

PROCESSO - A. I. Nº 269511.3005/16-0
RECORRENTE - TELEAÇO BAHIA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0016-03/20
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO (INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO)
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/09/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0236-11/22-VD

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 CONTRIBUENTES. Autuado não elide a acusação fiscal. Infrações subsistentes. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO b) MATERIAIS PARA USO E CONSUMO. Infrações subsistentes. 4. 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. Mantida Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0016-03/20, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2016, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$221.384,33 tendo em vista as infrações abaixo, objeto do recurso:

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 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 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 apresentou impugnação (Fls. 39 a 82 e 119 a 131), informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 95 a 101 e 135/136), além disso o auto foi remetido em diligência a INFAZ de Origem (Fl. 150), manifestação do autuante (Fls. 158 a 166) a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 3ª JF que após análise julgou Procedente (Fls. 176 a 186), nos seguintes termos:

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 indicio 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, $R\$ 2.520,00 \times 1,7255 = R\$ 4.348,26$. 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, $(R\$ 4.348,26 \times 17\% = R\$ 739,20) - R\$ 176,40 = R\$ 562,80$.

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.

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 197 a 226) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Inicialmente roga pela Nulidade pela ausência de elementos substanciais para apuração da suposta infração, que culminou no cerceamento do direito de defesa. Diz que, segundo o artigo 39, incisos III, V, VI do Decreto nº 7629/1999, o Auto de Infração deverá conter a descrição dos fatos considerados infrações, a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária em que se fundamente a exigência fiscal e ainda outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal, pois apesar da imposição legal o Auto de Infração não contém elementos mínimos necessários para com precisão se apurar o cometimento da infração.

Alega que nem nos relatórios que acompanham o Auto de Infração, nem tão pouco naqueles entregues ao autuado em 30/08/2012 em decorrência dos ajustes realizados após a primeira diligência, estão indicadas as NCM e/ou NBM das mercadorias sobre as quais se apurou as supostas infrações, elementos substanciais para a defesa do contribuinte e para se apurar com segurança a suposta infração, fato este que pode ser observado em todos os relatórios relativos às Infrações 03 e 07.

Destaca que o Convênio ICMS 33/1996 determina que a comercialização interna 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%. Já o artigo 266, II, do Decreto nº 13780/2012, determina que além das mercadorias listadas no Convênio ICMS 33/1996, as listadas neste inciso também serão beneficiadas com a redução de base de cálculo, quais sejam, das operações internas com ferros e aços não planos, relacionados a seguir e no Convênio ICMS 33/96, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação:

- a) fios de ferros ou aços não ligados - NCM 7217;
- b) arame farpado, de ferro ou aço; arames ou tiras, retorcidos, mesmo farpados, de ferro ou aço, dos tipos dos utilizados em cercas - NCM 7313;
- c) grades e redes soldadas no ponto de interseção galvanizadas - NCM 7314.31;
- d) telas metálicas, grades e redes galvanizadas, recoberto de plásticos e outros - NCM 7314.4;
- e) obras de fios de ferro ou aço - NCM 7326.2;
- f) tachas, pregos, percevejos, escámulas, grampos de fios curvados, ondulados ou biselados e artefatos semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço, mesmo com a cabeça de outra matéria, exceto cobre - 7317;

Diz ser evidente que para a lavratura do Auto de Infração, assim como para a defesa do contribuinte é substancial que as planilhas juntadas aos autos pelo autuante tragam a NCM e a NBM das mercadorias. Fato este não observado pelo autuante.

Cita inclusive o entendimento desse Conselho no julgamento do Auto de Infração nº 210929.0016/14-3, conforme Acórdão JJF nº 0003-01/15 da Primeira Junta de Julgamento Fiscal, que declarou nulo o Auto de Infração. De acordo com o acórdão citado, afirma o relator, na mesma linha da defesa aqui apresentada, *“que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, é nulo o lançamento em exame, haja vista que efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação, o que cerceou o exercício do direito de defesa do contribuinte”* e completou *“diante do exposto, acolho a nulidade arguida, haja vista a ocorrência da hipótese prevista no artigo 18, II do RPAF/1999, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99”*.

Pede ainda nulidade do pedido de diligência enviado ao autuado, que foi determinado em

decorrência dos equívocos cometidos na atuação em relação a Infração 07, que consistia em *“Intimar o impugnante, mediante recibo, e juntando cópia desse pedido de diligência, a apresentar demonstração inequívoca através de sua escrituração fiscal de que todos os produtos arrolados no levantamento fiscal foram tributados normalmente nas saídas”* e que, como alegado e comprovado na impugnação, toda a fiscalização foi realizada tendo por base os arquivos EFD (Escrituração Fiscal Digital).

Cabe destacar, que o autuante num exercício de uma atividade plenamente vinculada, conforme suas próprias “descrições dos fatos”, detinha todas as informações necessárias que evidenciam as alegações, ou seja, não há qualquer fato novo, ou fato desconhecido. Em outras palavras, o auditor era detentor de todos os elementos necessários para verificar que os produtos objeto da autuação foram tributados normalmente em suas saídas.

Todavia, com o devido e costumeiro respeito, de maneira desarrazoada e ilegal, determinou a JJF diligência ao contribuinte, para que o autuado apresentasse demonstração inequívoca através de sua escrituração fiscal de que todos os produtos arrolados no levantamento fiscal foram tributados normalmente nas saídas.

Acrescenta-se ainda que a alegação de que os produtos objeto da autuação saíram tributados, faz parte da impugnação do autuado, todavia esse ponto não foi contestado pelo autuante, logo deve ser admitido como verídico, nos termos do artigo 140 do Decreto nº 7.626/1999.

Além disso, nos termos do artigo 126, 127, § 6º do RPAF, a informação fiscal (contestação à impugnação), deverá com precisão abranger todos os aspectos da defesa com fundamentação.

No presente caso, as alegações e a documentação constante na autuação (arquivos EFD), comprovam que os produtos foram tributados normalmente nas saídas, fatos esses que não foram rebatidos ou enfrentados pelo autuante, por tanto, não resta dúvida da sua admissão como verídico. Não é demais repetir, que o autuante detinha todas as informações e documentos necessários para elucidar os fatos, desde o momento da fiscalização.

Ainda sobre a ilegalidade, aponta que a determinação de diligência ao autuado, para que este realizasse levantamento fiscal e apresentasse demonstrações ao autuante não encontra guarida no RPAF, já o artigo 148 determina por quem serão realizadas as diligências, quais sejam, o autuante, auditor fiscal estranho ao feito ou auditor fiscal designado pelo chefe da Coordenação de Assessoria Técnica do CONSEF.

Ademais diz que infundada é a decisão daqueles julgadores, quando negam o pedido do autuado, sobre o fundamento de que este não atendeu a diligência, quando na verdade ilegal foi a determinação de diligência para o autuado. Dessa forma, o Fisco e aquela JJF, na qualidade de aplicadores da lei, devem agir estritamente nesses limites, uma vez que a atividade de lançamento e julgamento é vinculada, correndo o risco de, se em assim proceder, violar as disposições do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Assim, afastada qualquer alegação de erro de fato, mantendo a lealdade processual, por legalidade é nula a diligência determinada pela JJF, assim com a decisão que nela se fundamenta.

No tocante ao mérito, nas infrações 01, 02, 04, 05, 06 e 08, não demonstra o autuante de forma clara as irregularidades cometidas, apenas limitou-se a juntar ao auto arquivos em PDF, que impedem o contribuinte de entender o caminho percorrido para a apuração dos valores cobrados. Não indica as origens das mercadorias, NCM/NBM, alíquotas de crédito, composição da base de cálculo, existência de benefícios fiscais ou reduções de base de cálculo. Simplesmente trás no Auto de Infração planilhas em formato PDF que segundo ele dão suporte as infrações. Tanto é verdade que após diligência fiscal, na tentativa de salvar o Auto de Infração, aquela JJF determinou que o autuante apresentasse ao contribuinte, planilhas no formato Excel, cabe destacar que mesmo com a apresentação das planilhas, os equívocos permanecem.

Em suma, com os arquivos apresentados é impossível o contribuinte chegar aos valores apurados,

tendo em vista que conforme já demonstrado na inicial, apresentam equívocos nas determinações das fórmulas e estão ausentes a NCM e NBM em todos os itens objeto da infração.

Na Infração 03 alega o auditor que o contribuinte recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, todavia a alegação não merece ir adiante, pelas razões a seguir apresentadas.

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, diante da impossibilidade de se determinar com precisão a infração cometida (ausência de NCM/NBM) supõem-se que a infração tem origem na aplicação da redução da base de cálculo na comercialização interna das mercadorias listadas. Enquanto o contribuinte corretamente aplicou redução de base de cálculo, de forma que a incidência de ICMS seja de 12%, o autuante desconsiderou a redução e aplicou alíquota de 17%.

Determina o Convênio ICMS 33/1996, que a comercialização interna 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%, apresentando a lista:

<i>CLASSIFICAÇÃO NBM/SH</i>	<i>DESCRIÇÃO</i>
7213	<i>FIO-MÁQUINA DE FERRO OU AÇOS NÃO LIGADOS</i>
10.0000	<i>Dentados, com nervuras, sulcos ou relevos, obtidos durante a laminagem.</i>
20.0100	<i>de aços para tornear, de seção circular.</i>
7214	<i>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.</i>
20	<i>Dentadas, com nervuras, sulcos ou relevos, obtidos durante a laminagem, ou torcidas após a laminagem.</i>
0100	<i>de menos de 0,25% de carbono.</i>
0200	<i>de 0,25% ou mais, mas menos de 0,6% de carbono.</i>
40	<i>Outras, contendo, em peso, menos de 0,25% de carbono</i>
0100	<i>de seção circular.</i>
9900	<i>Outras</i>
7216	<i>PERFIS DE FERRO OU AÇOS NÃO LIGADOS</i>
21.0000	<i>perfis em L, simplesmente laminados, estirados ou extrudados, a quente, de altura inferior a 80 mm</i>
31	<i>perfis em U, simplesmente laminados, estirados ou extrudados, a quente, de altura igual ou superior a 80 mm.</i>

0100	de altura igual ou superior a 80mm, mas não superior a 200mm.
0200	de altura superior a 200mm.
32	perfis em I, simplesmente laminados, estirados ou extrudados, a quente, de altura igual ou superior a 80 mm.
0100	de altura igual ou superior a 80mm, mas não superior a 200mm.
0200	de altura superior a 200 mm.

Cabe destacar que os citados produtos estão RELACIONADOS NO CONVÊNIO 33/1996 ou no Decreto nº 13780/2012, em seu artigo 266, inciso II, que determina que além das mercadorias listadas no Convênio ICMS 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%. *In leteris*.

Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

II - das operações internas com ferros e aços não planos, relacionados a seguir e no Conv. ICMS 33/96, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação:

- a) fios de ferros ou aços não ligados - NCM 7217;*
- b) arame farpado, de ferro ou aço; arames ou tiras, retorcidos, mesmo farpados, de ferro ou aço, dos tipos dos utilizados em cercas - NCM 7313;*
- c) grades e redes soldadas no ponto de interseção galvanizadas - NCM 7314.31;*
- d) telas metálicas, grades e redes galvanizadas, recoberto de plásticos e outros - NCM 7314.4;*
- e) obras de fios de ferro ou aço - NCM 7326.2;*
- f) tachas, pregos, percevejos, escáculas, grampos de fios curvados, ondulados ou biselados e artefatos semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço, mesmo com a cabeça de outra matéria, exceto cobre - 7317;*

Diz que o RICMS/2012, ampliou o alcance do Convênio ICMS 33/1996, ou seja, além dos produtos listados nesse convênio, terão direito a redução da base de cálculo os produtos listados nesse artigo. Observar que no texto do artigo o legislador utiliza a preposição “e”, ou seja, aqueles do convênio, mais esses deste artigo. Tanto é verdade que, por exemplo, os produtos de NBM 7217 (alínea a), 7326.2 (alínea e), 7314.4 (alínea d) e 7313 (alínea b), estão no artigo 266, II do RICMS e não estão listados no Convênio ICMS 33/1996 (basta fazer a conversão de NBM para NCM). Ora, se para ter direito a redução de base de cálculo é necessário estar no convênio e também no RICMS, qual a utilidade dos citados produtos estarem listados no RICMS se não estão listados no Convênio? É óbvio, numa hermenêutica finalística, que o legislador do RICMS ampliou o alcance do benefício, acrescentando aos produtos listados no Convênio ICMS 33/1996 os listados no inciso II do artigo 266.

Diante dessa situação, não há 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 ao auto, enquanto o contribuinte corretamente recolheu o valor devido, aplicando redução de base de cálculo, de forma que a incidência seja de 12%, conforme determina o Convênio ICMS 33/1996 e o artigo 266, inciso II do RICMS.

Segundo a recorrente, cabe destacar, que nas planilhas que acompanham a infração, o auditor não indica as NCM ou NBM dos itens autuados, e que este fato impõe a completa nulidade deste auto, em decorrência do cerceamento de defesa do contribuinte.

Para que não restem dúvidas de que os itens indicados na infração são objeto de redução de base

de cálculo, apresenta planilha com a relação de itens e a indicação da origem da redução – Convênio /RICMS.

Na Infração 07, por todo o exposto acima, da flagrante nulidade do Auto de Infração, por amor ao debate, à suposta infração 07 no mérito também não deve subsistir e apresenta suas razões.

Alega o auditor que o contribuinte recolheu a menor ICMS-ST. Da análise dos demonstrativos, em especial do arquivo DEMONSTRATIVO – SUBST TRIBUTÁRIA – FALTA DE ANTECIPAÇÃO TOTAL – LISTA DE NOTAS E ITENS_2014, supõe-se que estão sendo cobradas diferenças no cálculo da ICMS-ST (**impossível se determinar com precisão – ausência das NCM/NBM**), nas entradas dos produtos relacionados.

Acredita-se que os supostos valores recolhidos a menor, tenham origem no embate sobre a aplicação da redução de base de cálculo nos termos do Convênio ICMS 33/1996, nas mercadorias objeto desta infração.

Diante dessa situação, não há o que se falar em diferenças ou valores a recolher a título de ICMS-ST, 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 em DEMONSTRATIVO – SUBST TRIBUTÁRIA – FALTA DE ANTECIPAÇÃO TOTAL – LISTA DE NOTAS E ITENS_2014, enquanto o contribuinte corretamente recolheu o valor devido, aplicando a alíquota de 12%, conforme determina o Convênio ICMS 33/1996 e o artigo 266, inciso II do RICMS.

Cabe destacar, que nas planilhas que consubstancia o Auto de Infração, o auditor não indica as NCMs ou NBMs dos itens autuados, e que este fato impõe a completa nulidade deste auto, em decorrência do cerceamento de defesa do contribuinte. Ora sem essa informação é impossível se saber, se quer se a mercadoria estar sujeita ao ICMS por substituição tributária.

De qualquer forma, apesar da impossibilidade de saber com precisão a infração imputada, não há qualquer valor a ser recolhido, tendo em vista que os valores devidos foram corretamente recolhidos. Para que não restem dúvidas de que os itens indicados na infração são objeto de redução de base de cálculo, segue anexo, planilha com a relação de itens e a indicação da origem da redução – Convênio /RICMS.

Por fim, pede que, recebido e processado o presente Recurso Voluntário, *requer* que seja reformada a r. decisão para que seja declarado nulo o lançamento consubstanciado no Auto de Infração em exame, em decorrência da notificação não conter elementos necessários para se apurar com precisão a ocorrências das infrações, assim como haver cerceamento de direito de defesa do recorrente e que caso não seja esse vosso entendimento que declare a nulidade da diligência determinada pela 3ª JF, na sessão de julgamento de 29/03/2019, assim como todas as decisões decorrentes daquela determinação e no mérito seja reconhecido como totalmente improcedente a autuação, tendo em vista que o ICMS, conforme demonstrado nas planilhas foram apurados corretamente.

Diante da dificuldade deste relator em verificar a quem assiste razão, visto que nos demonstrativos acostados aos autos e constantes no CD's não trazem as NCM's/NBM's das mercadorias/produtos, a fim de dar liquidez ao auto, os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, na assentada de julgamento datada 31/03/2021, após a leitura do relatório e identificação da matéria objeto da lide, em busca da verdade material, decidiram remeter os autos em diligência à INFAZ de origem (Fls. 327/328), com o objetivo de que fossem elucidadas as razões apresentadas pela Recorrente, com a adoção dos seguintes procedimentos:

- (i) Refazer os demonstrativos das Infrações 01, 02, 03 e 07, fazendo constar as referidas nomenclaturas (NCM/NBM), apresentar em planilha excel.
- (ii) Após concluído o refazimento do levantamento, dar ciência ao autuado para que se manifestasse no prazo de 30 dias.

O autuado manifestou-se às fls. 345 a 352, onde faz as alegações a seguir.

Diz que esta já é a 4ª diligência determinada por este conselho, e que desde a impugnação sustenta ser impossível se determinar com precisão a infração e os supostos valores devidos, tenho em vista a ausência de elementos essenciais nos relatórios que substanciam as infrações, em especial as NCM's e NBMs dos itens apontados.

Por esta razão e diante da dificuldade inclusive dos julgadores em analisar o auto, diz ser este nulo, mesmo por que, mesmo após diligência, o autuante se limitou a apresentar as planilhas apenas com as NCM dos itens, ou seja, não consta as NBM's e pelo atendimento parcial, permanece insegura quando aos valores exigidos, cerceando a defesa do contribuinte.

Diz ainda que os valores apresentados pelo autuante em atendimento a diligência, diverge daqueles cobrados no Auto de Infração. Exemplo, a infração 01 o valor exigido é de R\$10.535,76 e na planilha consta R\$65.770,46.

Diante das razões, pede que seja considerado nulo o presente Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente (Fls. 197 a 226) em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0016-03/20, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2016, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea "b" do RPAF que exige o valor histórico de R\$221.384,33 tendo em vista 8 infrações conforme veremos a seguir.

Inicialmente roga pela Nulidade do Auto de Infração em virtude de cerceamento ao direito de defesa, pois segundo a recorrente o auto não contém os elementos necessários previstos no Art. 39, incisos III, V e VI do Decreto nº 7.269/1999.

Pelo que se observa dos elementos constantes na autuação, 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, além do que nos termos do Art. 18, § 1º do RPAF foi possível verificar quais itens estavam sendo cobrados após atendimento da diligência.

Em relação ao cancelamento da diligência por alegar que a JJF não poderia direcioná-la ao autuado, conforme se verifica às folhas 150, foi direcionada ao autuante, para que este sim, intimasse a autuada a apresentar as informações.

Superadas as preliminares, passo a analisar as questões de mérito.

Alega a Recorrente que em relação as infrações 01, 02, 04, 05, 06 e 08 o autuante não demonstrou de forma clara as irregularidades cometidas, tendo anexado aos autos somente arquivos em PDF não permitindo entender o caminho percorrido para a apuração dos valores cobrados, inclusive sem informar as NBM/NCM's das mercadorias.

De fato, isto é verdade, nos demonstrativos anexados aos autos, não consta a NCM/NBM das mercadorias e realizar a análise, sem estas informações, que poderiam ter sido informadas pelo autuante ou pela recorrente, torna extremamente árdua a análise por este relator/julgador.

Em análise aos documentos acostados aos autos (Demonstrativos em CD), verifica-se que no tocante a Infração 01, os produtos ali listados constavam no Anexo I do RICMS/BA vigente em 2013, mas, de fato, não constavam a NCM/NBM. Em análise do CD anexado à diligência desta Câmara, foi possível verificar que as NCM's dos respectivos produtos na listagem do auditor estão elencadas no Anexo I ao RICMS/BA vigente à época. Não há o que se falar em cerceamento ao direito de defesa ou que não poderia ter sido analisado, tendo em vista que, além de constar o número do documento de aquisição, também teria condições de identificar o item pelo código.

Em que pese as alegações da recorrente em sua manifestação da diligência que o auditor modificou o valor da autuação, foi possível verificar que todos os itens ali elencados constam no

demonstrativo inicial, cujas NCM estão elencadas no Anexo I. Infração Procedente.

No tocante à Infração 02, cuja atuação consiste no “*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*”, analisando os demonstrativos anexados aos autos, verifica-se que parte dos itens ali dispostos (telhas, barras, metalons) não estavam elencados naqueles constantes no item 24 do Anexo I do RICMS/BA. Foi possível verificar após diligência designada por este órgão, ao analisar cada NCM. Somente nas hipóteses previstas no Art. 292 do RICMS/BA é que não deveriam ser tributados, já que nas operações com substituição tributária, o referido artigo diz que “o contribuinte substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do imposto, que conterà, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: “ICMS pago por substituição tributária””, o que não é o caso em questão. Infração Procedente.

Já em relação a Infração 04 lavrada em virtude de “*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*” considerando que até 31/12/2015, com base nos termos do Art. 15, Inciso II da Lei nº 7.014/96 a alíquota do ICMS era de 12% (doze por cento), apenas nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços de transporte ou de comunicação **a contribuintes do imposto**, deveria ter sido aplicada a alíquota vigente para as operações internas, nos termos do inciso I, alínea b do citado dispositivo (vigente à época) Infração mantida.

Com relação as Infrações 05 e 06, que cobra o ICMS relativo a diferença de alíquota nas aquisições em outras unidades da Federação, destinadas a ativo imobilizado e uso ou consumo da Recorrente, não prosperam as alegações, não sendo necessária a descrição da NCM, mas sim que fosse observado o disposto no Art. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96 que prevê a ocorrência do fato gerador quando da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto, devendo ser paga a diferença entre a alíquota interna e interestadual.

Em relação a Infração 08, cuja atuação baseia-se na falta de registro na escrita fiscal de mercadorias ou bem entrados no estabelecimento no período de 01/2013 a 12/2014, não houve comprovação do contribuinte de que estas mercadorias efetivamente não entraram no estabelecimento ou que tiveram seus lançamentos na escrita contábil com o registro do pagamento.

De acordo com o Art. 247 do RICMS/BA, a Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06), logo, deve contemplar todas as operações praticadas pelas empresas ocorridas no período. Infração mantida.

Já em relação a Infração 03, lavrada pelo 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, inclusive nos ECF's e que o contribuinte diz mais uma vez que não consta as NBM/NCM's e que aplicou corretamente a alíquota de 17%, sobre base de cálculo reduzida, de forma que a carga tributária ficasse em 12% com base no disposto no Convênio ICMS 33/96 e Art. 266, II do RICMS/BA, pelas mesmas razões apresentadas quanto à Infração 02, em análise aos demonstrativos acostados pela diligência acostada aos autos é possível observar que se trata de produtos não constantes no Convênio nº

33/96 e nem tampouco no Art. 266, inciso II.

Quanto a Infração 07, que consistiu no 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, cujas NBM/NCM's não constavam na inicial, após atendimento a diligência, é possível verificar que os valores que estão sendo cobrados pelo autuante, na mesma toada do disposto Infração 01, são mercadorias sujeitas ao ICMS por substituição tributária nos termos do art. 8º, II, da Lei nº 7.014/96, na qual há responsabilidade 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 pelo contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado. Infração Procedente

Assim, por todo o exposto acima, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** Auto de Infração nº **269511.3005/16-0**, lavrado contra **TELEAÇO BAHIA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$220.566,52**, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos VII, “a”, II, alíneas “a”, “f” e “d”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$817,81**, prevista no inciso IX do mesmo artigo e lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVANDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS