

PROCESSO - A. I. Nº 232115.0003/19-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MUGITEC INDÚSTRIA DE ARTEFATOS DE ALUMÍNIO - EIRELI
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0144-02/23-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFRAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/03/2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FIS CAL**ACÓRDÃO CJP Nº 0030-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. Mantido o acórdão que acolheu a revisão fiscal realizada pelo autuante e não questionada pelo sujeito passivo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso(s) de Ofício interposto(s) em face do Acórdão nº 0144-02.23-VD proferido pela 2ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 27/06/2019 no valor histórico de R\$ 346.328,85, abordando a(s) seguinte(s) infração(ões):

Infração 01 – 07.02.02 – Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado. **Valor:** R\$ 346.328,85. **Período:** junho 2014 a dezembro 2018. **Enquadramento legal:** Art. 8º, II da Lei 7014/96 C/C art. 289 do RICMS/BA. **Multa:** 60%, art. 42, II, “e” da Lei 7014/96.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

Como acima relatado, o presente auto conduz uma só infração à legislação tributária, tipificada pelo código fiscal **07.02.02** - Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: **a)** conforme documentos autuados às fls. 493, 827, 969, 971 e 972 bem como do que se depreende das manifestações defensivas, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; **b)** na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; **c)** o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; **d)** a infração está claramente descrita, determinada com segurança, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma regulamentar e com os requisitos legais (fls. 03-493, 524-824 e 858-967), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

De logo observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Com suporte em demonstrativos analíticos em que se detalham as operações (NF, data, CNPJ emitente, UF, produto, NCM, CFOP, natureza oper, unidade, quantidade, Vlr unit., Vlr total, MVA, Alíquotas, créd NF, BC ST, ICMS ST devido, ICMS ST recolhido e diferença a recolher), efetuada por autoridade fiscal competente mediante regular procedimento, acusação fiscal se refere à retenção e recolhimento a menos de ICMS ST, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia.

Sem arguir preliminar de nulidade, ainda que parcialmente reconhecendo a acusação fiscal, o Autuado arguiu: **a)** decadência para a ocorrência de 30/06/2014, tendo em vista a ciência do AI em 04/07/2019; **b)** exclusão: **b.1)** das NFs 7485, 7486 e 7487 que registram operações sujeitas com ICMS ST não devido à Bahia, conforme art. 13, § 1º, XIII, “a”, da LC 123/06 e Conv. ICMS 142/18; **b.2)** das operações com os CFOPs 5102, 5106, 5411, 5202, 5911 e 5405 que não o responsabiliza a reter o ICMS ST, vez que, ou já tiveram a incidência do ICMS ST nas operações anteriores, ou são operações que não atraem a incidência do ICMS ST; **b.3)** das operações com CFOP 5401, pois se deve reter ICMS ST quando o produto esteja sujeito a substituição tributária e com CFOP 5101, em casos em que a mercadoria tenha sido classificada incorretamente; **b.4)** de operações em que equivocadamente informou a NCM 76129090 para itens não sujeitos a substituição tributária conforme relaciona à fl. 504; **b.5)** de operações com CFOP’S 6921, 6101 e 620, relativa a notas que correspondem a devoluções de compras; **b.6)** de operações de vendas realizadas para pessoas físicas “NÃO-CONTRIBUINTES” bem como as vendas realizadas à empresas com atividade principal dedicada à construção civil; **b.7)** de operações com as NCMs 3920.30.00, 4007.00.19, 6116.10.00, 7001.00.00, 7003.19.00, 7005.29.00, 7216.50.00, 7306.30.00, 7309.00.90, 7310.10.00, 7325.10.00, 7326.90.00, 7326.90.90, 7602.00.00, 7604.21.00, 7604.29.19, 7604.29.20, 7608.20.90, 7612.90.90, 7621.01.00, 7907.00.10, 8422.40.90, 8447.20.90, 8462.39.90, 8462.49.00, 8467.11.10, 8536.61.00, 8536.90.90, 8538.10.00, 8704.22.10, cujos produtos não constam do Anexo I do RICMS/2012; **c)** incorreta MVA de 38% para cálculo do ICMS ST de todo período fiscalizado, pois não corresponde ao previsto na legislação; **d)** incorreta aposição da alíquota de 17% para parte das operações de saída cuja alíquota é 18%.

Apreciando as razões defensivas, na oportunidade da Informação Fiscal a autoridade fiscal autuante:

- a)** Corretamente exclui a ocorrência de 30/06/2014, pois, de fato, considerando que as operações foram declaradas ao fisco, é de incidir o prazo decadencial exposto no art. 150, § 4º, do CTN;
- b)** Do mesmo modo, acolhendo as razões defensivas, excluiu: **b.1)** as NFs, cujas mercadorias são destinadas a outros Estados; **b.2)** as operações com os CFOPs 5102, 5106, 5206, 5405 5411, 5401 e 5101; **b.3)** os produtos das Notas Fiscais que estão albergados com os NCMs retificados; **b.4)** as NFs correspondentes a devoluções de compras com CFOPs 6921, 6101 e 6201;
- c)** As NCMs 3920.30.00, 4007.00.19, 6116.10.00, 7001.00.00, 7003.19.00, 7306.30.00, 7325.10.00, 7326.90.00, 7602.00.00, 7604.29.20, 7608.20.90, 7621.01.00, 8422.40.90, 8447.20.90, 8462.39.90, 8462.49.00, 8467.11.10, 8536.61.00, 8536.90.90 e 8704.22.10 tiveram a MVA retirada dos cálculos do imposto ou por ocasião do atendimento a outras reivindicações pertinentes foram excluídas da Planilha;
- d)** Quanto às NCMs 7216.50.00, 7310.10.00, 7604.29.19, 7612.90.90 e 8538.10.00 tidas como não sujeitas à Substituição Tributária explicou que conquanto se saiba do necessário alinhamento entre a NCM/Finalidade/Descrição dos produtos - previsto em Lei - observa que na emissão das Notas Fiscais do período fiscalizado (2014 a 2018), o contribuinte se equivocou porque embora os códigos de algumas **NCMs utilizadas nos documentos fiscais** não estejam sob a égide da Substituição Tributária, ainda assim, sua **finalidade e descrição** os colocam ao abrigo de tal instituto, mesmo com o Código NCM divergente, de modo que:
- d.1)** os itens que nas Notas Fiscais emitidas constam as **NCMs 7216.50.00 - Haste cobreada; 8538.10.00 - Quadro de centro para disjuntor** foram excluídos por se tratarem de **material elétrico**, não sujeitos à Substituição Tributária;
- d.2)** os itens que nas Notas Fiscais emitidas constam as **NCMs 7310.10.00; 7604.29.19 e 7612.90.90** foram assim reclassificados:
- ✓ **NCM 7310.10.00** para **NCM 7610** (com MVA de 38% e 35%, para os anos em que aparecem na Planilha);
 - ✓ **NCM 7604.29.19** para **NCM 7610** (com MVA de 35%, para os anos em que aparecem na Planilha); e
 - ✓ **NCM 7612.90.90** para **NCM 7616** (com MVA de 45%, para os anos em que aparecem na Planilha).
- Tais alterações ocorreram porque são produtos enquadrados como **materiais de construção**, das **Posições 24.73 e 24.75**, respectivamente, portanto, sujeitos à Substituição Tributária.
- e)** Acolhendo a alegação defensiva de equívoco na aplicação da MVA, corrigiu o equívoco na nova Planilha, aplicando as MVAs apropriadas a cada produto;
- f)** Do mesmo modo, louvando a boa-fé do Impugnante, corrigiu/ajustou adequou as alíquotas internas de 17% e 18%, conforme o período de vigência.

Por consequência, ajustou/reduziu o valor da exação de R\$ 346.328,85 para R\$ 45.891,19, conforme os novos demonstrativos suportes autuados às fls. 524-825.

Sem embargo, não satisfeito, o Impugnante se manifestou dizendo que apesar da redução constatou ainda equívocos quanto ao NCM informado em NFs das operações de saída (76129090, 85351000 e 85389090 ao

invés de 39259000 e 85371090). Também alegou constar nos demonstrativos retificados, itens com as NCMs 7216.50.00, 7310.00, 7604.29.19, 7612.9090 e 8538.10.00 que o próprio Autuante reconhece não constar no Anexo I do RICMS-BA para efeito de substituição tributária, bem como operações com “escada de alumínio”, que não se sujeitam à substituição tributária.

Tal fato motivou o pedido de diligência de fl. 852 que, efetuada por autoridade fiscal estranha ao feito, ao analisar os elementos de prova e razões da impugnação ajustou/reduziu o valor da exação ajustado pelo Autuante na ocasião da Informação Fiscal, de R\$ 45.891,19 para R\$ 18.678,02, conforme os demonstrativos suportes que aportou aos autos (fls. 858-967), valor maior em apenas R\$ 923,55 para o já anteriormente reconhecido devido pelo contribuinte autuado, diferença que na manifestação posterior o Impugnante disse apenas não ter conseguido identificar a origem “por não mais dispor da planilha que instruiu a defesa”, situação em que fugindo do seu ônus probatório, requereu diligência para que o fisco identificasse a divergência nas apurações, pedido que indefiro com fundamento no art. 147, I, “b”, do RPAF:

Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

...

b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;

Assim, tendo por superado o contraditório instalado pelo Impugnante, acolho o ajuste efetuado pelo procedimento da autoridade fiscal estranha ao feito para declarar a subsistência da infração com o remanescente valor de **R\$ 18.678,02**, cujo demonstrativo de débito é:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocor.	Data Venc.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	Vlr. Hist.
Infração 01					
31/07/2014	09/08/2014	7.100,18	17%	60%	1.207,03
31/10/2014	09/11/2014	3.358,18	17%	60%	570,89
30/11/2015	09/12/2014	4.303,06	17%	60%	731,52
30/04/2015	09/05/2015	981,29	17%	60%	166,82
31/05/2015	09/06/2015	6.835,59	17%	60%	1.162,05
30/06/2015	09/07/2015	3.005,33	18%	60%	540,96
28/02/2016	09/03/2016	629,72	18%	60%	113,35
31/03/2016	09/04/2016	1.478,06	18%	60%	266,05
30/05/2016	09/06/2016	12.484,00	18%	60%	2.247,12
30/06/2016	09/07/2016	6.015,83	18%	60%	1.082,85
31/08/2016	09/09/2016	6.311,33	18%	60%	1.136,04
30/09/2016	09/10/2016	7.190,72	18%	60%	1.294,33
31/10/2016	09/11/2016	1.967,06	18%	60%	354,07
30/11/2016	09/12/2016	2.681,28	18%	60%	482,63
31/12/2016	09/01/2017	4.571,56	18%	60%	822,88
30/09/2017	09/10/2017	592,61	18%	60%	106,67
31/10/2017	09/11/2017	13.383,17	18%	60%	2.408,97
30/11/2017	09/12/2017	1.880,28	18%	60%	338,45
31/10/2018	09/11/2018	6.431,72	18%	60%	1.157,71
30/11/2018	09/12/2018	13.820,17	18%	60%	2.487,63
Total da Infração					18.678,02

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

A JJF interpôs Recurso de Ofício.

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

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 07/02/2023.

VOTO

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscitá-las de ofício, passo ao exame do mérito.

Entendo que a Decisão recorrida merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

A redução que fundamenta o Recurso de Ofício decorre, inicialmente, de revisão fiscal empreendida pelo próprio autuante, em sede de informação fiscal, quando reconheceu a

decadência em relação à competência 30/06/2014 e excluiu do lançamento diversas mercadorias questionadas pelo sujeito passivo, por não se enquadrarem na descrição da infração, o que reduziu a autuação de R\$ 346.328,85 para R\$ 45.891,19.

Este valor, posteriormente, foi reduzido para R\$ 18.678,02 em diligência solicitada pela 2ª JJF (852/853), para aplicar o entendimento expresso nos Pareceres DITRI nºs 25.452/2012, 11.219/2010 e 12.272/2013, bem como verificar se modificações de NCM apontadas pelo contribuinte observaram o AJUSTE SINIEF 02/09.

Portanto, reputo correta a decisão de primeira instância, especialmente por não vislumbrar motivos para me opor às reduções empreendidas em revisão do próprio autuante e de fiscal estranho ao feito e, por consequência, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232115.0003/19-9, lavrado contra **MUGITEC INDÚSTRIA DE ARTEFATOS DE ALUMÍNIO – EIRELI**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 18.678,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS