

A. I. N° - 087016.0017/21-3
AUTUADO - MAXTIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - DIJALMA MOURA DE SOUZA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 17/07/2023

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0120-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Comprovado nos autos que o defendante não destacou o ICMS relativo às operações as quais não consta na legislação a isenção do imposto com os bens autuados. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/12/2021, refere-se à exigência de R\$ 313.943,14 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2017 a maio de 2020.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 81 a 93 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e diz que é empresa de responsabilidade limitada que atua na fabricação e comercialização de bandejamentos mecânicos para distribuição de cabos, quadros, painéis e demais acessórios, além das suas atividades conexas, correlatas ou relacionadas, bem como na comercialização de cabos e fios elétricos, de dados e telefonia e produtos elétricos.

Em razão de suas atividades de fabricação e comercialização, afirma que é contribuinte do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Reproduz a descrição da infração e diz que será amplamente demonstrado que não merece prosperar a presente autuação, devendo o respectivo auto de infração ser reformado em sua integralidade.

Comenta sobre as mercadorias destinadas a operação METRÔ DA BAHIA nos períodos fiscais de 01/2017, 06/2017 a 08/2017; 02/2018, 06/2018, isenção do ICMS, Convénio ICMS 74/2002 - CONFAZ.

Alega que nos períodos fiscais de 01/2017, 05/2017, 06/2017, 02/2018 e 06/2018 operou na comercialização de suas mercadorias para a COMPANHIA DO METRO DA BAHIA, que as recebeu como consumidor final, com o objetivo utilizar nas obras de extensão do metrô em Salvador/BAHIA.

Igualmente e com o mesmo objetivo, nos períodos fiscais entre 05/2017 e 08/2017, também foram comercializadas as suas mercadorias para a empresa CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORREA S/A, ora empresa vencedora na licitação para operar com as obras do metrô.

Para comprovar o alegado, anexa uma reportagem publicada em 30 de abril de 2019, declarando que a empresa Camargo Correa, foi vencedora na licitação para operar nas obras de extensão da Linha 1 do Sistema Metroviário Salvador Lauro de Freitas.

Considerando que opera na industrialização e comercialização de cabos e fios elétricos, diz ser evidente a sua participação nas obras de extensão de metrô em comento.

Comenta que em consonância com a Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, fora publicado em 05/07/2002 no Diário Oficial da União, o Convênio de ICMS do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ nº 74/02, autorizando o Estado da Bahia a instituir a concessão de isenção do ICMS nas aquisições destinadas à implantação do Sistema de Trems Metropolitanos de Salvador (Metrô).

Ressalta que apesar do referido Convênio ter dado na produção de seus efeitos até 30 de junho de 2006, os seus efeitos foram prorrogados até 30/04/2024, através do Convênio ICMS da CONFAZ nº 178, de 01 de outubro de 2021:

Fazendo uma análise através de um cruzamento de dados e informações constantes entre os valores e períodos fiscais no detalhamento de débitos em referência acostados pelo Fisco no Auto de Infração e o detalhamento de suas vendas nos períodos correlacionados na infração, diz que os valores se conectam e se tornam exatos na mesma proporção.

Alega que os valores os quais o Fisco entende como ausentes de recolhimento de ICMS, foram deixados de ser recolhidos por, naquele período, estarem isentas as comercializações de itens destinados à construção na obra de extensão do Sistema Metroviário em Salvador/BAHIA. Anexa planilha de detalhamento da empresa, onde as abas de venda de mercadorias batem exatamente com os valores que o Fisco entende como ausentes de recolhimento do ICMS.

Afirma que a irregularidade apontada pelo Fisco (ausência de recolhimento do ICMS), através de um cruzamento de dados, considerando o benefício fiscal da isenção de recolhimento do ICMS referente aos períodos fiscais apontados, a infração e os valores apurados como devidos devem ser desconstituídos, pois é ausente a motivação do ato fiscal que fundamenta a autuação.

Também alega que, não obstante o Convênio ICMS nº 74/02, e posteriormente a prorrogação do benefício através do Convênio ICMS nº 178/2021, o RICMS-BA, Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, em seu artigo 265, I, XXXIII, dispõe que são isentas de ICMS as saídas internas e interestaduais de mercadorias, quando destinadas para a construção do sistema de trens metropolitanos de Salvador/BA.

Diz que tal ressalva possui prestígio ao princípio da segurança jurídica, assegurando o direito adquirido aos contribuintes, garantido pelo artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, de modo que não poderia o Estado federativo deixar de contabilizar a isenção na qual a empresa contribuinte recebeu.

Isso porque o compromisso firmado entre os Estados e os contribuintes através do decreto concessivo do benefício, é ato jurídico perfeito que se sujeita à lei vigente ao tempo em que consumado.

Acrescenta que apesar de ser evidente a questão de direito apontada, uma **perícia técnica** contábil no presente caso para uma análise dos documentos anexos, seria suficiente para identificar que não houve ausência de recolhimento do ICMS e, consequentemente, será afastada a alegação das irregularidades apontadas pelo Fisco, juntamente com as multas e juros que foram apontadas.

Menciona que isso é o que dispõe o § 3º, do artigo 123 do (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal — RPAF), Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, que transcreveu.

Comenta que em relação ao princípio da verdade material, cabe ao contribuinte e a autoridade julgadora buscar os esclarecimentos dos fatos imputados, utilizando-se de todos os meios legalmente admitidos para concluir sobre a ocorrência ou não da infração, não se desligando da proteção contra prejuízos econômicos ao Fisco.

Conclui que a partir do cruzamento de dados entre as planilhas e documentações anexas e, sendo identificada a inexistência de prejuízo econômico ao Fisco, requer que seja afastada e desconstituída a infração e, consequentemente, o débito com as penalidades impostas, tendo em vista a contrária à demonstração dos fatos.

O Defendente menciona, ainda, operações de entrada com substituição tributária, o recolhimento do ICMS na entrada de mercadorias e desnecessidade de recolhimento nas operações de saída.

Alega que fora a isenção concedida no período fiscalizado, citado em tópico anterior, alguns materiais sofreram a denominada "antecipação tributária", o que justifica a saída das mercadorias com o código "CFOP 5.405", ou seja, sem o recolhimento do ICMS, tendo em vista que este já fora recolhido quando da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Para provar o alegado, elabora planilha com todas as operações (entrada e saída), onde ilustra, no período fiscalizado, as compras e vendas com operação "substituição tributária".

Registra que o regime de substituição tributária se encontra previsto no artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, no qual dispõe que a lei poderá atribuir ao sujeito passivo da obrigação tributária, a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição.

Destaca que o substituto tributário se classifica como o contribuinte responsável pelo lançamento e recolhimento do tributo devido nas operações subsequentes, ao passo que o substituído tributário é o contribuinte que recebe a mercadoria com o tributo já retido e/ou recolhido pelo substituto tributário. Reproduz o que dispõe o art. 8º, incisos I e II da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996.

Diz que foi em conformidade com o dispositivo legal concernente à sujeição do contribuinte em receber as mercadorias na forma de substituído tributário, que recebeu as mercadorias com o tributo já recolhido na fonte. Por isso, as operações de saída (venda de mercadorias) foram operadas com código "CFOP 5405".

Apenas por amor ao debate, frisa que nunca operou com a venda de suas mercadorias (saída) sem nota fiscal, pelo contrário, todos os documentos de entrada e saída juntados aos autos com a defesa comprovam não só a emissão de todos os documentos fiscais com o recolhimento dos tributos, mas também a relação justificada de todas as entradas de mercadorias com a substituição tributária do ICMS, o que se exime do recolhimento de ICMS quando da saída destas mesmas mercadorias.

Diz ser perceptível que acaso o Autuante houvesse realizado a análise aprofundada dessas informações, não teria lavrado o auto de infração ora combatido.

Transcreve o § 3º do art. 123 e o art. 145 do RPAF-BA e afirma que ante a exposição fática e conforme já fora exarado anteriormente, será através de uma perícia pelo cruzamento das informações aqui arguidas e dos valores nas planilhas de detalhamentos, tanto do Fisco quanto do Contribuinte, que restará mais do que demonstrado que não houve prejuízo econômico ao Estado, e que nem se deixou de recolher todo o tributo que era devido.

Entende que através de uma análise pericial contábil em conjunto com a análise da documentação de entrada (compra) e saída (venda) de mercadorias, que restará mais do que evidente que não houve ausência de recolhimento do ICMS nas operações arguidas.

Repete que apesar da falta demonstrada pelo Fisco, estas se deram de forma regular, pois o que houve em verdade foi, i) isenção de ICMS, em razão de as mercadorias terem sido destinadas às operações de obra do metrô da Bahia, tudo em conformidade com o Convênio ICMS nº 74/02, do CONFAZ, bem como ii) o recolhimento de ICMS se deu retido na fonte quando da entrada (compra) das mercadorias.

Afirma que é de suma importância a prova pericial no caso em concreto, com base no princípio da verdade material, pois é somente com o cruzamento das informações e valores exarados na planilha, que se identificará que a ausência de recolhimento do ICMS nas operações tributáveis nunca existiu.

Frisa, ainda, que em caso de indeferimento do pedido de prova pericial, esta implicaria na nulidade do processo por cerceamento do direito de defesa, pois o conjunto probatório com a

discrição fática indica com fortes indícios a ausência da infração e irregularidade apontada pela fiscalização.

Menciona o art. 50, inciso LV da CF/88 e conclui que a “perícia técnica contábil” no presente caso, é de suma importância, pois só com esta análise em busca da verdade material dos fatos, é que se identificará o que de fato ocorreu.

Diante de todo o exposto, em busca da verdade fática, com base no princípio da verdade material, requer seja deferido o pedido de prova pericial contábil, para que seja feita uma análise conjunta dos documentos juntados aos presentes autos e outros que venham a ser solicitados pelo Perito, que descharacterizem a ausência de recolhimento apontada.

Diante de todos os argumentos de fato e de direito expostos, requer:

- a) conhecer da impugnação ao auto de infração, uma vez que tempestiva;
- b) deferir a suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido em sua integralidade, nos termos do artigo 151, inciso III, do CTN, autorizando a emissão da CPDEN, sempre que requerida;
- c) seja deferido o pedido de prova pericial contábil, para que, analisando conjuntamente os documentos juntados à presente defesa com outros que venham a ser solicitados pelo Perito, seja desconsiderada a ausência de recolhimento do ICMS no caso em apreço;
- d) seja dado provimento à impugnação para identificar a isenção do ICMS no período fiscal em comento, considerando a destinação na utilização das mercadorias, bem como a sujeição da substituição tributária quando da entrada de mercadorias, uma vez que a empresa operou na condição de substituído tributário (recolhimento retido na fonte), julgando, portanto, improcedente o auto de infração combatido.

Protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas, nos termos do artigo 150 e incisos do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/1999, visando preservar o princípio da verdade material que norteia o Processo Administrativo Tributário.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 502 a 508 dos autos. Diz que os demonstrativos do Auto de Infração se encontram nas fls. 08 a 73, impressos, e completos em formato eletrônico na mídia à fl. 74.

Inicialmente, destaca que o Autuado tem como atividade a fabricação de artigos de serralheria, exceto esquadria. Dessa forma, adquire e/ou recebe em transferência mercadorias que são utilizadas na fabricação de seus produtos. Dentre essas mercadorias que adquire a título de insumos, é comum que muitas delas estejam enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Diz que é utilizado crédito fiscal dessas mercadorias (classificadas como matéria-prima) e não é recolhido o ICMS Antecipação Parcial.

Acrescenta que em relação a mercadorias cujo imposto foi recolhido sob o Código de Receita 1145 - ICMS Antecipação Tributária, restou comprovado que o Autuado utilizou o crédito fiscal das notas fiscais, conforme foi consignado na planilha “Nota Fiscal Entrada” (cotejo com o número da Nota Fiscal informada no campo “Informações Complementares” dos DAEs anexados pelo Autuado).

Esclarece que na mídia de fl. 74 está o arquivo em formato de planilha Excel *Maxtil-Saídas-ICMS-Normal-2017-2020.xlsx*. Neste arquivo está a planilha nominada “Nota Fiscal Entrada”.

Informa que nesta planilha estão relacionadas todas as Notas Fiscais de entrada do período, regularmente escrituradas na EFD – Escrituração Fiscal Digital e o ICMS creditado referente a cada uma delas (mercadoria a mercadoria).

Acrescenta que neste mesmo arquivo se encontra a planilha “ICMS Normal” relacionando todas as saídas de mercadorias através de Nota Fiscal, cujo crédito fiscal de ICMS foi tomado na entrada,

mas que deram saída do estabelecimento autuado sem a devida tributação (incidência prevista no art. 2º, Inciso I da Lei nº 7.014/96).

Explica que o Autuado adquiriu mercadorias para utilizar como insumo ou matéria-prima, utilizou o crédito fiscal, e quando promoveu a saída de parte dessas mercadorias o fez sem tributar, sob o CFOP de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária.

Sobre a alegação defensiva de que se tratam de saídas beneficiadas pela isenção prevista nos Convênios ICMS 74/2002 e 178/2021, informa que conforme se depreende das fls. 83 a 88, a alegação defensiva principal reside no fato de que o Autuado entende que as operações relacionadas no demonstrativo de fls. 08 a 72 estão beneficiadas pela isenção prevista no art. 264, Inciso XXXIII do RICMS-BA/2012, Decreto nº 13.780/2012, que reproduziu.

Aponta que devem ser considerados dois fatos: (i) se referem a destinatários relacionados no demonstrativo da planilha “ICMS Normal”, restando comprovado que as saídas para a Companhia do Metrô da Bahia são no valor de R\$ 44.877,74 e para Construções e Comércio Camargo Correa S/A, no valor de R\$ 30.808,27; (ii) a isenção se restringe aos bens materiais relacionados no Convênio ICMS nº 74/2002. Transcreve as cláusulas do referido Convênio.

Afirma que não foi exigido ICMS sobre as mercadorias constantes no inciso XXXIII do art. 264 do RICMS-BA/2012 e, em sua ótica, não são isentas as mercadorias comercializadas pelo Autuado.

Quanto às operações de entrada com Substituição Tributária, destaca que conforme esclarecido anteriormente, o Autuado se creditou do ICMS destacado nas operações de entrada dessas mercadorias, conforme comprovam seus registros fiscais demonstrados na planilha “Nota Fiscal Entrada”.

Diz que o motivo da autuação também já foi esclarecido. São mercadorias classificadas como insumos, utilizadas na produção de mercadorias que o Autuado produz e comercializa.

Por fim, registra que as operações realizadas pelo Autuado não são beneficiadas pela isenção prevista no art. 264, Inciso XXXIII do RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012, nem mesmo estão relacionadas no Convênio ICMS nº 74/2002 e as saídas não foram para a CMB.

Quanto ao fato de se tratarem de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, informa que comentou sobre o *modus operandi* do Autuado e sua forma de escrituração das mercadorias com utilização do crédito fiscal nas entradas (utilizadas como matéria-prima e/ou material secundário).

Conclui que o Autuado não comprovou o recolhimento do ICMS nem elidiu a acusação fiscal. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

O Defendente requereu a realização de uma “perícia técnica contábil”, apresentando o entendimento de que uma análise dos documentos anexos seria suficiente para identificar que não houve ausência de recolhimento do ICMS e, consequentemente, afastar as irregularidades apontadas pelo Fisco.

Fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos.

Vale salientar que o indeferimento do pedido de perícia não pode ser considerado como cerceamento ao direito de defesa, tendo em vista que o convencimento do julgador será formado a partir dos fatos, circunstâncias e argumentos constantes no processo, apreciando as provas apresentadas. No presente caso, com base na descrição feita pela defesa e nos esclarecimentos prestados pelo autuante, diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se constatou dúvidas quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de perícia formulado pelo autuado em sua impugnação

O presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2017 a maio de 2020.

O Defendente alegou que nos períodos fiscais de 01/2017, 05/2017, 06/2017, 02/2018 e 06/2018 operou na comercialização de suas mercadorias para a COMPANHIA DO METRÔ DA BAHIA, que as recebeu como consumidora final, com o objetivo de utilizar nas obras de extensão do metrô em Salvador/BAHIA.

Disse que igualmente e com o mesmo objetivo, nos períodos fiscais entre 05/2017 e 08/2017, também foram comercializadas as suas mercadorias para a empresa CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORREA S/A, ora empresa vencedora na licitação para operar com as obras do metrô.

Destacou que o Convênio ICMS nº 74/02, autorizou o Estado da Bahia a conceder isenção do ICMS nas aquisições destinadas à implantação do Sistema de Trens Metropolitanos de Salvador (Metrô) e o artigo 265, I, XXXIII do RICMS-BA/2012 dispõe que são isentas de ICMS as saídas internas e interestaduais de mercadorias, quando destinadas para a construção do sistema de trens metropolitanos de Salvador/BA.

Afirmou que os valores os quais o Fisco entende como ausentes de recolhimento de ICMS, foram deixados de ser recolhidos por, naquele período, estarem isentas as comercializações de itens destinados à construção na obra de extensão do Sistema Metroviário em Salvador/BAHIA.

O Autuante informou que conforme se depreende das fls. 83 a 88, a alegação defensiva principal reside no fato de que o Autuado entende que as operações relacionadas no demonstrativo de fls. 08 a 72 estão beneficiadas pela isenção prevista no art. 264, Inciso XXXIII do RICMS-BA/2012.

Disse que a isenção se restringe aos bens materiais relacionados no Convênio ICMS nº 74/2002, Inciso XXXIII do art. 264 do RICMS-BA/2012 e afirmou que não foi exigido ICMS das mercadorias constantes nesse dispositivo. Portanto, as operações realizadas pelo Autuado não são beneficiadas pela isenção prevista no art. 264, Inciso XXXIII do RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012, nem mesmo estão relacionadas no referido Convênio ICMS nº 74/2002.

Observo que o Convênio ICMS nº 74/02 autoriza o Estado da Bahia a conceder isenção do ICMS nas aquisições de mercadorias destinadas à implantação do Sistema de Trens Metropolitanos de Salvador (Metrô).

Conforme sua Cláusula primeira, o Estado da Bahia foi “*autorizado a conceder isenção do ICMS devido na importação do exterior e nas saídas internas das máquinas, aparelhos, equipamentos, suas partes e peças e materiais a seguir discriminados, quando adquiridos para construção do Sistema de Trens Metropolitanos de Salvador - Bahia (Metrô), objeto do contrato de empréstimo 4494-BR celebrado com o Banco Interamericano de Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD, a saber:*”:

I - MATERIAL RODANTE:

- a) trens destinados ao transporte de passageiros;*
- b) sistema de comunicação;*
- c) sistema de sinalização;*

II - VIA PERMANENTE:

- a) *trilhos;*
- b) *AMV'S - aparelho de mudança de vias;*

III - SISTEMAS FIXOS:

- a) *sub-estação retificadora;*
- b) *cabine de paralelismo e seccionamento;*
- c) *rede aérea de tração.*

Observo que na Cláusula terceira consta a necessidade de comprovação do efetivo emprego das mercadorias e bens nas obras a que se refere a cláusula primeira para fruição do benefício de que trata este Convênio e não consta que o Autuado tenha apresentado essa comprovação exigida no Convênio.

Conforme destacado pelo Autuante, no levantamento fiscal não constam mercadorias e bens autorizados pelo Convênio para a concessão de isenção, haja vista que foram relacionadas mercadorias como, arruela, parafuso, porca calha, rosqueta, cruzeta, grampo etc. O art. 264, XXXIII do RICMS-BA/2012, prevê a isenção do ICMS em relação aos equipamentos partes, peças e materiais relacionados no Convênio ICMS 74/02, “*in verbis*”

RICMS-BA/2012:

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

[...]

XXXIII - a entrada decorrente de importação do exterior e as saídas internas de máquinas, aparelhos, equipamentos, suas partes e peças e materiais discriminados no Conv. ICMS 74/02, quando adquiridos para construção do Sistema de Trens Metropolitanos de Salvador - Bahia (Metrô), objeto do contrato de empréstimo 4494-BR celebrado com o Banco Interamericano de Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, desde que seja comprovada a ausência de similar produzido no país, atestada por laudo emitido por órgão federal competente ou por entidade representativa do setor produtivo de máquinas, aparelhos e equipamentos, com abrangência em todo o território nacional;

Nos termos do art. 111, inciso I do CTN, a interpretação da legislação tributária é literal quando dispõe sobre suspensão, exclusão do crédito tributário, outorga de isenção e dispensa do cumprimento de obrigações acessórias. Portanto, não comporta outros métodos elucidativos.

O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material e formal estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora, isto é, o lançamento está sujeito à observância dos ditames da lei e cumpre verificar se o tributo é ou não devido, se há ou não provas do cometimento.

O cerne da questão é caracterizar se foram realizadas operações com máquinas, aparelhos, equipamentos, suas partes e peças, conforme discriminado no Convênio 74/02, e de acordo com os bens e mercadorias constantes no levantamento fiscal, observa-se que não estão alcançados pela isenção relacionada ao Sistema de Trens Metropolitanos de Salvador - Bahia (Metrô), prevista no referido Convênio, devendo ser mantido o tributo exigido.

O Defendente também alegou que alguns materiais sofreram a denominada “antecipação tributária”, o que justifica a saída das mercadorias com o código “CFOP 5.405”, ou seja, sem o recolhimento do ICMS, tendo em vista que este já fora recolhido quando da entrada da mercadoria no estabelecimento. O ICMS se deu retido na fonte quando da entrada (compra) das mercadorias.

Conforme esclarecido pelo Autuante, em relação a mercadorias cujo imposto foi recolhido sob o Código de Receita 1145 - ICMS Antecipação Tributária, restou comprovado que o Autuado utilizou

o crédito fiscal das notas fiscais, conforme foi consignado na planilha “Nota Fiscal Entrada” (cotejo com o número da Nota Fiscal informada no campo “Informações Complementares” constantes nos DAEs anexados pelo Autuado.

Disse que foram relacionadas as saídas de mercadorias através de Nota Fiscal, cujo crédito fiscal de ICMS foi tomado na entrada, mas que deram saída do estabelecimento autuado sem a devida tributação. O Autuado adquiriu mercadorias para utilizar como insumo ou matéria-prima e utilizou o crédito fiscal. São mercadorias classificadas como insumos, utilizadas na produção de bens que o Autuado produziu e comercializou e quando promoveu a saída de parte desses bens o fez sem tributar, sob o CFOP de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária.

Poderia ser entendido que aplicaria o disposto no art. 291 do RICMS-BA/2012: “*Na hipótese do sujeito passivo por substituição adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com o imposto retido, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação própria como o imposto retido, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente com aquela mercadoria*”, o que não ficou comprovado nos autos.

Se o crédito fiscal não tivesse sido utilizado, na operação subsequente com a mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, o documento fiscal seria emitido sem destaque do imposto, constando a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: “ICMS pago por substituição tributária” (art. 292 do RICMS-BA). Tal fato não ficou comprovado nos autos.

Como destacou o Autuante, as mercadorias foram classificadas como insumos utilizadas na produção de bens que o Autuado produziu e comercializou, utilizou o crédito fiscal na entrada desses insumos, e quando promoveu a saída de parte dos bens que produziu o fez sem tributar, sob o CFOP de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária.

Como se trata de mercadorias classificadas como insumos utilizados na produção de bens pelo Contribuinte, concordo com o posicionamento do Autuante. O estabelecimento industrial recebe as mercadorias sem retenção do imposto (conforme art. 8º, § 8º, III da Lei nº 7.014/96 abaixo reproduzido), o que também não ficou comprovado nos autos.

7.014/96:

Art. 8º -

...

§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:

...

III - a estabelecimento industrial, inclusive microempresa e empresa de pequeno porte, que se dediquem à atividade industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem;

Dessa forma, nos moldes como foi apurada e descrita a infração, é correta a acusação fiscal, relativamente à exigência do imposto, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem a matéria.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 087016.0017/21-3, lavrado contra **MAXTIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de R\$ 313.943,14, 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, 04 de julho de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA