

A. I. N° - 269194.0002/18-6  
AUTUADO - ETERNIT S. A.  
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOSA CARVALHO  
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28.12.2018

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0209-02/18**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Acusação respaldada em laudo técnico apresentado pelo próprio sujeito passivo. Glosa do crédito fiscal relativo a energia elétrica consumida fora da área de produção. Infração subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) PRATICA DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Falta de comprovação de retorno de mercadorias remetidas para conserto com suspensão temporária da tributação. Infração subsistente. b) DIFAL. CFOPs determinadas pelo próprio sujeito passivo para operações confirmam o destino das aquisições para o ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Infração subsistente. 3. DIFERIMENTO. TERMO FINAL. AQUISIÇÕES DE REFEIÇÕES PARA FUNCIONÁRIOS. FALTA DE PAGAMENTO. A legislação tributária estadual estabelece que nas aquisições de refeições para fornecimento aos funcionários, o imposto é deferido e se encerra na entrada do estabelecimento do adquirente. Ausência de previsão para exclusão da exigência quando se tratar de aquisições em empresas inscritas no regime do Simples Nacional. Descabimento de abatimento do imposto devido do alegado imposto pago pelo fornecedor inscrito no Simples Nacional. Infração subsistente. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. a) RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. b) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Restou comprovado que as mercadorias objeto da autuação se encontram inseridas no rol da substituição tributária. Infrações subsistentes. Não acolhidas as arguições de nulidade. Penalidade aplicada encontra amparo na legislação tributária em vigor. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Cuidam os presentes autos de exigência de crédito tributário no montante de R\$322.972,17, mais multa de 60% em face das seguintes imputações:

Infração 01 – 01.03.11 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização. Valor: R\$1.383,47. Período: Abril 2014, Julho e Agosto 2015. Enquadramento

legal: Artigo 309 do RICMS-BA/2012 c/c artigo 33 da LC 87/96. Multa: Art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96.

Infração 02 – 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor: R\$ 91.210,43. Período: Janeiro a Maio, Agosto, Outubro a Dezembro 2014, Janeiro, Março, Junho a Agosto e Outubro 2015, Fevereiro a Abril, Agosto a Outubro e Dezembro 2016. Enquadramento legal: Artigos 2º, I e 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332 do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96.

Infração 03 – 02.10.01 - Deixou de proceder a retenção do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Valor: R\$ 92.920,29. Período: Julho, Setembro, Novembro e Dezembro 2014, Janeiro 2015 a Abril 2016 e Junho a Dezembro 2016. Enquadramento legal: Artigos 7º e parágrafos, 23, § 1º e 32 da Lei 7.014/96. Multa: Art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96.

Infração 04 – 06.05.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Valor: R\$ 85.614,94. Período: Janeiro, Março a Agosto e Dezembro 2014, Janeiro a Outubro e Dezembro 2015, Janeiro a Abril, Junho a Agosto e Outubro a Dezembro 2016. Enquadramento legal: Artigo 4º, XV, da Lei 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, III, “a”, do RICMS-BA. Multa: Art. 42, II, “f”, da Lei 7.014/96.

Infração 05 – 07.02.02 – Reteve e recolheu ICMS a menos na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia. Valor: R\$ 1.468,65. Período: Janeiro, Junho, Agosto e Setembro 2014, Janeiro 2015. Enquadramento legal: Artigo 8º, II, da Lei 7.014/96 c/c art. 289, do RICMS-BA. Multa: Art. 42, II, “e”, da Lei 7.014/96.

Infração 06 – 07.02.03 - Deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento de ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia. Valor: R\$ 50.374,39. Período: Janeiro, Março a Agosto e Dezembro 2014, Janeiro a Outubro e Dezembro 2015, Janeiro a Julho, Setembro a Novembro 2014, Janeiro 2015 a Fevereiro 2016, Abril a Dezembro 2016. Enquadramento legal: Artigo 8º, II, da Lei 7.014/96 c/c art. 289, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, II, “f”, da Lei 7.014/96.

Regularmente cientificado, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 77 a 95, aduzindo o que segue.

Fala da tempestividade da Defesa, resume os fatos reproduz as Infrações. No item “II. DO DIREITO”, para a Infração 01, após reproduzir o artigos 309 do RICMS, 33 e 19 da LC 87/96 e 155 da CF, diz que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não foram observados na infração impugnada, bem como não- foram observados os artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determinam a necessidade de motivação na autuação, bem como a identificação detalhada da fundamentação que justifique as condutas que levaram à autuação e indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime, sem excesso de cobrança, como entende ocorrer no presente caso, pois alega que o autuante não trouxe elementos que comprovem a tomada de crédito de energia elétrica maior que o efetivamente consumido no processo de industrialização, razão pela qual a infração deve ser cancelada.

No item “II.2. DO RETORNO DE MERCADORIAS AO ESTABELECIMENTO DE ORIGEM E SUSPENSAÇÃO DA INCIDÊNCIA DE ICMS (Infração 02), diz que o art. 280, I, § 1º, do RICMS-BA, determina a suspensão da incidência de ICMS nas saídas internas de bens destinados a industrialização, conserto ou operações similares, desde que o retorno real ou simbólico de bem se concretize em até 180 dias. Alega que o fiscal utilizou o método quantitativo específico, mas, diz, como se verifica nos livros fiscais (docs. 3 e 4), as operações foram regularmente escrituradas e os consertos realizados retornaram à Impugnante no prazo legal, de modo que os requisitos

para a não incidência do ICMS foram cumpridos, já que devolvidos dentro do prazo de 180 dias, devendo, portanto, a infração ser considerada improcedente.

No item “II.3. DO RECOLHIMENTO DE ICMS DIFERIDO NAS ENTRADAS DE REFEIÇÕES DESTINADAS A CONSUMO DOS FUNCIONÁRIOS (Infração 03)”, reproduz o art. 286, § 2º, I, do RICMS-BA, para dizer que, pela regra de que trata, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto diferido é do adquirente, no caso a Impugnante, que, diz, cumpriu sua obrigação.

Em seguida, registra que, em sendo a empresa fornecedora da alimentação, optante pelo Simples Nacional, esta deverá efetuar o recolhimento nos moldes estabelecidos pela legislação do Simples e, por isso, afirma, a impugnante não há que recolher o ICMS pela entrada da alimentação.

Também reproduz o art. 267, VI, “b”, do RICMS-BA, para dizer que a alíquota nas entradas de refeições destinadas a consumo pelos funcionários é 4%.

Reproduzindo o art. 155, II e o seu §2º, I, bem como o art. 19 da LC 87/96, aduz que, caso não seja esse o entendimento, destaca que a Impugnante faz jus ao abatimento do valor do ICMS pago pelos fornecedores optantes pelo Simples, tendo em vista a não cumulatividade do ICMS.

No item “II.4. DO ICMS DECORRENTE DA DIFAL NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO (Infração 04)”, diz não se comprovar que os bens tenham sido adquiridos para consumo do estabelecimento ou que integraram o ativo fixo da Impugnante e que, conforme a Súmula 166 do STJ reproduzida, a mera saída física do bem para outro estabelecimento do mesmo titular, quando ausente a transferência de titularidade, não configura operação de circulação sujeita ao ICMS. Portanto, pede o cancelamento da Infração 04.

No item “II.5 DO DEVIDO RECOLHIMENTO E RETENÇÃO DO ICMS NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO (Infrações 5 e 6)” diz que as mercadorias objeto da autuação não estão sujeitas à substituição tributária e que o fisco desconsiderou os códigos de classificação fiscal de mercadorias adotados pela Impugnante.

Afirma que a acusação fiscal consiste em meras suposições e nem houve a indicação da classificação utilizada no trabalho fiscal, de modo que a exação seria ilegal por ferir à ampla defesa e ao contraditório, já que não traz qualquer fundamentação para afastar a classificação das mercadorias feitas pelo Impugnante.

Diz que a correta classificação fiscal de produtos exige a aplicação das Regras Gerais para Interpretação do Sistema Harmonizado, conforme orientação que consta no Site da Receita Federal, que transcreve.

Fala que o autuante não seguiu a referida metodologia ou, se o fez, guardou as informações. Assim, afirma que independentemente do reconhecimento ou não da nulidade do lançamento, há que reconhecer que os códigos adotados pelo Impugnante estão corretos e, portanto, não está obrigada à retenção do ICMS por substituição tributária.

Ademais, diz ter verificado que algumas NFs (doc. 5) são de operações e prestações que destinam bens e serviços a consumidor final e que, nestes casos, a responsabilidade pelo recolhimento é do destinatário.

No item “III. DA ABUSIVIDADE DA MULTA APLICADA” insurge-se a respeito da multa de 60% aplicada com fulcro no Art. 42 da Lei 7.014/1996, a qual considera de elevado percentual, e, por esta razão, não há como se negar o caráter confiscatório e restritivo da penalidade imposta, sendo cabível a aplicação por analogia do disposto no artigo 150, IV, da Constituição Federal, ou seja, utilização de tributo com efeito confiscatório. Cita e transcreve a este respeito, decisões originárias de tribunais superiores, pugnando ao final que seja julgada nula a multa aplicada, em razão do seu caráter evidentemente confiscatório.

Em conclusão requer que:

- (i) Seja cancelada a Infração 01, em virtude da ausência de débito de ICMS que justifique a cobrança;

- (ii) Seja cancelada a Infração 02, uma vez que não praticou operações tributáveis como não tributáveis;
- (iii) Seja cancelada a Infração 03, em vista da ausência de fato gerador do ICMS, visto que adquiriu as refeições de empresa enquadrada no Simples e, alternativamente, que se descontem os valores já recolhidos pelo fornecedor à título de ICMS.
- (iv) Seja cancelada a Infração 04, tendo em vista a ausência de comprovação de que as mercadorias adquiridas foram destinadas ao uso e consumo ou ao ativo fixo do estabelecimento;
- (v) Seja reconhecida a nulidade do ato de lançamento das Infrações 05 e 06, por completa ausência de fundamentação e, ultrapassada essa questão, o que se admite apenas para exercício do contraditório, que se reconheça a correção da classificação fiscal das mercadorias adotada pela Impugnante, com o consequente cancelamento das Infrações 05 e 06;
- (vi) Que as penas de multa sejam julgadas nulas, pois distorcidas da realidade dos fatos, com nítido caráter confiscatório, o que é expressamente proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Requer, ainda, que sejam as publicações, intimações e correspondências referentes ao presente processo efetuadas exclusivamente em nome de Gustavo Pinheiros Guimarães Padilha, inscrito na OAB/SP sob nº 178.268-A e Paulo Francisco Maia de Resende Lara, inscrito na OAB/SP sob o nº 250.257, ambos com escritório na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, 105, 15º andar – Cidade Monções – São Paulo/SP, CEP: 04571-010, postulando também provar o alegado por todos os meios em direito admitidos e pela juntada de documentos que venham a ser úteis à sua defesa.

O autuante presta Informação Fiscal, fls. 192 a 198, aduzindo em relação a infração 01 que trata de utilização de crédito fiscal de energia elétrica em percentual maior que o efetivamente consumido no processo produtivo, que não há muito a esclarecer, visto que a glosa do crédito tomou por base o laudo técnico de fls. 16/17 entregue pelo próprio contribuinte constando o percentual de consumo de energia elétrica na área administrativa (1,23%), cujo creditamento não é permitido pela legislação, sendo, pois, glosado, conforme os cálculos expostos no demonstrativo de fl. 15, dos autos.

Mantém a exação.

Quanto à Infração 02, informa que ela se refere não somente a remessas para conserto como menciona o Impugnante, mas também a transferência de merc. Ad. Ou rec. De terceiros, transf. De bem do ativo imobilizado transf. De material de uso ou consumo, Ven. Prod. Do estab. Quando o prod. Esteja sujeito ao reg. De subst.. trib. E outras saídas sem tributação.

Fala que o Impugnante se posicionou apenas quanto às remessas para conserto e que tratando dessas remessas sem comprovação de retorno, entende que a autuada não apresentou elementos que possibilitem a conferência, nota a nota, do retorno em tempo hábil dos itens remetidos. Aduz que se limitando a apresentar arquivos em meios magnéticos em pdf (livros de entradas e saídas) sem qualquer vinculação com as notas objeto da autuação, impede o link entre essas fontes, vistos que tais livros não discriminam os itens remetidos, razão pela qual entende não ter havido defesa para essa infração.

Mantém a exação.

Para a infração 03, relacionada a falta de recolhimento do ICMS deferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários, diz ter lastro nos artigos 7, 23 e 32 da Lei 7.014/96 e artigos 286 e 267 do RICMS-BA/2012, dispondo que a autuada é o sujeito que responde quanto ao encerramento (na entrada) da etapa de diferimento em suas operações de compras de refeições litadas no demonstrativo de fls. 20 a 23-v e que mesmo sendo tributáveis pela alíquota de 4% (RICMS: Art. 267, VI), a autuada nada recolheu.

Mantém a exação

Para a Infração 04 que se refere a cobrança de ICMS por DIFAL, após reproduzir o art. 305, § 4º, III, informa que a autuada realizou aquisições e recebimentos em transferências conforme discriminadas no demonstrativo de fls. 24 a 61 do PAF, tanto de material de uso e consumo quanto de bens para incorporação ao seu ativo imobilizado, consoante os CFOPOS 2551, 2552, 2556 e 2557. Assim, diz, o pagamento da DIFAL é devido e deveria ter sido pago na exata medida do que é indicado na coluna “difal” do citado demonstrativo.

Mantém a exação.

Para as infrações 05 e 06, diz serem relativas a operações de saídas dentro da Bahia, sujeitas ao pagamento de ICMS por substituição tributária, sendo a primeira por retenção e recolhimento a menos e a segunda por falta de retenção.

Informa que o método e os cálculos das exações constam dos demonstrativos de fls. 62 a 65, tomando como ponto de partida a BC (coluna A) utilizada pelo Impugnante para obtenção do ICMS normal (relativo à própria operação de saída), sendo somada ao valor do IPI. Sobre o montante se aplica a MVA, conforme demonstra, chegando à nova BC que, multiplicada pela alíquota interna e abatido o valor do ICMS normal destacado na NF, chega-se ao valor devido de ICMS ST (coluna “Cálc ICMS ST devido”).

Para a Infração 5, do ICMS ST devido, abate-se o ICMS ST destacado incorretamente na NF para se encontrar a diferença a recolher.

Para rebatê-las, destaca as três alegações defensivas: i) que as operações envolvidas nas duas infrações não se sujeitam à ST; ii) que a fiscalização desconsiderou os códigos –NCM – adotados pela autuada; iii) que algumas NFs tratam de operações que destinam mercadorias a consumidor final.

Para o ponto (i) diz que todas as NFs elencadas nas duas infrações estão EFETIVAMENTE sujeitas à ST. Para a Infração 5, não há dúvida, pois foi a própria autuada que tomou as mercadorias como sujeitas à ST já as classificou com o CFOP 5401 – Vem. Prod. Do estab. Quando o prod. Esteja sujeito ao reg. De subst. trib. – e NCM 681144000 (sujeito à ST).

Quanto à Infração 6, observa que a maior parte das saídas ocorreu com CFOP 5101 e 5401 e são produtos fabricados pela autuada, no caso, telhas, cumeeira e venezianas.

Aduz que para todas essas saídas, exceto a de NumDoc 106962 (aparece NCM 68118200 – mesma base do 68114000), o NCM correspondente é 68114000, que é sujeito à ST, conforme Anexo 1 do RICMS-BA/2012. Nesse anexo, as telhas, as cumeeiras possuem disposições literais e as venezianas entram como materiais afins de fibrocimento, todos enquadrados no grupo 24.35 e o MVA adotado varia conforme o ano calendário envolvido.

Informa que as demais saídas são relativas a itens revendidos, tais como lavatórios, bacias, acabamento p/ registro, torneiras, etc. Quase todos têm CFOP 5102, exceto a de NumDoc 93666, cujo CFOP (próprio de operação da ST) foi o 5405. Para todos esses casos, o NCM está contido no Anexo 1 do RICMS-BA, portanto, sujeitos à ST.

Sobre os pontos (ii) e (iii), diz que todas as NFs anexadas (99356, 98280, 100091, 109329, 92802, 70745, 83067, 83820 e 87954) não constam da lista de NFs objeto dessas duas infrações. Portanto, diz, a alegação defensiva não faz sentido.

Mantém as exações, ratifica todo o procedimento fiscal e pugna pela procedência do AI.

## VOTO

O Auto de Infração em exame acusa cometimento de seis infrações à legislação do ICMS.

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 recibo de fls. 06, 12 e 67, 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) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (CD de fl. 66); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise. Afasto, pois, a nulidade suscitada.

Trata-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).

O sujeito passivo, empresa em recuperação judicial como declarado na Impugnação, para a Infração 01, sem atacar o mérito, suscitou a nulidade do lançamento de ofício alegando falta de motivação; deficiência na fundamentação e falta de elementos comprovadores do cometimento da infração.

Não há como prosperar a arguição defensiva, haja vista que a descrição da irregularidade foi feita de forma clara e objetiva. Ademais, para todas as infrações, o lançamento tributário se faz acompanhar de demonstrativos contendo a indicação dos documentos fiscais objeto de autuação e demais expressões das irregularidades constatadas, cujas cópias, como acima indicado, foram entregues ao autuado, elucidando e discriminando todos os dados necessários para o entendimento das infrações, dos valores apurados e da metodologia empregada no procedimento fiscal.

Para todas as exações, o AI consigna os dispositivos legais dados como infringidos, aduzindo as respectivas motivações, com a indicação dos fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade e o objeto do ato de constituição do crédito tributário, permitindo a compreensão das irregularidades e esclarecendo a motivação da autuação.

Especificamente para a Infração 01, a exação fiscal tem suporte no demonstrativo de fl. 15 em que se detalha a glosa do percentual de energia elétrica não consumido no processo produtivo, percentual este declarado pelo próprio sujeito passivo, pois esposado no laudo técnico para determinação do índice de aproveitamento de crédito do ICMS nas faturas de energia elétrica, conforme LC 102/2000 (fls. 16/17), tendo o contribuinte autuado como solicitante, uma vez que apenas quando consumida no processo de industrialização, a aquisição de energia elétrica proporciona crédito fiscal (LC 87/96: Art. 33, II, "b"; RICMS-BA: Art. 309, IV, "b").

Infração subsistente.

Para a Infração 02 que, conforme se vê no demonstrativo de fls. 18-19-v que contempla várias ocorrências de saídas sem tributação de ICMS efetuadas pelo contribuinte autuado (remessas para conserto como menciona o Impugnante, mas também a transferência de merc. Ad. Ou rec. De terceiros, transf. De bem do ativo imobilizado transf. De material de uso ou consumo, vem. Prod. Do estab. Quando o prod. Esteja sujeito ao reg. De subst.. trib. E outra saídas sem tributação), a alegação defensiva, ainda que genericamente, cita apenas ocorrências de remessas para conserto que diz terem os bens retornados dentro do prazo legal de suspensão tributária (180 dias). Como elemento de prova da alegação juntou mídia digital contendo apenas arquivos pdf de livros de

entrada e saídas, sem que, nem para as ocorrências de remessa, demonstre o efetivo retorno dos bens vinculando os respectivos documentos fiscais de saída e retorno.

Ora, o art. 123 do RPAF expressa que, sob pena de preclusão do direito a salvo de específicas impossibilidades, a Impugnação ao AI deve se fazer acompanhar da prova documental.

Eis a redação:

*Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.*

*§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:*

*I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportunamente, por motivo de força maior;*

*II - se refira a fato ou a direito superveniente;*

*III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.*

Assim, considerando as provas da acusação constituída nos autos, cujos dados decorrem da escrituração fiscal que o contribuinte informou ao fisco como fiel retrato da sua movimentação empresarial com repercussão tributária e que o Impugnante oportunamente não apresentou elementos de provas suficientes para ilidir a acusação fiscal no todo ou em parte, tenho a infração como subsistente.

A Infração 3 se refere à falta de pagamento do ICMS diferido nas aquisições de refeições destinadas ao consumo por parte dos funcionários do estabelecimento autuado. Apesar de reconhecer, à luz do Art. 286 do RICMS/12, que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto diferido é do adquirente das refeições, o Impugnante sustenta que sendo a empresa fornecedora da alimentação optante do regime do Simples Nacional, não lhe cabe recolher o imposto nas aquisições das refeições, questionando, ainda, a aplicação da redução da base de cálculo do ICMS de forma que a carga tributária seja equivalente a 4%.

Analizando os argumentos defensivos vejo inicialmente que não há insurgência em relação à responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido mas aquisições de refeições. O protesto se relaciona a dois fatores, os quais passo a apreciar.

O primeiro, que sendo o fornecedor das refeições contribuinte submetido ao regime do Simples Nacional, cabe a este o pagamento do imposto. Ocorre que tal argumento não se sustenta, pois, o Art. 286 do RICMS/BA estabelece que nas aquisições de refeições para fornecimento aos funcionários, o imposto é diferido e se encerra na entrada do estabelecimento do adquirente, não havendo, inclusive, qualquer previsão de exclusão quando se tratar de aquisições em empresas inscritas no regime do Simples Nacional. O segundo, é quanto ao abatimento de imposto pago pelo fornecedor que não cabe ao caso, por falta de previsão legal.

Quanto à questão da redução da base de cálculo, vê-se através dos demonstrativos de fls. 20 a 23-v, que sendo operações internas, foi corretamente observada a tributação sob a alíquota de 4%.

Infração subsistente.

A Infração 04 se refere à ICMS por DIFAL e a impugnação se resume na alegação de falta de comprovação de que os bens tenham sido adquiridos para consumo do estabelecimento ou que integraram o ativo fixo da Impugnante e que, conforme a Súmula 166 do STJ reproduzida, a mera saída física do bem para outro estabelecimento do mesmo titular, quando ausente a transferência de titularidade, não configura operação de circulação sujeita ao ICMS.

Essa exação fiscal tem suporte no demonstrativo de fls. 24-61 e a alegação defensiva não se sustenta porque contradiz a escrituração fiscal - única capaz de produzir efeitos jurídicos - efetuada pelo próprio sujeito passivo utilizando os seguintes CFOPs: 2551 - Compra de bem para o ativo imobilizado; 2552 – Transferência de bem do ativo imobilizado; 2556 – Compra de material para uso ou consumo e; 2557 – Transferência de material para uso ou consumo.

Operações com tais CFOPs se submetem à tributação complementar mediante exigência de ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais (Lei 7.014/96: Art. 4º, XV;

RICMS-BA/2012: Art. 305, § 4º, III, “a”) e por serem operações interestaduais em que para efeito de ICMS a autonomia dos estabelecimentos se impõe, a Súmula 166 do STJ não se aplica.

Infração subsistente.

As infrações 05 e 06, se referem, respectivamente, a retenção e recolhimento a menos e falta de retenção de ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, além da nulidade arguida, a alegação defensiva é: a) que as mercadorias não se submetem à ST; b) que o fisco desconsiderou os códigos de classificação fiscal de mercadorias adotados pela Impugnante; c) que algumas NFs (doc. 5) são de operações e prestações que destinam bens e serviços a consumidor final e que, nestes casos, a responsabilidade pelo recolhimento é do destinatário.

Por sua vez, o autuante, explicando os detalhes expostos nas planilhas que os compõem, informa que o método e os cálculos das exações constam dos demonstrativos de fls. 62 a 65.

Para rebatê-las, destaca as três alegações defensivas: i) que as operações envolvidas nas duas infrações não se sujeitam à ST; ii) que a fiscalização desconsiderou os códigos –NCM – adotados pela autuada; iii) que algumas NFs tratam de operações que destinam mercadorias a consumidor final.

Sobre os pontos (ii) e (iii), diz que todas as NFs anexadas (99356, 98280, 100091, 109329, 92802, 70745, 83067, 83820 e 87954) não constam da lista de NFs objeto dessas duas infrações. Portanto, diz, a alegação defensiva não faz sentido.

Antes de me pronunciar acerca da autuação, observo que os argumentos de nulidade apresentados pela defesa se confundem com o próprio mérito, razão pela qual os analiso em conjunto.

Assim é que examinando o demonstrativo elaborado pelos autuantes, fls. 62 a 65, base para a autuação, constatei que: a) de fato, as NFs anexadas pelo Impugnante não constam da autuação; b) as mercadorias nele relacionadas são: telhas, cx acopladas, lavatórios, bacias, cumeeiras, base reg gaveta, torneiras, venezianas, todas sujeitas à ST, inclusive, assim consideradas pelo próprio autuado que, no caso da Infração 05, as classificou com o CFOP 5401 – Vem. Prod. Do estab. Quando o prod. Esteja sujeito ao reg. De subst. trib. – e NCM 681144000 (sujeito à ST).

Com base na descrição supra, verificando o RICMS/2012, para o período vigente à época dos fatos geradores indicados no presente Auto de Infração, temos que:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento. (grifo não original).

Consultando o acima mencionado Anexo 1 do Regulamento do ICMS 2012, redação vigente em 2013, vejo que as mercadorias objeto da autuação, acima mencionadas, estão sujeitas à substituição ou antecipação tributária, conforme abaixo:

**Item 24.35**

*Caixas d'água, tanques e reservatórios e suas tampas, telhas, calhas, cumeeiras e afins, de fibrocimento, cimentocelulose ou semelhantes, contendo ou não amianto.*

Portanto, as mercadorias alcançadas pelo lançamento constante nas infrações 05 e 06, ao contrário do quanto arguido pela defesa, são sujeitas à substituição tributária, e não se trata de desclassificação fiscal da metodologia dita empregada pela autuada, que, a rigor, não apontou qual a correta classificação fiscal dos referidos produtos. Friso que, a rigor, na situação presente, existe a indicação expressa de que as mercadorias se encontram no rol da substituição tributária, não se tratando, portanto, de desclassificação de código fiscal indicado pelo contribuinte.

Em vista do quanto exposto, estando o lançamento devidamente demonstrado, possibilitando ao autuado amplo meio de defesa e que no mérito, a autuada não apontou qualquer erro de cálculo acaso cometido pelo autuante, afasto a arguição de nulidade e no mérito tenho subsistentes as infrações 05 e 06.

Quanto a irresignação do autuado em relação ao percentual de 60% da multa aplicada e sua natureza confiscatória, observo que ela é a legalmente prevista pela Lei nº 7.014/96 e está

corretamente indicada para as infrações constantes nestes autos. Também não se inclui na competência deste órgão julgador administrativo a declaração de constitucionalidade de norma vigente, conforme estabelece o Art. 167, inciso I do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Quanto ao pedido do autuado para que as publicações e intimações referentes ao presente processo sejam efetuadas exclusivamente em nome dos advogados indicados em sua peça defensiva, ressalto que no foro administrativo embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa ou outros estabelecimento do aglomerado empresarial, mas sim à parte envolvida na lide, conforme previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA, nada obsta que seu pleito seja atendido, razão pela qual, o setor competente desta SEFAZ poderá atender ao seu pleito. Ressalto, entretanto, que pelo fato de não haver obrigatoriedade quanto ao atendimento do solicitado, o não atendimento não enseja a nulidade do PAF, uma vez que a presente lide ainda se encontra na esfera administrativa, e a autuada tem endereço regularmente cadastrado e, igualmente, seus sócios, obedecendo ao quanto disposto no Art. 127 do Código Tributário Nacional – CTN como regra, ou seja, a eleição do domicílio tributário do sujeito passivo.

Aliás, ainda a este respeito, através da Lei nº 13.199, de 28/11/2014, foi alterado o Código Tributário do Estado da Bahia (art. 107-D) sendo instituído o domicílio tributário eletrônico neste Estado, sendo obrigatório para todos os seus contribuintes. Passou ele a ser o canal oficial da Secretaria da Fazenda com seus contribuintes, para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos. E através dele, os advogados da empresa poderão ser comunicados por tal meio, na condição de “Perfil3”, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF, oportunidade na qual o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da procuração.

Por fim, destaco que, conforme determinações legais, as sessões de julgamento deste Colegiado são publicadas no Diário Oficial do Estado (art. 49 do Regimento Interno deste CONSEF) e no site da Secretaria da Fazenda, podendo os representantes da empresa, o patrono da empresa, quando da sessão de julgamento fazer a sua sustentação oral sem qualquer impedimento, já que são elas públicas.

Em suma, considerando consistência das infrações cometidas e tendo em vista a fragilidades das argumentações defensivas, vislumbro tratar-se de mera procrastinação para cumprimento das obrigações tributárias exigidas, constituindo-se, o caso, em mera opção por geração de passivo tributário.

Voto pela Procedência do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269194.0002/18-6** lavrado contra **ETERNIT S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$322.972,17**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, incisos VII “a”, II “a”, “f” e “e”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala de sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR