

PROCESSO	- A. I. N° 206881.0025/20-5
RECORRENTE	- IDEIA TRADE LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0138-03/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 15/09//2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0229-11/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO A OPERAÇÃO COM SAÍDAS SUBSEQUENTES TRIBUTADAS. 2. ESTORNO DE DÉBITO DO IMPOSTO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. 3. ICMS PARTILHADO. EC N° 87/15. FALTA DE RECOLHIMENTO. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO; **b)** OMISSÃO DE ENTRADAS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b.1)** POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA; **b.2)** POR RESPONSSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. 05. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. 06. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A recorrente ignorou os esclarecimentos e ajustes formulados pela autuante em sede de informação fiscal e acolhidos pelo acórdão recorrido. Recurso Voluntário que reproduz integralmente a impugnação, inclusive quanto a argumentos acolhidos em primeira instância, sem impugnar qualquer aspecto da Decisão recorrida. Decisão de primeiro grau mantida por seus próprios fundamentos. Preliminar rejeitada. Mantida a Decisão recorrida. Reduzida de ofício multa referente à infração 5, uma vez que a partir de abril de 2012, houve alteração da legislação, portanto, a multa aplicada de 100% fica reduzida para 60% com previsão no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0138-03/22-VD proferido pela 3ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 29/06/2020 no valor histórico de R\$ 60.481,53, abordando a(s) seguinte(s) infração(ões):

...
Infração 03 - 01.02.30. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço transporte interestadual e intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, nos meses agosto a dezembro de 2017, março, abril, julho, novembro e dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ R\$ 2.403,90, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 26 e 27 e CD à fl. 136;

Infração 04 - 01.06.01. Estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação desse imposto, nos meses de fevereiro e agosto de 2017. Exigido o valor de R\$ R\$ 69,62, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 29 e 30 CD à fl. 136;

...
Infração 07 - 02.01.28. *Falta de recolhimento pelo remetente e/ou prestador neste estado, inclusive o optante pelo simples nacional, do ICMS partilhado devido ao estado da Bahia em função da EC nº 87/15 em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final - não contribuinte do imposto - localizado em outra unidade da Federação, nos meses de março, maio e julho de 2017, janeiro e dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ R\$ 385,93, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 36 a 39 e CD à fl. 136;*

...
Infração 09 – 04.05.02. *Falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias, em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios fechados de 2017 e 2018. Exigido o valor de R\$ R\$ 18.355,56, acrescido da multa de 100%. Demonstrativo às fls. 44 a 121 e CD à fl. 136;*

Infração 10 - 04.05.08. *Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante quantitativo de estoque, nos exercícios fechados de 2017 e 2018. Exigido o valor de R\$ R\$ 3.990,32. Demonstrativo às fls. 44 a 121 e CD à fl. 136;*

Infração 11 - 04.05.09. *Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com o percentual de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2017 e 2018. Exigido o valor de R\$ R\$ 1.974,17, acrescido de 60%. Demonstrativo às fls. 44 a 121 e CD à fl. 136;*

Infração 12 - 06.02.01. *Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento nos meses de maio e setembro a novembro de 2017. Exigido o valor de R\$ R\$ 262,70, acrescido da multa de 60%;*

Infração 13 - 07.01.02. *Recolhimento a menos de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro, fevereiro e setembro de 2018. Exigido o valor de R\$ R\$ 32.329,67, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fls. 134 e CD à fl. 136;*

...

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

De início, embora não tenham sido suscitados objetivamente vícios quanto aos aspectos formais do lançamento de ofício, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a Lei nº 7014/96 e o RICMS-BA/12. Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do Auto de Infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário exigido.

Por isso, consigno que o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses preconizadas pela legislação de regência, precípuamente as estatuídas no art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade a autuação.

O Impugnante solicitou a realização de perícia fiscal em sua contabilidade com a finalidade de comprovar suas alegações. Indefiro o pedido com fundamento na alínea “a”, do inciso II, do art. 147, do RPAF-BA/99, tendo em vista que, além de o entendimento prescindir de conhecimentos técnicos e os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada perícia, em vista das provas já produzidas nos autos.

No mérito, o Auto de Infração em epígrafe é composto por quatorze infrações arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

Em sua Impugnação o Autuado não se manifestou acerca das Infrações 01, 02, 05, 06, 08 e 14. Ante a inexistência de lide em relação a esses itens da autuação, ficam mantidas as aludidas infrações.

Infração 03 - trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadoria com saídas subsequentes não

tributadas, conforme demonstrativo às fls. 26 e 27 e CD à fl. 136.

Em sua Impugnação o Autuado asseverou que a CF/88 assegura ao contribuinte do ICMS a apropriação do crédito correspondente ao imposto que incide sobre as mercadorias entradas ou aos serviços prestados ao estabelecimento primando pelo princípio da não cumulatividade. Sustentou que o ICMS cobrado sobre a prestação do serviço de transporte dá direito a crédito para abater ICMS devido relativamente à circulação de mercadorias à prestação de serviço.

Em sua informação fiscal o Autuante manteve a autuação explicando que, de acordo com o disposto no inciso II, do § 4º, do art. 29, da Lei nº 7.014/96, é vedado o crédito fiscal relativo a mercadoria ou a prestação de serviço, quando a operação de saída subsequente não for tributada, bem como registrou que o art. 9º, da referida Lei, reza que, uma vez ocorrida a substituição ou antecipação tributária, a fase de tributação está encerrada.

Depois de examinar os elementos que compõe esse item da autuação constato que a matéria em questão já possui entendimento pacífico neste CONSEF de que é vedada a utilização de crédito de ICMS incidente sobre prestações de serviços de transporte que não estejam vinculadas a operações subsequentes de comercialização tributadas.

A legislação regulamentar baiana acompanhou esta regra conforme se verifica no art. 290, do RICMS/2012, in verbis:

“Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.”

Do dispositivo acima transcritos depreende-se ser induvidoso o acerto da fiscalização ao glosar os créditos das operações em comento, portanto, não acolho argumento defensivo de que por arcado com o custo dos fretes resta inconteste seu direito ao frete.

Nos termos expendidos, concluo pela manutenção da autuação atinente à Infração 03.

Infração 04 - apura o estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação desse imposto, conforme demonstrativo às fls. 29 e 30 e CD à fl. 136.

Em sua Impugnação o Autuado afirmou que as operações incluídas na infração em epígrafe referem à revenda das mercadorias de NCM 7016.10.00, as quais foram comercializadas para outro estado da Federação, ressaltando que o ICMS fora recolhido anteriormente, uma vez que as mercadorias estavam incluídas no regime de substituição tributária, quando adquiridas.

Explicou que as mercadorias foram vendidas para empresas localizadas nos Estados de Alagoas e Pernambuco, entes federados que não faziam parte dos protocolos na época do fato gerador, razão que o ICMS nesses estados não estava incluído no regime de substituição tributária. Sustentou que o art. 302, do RICMS-BA/12, prevê o estorno do débito fiscal correspondente, relativo à saída de mercadorias para unidade da federação que não faz parte de convênio ou protocolo.

O Autuante manteve a autuação informando que, no mês de fevereiro/2017 não houve vendas de mercadorias sujeitas a substituição tributária (pastilhas), razão pela qual não poderia estornar o débito fiscal, conforme Demonstrativo do Estorno de Débito nas Vendas Interestaduais de Mercadorias da Substituição Tributária - Lista de NFe, anexo à fl. 30. Em relação ao mês de julho/2017, observou que a empresa lançou a mais no livro Registro de Apuração do ICMS, o estorno de débito referente as Notas Fiscais de nºs 3113 e 3130, conforme Demonstrativo Auditoria do Estorno de Débito Lançado a Maior na EFD, anexo fl. 29 e 30 do processo.

Depois de examinar todos os elementos que compõem esse item da autuação, precípuamente o demonstrativo de apuração acostado à fl. 30, constato que assiste razão ao Autuante em seus argumentos para a manutenção da autuação.

Entendo restar patente nos autos que, mesmo dispondo de meios, o Autuado não carreou aos autos elemento algum com o condão de, efetivamente, elidir a acusação fiscal.

Assim, concluo pela subsistência da Infração 04.

Infração 07 - cuida da falta de recolhimento pelo remetente e/ou prestador neste estado, inclusive o optante pelo simples nacional, do ICMS partilhado devido ao estado da Bahia em função da EC nº 87/15 em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final - não contribuinte do imposto - localizado em outra unidade da Federação, conforme demonstrativo às fls. 36 a 39 e CD a fl. 136.

Em sede de Defesa o Autuado alegou que a infração se refere à venda das mercadorias de NCM 7326.90.90 e 3402.11.90, que na época da aquisição eram incluídas no regime de substituição tributária, de modo que tributo fora recolhido ao estado da Bahia antecipadamente. Asseverou não haver que se falar em DIFAL, ao Estado da

Bahia na venda da mercadoria objeto desse item da autuação, uma vez que o imposto foi recolhido antecipadamente, tendo em vista que era enquadrado do regime de substituição tributária na época da aquisição.

O Autuante manteve a autuação, explicando que se trata de falta de recolhimento do ICMS devido ao Estado da Bahia em função da EC nº 87/15, referente a venda interestadual de mercadorias para não contribuinte do imposto, repartição de receita, conforme demonstrativo anexo fls. 36 a 39. Asseverou que as mercadorias foram vendidas para não contribuinte do imposto, sendo devido o ICMS partilhado em função da referida Emenda Constitucional, e do art. 49-C, da Lei nº 7.014/96. Cabe informar que foi estornado o débito do ICMS destacado no documento fiscal, conforme previsto no inciso II, do art. 302, do RICMS-BA/99.

Constato, depois de verificar às fls. 36 a 39, o demonstrativo de apuração, consta que as NCM 7016.10.00, constantes da descrição das mercadorias arroladas no levantamento fiscal não constam elencadas no Anexo 1, vigente no exercício de 2017, do RICMS-BA/12, portanto, não estão sujeitos ao regime de substituição tributária. Verifico também que não procede a alegação defensiva, uma vez que foi estornado o débito destacado no documento fiscal na apuração da exação.

Logo, resta caracterizada a autuação. Mantida a Infração 07.

As Infrações 09, 10 e 11 decorreram de apuração através do roteiro de auditoria de levantamento quantitativos de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2017 e 2018, conforme Demonstrativo às fls. 44 a 121 e CD à fl. 136.

Falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias, em valor superior ao das entradas efetivas omitidas –

Infração 09; Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária -

Infração 10 e Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com o percentual de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária –

Infração 11. Em sua Impugnação o Defendente, em síntese, apontou os seguintes equívocos cometidos no roteiro fiscal aplicado pelo Autuante: **i)** - conversão incorreta das quantidades de produtos [Adesivo Global Fix 4.0kg - código e Adesivo Global Fix 23kg]; **ii)** - Considerou dados incorretos; **iii)** - mercadorias transformadas em outras; **iv)** - amostras de mercadorias utilizadas como expositor.

O Autuante em sua informação fiscal, no tocante à alegação de conversão incorreta das quantidades do produto “Adesivo Globalfix 4kg”, código 582, após análise do levantamento de estoque do exercício de 2018, declarou que retificou o procedimento fiscal, não restando diferença quanto ao citado item. O mesmo produto, no exercício de 2017, também retificou o procedimento fiscal, restando 12 unidades de omissão de saídas, conforme novos demonstrativos Auditoria de Estoque, anexados ao presente processo.

Quanto ao produto “Adesivo Globalfix 23kg”, código 863, explicou que, apesar de constar nas notas de entradas e saídas a mesma unidade (kg), verificou que, na nota de saída nº 4791 consta 3kg porém refere-se a 3 unidades, após análise do preço unitário de entradas e saídas, não restando diferença, conforme novo demonstrativo anexo.

Em relação a apontada divergência das quantidades das mercadorias (código 327) relativo aos estoques inicial e final, entre os demonstrativos Lista Geral Itens Analisados 2017 e Lista Geral de Omissões 2017, esclareceu que o citado produto foi agrupado englobando os códigos 325, 326 e 327, cujo código 327 é o do grupo, conforme demonstrativo Lista de Grupos de Estoques anexo fls. 57 a 59, dessa forma o demonstrativo Lista Geral de Omissões, fls. 45 a 47, refere-se ao total das quantidades dos itens agrupados, enquanto que o demonstrativo Lista Geral Itens Analisados, fls. 55 e 56, refere-se as quantidades por item.

Informou que o Autuado não comprova que algumas mercadorias foram transformadas em outras, e analisando o estoque, diz constatar que alguns produtos citados na Defesa, não houve omissão, como exemplo, pode-se verificar que existe em 2017, dois tipos de Pastilha Mileto Metal, códigos 000219 e 000221, tendo ocorrido omissão de saídas do citado produto com o código 000218. Como também no exercício de 2018, o produto Pastilha Mileto Cristal, códigos 000205 e 000357, não ocorreu omissão, enquanto o código 000203 apuramos omissão de entradas.

Esclareceu que a amostra de mercadorias utilizadas como expositor, que tais produtos não constam do levantamento de estoque dos exercícios de 2017 e 2018.

Destacou que refez o demonstrativo de apuração e de débito informando que o total da exigência da Infração 09 reduzida de R\$ R\$ 18.355,56, para R\$ R\$ 9.012,65, conforme novos demonstrativos Auditoria de Estoque que ora anexa ao presente, e remanesceram inalterados os montantes apurados nas Infrações 10 e 11.

Depois de examinar os questionamentos da Defesa e confrontar com os esclarecimentos prestados pelo Autuante, constato que não devem prosperar as alegações defensivas atinentes aos itens questionados, tendo em vista que os esclarecimentos prestados na informação se afiguram respaldado na legislação de regência, precípuamente, na Lei nº 7.014/96, o RICMS-BA/12, bem como a Portaria nº 445/98, com multas prevista na alínea “d”, do inciso II, e no inciso III, da do art. 42, citada Lei.

No que diz respeito aos cálculos do débito das infrações, os mesmos estão em conformidade com a Portaria 445/98, que dispõe sobre os procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias. A Infração 09 detectou no levantamento de estoque, tanto omissão de saídas como de entradas de mercadorias tributáveis, tendo sido cobrado o imposto relativo a maior omissão que no caso foi a de operações de saída, conforme o inciso I, do art. 13, da Portaria nº 445/98.

No que concerne às Infrações 10 e 11, que tratam da omissão de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária que, conforme previsto nas alíneas “a” e “b”, do inciso I, do art. 10, da referida Portaria, do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal - Infração 10 - e do imposto devido por antecipação tributária, tendo sido deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal - Infração 11.

Assim, nos termos expendido, acolho o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante acostado às fls. 193 a 257, que acolheu as alegações defensivas efetivamente comprovadas e reduziu o valor do débito da Infração 09 para R\$ R\$ 9.012,65 e mantidos os valores lançados das Infrações 10 e 11.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 09 e mantidas as Infrações 10 e 11.

Infração 12 - falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo à fl. 123 e CD à fl. 136;

Em sua Impugnação, o Defendente alegou que o Autuante não considerou em seu levantamento fiscal que as mercadorias adquiridas possuem peculiaridades que não foram observadas: i) mercadoria isenta [Nota Fiscal nº 210379 - Aquecedor Solar de Água - NCM 8419.19.10] e ii) - mercadoria para revenda, “Divisória Vazada com resina Pet” - Nota Fiscal nº 4790 e bonificação - Antecipação Parcial devidamente recolhida].

O Autuante em sua informação esclareceu que após análise da Nota Fiscal de entrada nº 210379, que trata da aquisição de Aquecedor Solar concorda com os argumentos do Autuado.

Explicou que com relação ao produto “Divisória Vazada com resina Pet”, não deve prosperar o argumento da Autuado que o mesmo se destina a revenda, tendo em vista que adquiriu através das Nota Fiscal nº 4445, em 03/08/17 e Nota Fiscal nº 4481 em 15/08/17 o referido produto tendo lançado na EFD como mercadoria para uso e consumo (CFOP 2.556), inclusive lançou na coluna Outros Débitos do livro Registro de Apuração do ICMS o valor da diferença de alíquotas.

Esclareceu também que o mesmo acontece com o produto “Expositor MDF base lateral 9 ranhuras”, tendo adquirido o produto expositor através da Nota Fiscal nº 228336 em 24/08/17, tendo lançado na EFD como mercadoria para uso e consumo (CFOP 2.556), constando na coluna Outros Débitos do livro Registro de Apuração do ICMS o valor da diferença de alíquotas.

Conclui reduzindo o valor do débito reduzido de R\$ R\$ 262,70, para R\$ R\$ 90,32, conforme demonstrativo acostado à fl. 258.

Ao examinar as peças que compõem esse item da autuação, verifico que o Autuante acolheu corretamente as alegações defensivas, devidamente comprovadas e promoveu os ajustes cabíveis elaborando novo demonstrativo de apuração e de débito.

Assim, acolho o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante e mantenho parcialmente a Infração 12 no valor remanescente de R\$ R\$ 90,32.

Infração 13 - recolhimento a menos de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, conforme demonstrativo às fls. 134 e CD à fl. 136.

Em sede Defesa o Autuado alegou os seguintes equívocos no levantamento fiscal: i) - Roteiro Fiscal que considerou MVA ajustado em detrimento ao MVA original - [Notas Fiscais de nºs 3446, 3574, 3805, 4110 e 3220]; ii) - MVA calculada erroneamente [Nota Fiscal nº 268, adotou a “MVA ajustada”, mas a correta seria 46% nos termos do Convénio ICMS 5217]; iii) - Notas Fiscais emitidas pelo fornecedor e nunca recebidas [Notas Fiscais de nºs 290, 291, 290, 293 e 294, J e; iv) - Roteiro Fiscal que incluiu mercadorias que não estão

enquadrados na substituição tributária [Notas Fiscais nºs 3769, 3770 e 3771 referem-se à aquisição de produtos de revestimento de NCM 6810.19.00]

O Autuante manteve parcialmente a autuação informando que, com referência a Nota Fiscal nº 286, a MVA constante do demonstrativo, afirma está correta (81,64%), conforme Anexo I, do RICMS-BA/12, vigente no exercício de 2018. Quanto ao recolhimento do ICMS-ST pelo remetente no valor de R\$ R\$ 167,54, a empresa não comprova, tendo em vista ter adquirido as mercadorias do Distrito Federal, estado não signatário de Protocolo com a Bahia.

Com relação as Notas Fiscais de nºs 290, 291, 292, 293 e 294, esclareceu que as mesmas se encontram devidamente lançadas na sua Escrituração Fiscal Digital no livro Registro de Entradas, constando do sistema de Nota Fiscal Eletrônica como emitidas para a empresa autuada, não tendo a mesma comprovado a não ocorrência da operação. Sustentou, que a MVA constante do demonstrativo está correta (81,64%), conforme Anexo I, do RICMS 2012, vigente no exercício de 2018.

No que diz respeito as Notas Fiscais de nºs 3769, 3770 e 3771, explicou que o Autuado tem razão, sendo as mercadorias constantes dos citados documentos fiscais tributadas, e que foram retiradas do demonstrativo.

Arremata assinalando que fica o total do débito da presente infração reduzido de R\$ R\$ 32.329,67, para R\$ 30.191,13 conforme novo demonstrativo que anexa às fls. 259 a 261 que, apesar de constar o valor de R\$ R\$ 29.692,39, esse deve ser ajustado, tendo em vista que a planilha elaborada pela Autuante, por equívoco, não incluiu o valor de R\$ 498,74 referente ao mês dezembro de 2017. .

Concluiu pugnando pela procedência parcial da autuação, ficando o total do débito do presente Auto de Infração reduzido de R\$ R\$ 60.481,53, para R\$ R\$ 48.328,96, conforme novo Demonstrativo do Débito anexado aos autos, fls. 259 a 261.

Consigno que o Autuado foi intimado para tomar ciência do teor da informação fiscal, fls. 261 a 267 e não se manifestou no prazo regulamentar.

Ao compulsar os elementos que emergiram do contraditório em relação a esse item da autuação, verifico que o Autuante acolheu as alegações, devidamente comprovadas pela Defesa, e elaborou novo demonstrativo de apuração e de débito que contemplam todos os ajustes cabíveis reduzindo o valor do débito para R\$ R\$ 30.191,13. Por isso, acolho o novo demonstrativo acostado às fls. 259 a 261.

Logo, nos termos supra explicitados, a Infração 13 afigura-se parcialmente caracterizada.

Na forma supra expendida, resta parcialmente subsistente a autuação na forma discriminada no demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO			
INFRAÇÕES	A. I.	JULGAMENTO	MULTA
01	82,15	82,15	60%
02	79,93	79,93	60%
03	2.403,90	2.403,90	60%
04	69,62	69,62	60%
05	161,34	161,34	100%
06	258,34	258,34	60%
07	385,93	385,93	60%
08	12,00	12,00	60%
09	18.355,56	9.012,65	100%
10	3.990,32	3.990,32	100%
11	1.974,17	1.974,17	60%
12	262,70	90,32	60%
13	32.329,67	30.191,13	60%
14	115,90	115,90	1%
TOTAIS	60.481,53	48.327,70	

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Inicialmente, argui a nulidade da intimação do acórdão recorrido porque foi remetida para endereço incorreto, correspondente ao endereço residencial do antigo contador da recorrente, onde nem mais reside, vindo a tomar conhecimento apenas por comunicação do novo morador, que recebeu a correspondência, de modo que a intimação não foi realizada na forma do RPAF/BA.

Quanto ao mérito, quanto à infração 03, sustenta que o fato de os produtos transportados estarem no regime de substituição tributária, não faz com que se possa falar em ausência de tributação ou

em isenção na saída dos mesmos do seu estabelecimento, mas sim em seu recolhimento antecipado, de modo que possui direito a se apropriar dos créditos correspondentes ao serviço de transporte, realizado sob a cláusula FOB.

Em relação à infração 04, defende que as mercadorias que foram objeto do lançamento possuem NCM 70161000 e foram comercializadas para estabelecimentos localizados em Alagoas e Pernambuco, que não faziam parte dos protocolos na época do fato gerador, motivo pelo qual o ICMS nesses estados não estava incluído no regime da substituição tributária, de modo que é correto o estorno do débito efetivado na forma do art. 302 do RICMS/BA.

Sobre a infração 07, afirma que a cobrança do ICMS partilhado nos termos da EC nº 87/15 depende da edição de lei complementar, conforme entendimento do STF na ADI 5464 e no RE 1287019, sendo certo que é indevida exigência referente a fatos ocorridos antes da entrada em vigor da LC Nº 190/2022 e, por consequência, são inconstitucionais os lançamentos correspondentes aos exercícios 2017 e 2018.

Aborda as infrações 09, 10 e 11 conjuntamente, destacando que dizem respeito a levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado e que ao analisar os arquivos que sustentam as infrações é possível constatar a existência de equívocos que levaram a uma diferença do estoque e da quantidade vendida, dos quais destaca:

- a) Conversão incorreta da quantidade de produtos, exemplificando com o produto “Adesivo Global”, que possui embalagem individual de 4kg, porém, considerando os valores pertinentes às Nota Fiscais nºs 231789 e 242701, o lançamento multiplicou pelo fator de conversão 4, obtendo as quantidades de 64 e 192 unidades, quando deveria dividir para obtenção das unidades efetivamente comercializadas (4 e 12, respectivamente), o que fica ainda mais evidente quando se observa que a divergência entre os preços nas operações com erro de conversão para aquelas que não possuem o mesmo problema;
- b) Consideração de dados equivocados, exemplificando que no arquivo “LISTA GERAL ITENS ANALISADOS 2017” a mercadoria de código 327 apontaria saldo de 196 e estoque final de 244 enquanto no arquivo “LISTA GERAL DE OMISSÕES 2017” o estoque inicial foi de 352 e o final de 553, de modo que não representam a realidade fática;
- c) Desconsideração de mercadorias que transformadas em outra como, por exemplo, alguns pisos que foram adquiridos pela recorrente e transformados em pastilhas resultaram em inconsistência no confronte do estoque inicial com o final;
- d) Desconsideração de amostras de mercadorias utilizadas como expositor, ou seja, não houve repasse para clientes e, portanto, não há omissão de saídas.

Acerca da infração 12 indica que o roteiro fiscal desconsiderou as peculiaridades das operações, como mercadorias isentas, exemplificando com a aquisição de aquecedores solares de água (Nota Fiscal nº 210379) que gozariam de isenção conforme art. 264, XIX do RICMS/BA e Convênio ICMS 101/97 e mercadorias para revenda e bonificação com antecipação parcial devidamente recolhidas, mencionando como exemplo o produto “divisória vazada com resina pet”, constante da Nota Fiscal nº 4790, adquirido para revenda e não para uso e consumo, com a antecipação parcial recolhida no mês 10/2017, assim como as bonificações adquiridas através da Nota Fiscal nº 234554, cuja antecipação teria sido recolhida em 11/2014.

Aborda a infração 13 relatando inconsistências que existiram nos cálculos para aferição do tributo, da seguinte forma:

- a) Adoção de MVA ajustada para apuração da base de cálculos, apesar do fornecedor ser optante do Simples Nacional, o que faz com que se deva observar a MVA original, conforme Convênio ICMS 32/2011, resultando em alargamento do imposto supostamente devido, não havendo recolhimento a menor do ICMS por antecipação;
- b) Erro de cálculo da MVA em relação à Nota Fiscal nº 286, considerando que a MVA ajustada

adotada foi de 81,64% quando o correto seria 81,46% conforme Convênio ICMS 52/17, relatando ainda ter realizado o recolhimento do ICMS-ST destacado no referido documento fiscal e um recolhimento complementar de R\$ 60,92, na apuração do mês 02/2018;

- c) Inclusão de notas fiscais emitidas pelo fornecedor, porém, jamais recebidas pela recorrente, referindo-se às Notas Fiscais nºs 290, 291, 292, 293 e 294 do fornecedor “Casa Forte Distribuidora e Importadora de Material de Construção”, CNPJ 10.156.788/0001-83, referentes ao produto “PORCELANATO BIANCO 60 X 60 EXT”, destacando que foram emitidas diversas notas iguais em um espaço de tempo quase que irrelevante, afirmando ainda que vem tentando contato para saber se houve o cancelamento das notas, porém, sem êxito até o presente momento. Aponta também erro de cálculo do MVA nas referidas notas.

Conclui requerendo o acolhimento da preliminar de nulidade da intimação e, no mérito, o provimento do recurso.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 02/08/2023.

VOTO

Inicialmente, aprecio a preliminar de nulidade da intimação efetivada no endereço residencial do antigo contador da recorrente. Realmente, consta nos autos a expedição de intimação para o referido profissional, sem qualquer justificativa aparente ou pedido formulado neste sentido pelo sujeito passivo. Também não há procuração ou petição assinada pelo contador. Pelo contrário, o endereço para o qual foi expedida a intimação somente surge no próprio documento, à fl. 301.

Entretanto, devo admitir que não se trata de vício insanável porque, apesar de injustificado, o ato atingiu a sua finalidade e, aparentemente, não gerou prejuízo para a recorrente, fazendo incidir o § 2º, do art. 18 do RPAF/BA. Por consequência, rejeito a preliminar.

Em relação ao mérito, a pretensão recursal não merece prosperar, adianto.

O Recurso Voluntário repete literalmente a impugnação apresentada nos autos (fls. 146-156), porém, ignora os esclarecimentos e ajustes realizados pela autuante na informação fiscal de fls. 173-192, e posteriormente encampados pelo acórdão recorrido, resultando na redução do lançamento de R\$ 60.481,53 para R\$ 48.827,70.

Destaco os seguintes trechos:

[...]

Infração 03 - trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadoria com saídas subsequentes não tributadas, conforme demonstrativo às fls. 26 e 27 e CD à fl. 136.

...

Depois de examinar os elementos que compõe esse item da autuação constato que a matéria em questão já possui entendimento pacífico neste CONSEF de que é vedada a utilização de crédito de ICMS incidente sobre prestações de serviços de transporte que não estejam vinculadas a operações subsequentes de comercialização tributadas.

A legislação regulamentar baiana acompanhou esta regra conforme se verifica no art. 290, do RICMS/2012, in verbis:

“Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.”

Do dispositivo acima transcritos depreende-se ser induvidoso o acerto da fiscalização ao glosar os créditos das operações em comento, portanto, não acolho argumento defensivo de que por arcado com o custo dos fretes resta inconteste seu direito ao frete.

Nos termos expendidos, concluo pela manutenção da autuação atinente à Infração 03.

Infração 04 - apura o estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação desse imposto, conforme demonstrativo às fls. 29 e 30 e CD à fl. 136.

...
Depois de examinar todos os elementos que compõem esse item da autuação, precípuamente o demonstrativo de apuração acostado à fl. 30, constato que assiste razão ao Autuante em seus argumentos para a manutenção da autuação.

Entendo restar patente nos autos que, mesmo dispondo de meios, o Autuado não carreou aos autos elemento algum com o condão de, efetivamente, elidir a acusação fiscal.

Assim, concluo pela subsistência da Infração 04.

Infração 07 - cuida da falta de recolhimento pelo remetente e/ou prestador neste estado, inclusive o optante pelo simples nacional, do ICMS partilhado devido ao estado da Bahia em função da EC nº 87/15 em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final - não contribuinte do imposto - localizado em outra unidade da Federação, conforme demonstrativo às fls. 36 a 39 e CD a fl. 136.

...
Constato, depois de verificar às fls. 36 a 39, o demonstrativo de apuração, contato que as NCM 7016.10.00, constantes da descrição das mercadorias arroladas no levantamento fiscal não constam elencadas no Anexo 1, vigente no exercício de 2017, do RICMS-BA/12, portanto, não estão sujeitos ao regime de substituição tributária. Verifico também que não procede a alegação defensiva, uma vez que foi estornado o débito destacado no documento fiscal na apuração da exação.

Logo, resta caracterizada a autuação. Mantida a Infração 07.

As Infrações 09, 10 e 11 decorreram de apuração através do roteiro de auditoria de levantamento quantitativos de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2017 e 2018, conforme Demonstrativo às fls. 44 a 121 e CD à fl. 136.

...
Depois de examinar os questionamentos da Defesa e confrontar com os esclarecimentos prestados pelo Autuante, constato que não devem prosperar as alegações defensivas atinentes aos itens questionados, tendo em vista que os esclarecimentos prestados na informação se afiguram respaldado na legislação de regência, precípuamente, na Lei nº 7.014/96, o RICMS-BA/12, bem como a Portaria nº 445/98, com multas prevista na alínea "d", do inciso II, e no inciso III, da do art. 42, citada Lei.

No que diz respeito aos cálculos do débito das infrações, os mesmos estão em conformidade com a Portaria 445/98, que dispõe sobre os procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias. A Infração 09 detectou no levantamento de estoque, tanto omissão de saídas como de entradas de mercadorias tributáveis, tendo sido cobrado o imposto relativo a maior omissão que no caso foi a de operações de saída, conforme o inciso I, do art. 13, da Portaria nº 445/98.

No que concerne às Infrações 10 e 11, que tratam da omissão de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária que, conforme previsto nas alíneas "a" e "b", do inciso I, do art. 10, da referida Portaria, do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal - Infração 10 - e do imposto devido por antecipação tributária, tendo sido deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal - Infração 11.

Assim, nos termos expendido, acolho o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante acostado às fls. 193 a 257, que acolheu as alegações defensivas efetivamente comprovadas e reduziu o valor do débito da Infração 09 para R\$ R\$ 9.012,65 e mantidos os valores lançados das Infrações 10 e 11.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 09 e mantidas as Infrações 10 e 11.

Infração 12 - falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo à fl. 123 e CD à fl. 136;

...
Ao examinar as peças que compõem esse item da autuação, verifico que o Autuante acolheu corretamente as alegações defensivas, devidamente comprovadas e promoveu os ajustes cabíveis elaborando novo demonstrativo de apuração e de débito.

Assim, acolho o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante e mantenho parcialmente a Infração 12 no valor remanescente de R\$ R\$ 90,32.

Infração 13 - recolhimento a menos de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição,

referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, conforme demonstrativo às fls. 134 e CD à fl. 136.

...
Ao compulsar os elementos que emergiram do contraditório em relação a esse item da autuação, verifico que o Autuante acolheu as alegações, devidamente comprovadas pela Defesa, e elaborou novo demonstrativo de apuração e de débito que contemplam todos os ajustes cabíveis reduzindo o valor do débito para R\$ R\$ 30.191,13. Por isso, acolho o novo demonstrativo acostado às fls. 259 a 261.

Logo, nos termos supra explicitados, a Infração 13 afigura-se parcialmente caracterizada.

Me alinho ao julgador de piso e, por este motivo, entendo que a decisão de primeiro grau deve ser mantida por seus próprios fundamentos, haja vista que o Recurso Voluntário interposto sequer a confronta.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Destaco, de ofício, a redução da multa referente à infração 5, uma vez que a partir de abril de 2012, houve alteração da legislação, portanto, a multa aplicada de 100% fica reduzida para 60% com previsão no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário interposto e de ofício modificar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206881.0025/20-5, lavrado contra IDEIA TRADE LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 48.711,80, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 13.002,97, e de 60%, sobre R\$ R\$ 35.708,83, previstas nas alíneas “a” e “b”, do inciso VII, “b”, do inciso V, e nas alíneas “a”, “f” e “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 115,90, prevista no inciso IX do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS