

**A. I. Nº** - 299131.0002/21-6  
**AUTUADO** - HORA EQUIPAMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - LUIZ MORAES DE ALMEIDA JÚNIOR  
**ORIGEM** - DAT NORTE / INFAZ CENTRO NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 25/02/2022

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0010-02/22-VD**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Exclusão de itens que à época dos fatos geradores não se encontravam inseridos na sistemática de substituição tributária. Infração parcialmente subsistente. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. a) SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS.** Não ficou comprovado que os produtos listados pela defesa foram adquiridos com substituição tributária, tendo em vista que no período autuado se encontravam na condição de tributação normal. Infração não elidida. **b) ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO.** O sujeito passivo não logrou êxito na comprovação de que as operações praticadas se encontravam sujeitas à redução de base de cálculo. Infração parcialmente mantida, diante do reconhecimento de ofício da decadência parcial. **3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS.** É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. Ajuste realizado em atenção ao pleito da defesa reduz a exação, se apresentando a infração como parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 29 de março de 2021, e refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$ 96.411,54, além de multa de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **001.002.006.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro, março, maio a julho, outubro a dezembro de 2017, no total de R\$ 2.267,80.

Infração 02. **002.001.003.** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no período de janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017, no montante de R\$ 70.389,38.

Infração 03. **003.002.005.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$3.608,41, ocorrências constatadas em janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017

Infração 04. **007.015.002.** Recolheu a menor antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de março a setembro de 2016, janeiro, junho e outubro de 2017, na monta de R\$ 20.145,95.

Tempestivamente, o autuado, por sua responsável contábil, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 58 a 63, onde, após resumir e apontar as infrações, para a de número 01, alega ter buscado nas notas de saídas dos produtos elencados, observando que as mesmas estão tributadas, o que confirma não ter havido substituição na entrada, se tratando de mercadorias tributadas, gerando crédito na entrada, e débito na saída.

Disponibiliza o “print” da planilha a ser analisada pelos julgadores, informando nesta os produtos citados na infração 01 e os dados das suas Notas de saídas tributadas, e que irá enviar, também, cópias das mencionadas Notas Fiscais de saídas.

Com base em tais explicações, acredita ter provado não ter ocorrido a utilização de créditos de mercadorias com ICMS substituído, razão pela qual não concorda com os valores cobrados, impugnando a totalidade dos valores citados na infração 01.

Para a infração 02, diz ter montado planilhas nas quais constam colunas com explicações como a forma de recolhimento do imposto, número da Nota e data de sua emissão. Concomitantemente enviará também cópia das Notas Fiscais de entradas, organizadas por fornecedor, comprovando, portanto, que as saídas sem destaque de ICMS são decorrentes de entradas com substituição tributária e/ou recolhimento de antecipação total.

Conforme as planilhas enviadas no Anexo III, reconhece como indevido o valor de R\$ 9.514,15, para 2016, e por uma falha de classificação, reconhece ter deixado de recolher R\$ 31.054,99, cujo recolhimento foi realizado com as devidas atualizações em 26/05/2021, cuja cópia do documento de arrecadação se encontra como Anexo III.

Já em 2017, julga ser improcedente o valor de R\$ 28.742,51, e também por falha na codificação, reconhece ser devido e deixado de recolher R\$ 1.077,72, tendo realizado o recolhimento de tal valor, devidamente atualizado em 26/05/2021, e cujo documento de arrecadação se encontra como Anexo III.

Quanto a infração 03, esclarece se tratar de produtos com bases reduzidas, segundo o Decreto 7.799, artigos 1º e 2º que versam sobre redução de base de cálculo do ICMS e seus critérios a serem seguidos pelas empresas do ramo, tendo também utilizado a redução prevista no capítulo VII, artigo 266 do RICMS/12, no Anexo I, os produtos elencados têm redução de base de cálculo de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,8%.

Visando melhor comprovação, assevera estar encaminhando três Notas Fiscais de compra, com números 196.740, 1.386 e 2.088, solicitando que se observe o campo das informações complementares, onde consta a determinação legal de base de cálculo reduzida.

Além disso, garante encaminhar cópia do Anexo I que conforme NCM pode comprovar o enquadramento legal do produto, certo de que após análise da informação prestada se constatará que as reduções realizadas estão em conformidade com a legislação, o que o leva a julgar improcedente os valores citados na infração 03.

Por fim, na infração 04, justifica que para confirmar estarem os valores lançados em conformidade com a legislação, elaborou planilha, realizando o comparativo com o demonstrativo encartado no Auto de Infração, na qual constam os valores recolhidos por nota, tendo inserido uma coluna com o valor auditado, outra com a diferença, e por último, colocando texto resumido de explicação, no Anexo V, pedindo a sua apreciação.

Daí argumenta poder se comprovar que não houve recolhimento da Antecipação Parcial a menor, sendo as diferenças resumidamente explicadas como:

- Em 2016 houveram três Notas Fiscais com divergências entre os valores do ICMS normal destacado na Nota para o demonstrativo enviado, apensando cópia das mesmas para que se verifique tal falha.

- Vários produtos classificados como sujeitos à substituição tributária, e cuja antecipação total, com carga tributária majorada pela MVA, razão pela qual apresenta planilha citando o produto, a legislação utilizada para determinar a MVA e os comprovantes de pagamento.

- Em maio de 2016 está sendo cobrado R\$ 260,99 da Nota Fiscal 39.515, de 31/05/2016 do fornecedor Lupus Equipamentos, todavia tal valor não é devido, pois houve a entrada de devolução pelo mesmo, através da Nota Fiscal 39.799, de 14/06/2016, e como comprovação, enviará os extratos da SEFAZ.

- Destaca para 2017 que está sendo cobrada antecipação no valor de R\$ 15.620,75, referente à Nota Fiscal 80.724, de 10/10/2017 emitida por Gilbarco Veender Root, porém não recebeu os produtos constantes na mesma, sendo que tal informação pode ser verificada através da Nota Fiscal de Entrada 80.787, de 11/10/2017, de emissão do próprio fornecedor.

Fala estar enviando o extrato e a Nota de Entrada, no formato emitido no site da SEFAZ, no campo observação adicional da Nota de Entrada consta a informação da Nota Fiscal devolvida.

Por fim, tentando prestar informação complementar, garante estar enviando como Anexo VI as guias de recolhimento de todo ICMS feito por antecipação total, onde constam numeração das Notas Fiscais indicadas, nas diversas planilhas, especialmente as que têm exercícios anteriores ao período autuado, citados com o histórico de antecipação total recolhida na entrada.

À vista do exposto, espera que as explicações efetuadas sejam avaliadas, e se prestem para levar a improcedência e insubsistência do Auto de Infração em tela, bem como em relação aos valores apontados, protestando por outros meios de prova que se façam necessários e/ou esclarecimentos outros que porventura venham a ser solicitados.

Juntou documentos de fls. 64 a 552.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 567 a 571, após transcrever a acusação e os argumentos defensivos apresentados, ressalta o reconhecimento por parte da empresa autuada de parte da infração 02.

Sobre a infração 01, diante da alegação defensiva de que as saídas das mercadorias arroladas foram tributadas e que por isso, usou o crédito, afirmando não ter havido substituição na entrada, mantém o entendimento de que o autuado se utilizou indevidamente dos créditos dos produtos da Substituição Tributária relacionados nas fls. 10 e 11.

Reafirma se tratarem de produtos da Substituição Tributária, conforme pode ser verificado nos dois Anexos 1 do RICMS vigente no ano 2016 que vigoraram de 01/01/16 a 31/01/2017 e do Anexo 1 do ano de 2017 com vigência a partir de 01/02/2017.

Importa dizer que o fato das Notas de Entrada estarem com créditos descritos, não permite que o autuado se credite dos mesmos, uma vez que tais produtos já encerraram sua fase de tributação, conforme determinação do artigo 289 do RICMS-BA.

Explicita que a auditoria de Crédito indevido - Mercadorias com ICMS substituído, verifica se o contribuinte usou indevidamente o crédito quando da aquisição de produtos da Substituição Tributária. Se no curso da parametrização efetuado durante a auditoria o produto foi indicado como sendo pertencente ao Anexo 1 do RICMS-BA, ele é tratado dessa forma.

O fato de a empresa informar que tributou esses produtos na saída, não retira deles a condição precípua de serem produtos da ST fruto de Convênios ou Protocolos amplamente discutidos com os estados signatários. Quando os estados alçam um produto à condição de ST é para atribuir ao contribuinte a responsabilidade do pagamento de imposto devido pelo cliente. O imposto é recolhido pelo contribuinte e depois repassado diretamente ao governo. Em geral, o uso da substituição tributário é para facilitar a fiscalização dos tributos que incidem diversas vezes na

circulação de uma mercadoria ou serviço. Em regra geral, as mercadorias sujeitas a Substituição Tributária, não geram crédito de ICMS.

Apresenta a relação de produtos contidos na Infração 01 (fl. 572). A coluna NCM demonstra que todos são produtos elencados no Anexo 1 ao RICMS-BA 2016/2017.

Chama atenção para o fato de nas notas fiscais de entrada que subsidiam a infração (fls. 573 a 597), encontram-se diversas situações como o caso de mercadorias oriundas de estado emitente que não é signatário do Protocolo. Nesse caso cabe ao destinatário efetuar a retenção quando do recebimento do produto, sem se creditar do imposto da nota de entrada.

Menciona, ainda, situações de notas de entrada com CFOP venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária sem, contudo, o remetente efetuar a substituição, o que não desobriga o destinatário de recolher o imposto por solidariedade e por aí vai...

Esclarece que o sistema de auditoria não realiza batimento para checar se cada entrada da ST teve saída tributada. O que se faz em casos assim é, em identificando que o contribuinte deu saída se debitando/pagando imposto e, uma vez, sendo autuado tendo o crédito dessas entradas glosado, como é o caso, pedir ressarcimento sobre o que pagou a mais nas saídas.

Na auditoria a análise é feita englobando todos os produtos considerados da ST e verificando se o contribuinte escriturou o crédito, que não deveria. Se ele se aproveitou do crédito, descumpriu uma norma legal, infringiu a legislação pois absorveu indevidamente um crédito de ICMS em sua escrita fiscal.

Repete ter o autuado escriturado indevidamente os créditos sobre produtos da ST conforme está provado nos relatórios às fls. 10 e 11, o que o leva a manter integralmente a infração.

Sobre a infração 02 que versa acerca de produtos tributados como se não fossem tributados, em vendas realizadas através de Notas Fiscais eletrônicas, diz que a auditoria foi realizada para os períodos 2016 e 2017.

Reafirma que os produtos relacionados nas fls. 13 a 28 não fazem parte do Anexo 1 vigente em 2016 e 2017, que trata das mercadorias sujeitas a substituição ou antecipação tributária. Portanto o autuado tratou os produtos tributados como se eles não fossem tributados, o que refletiu no recolhimento a menor de ICMS naqueles períodos.

Ressalta que o valor histórico da infração relativo a 2016 foi de R\$ 40.569,15 e que, em sua defesa (fl. 59), o autuado reconhece parcialmente que não pagou aos cofres públicos o que deveria e por isso solicitou ao CCRED dentro do prazo de apresentação de defesa, o DAE para pagamento dessa parte reconhecida no valor de R\$ 31.054,16, reconhecendo assim uma boa parte da infração 02.

Quanto ao valor de 2017, em que foi cobrado o valor histórico de R\$ 29.820,23, o autuado reconhece que deveria ter pago aos cofres públicos o valor de R\$ 1.077,72 e por isso solicitou ao CCRED dentro do prazo de apresentação de defesa, o DAE para pagamento dessa parte. Assim, do montante histórico do valor autuado entre 2016 e 2017 de R\$ 70.389,38 o autuado reconheceu e já recolheu ao estado o valor R\$ 32.131,88.

Sobre a parcela não reconhecida, tece as seguintes considerações:

Na peça de defesa, para justificar que alguns impostos de mercadorias tributadas relativos ao exercício de 2016 foram recolhidos, foram anexadas as planilhas, fls. 103 a 113 (2016) e folhas 181 a 196 (relativo a 2017) que, segundo ele, comprovam o pagamento dos impostos, entretanto, as notas informadas na planilha, colunas “NOTA” e “DATA” remetem a exercícios fiscais de 2012, 2013, 2014 em diante.

Imaginando, ainda, que nesse período a legislação pode ter sido outra, o tratamento tributário poderia ser diferente, um produto que era da ST em um período, pode ser tratado de outra forma e vice-versa. Há aí um lapso temporal de pelo menos cinco anos, e comprovar dessa forma fica deveras difícil quando os exercícios já descaíram, sem contar que, num mercado tão competitivo

como o de posto de combustível, sendo o autuado um distribuidor, o que denota uma alta rotatividade no estoque, querer que a auditoria aceite documentos fiscais de 2012 para provar que uma peça ou produto existente em seu estoque de 2016 e 2017 se refere a entradas daquela época, é um exercício de boa vontade muito grande.

Mantém integralmente a infração 02, devendo ser subtraído do montante final o valor já reconhecido e recolhido em 27/05/2021 pelo autuado de R\$ 32.131,88, ficando a mesma assim: valor histórico anterior cobrado R\$ 70.389,38; valor atual residual subtraindo o recolhimento: R\$ 38.257,50

Sobre a infração 03, na qual a empresa recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas para 2016 e 2017 importa dizer que o autuado cita nas últimas linhas da folha 60 da sua defesa, que *“as bases foram reduzidas segundo o Decreto nº 7.799/00 no artigo primeiro e segundo versam sobre a redução da base de cálculo do ICMS e seus critérios a serem seguidos pelas empresas do ramo...”*.

Não compreende o motivo de ter o autuado citado o Decreto 7.799/00 já que não possui, nem nunca fez parte deste benefício fiscal (fl.598). Em pesquisa na base de dados da SEFAZ encontrou dois processos (fl. 599) que dizem o seguinte:

Processo 104086/2012-4 protocolado em 12/06/2012 como Consulta tributária com situação de respondido da seguinte forma:

*“ICMS. Consulta. Decreto nº 7.799/00. A redução da base de cálculo prevista no art. 1º do citado decreto alcança as mercadorias relacionadas às atividades indicadas nos itens 1 a 16 do seu Anexo Único. O contribuinte inscrito na atividade apontada no item 17 desse mesmo anexo também poderá pleitear o benefício com relação às operações que realizar com aquelas mercadorias elencadas nos itens 1 a 16”*.

A resposta demonstra que o autuado à época não possui o benefício fiscal, mas que poderia pleitear, o que não o fez. Já o outro processo traz o seguinte:

Processo 104071/2012-5 protocolado em 12/06/2012 também como consulta tributária ao Dec. 7.799/00 com situação de INDEFERIDO e foi respondido pela SEFAZ da seguinte forma:

*“ICMS. Consulta ineficaz. Já respondida mediante Parecer DITRI/GECOT nº 13703/2012 referente ao Processo nº 104086/2012-4”*. (Menção ao processo anterior).

Em resumo, diz que a empresa nunca possuiu o benefício fiscal descrito no Decreto 7.799/00, portanto não poderia aplicar a redução em suas operações.

Quanto a informação de que também utilizou da redução prevista no capítulo VII, artigo 266 do RICMS que faz menção a operações com máquinas, aparelhos e equipamentos contidos no Anexo 1 do Convênio 52/91, que reduz a carga tributária a 8,8% na aquisição de máquinas e equipamentos elencados no Anexo 1 daquele Convenio, fala que sobre essa redução, nada mais justo em usá-lo, se, de fato, as mercadorias descritas na infração estivessem elencadas no Anexo 1 do Convênio 52/91.

Afirma, entretanto, que nenhuma das mercadorias que foram objeto da infração (fls. 30 a 36) do Auto de Infração, fazem parte do Anexo 1 (vide NCM) ou são do grupo de equipamentos e máquinas sujeitas a redução de base de cálculo do Convenio 52/91, bastando se olhar uma amostra da relação dos produtos da infração 03 de 2016 e 2017 e comparar com o Anexo 1 do Convênio 52/91.

Apresenta exemplo de alguns dos produtos da infração em tabela acostada.

Observa que os produtos que têm NCM 8479.89.99 em nada tem a haver com o produto descrito no Anexo 1 do Convênio 52/91, que é *“outras máquinas e aparelhos; packer (obturador)”*.

Diante das duas justificativas da defesa, uma que dizia possuir o benefício do Decreto 7.799 e a outra que diz ter aplicado a redução do Convênio 52/91, demonstra que ambos os argumentos não

têm sustentação por não se basearem em provas materiais e na verdade dos fatos, e sendo assim, mantém integralmente a infração 03.

Sobre a infração 04 na qual o autuado recolheu a menor o ICMS Antecipação Parcial referente as mercadorias provenientes de outras unidades da federação, frisa que o sistema de auditoria SIAF, coleta todas as notas fiscais de entrada provenientes de outros estados e oferece o valor da antecipação parcial devido naquele mês. Neste momento se informa ao sistema quais os recolhimentos de ICMS havidos naquele período de apuração (mês) para que seja feito o batimento e assim, se for o caso, apresentar a diferença a recolher.

Foi exatamente o que foi feito, garante. Observa que a coluna “VILancEmpr” (fl. 37) em destaque, que é onde estão os valores de ICMS recolhidos através dos códigos de receita pertinente a antecipação que abatem o valor devido da coluna anterior. No caso indicado, para 2016 o valor devido era R\$ 70.324,36 menos o valor lançado/recolhido de R\$ 66.446,31 = valor a recolher de R\$3.878,05.

Observa que a coluna “VILancEmpr” (fl. 43) está com o valor de recolhimento zerado, isso demonstra que não houve recolhimento nesses meses.

Sobre a Nota Fiscal 39.515 de 31/05/2016 que o autuado alega ter havido devolução através da Nota Fiscal 39.799 de 14/06/2016, observa que esse documento não tem relação alguma com aquele, uma vez que a “dita” devolução não faz referência à nota 39.515 e, portanto, não acata tal justificativa.

A respeito da Nota Fiscal 80.724 de 10/10/2017 no valor de R\$ 110.021,64 que a autuada informa ter sido objeto de devolução pelo próprio remetente através da Nota Fiscal 80.787 de 11/10/2017, portanto no dia seguinte, de fato, constatou que tal devolução aconteceu, lamentando não ter o contribuinte dado essa informação no curso da auditoria, pois seria retirado da cobrança.

Sendo assim retira da cobrança da infração 04 esse documento fiscal, e após tal exclusão da Nota Fiscal 80.724 acima, o valor cobrado para a infração, nos exercícios 2016/2017, foi alterado em seu valor original, tendo passado de R\$ 20.145,95 para R\$ 4.525,20, motivo pelo qual mantém parcialmente a infração 04.

Após apreciar a contestação apresentada pelo autuado e diante dos fatos relatados acima, informa que as infrações 01, 02 e 03 seguem integralmente mantidas, já a infração 04 teve seu valor modificado.

Em tempo, indica terem sido enviados ao autuado via Aviso de Recebimento (AR), todos os documentos mencionados nesta informação fiscal, bem como os anexos e o novo relatório da infração que teve seu valor reformado. Dessa forma, os senhores julgadores podem analisar os fatos, confirmar as provas, tirar suas conclusões e assim decidirem.

Reitera o pedido para a manutenção do Auto de infração mediante informações apresentadas, pedindo aos senhores julgadores que entendam pela inteira procedência do mesmo.

Juntou, igualmente, documentos de fls. 572 a 599.

Em 16/11/2021 o contribuinte foi cientificado de forma pessoal do conteúdo da informação fiscal, contudo, não se manifestou no prazo decendial concedido para tal.

Foram os autos encaminhados pelo órgão preparador ao CONSEF em 30/11/2021 (fl. 602), recebidos no órgão julgador em 09/12/2021 e distribuídos a este relator em 20/12/2021 (fl. 602-v).

## VOTO

O presente lançamento constitui-se em quatro infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da lavratura e transmissão pelo Domicílio Tributário Eletrônico de Termo de Início de Auditoria Fiscal em 12/01/2021, cientificado tacitamente em 18/01/2021, e lida em 25/01/2021, (fl. 07).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 08 a 45, impressa e em formato digital na mídia de fl. 47, encaminhada ao sujeito passivo em 29/03/2021, também pelo Domicílio Tributário Eletrônico, lida e cientificada em 30/03/2021, (fl. 46).

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão das multas sugeridas, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos, documentos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, ainda que sob a forma da objetiva peça de impugnação.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de “Comércio atacadista de mercadorias em geral, sem predominância de alimentos ou de insumos agropecuários”, CNAE 46.93-1-00, estabelecido no município de Feira de Santana.

Registro o fato de a impugnação apresentada estar em formato PDF imagem, em desacordo com o teor da determinação contida no artigo 8º, § 3º, do RPAF/99 que nos fala:

*“Art. 8º As petições deverão conter:*

*(...)*

*§ 3º As peças processuais como defesa, informação fiscal, diligências, perícias, recursos, parecer da Procuradoria Geral do Estado e outras manifestações do contribuinte e do autuante, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos, referentes a processo administrativo fiscal, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada”.*

Isso vem a se constituir em grande transtorno, diante do fato de a conversão para outro tipo de arquivo editável, formato texto, quando possível, normalmente causa desconfiguração do arquivo, acarretando carga de trabalho desnecessária caso cumprida a determinação normativa.

Não existem questões preliminares a serem apreciadas, entretanto existe uma questão prejudicial que entendo, ainda que não invocada pela impugnante, deva ser enfrentada e decidida, e que diz respeito a ocorrência de decadência.

A legislação, especialmente o Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, §4º, que “o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, e se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Nesta seara, destaco que durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

O entendimento predominante neste Órgão era de que prevalecia em tais hipóteses, a redação contida no Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/81), até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Súmula Vinculante 08, a qual aplicável aos créditos tributários.

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive junto ao Poder Judiciário, tal entendimento acima

exposto, dissonante daquele predominante nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo que após diversas derrotas judiciais na apreciação de tal matéria, repensou o entendimento anterior da mesma, culminando com a adoção dos denominados “Incidentes de Uniformização”, os quais visaram unificar o pensamento acerca de questões até então ensejadoras de inúmeros e acalorados debates.

Dentre tais “Incidentes de Uniformização”, destaco o de n.º PGE 2016.194710-0, cujo enunciado transcrevo: *“Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que correspondia às operações declaradas”*.

E avança ainda mais o entendimento exposto, ao observar na seguinte Nota 1: *“Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação”*.

E tal raciocínio se reforça, a partir do Enunciado da Súmula 555 do STJ, a qual determina:

*“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”*.

A se considerar a mesma, além dos dezenove Acórdãos tomados como paradigma, o que se verifica é que quando o contribuinte não declara e não paga o imposto, aplica-se a regra do artigo 173 do CTN, ou seja, o Fisco possui cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte para constituir o crédito tributário (não declarado e não pago); e, na hipótese de o contribuinte declarar o que tem como devido, recolhendo tal valor, mas o Fisco entende que o contribuinte deveria ter declarado valor maior (ou seja, não houve declaração de uma diferença), aplica-se a regra do artigo 150 do CTN, pela qual o Fisco teria cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador para constituir a diferença não declarada/não paga, pois houve declaração/princípio de pagamento.

E a justificativa para este entendimento reside no fato de o STJ ter adotado como critério para aplicação do artigo 173, inciso I, do CTN, a ausência de qualquer pagamento do tributo. Por outro lado, quando houver pagamento do tributo, ainda que parcial, aplica-se a regra decadencial do artigo 150, § 4º do CTN.

Tal raciocínio se manifesta num dos Acórdãos tidos como parâmetros pelo Tribunal, a saber, o AgRg no REsp 1.277.854:

*“Deve ser aplicado o entendimento consagrado pela Primeira Seção, em recurso especial representativo da controvérsia, para a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação. O referido precedente considera apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150 e parágrafos do CTN. Assim, havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no §4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I do CTN”*.



Note-se que o “pagamento parcial” a que a jurisprudência do STJ invoca tem tal conotação de ser parcial na ótica do Fisco, isto é, comparado à totalidade do tributo tido como devido. Caso o “pagamento parcial” em questão fosse parcial sob a perspectiva do contribuinte, isso significaria que este teria declarado a totalidade do tributo, mas efetuado o pagamento apenas de parte dele.

Logo, não pode o julgador, ante tal fato, fechar os olhos e deixar de praticar a almejada justiça fiscal, razão pela qual, entendendo presente a hipótese de decadência parcial, vez que o valor do imposto foi lançado, escriturado, e recolhido, ainda que insuficientemente, abarcando as ocorrências do período de janeiro e fevereiro de 2016, na infração 03, sem qualquer ato da Administração Tributária no sentido de preservar o seu interesse ou homologar aquele valor, há de ser aplicado o teor do art. 487, inciso II do Código de Processo Civil (CPC) em vigor, aplicável subsidiariamente ao RPAF/99, na forma do seu artigo 180:

*“Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:*

*(...)*

*II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição”.*

Por tais razões, de ofício, reconheço existir, ainda que parcialmente, decadência devendo os valores lançados no período acima indicado ser excluídos, como se demonstrará adiante, o que vem a afetar unicamente a infração 03 (recolhimento a menor do ICMS), uma vez que tendo sido o contribuinte intimado da lavratura do Auto de Infração em 30/03/2021, conforme documento de fl. 46, este é o prazo para a contagem do interregno temporal decadencial.

A reforçar o entendimento, a Súmula 12 do CONSEF, determina que *“Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração”.*

Diante de tal posicionamento, cristalino está que no caso em comento relativo à infração lançada, a Secretaria da Fazenda se manteve inerte e sem adotar qualquer ação frente ao ocorrido, diante do longo lapso temporal decorrido (a partir de janeiro de 2016), e o lançamento tributário com ciência ao contribuinte (30 de março de 2021).

Logo, por tais motivos, se encontram albergadas pela decadência na infração 03, as ocorrências dos meses de janeiro e fevereiro de 2016, as quais devem ser excluídas.

Adentrando na análise do mérito, na infração 01, a defesa se estriba no argumento de que as notas fiscais autuadas estão tributadas, o que confirma não ter havido substituição na entrada, e consequentemente não haveria o que se cobrar, fato refutado pelo autuante que garante estarem as operações com substituição tributária, e, por consequência, ser o crédito fiscal apropriado, indevido.

Para posicionamento frente à mesma e antes de qualquer outra consideração, entendo pertinente esclarecer que para a análise da matéria, o entendimento da SEFAZ para o enquadramento de uma mercadoria na substituição tributária, consta do Parecer DITRI 25.452/2012, no seguinte sentido:

*“ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente”.*

Este não é entendimento novo, inclusive posso, de igual forma, invocar também o Parecer 25.041/2013, o qual traz o seguinte posicionamento: *“Com efeito, a inclusão de uma determinada mercadoria no regime de substituição tributária pressupõe necessariamente a sua adequação à NCM e à descrição e destinação constantes da norma respectiva, simultaneamente. Na ausência desta adequação, não há que se falar em tributação por substituição.*

*Conclui-se, portanto, que ainda que um produto possua a mesma NCM daquele descrito na legislação respectiva, a sua inclusão no regime de substituição tributária apenas se efetivará se a sua descrição e finalidade coincidirem com aquelas especificadas pelo legislador”.*

Em outras palavras: para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessária a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição.

Tal posicionamento será aproveitado em outras infrações de Auto de Infração, como se verá oportunamente.

Deve ser, este, pois, o critério para se constatar estar ou não uma mercadoria incluída na substituição tributária, e conseqüentemente, ser devida ou não a utilização do crédito fiscal na entrada.

A empresa autuada apresentou planilha à fl. 65, na qual consta a NCM de cada produto autuado, cabendo apenas a este relator a consulta às tabelas de Substituição Tributária do período, representadas pelo Anexo 1 ao RICMS, para se constatar a veracidade ou não do argumento posto, o que passo a fazer:

A NCM 8414.80.11 referente ao item “Compressor VDMV10PL100 TRIF 220/380V VD”, constante das notas fiscais 222.503 e 223.820 em janeiro de 2017, se encontrava no item 1.34 do Anexo 1 ao RICMS/12, com a descrição: “Compressores e turbocompressores de ar”, na NCM 8414.80.1, ou seja, existe a adequação da NCM com a descrição do produto, o que confirma a sujeição do mesmo a substituição tributária, e o conseqüente uso irregular do crédito fiscal.

Para o mesmo produto agora arrolado na nota fiscal 227.054, de emissão da mesma empresa daquelas acima mencionadas, qual seja, O. V. D. Importadora e Distribuidora Ltda., agora no mês de março de 2017, quando vigia nova versão do Anexo 1 ao RICMS/12, inexistia qualquer previsão para a Substituição Tributária, sendo o uso do crédito fiscal, mesma situação arrolada nas notas fiscais 235.454 do mês de julho de 2017, 245.371, de outubro de 2017, 246.633, emitida em 18/11/2017, documentos que deverão ser retirados do demonstrativo elaborado pelo autuante.

Já o produto de NCM 7326.19.00, cuja descrição corresponde a ABRAC MS 8694 11/16 POL, no mês de maio de 2017, verificando o Anexo 1 ao RICMS/12 então vigente, constato que tal NCM se encontrava no item 8.62, com a descrição “Abraçadeiras”, o que prova, diante da correlação NCM/descrição, estar o produto na condição de sujeito à substituição tributária, devendo ser mantido no lançamento.

NCM 8481.80.99, com descrição GATILHO AUTO DE ALUMÍNIO ½ POL (cores). O Anexo 1 ao RICMS/12 aplicado ao período autuado, previa a substituição tributária, em seu item 8.79, para a “torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras”, NCM 8481, o que sustenta a manutenção no lançamento, pela inclusão na substituição tributária, no mês de julho de 2017.

Ao seu turno, as NCM 8481.30.00 e 8481.40.00, correspondentes aos produtos UNIÃO CHECK VÁLVULA 1 ½ BOMBA INOX, UNIÃO CHECK VÁLVULA 1 ½ DUPLA INOX e VÁLVULA ANTITRANSBORDAMENTO GS-7 50, encontrados nas notas fiscais 204.279, de 11/10/2017 e 205.203, de 21/11/2017, respectivamente, por terem a mesma NCM raiz do item anterior, também devem ser mantidas no levantamento, pela sujeição à substituição tributária.

O produto de NCM 4015.19.00, descrito como LUVA NITRITEX ACABAMENTO FLOCADO, na nota fiscal 134.453, deve ser retirado do lançamento, ao argumento de que o Anexo 1 ao RICMS/12 previa em novembro de 2017 a substituição tributária, em seu item 9.12, para o produto “luvas cirúrgicas e luvas de procedimento – neutra”, na NCM 4015.19, descrição que não se coaduna com a autuada, por não se caracterizar como “luva cirúrgica”.

Isso em função de pesquisa realizada na internet, no site da Loja do Mecânico, cujo endereço eletrônico é [www.lojadomecanico.com.br/produto/142305/36/316/luva-nitrilica-com-acabamento-flocado-nitritex-90-tamanho-9-plastcor-60030893](http://www.lojadomecanico.com.br/produto/142305/36/316/luva-nitrilica-com-acabamento-flocado-nitritex-90-tamanho-9-plastcor-60030893), se constatar o tipo de produto, de acordo com a seguinte descrição: “*Luvas de segurança confeccionadas em látex nitrílico, acabamento flocado (Nitritex 90), palma antiderrapante. Proteção do usuário contra agentes abrasivos, escoriantes, cortantes, perfurantes e agentes químicos. Utilizada na indústria metal mecânica, indústria automobilística, fabricação e aplicação de tintas e vernizes, indústria gráfica, preparação e manipulação de alimentos, limpeza industrial, transporte de produtos químicos e*”

*galvanoplasa. Oferece boa resistência a abrasão e perfuração, grande resistência e hidrocarbonetos e derivados, ácidos, bases e detergentes”.*

Diante de tal descrição, claro está que não se trata de luva cirúrgica ou de procedimentos, mas sim, outro tipo, e ainda que tenha a mesma NCM, tal descrição não se coaduna com a prevista na legislação, o que motiva a retirada do lançamento da nota fiscal respectiva, por ter tal produto tributação normal.

Quanto a NCM 8307.10.90, que se referiria aos produtos FLEXÍVEL 1 ½ MFX50X 1 ½ MG INOX C/ORIGEM, FLEXÍVEL 2MFX50X 1 FG METÁLICO, FLEXÍVEL 1MFX80X 1 FG METÁLICO e FLEXÍVEL 1MFX70 FG1, nas notas fiscais 205.203, de 21/11/2017 e 205.737, de 12/12/2017, mais uma vez se constata que a descrição não se adequa àquela presente no Anexo 1 ao RICMS/12 da época dos fatos geradores.

Isso diante do fato de que as NCM 8307.10.90 e 8307.90.00, cuja previsão se encontra no item 8.77, para a descrição de “tubos flexíveis de metais comuns, mesmo com acessórios, para uso na construção”, não coincide com a dos produtos autuados, o que implica na retirada de tais documentos fiscais do levantamento, vez não serem os mesmos usados em construção, e sim, em equipamentos de natureza diversa.

Quanto ao item “CORRENTE PARA ENGATE 20CM”, de NCM 7315.82.00, ainda que não citado no mencionado documento apresentado pela defesa, se constitui, sim, em sujeito à substituição tributária, tendo em vista que o item 8.56 do Anexo 1 ao RICMS/12, previa a substituição tributária para “Correntes de elos soldados, de ferro fundido, de ferro ou aço”, descrição coincidente com a do presente item, o que o mantém na autuação.

Esclareço que o fato de o contribuinte ter apresentado relação com notas fiscais que teriam dado saídas a tais produtos, o que confirmaria serem tributados, não pode ser levado em conta, tendo em vista os argumentos acima enumerados, como, também, diante do fato de que uma luva, por exemplo, não possui nada que a possa vincular à entrada e sua saída, senão a sua descrição, não se tendo certeza e garantia de que os produtos saídos do estabelecimento autuado foram aqueles adquiridos pelas notas fiscais autuadas.

Além disso, mediante processo apartado o contribuinte, caso comprove a tributação na saída, pode requerer, em procedimento específico, restituição do imposto em relação às saídas de mercadorias eventualmente sujeitas à substituição tributária e que foram tributadas nas saídas.

Assim a infração é tida como parcialmente subsistente em R\$ 991,23, na forma do seguinte demonstrativo:

## 2017

Janeiro	R\$ 524,87
Março	R\$ 0,00
Maio	R\$ 12,71
Junho	R\$ 2,20
Julho	R\$ 139,72
Outubro	R\$ 231,14
Novembro	R\$ 80,59
Dezembro	R\$ 0,00

Para a infração 02, que versa sobre falta de recolhimento do ICMS em razão de ter o contribuinte praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, inicialmente esclareço que para os anos de 2016 e 2017, temos, em verdade, três Anexos diferentes para a determinação da substituição tributária: o primeiro, vigente de 01/01/2016 até 09/03/2016, o

segundo, com aplicação entre 10/03/2016 e 31/01/2017, e por último, o aplicável a partir de 01/02/2017, até 31/12/2017.

Analisando o demonstrativo analítico da infração, acostado de forma impressa pelo autuante às fls. 13 a 18 e 20 a 28-v, observo que as mercadorias estão devidamente listadas, descritas em suas características, tendo sido indicadas as suas NCM e mês da ocorrência, além do número das notas fiscais de compras, dentre outros elementos e dados.

Registro, igualmente, ter o contribuinte acostado às fls. 103 a 114 relação de notas fiscais que constam na autuação, com a justificativa para cada uma delas.

Analisando as mesmas, posso enumerar a NCM 3402.19.00, para o produto “Cheirinho 100 ml Iguatemi”, para a qual, no período de março de 2016, inexistia previsão de substituição tributária, sendo tal produto submetido ao mecanismo débito/crédito, devendo ser mantido no lançamento, mesma situação dos produtos “silicone 120 ml Iguatemi” e “silicone 120 ml puro extra”, que segundo a autuada teriam adentrado em seu estabelecimento em 2012 (fl. 103).

Não posso acolher tal argumento, vez não ser possível se identificar que tal produto efetivamente adentrou no estabelecimento autuado no período indicado pelo mesmo, à vista da apresentação apenas da nota fiscal de aquisição acostada à fl. 116, não sendo crível que em mais de quatro anos, não tivesse saído dos estoques, considerando, ainda, não ter sido apresentados os livros Registro de Inventário dos anos posteriores, de modo a comprovar a existência nos estoques de tais produtos.

Mesmo argumento vale para os produtos “Fluido para freio BR DOT 3 ½ l” e “Fluido para freio especial DOT 4 ½ l”, que teriam sido segundo o contribuinte, adquiridos em julho de 2013, e neste caso importante lembrar que pelas suas características químicas, tal produto tem prazo de validade, conforme pode ser observado em <https://blog.rodobens.com.br/fluido-de-freio>:

*“Ao contrário do que muita gente acredita, o fluido de freio do carro tem prazo de validade. Podendo variar entre um e dois anos, de um tipo para outro e conforme o uso, é imprescindível deixar o sistema abastecido com material novo. Esse prazo também pode ser dado em quilometragem, conforme as instruções contidas no manual do veículo.*

*A questão é que, ao longo do tempo, o sistema de freios tem contato com o ambiente e assim o fluido vai perdendo suas propriedades. Com o vencimento do prazo de validade, as chances de acontecer acúmulo de água no reservatório e nas tubulações aumentam, podendo levar a mistura líquida a ferver e, assim, comprometer a frenagem”.*

Ou seja: pelas suas características higroscópicas, o fluido de freio possui um prazo de validade relativamente curto, e a quantidade comprada pela autuada, certamente previa tal possibilidade, de forma a não ser possível que o fluido adquirido em julho de 2013, em agosto de 2016 ainda fosse comercializado.

“Massa Vedex p/seladora (compound)”, de NCM 3824.90.89. A NCM 3824.5, diversa, pois, da autuada, tinha previsão de substituição tributária para o produto “Argamassas”, no item 8.2 do Anexo 1 ao RICMS/12, destinado a material de construção, o que não vem a ser o caso presente, se enquadrando na mesma situação dos itens anteriormente analisados, com indicação de aquisições em outubro de 2015.

“Mangueira ar/água 300 lb”, de NCM 3917.32.29. Esta NCM (3917), possuía previsão para substituição tributária no período de 2016, para “Tubos e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos” do grupo “Peças, componentes e acessórios para veículos automotores” (item 1.2), descrição que não se ajusta ao caso presente e “Tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção” do grupo “Materiais de construção e congêneres” (item 8.6), se encontra na mesma situação de desconformidade da sua descrição com aquela constante no Anexo 1 do RICMS/12.

Situação se repete quanto ao documento de fls. 181 a 197, de igual teor do que o analisado anteriormente, somente variando o exercício a que se refere (2017), dispensando maiores

comentários, eis que as situações são as mesmas já analisadas anteriormente, e que conduzem a manutenção da infração.

Acaso existisse dúvida da empresa quanto ao procedimento a ser adotado para mercadorias eventualmente existentes em seus estoques, adquiridas com substituição tributária, e que passaram ter tributação normal, poderia, nos termos do artigo 55 e seguintes do RPAF/99, formular consulta a respeito à Administração Fazendária.

Infração mantida.

Para a infração 03, ultrapassada a questão da decadência, e cuja acusação versa sobre recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas para 2016 e 2017, tendo a defesa se utilizado do argumento de que *“as bases foram reduzidas segundo o Decreto nº 7.799/00 no artigo primeiro e segundo versam sobre a redução da base de cálculo do ICMS e seus critérios a serem seguidos pelas empresas do ramo...”*, com o que não concorda o autuante, ao argumento de não ser a empresa autuada beneficiária de tal Decreto, além do que, ainda que inscrita no cadastro de contribuintes como atacadista, ter tido o pedido para se beneficiar do mesmo negado, de acordo com os documentos que acosta ao feito, extraídos do sistema de cadastro da SEFAZ.

Com efeito, o documento acostado à fl. 598 pelo autuante, explicita que o contribuinte em 2021, data da consulta, não se encontrava na condição de beneficiário do regime estabelecido pelo Decreto 7.799/2000, bem como o fato de ter o contribuinte, em 2012, pleiteado seu enquadramento naquele regime, tendo, através do processo 104.086/2012-4, sido o pleito negado, com o seguinte argumento (fl. 599):

*“ICMS. Consulta. Decreto nº 7.799/00. A redução da base de cálculo prevista no art. 1º do citado Decreto alcança as mercadorias relacionadas às atividades indicadas nos itens 1 a 16 do seu Anexo Único. O contribuinte inscrito na atividade apontada no item 17 desse mesmo anexo também poderá pleitear o benefício com relação às operações que realizar com aquelas mercadorias elencadas nos itens 1 a 16”.*

Ou seja: A concessão do benefício do Decreto 7.799/00 estava condicionada a pedido expresso do contribuinte, não tendo vindo aos autos quer a formulação do mesmo, acaso ocorrida, quer a concessão.

Garante o autuante em sua informação fiscal, não compreender o motivo de tal arguição, já que não possui, nem nunca fez parte deste benefício fiscal, conforme documento de fl. 598, ainda que em documento de fls. 437 a 439, a defesa faça menção ao “Parecer 9543/07”, o qual, entretanto, não veio aos autos.

Quanto a redução de base de cálculo decorrente da saída de mercadorias amparadas pelo Convênio ICMS 52/91, esclareço que o mesmo concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, para aquelas mercadorias enumeradas em seu Anexo I.

Tal Convênio supracitado, traz no Anexo 1, como já firmado, equipamentos industriais e implementos agrícolas, com as respectivas NCM. Ainda que tenha a autuada indicado precisamente quais seriam estes produtos por ela considerados, da análise do referido Anexo, cabe a justificação da posição adotada pelo julgador.

O demonstrativo da infração se encontra às fls. 13 a 64. Nele, se verifica que foram autuadas fluido para freios, silicone, fluido para radiadores, ponteiras, botas, esfregão, flanges, dentre outras, que estariam segundo a autuada amparadas pelo Decreto 7799/00 já analisado linhas acima, e em relação a redução de base de cálculo para 8,8%, a autuada neste aspecto, contesta os produtos de NCM 8479.89.89, mencionados no Anexo ao referido Convênio na descrição do item 62.7: “Outras máquinas e aparelhos; packer (obturador)”, que não vem a ser “Aferidor de combustível lacrado”, “Bico prendedor para encher pneus”, “Bomba manual para graxa compacta”, “Conexão giratória Z ¾ POL 360GR”, “Calibrador de pneus para caminhão”, “Coletor

óleo com rodas altura regulável”, “Funil para uso geral”, “União giratória reta”, ou qualquer outro produto com a tal NCM 8479.89.89 enumerado pela autuada, sendo clara a manutenção no lançamento.

Assim, não estando provado nos autos estar o contribuinte amparado pelo regramento tributário estabelecido pelo Decreto 7.799/00, nem no Convênio ICMS 52/91, e diante da exclusão de parcelas por conta da decadência, em relação as ocorrências remanescentes não se pode falar, sequer admitir, a aplicação de redução de base de cálculo nele estribada, o que concorre para a manutenção parcial da autuação quanto a esta infração 03, em R\$ 3.306,02, de acordo com o seguinte demonstrativo:

**2016**

Março	R\$	86,34
Abril	R\$	208,28
Maio	R\$	89,85
Junho	R\$	100,38
Julho	R\$	101,84
Agosto	R\$	136,19
Setembro	R\$	99,70
Outubro	R\$	109,74
Novembro	R\$	225,82
Dezembro	R\$	150,94

**2017**

Janeiro	R\$	27,27
Fevereiro	R\$	58,40
Março	R\$	152,03
Abril	R\$	48,11
Maio	R\$	120,53
Junho	R\$	63,94
Julho	R\$	36,65
Agosto	R\$	84,13
Setembro	R\$	1.033,17
Outubro	R\$	58,61
Novembro	R\$	184,13
Dezembro	R\$	129,97

A infração 04, diz respeito a antecipação parcial, por recolhimento a menor do imposto devido em diversos meses, conforme indicado.

Antes de qualquer outra análise, relativamente a tal instituto, necessário e pertinente se esclarecer que a legislação tributária do Estado, estabelece como regra geral, que nas entradas de mercadorias no território da Bahia, os contribuintes possuem a obrigação de recolher a título de antecipação tributária, o ICMS, estando tal regra insculpida no artigo 12-A da Lei 7.014/96:

*“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de*

*apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.*

Já o artigo 23 do mencionado diploma legal, no artigo acima invocado, diz respeito a base de cálculo para apuração do imposto:

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

*(...)*

*III - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição”.*

Já no RICMS/12, o artigo 332 assim determina:

*“Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:*

*(...)*

*III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:*

*(...)*

*b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS”.*

Ou seja, a regra é o recolhimento devido por antecipação parcial quando do ingresso das mercadorias no território do Estado, a menos que o contribuinte se encontre na condição de credenciado, o que implica na dilatação do prazo para o dia 25 do mês seguinte ao da entrada da mercadoria.

Esta é a base legal para a adoção de tal mecanismo, se constituindo em ocorrência de fato gerador do tributo, inexistindo, portanto, qualquer dúvida acerca não somente da legalidade de tal instituto, como de igual modo, da existência de fato gerador para a sua cobrança.

Como a ninguém é dado desconhecer a lei, o contribuinte autuado deveria recolher o imposto nesta oportunidade, em Documento de Arrecadação apartado, com código de receita específico, bem como se creditar do montante do imposto recolhido, e ao assim não proceder, infringiu sim a legislação tributária, por desatender ou descumprir regra nela estabelecida.

O demonstrativo da autuação nesta infração se encontra de forma analítico às fls. 38 a 42-v (2016), e 44 a 45 (2017).

Em sede defensiva, o sujeito passivo trouxe elementos que elidiriam em parte a infração, tendo o autuante, quando da informação fiscal excluído a Nota Fiscal 80.787 emitida em 11/10/2017 no valor de R\$ 110.021,64, pela empresa Gilbarco Veeder Root Soluções Indústria e Comércio Ltda., localizada em Barueri, Estado de São Paulo, com chave de acesso 35-1710-04893402000113-55-002-000080787-100590550-7, a qual emitida como entrada no estabelecimento, constando a informação de ter sido emitida como devolução de venda de produção do estabelecimento, relativamente a operação acobertada pela Nota Fiscal 80.724, de 10/10/2017, do mesmo emitente, tendo sido inclusive acostada em cópia às fls. 498 a 500, o que suporta o argumento defensivo, não havendo outro meio que não o seu acolhimento, como ocorrido, aliás, devendo ser reduzido o lançamento no mês de outubro de 2017.

Em relação à Nota Fiscal de número 39.515, emitida em 31/05/2016, para a qual o autuado argui ter havido devolução através da Nota Fiscal 39.799, de 14/06/2016, além deste não ter acostado qualquer elemento probante no sentido de confirmar sua assertiva, de acordo com o autuante esse documento não tem relação alguma com aquele, uma vez que a devolução ocorrida não faz referência à Nota Fiscal autuada (39.515), não acatando portanto, tal justificativa, no que concordo, devendo ser tal documento mantido na autuação.

Quanto a consideração dos valores recolhidos pela empresa, se encontra provado nos autos que tal procedimento foi adotado pelo autuante, em relação aos códigos de arrecadação pertinentes, não tendo cabimento a arguição defensiva.

Entretanto, tendo vindo aos autos a comprovação de recolhimento da antecipação parcial no mês de março de 2016, através do Documento de Arrecadação Estadual (DAE), das notas fiscais 1405 e 1386, à fl. 474, ainda que não tenha havido qualquer posicionamento do autuante na informação fiscal prestada, sequer se manifestado após conhecimento da mesma, à vista do elemento de prova carreado aos autos e em nome do princípio da verdade material, deveria, em princípio, ser retirado do lançamento. Entretanto, para tal período, apesar de constar no demonstrativo de fl. 38, foi lançado apenas em tal mês, o montante de R\$ 0,01, não sendo, pois, tais notas, objeto do lançamento.

Já os DAES acostados às fls. 502 a 552, têm o código de arrecadação 1145, que corresponde a antecipação tributária total, com encerramento de tributação, e não 2175, referente a antecipação parcial, onde inexistente encerramento de tributação, razão pela qual não podem ser acolhidos em favor da autuada, além de se referirem a exercícios não objeto do presente lançamento (2012, 2013, 2014 e 2015).

Quanto ao documento apresentado para o mês de abril de 2016 (fl. 477), constato que não foram acostados aos autos os respectivos comprovantes de recolhimento das notas fiscais alegadamente recolhidos, a nota fiscal 66.911 emitida por Veeder Root do Brasil Soluções Indústria e Comércio Ltda. (fls. 479 e 480), tem o ICMS destacado corretamente apontado no demonstrativo de fl. 38-v, além do que a prova da devolução da mercadoria que teria ocorrido quanto a operação acobertada pela nota fiscal 39.515, emitida por Lúpus Equipamentos para Lubrificação e Abastecimento Ltda., constante dos documentos de fls. 481 a 483 não se mostra apta a comprovar o argumento defensivo.

Tais elementos, fazem com que a acusação seja mantida em relação a tais documentos, e logo, a infração 04 se apresenta como parcialmente procedente em R\$ 4.525,19:

2016

Março	R\$	0,01
Abril	R\$	1.158,66
Maio	R\$	686,16
Junho	R\$	964,54
Julho	R\$	231,03
Agosto	R\$	682,29
Setembro	R\$	48,25
Novembro	R\$	107,11

2017

Janeiro	R\$	124,32
Junho	R\$	522,83
Outubro	R\$	0,00

Deste modo, tenho o lançamento como parcialmente procedente, na forma abaixo discriminada:

Infração 01	R\$	991,23
Infração 02	R\$	70.389,38
Infração 03	R\$	3.306,02
Infração 04	R\$	4.525,19



## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299131.0002/21-6**, lavrado contra **HORA EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 79.211,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alíneas “a” e “d” e VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o setor competente homologar os recolhimentos realizados pelo contribuinte, em relação aos valores reconhecidos como devidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR