

PROCESSO	- A. I. 269141.0005/19-6
AUTUADA	- COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO COROA LTDA.
AUTUANTE	- MARCO ANTÔNIO MACHADO DE ABREU
ORIGEM	- DAT/NORTE INFAZ/RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 19.11.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0210-02/19

EMENTA: ICMS. APURAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOR. Devidamente comprovado, pelos demonstrativos elaborados pelo autuante, de que o sujeito passivo não tributou corretamente as saídas de mercadorias sujeitas à tributação, dando, às mesmas, tratamento de mercadorias submetidas à substituição tributária, com encerramento de tributação. A infração é subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, ora apreciado, foi lavrado em 29 de março de 2019 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$871.753,60, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **03.02.04**. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2016. Consta na descrição dos fatos: *“Tratam-se de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, alíquota indevida ou com erro na determinação da carga tributada (ECF)”* (Mantida a grafia original).

A empresa autuada, por seu advogado, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 19 a 21, onde, após resumir a acusação, indica que as mercadorias apontadas como recolhidas a menor o ICMS, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, alíquota indevida ou com erro na determinação da carga tributada na ECF, não procede, eis que, desta relação de mercadorias foram incluídas mercadorias que estão no regime da substituição e antecipação tributária com encerramento da tributação porque são mercadoria de uso da construção civil e papelaria.

Esclarece ter, a suposta irregularidade apurada, surgido quando o autuante interpretou a mercadoria com o NCM, pois existe NCM para mercadorias tanto tributada quanto sob o regime de antecipação e substituição tributária, como por exemplo a NCM 39259000, utilizada tanto para balde de uso na construção civil, que é antecipado, quanto para os demais baldes que são tributados.

Alega ter sido apurado que os produtos dos grupos das NCM 3209, 3917, 3918, 3506, 3922, 9609 e outros são tributados, quando, na realidade, são do regime da substituição e antecipação tributária.

Assim, as mercadorias relacionadas no demonstrativo de débito a menor em operações com ECF (erro na determinação da carga tributária demonstrativo analítico e demonstrativo de débito a menor), erro na determinação da alíquota (CFOP x UF), apresentadas em anexo ao Auto, não correspondem à realidade, eis que foram consideradas mercadorias sob o regime de substituição e antecipação tributária que encerrou a fase de tributação como mercadorias tributadas, arremata.

Fala ser o suposto recolhimento a menor do ICMS, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, alíquota indevida ou com erro na determinação da carga tributada (ECF), improcedente, diante do fato de terem sido

consideradas, pelo autuante, em sua apuração, mercadorias sob o regime de substituição e antecipação tributária que encerrou a fase de tributação como mercadorias tributadas.

Tendo como demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, requer que seja acolhida a presente impugnação para o fim de assim ser decidido, julgando totalmente improcedente o Auto de Infração, cancelando-se o débito fiscal reclamado, com fundamento no artigo 142, do Código Tributário Nacional, por ser de Direito e merecida Justiça.

Informação fiscal, constante às fls. 31 e 31-verso, esclarece ter o contribuinte sido autuado por recolhimento a menor do ICMS decorrente de saídas tributadas a menor do ICMS em função de saídas tributadas como não tributadas, alíquota indevida ou erro na determinação da carga tributada (ECF).

Após resumir os termos defensivos, especialmente a alegação de improcedência diante do entendimento de que as saídas seriam de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária destinadas a uso na construção civil e papelaria, não apresentando nenhum elemento de prova mostrando que as dezenas de mercadorias elencadas nesta infração encontram-se na situação especulada, ou seja, que façam parte do regime de substituição tributária.

Assevera ter o contribuinte generalizado e considerado que, em sendo uma mercadoria com NCM listado no Anexo 1 do RICMS-BA, elas fariam parte da substituição tributária, independente de descrição, uso ou finalidade.

Ressalta que, pontualmente, fez algumas observações, sempre afirmando que as mercadorias fazem parte do regime de substituição tributária, para as quais tece as devidas considerações:

NCM 39250000: alegou que baldes tanto podem ser do regime de substituição tributária, ou não. Não cita especificamente quais seriam do regime e não anexa qualquer instrumento de prova;

NCM 3209: mercadorias com esta NCM fizeram parte da substituição tributária em exercícios anteriores a 2016. Massa corrida Coral (NCM 3209.9000) com saídas em 01, 02 e 03/2016 e Fixador de cal Globofix (NCM 3209.1010) com saídas em 01, 02 e 03/2016, por exemplo, passaram a ter tributação normal.

NCM 3917: nem todos os produtos desta NCM são destinados a uso na construção civil, papelaria ou outros citados no Anexo 1 do RICMS-BA. São exemplos: Mangueira de jardim (NCM 3917.3900) com saídas em 01, 02 e 03/2014 e Mangueira de gás (NCM 3917.3290) com saídas em 02, 04 e 06/2014.

NCM 3918: exemplifica mercadorias onde facilmente se percebe que não são revestimentos de PVC e outros plásticos, conforme descrito no Anexo 1 (item 24.5) do RICMS-BA: Bloco EPS isopor (NCM 3918.9000) com saídas em 01, 02 e 03/2015 e Fita zebra (NCM 3918.9000) com saídas em 08, 09 e 10/2015, sendo a tributação normal.

NCM 3506: o Anexo 1 do RICMS-BA descreve diversas mercadorias com esta NCM que se enquadram no regime de substituição tributária – item 24.92 (colas ou adesivos); item 25.9 (gomas até 31/12/2014); item 27.41 (colas escolares); item 40.6 (colas e impermeabilizantes para alvenaria, madeira e cerâmicas); item 40.9 (indutos e massas para acabamento, pintura e vedação). Porém, nem todas as mercadorias com esta NCM se enquadram nestas situações, como por exemplo: Fita dupla face acrílica (NCM 3506.1090) com saídas em 10 e 12/2015; Passa roupa Sonho gatilho (NCM 3506.9120) com saída em 03 e 08/2015.

NCM 3922: Prateleira multiuso (3922.2000) com saídas em 05 e 09/2014 e Rodapé de angelim (3922.9000) com saídas em 01, 02 e 03/2014, não são banheiras, pias, lavatórios, bidês, assentos, tampas ou caixas de descarga, conforme descrito no Anexo 1 (item 24.9) do RICMS-BA. A tributação para estes produtos é normal.

NCM 9609: houve autuação apenas para o exercício 2016, quando mercadorias, a exemplo de lápis, lapiseira, grafite, giz (Anexo 1, item 27.15, do RICMS-BA) não mais faziam parte do regime de substituição tributária.

Opina, pois, pela procedência do Auto de Infração.

Presente na sessão de julgamento, o advogado da empresa abriu mão da realização de sustentação oral, se limitando a acompanhar o julgamento.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada, qual seja, o recolhimento a menor do ICMS por erro na apuração dos valores do imposto, quando das saídas das mercadorias.

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 RPAF/99.

Observo que a empresa autuada foi devidamente cientificada do início da ação fiscal, e intimada a apresentar livros, documentos e/ou prestar informações, em 02/01/2019, através do seu DTE, na forma dos elementos contidos às fls. 04 e 05, tomou conhecimento do teor da acusação (fls. 16 e 17), recebendo cópia da mídia encartada à fl. 15, e pode exercer de forma plena e absoluta o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

Não tendo sido suscitadas questões preliminares a serem analisadas, adentro no mérito da autuação.

A defesa alega terem sido lançados valores correspondentes a mercadorias sujeitas à substituição tributária, atribuindo tal fato ao autuante ter apenas se guiado pela NCM dos produtos, o que seria um erro, diante de que algumas mercadorias de mesma NCM podem ser tidas como tributadas ou sujeitas à substituição tributária, as quais enumera como equivocadas, no que foi refutada pelo autuante.

A matéria, então, se resume à análise de cada uma daquelas NCM indicadas na peça impugnatória apresentada, o que passo a fazer.

Antes, porém, a título de exemplo, analisarei algumas das inseridas nos demonstrativos analíticos elaborados pelo autuante, iniciando no exercício de 2014 pelo produto “bloco de espuma 1620000”, de NCM 3921.1390. No Anexo 1 ao RICMS/12, vigente no período, os itens 24.7 e 24.8 contêm a NCM raiz 3921.

Entretanto, esta NCM em tais itens, se reporta a “veda rosca, lona plástica, fitas isolantes e afins” e “telhas plásticas, chapas, laminados plásticos em bobina, para uso na construção civil”, respectivamente. Como bem sabido, para a aplicação da substituição tributária o critério a ser utilizado, e a própria defesa indica em sua peça, é a NCM combinada com a descrição da mercadoria. Por este critério, claro está não se enquadrar a mercadoria “bloco de espuma” nos itens acima nominados, o que lhe confere tributação normal.

O mesmo ocorre com a mercadoria “mangueira trançada 3/4”, de NCM 3917.3229, uma vez que no Anexo 1 ao RICMS/12, naquele ano (2014), a NCM raiz 3917 estava prevista para fins de substituição tributária para os produtos elencados no item 24.4, a saber “tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões) de plásticos, para uso na construção civil”, igualmente diversos da mercadoria mangueira.

Idêntica situação do produto “forro angelim pedra 10 x 1cm”, com NCM 6303.9990, distinto dos elencados como “persianas de materiais têxteis” presente no item 24.28 do Anexo 1 ao RICMS/12.

Como já dito acima, estes são apenas alguns poucos exemplos dos produtos em relação aos quais a empresa autuada tributou equivocadamente a menor, dando saídas sem tributação, quando deveriam ter a tributação cheia de 17% ou 18%, vez que produtos tributados pelo ICMS.

E aqui se percebe, claramente, que o argumento defensivo de que para uma mesma NCM existem produtos com tributações diversas, tributados e com substituição tributária, procede. Apenas a empresa autuada não atentou para isso quando da tributação de diversos produtos, como os acima elencados.

Quanto àquelas NCM expressamente mencionadas na defesa, inicialmente entendo pertinente esclarecer que, muito embora a Carta Magna estabeleça em seu artigo 5º, ao abordar os direitos e garantias individuais, no inciso LV garanta “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e Recursos a ela inerentes”, neste dispositivo, evidentemente, encontra-se embutida a possibilidade de apresentação de prova.

Se é certo que, por exemplo, em direito penal, cabe, sem qualquer reserva, a “prova por amostragem”, à vista, inclusive de diversas decisões de Tribunais Superiores, em direito tributário tal conceito não pode ser adotado de forma ampla, como vemos no exemplo no julgamento do STJ no AgRg no REsp 659521/SP, no qual o relator, ministro Francisco Falcão, exarou a seguinte Decisão:

“EMENTA PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido entendeu que no mandado de segurança, mesmo que preventivo, a **necessidade de prova documental pré-constituída impede a aceitação de amostragens** ou eventuais levantamentos elaborados unilateralmente pela impetrante e, ‘in casu’, nem isto foi apresentado, restando inadequada a via do mandado de segurança, instrumento constitucional que serve também para evitar lesão futura, mas desde que a direito decorrente de relação jurídica certa e determinada. (Grifos do relator).

A propósito, Paulo Bonilha, em seu livro Da Prova no Processo Administrativo Tributário, às fls. 69, após conceituar prova como “a soma dos fatos produtores da convicção da autoridade julgadora, apurados no processo administrativo tributário”, afirma na p. 78 que “o poder de instrução das instâncias de julgamento administrativo não pode implicar invasão ou substituição do dever das partes de carrear prova aos autos”, o que significa dizer que cabe apenas e tão somente à impugnante trazer tais provas relativas aos demais produtos tidos como submetidos à substituição tributária, contudo, não estão presentes nos autos.

Isso porque, no contencioso tributário, não poderá ser negado, ao contribuinte, o direito pleno de defesa, podendo o mesmo se utilizar de todos os meios de prova admitidos em lei, aliás, neste caso, inverte-se o ônus da prova, passando exclusivamente a este a responsabilidade da apresentação de elementos de provas que demonstrem as inverdades apuradas através de procedimento administrativo tributário que, por sinal, oferecendo, assim, maior possibilidade de apreciação objetiva e segura quanto às conclusões extraídas de seus resultados, de tal sorte que as provas produzidas sejam realizadas em toda sua extensão e amplitude, assegurando amplas prerrogativas e garantias de defesa ao contribuinte, para que o mesmo não seja onerado além do expressamente previsto na lei tributária.

Esta não faz distinção, não havendo preterição de qualquer uma das partes, devendo triunfar sempre a verdade material e formal dos fatos. Cabe, a princípio, à administração fazendária o ônus da prova no ilícito tributário, mesmo que a base de cálculo do montante devido seja determinada por arbitramento, o que não foi o caso em tela.

Todavia, a norma legal não conferiu, ao sujeito passivo, o poder de se eximir de sua responsabilidade através da recusa ou impossibilidade da entrega dos elementos materiais à apreciação objetiva e prevista na legislação tributária.

No presente caso, também não se pode aventar eventual aplicação da regra contida no artigo 333 do antigo Código de Processo Civil, sabidamente aplicado de forma subsidiária ao processo administrativo fiscal de Estado da Bahia, na forma de previsão legal, sendo o ônus desta prova especificamente, do sujeito passivo, vez que os documentos que elidiriam a infração estão em seu poder, compondo a sua escrituração, documentação e arquivos.

Dessa forma, não fazendo a produção da prova necessária, incorreu a defendente na regra do artigo 143 do RPAF/99, que determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, razão pela

qual não posso admitir a sua argumentação defensiva quanto a outros itens da autuação não apontados, sequer aceitar que a prova seja produzida por amostragem, até pelo fato de ter feito as verificações e checagens tidas como necessárias para a elucidação da lide.

Assim, o contribuinte listou especificamente as NCM 3209, 3917, 3918, 3506, 3922, 9609, além da 3925.9000.

A 3209 no exercício de 2014, vigia apenas para “tintas, vernizes e outros” (item 40.1 do Anexo 1 ao RICMS/12); em 2015, permaneceu na substituição tributária para os mesmos produtos, no mesmo item, ao passo que em 2016, migrou para o item 16.1 (tintas e vernizes).

Foi encontrada operação de saída de “verniz vitral”, com a NCM 3213.1000, em 2014. Entretanto, no Anexo 1 ao RICMS/12 esta NCM previa substituição tributária, ou seja, saídas sem tributação para o produto de NCM 3213.1000 “tinta guache”, item 27.1, diverso dos vernizes acima referidos.

Quanto a NCM 3917, já foi abordada linhas acima, ao falarmos acerca da mercadoria “mangueira flexível”, vigorando a substituição em 2014 para aquela NCM, apenas em relação aos produtos “tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção civil”, mesma situação de 2015 (item 24.4 do Anexo 1 ao RICMS/12).

Em 2016, esta NCM se encontrava em dois itens do Anexo 1 ao RICMS/12: o 1.2 (peças, componentes e acessórios para veículos automotores) e o 8.6. Entretanto, não foram indicados pela defesa, nem encontrados nas verificações efetuadas, produtos comercializados pela empresa autuada que se enquadrassem nestas hipóteses.

No caso da NCM 3918, temos que em 2014 e 2015, ela se encontrava presente no item 24.5 do Anexo 1 ao RICMS/12, com a seguinte descrição: “revestimento de pavimento de PVC e outros plásticos”. Em 2016, a NCM 3918.1 se encontrava nos itens 1.3 (peças, componentes, e acessórios para veículos automotores - protetores de caçamba) e 8.7 somente com a raiz 3918 (revestimento de pavimento de PVC e outros plásticos).

Os produtos arrolados na autuação com tal NCM 3908 foram, por exemplo, em 2015 “acqua kap 30cm x 30cm preto kit C/6PCS 160303”, NCM 3918.9000, constante nas notas fiscais 650.530, de 04/01/2015 e 691.662, de 06/04/2015, “bloco eps (isopor) h-8 1200x400x80mm”, na nota fiscal 724.286, emitida em 08/07/2015. Já em 2016 “bota sola amarela n. 42”, de NCM 3918.1000, contido na nota fiscal 888.497, de 07/01/2016, “fita zebrada 70 mm x 100m worker”, na nota fiscal 888.892, emitida em 08/01/2016, com NCM 3918.9000, “bloco EPS (isopor) h7 1200x400x70mm”, de NCM 3918.9000, tal qual nos exemplos anteriores, não se enquadram na descrição das mercadorias que estariam sujeitas à substituição tributária, listadas no Anexo 1 ao RICMS/12, o que leva ao não acolhimento do pleito defensivo.

Para o ano de 2014, a mesma situação se repete em relação aos produtos comercializados com esta NCM, e diante do já exposto, devem ser mantidos os produtos inseridos no demonstrativo da autuação, por não se caracterizarem pelas suas descrições, com aqueles sujeitos à substituição tributária.

Em relação à NCM 3506, esclareço que no ano de 2016, esta não se encontrava no rol do Anexo 1 ao RICMS/12. Logo, todas as operações de mercadorias com a mesma deveriam ser tributadas normalmente.

Não foi, entretanto, o procedimento da empresa autuada. Tomo por exemplo, a mercadoria “cola madeira Amazonas uso geral 250g” (NCM 3506.1090), comercializada em 30/12/2016 através da nota fiscal 1.090.483, sem qualquer tributação. Mesma situação da mercadoria “adesivo 17g”, (NCM 3506.1090) vendido em 25/11/2016 através da nota fiscal 1.068.364, igualmente sem tributação na saída.

Para 2014, apesar da previsão de diversos produtos, não foram verificadas vendas com tal NCM, ao passo que em 2015, no item 24.92 “produtos de qualquer espécie utilizados como colas ou adesivos, acondicionados para venda a retalho como colas ou adesivos, com peso líquido não superior a 1 kilo, exceto cola bastão, cola instantânea e cola branca escolar”, item 27.41 “colas

escolares branca e colorida, em bastão ou líquida - 3506.10.9 e 3506.91.9”, item 40.6 “produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas (exceto cola escolar branca e colorida em bastão ou líquida nas posições 3506.10.90 e 3506.9190) e adesivos. 2707, 2713, 2714, 2715, 3214, 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807” e item 40.9 “indutos, mástiques, massas para acabamento, pintura ou vedação – 3214, 3506, e 3910” estavam sujeitos à substituição tributária.

Constato operação com o produto “fita dupla face banan 12x2 Norton”, NCM 3506.9190, comercializada em 13/02/2015, através da nota fiscal 671.838. Neste período, vigorava a substituição tributária para “colas escolares branca e colorida, em bastão ou líquida - 3506.10.9 e 3506.91.9”, e tendo em vista o produto comercializado não corresponder à descrição contida na legislação, ainda com a mesma NCM, não assiste razão à empresa autuada.

Encontro, ainda, a mercadoria “passa roupa Sonho gatilho 500ml”, NCM 3506.9120, vendida através da nota fiscal 683.636, emitida em 14/03/2015, sem tributação. Todavia, o Anexo 1 ao RICMS/12, não prevê substituição tributária para tal mercadoria, sequer a sua NCM correspondente, o que justifica o acerto do autuante.

Por fim, como mercadoria arrolada no período, “fita dupla face acrílica 09mmx02m Vonder”, NCM 3506.1090, cuja saída do estabelecimento autuado ocorreu através da nota fiscal 806.914, de 24/10/2015, e que se enquadra no mesmo caso da fita dupla face acima analisado, vez que o item 27.41 do Anexo 1 ao RICMS/12 determina a substituição tributária para “colas escolares branca e colorida, em bastão ou líquida - 3506.10.9 e 3506.91.9”, o que definitivamente não se enquadra neste produto analisado

Quanto à NCM 3922, em 2014 e 2015, a substituição tributária estava prevista no item 24.9 do Anexo 1 ao RICMS/12, para os produtos “banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, caixas de descarga e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos”, ao passo que em 2016, no item 8.13 do mesmo Anexo, para os produtos “banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, caixas de descarga e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos.”

Foram comercializadas, sem tributação alguma em 2014 pela autuada, mercadorias como “armário p/ banheiro branco”, NCM 3922.9000, na nota fiscal 448.336, de 03/01/2014, “kit acessório p/banh 5pc Atlantis”, de NCM 3922.9000, na nota fiscal 450.055, emitida em 06/01/2014, “suporte Aquapluv style branco”, NCM 3922.9000, na nota fiscal 451.614, de 08/01/2014, “kit Verona p/banh. 9pc crom.cristal”, ainda com a NCM 3922.9000 (nota fiscal 452.035, de 09/01/2014), “rodapé angelim pedra 7x1.5cm 1m”, também com a mesma NCM 3922.9000, como visto na nota fiscal 455.963, datada de 15/01/2014.

Como visto, a exceção do rodapé, os demais produtos são utilizados em sanitários, todavia não se caracterizam como de “usos sanitários ou higiênicos”, razão suficiente para a manutenção no lançamento. Nos demais exercícios, as mesmas situações se repetem, para idênticos produtos.

Para a NCM 9609, são pertinentes as seguintes observações: em 2014 nenhum produto com tal NCM tinha previsão para substituição tributária, o mesmo acontecendo em 2016. No ano de 2015, existia a previsão para substituição tributária para os produtos de NCM 9609, constante no item 27.15 (artigos de papelaria), a saber, “lápiz, minas, pastéis, carvões, giz para escrever ou desenhar e giz de alfaite”.

Assim, em 2015, não se constatou no levantamento qualquer produto com tal NCM, ao passo que aqueles comercializados em 2014 e 2016, não foram tributados corretamente, a exemplo dos seguintes: “lápiz preto n.º 2”, constante da nota fiscal 1.014.229, de 12/08/2016, “lápiz preto tris collection glitter com borracha”, da nota fiscal 1013.835, datada de 11/08/2016, “lápiz de cor flex 12 cores”, inserido na mesma nota fiscal anteriormente citada, dentre muitos outros casos.

Por fim, para a NCM 3925.9000, em 2014, o item 24.11 do Anexo 1 ao RICMS/12 estabelecia a substituição tributária para “telhas, cumeeiras e caixas d’água de polietileno e outros plásticos –

3925.1, 3925.9”, sendo constatado que as operações realizadas pela autuada sem tributação foram com produtos como “bocal Aquapluv 125x88mm bege”, que segundo o site do seu fabricante, disponível em https://www.tigre.com.br/bocal-retangular-esquerdo-aquapluv-style?gclid=EAIaIQobChMIiu2_nKyQ5QIVkQyRCh2zmwRmEAAAYASAAEgIWSvD_BwE, se constitui na peça que *“faz a ligação da calha que capta a água da chuva que cai nos telhados ao tubo de descida....permite o fechamento do lado esquerdo da calha”*, ou seja, não corresponde aos materiais cuja previsão de substituição tributária ocorre, tendo, pois, tributação normal, ao contrário do procedimento adotado pela autuada, na emissão da nota fiscal 447.662, em 02/01/2014, com indicação da NCM aqui analisada (3925.9000).

Também no mesmo documento fiscal verifico a mercadoria de mesma NCM 3925.9000 descrita como “cabeceira direita Aquapluv beiral 125 mm bege”, que igualmente de acordo com informação do fabricante em https://www.tigre.com.br/cabeceira-direita-aquapluv-style?gclid=EAIaIQobChMIrNHcgquQ5QIVGY7ICh0mAA50EAAAYASAAEgI5JfD_BwE, *“permite o fechamento ao lado direito do final da calha que é instalada nos telhados de residências e comércios, para coletar e conduzir água da chuva”*, o que também não se coaduna com a descrição acima posta pela legislação, vez que calha não é telha, nem caixa d’água, e muito menos cumeeira.

Foi da mesma forma, encontrada operação realizada com a nota fiscal 649.276, de 31/12/2014 da mercadoria “cabide c/ventosa av/cab BR1”, de NCM 3925.9090, a qual não se enquadra na descrição normativa para substituição tributária, falecendo, pois, razão à autuada, tal qual a mercadoria “balde plástico preto 12l reforçado” (NCM 3925.9000), comercializado pela nota fiscal 448.648, em 03/01/2014, também mercadoria que não pode ser tida como sujeita à substituição tributária, reservada, como já visto, com tal NCM para “telhas, cumeeiras e caixas d’água de polietileno e outros plásticos”, devendo sofrer tributação normal.

E aqui aproveito a oportunidade para registrar não ter verificado o lançamento da mercadoria “balde preto para construção”, no demonstrativo elaborado pelo autuante.

Esta é rigorosamente a mesma situação do ano de 2015, onde posso citar a mercadoria “cantoneira plástica Kanti ABC” (NCM 3925.9090), vendida através da nota fiscal 650.587, em 04/01/2015, somente para ficarmos neste exemplo.

Já em 2016, temos duas situações em relação a tal NCM 3925.9: a primeira delas é a vigente de 01/01 a 09/03/2016, no qual no item 8.16 do Anexo 1 ao RICMS/12, encontramos a previsão de substituição tributária para as mercadorias “outras telhas, cumeeira e caixa d’água, inclusive sua tampa, de plástico, mesmo reforçadas com fibra de vidro” e item 8.17 para “artefatos para apetrechamento de construções, de plásticos, não especificados nem compreendidos em outras posições, incluindo persianas, sancas, molduras, apliques e rosetas, caixilhos de polietileno e outros plásticos, exceto os descritos nos itens 8.15 e 8.16”, onde no demonstrativo elaborado pelo autuante encontramos “bloco eps (isopor) H-12”, (NCM 3925.9010), na nota fiscal 887.251, emitida em 06/01/2016, produto sem qualquer relação com aqueles acima listados, bem como “balde plástico preto 12l” (nota fiscal 888.516, de 07/01/2016), também já analisado em 2014, com a devida justificativa para manutenção no lançamento .

A segunda situação, vigorando a partir de 09/03/2016, mantém os mesmos itens anteriormente citados, bem como itens do Anexo 1, e a título de comprovação da correteza do trabalho fiscal, exemplifico com a operação com “bloco eps (isopor) H-12”, (NCM 3925.9010), na nota fiscal 1.036.974, de 01/10/2016, igualmente já analisada anteriormente.

E para que não paire qualquer dúvida, acerca dos procedimentos de conferência, as operações com ECF também foram analisadas, e apesar de os demonstrativos elaborados não trazerem as NCM, apenas os CFOP de cada operação, por estes, é possível se analisar a correteza ou não do procedimento adotado pelo contribuinte.

Assim, por exemplo, para 2015, o produto “mangueira trancada 3/4 pt300”, trazido como exemplo, e já analisado logo no começo do presente, consta o CFOP 5405 (fl. 01 do demonstrativo), que se

reporta a venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído, o que não corresponde à situação tributária da mesma, que deveria ser tributada normalmente, não tendo vindo aos autos, por intermédio da defesa, qualquer documento fiscal que comprovasse a entrada de tal mercadoria com a tributação encerrada.

De igual modo, a mercadoria “escada alumínio uso doméstico 5 degraus”, comercializada em 31/01/2015, com o mesmo CFOP 5405 (também na fl. 01 do demonstrativo), se encontra submetida à tributação normal, e não à substituição tributária, diante da não inclusão de tal produto no Anexo 1 ao RICMS/12.

No ano de 2016, produtos como “lápis de cor tris jumbo 12 cores” (demonstrativo fl. 04), tidos pela autuada como sujeitos à tributação, não se encontravam descritos no Anexo 1 ao RICMS/12 como sujeitos à substituição tributária, apenas “sombra, delineador, lápis para sobrancelhas e rímel”, item 19.4 (NCM 8214.1000).

Assim ocorre com os demais produtos ali elencados, e diante da serem mera repetição, e à vista de apontamento específico de mercadorias pela defesa, não serão analisados especificamente.

Logo, diante do fato de como analisado e demonstrado os produtos elencados no demonstrativo se caracterizam diante das NCM e respectivas descrições, em produtos tributados normalmente pelo ICMS nas saídas, devendo ser mantidos na autuação, até pelo fato de a defesa mencionar de forma geral aquelas NCM tidas como incorretamente inseridas no levantamento fiscal realizado, o que não se configura, e leva ao entendimento e posicionamento pela procedência da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, de ofício, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **269141.0005/19-6** lavrado contra **COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO COROA LTDA.**, devendo ser o contribuinte intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$871.753,60**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR