

PROCESSO - A. I. Nº 269616.0048/22-6
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA ADAUTO CARVALHO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JF nº 0105-01/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/04/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0098-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A lei atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, das mercadorias questionadas nos autos, com exceção do produto com NCM 2713.20.00. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado (art. 169, I, “b” do RPAF/99) contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 31/12/2022, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 34.115,15, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração, nos meses de janeiro a dezembro de 2018; março a dezembro de 2019; maio, julho e agosto de 2020 e janeiro a dezembro de 2021:

Infração 01 – 008.018.002: “Procedeu a retenção a menor 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”.

Enquadramento Legal: art. 10, da Lei 7.014/96 C/C Cláusulas terceira, quarta e quinta do Convênio ICMS nº 74/94 e alterações posteriores. **Multa Aplicada:** art. 42, II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressou com defesa administrativa em 15/03/23, peça processual que se encontra anexada às fls. 20 a 23. Na sequência, argui preliminar de nulidade, dizendo que na forma dos artigos 38 e 48 do Decreto nº 7.629/99, a autoridade fiscal deveria ter lavrado Notificação Fiscal e não Auto de Infração, argumentando que a imputação feita tem valor inferior a R\$ 39.720,00.

Em relação ao mérito, alega que os autuantes se equivocaram na exigência, pelo fato de considerarem as mercadorias questionadas como sujeitas ao regime da ST. Acosta aos autos parecer técnico (Doc. 05) e Planilha de Levantamento, com NCM de cada produto, indicando as mercadorias que foram indevidamente incluídas na autuação (Doc. 06 - em DVD). Considera como indevida a exigência no montante de R\$ 31.733,49, asseverando que se trata de mercadorias sujeitas ao regime normal do ICMS. Afirma que do montante imputado, apenas o valor de R\$ 2.381,64.

O autuante Wagner Mascarenhas presta informação fiscal, às fls. 41/42. Esclarece que o valor total do imposto reclamado inclui a respectiva correção monetária de R\$ 7.246,42, fazendo com que o montante ultrapasse o limite referido pelo autuado, para lavratura de Notificação Fiscal. Entretanto, aduz que revisando os diversos NCM's, constatou que o produto 2713.20.00 - “PRIMER 1.0L MULTISEAL SIKA” não está incluído na substituição tributária interestadual. Esclarece que a previsão existente para tal NCM (2713) só se aplica à destinação como combustível. Diante de tal verificação, informa que o referido item foi excluído do levantamento, reduzindo do total reclamado o valor de R\$ 11,25 (demonstrativo em mídia à fl. 43).

A JF decidiu nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, verifico que 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 acostados aos autos.

Ressalto, ainda, que descabe a alegação defensiva de que pelo valor do crédito tributário ora exigido, não deveria ter sido lavrado Auto de Infração, pois como bem frisou o autuante em sua informação fiscal, ao se computar o valor do imposto reclamado, mais o valor da multa e os acréscimos moratórios, o montante ultrapassa o valor limite estipulado no art. 48, do RPAF/99 para lavratura de Notificação Fiscal.

Dessa forma, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99, pelo que passo à análise do mérito, como se segue.

O processo em lide acusa a retenção a menor 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.

O autuado alegou que grande parte das mercadorias constantes do levantamento fiscal se sujeitam ao regime normal de tributação, e reconheceu proceder a cobrança apenas do montante de R\$ 2.381,64.

Entretanto, da análise dos elementos constitutivos do processo, concordo com a informação fiscal prestada pelo autuante de que apenas o produto 2713.20.00 - "PRIMER 1.0L MULTISEAL SIKI" não está incluído na substituição tributária interestadual, uma vez que a previsão existente para o NCM (2713) só se aplica à destinação como combustível.

Grande parte dos produtos questionados pelo autuado se tratam de reatores e starters com NCM 853.65.09.0 e CEST 09.004.00, que estão inclusos no Anexo I, do RICMS/2012, frutos do Protocolo ICM 17/85.

Vale ressaltar, inclusive, que o próprio autuado considerou as operações listadas como sujeitas ao regime da substituição tributária, de acordo com a coluna "ICMS ST" trazida das suas NF-e.

Ou seja, os itens tiveram a retenção do ICMS-ST lançado pelo próprio contribuinte, porém em valor menor que o devido.

Destarte, acato a retificação procedida pelo autuante com a exclusão no levantamento apenas do valor de R\$ 11,25, relativo ao produto supramencionado.

Por fim, o autuado foi cientificado da informação fiscal produzida, bem como do novo demonstrativo anexado aos autos, conforme DT-e, à fl. 46, porém não se manifestou a respeito. Pelo que dispõe o art. 140, do RPAF/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito retificado, constante da mídia à fl. 43, no valor de R\$ 34.103,90, que alterou o demonstrativo original apenas nas ocorrências abaixo:

Competência	Valor original	Valor Julgado
jul/18	1.291,12	1.287,67
jul/21	2.503,30	2.501,26
out/21	1.263,83	1.261,28
nov/21	849,87	846,66

Inconformado com a decisão de piso, o advogado apresenta peça recursal às fls. 65/69, que inicialmente relata quanto a tempestividade, discorre sobre a decisão recorrida (reprodução da ementa) e passa a trazer os argumentos recursais:

Fala que na informação fiscal de fls. 41/42 o douto fiscal afirma que "o levantamento fiscal simplesmente cobra a diferença retida a menor vez que a sujeição já foi trazida pela própria Distribuidora".

Reafirma a motivação da acusação de que a recorrente "procedeu a retenção a menor 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", sendo que a JJF só levou em conta o que o fiscal afirmou, mesmo existindo nos autos o parecer técnico juntado com a defesa (doc. 05) destacando o NCM de cada produto, foi considerado de forma equivocada no auto de infração e gerou uma cobrança indevida e improcedente no montante de R\$ 31.733,49. Muito embora isso, na decisão recorrida, apenas os produtos com NCM 2713.20.00 foram excluídos da substituição tributária interestadual. Entretanto,

a confusão ou erro cometido pelo autuante e mencionado na defesa não foi observado.

Explica novamente que conforme parecer contábil em anexo (Doc. 01) e planilhas em DVD (enviadas por e-mail também), se constata o seguinte equívoco na base de cálculo utilizada na apuração do auto de infração:

“O fiscal alegou que o auto foi lavrado, com a consequente cobrança do ICMS, por decorrência do contribuinte não ter recolhido o ICMS ST.

*No entanto, analisando as notas fiscais e mercadorias referente ao período cobrado identificamos através da Descrição, NCM e CEST que algumas mercadorias não se aplica a substituição tributária, **mesmo com o NCM constando no decreto da BAHIA não se trata da mesma mercadoria os NCMs são iguais porém o Segmento, Descrição e CEST são totalmente diferentes.***

Neste caso, os créditos levantados pelo fiscal, são parcialmente indevidos, visto que a maioria das mercadorias estão sujeitas ao regime Normal por não se enquadrar nas mercadorias que estão sujeitas a substituição tributária do ICMS no estado da BAHIA.” (destaquei)

Disse que a questão é que há NCM e CEST de produtos que não estão sujeitos, da mesma forma que o NCM 2713.20.00, à obrigação de retenção e recolhimento na qualidade de contribuinte substituto interestadual. Roga pelo princípio da verdade material, demonstrando que a autuação é quase que totalmente indevida por considerar produtos com NCM e CEST excluídos da obrigação de retenção e recolhimento por substituição, que se determine a realização de perícia técnica contábil para analisar o devido enquadramento do NCM e CEST para cada produto destacados nas notas fiscais que serviram de base para autuação impugnada, estando as mercadorias sujeitas ao regime normal do ICMS, por definição na própria legislação da Bahia, em virtude da sua qualificação de NCM e CEST, conforme descrição nas notas fiscais respectivas, não tipifica a acusação da autuação.

Sustenta, assim, que do total imputado, apenas o valor de R\$ 2.381,64 seria devido, o qual já foi pago pela recorrente e, que o auto de infração imputa diferença de imposto (ICMS) totalmente indevida à impugnante, pelo que deve ser expurgada da autuação.

Finaliza requerendo para:

- a) Conhecer e dar Provimento ao presente recurso para o fim de julgado o auto de infração impugnado totalmente improcedente pelos motivos de fatos e de direito expostos;
- b) Protestar por todos os meios de provas permitidos em direito, e em especial a produção de prova pericial já que a divergência está no enquadramento equivocado na autuação do NCM e CEST das mercadorias consideradas.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto, a fim de modificar a decisão de piso, que julgou pela Procedência Parcial em decisão unânime o Auto de Infração em lide, do contribuinte do ICMS com Inscrição Estadual nº 107.691.493-CS, em razão de ter efetuado retenção e recolhimento a menor do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Verifico, que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, pois os fatos geradores das infrações que compõem o lançamento estão bem determinados, a descrição é clara e os elementos constitutivos do débito tributário estão descritos nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o recorrente recebeu cópia, facilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa.

Observe no recurso que o recorrente reitera os pedidos da impugnação e apresenta as seguintes razões para a reforma da decisão recorrida:

- a) Protesta por todos os meios de provas permitidos em direito, e em especial a produção de prova pericial já que a divergência está no enquadramento equivocado na autuação do NCM e CEST das mercadorias consideradas.
- b) Roga pelo provimento do presente recurso para o fim de julgado o auto de infração totalmente improcedente pelos motivos de fatos e de direito expostos.

Em relação ao pedido de prova pericial e produção de demais meios de provas admitidos em direito, estes não merecem prosperar, conforme será exposto a seguir.

Saliento que o legislador do RPAF/BA previu que o pedido de diligência poderá ser indeferido, quando o julgador considerar que os elementos contidos no processo se lhe afigurem como suficientes, nos termos do seu art. 147, inciso I, alínea “a”, conforme abaixo reproduzido.

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*

Entendo que os elementos expostos nos autos são suficientes para possibilitar a formação da minha convicção, pois encontram-se suficientemente instruídos, de modo que, nego o pedido de diligência ou perícia suscitada.

Constata-se no lançamento que o autuado reteve e efetuou o recolhimento a menor do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Neste sentido, os produtos tiveram a retenção do ICMS-ST lançado e escriturado pelo próprio contribuinte, porém foi oferecido a tributação e recolhido o imposto em valor menor que o devido.

Portanto, no presente caso, está caracterizada a imputação fiscal e a responsabilidade do contribuinte, em especial pelo fato deste não ter trazido aos autos provas capazes de elidir a acusação.

Observo nos autos que o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal apresentada pela fiscalização, bem como do novo demonstrativo anexado aos autos, conforme DT-e à fl. 46, porém ficou silente e não se manifestando a respeito.

Assim dispõe o art. 140 do RPAF/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Verifico que o cerne da questão em lide atribui ao autuado a retenção e recolhimento a menor do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Compulsando os autos, constata-se que no demonstrativo do lançamento, quase na sua totalidade, dos produtos questionados pelo autuado tratam-se de reatores e starters com NCM 853.65.09.0 e CEST 09.004.00, sujeitas ao regime da substituição tributária com enquadramento no Anexo 1 do RICMS/2012, oriundos do Protocolo ICM 17/85.

Vale salientar que o recorrente considerou as operações listadas como sujeitas ao regime da substituição tributária, de acordo com a coluna “ICMS ST” trazida das suas NF-e, onde constata-se ainda que os itens que tiveram a retenção do ICMS-ST foram lançados pelo próprio contribuinte, no entanto em valores menores que o devido, portanto, não prospera a alegação do sujeito passivo de que a atuação foi indevida por indefinição em relação aos NCM e CEST.

Na informação fiscal prestada pelo autuante, apenas o produto 2713.20.00 - “PRIMER 1.0L MULTISEAL SIKA” não está incluído na substituição tributária interestadual, uma vez que a previsão existente para o NCM (2713) só se aplica à destinação como combustível, sendo excluído pelo autuante no novo demonstrativo débito.

Isto posto, acolho o novo demonstrativo apresentado pela fiscalização sob às fls. 41 a 42, que reduziu o débito do valor histórico de R\$ 34.115,15 para R\$ 34.103,90.

Diante de tais constatações, concluo pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269616.0048/22-6, lavrado contra **DISTRIBUIDORA ADAUTO CARVALHO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 34.103,90**, 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 março de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS