lei 7.014/96:

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

[...]

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

[...]

§ 3º O cálculo do imposto a ser recolhido por antecipação ou substituição tributária será feito em função do disposto no art. 23.

[...]

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

[...]

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, 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 subseqüentes.*

Combinado com o art. 289 do RICMS-BA/12:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

Logo, resta patente que a legislação foi aplicada de forma explícita, com indicação do dispositivo violado, da penalidade aplicada, e enumeração dos instrumentos legais que embasam a acusação fiscal, o que, igualmente, não pode ser alegado como motivo para a nulidade do Auto de Infração.

A alegação do defendente em relação aos demonstrativos de apuração, de que as fórmulas que calculam os conteúdos de cada uma das colunas dos demonstrativos de apuração da exigência fiscal das infrações não correspondem aos valores indicados pelo próprio Autuante, foi ultrapassada pela conversão dos autos em diligência para esse fim, que resultou nos esclarecimentos cabíveis e reaberto o prazo de defesa, o qual teve seu termo final, sem que o Autuado se manifestasse sobre o tema. .

Verifico que resta evidenciado com clareza a explanação apresentada pelo Autuante, em sede de informação fiscal, ao rebater o exemplo apontado na defesa como indício de suposta inconsistência dos demonstrativos em relação ao item “FECH DE PORTAO - SOBREPOR - 10” na primeira linha do “DEMONSTRATIVO - SUBST TRIBUTÁRIA - ANTECIPAÇÃO A MENOR - LISTA DE NOTAS E ITENS_2014”.

O valor do referido item é R\$2.520,00, e teve o ICMS destacado na nota de origem, R\$176,40, (a alíquota da nota fiscal de entrada foi de 7%). O item não teve desconto, nem IPI, a MVA aplicada é de 72,55%, e não possui redução de base de cálculo. O valor da base de cálculo da substituição tributária é obtido do valor do item, menos o desconto, mais o IPI, e acrescentado da MVA, ou seja, R\$2.520,00 x 1,7255 = R\$4.348,26. Calcula-se a antecipação tributária a partir da base de cálculo da substituição tributária, dando a redução de base de cálculo, se houver, aplica-se a alíquota interna e abate o

imposto que veio corretamente destacado no documento fiscal de entrada, ou seja, (R\$4.348,26 x 17% = R\$739,20) - R\$176,40 = R\$562,80.

Assim, fica demonstrado o cálculo do valor da antecipação tributária deste item, que foi de R\$562,80, cujas operações afiguram-se claramente explicitadas no cabeçalho de cada coluna desse demonstrativo, e dos atinentes às demais infrações. Inexistindo, portanto, qualquer equívoco nas fórmulas utilizadas na sequência de apuração da exigência fiscal e aplicadas nos demonstrativos.

Ademais, para que não pairassem quaisquer dúvidas nas fórmulas aplicadas nos demonstrativos atinentes às Infrações 02, 03 e 07, os membros desta 3ª JF, decidiram na assentada do julgamento converter os autos em diligência, para que fosse verificada a fidedignidade de todas as fórmulas e, se necessário para melhor e indubitosa explicitação, elaborados novos demonstrativos e entregues cópia ao autuado, reabrindo-se o prazo de defesa de sessenta dias. A diligência foi realizada e o Impugnante cientificado, e não apresentou qualquer ponderação acerca de suas alegações defensivas em relação aos novos demonstrativos elaborados que também foram convertidos em EXCEL, fl. 113.

Constato também que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, bem como foram respeitados os princípios do processo administrativo fiscal, inclusive o da ampla defesa, plenamente exercido no feito pelo Autuado, veiculado na forma de suas manifestações, tendo sido apreciado o teor, não somente da acusação fiscal, como, de igual modo, os argumentos e elementos defensivos coligidos nos autos.

Pelo expendido, e por restar evidenciado que nos autos não se encontram presentes os motivos elencados na legislação, precipuamente os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, que pudessem inquirir de nulidade o presente lançamento, concluo pela rejeição das preliminares de nulidade suscitadas pelo Autuado.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de oito infrações à legislação do ICMS, conforme descrição pormenorizada enunciada no preâmbulo do relatório.

Em relação às Infrações 01, 02, 04, 05, 06 e 08, o Impugnante não adentrou ao mérito da acusação fiscal, alegando, tão-somente, - à guisa de preliminar de nulidade, cerceamento de defesa de forma genérica sem apontar objetivamente qualquer inconsistência de *“que não foram demonstradas de forma clara as irregularidades cometidas não indicando o caminho percorrido para a apuração dos valores exigidos e lastreadas em planilhas formato PDF e com equívocos nas fórmulas”*.

Depois de examinar e constatar que o cometimento das irregularidades apuradas nessas infrações, encontram-se corretamente enquadrada legalmente na legislação de regência e devidamente lastreadas em demonstrativos de apuração, cujos arquivos em mídia CD, mediante diligência, fl. 113, foram convertidos de PDF, para EXCEL e entregues ao Autuado com reabertura do prazo de defesa, que explicitam devidamente a origem da exigência fiscal, e considerando que as ponderações indicadas pela defesa em relação a estas infrações já foram enfrentadas e ultrapassadas em sede de preliminar de nulidade, concluo pela procedência dos itens 01, 02, 04, 05, 06 e 08 do presente Auto de Infração.

A infração 03, trata do recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Em suas razões de defesa, o impugnante contestou a acusação fiscal, assinalando que a divergência concentra-se basicamente na comercialização dos itens: Barra, Perfil, Lambri, Chapa e demais produtos listados nos arquivos. Para os quais aplicou a redução da base cálculo, de forma que a incidência de ICMS fosse de 12%. A fiscalização desconsiderou a redução e aplicou a alíquota de 17%. Sustentou que o inciso II, do art. 266 do RICMS-BA/12, ampliou o alcance do Convênio ICMS nº 33/96, ou seja, além dos produtos listados no anexo do convênio, acrescentou os listados no Regulamento.

O Autuante, ao prestar informação fiscal, esclareceu que o defendente adotou a redução de base de cálculo de acordo com o Convênio ICMS 33/1996 c/c o art. 266, inciso II do RICMS-BA/12, para algumas mercadorias, que não estão contempladas pelo benefício fiscal. Observou que o Autuado

equivocou-se, pois, confundiu a codificação adotada no citado Convênio, que é Classificação NBM/SH, com a codificação adotada no RICMS-BA/12, que é Classificação NCM, ou seja, o contribuinte pegou a codificação das mercadorias que deram entrada no estabelecimento através de NFe. Assinalou que as mercadorias, objeto da cobrança do imposto, não estariam contempladas pelo benefício, pois seus códigos não se enquadram, nem por um sistema, nem pelo outro, a exemplo dos itens: *i*) - Barra - códigos NCM das mercadorias: 7211.14.00, 7214.91.00 e 7216.91.00; *ii*) - Perfil / Lambri - códigos NCM das mercadorias: 7210.41.10, 7216.61.10, 7216.61.90, 7216.91.00; *iii*) - Chapa - códigos NCM das mercadorias: 7208.39.00, 7208.40.00, 7208.52.00, 7209.26.00, 7210.49.10, 7320.10.00, 8503.00.10.

Sustentou restar evidente que o RICMS-BA/12, não ampliou o alcance do Convênio ICMS 33/96, e sim o acolheu, descrevendo as mercadorias que poderiam ser beneficiadas com a redução de base de cálculo, apresentando-as já com a nova Classificação NCM.

Convém salientar que o Convênio ICMS 33/96, ao estatuir a redução de base de cálculo do imposto nas operações internas com ferros e aços não planos comuns, afigura-se como uma norma de natureza autorizativa, como claramente se depreende do teor de sua ementa: *“Autoriza os Estados que menciona a reduzir a base de cálculo do ICMS nas operações internas com ferros e aços não planos comuns”*. Em sendo um Convênio autorizativo, o benefício depende de implementação na legislação interna de cada unidade federada, que poderia incluir todos, parte ou nenhum dos produtos listados na norma matriz, ou seja, o Convênio ICMS 33/96.

Depois de examinar os elementos que emergiram do contraditório em torno desse item da autuação, constato que, de fato, os itens elencados no Anexo que integra o Convênio ICMS 33/1996, estão classificados pelo sistema NBM/SH, o código das mercadorias possui dez dígitos, já os itens constantes do inciso II, do art. 266 do RICMS-BA/12, estão classificados pelo sistema NCM, cuja estrutura do código tem somente oito dígitos. O que significa dizer que, ao se converter uma mercadoria de um sistema para o outro, os oito primeiros dígitos de ambos os sistemas têm que ser iguais, a única distinção é que no sistema NBM, conterà 2 dígitos a mais

Verifico também, que as mercadorias arroladas no levantamento fiscal, em cujas notas fiscais indicam a classificação das mercadorias em NCM do item, não constam nem no Convênio ICMS 33/96, nem no inciso II, do art. 266, do RICMS-BA/12, uma vez que a convergência tem que ser unívoca, ou seja, tanto o código da nomenclatura quanto a descrição do produto têm que corresponder integralmente.

No caso concreto, dentro do rol dos produtos que compõem a autuação, nenhuma das mercadorias arroladas no levantamento fiscal encontram-se amparadas pela redução de base de cálculo, prevista no art. 266, inciso II do RICMS-BA/12, de forma que a incidência do imposto resultasse numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação.

Por isso, concluo pela manutenção da Infração 03.

Infração 07 cuida do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.

O Defendente articulou os mesmos argumentos aduzidos na contestação da Infração 03, bem como as alegações de divergências de enquadramento da fundamentação e dos equívocos nas fórmulas dos demonstrativos que já foram enfrentados na análise das preliminares suscitadas.

Asseverou ainda o Impugnante, que os valores exigidos nessa infração têm origem na diferença do que foi escriturado em sua EFD pela sistemática normal de apuração e o que a fiscalização está exigindo, apurado pela sistemática da substituição tributária por antecipação.

Sustentou que, conforme entendimento consagrado pelo CONSEF, citando como precedente o Acórdão JJF Nº 0072-05/17, que havendo recolhimento posterior do ICMS nas saídas, não há que se falar em diferenças a recolher, e sim a aplicação da multa de 60%, consoante com o previsto na alínea “d”, do inciso II, dos art. 42, c/c seu §1º, todos da Lei 7.014/96.

Nesse diapasão, essa 3ª JJF, converteu os autos em nova diligência, para que o Autuado carresse aos autos a comprovação do recolhimento efetivo de todas as saídas posteriores, em total convergência com a previsão estatuída no §1º, do art. 42 da Lei 7.014/96, *in verbis*:

“ Art. 42 ...

[...]

§ 1º, prescreve que: “No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

O Autuado, mesmo tendo efetuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, não atendeu à diligência, apresentando o entendimento de que os dados sobre o recolhimento de suas saídas posteriores já se encontravam nos autos, e que essa prova era de responsabilidade do Autuante.

Assim, diante da impossibilidade de aferir de forma inequívoca, se em todas as saídas foram realizadas o recolhimento do imposto, restou impossibilitada a aplicação do quanto preconizado no dispositivo legal supracitado, ou seja, o percentual de 60% do valor do tributo que não for recolhido de forma antecipada.

Logo, concluo pela subsistência da autuação.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** Auto de Infração nº **269511.3005/16-0**, lavrado contra **TELEAÇO BAHIA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$220.566,52**, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos VII, alínea “a”, II, alíneas “a”, “f” e “d”, do art. 42 da Lei 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$817,81, prevista no inciso IX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA