

PROCESSO	- A. I. N° 298624.0035/22-0
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- UNIVAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VÁLVULAS E ACESSÓRIOS INDUSTRIALIS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3º JJF nº 0053-03/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 17/11/2023

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF N° 0342-12/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. Os cálculos foram refeitos, mediante revisão efetuada pelo autuante, que apurou inexistir débito no período fiscalizado. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado, no qual a JJF julgou Improcedente o presente Auto de Infração, lavrado em 23/10/2022, para exigir o ICMS no valor histórico de R\$ 1.313.333,73, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

*Infração 01 – 008.049.002: Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de outubro de 2017 a dezembro de 2021.*

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 21 a 59 dos autos.

Informa que a autuada realiza uma série de operações de venda de mercadoria para outros Estados da Federação, motivo pelo qual se submete ao pagamento do ICMS, e em algumas hipóteses, tem o dever de realizar recolhimento na modalidade de substituição tributária, dada sua condição de contribuinte substituto. Diz que as retenções não foram realizadas em decorrência de que as mercadorias efetivamente remetidas, seriam material destinado para industrialização, contando com o benefício da não incidência em decorrência da presença de Convênio ou Protocolo ICMS quanto à mercadoria remetida, desonerando da incidência.

Ressalta que todas as operações realizadas estão amparadas pela legislação, seja em decorrência de um benefício fiscal dos adquirentes das mercadorias, seja pela sua destinação, a exemplo de venda com destino à industrialização, ou por não haver a incidência de ICMS pelas NCMs, ou ainda pelos adquirentes de mercadoria serem beneficiários de incentivos fiscais, como PROBAHIA, DESENVOLVE ou, ainda, se enquadram em diferimento concedido à remessa de produtos voltados para indústria naval.

Quanto ao mérito, comenta sobre a cobrança do ICMS por substituição tributária, reproduz o art. 8º da Lei Complementar nº 87/96, afirma que a base de cálculo do ICMS cumpre, em regra, a quantificação da dívida tributária por meio de mensuração do valor da operação, somando dos encargos eventualmente decorrentes, além da aplicação da MVA adequada para determinado produto, estabelecido via Convênio ou Protocolo.

Menciona que o Convênio ICMS 52/2017 estabeleceu a modalidade de cálculo do ICMS devido a título de diferença de alíquotas nas operações entre Estados com produtos sujeitos à substituição tributária destinados ao uso, consumo e ativo imobilizado do adquirente.

Alega a existência de erro na autuação em decorrência de NCMs beneficiados com redução de base de cálculo, Convênio ICMS 52/91, NCMs 8481.80.93, 8481.80.95, 8481.80.97 e 8481.80.99.

Afirma que as mercadorias remetidas ao Estado da Bahia são todas beneficiadas com a

mencionada redução, e embora a Fiscalização tenha se atentado ao Convênio ICMS 52/91 da forma como deveria, estabelecendo redução para o patamar de 5,14%, possui junto ao seu ordenamento jurídico interno previsão que autoriza a redução da base de cálculo para o equivalente a 8,8%, como se pode verificar do art. 266 do RICMS-BA, que transcreve.

Ressalta que o próprio Agente Fiscal, após debate com colegas de Supervisão e com o Plantão Fiscal da SEFAZ-BA, chegou ao entendimento da procedência da redução no percentual praticado pelo autuado, convencido de que a carga tributária das operações destinadas ao Estado da Bahia tem seu montante reduzido em 67,06%, proporção entre o percentual geral (17%) e aquele já citado para as operações internas (5,6%), conforme Convênio ICMS 52/91.

Declara que, todos os adquirentes das mercadorias que originaram a autuação são conhecidos no mercado e nenhum deles alcançou sua fama e reconhecimento pela produção dos itens de NCM 8481.80.93, 8481.80.95, 8481.80.97 e 8481.80.99. Alega que o disposto na Cláusula primeira do Protocolo ICMS 104/09 não se aplica às operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem.

Diz que o ônus da prova cabe a quem acusa ou nega. Nesse sentido, cita o art. 373, I e II do Código de Processo Civil e diz que não há elemento acostado aos autos pelo autuante onde demonstre que as mercadorias discriminadas não são destinadas ao processo produtivo dos adquirentes dos produtos objeto da autuação.

Afirma que a autuação traz tudo, menos certezas das razões fiscais. Grande parte das operações realizadas nessa autuação se deu com empresa adquirente beneficiária de regime de diferimento (BRASKEM), ensejando substituição tributária para trás em sede de DIFAL, como se verifica da Resolução nº 34/2019 do PROBAHIA.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 71/72 dos autos. Faz uma síntese das alegações defensivas e informa que a autuação fiscal foi efetuada com intimações ao contribuinte e foi concedido prazo para possíveis contestações. Em relação à base de cálculo, informa que corrigiu a carga tributária, conforme prevê o RICMS-BA, art. 266, inciso I, que transcreveu.

Declara que, analisando a defesa refez as planilhas reduzindo a “**carga tributária e não a base de cálculo**”, de acordo com o percentual estabelecido no mencionado Regulamento. Feito isso, não apurou diferenças de imposto, dessa maneira, solicita que sejam acatados os argumentos defensivos e que seja anulado o presente Auto de Infração.

A JJF proferiu o seguinte voto condutor:

**VOTO**

*O Defendente comentou que os procedimentos fiscais são iniciados com o Termo de Início de Fiscalização, e vão se desenvolvendo até o momento em que, caso sejam identificadas irregularidades, culminam na lavratura de Auto de Infração.*

(...)

*No mérito, o presente Auto de Infração trata de retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de outubro de 2017 a dezembro de 2021.*

*O Defendente alegou a existência de erro na autuação em razão de NCMs beneficiados com redução de base de cálculo, com a aplicação do Convênio ICMS 52/91. Afirmando que todas as mercadorias são beneficiadas com redução de base de cálculo.*

*Também alegou que as mercadorias são incorporadas no processo produtivo do destinatário e mencionou a situação do adquirente beneficiário do PROBAHIA.*

*Sobre o Convênio ICMS 52/91 destacou a previsão de que deve ser reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo 1 do mencionado Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5,14%.*

*Afirmou que as mercadorias remetidas ao Estado da Bahia são todas beneficiadas com a mencionada redução, e, embora a Fiscalização tenha se atentado ao Convênio 52/91 da forma como deveria, estabelecendo redução para o patamar de 5,14%, a Bahia possui no seu ordenamento jurídico interno previsão que autoriza a redução*

da base de cálculo para o equivalente a 8,8%, como se pode verificar do art. 266 do RICMS-BA.

Na informação fiscal, o Autuante disse que em relação à base de cálculo, corrigiu a carga tributária, conforme prevê o RICMS-BA, art. 266, inciso I, abaixo reproduzido.

RICMS-BA/2012:

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

I - das operações com máquinas, aparelhos e equipamentos:

a) relacionados no Anexo I do Conv. ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento);

b) relacionados no anexo II do Conv. ICMS 52/91, de forma que seja equivalente a 5,60% (cinco inteiros e sessenta centésimos por cento), exceto nas saídas interestaduais destinadas a contribuinte, cuja redução será de forma que a carga tributária seja equivalente a 7,0 % (sete por cento);

O Autuante também informou que analisando a defesa, refez as planilhas reduzindo a carga tributária e não a base de cálculo, de acordo com o percentual estabelecido no mencionado Regulamento. Após o procedimento realizado, não apurou diferenças de imposto, por isso, solicitou que fossem acatados os argumentos defensivos.

Observo que não se deve confundir redução de base de cálculo com redução de alíquota e com redução de carga tributária. Existe redução de base de cálculo quando o legislador altera apenas o elemento de mensuração da base imponível. Há redução de alíquota sempre que a alteração se verifica no percentual de cálculo do imposto.

No caso em exame, o dispositivo regulamentar acima reproduzido estabelece o percentual de carga tributária, por isso, o Autuante afirmou que refez o levantamento fiscal aplicando a carga tributária e não a redução da base de cálculo.

O convencimento do julgador será formado a partir dos fatos, circunstâncias e argumentos constantes no processo, apreciando as provas apresentadas. No presente caso, foi realizada revisão pelo Autuante, apurando os fatos alegados, ficando sob a sua responsabilidade a análise das comprovações apresentadas pelo contribuinte em confronto com o levantamento fiscal. Neste caso, se as informações prestadas refletem os novos dados constantes no levantamento fiscal, as conclusões devem ser acatadas.

Constatou que as informações prestadas pelo Autuante convergem integralmente com as alegações e comprovações apresentadas pela defesa, deixando de haver lide. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo deficiente, alicerçados nos documentos e legislação tributária, tendo sido acolhidos pelo autuante, concluo que não subsiste a exigência fiscal consubstanciada no presente lançamento.

(...)

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, "a" do RPAF/99.

É relatório.

## VOTO

Observo que a decisão da 3<sup>a</sup> JJF (Acórdão Nº 0055-03/23-VD) desonerou o sujeito passivo do lançamento tributário de R\$ 2.380.086,38 em valores atualizados à data do julgamento, fl.89, fato este, que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Contemplando o Recurso de Ofício interposto pela 3<sup>a</sup> JJF contra a decisão que julgou **Improcedente** o Auto de Infração em epígrafe, constata-se que, a desoneração decorreu pela comprovação das alegações apresentadas em sede de impugnação, alegações estas, que foram acolhidas integralmente pelo autuante, conforme demonstrado na informação fiscal apresentada sob às fls. 71 a 72.

Verifico que, o presente lançamento, ora recorrido de ofício se deu em razão do sujeito passivo efetuar a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de outubro de 2017 a dezembro de 2021.

Examinando as peças que integram os autos, observo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação no tocante à infração que compõem o Auto de Infração em razão do contribuinte ter apresentado alegações e comprovações que foram acatadas pelo autuante, e acolhidas pela Junta de Julgamento Fiscal com a seguinte fundamentação:

*"Observo que não se deve confundir redução de base de cálculo com redução de alíquota e com redução de carga tributária. Existe redução de base de cálculo quando o legislador altera apenas o elemento de mensuração da base imponível. Há redução de alíquota sempre que a alteração se verifica no percentual de cálculo do imposto."*

*No caso em exame, o dispositivo regulamentar acima reproduzido estabelece o percentual de carga tributária, por isso, o Autuante afirmou que refez o levantamento fiscal aplicando a carga tributária e não a redução da base de cálculo."*

Constata-se nos autos que, após análises das alegações defensivas, o autuante informou que refez as planilhas originais reduzindo a "Carga tributária e Não a Base de Cálculo" no percentual estabelecido pelo RICMS/BA, não encontrando diferenças de imposto a recolher, dessa forma solicitou que o presente feito fosse julgado NULO.

Pelo exposto, tendo em vista que a fiscalização acertadamente acolheu as alegações e comprovações defensivas, refez as planilhas do lançamento com base na carga tributária, não encontrando diferenças de ICMS a recolher, suprimindo totalmente a exigência fiscal, que foi mantido pela decisão de piso, o qual concordo.

Sinalizo que, para este fato existe o enunciado deste CONSEF, conforme descrito:

**SÚMULA DO CONSEF Nº 06**

*Nos casos de redução de base de cálculo, com carga tributária definida, o imposto a ser incorporado à base de cálculo corresponderá à aplicação da referida carga tributária. Já nos casos de redução de base de cálculo, sem carga tributária definida, o imposto a ser incorporado à base de cálculo corresponderá à aplicação da alíquota prevista para a operação.*

Diante de tais constatações, concluo em manter a decisão de piso.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto.

**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 298624.0035/22-0, lavrado contra **UNIVAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VÁLVULAS E ACESSÓRIOS INDUSTRIAL LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS