

A. I. Nº - 207162.0006/20-0
AUTUADO - HILÁRIO DE SANTANA MOREIRA EIRELI
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO MACHADO DE SOUZA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09/03/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0020-03/23-VD

EMENTA: ICMS. ALIQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ajustes realizados pelo Autuante em sede de informação fiscal reduz o valor originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. Indeferido pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 29/09/2020, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 469.920,96, acrescido da multa de 60%, tendo em vista a constatação da irregularidade abaixo citada:

Infração 1 – 03.02.02. - recolheu a menos o ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017.

O autuado impugna o lançamento às fls.21/32. Registra a tempestividade da defesa e reproduz a infração que lhe foi imputada. Contesta a autuação dizendo que vem, respeitosamente, apresentar impugnação ao Auto de Infração em epígrafe, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos.

Afirma que o ato administrativo em comento versa sobre (uma) irregularidade e não resta dúvida quanto ao zelo e organização do trabalho realizado pelo competente Agente Fiscal. No entanto, alguns equívocos foram cometidos quando da elaboração dos Anexos I e II que dão suporte para a acusação e lançamento do crédito e carecem de retificação.

Entendendo melhor o que o ocorreu, aduz que da análise dos Anexos I e II, o Autuante depurou que teria aplicado alíquota "0" (zero) nas operações de saídas de várias mercadorias. Analisando as operações relacionadas, diz poder comprovar que se tratam (a maior quantidade) de mercadorias enquadradas na substituição tributária.

Explica que dada a alterações na Legislação, especificamente quanto ao enquadramento de algumas mercadorias, estas foram excluídas do Anexo 1 do RICMS e não atualizou seu banco de dados. Assim, identifica algumas operações realizadas sob CFOP 5405 e 6102, sem o devido destaque e registro do ICMS.

No entanto, o Autuante não incluiu somente essas mercadorias, mas, praticamente, todas as operações envolvendo os citados CFOP's. Como consequência, afirma que tem relacionadas e com crédito lançado no auto de infração, mercadorias que figuram com NCM no Anexo 1 do RICMS, que tiveram o imposto recolhido antecipadamente (substituição tributária). Cita o art. 9º da Lei nº 7.014/96. Dado ao fato de terem sido entregues os Anexos I e II em meio eletrônico no formato *PDF*, alega que não foi possível apresentar, neste momento, os valores retificados que entende como corretos. Fossem em *Excel* teria números exatos para contrapor os lançados na infração 01.

Destaca ter identificado nos referidos anexos, 132 (cento e trinta e dois) NCM enquadrados na substituição tributária. É provável que existam mais. Faz-se necessária a exclusão das mercadorias submetidas ao recolhimento antecipado do imposto por substituição tributária para que se apure, ao final, o valor correto da base de cálculo do crédito a ser lançado, tanto nas operações internas, quanto interestaduais. Relaciona os 132 NCM que identificou nos Anexos I e II, cujas mercadorias devem ser excluídas, pois não são tributadas na saída.

Sustenta que essas mercadorias foram as que identificou numa primeira análise (grande volume de mercadorias nos citados anexos). Pode haver outras certamente. Entende que não há como prosperar o auto de infração, sem antes se ter seu valor retificado. Necessária se faz diligência, no sentido de que sejam excluídas as mercadorias enquadradas na substituição tributária, cujos NCM's informa, podendo haver ainda, outros que não percebeu, dado ao grande volume de notas fiscais e itens relacionados.

Apona que como disposto no auto de infração, está comprovado que há excesso de exação. Está sendo lançado imposto de mercadorias cuja saída é desonerada por força do artigo 9º, da Lei nº 7.014/96. Diz que o artigo 301, § 1º, do RICMS, ampara seu procedimento de não se debitar do valor do ICMS nas saídas interestaduais de mercadorias enquadradas na substituição tributária.

Requer, portanto, a procedência parcial do lançamento, uma vez restando tão somente as mercadorias que, de fato, são tributadas nas saídas, tanto para o Estado da Bahia, quanto para outros Estados.

O Autuante presta a informação fiscal fls. 44/49. Repete a irregularidade apontada no auto de infração. Sintetiza os termos da defesa. Destaca que o Contribuinte foi autuado em cumprimento da OS 503004/20 tendo sido apurada a infração citada.

Afirma que a autuada declara e reconhece que não atualizou o seu banco de dados diante das alterações ocorridas na Legislação Tributária, mais especificamente, quanto ao enquadramento de mercadorias que foram excluídas do Anexo 1 do RICMS/BA-2012.

Informa que após análise detalhada dos 132 NCM, cujas mercadorias foram listadas pela autuada à fl.23 como enquadradas no Anexo 1 do RICMS/BA, e que também fazem parte dos Anexos I e II, às fls.11 a 16, que emitiu quando da lavratura do auto de infração, constatando as situações abaixo descritas.

1. Vendas Interestaduais

Explica que as mercadorias relacionadas na Tabela nº 01 que elabora, pertencem, sim, ao Anexo 1 das mercadorias sujeitas a substituição ou antecipação tributária do RICMS/BA - 2012.

Ressalta, porém, que as mercadorias constantes dessa tabela foram alvo da autuação, em virtude das respectivas comercializações corresponderem à operações de venda para outras unidades da Federação.

Destaca, também, que o art. 290 do RICMS/BA, somente desonera a tributação das operações internas subsequentes, ou seja, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação das operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias.

No entanto, em se tratando de operações de vendas interestaduais subsequentes, com as mesmas mercadorias, como é o caso em questão, o contribuinte deve destacar o ICMS nas notas fiscais de saídas interestaduais e lançá-los nos respectivos livros fiscais, o que definitivamente não ocorreu nos períodos fiscalizados em questão.

Assim, para não ser configurada a duplicidade de pagamento do tributo, visto que se deve partir do pressuposto que as mercadorias já teriam sido objeto da antecipação, encerrando assim a fase de tributação, o contribuinte deverá seguir, conforme o caso, a determinação dos artigos 301 e 302 do RICMS/BA.

Desta forma, explica que diante da constatação de que a autuada não realizou o devido destaque do ICMS, e tampouco o seu registro nos livros fiscais, foram realizados os lançamentos, contemplando os NCM das mercadorias sujeitas à substituição tributária que tiveram operações de vendas subsequentes para outras unidades da Federação, conforme Tabela 01.

2. Mercadorias da ST retiradas do cálculo da Infração.

Esclarece que após a análise das 132 mercadorias listadas pelo contribuinte a fl. 23, constata que as mercadorias relacionadas na Tabela nº 02, estão, sim, enquadradas no regime de substituição tributária no Anexo 1 do RICMS/BA, visto que atendem plenamente a correspondência que deve existir entre os elementos NCM x Descrição, para que tal enquadramento seja congruente. Desta forma, acata as alegações apresentadas pela autuada e retira as citadas mercadorias do cálculo da infração nos termos da Tabela nº 02.

Assim, foram emitidos novos demonstrativos para os Anexos I e II, às fls. 35 a 37 e de 38 a 41 respectivamente, os quais foram gravados na íntegra como arquivos eletrônicos e constam do CD-R à fl. 42 anexado ao PAF.

3. Mercadorias Tributadas

Destaca que a análise referente ao item 03 - Mercadorias Tributadas, levou em consideração os elementos, descrição e NCM, estabelecidos no Anexo 1 do RICMS/BA, uma vez que para ser enquadrada como sujeita à substituição tributária, a mercadoria deve atender, simultaneamente, ou concomitantemente ao requisito primordial, ou seja, a correspondência entre a descrição da mercadoria e a sua respectiva classificação do NCM constantes do Anexo 1. Portanto, após a análise das 132 mercadorias listadas pela autuada, constata que a sua argumentação considera apenas a classificação do NCM como o único elemento preponderante e definitivo para que a mercadoria seja enquadrada no Anexo 1 do RICMS/BA.

No entanto, as mercadorias com NCM listadas, extraídas da relação emitida pela autuada à fl.23, não podem ser enquadradas no Anexo 1 de mercadorias sujeitas à substituição tributária, visto que tais produtos não encontram a devida correspondência entre os elementos NCM x DESCRIÇÃO no Anexo 1 do RICMS/BA, nos termos da Tabela nº 03.

Portanto, frisa que não há como acatar as argumentações da defesa referentes às mercadorias listadas na Tabela nº 03, pois, como foi colocado anteriormente, tais mercadorias não podem ser enquadradas no regime da substituição tributária no Anexo 1, devido as divergências existentes entre NCM X Descrição, ou seja, pela falta de correspondência que deve existir entre esses dois elementos.

Assim, diante de todo o exposto, informa que o valor do débito da infração 01 – 03.02.02 foi recalculado para o novo montante de R\$ 458.962,17, de acordo com os dispositivos legais aplicáveis, e com base na emissão dos novos demonstrativos ANEXO I e ANEXO II, respectivamente, às fls. nº 35 a 37 e 38 a 41, contemplando os estornos realizados e submete ao Conselho de Fazenda do Estado.

O autuado tomou ciência da informação fiscal e dos novos demonstrativos fls.51/52 e permaneceu silente.

VOTO

Após analisar as peças componentes do presente PAF, mesmo não tendo sido alegado questão específica sobre nulidade, não vislumbro na autuação qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, haja vista que o sujeito passivo demonstrou perfeito conhecimento da infração cometida, a qual foi fundamentada em demonstrativos analíticos, documentos fiscais e CD contendo levantamento fiscal fls.09 a 17, cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte, inexistindo cerceamento do direito de defesa, e o

dispositivo do regulamento considerado infringido pelo contribuinte foi indicado claramente no Auto de Infração, bem como o dispositivo legal referente à multa indicada.

Ademais, a descrição da infração permite, claramente, identificar do que está sendo acusado o contribuinte, incorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquirir de nulidade o lançamento de ofício.

Com fundamento no art. 147, I do RPAF/99, indefiro a diligência solicitada, considerando se encontrarem presentes neste processo, os elementos necessários e suficientes ao convencimento dos Julgadores para decisão sobre a lide.

No mérito, a infração 01 refere-se a recolhimento a menos do ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017.

Nas razões de defesa, o Autuado alegou, que da análise dos Anexos I e II, o Autuante entendeu que teria aplicado alíquota "0" (zero) nas operações de saídas de várias mercadorias. Disse poder comprovar que se tratam (a maior quantidade) de mercadorias enquadradas no regime substituição tributária.

Explicou que dada a alterações na legislação, especificamente quanto ao enquadramento de algumas mercadorias, estas foram excluídas do Anexo 1 do RICMS e não teria atualizado seu banco de dados. Identificou algumas operações realizadas sob CFOP 5405 e 6102, sem o devido destaque e registro do ICMS. Acrescentou ter identificado no levantamento fiscal, 132 NCM de produtos enquadrados no regime de substituição tributária.

Em sede de informação fiscal, o Autuante esclareceu ter identificado, de fato, no levantamento fiscal, mercadorias que se encontravam no regime de substituição tributária, por isso elaborou novo demonstrativo excluindo tais operações.

Quanto às demais alegações, afirmou que examinando o demonstrativo elaborado pela defesa para contestar a autuação, verificou: a) documentos fiscais em que não havia a coincidência da NCM x Descrição da mercadorias, com aqueles constantes do Anexo 1 do RICMS da Bahia; b) notas fiscais referente a Vendas Interestaduais. Sobre estas mercadorias, explicou que embora estivessem enquadradas no regime da substituição tributária, existe uma regulamentação expressa a respeito do procedimento que deve ser adotado pelo contribuinte, quando da realização de operações interestaduais. Assim, a respeito destes itens "a" e "b", manteve a autuação.

Analisando os elementos que compõem o presente processo, especialmente o levantamento fiscal, as alegações defensivas e a apreciação feita pela fiscalização, traço as seguintes considerações.

Sobre a classificação das mercadorias no regime da substituição tributária, é importante lembrar que assim estabelece a Cláusula Sétima do Convênio nº 52/2017:

Cláusula sétima: Os bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de substituição tributária são os identificados nos Anexos II ao XXVI, de acordo com o segmento em que se enquadrem, contendo a sua descrição, a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH) e um CEST.

§ 1º. Na hipótese de a descrição do item não reproduzir a correspondente descrição do código ou posição utilizada na NCM/SH, o regime de substituição tributária em relação às operações subsequentes será aplicável somente aos bens e mercadorias identificadas nos termos da descrição contida neste Convênio.

Sendo assim, conforme declarou acertadamente o Autuante, só é possível considerar uma mercadoria como enquadrada no regime de substituição tributária havendo coincidência estrita

entre a NCM e a respectiva descrição da mercadoria, com aquela registrada no Anexo I do RICMS/BA.

Relativamente ao procedimento para mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, quando das operações de vendas interestaduais, cabe observar o disposto nos artigos 301 e 302 do RICMS/BA, que para melhor clareza transcrevo:

Art. 301. Nas operações interestaduais para estado signatário de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, se as mercadorias já tiverem sido objeto de retenção ou antecipação do imposto, a fim de que não se configure duplicidade de pagamento do tributo:

I - O remetente utilizará como crédito fiscal o imposto incidente na operação de aquisição mais recente das mesmas mercadorias, no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS, total ou proporcionalmente, conforme o caso;

§ 1º Em substituição ao procedimento recomendado no caput, poderá o contribuinte:

I - Utilizar como créditos fiscais ambas as parcelas do imposto, o normal e o antecipado, total ou proporcionalmente, conforme o caso, a serem lançados no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS; ou

II - Estornar o débito fiscal correspondente, relativo à saída, destacado no documento fiscal, no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS.

§ 2º O valor do ICMS retido por substituição tributária a ser ressarcido não poderá ser superior ao valor retido quando da aquisição do respectivo produto pelo estabelecimento.

§ 3º Quando for impossível determinar a correspondência do ICMS retido à aquisição do respectivo produto, tomar-se-á o valor do imposto retido quando da última aquisição do produto pelo estabelecimento, proporcional à quantidade saída.

§ 4º O ressarcimento deverá ser autorizado pelo órgão fazendário em cuja circunscrição se localize o contribuinte, discriminando as operações interestaduais envolvidas, salvo as operações com combustíveis e lubrificantes, que serão autorizadas pela COPEC.

Art. 302. Na saída interestadual de mercadoria que já tiver sido objeto de retenção ou antecipação do imposto, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de destino dispondo sobre a substituição tributária para a mesma espécie de mercadoria, o contribuinte poderá:

I - Utilizar como créditos fiscais ambas as parcelas do imposto, o normal e o antecipado, total ou proporcionalmente, conforme o caso, desde que comprove que a mercadoria foi entregue ao destinatário; ou;

II - Estornar o débito fiscal correspondente, relativo à saída, destacado no documento fiscal, no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos do Registro de Apuração do ICMS”.

Neste cenário, importante ressaltar que o art. 290 do RICMS/BA, somente desonera a tributação das operações internas subsequentes, ou seja, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação, as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias.

No caso de operações de vendas interestaduais, com as mesmas mercadorias, como é o caso em questão, o contribuinte deve destacar o ICMS nas notas fiscais de saídas e lançá-lo nos respectivos livros fiscais, o que não ocorreu no período fiscalizado e por isso foi autuado.

Dessa forma, acolho as conclusões do Autuante, visto que se encontram em perfeita consonância com a legislação de regência e declaro parcialmente subsistente a infração, conforme arquivos do CD contendo novos demonstrativos elaborados quando da informação fiscal fls.35/43.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração **nº 207162.0006/20-0**, lavrado contra **HILÁRIO DE SANTANA MOREIRA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 458.962,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR