

PROCESSO - A. I. Nº 080556.0019/21-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MORLAN S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0006-02/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/05/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO CJF Nº 0129-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. Constado e confirmando pela própria autoridade fiscal autuante, equívoco no procedimento fiscal do qual resultou o Auto de Infração em face de ter aplicado MVAs diversas da vigente no período fiscalizado, pois revisando o levantamento fiscal em confronto com o apurado e recolhido pelo contribuinte, não apurou diferenças devidas. Afastado pedido de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício previsto no art. 169, I, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interposto em face da Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF - Acórdão JJF Nº 0006-02/23-VD (fls. 97/100) – que, por unanimidade, julgou Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/12/2021, concernente à exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 1.912.592,75, acrescido de multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 008.049.002. Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$ 1.912.592,75. Período: Janeiro 2017 a dezembro 2020.

Enquadramento legal: Cláusulas primeira e quarta do Protocolo ICMS nº 104/09 e alterações posteriores.

Multa: 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Devidamente intimado, o autuado apresentou Impugnação às fls. 45 a 52 do PAF, na qual esclareceu, inicialmente, tratar-se de empresa no ramo de indústria metalúrgica que comercializa produtos a consumidores finais nos termos das normas de regência - Protocolo ICMS 104/09, como substituto tributário de contribuintes seus clientes, dentre eles, os beneficiados com redução da base de cálculo na forma do Convênio ICMS 33/96, incorporado na legislação baiana com o art. 266 do RICMS-BA.

Alegou, em sede preliminar, a tese de iliquidez do auto de infração por erro de cálculo, considerando que, no caso concreto, a Autuante efetuou o seu demonstrativo em desacordo ao predisposto no art. 266, II do RICMS-BA, norma esta que previa direito à redução da base de cálculo para que o valor do imposto corresponda a uma carga tributária de 12% sobre o valor da operação, e não a uma alíquota interna de 18%, ilustrando a sua tese no caso da Nota Fiscal nº 358435, de 03/01/2017, onde a MVA ajustada aparece como 53,11%, quando, em verdade, deveria constar 42,67%.

No mérito, reproduziu o cerne da tese preliminar e pugnou pela insubstância do Auto de Infração, para que fosse declarado nulo ou julgado improcedente. Requereu ainda a conversão do PAF em diligência a fim de que a questão de fato fosse elucidada.

Na sequência, aos autos foram juntadas as peças de **Informação Fiscal** às fls. 88 a 92, na qual a autuante alegou ter promovido a reanálise das Planilhas demonstrativas do cálculo do ICMS ST

que constam do Auto de Infração, considerando as MVAs ajustadas constantes do ANEXO I do RICMS/BA, ocasião em que solicitou a improcedência do Auto de Infração ao concluir que “verificando que nos cálculos efetuados pela fiscalização foi considerada, incorretamente, a MVA ajustada de 53,24%, para os produtos como NCM 7313, ao invés de 42,67%, e foi aplicada a MVA ajustada de 53,11%, para as NCMs 7314.3100; 7314.4100 e 7314.4200, ao invés de 42,67%, foi efetuada a revisão dos cálculos do ICMS ST considerando a MVA ajustada de 42,67% e não apurou diferença de ICMS”. (grifos originais)

O pronunciamento colegiado (fls. 97/100) recorrido foi assentado nos seguintes fundamentos:

“VOTO”

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: **a)** conforme documentos e recibos de fls. 24, 25, 26 e 27, bem como do que se depreende da manifestação defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; **b)** na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, e 39 (em especial quanto ao inciso III e §§ , 41, 42, 43, 44, 45 e 46 do RPAF; **c)** o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; **d)** a infração está claramente descrita, corretamente tipificada, determinada com segurança com identificação do infrator e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 08-20 e CDs de fl. 23), constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Por entender que os elementos autuados são suficientes para formação de meu convencimento, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF, indefiro o pedido de diligência.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Como relatado, a acusação fiscal é que o contribuinte autuado teria retido e recolhido o ICMS por substituição tributária a menos que o devido no período janeiro 2017 a dezembro 2020, considerando incorretas MVAs ajustadas para produtos beneficiados com redução da base de cálculo prevista no art. 266 do RICMS-BA.

Impugnando tal acusação, detalhando e explicando os cálculos seu e da autoridade fiscal autuante, na forma prevista no art. 123 do RPAF, apresentando demonstrativo, o contribuinte autuado alegou que oportunamente procedeu a retenção e consequente recolhimento em conformidade com as específicas determinações legais vigentes no período autuando, afirmando que as diferenças acusadas como devidas derivam de equivocadas MVAs ajustadas utilizadas pela fiscalização, razão pela qual o caso em contraditório circunscreve-se a uma questão de fato por divergência entre os seus cálculos para apuração e recolhimento da sua obrigação tributária e o cálculo da autoridade fiscal autuante no sentido de homologar os prévios procedimentos do sujeito passivo.

Por ocasião da Informação Fiscal, a autoridade fiscal autuante expressamente acolheu as razões defensivas, pois revisando o procedimento fiscal constatou ter se equivocado na aplicação de MVAs ajustadas, nos seguintes casos:

1. Para o produto NCM 7313, na ocasião da fiscalização, transcreveu e aplicou, equivocadamente, a MVA ajustada que consta no ANEXO I do RICMS-Ba, redação vigente em 2016, efeitos de 10/03/2016 a 31/01/2017, de 53,24%, que se refere à NCM 7213, item 8.43.2, com MVA original (aplicada nas operações internas) de 45%, ao invés da MVA ajustada de 42,67%, calculada para a NCM 7313, Item 8.52, que é o produto comercializado pela empresa, com MVA original (aplicada nas operações internas) de 35%;
2. Para as NCMs 7314.3100; 7314.4100 e 7314.4200, na ocasião da fiscalização, aplicou, equivocadamente, a MVA ajustada para a NCM 7314, item 8.53, de 53,11%, que consta no ANEXO I do RICMS-Ba (no ANEXO I do RICMS/Ba, período de vigência a partir de 01/02/2017, não consta MVA ajustada com a especificação das NCMs 7314.3100; 7314.4100 e 7314.4200). No entanto, ao calcular a MVA ajustada considerando a carga tributária de 12%, corresponde a 42,67%.

Frente ao exposto, verificando que nos cálculos efetuados na ocasião da fiscalização incorretamente considerou a MVA ajustada de 53,24%, para os produtos com NCM 7313, invés de 42,67%, e aplicou a MVA ajustada de 53,11%, para as NCMs 7314.3100; 7314.4100 e 7314.4200, invés de 42,67%, revisou os cálculos do ICMS ST considerando a MVA ajustada correta de 42,67% e não apurou diferença de ICMS devida, de modo que as alegações defensivas são pertinentes e, por isso, destacadamente afirmou a “IMPROCEDÊNCIA” do Auto de Infração.

Assim, considerando que o próprio autor do feito em juízo de revisão neste órgão administrativo judicante afirma ter se equivocado no levantamento fiscal do qual resultou o Auto de Infração e que refazendo todo o procedimento fiscal com a MVA ajustada vigente em todo período para os produtos sujeitos ao benefício de redução da base de cálculo prevista nada apurou devido nas operações arroladas no procedimento fiscal, constatada está a impertinência da exação em apreço, razão pela qual a tenho como insubstancial.

Voto, pois, pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Considerando que o pronunciamento colegiado foi totalmente favorável ao contribuinte, com exoneração de montante de débito superior R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a 2ª JJF interpôs Recurso de Ofício, com supedâneo no art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Os autos foram distribuídos à minha relatoria em 10/03/2023 e, por considerá-los aptos a julgamento, solicitei ao Sr. Secretário a inclusão em pauta de julgamento. Feito pautado para a sessão de 19/04/2023.

É o relatório.

VOTO

Como visto, o pronunciamento colegiado recorrido, oriundo da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF - Acórdão JJF nº 0006-02/23-VD (fls. 97/100), voltou-se à Improcedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/12/2021, desonerando o sujeito passivo da obrigação tributária outrora lançada no valor histórico de R\$ 1.912.592,75, circunstância que confere cabimento à remessa necessária, na forma do art. 169, I, “a” do RPAF/99.

A infração imputada ao sujeito passivo foi assim descrita em seu núcleo fático:

“Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$ 1.912.592,75. Período: Janeiro 2017 a dezembro 2020. Enquadramento legal: Cláusulas primeira e quarta do Protocolo ICMS nº 104/09 e alterações posteriores. Multa: 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.”

Em rebate, o sujeito passivo autuado apresentou peça defensiva (fls. 45 a 52) alegando, tanto em sede preliminar quanto meritória, a correção nos procedimentos internos de apuração, retenção e recolhimento do ICMS, notadamente em face das normas autorizativas da operação fiscal considerando a Redução da Base de Cálculo do ICMS que resulte em 12% de carga tributária, nas operações internas, conforme Art. 266, II do RICMS/Bahia, pelo que pugnou pela improcedência do auto de infração.

De posse de tais argumentos, a Autuante, em informação fiscal (fls. 88 a 92) acolheu integralmente a linha defensiva no sentido da higidez do cálculo primitivo e, consequentemente, da incorreção da metodologia aplicada pela fiscalização, sendo relevante destacar o conclusivo item da sua manifestação:

“Pelo exposto, verificando que nos cálculos efetuados pela fiscalização foi considerada, incorretamente, a MVA ajustada de 53,24%, para os produtos como NCM 7313, ao invés de 42,67%, e foi aplicada a MVA ajustada de 53,11%, para as NCMs 7314.3100; 7314.4100 e 7314.4200, ao invés de 42,67%, foi efetuada a revisão dos cálculos do ICMS ST considerando a MVA ajustada de 42,67% e não apurou diferença de ICMS

Desse modo, entendemos que procedem as alegações do contribuinte e solicitamos a IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO (...). (grifos originais)

Diante isto, a 2ª JJF acolheu integralmente as razões recursais e julgou inteiramente improcedente o presente Auto de Infração.

O cotejo do pronunciamento colegiado com as demais provas integrantes dos autos revela a desnecessidade de quaisquer reparos por este órgão julgador.

Cumpre-me registrar, inicialmente, que a questão preliminar de iliquidize do auto de infração por erro de cálculo foi completamente absorvida (e vencida) quando do momento do deslinde meritório, porque totalmente compatíveis, não havendo que se perquirir de vícios procedimentais na forma do artigo 154 RPAF, portanto.

Em frente, sobre o tema, como cediço, além de outros requisitos previstos no art. 39 do RPAF, o auto de infração deve conter a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta, incluindo demonstrativos materiais do débito tributário devidamente discriminados, especialmente, no particular, **a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso, ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido.**

A lavratura do auto com a descrição de infração relacionada justamente ao ponto destacado acima não resistiu, contudo, a uma segunda análise efetuada pela própria autoridade autuante **sobre o mesmo conjunto probatório primitivo**, ocasião em que refluui do seu entendimento ao constatar que adotou premissa normativa equivocada para o estabelecimento das MVAs ajustadas para produtos beneficiados com redução da base de cálculo prevista no art. 266 do RICMS-BA, **ao fim do que refez os cálculos do ICMS-ST e não mais apurou diferenças de ICMS**.

Em face disto, portanto, sendo certificada a regularidade da retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária no período janeiro 2017 a dezembro 2020, não remanesce o que imputar ao sujeito passivo nestes autos, restando de um todo acertada a decisão de piso.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 080556.0019/21-3, lavrado contra **MORLAN S.A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS