

PROCESSO - A. I. N° 087016.0017/21-3
RECORRENTES - MAXTIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0120-03/23
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19.05.2024

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0114-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Concluo que o julgador de piso tratou as mercadorias como insumos fossem, e que o recorrente utilizou o crédito fiscal embora não haja comprovação disso (o próprio autuante afirma que as saídas não se destinaram ao metrô, mas afirma sem comprovação de que utilizou o crédito das mercadorias submetidas à ST) e que a existência desse crédito sustentaria o lançamento sem débito de imposto, uma infração diversa da que foi aventada pelo autuante e pelo relator *a quo*. Evidente que se tais créditos indevidos na escrituração das entradas, existem, há de se efetuar outro lançamento, não sendo possível arguir infração diversa (acrescento que sequer há comprovação) para dar viabilidade legal a um lançamento aqui em discussão, de operações tributáveis como não tributáveis. Negado o pedido de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento, de Recurso Voluntário, decorrente de Auto de Infração julgado Procedente na primeira instância 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 infração:

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 contribuinte autuado ingressou com Impugnação ao lançamento e após a informação fiscal, a Junta julgou o auto Procedente conforme voto abaixo:

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-stação 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.

Inconformado o contribuinte ingressou com o presente Recurso Voluntário conforme transcrição abaixo, em resumo:

A empresa RECORRENTE é uma sociedade de responsabilidade limitada, dedicada à produção e comercialização de sistemas mecânicos para a distribuição de cabos, quadros, painéis e acessórios relacionados, bem como à venda de cabos elétricos, fios de dados, produtos de telefonia e itens elétricos diversos. Devido à sua atividade comercial, a empresa é sujeita ao recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços -ICMS.

Após uma inspeção nas instalações da empresa RECORRENTE e uma análise dos registros fiscais, a autoridade fazendária equivocadamente alegou que houve um suposto erro no recolhimento do ICMS, tendo a empresa realizado operações tributáveis como se fossem não tributáveis, apesar de ter mantido escrituração adequada.

Contudo, não obstante os evidentes motivos para a improcedência da infração, bem como a imprescindibilidade da perícia técnica contábil, o Julgador entendeu por bem, julgar totalmente procedente o Auto de Infração.

Como será amplamente demonstrado no presente RECURSO VOLUNTÁRIO, a decisão merece ser reformada, uma vez que não merece prosperar a presente autuação em face da RECORRENTE.

DA NULIDADE DA DECISÃO QUE JULGOU O AUTO PROCEDENTE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NECESSIDADE DE PERÍCIA TÉCNICA CONTÁBIL NO CASO EM CONCRETO

O Decreto nº 7.629, de 09 de julho TÍE 1SS9, que trata do Regulamento de Processo Administrativo Fiscal (RPAF) no Estado do Bahia, estabelece expressamente que será nulo não só o Auto de Infração que infringir dispositivos expressos em lei, mas também as decisões não fundamentadas. Vejamos:

Art. 18. São nulos:

- I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor Incompetente;*
- II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;*
- III - as decisões não fundamentadas;*
- IV - que não que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*
- V -em que se configure ilegitimidade passiva.*

O Julgador indeferiu a realização de diligência e prova pericial com base no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do RPAF/99, pois entende que os elementos contidos nos autos são suficientes para a decisão da lide e que tais provas pretendidas são desnecessárias em vista das que já foram produzidas nos autos.

Contudo, conforme será demonstrado mais adiante, é imprescindível a perícia no caso em concreto, pois pelo cruzamento das informações aqui arguidas e dos valores nas planilhas de detalhamentos, tanto do Fisco quanto da 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 as mercadorias.

Não merece prosperar o alegado *in decisum*, de que as mercadorias e bens autorizados pelo Convênio ICMS 74/02 para a concessão da Isenção, não abrangem as mercadorias objeto da fiscalização e autuação, pois a argueira, parafuso, porca calha, rosqueta, cruzeta, grampo, etc., coadunam como partes, peças e materiais dos aparelhos, equipamentos e máquinas, que fazem jus

a isenção assegurada, conforme bem destacou este Julgador, vejamos:

Art. 26S. São isentas do ICMS:

I - as saídas internas e interestaduais:

(...)

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

É crucial salientar que a recusa do pedido de realização da perícia resultaria na anulação do processo devido à restrição do direito de defesa. Isso se deve ao fato de que o conjunto de provas, juntamente com a descrição factual, apresenta fortes indícios de que a infração e a irregularidade alegadas pela fiscalização não ocorreram.

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

DAS RAZÕES DE IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. DAS MERCADORIAS DESTINADAS A OPERAÇÃO DE METRÔ DA BAHIA NOS PERÍODOS FISCAIS DE 01/2017, 06/2017 a 08/2017; 02/2018 e, 06/2018. ISENÇÃO DO ICMS. CONVÊNIO DE ICMS 74/2002 - CONFANZ. PEÇAS, PARTES E MATERIAIS DE EQUIPAMENTOS QUE ESTÃO SUJEITOS A ISENÇÃO

Como mencionado previamente, o Auditor Fiscal sustenta que a empresa RECORRENTE não efetuou a quitação ICMS em suas transações sujeitas à tributação nos períodos fiscais compreendidos entre 01/01/2017 e 17/12/2021.

No entanto, durante os intervalos tributários de janeiro de 2017, maio de 2017, junho de 2017, fevereiro de 2018 e junho de 2018, a empresa RECORRENTE esteve envolvida na venda de suas mercadorias para a COMPANHIA DE METRÔ DA BAHIA, que as adquiriu como consumidora final, destinando-as para a expansão do metrô em Salvador, Bahia.

De maneira similar e com o mesmo propósito, durante os períodos fiscais de maio de 2017 a agosto de 2017, também houve a comercialização das mercadorias da empresa para a CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A, que foi a empresa selecionada na licitação para conduzir as atividades relacionadas às obras do metrô.

Para respaldar a alegação apresentada, é anexada uma matéria veiculada em 30 de abril de 2019, a qual declara que a empresa CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A sagrou-se vencedora no processo licitatório para executar as atividades de expansão da Linha 1 do Sistema Metroviário Salvador - Lauro de Freitas.

Dado que a empresa RECORRENTE está envolvida na fabricação e comercialização de cabos e fios elétricos, sua participação nas obras de extensão do metrô em questão é claramente perceptível.

Nesse contexto, em plena concordância com as disposições da Lei Complementar nº 24, datada de 07 de janeiro de 1975, é relevante destacar que o Convênio de ICMS, denominado Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFANZ) nº 74/02, foi publicado no Diário Oficial da União em 05/07/2002.

Esse convênio autoriza o Estado da Bahia a implementar a isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) para as aquisições destinadas à concretização do Sistema de Trens Metropolitanos de Salvador (Metrô):

CONVÊNIO ICMS 74/02

Cláusula primeira. Fica o Estado da Bahia 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:

- MATERIAL RODANTE:

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

I - VIA PERMANENTE:

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

II - SISTEMAS FIXOS:

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

Parágrafo único. O benefício previsto nesta cláusula aplica-se, também, ao imposto devido em decorrência da aplicação do diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais.

Embora o mencionado Convênio tenha inicialmente produzido efeitos até 30 de junho de 2006, sua vigência foi estendida até 30/04/2024 por meio do Convênio ICMS da CONFAZ nº 178, datado de 01 de outubro de 2021.

CONVÊNIO ICMS Nº 178, DE Pº DE OUTUBRO DE 2021

Cláusula primeira. As disposições contidas nos Convênios ICMS a seguir indicados ficam prorrogadas até 30 de abril de 2024:

VI (...)

XLVI - Convênio ICMS nº 74/02, de 28 de junho de 2002, que 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);

Ao analisar minuciosamente por meio da comparação de dados e informações entre os montantes e períodos fiscais detalhados nos débitos consignados no Auto de Infração pela Autoridade Fiscal e os registros de vendas nos períodos correspondentes associados à infração da empresa que interpõe o recurso, é evidente que os valores estão perfeitamente alinhados e concordam numa proporção idêntica.

Dito de outra forma, os montantes que a Autoridade Fiscal interpreta como pendentes de recolhimento de ICMS são justificados pela isenção tributária válida naquele período, relativa às transações comerciais de produtos destinados à construção da extensão do Sistema Metroviário em Salvador, Bahia.

Em anexo, é apresentada uma planilha de detalhamento da empresa, onde as guias de transações de bens tangíveis correspondem precisamente aos valores que a Autoridade Fiscal considera como omissos em termos de pagamento do ICMS,

É relevante salientar que, para além do Convênio ICMS nº 74/02, bem como da subsequente extensão desse benefício através do Convênio ICMS nº 178/2021, o Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, no seu artigo 265, inciso I, trigésimo terceiro item, prevê a isenção de ICMS nas operações internas e interestaduais de mercadorias, quando destinadas à construção do sistema de trens metropolitanos de Salvador, Bahia.

Alt. 265. São Isentas do ICMS:

I - as saídas internas e interestaduais:

(...)XXXIII - a entrada decorrente de importação do exterior e as saídas internas de máquinas, aparelhos, equipamentos, suas partes e peças e materiais discriminados no Cenav. ICMS 74/Q2, 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;

Adicionalmente, como esta autoridade está ciente, o processo administrativo tributário, o se baseia no princípio da busca pela verdade material, incumbindo tanto ao contribuinte quanto a autoridade responsável pelo julgamento, a responsabilidade de esclarecer os fatos alegados. Isso requer a utilização de todos os meios legalmente aceitos para obter informações sobre a ocorrência ou ausência da infração, sempre mantendo a salvaguarda contra potenciais danos financeiros ao Fisco.

Portanto, diante da análise comparativa das planilhas e documentos anexos, e ao constatar a inexistência de qualquer prejuízo econômico para o Fisco, solicita-se pela anulação da infração e, por conseguinte, do débito juntamente com as sanções aplicadas. Esta solicitação se baseia na evidente demonstração em sentido contrário dos fatos alegados na decisão, ora recorrida.

DAS OPERAÇÕES DE ENTRADA COM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DO ICMS NA ENTRADA DE MERCADORIAS. DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO NAS OPERAÇÕES DE SAÍDA - LEI N° 4.525/1989.

Como visto no tópico anterior, o Auditor Fiscal equivocadamente entendeu que a empresa RECORRENTE deixou de recolher o ICMS por ter realizado operações tributáveis, nos períodos fiscais de 01/01/2017 a 17/12/2021.

Ocorre que, não se pode aplicar, tampouco entender que houve falta de recolhimento do ICMS no caso em concreto.

Isso porque, fora a isenção concedida no período fiscal supracitado em tópico anterior, alguns materiais da empresa RECORRENTE 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.**

Inclusive, para provar o alegado, vide planilha anexa aos autos, com todas as operações (entrada e saída), onde se ilustra no período fiscal suscitado, as compras e vendas com operação “substituição tributária”.

O regime de substituição tributária encontra-se 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:

Art. 150. (...)

(...)

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Apenas por amor ao debate, frise-se que a RECORRENTE nunca operou com a venda de suas mercadorias (saída) sem nota fiscal, pelo contrário, todos os documentos de entrada e saída juntados na presente 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.

E perceptível, portanto, que acaso o il. Julgador, houvesse concedido o pedido da perícia tema contábil no presente caso, teria realizado análise aprofundada dessas informações, e consequentemente não teria prosseguido com a instrução do auto de infração ora combatido.

DOS PEDIDOS.

Diante de todos os argumentos de fato e de direito expostos, vem a RECORRENTE requerer:

- a. conhecer do presente RECURSO VOLUNTÁRIO ao auto de infração, uma vez que tempestiva;
- b. por conseguinte, 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; seja dado provimento ao presente Recurso Voluntário, reformando integralmente a decisão anteriormente proferida para:

- c. seja reconhecida a nulidade da decisão que julgou o Auto de Infração procedente, para deferir o pedido de prova pericial contábil face ao evidente cerceamento de defesa, uma vez que analisando conjuntamente os documentos juntados ao presente recurso, será evidente a inexistência de ausência de recolhimento do ICMS no caso em apreço;
- c.2) no que tange ao mérito, requer seja reconhecida 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.

Para tanto, a RECORRENTE protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas, nos termos do artigo 150 e incisos do Decreto nº 7.629/1999, notadamente a apresentação de novos documentos e a realização de perícia técnico-contábil, visando preservar o princípio da verdade material que norteia o Processo Administrativo Tributário.

VOTO

Trata o Recurso Voluntário, de inconformismo do recorrente com decisão em Primeira Instância que manteve a Procedência total do lançamento, devido a uma infração descrita como saídas tributáveis como não tributáveis. O recorrente pede diligência para verificação de que o imposto foi pago, mas mediante as provas apresentadas, entendo não haver tal necessidade para formação de juízo de valor neste julgamento.

Vejamos o núcleo do fundamento do voto recorrido:

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.

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 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.

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.

Analizando o demonstrativo analítico do autuante, facilmente se constata se referir a mercadorias conhecidas genericamente como "ferragens" tais como arruelas, porcas sextavadas, parafusos, abraçadeiras, etc., que saíram sem tributação, e o autuante lançou a alíquota interna de 18% sobre todas as saídas que, sem débito de ICMS, totaliza R\$ 313.943,14 de imposto, acrescido de multa de 60%.

Embora parte da defesa não se aplique ao caso (alega convênio de ICMS sobre isenção nas

aquisições de mercadorias para o sistema metroviário de Salvador), o art. 265 do RICMS deixa claro que o benefício se refere a equipamentos, partes e peças discriminados no Convênio ICMS 74/02, que não guarda nenhuma pertinência com as mercadorias, exceto o fato de que poderiam ser insumos num processo industrial na implantação do metrô, mas isso o próprio autuante esclareceu, que as saídas ocorreram para destinatários diversos.

Contudo, o recorrente apresenta um outro argumento de defesa e que fez acompanhar de extensa comprovação, a de que pagou o imposto dessas mercadorias mediante substituição tributária em virtude do comando normativo do anexo II do RICMS, item 04, “ferragens”, que implica na substituição tributária em saídas internas com MVA de 20%, e fez a comprovação do recibo de depósito bancário, DAES, e demonstrativos analíticos do valor pago.

Assim, por exemplo, na fl. 125, do relatório analítico da impugnação inicial, há uma Nota Fiscal nº 67563 do dia 26.03.2018, com diversas mercadorias com o valor calculado de ICMS ST como CANALETA PERFILADA, CALHA PERFILADA, SUSPENSÃO CURTA PARA CANALETA GALVANIZADA, que integra o supracitado demonstrativo analítico do recolhimento referente ao mês março de 2018, DAE à fl. 101, no valor total de R\$ 38.767,67, com especificação de receita ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.

No campo de informações complementares do referido DAE, consta entre outras notas, esta cujo número foi acima citado, e consultando o demonstrativo do autuante, verifico que consta as mesmas mercadorias desta nota fiscal à fl. 20, CALHA PERF, CANALETA PERF, SUSPENSÃO CURTA, etc., podendo se aferir que com certeza o imposto foi recolhido por substituição tributária, e por isso há a indicação do CFOP 5405 no próprio demonstrativo do autuante, que revela ser “venda de mercadoria adquirida de terceiros em operação com substituição tributária” razão pela qual não houve débitos nas saídas, e foram confundidas como operações tributáveis como não tributáveis.

Na informação fiscal, fls. 507/508 o autuante não contesta as provas apresentadas quanto ao pagamento efetuado por substituição tributária, sobre as mesmas mercadorias autuadas. Diz que não tiveram saída para a Companhia do Metrô da Bahia - CMB e que nem mesmo estão relacionadas no Convênio que concedeu isenção, o que se presume seja verdade.

Quanto ao fato de se tratarem de mercadorias enquadradas no regime de ST, e o pagamento estar comprovado, o autuante para sustentar o lançamento, afirma que o recorrente fez utilização do crédito fiscal destas mercadorias nas entradas, e neste caso está se escorando numa provável infração que não consta neste processo – crédito indevido de ICMS decorrente de operações com mercadorias submetidas à substituição tributária, para sustentar a que lançou neste auto – saídas tributadas como não tributadas. Contudo, uma infração não pode ser mantida por eventual cometimento de infração diversa.

Agora voltemos a uma parte do voto recorrido que fundamentou a manutenção do lançamento:

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.

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 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.

Com a máxima vénia, o voto recorrido apresenta visível equívoco, com fundamento sem conexão com os fatos provados, calcados nas próprias afirmações do autuante que ao ver que o imposto estava recolhido por substituição tributária, invocou que o crédito pelas entradas foi aproveitado pelo recorrente.

Primeiro, as mercadorias comprovadamente não têm relação com obras do CMB, conforme ACÓRDÃO CJF Nº 0114-11/24-VD

atestado pelo autuante que verificou os destinatários e não são insumos, como afirmado pelo relator *a quo*.

Segundo, embora o autuante tenha sustentado o lançamento como saídas tributadas como não tributadas, invoca o crédito que alegadamente foi utilizado pelo recorrente nas aquisições, sem apresentar tal prova (apenas demonstrou em relação das notas de entrada que as compras foram feitas com destaque do imposto), mas não consta que tenham sido registradas no livro de Entradas com crédito do imposto.

Terceiro, ainda que o lançamento a crédito tenha sido feito no LRE, isto seria uma outra infração por crédito indevido em aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Quarto, o julgador de piso, mesmo com a afirmação do autuante que as vendas não se destinam às obras do CMB, fundamentou que “*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 o que também não ficou comprovado nos autos.*

Ora, o voto afirma ser insumos mesmo o autuante afirmando ser o contrário, vendas para terceiros, e não há mesmo nenhuma comprovação de retenção por substituição tributária nas notas de aquisição, mas há sim, há provas de retenção e pagamento por substituição tributária interna, efetuadas pelo próprio recorrente, nas saídas subsequentes para terceiros, e que não são vinculadas às obras do metrô, conforme atestou o autuante.

Exigiu-se no voto recorrido, uma retenção do imposto nas compras pelo remetente, o que não convém, pois tais mercadorias fazem parte do Anexo II do RICMS, e não do Anexo I, cuja compra já é feita com a retenção.

Concluo que o julgador de piso tratou as mercadorias como insumos fossem, e que o recorrente utilizou o crédito fiscal embora não haja comprovação disso (o próprio autuante afirma que as saídas não se destinaram ao metrô, mas afirma sem comprovação de que utilizou o crédito das mercadorias submetidas à ST) e que a existência desse crédito sustentaria o lançamento sem débito de imposto, uma infração diversa da que foi aventada pelo autuante e pelo relator *a quo*.

Evidente que se tais créditos indevidos na escrituração das entradas, se existem, há de se efetuar outro lançamento, não sendo possível arguir infração diversa (acrescento que sequer há comprovação) para dar viabilidade legal a um lançamento aqui em discussão, de operações tributáveis como não tributáveis.

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário. Auto de Infração IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 087016.0017/21-3, lavrado contra MAXTIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PEG/ PROFIS