

A. I. N° - 276473.0602/15-1
AUTUADO - J C ROCHA & CIA LTDA.
AUTUANTE - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - DAT SUL / INFAS TEIXEIRA FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/12/2021

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0223-04/21-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Razões de defesa elidem em parte a infração. Refeito o demonstrativo de débito em sede de Informação Fiscal. Modificada a penalidade de 10% para 1%, na forma da alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com base no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN. Infração subsistente parcialmente. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Razões de defesa elidem em parte a infração. Refeito o demonstrativo de débito em sede de Informação Fiscal. Infração subsistente parcialmente. **2.** ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSErvÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. **a)** VENDAS REALIZADAS COM NFE. **b)** VENDAS REALIZADAS COM ECF. Incerteza quanto a ser ou não devido o imposto, seja dos itens mantidos da Infração 03, seja dos itens remanescentes da Infração 04, haja vista a natureza dos bens/mercadorias objeto da ação fiscal estarem ou não na substituição tributária e que por isso teriam saído com alíquota 0,0% (zero), pois estariam com a fase de tributação encerrada, há de se observar que, relativamente aos itens da Infração 03, há várias situações que não se trata mercadorias estarem na substituição tributária ou não, mas de aplicação da redução da base de cálculo do imposto em sintonia com a legislação pertinente, caracterizando uma desconformidade entre o aplicado na autuação e a pretensão fiscal. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à alíquota aplicável, ao passo que a matéria fática, em relação a alguns itens remanescentes das imputações, é se há ou não redução da base de cálculo no caso em exame. De maneira que não vejo como se sustentar a Infração 03 mantida pelo agente Autuante, nem tampouco o saldo remanescente da Infração 04, posto que se encontram, ainda, eivada de vícios insanáveis, mesmo tendo sido posto, por 02 (duas) vezes, o presente PAF em sede de Diligência por esta 4^a JJF, pelo que, com fulcro no Art. 18, inciso IV do RPAF/BA, restam nulas as imputações. **3.**

IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Razões de defesa elidem a autuação. Estando demonstrado que todas as operações objeto da infração relacionam a NCM que autorizam a fruição do benefício do Convênio ICMS nº 52/91, e que se tratam de operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, vejo restar insubsistente a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/06/2015, reclama crédito tributário no valor de R\$42.559,96, conforme demonstrativos e documentos acostados às fls. 09 a 121 dos autos, em razão da constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 – 16.01.01 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), sujeita(s) à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal no exercício de 2013, conforme demonstrativo/documentos às fls. 11/63 dos autos. Lançado multa no valor de R\$26.527,74, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, tipificada no artigo 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 16.01.02 Deu entrada no estabelecimento, de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal no exercício de 2013, conforme demonstrativo/documentos às fls. 65/105 dos autos. Lançado multa no valor de R\$1.048,91, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, tipificada no artigo 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no exercício de 2013, conforme demonstrativo de fls. 107/110 dos autos. Consta da descrição dos fatos que se trata de vendas realizadas com NF-e. Lançado ICMS no valor de R\$4.585,47, com enquadramento no art. 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, “a”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 04 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no exercício de 2013, conforme demonstrativo de fls. 112/118 dos autos. Consta da descrição dos fatos que se trata de vendas realizadas com ECF. Lançado ICMS no valor de R\$4.012,66, com enquadramento no art. 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, “a”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 05 – 03.02.06: Recolheu a menor ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo no exercício de 2013, conforme demonstrativo de fls. 120/121 dos autos. Consta da descrição dos fatos que o Contribuinte Autuado aplicou a redução do Convênio 52/91 em venda para empresas com atividade diferente das agrícolas e industrial. Lançado ICMS no valor de R\$6.385,18, com enquadramento no art. 29, § 8º, da Lei nº 7.014/96, c/c artigos 267 a 268 (a depender da hipótese) do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, “a”, do mesmo diploma legal.

O sujeito passivo, às fls. 124/145 dos autos, apresenta defesa administrativa, na qual impugna o Auto de Infração em tela, conforme a seguir passo a expor.

Diz ser pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 16.111.833/0001-60, e com Inscrição Estadual nº 016.208.003, situada na Avenida Presidente Getúlio Vargas, nº 4145, Centro, Teixeira de Freitas - BA, CEP 45.995-000, representada nos termos de seu Contrato Social pelo sócio José Carlos da Rocha, brasileiro, casado, comerciante, portador de RG nº 01.111.774-56 e CPF nº 092.974.215-04, por intermédio de sua procuradora Dra. Joyce Guerra Rocha, OAB/BA 24691,

consoante instrumento procuratório que diz anexar, vem à presença desse Conselho de Fazenda, apresentar sua Defesa, conforme a seguir:

I. BREVE SÍNTESE

Consigna que recebeu em suas instalações inspeção da Superintendência de Administração Tributária do Estado da Bahia - SAT, por meio da auditora fiscal, Senhora Rosamaria Barreiros Fernandez; inspeção esta destinada a averiguar os lançamentos fiscais no período fiscalizado compreendido entre 01/01/2013 e 31/12/2013. Tal procedimento fiscalizatório teve fim em 26/06/2015, tendo sido, ao final, cientificada a empresa que ora se defende em 01/07/2015 dos termos do Auto de Infração / Termo de Encerramento em epígrafe.

Assim, diz que, tendo recebido o Auto de Infração em epígrafe no dia 01/07/2015, quarta-feira, e considerando que o dia seguinte é dia de feriado estadual, o dia de início da contagem do prazo para esta Defesa, nos termos do artigo 22 do PAF, foi o dia 03/07/2015, e o dia final, 31/08/2015, sendo, portanto, tempestiva a presente defesa.

Destaca que durante a fiscalização a Auditora foi recebida por funcionários da empresa e por suas contadoras, os quais os acompanharam, atenderam seus pedidos, e forneceram as informações e documentos requeridos.

Ocorre que na data indicada, 01/07/2015, tendo a empresa comparecido à presença do fiscal deste órgão munida de todos os documentos requeridos, demonstrando integral colaboração ao procedimento que ora se realizava, recebera o já citado Auto de Infração / Termo de Encerramento, composto por 5 (cinco) lançamentos, todos abaixo transcritos e impugnados.

Contudo, irresignada com as conclusões obtidas pela inspeção fiscal, e valendo-se de seu direito constitucionalmente assegurado à ampla defesa e contraditório, reserva-se o direito de, mediante a presente peça defensiva, refutar tais conclusões, o que faz com fundamento nos argumentos adiante declinados e comprovados por meio da documentação anexa.

II. DAS PRELIMINARES

2.1 Da Empresa Autuada

Diz que cumpre esclarecer que a pessoa jurídica que ora se defende atua no mercado local desde os idos de 1980, ou seja, há mais de 35 anos, e possui como atividade principal o comércio varejista de materiais de construção. Trata-se de empresa séria e consolidada no mercado, reconhecida e respeitada regionalmente pela excelência na execução de seu mister, e fiel cumprimento da legislação vigente.

Consigna que observa todo o regramento legal em vigor, procedendo ao correto recolhimento de todas as obrigações legais e contratuais, nos três âmbitos de aplicação, municipal, estadual e federal, inclusive com as devidas integrações e reflexos que eventualmente sejam devidos, além de procurar cumprir todas as exigências normativas advindas dos demais órgãos públicos e Poderes Federados.

No intuito de atuar com transparência perante a autoridade fiscal que se lhe apresentava, diz que “abriu” suas rotinas ao este órgão, muito além de um simples atendimento ao poder de polícia então exercido, mas como premissa de um empreendimento sério e íntegro – como sempre o fez.

Ademais, vale salientar que da análise do Livro de Inspeção da Autuada conclui-se que se trata de uma empresa idônea e legal. Veja-se que durante vários anos/fiscalizações anteriores, sequer foram encontradas irregularidades. Apenas nas últimas fiscalizações (referentes aos exercícios de 2012 e 2013), a empresa Autuada vem sendo questionada em razão de divergências de interpretação dos órgãos estaduais de fiscalização.

Nesse contexto, resta clara a disposição da Defendente em atuar de forma transparente e fortemente vinculada aos preceitos legais, principalmente porque dessa forma de atuar depende a existência da empresa. E esta é a preocupação precípua da empresa autuada.

3.2 Da violação ao Artigo 39, do RPAF – Nulidade do Auto de Infração

Frisar que o Auto de Infração combatido está em dissonância com o que preceitua o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, na medida em que não constam as situações que ensejam a redução da multa, caso o Autuado decidisse efetuar o recolhimento do tributo antes do prazo para apresentação de defesa.

Destaca que tal obrigação constitui inexorável indicação das situações em que a multa aplicada poderá ser reduzida, já que o contribuinte necessita ter conhecimento prévio das reduções pertinentes.

Assim, diz que, a supressão de tal obrigação, insculpida no artigo 39, incisos V e VII, afronta diretamente os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, da publicidade, da isonomia, dentre outros.

Logo, em razão do acima exposto, diz que deve ser decretada a nulidade do Auto de Infração e consequentemente a inexigibilidade das multas aplicadas, para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

Nesse aspecto, aduz que vale trazer à alusão o disposto no art. 142 do CTN, pelo que reitera que a existência de erros impõe a decretação da nulidade ora arguida, obedecidos os requisitos essenciais elencados no artigo 39, incisos V e VII, do RPAF/99.

Além disso, há que ser reconhecida a boa-fé com que agiu a Empresa que ora se defende, eis que não há qualquer fraude, dolo ou simulação, extraíndo-se daí a presunção de boa-fé, nos termos do que dispõe o RPAF, com a possibilidade de redução de multas.

Aliás, segundo o princípio da verdade material, diz que o processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fato gerador e a constituição do crédito tributário, e por isso, deve o julgador, pesquisar se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma, e em caso de impugnação do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade, independente do alegado e provado.

Por fim, com amparo no princípio da eventualidade, requer que seja utilizada a busca da verdade material, a fim de que o Auto de Infração seja integralmente reformado conforme adiante exposto e nas provas documentais juntadas, pugnando desde já pela improcedência do Auto de Infração.

III. DO MÉRITO

Destaca que a inspeção fiscal averiguou a existência de 05 (cinco) infrações às normas estaduais que regem a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, ICMS, no período apurado que compreendeu o ano de 2013. Essa defesa apresentará ao Nobre Julgador que tais irregularidades improcedem, e decorrem de equívocos interpretativos do fiscal Autuante, que, com o devido respeito, não encontram respaldo nos princípios nem nas normas legais vigentes.

Esclarece que esta peça defensiva individualiza cada uma das infrações, marrando-as e expondo as razões que sustentam o pedido de reconsideração e improcedência das mesmas, e encontram-se adunadas a documentos enumerados e indicados que se prestam a comprovar e corroborar tudo o que aqui se argumenta.

3.1 Infração 01: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

A Autuante penaliza a Empresa Fiscalizada porque teria recebido mercadoria tributável sem, contudo, efetuar os lançamentos de tais na escrita fiscal, conforme estabelecem os artigos 217 e 247, do RICMS, e atribui a essa infração a multa de 10 %, que totaliza R\$26.527,74.

No entanto, diz que a multa aplicada é indevida, na medida em que a grande maioria das notas fiscais foram canceladas pelo fornecedor, de modo que a mercadoria não chegou a ser entregue na Empresa Fiscalizada, seja por motivo de sinistro da carga, por defeito ou avaria, por devolução da mercadoria, e até mesmo por equívoco do fornecedor que efetuou o lançamento em duplicidade.

Observa que, se a mercadoria não foi entregue, não existia obrigação tributária da Autuada em

proceder o registro na escrita fiscal. Destaca que a vasta documentação (Doc. 1) que acompanha essa defesa comprova à exaustão o que noticia essa defesa, e decerto isentará a defendant da penalidade inserida no Auto de Infração a esse respeito.

Pede para observar, a título de exemplo, a Nota Fiscal nº 30679 (primeira da lista), emitida em 22/02/2013 pela Max Metalúrgica LTDA., foi cancelada em 04/03/2013 por motivo de devolução de mercadoria, através da Nota Fiscal nº 30877 (Vide figura à fl. 129).

Outro exemplo que merece ser citado, diz que é o da Nota Fiscal nº 175134, emitida em 16/09/2013 pela Tigre S.A., cuja mercadoria estava danificada, e isso motivou a devolução e expedição de nova Nota Fiscal nº 2897 em substituição, em 19/10/2013 (Vide figura à fl. 129).

Outro exemplo é a Nota Fiscal nº 1289, cancelada em 14/10/2013 por meio da Nota Fiscal nº 1375, porque o fornecedor efetuou lançamento em duplicidade (Vide figura à fl. 130).

Ainda a título exemplificativo, aduz que o Auto de Infração em questão elencou na infração de nº 01 duas notas fiscais de alto valor, que elevaram sobremaneira a multa. No entanto, outra vez, não merecerá acolhimento. Cuidam-se das Nota Fiscal nº 2190 e 2191, ambas emitidas em 30/11/2013 pelo fornecedor Atlântica Aços do Brasil S.A., as quais, no entanto, foram canceladas por motivo de devolução da mercadoria, através das Notas Fiscais nºs 2283 e 2284 (Vide figura à fl. 131).

Friza que todas as evidências da improcedência da maioria das notas fiscais listadas pela Fiscal Autuante encontram-se em anexo (Doc. 1), estão disponíveis para consulta através do sistema da Sefaz, e comprovam sem não mais poder que a empresa defendant pauta o desenvolvimento de seu negócio no cumprimento da legislação tributária e na boa-fé, e por essa razão diz que deve ser reconhecida a improcedência do Auto de Infração.

Em seguida diz denotar a sua idoneidade porquanto reconhece, no ato de apresentação dessa defesa, a procedência das poucas NF's destacadas de vermelho na inclusa planilha (Doc. 2), as quais referem-se a produtos para consumo interno ou mercadorias recebidas a título de bonificação. Aduz que no ato de reconhecimento dos itens destacados de vermelho, requer os benefícios do artigo 39, do PAF, embora tenha sido omitido no Auto.

Por todas as razões acima expostas, requer a improcedência do Auto de Infração / Termo de Encerramento nº 276473.0602/15-1, notadamente no que se refere à Infração 01, ora combatida, bem como impugna expressamente os números apurados na informação fiscal lançada na Planilha anexa ao Auto denominada Multa Pela Falta De Registro De Mercadorias Tributadas.

3.2 Infração 02 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal.

Diz que melhor sorte não teve a Fiscal Autuante no que se refere à Infração 02 em voga, que em muito se assemelha à infração de nº 01, divergindo em relação à multa, apenas.

Desse modo, diz que reitera a argumentação discorrida alhures, e cita, a título exemplificativo, casos que elucidam, à luz do seu entendimento, de uma vez por todas as dúvidas persistentes, e comprovam a improcedência da infração 02.

No entanto, diz que, antes mesmo de demonstrar as notas fiscais canceladas, devolvidas, ou que por qualquer motivo não merecem ser objeto de penalidade, reconhece, no ato de apresentação dessa defesa, a procedência das poucas NF's destacadas de vermelho na inclusa planilha (Doc. 3), as quais referem-se a produtos para consumo interno ou mercadorias recebidas a título de bonificação, para as quais requer desde logo os descontos previstos em lei para tal.

Diz que a Nota Fiscal nº 25765, expedida em 12/12/2013 pela fornecedora Luperplas Indústria e Comércio de Plásticos LTDA., foi objeto de sinistro de carga, como se vê na inclusa documentação (Doc. 4): “boletim de ocorrência policial nº 120-00708/2013”. Destaca que segundo o Termo de Declaração do motorista, Marcelo Lyrio Pereira, vítima de roubo de veículo e da carga. Logo, registra que, tendo havido o sinistro da carga, é natural que a mercadoria sequer foi recebida pela empresa que ora se defende, e por conseguinte, não é devida a autuação e aplicação da multa.

Com relação à NF nº 45267, diz que a documentação anexa (Doc. 4), consistente em e-mails do fornecedor, esclarece que a referida NF foi substituída pela NF nº 45515, por motivo de sinistro de carga. Se a carga foi sinistrada, naturalmente não foi recebida pela empresa fiscalizada, e por consequência, NF não poderia ser registrada na escrita fiscal. Improcede, pois, a autuação lançada na infração 2, pois o contribuinte não pode ser penalizado se a carga não foi recebida.

Registra que à Nota Fiscal nº 473194 de 17/10/2013, emitida por Itabira Agro Industrial S.A., que a mercadoria listada pela Fiscal Autuante foi devolvida, o que gerou o cancelamento da referida nota fiscal, conforme comprova a Nota Fiscal nº 5325 de 25/10/2013 (Vide figura à fl. 134).

Cita também a Nota Fiscal nº 97637, de 23/05/2013, que se trata de devolução de material, que diz ter sido devidamente informada no sistema da SEFAZ por meio da Nota Fiscal nº 103443, de 24/07/2013 (Vide figura à fl. 134).

Observa que há casos em que o fornecedor equivocadamente emite nota fiscal em duplicidade, e posteriormente anula a operação equivocada. É o caso da Nota Fiscal nº 175134, emitida em 06/09/2013 pela Tigre S.A., 2013 (Vide figura à fl. 135).

Ainda para exemplificar situações que evidenciam a improcedência da infração em tela, diz que houve desistência da mercadoria constante na Nota Fiscal nº 14331, de 18/12/2013, conforme se infere na Nota Fiscal nº 14367 2013 (Vide figura à fl. 136).

Neste contexto, destaca que é latente a improcedência do Auto de Infração / Termo de Encerramento nº 276473.0602/15-1, notadamente no que se refere à Infração 02, uma vez que em grande parte a mercadoria sequer chegou a ser recebida pela defendant, e se não recebeu a mercadoria, é óbvio que também a nota fiscal não tenha sido entregue. Sem a nota fiscal em mãos, diz que é impossível registrar o lançamento na escrita fiscal.

3.3 Infração. Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Vendas realizadas com NF-e.

Diz que, diversamente do que informa o Autuante, comprova que o ICMS devido em todos os produtos listados no Anexo 3 do Auto de Infração epigrafado foi regularmente recolhido na forma da lei, e que as alíquotas foram aplicadas corretamente por se tratar de mercadorias por Substituição Tributária, enquadradas conforme as situações abaixo expostas:

3.3.1 Na entrada da mercadoria, ou por substituição da fabricante.

Aduz que a sua conduta se fundamenta no que dispõe RICMS/2012, Decreto nº 13.780/12, anexo único, e ainda que vigoram os Protocolos nº 104, de 10 de agosto de 2009, entre os Estados, e ainda que vigoram os Protocolos nº 104, de 10 de agosto de 2009, entre os Estados da Bahia e de São Paulo, e nº 26, de 20 de janeiro de 2010, entre os Estados da Bahia, Minas Gerais e Espírito Santo.

Destaca que tais Protocolos dispõem sobre a substituição tributária nas operações *com materiais de construção, acabamento, bricolagem e outros*, e expressamente atribuem, em sua Cláusula Primeira, 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 subsequentes.

Desse modo, diz que os produtos listados pela Nobre Auditora Fiscal Autuante encontram-se elencados no Anexo Único dos referidos Protocolos, o que torna lícito o recolhimento do ICMS devido com retenção na ST (Substituição Tributária) nos termos em que dispõem os mencionados Protocolos.

Observa que o incluso Documento 5 (Doc. 5), corresponde à planilha elaborada pela Fiscal Autuante (Anexo III do Auto de Infração em referência), porém foi adicionado em suas três últimas colunas, os números de todas as Notas Fiscais de Entrada, de NCM, e a data de emissão, nas quais pode ser evidenciado que o imposto cobrado na infração 3 já foi devidamente recolhido.

Outrossim, diz que, proceder diferente do disposto acima, ou seja, agir de forma diversa de como vem agindo a Autuada, sim, seria conduta a ser penalizada por este respeitável órgão fiscalizador. Contudo, esse não é o caso.

Consigna que é sabido que está sujeito ao Regime de Substituição Tributária o produto que possuir NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul) e descrição de acordo com a norma tributária vigente.

Todavia, diz que é de causar surpresa como pode, diante do Auto de Infração do qual ora se defende, ser multada, penalizada por cumprir a legislação vigente. Aliás, pontua que surpreende o posicionamento apresentado pelo órgão autuante, na medida em que pune esse Contribuinte por já ter realizado os recolhimentos devidos dos tributos de seus produtos.

Nesse aspecto, diz que é possível visualizar a boa-fé e a conduta sempre pautada no cumprimento dos deveres legais da Autuada através das mensagens eletrônicas trocadas com os fabricantes dos produtos listados no Anexo III, nas quais os próprios fabricantes expõem claramente sua posição a esse respeito, qual seja, a aplicação do Protocolo nº 104/2009, e consequente retenção do imposto na Substituição Tributária:

Destaca que não agem diferente as fabricantes a seguir elencadas, pois todas elas inserem o valor do ICMS substituição nas notas fiscais que emitem (Doc. 6): Aliança Metalúrgica S/A., Alulev Escada, Astra S.A. Indústria e Comércio, Astrus Comércio de Materiais Elétricos, Avant, Ecoplasticos Bahia, Fame, Fortlev, Forusi, Japi, IBMF Indústria de Material de Construção, Mantac, Olicar, Perplex, M. Rocha, Tigre.

Sustenta que, o que se vê das inclusas notas fiscais (Doc. 6), todas elas enumeradas na penúltima coluna da planilha (Doc. 5), é que as mercadorias listadas pelo Autuante foram tributadas por Substituição Tributária, de modo que o fornecedor já recolheu o ICMS.

Contudo, diz que o guerreado Auto de Infração está cobrando o recolhimento do ICMS referente a tais produtos, inobstante a comprovação de que tais tributos já foram recolhidos mediante o regime de substituição tributária, já que, de acordo com o auditor fiscal, os referidos produtos têm tributação normal.

Assim, assevera que o valor do tributo já foi recolhido pelo fornecedor, e portanto, não poderá recolher ICMS em relação àqueles produtos, sob pena de *bis in idem*.

Dessa forma, diz que o presente Auto de Infração, ao exigir o recolhimento do ICMS sobre produtos com entrada de Substituição Tributária, conforme notas fiscais emitidas pelos fornecedores (Doc. 6) está em verdade tributando produtos que já tiveram recolhimento do tributo, conduta essa vedada pelo Direito Brasileiro.

Importa levar em conta que diversos produtos listados na planilha anexa ao Auto possuem NCM elencado nas normas já mencionados que os sujeitam ao regime de substituição tributária. Assim, o que prevalece, e é esse o entendimento e posição da Defendente e de seus fornecedores é a prudência, já que a legislação os inclui no rol dos produtos em que há incidência da substituição, ainda que esses produtos também possam ser utilizados em outras finalidades, além de construções.

Diz, também, que os inclusos Pareceres (Doc. 7) emitidos Diretoria Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (DITRI) corroboram e confirmam tudo o que aqui se invoca em favor da Defendente.

3.3.2 Porque em janeiro/2011 alguns produtos foram transferidos para o estoque, de modo que foi feita a antecipação tributária naquela transição (antecipação de estoque), conforme assinalado na última coluna da planilha anexa (Doc. 5).

Por todas as razões acima expostas, requer a improcedência do Auto de Infração / Termo de Encerramento nº 276473.0602/15-1, notadamente no que se refere à Infração 03, ora combatida, bem como impugna expressamente os números apurados na informação fiscal lançada pela Fiscal Autuante.

3.4 Infração 04. Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Vendas realizada com ECF

Diz que a suposta Infração em comento em muito se assemelha à anterior, Infração 03, divergindo daquela pela forma de emissão dos documentos fiscais nas operações de saída, sendo esta por meio de emissão de notas fiscais, enquanto naquela, as saídas deram-se através de ECF's.

Assim, após uma análise técnica dos documentos fiscais apresentados, diz que impõe esclarecer que o Demonstrativo Fiscal listado na planilha denominada “Erro de Alíquota ECF” do Auto de Infração envolve várias mercadorias do regime de substituição tributária, os quais têm o ICMS recolhido antecipadamente pelo fornecedor/remetente, e, portanto, não há por que se falar em pagamento de diferença de alíquotas pelo adquirente das mercadorias.

Desse modo, o Defendente reitera como se aqui estivessem escritos todos os argumentos lançados no tópico precedente, e os fundamenta nos inclusos Documentos 6 (Doc. 6), que correspondem à planilha anexa ao Auto, com acréscimo das três últimas colunas (Doc. 8).

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração / Termo de Encerramento nº 276473.0602/15-1, notadamente no que se refere à Infração 04, ora combatida, bem como impugna expressamente os números apurados na informação fiscal lançada na planilha que acompanha o referido Auto de Infração, denominada Aplicação de Alíquota diferente da determinada pela legislação em vendas realizadas com ECF.

3.5 Infração 05 Recolheu a menor ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Aplicou a redução do Convênio 52/91 em vendas para empresas com atividade diferente das agrícolas e industrial.

Diz que entendeu o Fiscal que a Empresa Contribuinte e ora defendant deveria ser penalizada porque aplicou a base de cálculo reduzida prevista no Decreto nº 13.780/2012, que institui o Regulamento do ICMS da Bahia, por entender que os produtos sobre os quais foi aplicada a redução devem, além de estar elencados no rol dos Anexos I e II do Convênio 52/91, ser utilizados nos segmentos industrial ou agrícola.

Destaca que o Fiscal Autuante fundamenta seu entendimento e a aplicação da penalidade no Convênio 52/91. Com o devido respeito, não merece prosperar a infração aqui guerreada.

A uma porque a legislação não se refere exclusivamente à destinação e utilização nos segmentos citados pelo Autuante, o que significa que poderão ter destinação diversa. Em verdade a legislação sequer menciona a destinação ao longo de todo o seu conteúdo legislativo, mas limita-se a citar aqueles segmentos tão somente na ementa. Logo, não havendo restrição legal quanto à destinação do bem pelo adquirente, não cabe ao intérprete restringir quando a legislação não o faz.

A duas porque caso a destinação fosse exclusivamente para uso em operações industriais e agrícolas, certamente os Anexos I e II do mencionado Convênio 52/91 não incluiriam produtos e mercadorias dissonantes desses segmentos.

Diz que as características de alguns dos produtos arrolados nos Anexos I e II do Convênio não se coadunam com a destinação alegada pelo Autuante, agrícola e industrial. Se é assim, como aplicar a redução da base de cálculo daqueles produtos somente se lhes for dada destinação exclusivamente industrial ou agrícola se alguns daqueles sequer se caracterizam como tal.

Ademais, diz que, ainda que a norma invocada fosse clara o bastante para restringir a redução da base de cálculo apenas e tão somente para os produtos cuja destinação corresponda à industrial ou agrícola, não poderia o Nobre Fiscal Autuante imputar à Defendente a penalidade aplicada sem aferir a destinação que lhe foi dada, na prática. *In casu*, com o máximo respeito, entende a Autuada pela impossibilidade ou inviabilidade de aferição da destinação a ser aplicada.

Assim, Pontua que, cumpre indagar como poderia ser aferida a utilização que pretende imputar o Autuante, com exclusividade? Logo, impõe-se seja esclarecido em quais dados se amparou o

Fiscal para penalizar a Defendente nessa infração 05.

Outrossim, aduz que é bom destacar que as próprias empresas fabricantes incluem as mercadorias listadas como contempladas pelo Convênio 52/91, atribuindo-lhes NCM que consta nos seus Anexos I e II, e por conseguinte, aplicando a redução da base de cálculo

Diz que as inclusas Notas Fiscais (Doc. 6) emitidas pelas fabricantes indicam claramente o NCM das mercadorias, os quais correspondem ao que consta nos Anexos I e II do Convênio 52/91. E mais, as referidas Notas Fiscais fazem expressa menção ao aludido Convênio.

Assim, registra que não houve recolhimento a menor, nem infração à legislação tributária, pois, no momento de compor a base de cálculo do imposto, o Autuante não considerou a redução do ICMS prevista no Convênio 52/91, de forma que a carga tributária incidente sobre a operação em apreço seja de 8,80%.

Destaca que a redução da Base de Cálculo prevista nos normas acima apontadas possuem caráter objetivo, pois, condiciona-se, apenas, a que os bens ou mercadorias estejam expressamente relacionadas em um dos anexos do Convênio ICMS nº 52/91, conforme seu enquadramento no código e descrição da NCM, sendo, portanto, beneficiadas com a redução de Base da Cálculo as saídas promovidas tanto por estabelecimentos industriais como por comerciais.

Diz que os contribuintes do ICMS que efetuarem operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais, bem como, com máquinas e implementos agrícolas contam com tratamento tributário diferenciado pela legislação do Estado da Bahia, de forma que a carga tributária sobre eles incidente seja menos onerosa, favorecendo assim, o incremento do parque industrial e do setor agrícola no Estado, e propiciando o aumento da produção de ambos os setores.

Assim, diz que, se os bens listados pelo Fiscal compreendem aqueles que expressamente constam no Convênio 52/91, que prevê redução de base de cálculo, nada pode ser exigido do Contribuinte a esse título.

Por fim, destaca outros dispositivos do mesmo Decreto que diz expressar a destinação (a exemplo dos artigos 66, 69), o que leva a crer que se o legislador não fez constar de forma expressa a destinação industrial ou agrícola de forma expressa no artigo 266 do RICMS, tal não foi sua intenção.

Neste contexto, diz que não há que se perder de vista o reconhecimento dos usos e costumes como fontes normativas. No caso em tela, tanto os fornecedores como os revendedores, a exemplo da empresa Autuada, aplicam a redução da base de cálculo prevista no Convênio 52 desde o ano de 1.991, e por esse motivo nunca foram punidos! É irrazoável a conduta do Autuante em seu intento de punir a Fiscalizada!

Diz que clama em seu favor a boa-fé com que tem agido ao atribuir aos produtos listados pela Autuante a redução de cálculo prevista nas normas já mencionadas, e colaciona as inclusas Consultas formuladas a instituições privadas reconhecidas por sua responsabilidade e eficiência, em que todas elas sustentam a aplicação da redução da base de cálculo do ICMS ao caso em tela (Doc. 9).

Assim, à vista de tudo quanto exposto, impugna a integralidade do lançamento apontado na Infração de nº 05, assim como manifesta sua irresignação aos valores imputados a esse título. Em tempo, requer a reconsideração do aludido lançamento, para ao final ser reconhecida sua total improcedência. É o que requer.

IV. DO VALOR DA MULTA

Diz que, na eventual hipótese de vir a sofrer qualquer tipo de imposição de multa pecuniária, o que ora se admite apenas a título de argumentação, deve este órgão considerar as questões atenuantes, aplicáveis com precisão ao caso concreto.

O art. 2º da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999) elenca os princípios segundo os

quais deverá se fundamentar a Administração Pública, sendo: da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Assim, diz que deve este respeitável órgão ater-se à proporcionalidade entre a suposta irregularidade constante no Auto, e a medida a ser imposta.

V. CONCLUSÃO

Ex positis, requer:

- i) Seja julgado **IMPROCEDENTE** o auto de infração, referente a todos os cinco lançamentos que nele constam, haja vista as argumentações adunadas na peça de defesa e documentos que a acompanham e guarnecem.
- ii) O reconhecimento da total boa-fé da impugnante, e **que seja reduzida a multa a ser eventual aplicada, caso haja saldo remanescente.**
- iii) Reafirmar que a Defendente sempre agiu **com boa-fé**, eis que não há qualquer fraude, dolo ou simulação, pelo que pugna pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva, e ressalta que o RPAF/99 estabelece a presunção de boa-fé.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 542/544 dos autos, assim expõe:

- ***Infração 01 – 16.01.01- Multa de 10% pela falta de escrituração de mercadorias tributáveis.***

Diz que foram retiradas do demonstrativo as notas fiscais canceladas e devolvidas conforme defesa e documentação apresentada pelo contribuinte e posterior confirmação. Assim apresenta os valores remanescente na forma do demonstrativo abaixo:

Data Ocorr.	Data Vcto.	Valor Histórico
28/02/2013	09/03/2013	0,00
31/03/2013	09/04/2013	R\$ 1,00
31/05/2013	09/06/2013	R\$101,62
30/06/2013	09/07/2013	0,00
31/07/2013	09/08/2013	R\$43,30
31/08/2013	09/09/2013	R\$385,75
30/09/2013	09/10/2013	R\$21,00
31/10/2013	09/11/2013	0,00
30/11/2013	09/12/2013	R\$517,00
31/12/2013	09/01/2014	R\$17,72
Total da Infração 01		1087,39

- ***Infração 02 – 16.01.01- Multa de 1% pela falta de escrituração de mercadorias não tributáveis.***

Diz que foram retiradas do demonstrativo as notas fiscais canceladas, sinistro, reposição e devolvidas conforme defesa e documentação apresentada pelo contribuinte e posterior confirmação. Assim apresenta os valores remanescente na forma do demonstrativo abaixo:

Data Ocorr.	Data Vcto.	Valor Histórico
31/01/2013	09/02/2013	R\$ 99,00
31/03/2013	09/04/2013	0,00
30/04/2013	09/05/2013	R\$1,65
31/05/2013	09/06/2013	R\$2,60
30/06/2013	09/07/2013	0,00
31/07/2013	09/08/2013	R\$174,64
31/08/2013	09/09/2013	R\$3,96
30/09/2013	09/10/2013	R\$ 8,60
31/10/2013	09/11/2013	R\$6,30
30/11/2013	09/12/2013	R\$16,18
31/12/2013	09/01/2014	0,00
Total da Infração 01		312,93

• ***Infração 03 – 03.02.02 e Infração 04 – 03.02.02 – A aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação em vendas realizadas com NFE e ECF.***

Diz que o contribuinte é comércio varejista de material de construção em geral. Destaca que estão sujeitas ao regime de substituição tributária os produtos relacionados no Anexo 1 do RICMS-BA/12. Neste contexto, diz que no caso do contribuinte deve respeitar o Protocolo 104/09.

Destaca que, para o enquadramento de um determinado produto no regime de substituição tributária, o contribuinte deve considerar a descrição do produto na legislação, juntamente com sua classificação fiscal correspondente ao NCM.

Diz que se deve observar ainda, a descrição/finalidade da mercadoria, o que pode diferenciá-la das demais, elencadas em Protocolo ou Convênio a ser considerado. No caso de mercadoria destinada a construção civil deve-se observar que as mercadorias devem ser fixadas permanentemente em paredes ou em outras partes de construções.

Destaca que o demonstrativo referente a esta infração, refere-se a mercadorias que não estariam enquadradas nesta definição.

Exemplo: NCM 7616. Diz que esta posição comprehende outras obras de alumínio, próprias para construções. O entendimento é que este item abrange as escadas de alumínio que são incorporadas à obra, ou seja, afixadas à construção, não incluindo as que são de uso doméstico.

Diz que a escada de alumínio para uso doméstico sofre tributação normal.

Observa que o contribuinte ao comprar estas mercadorias deve atentar para o caso delas já terem sido substituídas erroneamente. Diz que, ao contabilizar a entrada deste produto, utilizar o tanto o imposto normal como o da substituição.

Neste contexto, diz manter a infração 03 e a infração 04 com os valores integrais.

• ***Infração 05 - 03.02.06 A aplicabilidade do tratamento previsto no art. 266 do RICMS-BA/12***

Diz que, além do produto estar arrolado nos Anexos I e II do Convênio 52/91, deve ser utilizado em segmento industrial ou agrícola.

Assim, aduz que, se nas vendas, destes produtos, promovidas por empresas comercial varejista e destinadas a outros fins, a exemplo das vendas a consumidores finais, pessoas jurídicas que atuem na área da construção civil, ou pessoas físicas residentes na zona urbana, não devem ocorrer com aplicação da carga tributária reduzida, devendo sofrer tributação normal.

Neste sentido, diz que mantém a infração 05 com valor integral.

À fls. 549/550 o sujeito passivo apresenta manifestação à informação fiscal de fls. 542/544 dos autos, conforme a seguir.

a. Infrações 01 e 02 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Diz que a Autuante excluiu do demonstrativo anterior as notas indevidas, conforme exposto pela Autuada em sua defesa, seja porque canceladas, seja porque devolvidas, seja porque objeto de sinistrou reposição de peça.

Os novos valores apresentados pela Auditora Fiscal dessas duas infrações totalizam a soma de R\$1.400,35, por seu turno diz que o valor reconhecido quando da apresentação da defesa em 31/08/2015, foi de R\$1.399,22, ou seja, divergência de apenas R\$1,13.

Desse modo, tendo em vista o ínfimo valor de divergência, a Autuada não se opõe à nova conclusão da ilustre Auditora, e reforça, uma vez mais, seu intento de não criar embaraços à fiscalização.

b. Infrações 03, 04 e 05

Diz que para tais infrações a Auditora manteve suas razões e valores respectivos, ao passo que a Autuada reitera sua defesa, com todos os seus argumentos e provas, como se aqui estivessem

transcritas, e aguarda o julgamento final do CONSEF, para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Em Conclusão, reitera o pedido pela total improcedência do auto de infração, mormente em relação às infrações 03, 04 e 05 nele apontadas, haja vista as argumentações adunadas na peça de defesa e documentos que a acompanham e guarneçem.

No ensejo, reforça o pedido de reconhecimento da total boa-fé da impugnante, e que seja reduzida a multa a ser eventualmente aplicada, caso haja saldo remanescente, reafirmando que a Defendente sempre agiu com boa-fé, eis que não há qualquer fraude, dolo ou simulação, pelo que pugna pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva, e ressalta que o RPAF/99 estabelece a presunção de boa-fé.

Postula ainda a produção de todo meio de prova admitido no RPAF/99, em especial a pericial, testemunhal e interrogatório pessoal, bem como, a juntada dos documentos; a intimação da autoridade autuante para apresentar informações no prazo legal.

Às fls. 566 dos autos, têm-se Termo de Diligencia Fiscal produzida pela 4^a JJF por solicitação da i, Relatora Julgadora anterior do presente PAF, em que, os membros na sessão suplementar do dia 19/12/2016 decidiram por encaminhar o presente processo à INFRAZ TEXEIRA DE FREITAS para que a autuante identificasse, nos levantamentos que realizou (fls. 107/118), todas as NCMS dos produtos autuados.

Atendidas tais providências, deveria ser fornecida ao autuado, mediante recibo, cópia do presente despacho e de todas as informações que vierem aos autos em atendimento a presente diligência, devendo ser observado, na intimação do sujeito passivo, que ele terá o prazo de **10 (dez) dias** para se manifestar, caso pretenda fazê-lo.

Havendo manifestação da empresa, que o autuante se pronunciasse a respeito desta manifestação. Por fim, deveria os presentes autos retornar ao CONSEF para fim de julgamento.

À fl. 570 vê-se Informação Fiscal produzida pela Autuante em atendimento ao pedido da Diligência solicitada pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal à fl. 566 dos autos, que a seguir destaco:

a) Infrações 03: Diz que foi incluída na planilha demonstrativo a coluna NCM de acordo com a mercadoria nas operações de saídas através de notas fiscais, conforme Planilha de fl. 571/574

Destaca que se deve atentar que para enquadramento de uma mercadoria no regime de substituição tributária, o contribuinte deve considerar a descrição do produto na legislação pertinente juntamente com a sua classificação fiscal correspondente na NCM. Porém, diz que, caso a NCM seja a prevista na norma, mas a descrição do produto não corresponda ao que está escrito no dispositivo legal, não se aplica a substituição tributária.

b) Infrações 04: Diz que foi incluída na planilha demonstrativo a coluna NCM de acordo com a mercadoria nas operações de saídas através de ECF, conforme Planilha de fl. 575/581

Destaca que se deve atentar que para enquadramento de uma mercadoria no regime de substituição tributária, o contribuinte deve considerar a descrição do produto na legislação pertinente juntamente com a sua classificação fiscal correspondente na NCM. Porém, diz que, caso a NCM seja a prevista na norma, mas a descrição do produto não corresponda ao que está escrito no dispositivo legal, não se aplica a substituição tributária.

Às fls. 585/604 têm a manifestação à Informação Fiscal de fls. fl. 570 produzida pela Autuante em atendimento ao pedido da Diligência solicitada pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal à fl. 566 dos autos, que a seguir destaco:

Pois bem! Resumidamente observa que o sujeito passivo traz considerações, nessa sequência, do Convênio ICMS 52/91, Parecer DITRI nº 20.531/2014, além do Convênio ICMS 41/08, que destaca.

Mais adiante, traz considerações sobre o Convenio ICMS nº100/97, além de acostar aos autos extrato de vários Acórdãos deste Conselho de Fazenda, que diz relacionar a matéria, objeto em análise, com decisões a seu favor.

Por fim, requer a ratificação de todos os termos da sua defesa inicial.

À fl. 648 vê-se a informação da Autuante quanto a manifestação de defesa de fls. 585/604, atendendo despacho de fl. 646 do seu Supervisor, onde simplesmente destaca:

- *Em relação a Infração 3*, diz que a manifestação do contribuinte refere-se à redução de base de cálculo e não tem qualquer vínculo com a infração referenciada na diligencia.

Registra que a infração é a utilização de alíquota diversa da legislação em vendas realizadas em NF-e

- *Em relação a Infração 4*, diz que a manifestação do contribuinte refere-se à redução de base de cálculo e não tem qualquer vínculo com a infração referenciada na diligencia.

Registra que a infração é a utilização de alíquota diversa da legislação em vendas realizadas em NF-e

- *Em relação a Infração 5*, que também resta lide entre as partes, que diz respeito a utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo consubstanciado na disposição do Convenio ICMS 52/91, como assim está posto na descrição dos fatos da autuação, manteve-se silente.

À fl. 650 observa-se o encaminhamento, em 05/09/2018, do presente PAF ao Auditor Fiscal Relator, Valtércio Serpa Junior, lotado neste Conselho de Fazenda, para instrução e julgamento, tendo em vista a sua redistribuição dado a aposentadoria da Auditora Fiscal Relatora anterior.

À fl. 651 observa-se despacho do Auditor Fiscal Relator, Valtércio Serpa Junior, datado de 28/08/2019, retornando o presente PAF para a Secretaria do CONSEF para nova redistribuição a um dos julgadores da 4^a Junta de Julgamento Fiscal, frente ao comando contido no art. 136, § 2º, do RPAF, diante do fato de estar afastado da 4^a Junta de Julgamento Fiscal, servindo presentemente na 2^a Junta de Julgamento Fiscal.

À fl. 652, têm-se o despacho da Secretaria do CONSEF, datado de 02/09/2019, encaminhando o presente PAF para este Relator instruir e julgar.

Neste contexto, diante das peças processuais juntadas aos autos, relativamente ao contexto das Infrações 03, 04, e 05 não serem suficientes para a formação de minha convicção no julgamento da lide, mesmo já tendo sido objeto de manifestação, informação fiscal e contrarrazões, entendo ser necessário colocar o presente PAF em sede de Diligência Fiscal na forma do art. 7º, § 2º, do RPAF, para que a Autuante apresente Informação Fiscal nos termos do § 6º, do art. 127, do RPAF, ou seja, com clareza e precisão abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação tanto em relação a infração 03 e 04 já com alguma manifestação à fl. 648 dos autos, ou seja em relação a infração 05, que se manteve silente.

Observo, também, que o pedido da Diligência solicitada pela 4^a JJF à fl. 566 dos autos foi para juntar aos autos planilha contendo o NCM não só das Infrações 03 e 04, como assim atendeu a Autuante às fls. 570/581, mas, também, da Infração 5, que diz respeito, especificamente, a utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo consubstanciado na disposição do Convenio ICMS 52/91

Assim, oobjetivando a busca da verdade material, com fulcro no § 1º, do art. 18, do RPAF, a 4^a Junta de Julgamento F, em pauta suplementar do dia 13/12/2018, decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que sejam adotadas as seguintes providências:

- **1^a Providência:** desenvolver Informação Fiscal em relação as considerações de defesa das Infrações 03, 04 e 05 como assim estabelece o § 6º, do art. 127, do RPAF/BA, ou seja, com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, isto é, a Autuante deve destacar em sua Informação Fiscal:

Primeiro, em relação a infração 03 e 04, demonstrar pontualmente os motivos que levou a interpretar que a Autuada utilizou alíquota diversa da legislação, no período da ação fiscal, seja na vendas por NF-e (infração 03), seja nas vendas por ECF (infração 04); e assim foi

autuada, vez que toda a defesa do sujeito passivo é amparada na perspectiva de que não teria praticado vendas com alíquota diversa, e sim, vendas com redução de base de cálculo e substituição tributária na forma dos Convênios ICMS nº 41/08 e nº 52/91, combinado com os artigos 290, 295, anexo I, do RICMS/BA.

Segundo, em relação a infração 05 que diz respeito, especificamente, a utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo consubstanciado na disposição do Convenio ICMS 52/91, esclarecer, efetivamente, os motivos que o deficiente infringiu o Convênio ICMS 52/91, e por isso foi autuado.

- **2^a Providencia:** concluída a informação fiscal encaminhar ao órgão competente da INFRAZ, que deve cientificar o autuado, mediante intimação, do resultado da nova informação fiscal, com entrega dos documentos acostados aos autos, caso tenha aduzido novo demonstrativo de débito para as autuações em análise, objeto do Auto de Infração em tela, conforme depreende os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, c/c § 1º, do art. 18, do mesmo diploma legal, com a indicação de 10 (dez) dias para se manifestar, querendo.

Após as providências solicitadas, os autos deverão ser devolvidos ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

À fls. 659/666 têm-se Informação Fiscal produzida pela a agente Autuante em atendido ao pedido desta 4^a Junta de Julgamento Fiscal em pauta suplementar do dia 13/12/2018, de fls. 653/655 dos autos.

Diz que, na nova planilha da infração 03 (saídas com NF-e) à fls. 670/672, bem assim na nova planilha da infração 04 (saídas com ECF) de fls. 673/678, em atenção ao pedido da 4^a Junta de Julgamento Fiscal, foi colocado na última coluna à direita, com relação às saídas internas a descrição do produto, em que aduz estar demonstrado que o mesmo não é da substituição tributária.

Diz que, nas saídas interestaduais existem duas situações: “*algumas vendas foram feitas com BC reduzida gerando um valor de carga tributária menor que a devida, logo um valor ICMS apurado menor que o devido*”. Neste contexto, aduz que tais mercadorias não têm destinação como determinado pelo convenio 52/91.

Pontua que o Conv 52/91 concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas. Em seguida traz um conceito, ao seu entender, de “*implemento agrícola*”, para então assim posicionar:

Assim, diz que, se nas vendas, destes produtos, promovidas por empresas comerciais varejistas e **destinadas a outros fins**, a exemplo das vendas a consumidores finais, pessoas jurídicas que atuem na área de construção civil, prefeituras, escolas, outros, não devem ocorrer com aplicação da carga tributária reduzida, devendo sofrer tributação normal.

Acrescenta que a planilha traz outras operações de saídas interestaduais com alíquota 0%, quando deveriam ter sido a 12% ou 1% dependendo do destinatário da mercadoria. Neste caso, diz que a última coluna à direita da planilha, mostra o destinatário do produto.

Em seguida, **relativamente à infração 03**, a agente Autuante relaciona da fl. 659 à fl. 663, os itens de produtos, objeto da autuação, com uma apresentação de justificativa **para rechaçar ou não a proposição** da defesa de que os produtos são da ST, bem como de que alguns dos produtos relacionam a “*vendas à pessoa física*” e “*venda a pessoa jurídica não contribuinte*”.

Ao final diz manter a infração de nº 03, do Auto de Infração, em tela, no valor cobrado de R\$4.585,47 (fls. 670/672), em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no exercício de 2013, em vendas realizadas com NFE.

Por outro lado, relativamente à infração de nº 04, do Auto de Infração, em tela, a agente Autuante relaciona da fl. 663 à fl. 665, os itens de produtos, objeto da autuação, com uma apresentação de justificativa **para rechaçar ou não a proposição** da defesa de que os produtos são da ST.

Após tecer todas as suas considerações em relação cada item de produto constante da planilha de débito da autuação, dado ter entendido que, de fato, alguns dos produtos estão na ST, alterou o demonstrativo de débito da autuação do valor de R\$4.012,66 para o valor de R\$3.906,01 (fls. 673/678).

Quanto a infração de nº 05 que diz respeito a recolhimento a menor ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo no exercício de 2013, diz que o benefício fiscal previsto no Conv ICMS 52/91 abrange toda a cadeia de circulação das mercadorias, desde que elas sejam “*máquinas, aparelhos e equipamentos industriais*”, no caso da cláusula primeira, ou seja, “*máquinas e implementos agrícolas*”

Aduz, então, que somente poderá ser aplicado o Conv ICMS 52/91 se os produtos estiverem relacionados no Anexo I ou II do referido convênio, e devem ser observadas as condições e finalidade ali previstas.

Ademais, diz que não basta a NCM dos produtos estarem listados em um dos anexos do Convenio ICMS 52/91, para que o mesmo seja beneficiado com a redução de base de cálculo do ICMS, é necessário que a descrição e a destinação do produto sejam observadas.

Assim, diz que, se nas vendas, destes produtos, promovidas por empresa comerciais varejistas e destinadas a outros fins, a exemplo das vendas a consumidores finais, pessoas jurídicas que atuem na área da construção civil, prefeituras, escolas, outros, não devem ocorrer com a aplicação da carga tributária reduzida, devendo sofrer tributação normal.

Cita exemplo do NCM 8201 na planilha.

Em seguida diz que as destinações dos produtos objeto da autuação encontram-se na planilha de débito da autuação de fl. 679/680 o lado direito, então mantem o débito no valor de R\$6.385,18, (fls. 679/680).

Às fls. 682/688 dos autos, consta a manifestação do Contribuinte Autuado em relação a Informação Fiscal de fl. 659/666 produzida pela a agente Autuante em atendido ao pedido desta 4^a Junta de Julgamento Fiscal, de fls. 653/655 dos autos, nos termos a seguir:

Preliminarmente, com fulcro no artigo 272, § 5º, do CPC, requer que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Autuada e endereçadas ao endereço constante do rodapé da presente petição.

Em seguida diz que, insurge contra as infrações 03 e 04, em razão da autoridade fiscal deixar de considerar que as mercadorias arroladas na ação fiscal, já tiveram o ICMS recolhido por substituição tributária, conforme aduz que se pode constatar nas Notas Fiscais nºs 1294, 3263, 4348, 5135, 6778, 7749, 14155, 15220, 18685, 19316, 36168, 38248, 53117, 63584, 66330, 116022, 177293, 251628, 258099, 010916, bem como as respectivas GNRE's e comprovantes de pagamento que diz anexar a presente peça (DOC. 01).

Do mesmo modo, diz que insurge contra a exigência contida na acusação 05, em razão da autoridade fiscal deixar de considerar que as mercadorias arroladas na ação fiscal, já tiveram o ICMS recolhido por substituição tributária e estarem listadas no anexo I do Convenio 52/91, conforme diz constatar da planilha anexa a presente peça (DOC. 02).

Às fls. 756/764 têm-se nova Informação Fiscal, agora em relação a manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 682/688, nos seguintes termos:

• ***Infração 3 e 4***

Diz que a autuada apresentou notas fiscais com pagamentos de ICMS ST feito através de GNRE. Entretanto, volta a destacar que se deve observar que a classificação de mercadoria para ser ST deve-se levar em conta não somente a NCM, mas a descrição da mercadoria e sua destinação.

Além disso, diz que a empresa autuada apresentou apenas algumas NF-e. Pontua que o volume de entradas da empresa é grande. Aduz que não tem como assegurar que foi feita a substituição tributária de todas as mercadorias.

Complementa dizendo que, pela quantidade de produtos das planilhas nas saídas de NF-e e ECF, as mercadorias que saíram com tributação 0% é bem pequena.

Em seguida, volta a trazer todo um arrazoado, em relação alguns dos itens das notas fiscais constantes da manifestação do sujeito passivo, ou seja, das Notas Fiscais n^{os} 1294, 3263, 4348, 5135, 6778, 7749, 14155, 15220, 18685, 19316, 36168, 38248, 53117, 63584, 66330, 116022, 177293, 251628, 258099, 010916, justificando a motivação do seu entendimento que tais itens não estariam na substituição tributária alegada pelo defendant.

Mantém os valores apontados da Infração 03 e da Infração 4 na Informação Fiscal de fls. 659/666.

• **Infração 05**

Diz que o Convenio 52/91 concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, em seguida repete todo o argumento traçado na Informação Fiscal de fls. 659/666, ou seja, destaca seu entendimento de “implementos agrícolas”, para em seguida dizer que nas vendas de implementos agrícolas promovidas por empresas comerciais varejistas e destinadas a outros fins, a exemplo das vendas a consumidores finais, pessoas jurídicas que atuem na área da construção civil, prefeituras, escolas, outros, não devem ocorrer com a aplicação da carga tributária reduzida, devendo sofrer tributação normal.

Mantém os valores apontados da Infração 05 na Informação Fiscal de fls. 659/666, que é o mesmo do lançamento original.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$14.983,31, relativo a três irregularidades; e por multa, no montante de R\$27.576,65, relativo a duas irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo cinco infrações no valor total de R\$42.559,96, sendo todas as imputações impugnadas no mérito, que serão objeto de análise a seguir.

Preliminarmente o defendant argui nulidade do Auto de Infração, em tela, por entender que está em dissonância com o que preceitua o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, na medida em que não constam as situações que ensejam a redução da multa, caso decidisse efetuar o recolhimento do tributo antes do prazo para apresentação de defesa.

Não é que vejo dos autos, em primeiro plano, porque a indicação das situações em que a multa aplicada poderia ser reduzida, estão destacadas no demonstrativo de débito de fls. 5 a 7 do Auto de Infração, em tela, quando se tem, em cada data de ocorrência das infrações imputadas, os valores sujeitos a incidência de redução em função da data de quitação do débito de acordo com a legislação pertinente.

Em segundo plano, porque no campo do Auto de Infração, em tela, onde o defendant apôs a sua assinatura, através do representante legal constituído, dando ciência da autuação vê-se a informação “*o débito acima está sujeito a correção monetária, acréscimo moratório e/ou redução da multa de acordo com a legislação vigente e em função da data de quitação do débito*”, “ em que, de fato, interessasse efetuar o pagamento do tributo antes do prazo para apresentação de defesa, poder-se-ia assim proceder, pois era de seu conhecimento a redução arguida, onde não vejo qualquer cerceamento do seu direito, junto a Fazenda Pública, muito menos observado qualquer supressão do seu direito esculpido na legislação pertinente, nem tampouco qualquer afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Afasto, então, tal arguição de nulidade.

Inicialmente, há de se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, visto que em todas as acusações constam os dispositivos legais tidos como infringidos, e estão devidamente lastreadas em demonstrativos, conforme se pode observar às fls. 9 a 122 dos autos, associados aos novos documentos/demonstrativos decorrentes de 02 (dois)

pedidos de diligência pelos membros desta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sede de instrução do presente PAF, em que considero suficientes para a formação de minha convicção e dos julgadores 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, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

As Infrações 01 e 02 trata-se de aplicação de multa acessória por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias, sujeitas e não sujeitas à tributação, respectivamente, sem o devido registro na escrita fiscal no exercício de 2013, conforme demonstrativos/documentos às fls. 10/63, em relação a infração 01, às fls. 64/105, em relação a infração 02. Lançado multa, nessa ordem, no valor de R\$26.527,74 e R\$1.048,91, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Em sede de Informação Fiscal, a agente Autuante, em relação a “*Infração 01 – 16.01.01- Multa de 10% pela falta de escrituração de mercadorias tributáveis*”, diante das considerações de defesa, com elementos probantes acostados aos autos, registra que foram retiradas do demonstrativo as notas fiscais “canceladas” e “devolvidas”.

Assim apresenta, relativamente a infração 01, os valores remanescentes na forma do demonstrativo de débito abaixo, conforme descrito no corpo da informação fiscal de fls. 542/544 dos autos:

Data Ocorr.	Data Vcto.	Valor Histórico
28/02/2013	09/03/2013	0,00
31/03/2013	09/04/2013	1,00
31/05/2013	09/06/2013	101,62
30/06/2013	09/07/2013	0,00
31/07/2013	09/08/2013	43,30
31/08/2013	09/09/2013	385,75
30/09/2013	09/10/2013	21,00
31/10/2013	09/11/2013	0,00
30/11/2013	09/12/2013	517,00
31/12/2013	09/01/2014	17,72
Total da Infração 01		1.087,39

Por sua vez, em relação a “*Infração 02 – 16.01.01- Multa de 1% pela falta de escrituração de mercadorias não tributáveis*”, registra, também, que foram retiradas do demonstrativo as notas fiscais “canceladas”, “sinistro”, “reposição” e “devolvidas” conforme defesa e documentação apresentada pelo contribuinte e posterior confirmação.

Assim apresenta, relativamente a infração 02, os valores remanescentes na forma do demonstrativo de débito abaixo, conforme descrito no corpo da informação fiscal de fls. 542/544 dos autos:

Data Ocorr.	Data Vcto.	Valor Histórico
31/01/2013	09/02/2013	99,00
31/03/2013	09/04/2013	0,00
30/04/2013	09/05/2013	1,65
31/05/2013	09/06/2013	2,60
30/06/2013	09/07/2013	0,00
31/07/2013	09/08/2013	174,64
31/08/2013	09/09/2013	3,96
30/09/2013	09/10/2013	8,60
31/10/2013	09/11/2013	6,30
30/11/2013	09/12/2013	16,18
31/12/2013	09/01/2014	0,00
Total da Infração 02		312,93

À fls. 549/550 o sujeito passivo apresenta manifestação à Informação Fiscal de fls. 542/544 dos autos, destacando que os novos valores apresentados pela Auditora Fiscal das infrações 01 e da Infração 02 totalizam a soma de R\$1.400,35, por seu turno diz que o valor reconhecido quando da apresentação da defesa em 31/08/2015, foi de R\$1.399,22, ou seja, divergência de apenas R\$1,13.

Desse modo, tendo em vista o ínfimo valor de divergência, aduz não se opõe à nova conclusão da i. agente Autuante, e reforça, uma vez mais, seu intento de não criar embaraços à Fiscalização.

Neste sentido, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Portanto, não vendo qualquer registro que desabone as alterações efetuadas pela Agente Autuante nos demonstrativos de débitos da Infração 01 e da Infração 02, voto pela procedência parcial das referidas imputações do Auto de Infração, em tela, conforme os valores dos débitos remanescentes apontados linhas acima.

Todavia, saliento que, as multas estabelecidas na norma para ocorrência das citadas infrações à época dos fatos geradores, estão postas no art. 42, inciso IX e XI, da Lei nº 7.014/96, respectivamente, que a seguir transcrevo:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;(Grifo acrescido)

XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;(Grifo acrescido)

Verifico, entretanto, que a multa constante no art. 42, IX, foi modificada para 1%, a mesma do inciso XI, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito, a partir de 11 de dezembro de 2015, não havendo mais diferenciação de percentuais de multas para as situações postas, cabendo, portanto, com base no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica.

Neste sentido, por quantum a falta de registro de notas fiscais nos livros fiscais próprios, estão agora unificadas, para o percentual de 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria, seja com tributação, ou sem tributação, ou com fase de tributação encerrada, relativas as entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Desta forma, de ofício, cabe um novo demonstrativo de débito para a infração 01, a partir do demonstrativo remanescente destacado acima, absorvendo a modificação da penalidade de 10% para 1%, na forma da alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com base no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

Em sendo assim o débito da Infração 01 deve ser alterado de R\$1.087,39 para R\$108,64, conforme a seguir:

Data Ocorr.	Data Vcto.	Valor Histórico
28/02/2013	09/03/2013	0,00
31/03/2013	09/04/2013	0,01
31/05/2013	09/06/2013	10,16
30/06/2013	09/07/2013	0,00
31/07/2013	09/08/2013	4,33
31/08/2013	09/09/2013	38,57
30/09/2013	09/10/2013	2,10
31/10/2013	09/11/2013	0,00
30/11/2013	09/12/2013	51,70
31/12/2013	09/01/2014	1,77
Total da Infração 01		108,64

As Infrações 03 e 04 dizem respeito a recolhimento a menor do imposto (ICMS) no valor de R\$4.585,47 e R\$4.012,66, respectivamente, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no exercício de 2013, decorrentes de vendas realizadas com NF-e, em relação a infração 03, e ECF, em relação a infração 04, conforme demonstrativos de fls. 107/110 e fls. 112/118 dos autos, com enquadramento no art. 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. III, do mesmo diploma legal.

Na peça de defesa o sujeito passivo diz que, diversamente do que informa a agente Autuante, comprova que o ICMS devido em todos os produtos listados nos demonstrativos de débitos das citadas infrações do Auto de Infração epigrafado foi regularmente recolhido na forma da lei, e que as alíquotas foram aplicadas corretamente por se tratar de mercadorias por Substituição Tributária.

Em sede de Informação Fiscal a agente Autuante diz que o contribuinte é comércio varejista de material de construção em geral. Destaca que estão sujeitas ao regime de substituição tributária os produtos relacionados no Anexo 1 do RICMS-BA/12. Neste contexto, diz que no caso do contribuinte deve respeitar o Protocolo 104/09.

Destaca que, para o enquadramento de um determinado produto no regime de substituição tributária, o contribuinte deve considerar a descrição do produto na legislação, juntamente com a sua classificação fiscal correspondente ao NCM.

Às fls. 566 dos autos, têm-se Termo de Diligencia Fiscal produzida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, por solicitação da 1ª Relatora Julgadora anterior do presente PAF, em que, os membros na sessão suplementar do dia 19/12/2016 decidiram por encaminhar o presente processo à INFAT TEXEIRA DE FREITAS para que a autuante identificasse, nos levantamentos que realizou (fls. 107/118), todas as NCMs dos produtos autuados.

Atendidas tais providências, deveria ser fornecida ao autuado, mediante recibo, cópia do presente despacho e de todas as informações que vierem aos autos em atendimento a presente diligência, devendo ser observado, na intimação do sujeito passivo, que ele terá o prazo de **10 (dez) dias** para se manifestar, caso pretenda fazê-lo.

Havendo manifestação da empresa, que o autuante se pronunciasse a respeito desta manifestação. Por fim, deveria os presentes autos retornar ao CONSEF para fim de julgamento.

À fl. 570 vê-se Informação Fiscal produzida pela Autuante em atendimento ao pedido da Diligência solicitada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal à fl. 566 dos autos, que a seguir destaco:

- a) *Infrações 03: Diz que foi incluída na planilha demonstrativo a coluna NCM de acordo com a mercadoria nas operações de saídas através de notas fiscais, conforme Planilha de fl. 571/574*
- b) *Infrações 04: Diz que foi incluída na planilha demonstrativo a coluna NCM de acordo com a mercadoria nas operações de saídas através de ECF, conforme Planilha de fl. 575/581*

Repisa que se deve atentar que para enquadramento de uma mercadoria no regime de substituição tributária, o contribuinte deve considerar a descrição do produto na legislação pertinente juntamente com a sua classificação fiscal correspondente na NCM. Porém, diz que, caso a NCM seja a prevista na norma, mas a descrição do produto não corresponda ao que está escrito no dispositivo legal, não se aplica a substituição tributária.

Às fls. 585/604 têm-se a manifestação à Informação Fiscal de fls. fl. 570 produzida pela Autuante em atendimento ao pedido da Diligência solicitada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal à fl. 566 dos autos, que a seguir destaco:

Pois bem! Resumidamente observa que o sujeito passivo traz considerações, nessa sequência, do Convênio ICMS 52/91, Parecer DITRI nº 20.531/2014, além do Convênio ICMS 41/08, que destaca.

Mais adiante, traz considerações sobre o Convenio ICMS nº100/97, além de acostar aos autos extrato de vários Acórdãos deste Conselho de Fazenda, que diz relacionar a matéria, objeto em análise, com decisões a seu favor.

Por fim, requer a ratificação de todos os termos da sua defesa inicial.

À fl. 648 vê-se a informação da Autuante quanto a manifestação do Autuado de fls. 585/604, atendendo despacho de fl. 646 do seu Supervisor, onde simplesmente destaca:

- *Em relação a Infração 03, diz que a manifestação do contribuinte refere-se à redução de base de cálculo e não tem qualquer vínculo com a infração referenciada na diligencia.*

Registra que a infração é a utilização de alíquota diversa da legislação em vendas realizadas em NF-e

- *Em relação a Infração 04*, diz que a manifestação do contribuinte refere-se à redução de base de cálculo e não tem qualquer vínculo com a infração referenciada na diligencia.

Registra que a infração é a utilização de alíquota diversa da legislação em vendas realizadas em NF-e

À fl. 652, têm-se o despacho da Secretaria do CONSEF, datado de 02/09/2019, encaminhando o presente PAF para este Relator instruir e julgar.

Neste contexto, diante das peças processuais juntadas aos autos, relativamente ao contexto das Infrações 03 e 04, inclusive a infração 05, não serem suficientes para a formação de minha convicção no julgamento da lide, mesmo já tendo sido objeto de manifestação, informação fiscal e contrarrazões, entendi ser necessário colocar o presente PAF em sede de Diligência Fiscal na forma do art. 7º, § 2º, do RPAF, para que a Autuante apresentasse Informação Fiscal nos termos do § 6º, do art. 127, do RPAF, ou seja, com clareza e precisão abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação tanto em relação a infração 03 e 04 já com alguma manifestação à fl. 648 dos autos, ou seja em relação a infração 5, que se manteve silente.

Observo, também, que o pedido da Diligência solicitada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal à fl. 566 dos autos foi para juntar aos autos planilha contendo o NCM não só das Infrações 03 e 04, como assim atendeu a Autuante às fls. 570/581, mas, também, da Infração 05, que diz respeito, especificamente, a utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo consubstanciado na disposição do Convenio ICMS 52/91

Assim, oobjetivando a busca da verdade material, com fulcro no § 1º, do art. 18, do RPAF, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar do dia 13/12/2018, decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que sejam adotadas as seguintes providências:

- **1ª Providência:** desenvolver Informação Fiscal em relação as considerações de defesa das Infrações 03, 04 e 05 como assim estabelece o § 6º, do art. 127, do RPAF/BA, ou seja, com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, isto é, a Autuante deve destacar em sua Informação Fiscal:

Primeiro, em relação a infração 03 e 04, demonstrar pontualmente os motivos que levou a interpretar que a Autuada utilizou alíquota diversa da legislação, no período da ação fiscal, seja na vendas por NF-e (infração 03), seja nas vendas por ECF (infração 04); e assim foi autuada, vez que toda a defesa do sujeito passivo é amparada na perspectiva de que não teria praticado vendas com alíquota diversa, e sim, vendas com redução de base de cálculo e substituição tributária na forma dos Convênios ICMS nº 41/08 e nº 52/91, combinado com os artigos 290, 295, anexo I, do RICMS/BA.

Segundo, em relação a infração 05 que diz respeito, especificamente, a utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo consubstanciado na disposição do Convenio ICMS 52/91, esclarecer, efetivamente, os motivos que o deficiente infringiu o Convênio ICMS 52/91, e por isso foi autuado.

- **2ª Providencia:** concluída a informação fiscal encaminhar ao órgão competente da INFRAZ, que deve cientificar o autuado, mediante intimação, do resultado da nova informação fiscal, com entrega dos documentos acostados aos autos, caso tenha aduzido novo demonstrativo de débito para as autuações em análise, objeto do Auto de Infração em tela, conforme depreende os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, c/c § 1º, do art. 18, do mesmo diploma legal, com a indicação de 10 (dez) dias para se manifestar, querendo.

Após as providências solicitadas, os autos deveriam ser devolvidos ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

À fls. 659/666 têm-se Informação Fiscal produzida pela a agente Autuante em atendido ao pedido

desta 4^a Junta de Julgamento Fiscal em pauta suplementar do dia 13/12/2018, de fls. 653/655 dos autos.

Diz que, na nova planilha da infração 03 (saídas com NF-e) à fls. 670/672, bem assim na nova planilha da infração 04 (saídas com ECF) de fls. 673/678, em atenção ao pedido da 4^a Junta de Julgamento Fiscal, foi colocado na última coluna à direita, com relação às saídas internas a descrição do produto, em que aduz estar demonstrado que o mesmo não é da substituição tributária.

Diz que, nas saídas interestaduais existem duas situações: *“algumas vendas foram feitas com BC reduzida gerando um valor de carga tributária menor que a devida, logo um valor ICMS apurado menor que o devido”*. Neste contexto, aduz que tais mercadorias não têm destinação como determinado pelo Convenio 52/91.

Pontua que o Conv 52/91 concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas. Em seguida traz um conceito, ao seu entender, de *“implemento agrícola”*, para então assim posicionar:

Assim, diz que, se nas vendas, destes produtos, promovidas por empresas comerciais varejistas e **destinadas a outros fins**, a exemplo das vendas a consumidores finais, pessoas jurídicas que atuem na área de construção civil, prefeituras, escolas, outros, não devem ocorrer com aplicação da carga tributária reduzida, devendo sofrer tributação normal.

Acrescenta que a planilha traz outras operações de saídas interestaduais com alíquota 0%, quando deveriam ter sido a 12% ou 1% dependendo do destinatário da mercadoria. Neste caso, diz que a última coluna à direita da planilha, mostra o destinatário do produto.

Em seguida, **relativamente à infração 03**, a agente Autuante relaciona da fl. 659 à fl. 663, os itens de produtos, objeto da autuação, com uma apresentação de justificativa **para rechaçar ou não a proposição** da defesa de que os produtos são da ST, bem como de que alguns dos produtos relacionam a *“vendas à pessoa física”* e *“venda a pessoa jurídica não contribuinte”*.

Ao final diz manter a infração de nº 03, do Auto de Infração, em tela, no valor cobrado de R\$4.585,47 (fls. 670/672), em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no exercício de 2013, em vendas realizadas com NF-e.

Por outro lado, relativamente à infração de nº 04, do Auto de Infração, em tela, a agente Autuante relaciona da fl. 663 à fl. 665, os itens de produtos, objeto da autuação, com uma apresentação de justificativa **para rechaçar ou não a proposição** da defesa de que os produtos são da ST.

Após tecer todas as suas considerações em relação cada item de produto constante da planilha de débito da autuação, dado ter entendido que, de fato, alguns dos produtos estão na ST, alterou o demonstrativo de débito da autuação do valor de R\$4.012,66 para o valor de R\$3.906,01 (fls. 673/678).

Às fls. 682/688 dos autos, consta a manifestação do Contribuinte Autuado em relação a Informação Fiscal de fl. 659/666 produzida pela a agente Autuante em atendido ao pedido desta 4^a Junta de Julgamento Fiscal, de fls. 653/655 dos autos, nos termos a seguir:

Preliminarmente, com fulcro no artigo 272, § 5º, do CPC, requer que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Autuada e endereçadas ao endereço constante do rodapé da presente petição.

Em seguida diz que, insurge contra as infrações 03 e 04, em razão da autoridade fiscal deixar de considerar que as mercadorias arroladas na ação fiscal, já tiveram o ICMS recolhido por substituição tributária, conforme aduz que se pode constatar nas Notas Fiscais nºs 1294, 3263, 4348, 5135, 6778, 7749, 14155, 15220, 18685, 19316, 36168, 38248, 53117, 63584, 66330, 116022, 177293, 251628, 258099, 010916, bem como as respectivas GNRE's e comprovantes de pagamento que diz anexar a presente peça (DOC. 01).

Às fls. 756/764 têm-se nova Informação Fiscal, agora em relação a manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 682/688, relativamente às infrações 03 e 04 nos seguintes termos:

Diz que a autuada apresentou notas fiscais com pagamentos de ICMS ST feito através de GNRE. Entretanto, volta a destacar que se deve observar que a classificação de mercadoria para ser ST deve-se levar em conta não somente a NCM, mas a descrição da mercadoria e sua destinação.

Além disso, diz que a empresa autuada apresentou apenas algumas NF-e. **Pontua que o volume de entradas da empresa é grande.** Aduz que não tem como assegurar que foi feita a substituição tributária de todas as mercadorias.

Complementa dizendo que, pela quantidade de produtos das planilhas nas saídas de NF-e e ECF, as mercadorias que saíram com tributação 0% é bem pequena.

Em seguida, volta a trazer todo um arrazoado, em relação alguns dos itens das notas fiscais constantes da manifestação do sujeito passivo, ou seja, das Notas Fiscais nºs 1294, 3263, 4348, 5135, 6778, 7749, 14155, 15220, 18685, 19316, 36168, 38248, 53117, 63584, 66330, 116022, 177293, 251628, 258099, 010916, justificando a motivação do seu entendimento que tais itens não estariam na substituição tributária alegada pelo defendant.

Mantém os valores apontados da Infração 03 e da Infração 04 na Informação Fiscal de fls. 659/666.

Passo, então, a manifestar sobre os termos da Infrações 03 e 04 do Auto de Infração, em tela, de forma conjunta. A Infração 03, que relaciona a saídas por NF-e, depois de várias intervenções, com razões e contrarrazões, a agente Autuante diz manter a infração no valor originalmente cobrado de R\$4.585,47 (fls. 670/672), por sua vez, a Infração 04, que relaciona a saídas por ECF, a agente Autuante, entendeu, de fato, que alguns dos produtos, objeto da autuação, estão na Substituição Tributária, então, alterou o demonstrativo de débito da autuação do valor de R\$4.012,66 para o valor de R\$3.906,01 (fls. 673/678).

Entretanto, a agente Autuante, ao enfrentar os argumentos de defesa, relativamente a manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 682/688, em relação às Infrações 03 e 04, diz que a defendant apresentou apenas algumas notas fiscais de entrada, ao tempo que afirma que **o volume de entradas da empresa é grande e conclui dizendo** que não tem como assegurar que foi feita a substituição tributária de todas as mercadorias.

Neste contexto, além da incerteza quanto a ser ou não devido o imposto, seja dos itens mantidos da Infração 03, seja dos itens remanescentes da infração 04, haja vista a natureza dos bens/mercadorias objeto da ação fiscal estarem ou não na substituição tributária e que por isso teriam saído com alíquota 0,0% (zero), pois estariam com a fase de tributação encerrada, há de se observar que, relativamente aos itens da Infração 03, há várias situações que não se trata mercadorias estarem na substituição tributária ou não, mas de aplicação da redução da base de cálculo do imposto em sintonia com a legislação pertinente, caracterizando uma desconformidade entre o aplicado na autuação e a pretensão fiscal. A imputação diz respeito à alíquota aplicável, ao passo que a matéria fática, em relação a alguns itens da autuação, é se há ou não redução da base de cálculo; ou se a redução da base de cálculo, no caso em exame, está em conformidade com a legislação.

De maneira que não vejo como se sustentar a Infração 03 mantida pelo agente Autuante, nem tampouco o saldo remanescente da Infração 04, posto que se encontram, ainda, eivada de vícios insanáveis, mesmo tendo sido posto, por 02 (duas) vezes, o presente PAF em sede de Diligência por esta 4^a Junta de Julgamento Fiscal, pelo que, com fulcro no Art. 18, inciso IV do RPAF/BA, voto pela nulidade das citadas imputações.

A Infração 05 relaciona a recolhimento a menor do imposto (ICMS), em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo no exercício de 2013, conforme demonstrativo de fls. 120/121 dos autos. Consta da descrição dos fatos que o Contribuinte Autuado aplicou a redução do Convênio 52/91 em venda para empresas com atividade diferente das agrícolas e industrial. Lançado ICMS no valor de R\$6.385,18, com enquadramento no art. 29, § 8º,

da Lei nº 7.014/96, c/c artigos 267 a 268 (a depender da hipótese) do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. III, do mesmo diploma legal.

Diz, o sujeito passivo, que entendeu o Fiscal que a Empresa Contribuinte e ora defendanteveria ser penalizada porque aplicou a base de cálculo reduzida prevista no Decreto nº 13.780/2012, que institui o Regulamento do ICMS da Bahia, por entender que os produtos sobre os quais foi aplicada a redução devem, além de estar elencados no rol dos Anexos I e II do Convênio 52/91, ser utilizados nos segmentos industrial ou agrícola.

Destaca que o Fiscal Autuante fundamenta seu entendimento e a aplicação da penalidade no Convênio 52/91. Com o devido respeito, não merece prosperar a infração aqui guerreada.

A uma porque a legislação não se refere exclusivamente à destinação e utilização nos segmentos citados pelo Autuante, o que significa que poderão ter destinação diversa. Em verdade a legislação sequer menciona a destinação ao longo de todo o seu conteúdo legislativo, mas limita-se a citar aqueles segmentos tão somente na ementa. Logo, não havendo restrição legal quanto à destinação do bem pelo adquirente, não cabe ao intérprete restringir quando a legislação não o faz.

A duas porque caso a destinação fosse exclusivamente para uso em operações industriais e agrícolas, certamente os Anexos I e II do mencionado Convênio 52/91 não incluiriam produtos e mercadorias dissonantes desses segmentos.

Diz que as características de alguns dos produtos arrolados nos Anexos I e II do Convênio não se coadunam com a destinação alegada pelo Autuante, agrícola e industrial. Se é assim, como aplicar a redução da base de cálculo daqueles produtos somente se lhes for dada destinação exclusivamente industrial ou agrícola se alguns daqueles sequer se caracterizam como tal.

Ademais, diz que, ainda que a norma invocada fosse clara o bastante para restringir a redução da base de cálculo apenas e tão somente para os produtos cuja destinação corresponda à industrial ou agrícola, não poderia o Nobre Fiscal Autuante imputar à Defendente a penalidade aplicada sem aferir a destinação que lhe foi dada, na prática. *In casu*, com o máximo respeito, entende a Autuada pela impossibilidade ou inviabilidade de aferição da destinação a ser aplicada.

A agente Autuante, em sede de Informação Fiscal, diz que, além do produto estar arrolado nos Anexos I e II do Convênio 52/91, deve ser utilizado em segmento industrial ou agrícola.

Acrescenta que, se nas vendas, destes produtos, promovidas por empresas comercial varejista e destinadas a outros fins, a exemplo das vendas a consumidores finais, pessoas jurídicas que atuem na área da construção civil, ou pessoas físicas residentes na zona urbana, não devem ocorrer com aplicação da carga tributária reduzida, devendo sofrer tributação normal.

Neste sentido, diz que mantém a infração 05 com valor integral.

Sobre os itens de produtos, objeto da autuação, estarem abarcados pelo Convênio ICMS nº 52/91, não há controvérsia entre as partes. A lide resulta na interpretação da destinação dos produtos, que, à luz do entendimento da agente Autuante, para usufruir do benefício fiscal do citado Convênio, além de estar arrolado nos Anexos I e II do Convênio 52/91, deve ser utilizado em segmento industrial ou agrícola.

Assim está posto no preâmbulo do Convênio ICMS 52/91:

“Concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas”.

Neste contexto, como bem destacado pelo defendant, o citado Convênio ICMS nº 52/91, não menciona a destinação do produto, ao longo de todo o seu conteúdo, para usufruir do benefício fiscal da redução da base de cálculo do ICMS, mas tão-somente limita-se a citar segmentos tão somente na ementa.

E como tal, não vejo que se esteja condicionando fruição do benefício *por quantum* a destinação do produto. O que observo da ementa do texto legislativo do Convenio é de que as concessões da

redução da base de cálculo são nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas arrolados no Anexo (Cláusula primeira) e Anexo II (Clausula segunda).

Compulsando, então, o demonstrativo de débito da Infração 05, têm-se o registro de ocorrências com vários NCM, dentre eles 8424.81.29 (item 10.4 do Anexo I ou II), 8201.30.00 (item 5.3 do Anexo I ou II), 8716.80.00 (item 21.2 do Anexo I ou II), 8201.30.00 (item 5.3 do Anexo I ou II), 8413.81.00 (ítem 20 do Anexo I ou II), 8201.60.00 (item 5.6 do Anexo I ou II) e 8467.29.99 (item 56.5 do Anexo I ou II).

Observo, também, diferentemente da afirmativa da agente Autuante, não observo dentre os itens relacionados no demonstrativo de débito da Infração 05, qualquer operação realizada com pessoa física. Todas relacionam operações com pessoas jurídicas, tipo Incorporadoras de Imóveis, Centro Territ. de Educação, Centro Médico Extremo Sul, Prefeitura Municipal de Teixeira de Freitas, Céu Azul Imobiliária, Elgemic Elétrica, etc.

Estando demonstrado que todas as operações objeto da infração 05 relacionam a NCM que autorizam a fruição do benefício do Convênio ICMS nº 52/91, e que se tratam de operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, vejo restar insubstancial a infração 05.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em tela, na forma a seguir destacado:

INFRAÇÕES	VL LANÇADO	OCORRENCIA	VL JULGADO	RESULTADO
01 – 16.01.01	26.527,74	DEFESA	108,64	PROC EM PARTE
02 – 16.01.02	1.048,91	DEFESA	312,93	PROC EM PARTE
03 – 03.02.02	4.585,47	DEFESA	0,00	NULA
04 – 03.02.02	4.012,66	DEFESA	0,00	NULA
05 – 03.02.06	6.385,18	DEFESA	0,00	IMPROCEDENTE
TOTAL	42.559,96		421,57	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276473.0602/15-1**, lavrado contra **J C ROCHA & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$421,57**, prevista no artigo 42, inciso IX e XI, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA