

A. I. Nº - 298624.0035/22-0
AUTUADO - UNIVAL IND. E COMÉRCIO DE VÁLVULAS E ACESSÓRIOS INDUSTRIAIS LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ MACEDO DE AGUIAR e WÁGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19/04/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0055-03/23-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. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 23/10/2022, refere-se à exigência de R\$ 1.313.333,73 de ICMS, 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 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e diz que é pessoa de direito privado, que tem por objeto social o comércio atacadista e industrialização de válvulas, conexões, registros e acessórios hidráulicos para baixa e alta pressão de água, vapor, óleo, ar, gases e correlatos, além de locação, instalação e manutenção de máquinas do mesmo segmento.

Informa que 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.

Afirma que o alegado foi devidamente comprovado mediante documentação entregue à Fiscalização, esperando a análise e confirmação quanto ao cumprimento das obrigações principais e acessórias pelo Contribuinte.

Não obstante a entrega de documentação comprovando a higidez das operações realizadas, a Fiscalização lavrou o Auto de Infração por entender que o conteúdo probatório apresentado não cumpria de forma integral os ditames estabelecidos pela legislação deste Estado.

Explica: O art. 28 do RPAF-BA determina que todo o trâmite relacionado às ações fiscais deve obedecer a uma linha cronológica linear, partindo de procedimentos que são iniciados com o Termo de Início de Fiscalização, e que vão se desenvolvendo até o momento em que, caso sejam identificadas irregularidades, culminam na lavratura de Auto de Infração.

Afirma que tal lavratura não pode se dar de forma injustificada, os atos administrativos devem se pautar pela motivação e a documentação que foi apresentada à Fiscalização e que compõe a Defesa comprova a idoneidade da razão do não recolhimento do ICMS em sede de substituição tributária, não havendo sentido o método utilizado pela Fiscalização visando a autuação fiscal.

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 enquadrarem em diferimento concedido à remessa de produtos voltados para indústria naval.

Menciona, ainda, que o Fisco realizou autuação em relação a NCMs que se aplica o Convênio ICMS 52/91, que autoriza a redução de base de cálculo do ICMS em operações com remessa de mercadorias dos Estados do Sul e Sudeste para Estados do Norte, Nordeste e Centro-Oeste para percentual de 5,14%.

Afirma que não bastasse a ausência de motivação e a desconsideração do conteúdo probatório juntado, a própria cobrança é dotada de irregularidades que precisam ser anuladas por essa Junta de Julgamento Fiscal.

Pede a nulidade do Auto de Infração, alegando que a Fiscalização não observou os ditames do art. 28, VII do RPAF-BA, inclusive o seu § 3º, relativamente ao encerramento do procedimento fiscal, com a descrição dos fatos apurados.

Reproduz os arts. 29 e 30 do mencionado Regulamento e diz que a legislação menciona a indispensável observância do termo de encerramento do procedimento de fiscalização, com a necessidade de determinar a motivação que levou à eventual autuação.

Afirma que os pontos destacados permitem verificar uma série de dúvidas que o Autuado sequer consegue responder de forma adequada, porque inexistente qualquer explicação por parte do fiscal, apenas a lavratura do Auto de Infração do qual o Impugnante necessita conjecturar tentando entender os supostos erros cometidos.

Comenta sobre os procedimentos intrínsecos do procedimento administrativo, destacando que a mera possibilidade do protocolo de impugnação não é suficiente e nem capaz de afastar a violação a tais princípios. Entende que o mero lançamento de débitos de ICMS-ST, sob a alegação de recolhimento a menos não se mostram como suficientes para afastar as citadas violações.

Diz que o exercício da função pública é atividade vinculada que exige respeito às normas que regem a atividade funcional, o que não ocorreu no presente caso, desrespeitando o art. 142 do CTN.

Afirma que a autoridade lançadora jamais pode efetuar o lançamento do crédito tributário sem fundamentação, posto que lhe é exigido proceder de maneira já estabelecida pela legislação, e em hipótese alguma de forma diferente, sem implicar em transgressão aos princípios constitucionais, inclusive o do devido processo legal.

Deixando o presente lançamento de atender aos requisitos da ação fiscal, entende que foram preteridas prerrogativas e exigências quanto ao procedimento fiscal combatido, ferindo o princípio da legalidade e, por conseguinte, o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Reproduz o art. 18 do RPAF/BA e afirma que as Juntas de Julgamento do CONSEF possuem posicionamento uníssono no sentido de anular a autuação que não tenha abordado seus motivos determinantes. Afirma que todas as jurisprudências apontadas demonstram o posicionamento do

CONSEF no que tange à interpretação da norma que porventura limita o contraditório e a ampla defesa.

Comenta sobre os julgados apontados na defesa e afirma que não é possível extrair a exata compreensão do procedimento de fiscalização, o que, por sua vez, acaba cerceando o próprio contraditório e a ampla defesa.

Ressalta que todo o esforço argumentativo criado pela Autoridade Fiscal, no sentido de estabelecer que o autuado realizou retenções a menos quanto ao ICMS-ST, esvazia-se por não haver justa motivação nem fundamentação jurídica válida para caracterizá-la em tal infração. A esse respeito, reproduz lições de Celso Antônio Bandeira de Melo e Antônio Carlos de Araújo Cintra.

Também destaca a jurisprudência do STF e STJ, concluindo que, por não atender aos requisitos mínimos de validade, o lançamento está contaminado por vício material insuperável, o que prejudica a imposição de obrigações de qualquer natureza em face do Impugnante, pede a nulidade da autuação fiscal.

Quanto ao mérito, comenta sobre a cobrança do ICMS por substituição tributária, reproduz o art. 8º da Lei Complementar 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, somado dos encargos eventualmente decorrentes, além da aplicação da MVA adequada para determinado produto, estabelecido via Convênio ou Protocolo.

Apresenta comentários de como funciona a identidade do produto por meio da NCM, ressaltando que nos casos das vendas para outros Estados, além de se analisar a NCM do produto, se há Convênios ou Protocolos que tratem do produto, o contribuinte substituto deve também analisar qual o destino do produto vendido, ou seja, se o adquirente irá industrializar o produto adquirido, revender ou consumi-lo, ou ainda se esta é pessoa física.

Quando o produto tem seu ICMS pago pelo regime de substituição tributária, o imposto deve ser pago ao estabelecimento industrial fabricante, importador ou o contribuinte remetente localizado em outra unidade da Federação que promover operações de saída de mercadorias especificadas em Convênio ou Protocolo que disponha sobre o regime de substituição tributária. Será atribuída a condição de sujeito passivo por substituição, para efeito de retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes.

Comenta sobre a diferença de alíquotas na operação interestadual, destacando a diferença entre o recolhimento a título de ST e DIFAL, concluindo que, nos casos de venda para outros Estados a consumidor final não contribuinte do ICMS, o vendedor é que deve recolher o DIFAL.

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.

Não obstante a preliminar aduzida, informa que foram disponibilizadas planilhas de autuação elaboradas pelo Autuante, nas quais o Impugnante tentou entender as premissas utilizadas para o lançamento do ICMS-ST que teria supostamente sido recolhido a menos.

Alega que as mercadorias objeto de autuação são todas beneficiadas com redução de base de cálculo, de forma que, ainda que eventualmente seja mantido o Auto de Infração quanto à preliminar de nulidade, não resta melhor sorte em relação ao mérito.

Diz que o Convênio ICMS 52/91 estabelece 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%. Reproduz a Cláusula primeira do referido Convênio.

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 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.

Levando em consideração o tratamento fiscal determinado não apenas pelo Convênio ao qual o Estado da Bahia é signatário, mas também pela própria legislação vigente de sua própria lavra, todas as operações interestaduais com estes produtos possuem base de cálculo reduzida, por isso, a insubsistência do presente Auto de Infração.

Registra que em momento algum infringiu a legislação ao aplicar o que dispõe o Convênio ICMS 52/91, em especial em se tratando das mercadorias elencadas em seus anexos, e o Estado da Bahia, por ser signatário do citado Convênio, não inseriu na sua legislação interna normas contrárias às pactuadas com as demais unidades da Federação.

Também alega que o benefício acordado no Convênio 52/91 não traz em sua redação qualquer restrição quanto à sua destinação, assim como na legislação tributária baiana, conforme descrito no art. 266 do RICMS-BA. Nesse sentido, cita a jurisprudência do CONSEF.

Registra que no decorrer da instrução de um processo que mencionou, o próprio Autuante, em sede de diligência fiscal solicitada pela Junta de Julgamento Fiscal, reconheceu a improcedência da autuação, uma vez que restou comprovado que procedeu a empresa autuada em conformidade com o Convênio ICMS 52/91.

Diz que em tal precedente, à época do levantamento, questionou o fiscal ao contribuinte sobre a utilização do multiplicador “0,3294”, aplicado sobre a base de cálculo da substituição tributária, tendo este informado tratar-se de benefício estabelecido pelo Convênio ICMS 52/91, que combina percentuais de carga tributária reduzida, sendo 4,1% para as operações interestaduais e 5,6% para as operações internas, conforme Cláusula segunda do Convênio ICMS 52/91.

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.

Entende que deve o presente Auto de Infração ser anulado, notadamente por desobediência ao previsto no Convênio ICMS 52/91, bem como pelo que estabelece o RICMS-BA, no que diz respeito ao seu art. 266.

Subsidiariamente, caso o alegado não possa ser confirmado e nem rejeitado por essa Junta de Julgamento Fiscal, requer que os autos sejam baixados em diligência de forma a confirmar a ilegalidade da exação fiscal.

Acrescenta: ainda que não bastassem os argumentos já aventados, são necessários alguns esclarecimentos de ordem prática que acabam por colocar a autuação em grande contradição. Inicialmente, afirma que se deve verificar de forma atenta os NCMs objeto de substituição tributária que foram alvo de autuação, quais sejam, válvulas (tipo gaveta, esfera e borboleta), bem como dispositivos para canalizações, caldeiras, cubas e outros recipientes.

Se a mercadoria adquirida pelos seus clientes é incorporada ao processo produtivo, então a mercadoria não será novamente circulada, logo, falar-se em incidência de ICMS-ST em sede de DIFAL não passa de um desvaneio. Cita como exemplos de alguns adquirentes, BRASKEM, PROQUIGEL e PETROBRÁS.

Afirma 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.

Diz que a acusação fiscal é de que não houve retenção em favor do Estado da Bahia, do ICMS devido por substituição, relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual sobre a venda de uma série de mercadorias.

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.

Informa que todas as descrições das NCM/SH acima destacadas, associadas à atuação do Impugnante no Estado da Bahia, corroboram para se deduzir que efetivamente a operação objeto da autuação, se destina a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização.

Destaca que o autuante, em nenhum momento apresenta elementos onde indique efetivamente que as mercadorias objeto da autuação são destinadas a uso/consumo do adquirente.

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.

Ainda que eventualmente se discorde dos argumentos defensivos apresentados, diz que a autuação não deve prevalecer, pois a empresa adquirente da mercadoria é beneficiária de programa de diferimento fiscal.

Ressalta que conforme já explanado, as mercadorias são objeto de base de cálculo reduzida, e ainda que se entenda que o recolhimento foi realizado a menos, a responsabilidade do recolhimento não seria do impugnante.

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 34/2019 do PROBAHIA.

Diz que o adquirente das mercadorias como beneficiário do PROBAHIA, ao adquirir insumos e embalagens de fornecedores localizados no estrangeiro, em outros Estados ou internamente, desde que sejam destinadas ao ativo fixo, as respectivas notas fiscais devem ser emitidas sem destaque do ICMS, ficando o imposto diferido para o momento em que ocorrer eventual desincorporação.

Comenta sobre os pressupostos da substituição tributária e afirma que por força do Protocolo 104/09, a responsabilidade tributária do recolhimento do ICMS-DIFAL-ST seria do remetente, mas havendo norma que atribui responsabilidade do recolhimento para o adquirente, não há que se falar em imputação de responsabilidade do Impugnante. Nesse sentido, cita decisão do CONSEF.

Caso não se opte pela procedência do argumento, entende que devem os autos serem baixados em diligência de forma a constatar se os bens adquiridos foram incorporados como ativos imobilizados, de forma a confirmar ou refutar os argumentos defensivos.

Quanto à multa aplicada, no percentual de 60%, alega que se denota caráter manifestamente confiscatório. Afirma que o STF já possui posicionamento no sentido de que a fixação do percentual de multa por não recolhimento do tributo seja em montante não superior a 20%, medida esta que, além de efetivamente aplicar a penalidade ao contribuinte, enseja caráter didático e não confiscatório. Nesse sentido cita a jurisprudência administrativa e judicial.

Caso o Auto de Infração seja mantido pelo seu mérito, o que admite apenas em homenagem ao princípio da eventualidade, entende que a multa aplicada deve ser afastada ou, ao menos, reduzida, ante sua inequívoca violação do disposto no art. 150, inciso IV e 37 da CF/88.

Diante do quanto exposto, conclui que restou comprovado:

- (i) em sede preliminar, os equívocos de premissa na análise fiscal, que desconsiderou as particularidades da operação e da situação em comento, bem como pela ausência de motivação e fundamentação de validade para o débito autuado;
- (ii) ausência de comprovação de que o Impugnante teria agido com dolo, fraude ou simulação, o que autoriza senão o afastamento da multa, ao menos sua redução;
- (iii) ausência de irregularidade na apuração da base de cálculo do ICMS-ST-DIFAL pelo Impugnante;
- (iv) presença de conteúdo probatório que demonstra a remessa de mercadoria como produto intermediário objeto do processo produtivo;
- (v) presença de diferimento por parte do adquirente de mercadoria que desonera o Impugnante da exação combatida.

Requer a realização de diligência fiscal para que sejam procedidas as análises pertinentes. No mesmo sentido, na remota manutenção do Auto de Infração, seja conferida redução do percentual da multa aplicada.

Informa que se dispõe a fornecer tantas provas quanto sejam necessárias para comprovar suas alegações, protestando pela juntada de *pen drive*, de forma que a defesa anexa seja dotada de conteúdo probatório que proporcione a averiguação dos argumentos tecidos na Impugnação.

Requer, ainda, que todas as intimações e publicações relativas ao presente processo sejam feitas exclusivamente em nome de Eduardo Correia da Silva, inscrito na OAB/SP sob o nº 242.310 e Gilberto Rodrigues Porto, inscrito na OAB/SP sob o nº 187.543, sob pena de nulidade.

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.

Também informa 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, por isso, solicita que sejam acatados os argumentos defensivos e que seja anulado o presente Auto de Infração.

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.

Disse que a Fiscalização não observou os ditames do art. 28, VII do RPAF-BA, inclusive o seu § 3º, relativamente ao encerramento do procedimento fiscal, com a descrição dos fatos apurados.

Observo que na rotina referente ao Início de Fiscalização, em se tratando de ação fiscal em estabelecimentos, há uma série de procedimentos a serem seguidos pelo Auditor, cabendo destacar a lavratura de Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, Termo de Início de Fiscalização, etc.

A legislação atribui muita importância ao Termo de Início de Fiscalização. A razão disso é simples: o contribuinte não pode ser “surpreendido” com um Auto de Infração. Para ser autuado, o contribuinte precisa estar “sob ação fiscal”.

A exigência de Termo de Início constitui uma das múltiplas faces do princípio da segurança jurídica, considerando que, em princípio, só é possível autuar o contribuinte que saiba, previamente, que está sendo fiscalizado.

Conforme previsto no art. 26 do RPAF-BA, “considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da: (i) apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento; (ii) lavratura do Termo de Início de Fiscalização; (iii) intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização.

No caso em exame, consta à fl. 07 do PAF, Mensagem DT-e, informando o início de procedimentos de fiscalização (Termo de Início de Fiscalização), indicando como data de ciência 10/10/2022.

O Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e foi instituído pela Lei 13.199, de 28/11/2014, que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu Artigo 127-D. Na mencionada alteração foi instituída a comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda e o sujeito passivo de tributos estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores, denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e. A Secretaria da Fazenda utiliza a mencionada comunicação eletrônica para, dentre outras finalidades: a) identificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos; b) encaminhar notificações e intimações; c) expedir avisos em geral.

Quanto à conclusão da fiscalização e lavratura do respectivo Termo de Encerramento, observo que o mencionado Termo *“é destinado a documentar o encerramento do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte”*, conforme art. 28, VII do RPAF-BA.

Por outro lado, *“quando o Auto de Infração for emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração constituirão um instrumento único”* (art. 30 do RPAF-BA).

Entendo que deve ser superada a alegação defensiva, considerando a comprovação de que houve comunicação quanto ao início da Fiscalização e o Auto de Infração foi lavrado através do sistema de processamento de dados desta SEFAZ, constando no cabeçalho: AUTO DE INFRAÇÃO / T. E. – FISCALIZAÇÃO DE ESTABELECIMENTO, portanto, não foi constatada qualquer irregularidade quanto ao início e encerramento da ação fiscal e a lavratura do Auto de Infração.

O Defendente afirmou que todo o esforço argumentativo criado pela Autoridade Fiscal, no sentido de estabelecer que o estabelecimento autuado realizou retenções a menos quanto ao ICMS-ST,

esvazia-se por não haver justa motivação nem fundamentação jurídica válida para caracterizá-la em tal infração.

Vale salientar que o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, utilizando-se Roteiros de Fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem as etapas dos serviços a serem executados pela fiscalização, mediante uma sequência lógica, podendo verificar livros e documentos fiscais e efetuar levantamento de dados, inclusive em outras fontes.

O ponto tratado pelo defendente se refere à questão da formação do Auto de Infração e de todos os documentos que o acompanham, bem como a necessidade de que o PAF deve conter todos os elementos (demonstrativo e provas) que serviram de base para a ação fiscal.

No presente caso, o motivo encontra-se descrito na acusação fiscal, a motivação está definida, pois o sujeito passivo foi considerado substituto tributário em relação às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A autuação fiscal está embasada no demonstrativo elaborado pelo autuante e não se constatou prejuízo ao defendente, considerando que a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não houve violação ao devido processo legal e a ampla defesa, tendo em vista que o imposto e sua base de cálculo foram apurados consoante o levantamento fiscal, o Autuado tomou conhecimento do lançamento efetuado, conforme se pode constatar nas alegações defensivas, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e o Defendente tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas em sua impugnação.

Não se constatou ausência dos requisitos essenciais na lavratura do auto de infração nos termos do art. 39 do RPAF/99, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade do presente lançamento, ficando rejeitada a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, “a”, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

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. Afirmou 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.

Observe 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 impositiva. 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.

Constato 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 defendente, alicerçados nos documentos e legislação tributária, tendo sido acolhidos pelo autuante, concluo que não subsiste a exigência fiscal consubstanciada no presente lançamento.

O Defendente requer que todas as intimações e publicações relativas ao presente processo sejam feitas exclusivamente em nome de Eduardo Correia da Silva, inscrito na OAB/SP sob o nº 242.310 e Gilberto Rodrigues Porto, inscrito na OAB/SP sob o nº 187.543, sob pena de nulidade.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. De acordo com o art. 26, inciso III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298624.0035/22-0**, lavrado contra **UNIVAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VÁLVULAS E ACESSÓRIOS INDUSTRIAIS LTDA**.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a” item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA