

A. I. Nº - 281401.0115/19-8
AUTUADA - FISIA COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA.
AUTUANTE - LÍDIO CELESTINO CONCEIÇÃO
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10.08.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0130-05/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÃO DE BENS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. Empresa não demonstra ter havido recolhimentos nas situações cobradas neste PAF. Irregularidade procedente. **b) ANTECIPAÇÃO TOTAL.** Fiscalização admite que parte das operações tem a responsabilidade por substituição atribuída para o remetente da mercadoria localizado em outro Estado. Mudança de fulcro da autuação: A afirmação fiscal de que a responsabilidade é solidária do autuado deslocaria a imputação para outra subsunção, em irregularidade a parte, não configurada no lançamento de ofício. Neste particular, a irregularidade é nula; o restante da cobrança, exceto o valor atingido pela decadência, é subsistente, visto que o contribuinte não conseguiu elidir a pretensão estatal. Decadência parcialmente aplicada. Irregularidade procedente em parte. **2. MULTAS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. a)** ENTRADA DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Há inclusão de notas fiscais coincidentes daquelas relacionadas nas infrações 01 e 02, com exigência de imposto mais penalidades, de sorte que caracteriza *bis in idem* exigir novamente sanção pecuniária em outra irregularidade. Revisão dos valores feita pela relatoria. Ilícito parcialmente procedente. **b) ENTRADA DE MERCADORIAS OU DE SERVIÇOS.** Há inclusão de notas fiscais coincidentes daquelas relacionadas nas infrações 01 e 02, com exigência de imposto mais penalidades, de sorte que caracteriza *bis in idem* exigir novamente sanção pecuniária em outra irregularidade. Revisão dos valores feita pela relatoria. Ilícito parcialmente procedente. Nulidades afastadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Vale de começo salientar que o presente relatório atende às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, adaptado inclusive para as sessões virtuais de julgamento.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 10/12/2019, tem o total histórico de **R\$ 81.976,88**, afora acréscimos, e possui quatro (4) infrações, com fatos geradores e tipificação ali consignados, a saber:

Infração 01 – 06.01.01 – Falta de pagamento da diferença de alíquota (DIFAL), em face de aquisições interestaduais de itens destinados ao ativo fixo. Cifra de R\$ 6.122,26.

Infração 02 – 07.01.01 – Falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições interestaduais e/ou do exterior. Cifra de R\$ 46.451,61.

Infração 03 – 16.01.02 – Multa pelo não registro na escrita de entrada de mercadorias não tributáveis. Cifra de R\$ 13.504,33.

Infração 04 – 16.01.06 – Multa pelo não registro na escrita de entrada de mercadorias ou serviço. Cifra de R\$ 15.898,68.

Auditoria junta, entre outros documentos, termo de início de fiscalização, intimação para apresentação de livros e documentos, demonstrativos das infrações, dados cadastrais da empresa e resumo fiscal completo, relação de processos tributários, relação de ECFs, relação de DAES (2014 a 2019), relatórios de DMAs consolidadas e CD contendo arquivos eletrônicos.

Em sua defesa, o contribuinte:

Invoca nulidade da autuação porque o fisco deixou de juntar aos autos todos os termos e documentos e respectivas respostas da empresa, além de não ter prestado os esclarecimentos necessários à compreensão da exigência tributária, limitando-se a apresentar “duas únicas páginas” (sic.), o que acarreta prejuízos à defesa. Cita decisões administrativas que dão suporte a esta alegação.

Num segundo momento, especificamente para a infração 02, argui a decadência para as cobranças relacionadas aos fatos geradores ocorridos antes de 18.12.2014, nos moldes do art. 150, § 4º, do CTN, também com arrimo em decisões administrativas.

No mérito, entende improcedente a infração 01 desdobrando sua defesa em três linhas argumentativas: (i) em verdade, a DIFAL, na Bahia, só passou a ser cobrável a partir de 01.01.2016, com a publicação da Lei estadual 13.373/2015, de modo que os valores reclamados antes desta data são indevidos; (ii) mesmo de 2016 em diante, a metodologia de cálculo usada na autuação está equivocada, na medida em que não foi observada a repartição percentual prevista no art. 49-B da Lei 7014/96, calculando-se 100% de toda a DIFAL em favor do erário baiano; (iii) os recolhimentos da DIFAL foram todos feitos, apenas os efetuou em conjunto com o ICMS próprio, conforme DMAs que juntou e guias respectivas, a exemplo de maio de 2016, quando pagou o diferencial de alíquota sob a rubrica 0759.

Respeitante à infração 02, contesta que 81 das 190 operações alcançadas não são por ele devidas a título de antecipação tributária total, especificamente para o item codificado sob a NCM 4202.92.00, visto ser a responsabilidade do seu fornecedor, situado em São Paulo, por força do Prot. ICMS 109/2009. E como segundo ponto pondera que, para as demais aquisições alcançadas, as mercadorias vieram já com o imposto antecipado, constituindo-se na exceção prevista no art. 8º, II, *in fine*, da Lei 7.014/96.

Acerca das infrações 03 e 04, de natureza semelhante, pontua que o não registro na escrita não teve como móvel dolo, fraude ou simulação, não demonstrados pelo fisco, sem falar que dita omissão não trouxe prejuízos ao erário, visto não implicar em falta de pagamento do imposto estadual, de sorte que caberia aqui a aplicação do art. 42, § 7º, da Lei baiana do ICMS.

Entre outros documentos, a empresa junta texto de perguntas e respostas produzido pela Sefaz da Bahia em relação à DIFAL, resumos de apuração do ICMS, DMAs, DAES e mídia digital contendo arquivos.

Em seu informativo, o autuante:

Contesta a alegação de nulidade esclarecendo ter formalizado a instauração do procedimento fiscal com os termos exigidos na legislação, estabelecendo a partir daí um canal de comunicação com o contribuinte, oportunidade em que várias dúvidas foram dirimidas. O auto de infração, por sua vez, encontra-se revestido das formalidades legais estabelecidas, não havendo razão para aplicar-se o art. 18 do RPAF-BA.

Quanto à decadência a ser observada em parte da infração 02, entende ser outro o marco temporal inicial, fincado no art. 173, I do CTN, além de trazer à baila a Súm. 555 do STJ.

Quanto ao mérito, para a infração 01, sustenta que: (i) “há décadas” (sic.) existe a previsão de cobrança da DIFAL, precisamente no art. 2º, IV da Lei 7.014/96, desde a redação original; (ii) a repartição percentual referida no art. 49-B da lei citada só se aplica quando o destinatário do produto não é contribuinte do ICMS, o que não se aplica no caso vertente, por ser o autuado contribuinte de direito do imposto estadual.

Em face da infração 02, afirma que, de fato, o item sob a NCM 4202.92.00 (mochilas e sacolas) faz parte do Prot. ICMS 109/2009, mas não possuindo o remetente substituto inscrição cadastral na Bahia, deve o imposto ser reclamado por solidariedade, contra o adquirente, nos termos do art. 6º, XV da Lei 7014/96.

Por fim, para as irregularidades 03 e 04, declara que as infrações 01 (DIFAL incidente sobre ativos fixos) e 02 (antecipação total) vieram exatamente a partir da falta de registro de notas fiscais na escrita digital da empresa, omissão que, além de repercutir na falta de pagamento do imposto em si, influenciou também no quantitativo de estoques do estabelecimento autuado.

Em tom de réplica, o sujeito passivo, à vista do teor das informações do auditor fiscal, reitera a preliminar de nulidade, a prejudicial parcial de decadência para a infração 02 e as questões de mérito agitadas para todas as irregularidades.

Na tréplica, a autoridade fazendária assinala que nada de novo foi trazido pela defendente.

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

É o relatório.

VOTO

Mister apreciar, inicialmente, as questões preliminares e prejudiciais arguidas pela defendente.

Incabível falar-se em nulidade da autuação pelo fato de inexistirem no PAF elementos fundamentadores da autuação. Os termos de início de auditoria e a intimação para apresentação de documentos colocaram o contribuinte sob ação fiscal. O auto de infração veio acompanhado de farta documentação, elementos e demonstrativos que configuraram a exigência tributária. Além dos demonstrativos analíticos que minudenciaram cada irregularidade, com indicação dos dados nota a nota fiscal, outros elementos de prova foram acostados ao processo, a exemplo dos dados cadastrais da empresa, inclusive um resumo fiscal completo, relação de processos tributários, listagem de DAES (2014 a 2019), relatórios de DMAs consolidadas e mídia digital contendo diversos arquivos, a destacar a própria EFD. Há no PAF respaldo probatório para compreender as exigências lançadas, cabendo no mérito examinar-se a sua consistência. Pedido de nulidade afastado.

Dito isso, as irregularidades estão bem justapostas e bem compreendidas. Os fatos tributáveis estão bem explicados. Os demonstrativos elaborados pela fiscalização guardam coerência com a matéria tributável.

Por outro lado, não se percebe problemas de representação legal e os princípios processuais administrativos foram devidamente observados.

Como questão prejudicial, arguiu o sujeito passivo a aplicação da decadência do direito de constituir o crédito tributário inscrito na infração 02, relacionado aos fatos geradores ocorridos entre maio de 2014. Isto porque a ciência da autuação se deu em 18.12.2019.

A discussão gira em saber se as infrações se submetem ao marco inicial contemplado no art. 150, § 4º do CTN, ou no art. 173, I do mesmo *Codex*.

Compulsando a relação de DAEs extraída da base de dados fazendária para 2014, juntada ao PAF, verifica-se ali constarem recolhimentos sob a rubrica de antecipação total (1145), entre outras.

Logo, em 2014, houve pagamentos detectados pela SEFAZ sob diversos títulos, inclusive **relacionados** com a irregularidade de nº 02.

Assim, sabendo o Estado de antemão que, efetivando o contribuinte recolhimentos de ICMS por diversas rubricas, deveria o primeiro já sair da inércia imediatamente, a partir da ocorrência do fato gerador, e apurar eventuais diferenças de imposto. Assim, nestes casos, é de se aplicar o art. 150, § 4º do CTN, **excluindo-se o valor de R\$ 373,69**, data de ocorrência 31.5.2014.

Entretanto, para além da decadência, surge uma questão de nulidade parcial que atinge boa parte da infração 02, detectada de ofício.

Eis o descritivo da irregularidade, colhido do corpo do auto de infração:

Infração 02 – 07.01.01 – Deixou de efetuar o recolhimento de 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.

Foi esta a tipificação legal adotada no lançamento de ofício: arts. 8º, II e 23, § 3º, ambos da Lei 7014/96, c/c o art. 289 do RICMS-BA, mais a multa prevista no art. 42, II, “d” da lei retro citada.

Vale a pena reproduzir alguns destes dispositivos:

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;

(...)

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

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes:

a) o valor da operação, sendo esta tributada, quando o termo final do diferimento for a saída, do estabelecimento do responsável, da mercadoria ou do produto dela resultante, desde que não inferior ao valor de que cuida a alínea seguinte;

b) nas demais hipóteses, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído, incluídas todas as despesas que as tenham onerado;

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, 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 subsequentes.

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

...

§ 3º Nas situações previstas em regulamento, em substituição ao disposto no inciso II do caput deste artigo, a base de cálculo para fins de substituição tributária será o preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador,

Em sua impugnação, o contribuinte sustentou que 81 das 190 operações afetadas pela autuação dizem respeito a mercadoria classificada na NCM 4202.92.00, contemplada no Prot. ICMS 109/2009, celebrado por São Paulo e Bahia, o qual confere ao remetente, como contribuinte substituto, a responsabilidade de pagar o imposto devido nas operações subsequentes.

Por sua vez, o autuante aquiesce que ditos produtos são mesmo da ST, porque são mochilas e sacolas estudantis, com retenção prevista no acordo interestadual citado, mas que a cobrança foi feita contra a autuada em face da **responsabilidade solidária**, haja vista o remetente não possuir inscrição estadual de substituto no Estado da Bahia, citando inclusive em sua peça informativa o comando do art. 6º, XV, da Lei baiana do ICMS, abaixo transcrito:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

...

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

De fato, o Prot. ICMS 109/2009, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com artigos de papelaria, aponta em Anexo único as NCMs 4202.1 e 4202.9 - Maletas e pastas para documentos e de estudante, e **artefatos semelhantes**.

Compulsando-se o CD trazido pela fiscalização à fl. 63, verifica-se existirem ali aquisições de sacolas e mochilas da marca *nike*, oriundas de São Paulo, sob as classificações fiscais retro mencionadas, o que, em princípio, entregariam a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST ao remetente.

Não houve contestação empresarial no sentido de afiançar que o fornecedor paulista dispunha de inscrição estadual como substituto na Bahia, à época dos fatos geradores abrangidos na autuação.

Assim, pelos elementos contidos nos autos, a hipótese seria de atribuir ao adquirente autuado a responsabilidade solidária, por determinação legal, à luz do art. 124, II do CTN.

Todavia, sem sombra de dúvidas, não foi esta a fundamentação do lançamento de ofício. A cobrança nasceu da responsabilidade direta da impugnante, como contribuinte do imposto devido por antecipação, não como responsável solidário, circunstância que, confessadamente, ficou admitido no PAF. Houve inclusive, mudança do escopo na fundamentação, passando a impugnante de contribuinte para responsável, deslocando-se da subsunção do art. 8º, *caput*, para o art. 6º, XV, ambos da Lei 7.014/96.

Não pode prosperar uma exigência tributária que não possui coerência de fundamentação jurídica na qualificação do sujeito passivo, **até porque na execução fiscal haveria dificuldades de se sustentar o crédito tributário**.

Nestas condições, considero **parcialmente nula** a cobrança da infração 02, porque deveria ser comportada em infração apartada, com outra qualificação jurídica, **devendo ser retirado do demonstrativo de débito a quantia de R\$ 28.881,82**, bastando para tanto aplicar os filtros para a NCM 42029200 na planilha encartada à fl. 63.

Quanto a parte remanescente, inclusive a salvo da decadência, não provou a defendente que as mercadorias vieram com o imposto antecipado. Para tanto, deveria ter sido apresentada demonstração robusta no sentido de evidenciar que já houvera anteriormente o recolhimento efetivado, com discriminação item a item. A alegação caiu no campo das generalidades.

Irregularidade 02 parcialmente procedente, contando agora com o demonstrativo de débito abaixo, restando apenas dois meses, setembro e outubro de 2015, visto que a decadência atingiu maio de 2014 e as exclusões “zeraram” os demais meses:

| mês | cd fl 63 | excl moch/sac | novo DD |
|--------|----------|------------------|----------|
| jul/15 | 5920,25 | 5920,25 | 0 |
| ago/15 | 7069,63 | 7069,63 | 0 |
| set/15 | 21523,22 | 4427,08 | 17096,14 |
| out/15 | 99,97 | 0 | 99,97 |
| out/16 | 8619,21 | 8619,21 | 0 |

| | | | |
|--------|--------|--------|---|
| nov/17 | 559,74 | 559,74 | 0 |
| jul/18 | 2285,9 | 2285,9 | 0 |

Dando um total de R\$ 17.196,11.

A **infração 01** reclama diferenças de alíquotas (DIFAL) em face de aquisições interestaduais de materiais de uso e consumo. Analisando o demonstrativo fiscal de fls. 13 a 18, constata-se tratar-se de entradas de sinalizadores de preço, adesivos, rolos de etiqueta, placas e lâminas informativas, entre outros itens claramente não direcionados para revenda. O diferencial de alíquota é instituto inaugurado na CF/88 e conta com sistematização na Bahia desde seu nascedouro, com alterações de técnicas de cobrança ao longo do tempo. Aqui não cabe questionar em qual percentual da DIFAL deve ser direcionado para a Bahia, pois tal repartição só se aplica quando o destinatário não é contribuinte de ICMS, o que não é o caso da autuada. Por fim, a impugnante não provou suficientemente ter havido recolhimentos de DIFAL que tivessem sendo cobrados novamente neste PAF.

Cobrança totalmente procedente.

As **infrações 03 e 04** reclamam multa de 1% pelo não registro de documentos fiscais na escrita do contribuinte, espelhadas no demonstrativo estatal de fls. 39 e 40, com alusão ao número da nota fiscal, data de emissão, base de cálculo e multa respectiva. Inexistindo contestação sobre estarem ditos documentos não registrados pelo contribuinte, **haveria de se considerar, em princípio, a irregularidade como totalmente procedente.**

Contudo, extrai-se da peça informativa que algumas das notas fiscais não registradas na escrita, objeto das multas lançadas acabaram sendo consideradas para efeito de cobrança mesmo do imposto, seja a título de DIFAL, seja a título de antecipação total. Nestas circunstâncias, a exigência de imposto mais a multa por infração nas infrações 01 e 02, acrescida da multa de 1% pelo não registro do documento fiscal na escrita, importa em excesso de exação, de sorte que, para esta última penalidade, devem ser as notas fiscais respectivas excluídas do demonstrativo de débito das infrações 03 e 04.

Neste compasso, com a exclusão das coincidências de cobrança, identificadas pela relatoria através da comparação dos demonstrativos fiscais das infrações 01 e 02 com os demonstrativos das infrações 03 e 04, importando em dupla penalidade, ficam assim os **novos Demonstrativos de Débito das Infrações 03 e 04:**

| NOVO DD inf 03 | Valores |
|----------------|---------|
| jan/15 | 0 |
| fev/15 | 0 |
| mar/15 | 39,13 |
| abr/15 | 52,72 |
| mai/15 | 106,86 |
| jun/15 | 121,56 |
| jul/15 | 799,73 |
| ago/15 | 220,36 |
| set/15 | 19,03 |
| out/15 | 24,86 |
| nov/15 | 34,93 |
| dez/15 | 206,05 |
| jan/16 | 29,93 |
| fev/16 | 157,80 |
| mar/16 | 5,53 |
| abr/16 | 0,26 |
| mai/16 | 19,03 |

| | |
|--------------|------------------|
| jun/16 | 40,66 |
| jul/16 | 1,14 |
| ago/16 | 79,78 |
| set/16 | 48,2 |
| out/16 | 6.895,41 |
| nov/16 | 87,58 |
| dez/16 | 1,7 |
| jan/17 | 192,2 |
| fev/17 | 141,77 |
| mar/17 | 20,04 |
| abr/17 | 76,74 |
| mai/17 | 0 |
| jun/17 | 46,41 |
| jul/17 | 0 |
| ago/17 | 27,39 |
| set/17 | 428,38 |
| out/17 | 952,79 |
| nov/17 | 230,91 |
| Total | 11.108,88 |

E agora o da infração 04:

| NOVO DD inf 04 | Valores |
|-----------------------|------------------|
| dez/17 | 268,89 |
| jan/18 | 19,08 |
| fev/18 | 232,53 |
| mar/18 | 184,94 |
| abr/18 | 935,16 |
| mai/18 | 1.954,30 |
| jun/18 | 781,17 |
| jul/18 | 3.810,31 |
| ago/18 | 25,19 |
| set/18 | 71,41 |
| out/18 | 593,73 |
| nov/18 | 331,98 |
| dez/18 | 6.423,58 |
| Total | 15.632,27 |

O § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96 invocado na defesa para efeito de redução da multa encontra-se revogado desde 13.12.2019.

Isto posto, é de se declarar o auto de infração **procedente em parte**, não só considerando as questões de mérito como também a prejudicial de decadência e a nulidade parcial da infração 02, ficando assim a síntese valorativa da autuação:

| | Autuado | Procedente |
|-------------|------------------|-------------------|
| Infração 01 | 6.122,26 | 6.122,26 |
| Infração 02 | 46.451,61 | 17.196,11 |
| Infração 03 | 13.504,33 | 11.108,88 |
| Infração 04 | 15.898,68 | 15.632,27 |
| Totais | 81.976,88 | 50.059,52 |

Auto de Infração julgado PROCEDENTE EM PARTE, no montante de R\$ 50.059,52.

VOTO DISCORDANTE (Quanto às operações da infração 2, declaradas nulas)

Em que pese a boa fundamentação apresentada pelo N. Julgador, divirjo parcialmente da decisão com relação a infração 2, no que se refere as operações relativas a recebimentos de mercadorias com código NCM 4202.92.00 - MOCHILA NIKE, declarada NULA.

Concordo integralmente com seu posicionamento em relação as infrações 1, 3 e 4.

Também com relação a ocorrência da decadência relativo ao fato gerador no exercício de 2014 e das operações que foi mantida a exigência fiscal de parte dos valores exigidos, tudo em relação a infração 2.

No que se refere a infração 2, quanto às 81 (oitenta e uma) operações que no voto decide que não é devido o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, especificamente para o item codificado sob a NCM 4202.92.00 - MOCHILA NIKE, divirjo do entendimento de que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é do fornecedor, situado em São Paulo, por força do Prot. ICMS 109/2009.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que na defesa apresentada, o sujeito passivo alegou:

1. Fl. 106 - Que em relação as mercadorias com NCM 4202.92.00 - MOCHILA NIKE, se trata de mercadorias oriundas do Estado de São Paulo em que há *“expressa previsão de que o ICMS relativo às operações subsequentes deve ser apurado e recolhido pelo estabelecimento **remetente** das mercadorias, de acordo com o Protocolo ICMS 109/2009”*;
2. Fl. 108 – *“por se tratar de transferência de mercadorias entre estabelecimento filiais, todo o ICMS já havia sido antecipado pelo estabelecimento remetente”*.

Quanto a segunda alegação, observo que conforme apreciado no voto do N. Relator, não foi apresentada nenhuma prova de que o ICMS foi antecipado.

Portanto não pode ser acolhida tal alegação por falta de provas, tendo em vista que se trata de informações que a própria empresa dispõe (nota fiscal, retenção do imposto e comprovante do pagamento do ICMS-ST). Presume-se a veracidade da afirmação da parte contrária nos termos do art. 142 do RPAF/BA.

No que se refere à primeira alegação, constato que as Cláusulas primeira e segunda do Prot. 109/2009 estabelecem:

Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único deste Protocolo, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM / SH, destinadas ao Estado de São Paulo ou ao Estado da Bahia, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes.

Cláusula segunda. O disposto neste protocolo **não se aplica:** (grifo nosso)

I - às transferências promovidas pelo industrial para outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica, exceto varejista;

Conforme dados cadastrais contidos no sistema INC – Informações do Contribuinte, juntado à fl. 30, o estabelecimento autuado tem como *“Atividade Econômica Principal 4643501 - Comércio **atacadista** de calçados”*. (grifo nosso).

Pelo exposto, com relação às mercadorias com NCM 4202.92.00 - MOCHILA NIKE, que foi objeto da autuação, em conformidade com o que foi argumentado na defesa, em se tratando de operações de transferências do estabelecimento da empresa localizada no Estado de São Paulo (demonstrativo de fls. 19 a 22), para estabelecimento filial atacadista localizado no Estado da Bahia, conforme disposto na Cláusula segunda do Prot. ICMS 109/2009 (redação dada pelo Prot.

ICMS 174/10, com efeitos a partir de 01/07/2010), não se aplica o citado Protocolo às operações que foi objeto da autuação.

Isso significa que o estabelecimento remetente da Nike localizado no Estado de São Paulo, não tinha responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS em relação às mercadorias listadas no Anexo Único, no caso a MOCHILA NIKE, em relação as operações de transferências de mercadorias, tendo em vista que não se aplica o disposto no Prot. 109/2009.

Por sua vez, a infração acusa falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, com enquadramento no art. 8º, inciso II e § 3º do art. 23 da Lei 7.014/96 c/c o art. 289 do RICMS/BA.

O art. 8º, II da citada Lei determina:

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;

O art. 289 do RICMS/BA estabelece:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.

Portanto, de acordo com o que foi afirmado na defesa, o produto com NCMs 4202 está relacionado no Anexo 1 do RICMS/BA, conforme reprodução apresentada na fl. 107. Logo, não estando o remetente obrigado a fazer retenção do ICMS-ST nas operações de transferências das mercadorias que foi objeto da autuação com a NCM 4202, de acordo com o disposto na Cláusula Segunda do Prot. 109/2009, estando a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, nos termos do art. 289 do RICMS/BA e art. 8º, II da Lei 7.014/96, o estabelecimento autuado é responsável pelo pagamento do ICMS por antecipação, na condição de sujeito passivo por substituição em relação às mercadorias adquiridas em outras Unidades da Federação.

Por tudo que foi exposto, entendo que a fundamentação do lançamento de ofício está em conformidade com o disposto no enquadramento da infração, ou seja, responsabilidade pelo lançamento e recolhimento na condição de sujeito passivo por substituição, conforme previsto no art. 8º da Lei 7.014/96, tendo em vista que por força da Cláusula segunda do Prot. ICMS 109/2009, o estabelecimento que promoveu as transferências das mercadorias para outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS com atividade de comércio atacadista, estava desobrigado de promover a retenção do imposto e estando a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, por força da legislação estadual (Lei 7.014/96), o estabelecimento autuado é o responsável para promover o pagamento do ICMS por antecipação no momento da entrada das mercadorias, o que não o fez. Consequentemente, correta a exigência fiscal com relação às mercadorias com NCM 4202.92.00 - MOCHILA NIKE.

É o voto, com relação as mercadorias recebidas em transferência com a NCM 4202 MOCHILA NIKE na infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281401.0115/19-8**, lavrado contra **FISIA COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 23.318,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das

multas totalizando o valor de **R\$ 26.741,15**, previstas no inciso IX do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE
(Quanto as operações da infração 2 declaradas nulas)