

PROCESSO - A. I. N° 281231.0001/17-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MIRASUL FERRO E AÇO LTDA.
RECORRIDOS - MIRASUL FERRO E AÇO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 5^a JJF n° 0116-05/18
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04.08.2020

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0112-11/20-Vd

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SOB REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado que parte das mercadorias são sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo vedada a utilização de crédito fiscal. Mantida na íntegra a infração 1 e em parte a infração 2, com retificação do valor julgado, por erro material. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Trata-se de operação de saída interestadual destinada à contribuinte do ICMS, estando correta a alíquota de 12%. Item insubstancial. Mantida a Decisão recorrida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Valor remanescente após a JJF acolher as razões de defesa. Mantida a Decisão recorrida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Impossibilidade para aplicação da multa. Falta de comprovação, inequívoca, de saídas tributadas. Restabelecida parte da exação em decorrência de equívoco da Decisão recorrida, ao considerar único mês como valor devido. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Valor remanescente após exclusão do ICMS recolhido e de mercadoria não sujeita ao regime. Mantida a Decisão recorrida. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS NÃO ESCRITURADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. Provado, em sede de recurso, escrituração de parte das notas fiscais. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitada preliminar de nulidade. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão por maioria (infração 2). Decisão não unânime (infração 7).

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão n° 0116-05/18, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido, consoante art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF.

O Auto de Infração foi lavrado, em 20/03/2017, para exigir o débito de R\$145.754,10, em razão da constatação de nove irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 2, 4, 6, 7 e 8,

como também objeto do Recurso Voluntário as exações 1, 2, 7 e 9, a seguir descritas:

Infração 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$1.667,55, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no mês de maio/2016.

Infração 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$7.898,20, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos exercícios de 2015/2016.

Infração 4 – Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$52,03, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no mês de outubro/2015.

Infração 6 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$45.223,39, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, nos exercícios de 2015/2016.

Infração 7 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$37.923,28, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos exercícios de 2015/2016.

Infração 8 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS devido em razão de responsabilidade solidária, no valor de R\$44.175,08, referente às aquisições de outra unidade da Federação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, não tendo sido feita a retenção, nos exercícios de 2015/2016.

Infração 9 – Multa de R\$5.287,23, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias, não tributáveis, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2015 e 2016.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$89.895,73, diante das seguintes considerações:

VOTO

[...]

No mérito na infração 01, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, o defendente alega que se trata de operação relacionada à nota fiscal de nº 189346, cuja mercadoria é telha, NCM 76042920, que não se encontra relacionada no Anexo Único do RICMS, aprovado pelo Decreto n. 13.780/2012, que elenca as mercadorias sujeitas à substituição tributária. Logo, não há o que se falar em crédito indevido.

Contudo, embora a NCM descrita na nota fiscal nº 189346, emitida em 30/05/2016, seja 76042920, a descrição da mercadoria aponta para “TELHA DE ALU. TRAP 6 MTS”, ou seja telha de alumínio, mercadoria esta descrita no Anexo I da Lei 7.014/96 e no Anexo I do RICMS.

Logo o argumento apresentado pela defendente não pode ser acolhido. Infração procedente.

Na infração 02, a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS decorreu por serem mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme demonstrativos de fls. 11 a 14.

[...]

No mérito, o PAF foi diligenciado e o autuante ao atender a diligência, fls. 251 a 254, após análise dos argumentos apresentados na defesa, em especial às notas fiscais relacionadas nos documentos de fls. 33 a 35, informa aquelas que entende relacionar-se a mercadorias enquadradas na substituição tributária, como segue:

MÊS 06/2015 NFe 1315410 – MERCADORIA: ARAME SOLDA OXIACETIL. Embora conste na nota fiscal o NCM 72173090 – que seria na tabela instituída pela Receita federal (conforme pesquisa na internet (<http://www4.receita.fazenda.gov.br/simulador/PesquisarNCM.jsp>));

Esse NCM se refere: 72 – “ferro fundido, ferro e aço”. No detalhamento 72173090 consta “outros”.

Desta forma, necessário se faz que se recorra a análise da NCM em conjunto com a descrição que consta no Anexo I do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12. No item 24.81 – há previsão de substituição tributária para produtos de fios e varetas para soldagem.

MÊS 11/2015 – NFe 1429302 – MERCADORIA: TELA PINTEIRO – O NCM que consta na nota fiscal – 54077200, segundo pesquisa na internet no endereço acima mencionado, consta na tabela NCM como sendo para tecidos de filamentos sintéticos. Não correspondendo, portanto, à mercadoria em questão. Considerando que no Anexo I do RICMS, no item 24.56, consta ser enquadrada na ST a mercadoria TELA METÁLICA, como item anterior mencionado, recorrendo a análise pela descrição da mercadoria, já que como visto o NCM posto na nota fiscal não corresponde à mercadoria em questão, conclui-se ser pertinente seu enquadramento na substituição tributária.

MÊS 12/2015 – NFe 64941 – MERCADORIA: ROLDANA COM GANCHO – NCM posto na nota fiscal

73251000. Analisando o Anexo 1 do RICMS, encontra-se no item 24.64 a previsão de enquadramento na substituição tributária as mercadorias com NCM 7325.

MÊS 04/2016: NFe 1568399 – MERCADORIA TELA COLEIRA BRANCA – MESMO ENTENDIMENTO QUE O EXPOSTO EM RELAÇÃO A NOTA FISCAL 1429302, mencionado acima para o mês 11/2015.

MÊS 06/2016: NFe 119029 – MERCADORIA VERGALHÃO LISO ¼ - Na planilha de fl. 34, que integra a defesa, a autuada informa NCM 7216. Ocorre que na nota fiscal de nº. 119029 o NCM que consta é o 72142000, que é exatamente o relacionado no Anexo 1 do RICMS no item 8.42.

MÊS 10/2016 NFe 1744628 – MERCADORIA: ARAME SOLDA OXIACETIL. A mesma situação da NFe 1315410, do mês de 06/2015 acima exposto.

Embora conste na nota fiscal o NCM 72173090 – que seria na tabela instituída pela Receita federal (conforme pesquisa na internet (<http://www4.receita.fazenda.gov.br/simulador/PesquisarNCM.jsp>);

Esse NCM se refere: 72 – “ferro fundido, ferro e aço”. No detalhamento 72173090 consta “outros”.

Desta forma, necessário se faz que se recorra à análise da NCM em conjunto com a descrição que consta no Anexo 1 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12. No item 8.78 – há previsão de substituição tributária para produtos de fios e varetas para soldagem.

MÊS 12/2016:

– NFE 58486 – MERCADORIA PONTA DE LANÇA – NCM 83024100 – MERCADORIA ENQUADRADA NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, CONFORME PREVISÃO NO ANEXO 1, DO RICMS, ITEM 8.74

NFE 89368 – MERCADORIA CHAVEIRO CHAVE – NCM POSTO NA NOTA FISCAL 73269090. ANALISANDO A TABELA DO NCM NO ENDEREÇO ELETRÔNICO ACIMA MENCIONADO, ENCONTRASE OBRAS DE FERRO FUNDIDO AÇO, PARA O CAPÍTULO 72 E NO DETALHAMENTO DO NCM 73269090 – CONTA “OUTRAS”. Desta forma, recorrendo-se à descrição do produto – “chaveiro chave”, encontra-se no item 8.75 do Anexo 1, do RICMS, o perfeito enquadramento, salvo engano, desta mercadoria na substituição tributária.

Portanto, após as considerações acima, aliadas aos esclarecimentos prestados na informação fiscal de fls. 234 a 240, conforme as solicitações feitas na Diligência Fiscal, expõe, o autuante, a seguir, os valores que entende devidos para a infração 02:

[...]

Concordo com o resultado da diligência, pelas razões adredemente expostas pelo que resta a ser cobrado o valor de ICMS de R\$830,43.

[...]

A infração 04 trata de recolhimento a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O defendente nega o cometimento da infração sob o argumento de que não teria comercializado mercadorias em operações interestaduais a não contribuintes do ICMS. Isto porque através de consulta ao cadastro de contribuintes do Estado do Paraná, constata-se que o destinatário possui registro cadastral naquele Estado, portanto a alíquota correta para a operação é de 12%.

De fato, na fl. 114, consta o documento de consulta ao SINTEGRA, com a informação de que o destinatário é empresa inscrita no Estado da Paraná. Portanto, a infração é improcedente.

[...]

Na infração 06 consta a exigência do ICMS antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, por ter sido recolhido a menor, no valor de R\$45.223,39.

[...]

Passo à análise dos argumentos trazidos pelo defensor, como segue:

No que concerne ao argumento de que as Notas Fiscais, objeto da autuação, de nºs 295221 e 8754 teriam somente seus registros no exercício seguinte ao período fiscalizado, ou seja, em 2017, nenhuma prova apresentou o sujeito passivo sobre este argumento, vez que somente traz como prova de suas assertivas os documentos de fls. 113 e 114, os quais correspondem às planilhas internas (doc. 03), e o SINTEGRA.

Quanto às telhas metálicas, no ano de 2016, efetivamente não constavam no Anexo 1 do RICMS, e assim o próprio autuante excluiu as Notas Fiscais relativas a esta mercadoria.

O autuante reconheceu que o produto GEL DECAPANTE, NCM 3810 estava enquadrado na substituição tributária até 2015, e o retirou do cálculo da infração. O mesmo ocorreu com relação ao item CADEADO,

NCM 8301, e com as notas fiscais de 2016, consideradas na infração, mas que também foram retiradas da exigência fiscal.

Outrossim, o autuante considerou também os créditos presumidos nas aquisições de mercadorias junto às empresas enquadradas no Simples Nacional, conforme disposto no art. 269, inciso VIII do RICMS.

Corrigiu também a carga tributária das mercadorias PREGO E GRAMPOS, NCM 7317, para 12%, conforme o disposto no art. 266, inciso II, alínea "f" do RICMS.

Para obter o quantum debeatur desta infração, a fim de que dúvidas não pairassem no tocante à sua liquidez, o PAF foi diligenciado ao autuante, que procedeu à seguinte conclusão:

Esclareceu que no tocante a esta infração, diante das observações feitas quanto da informação fiscal (fls. 251 a 254), procede à juntada de planilha, fls. 255 a 259, onde constam os valores que permanecem devidos, conforme se verifica na coluna "valor devido após retificação", e que totaliza o ICMS de R\$22.278,50.

Concordo com o resultado da diligência, procedente em parte a infração no valor de R\$22.278,50, do qual, inclusive o defensor foi comunicado e não se manifestou.

A infração 07 diz respeito ao recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização.

A defensor concorda em parte com a acusação fiscal. Aduz que não foi levado em consideração a redução de base de cálculo, estabelecida no art. 266, inciso II do RICMS/2012, onde fixa a carga tributária de 12%, a exemplo da nota fiscal nº 535366, referente a "aramé".

Pede a redução de 20% sobre o imposto devido, pois conforme estatuído no art. 274 do RICMS faz jus, por estar até o mês de julho de 2015 na condição de empresa de pequeno porte.

Pede a aplicação do disposto no art. 42, parágrafo 1º da Lei 7.014/96 e requer a realização de diligência fiscal.

De imediato, na informação fiscal, o autuante ao analisar as razões de defesa esclarece que a redução de 20% prevista no art. 274 do RICMS foi considerada, no período em que a empresa esteve na condição de EPP, conforme se infere na planilha de fl. 33.

Não aprovo o entendimento da defensor que deveria ser aplicada a multa prevista no art. 42, § 1º, pois o ICMS não foi recolhido em sua totalidade. Outrossim, o pagamento efetuado a título de antecipação parcial permite que o contribuinte utilize-o como crédito fiscal, no seu conta corrente mensal.

Ademais, nesta infração o autuante comparou o ICMS devido a título de antecipação parcial, com os valores efetivamente recolhidos pela empresa, lançando o crédito tributário resultante da diferença. A planilha da infração denota este procedimento, como pode ser visto às fls. 33 a 54 do PAF.

Constato que, na diligência de fls. 251 a 254, o autuante levou em consideração que havia laborado em equívoco com relação ao mês 04/2016, e retifica o valor exigido naquele mês de R\$2.726,46 para o valor de R\$2.629,90. Elabora a planilha de fl. 260, da qual a sociedade empresária foi cientificada e reduz o valor da infração para R\$12.802,16.

Concordo com a alteração promovida pelo autuante. Infração procedente em parte.

A infração 08 decorreu da falta de recolhimento do ICMS devido em razão de responsabilidade solidária, referente às aquisições de outra unidade da Federação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, não tendo sido feita a retenção. Consta que, mesmo após intimado, não foram apresentadas as GNREs, relativas à retenção por contribuinte não inscrito como substituto tributário, como se infere no documento de fl. 07.

O sujeito passivo argumenta que, na ação fiscal, o autuante não teria levado em consideração os pagamentos efetuados por meio de GNRE. Não obstante esta tentativa de defender-se, constato que o autuante considerou os documentos apresentados, ou seja as GNREs, como pode ser visto na fl. 56.

Ademais, o autuante ao prestar a informação fiscal, analisou os documentos de arrecadação referentes à substituição tributária, apresentados na defesa, fls. 202 a 231, e todos os valores recolhidos, com exceção de um único GNRE, fls. 216 a 217, todos os demais dizem respeito aos recolhimentos devidos por antecipação tributária, código de receita 1145, que foi objeto de lançamento tributário diverso, na infração 06, e que foram considerados naquela infração.

Expurga o valor de R\$299,40, relativo ao mês de novembro de 2015, referente à nota fiscal 34273, por não ter levado em conta o GNRE apresentado pela empresa.

Reconhece ainda o autuante que as mercadorias SERRA, TORQUES, PONTEIRO, não estão enquadradas na substituição tributária e as retira da infração.

Na diligência, apresenta um quadro demonstrativo com os valores a serem retificados: Mês 11/2015 R\$

2.578,61; Mês 02/2015 R\$ 133,97; Mês 10/2015 R\$ 1.538,59:

[...]

Concordo com as correções promovidas pelo autuante, e a infração assume o valor de R\$43.501,79.

Infração procedente em parte.

A infração 09 decorreu da multa de 1% sobre o valor das entradas de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, conforme previsão do art. 42, XI da Lei 7.014/96.

O contribuinte assevera que parte das notas fiscais diz respeito a mercadorias que ingressaram no estabelecimento em janeiro e em fevereiro de 2017, quando a infração está relacionada ao exercício de 2016. Aponta as notas fiscais objeto dessa contestação.

O autuante mantém a infração na íntegra pois ao analisar as razões da defendant não encontrou provas de sua assertiva. Desse modo, com base na planilha de fls. 63 a 72, verifico que as notas fiscais encontram-se discriminadas, e que para as ocorrências de dezembro/2016, o defendant não trouxe as comprovações de que mercadorias não teriam ingressado no estabelecimento após o mês de dezembro de 2016. Constatou que não tenho elementos para negar a procedência da multa imposta com relação ao mês de dezembro, pelo que mantenho a multa na sua íntegra, consoante o valor originariamente exigido.

Infração procedente.

Diante de tais considerações a Decisão da JJF foi pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor histórico de R\$89.895,73, recorrendo de ofício para uma das Câmaras do CONSEF.

No Recurso Voluntário, de fls. 290 a 303 dos autos, o recorrente, inicialmente, reitera o pedido de nulidade da infração 2, sob a alegação de ser idêntica à exação 1 e, também, por relacionar a mercadorias que na data da operação não estavam enquadradas no regime de substituição tributária, ensejando falta de clareza e, consequentemente, a nulidade ou, no mínimo, sua improcedência. Diz, ainda, que a redução do valor original exigido de R\$7.898,20 para R\$830,43 reforça a posição da defesa e que a JJF em nenhum momento enfrentou o argumento apresentado na defesa. Assim, reitera o pedido de nulidade da infração 2.

No mérito, quanto à infração 1, o recorrente alega que a telha, sob NCM 76042920, objeto da Nota Fiscal nº 189346, não está relacionado no Anexo 1 do RICMS/BA, sendo imprópria a decisão *a quo* de que se tratando de telha metálica, estaria contida no Anexo 1 do RICMS, como no Anexo da Lei nº 7.014/96, uma vez que o NCM que consta do Anexo 1 é o 7308.90.9, o qual não abrange as telhas metálicas. Salienta que, nas informações prestadas pelo fiscal e acolhidas pela JJF em relação à infração 6, há expressa menção de que telhas metálicas não estavam elencadas entre as mercadorias sujeitas a substituição tributária.

Inerente à infração 2, o recorrente aduz que, caso ultrapassada a preliminar, reitera a improcedência, tanto em relação às mercadorias que foram consideradas improcedentes, como em relação aos seguintes itens:

Arame Solda – diz que a JJF se fundou na afirmação do autuante de que a mercadoria estaria enquadrada no item “24.81” do Anexo 1 do RICMS. Porém, no período de 06/2015, o Anexo 1 somente vai até o item 19.44.

Diz que na Nota Fiscal de nº 1315410 descreve para o produto arame solda o NCM 72173090, relativo a “outros fios de ferro ou aço não ligado”, portanto, perfeitamente adequado à descrição da mercadoria, cujo NCM não está relacionado no Anexo 1, o qual abrange os NCM 7217.2 e 7217.10.9, restando evidente o equívoco do julgamento ao considerar a mercadoria como ligada a substituição tributária.

O mesmo se aplica em relação à Nota Fiscal nº 1744628, relativa ao mesmo produto “Arame solda”.

Tela Pinteiro – diz que a JJF se baseia em informação errada prestada pelo autuante, o qual menciona que esta mercadoria, insita à Nota Fiscal nº 1429302, estaria no item 24.56 do Anexo 1, o qual inexiste esse item.

Tela Coleira Branca – igualmente a JJF se baseia na informação fiscal, sendo que se trata da

mesma mercadoria, constante da Nota Fiscal nº 1429302.

Ponta de Lança – sob NCM 83024100, cuja raiz 8302.4 diz respeito a “Guarnições, ferragens e artigos semelhantes: 83024100: Para construções”, o recorrente diz se fazer necessária a análise, em conjunto, da descrição da mercadoria e da descrição do NCM respectivo, para que se chegue à conclusão de estar ou não a mercadoria enquadrada na substituição tributária. Defende que a mercadoria “Ponta de Lança” não se molda ao que consta na descrição, a exemplo de: guarnições, artigos de seleiro, porta-chapéus, etc. A própria descrição presente no Anexo 1, em seu item 8.74: “Outras guarnições, ferragens e artigos semelhantes de metais comuns, para construções, inclusive puxadores”.

Chaveiro Chave – o recorrente diz que da mesma forma, fundada na informação fiscal, a JJF concluiu que esta mercadoria estaria enquadrada na substituição tributária em virtude do item 8.75 do Anexo 1. Aduz que, percorrendo as mercadorias elencadas neste item, visualiza-se algo parecido, “chave”, mas em nenhum momento há menção a chaveiro, o qual é um utensílio para se pendurar chaves, mas, com esta não se confunde. Assim, o recorrente sustenta que também foi considerada indevidamente na ST.

Assim, o apelante, após apontados os erros cometidos na ação fiscal e reiterados na informação fiscal, considerando que o julgamento se resume a confirmar o que o fiscal manteve na diligência, conforme mencionado no próprio relatório de julgamento, aduz que cabe a adequada revisão da infração 2.

Quanto à infração 7, relativa à exigência da antecipação parcial, o recorrente se insurge contra a decisão da JJF de não acolher a tese de defesa de que deveria ser aplicada a multa prevista no art. 42, §1º da Lei nº 7.014/96, sob a suposta fundamentação de que o ICMS não foi recolhido. Sustenta o apelante que não havendo omissão ou recolhimento a menor nas saídas dessas mercadorias, aplica-se a penalidade, apenas, por não haver a antecipação parcial, mas, não se cobra novamente o imposto que foi pago na saída.

Afirma que a escrita fiscal demonstra que efetuou recolhimento de ICMS nas saídas posteriores, o que enquadra na citada norma, cuja comprovação ocorre com base nas mercadorias relacionadas na planilha elaborada pelo autuante, as quais foram objeto de saídas com nota fiscal levadas a débito e posterior recolhimento do ICMS, do que requer a realização de diligência para comprovação, conforme diz ter demonstrado quando de sua peça de defesa.

Já na infração 9, relativa a multa pela falta de registro de notas fiscais de entradas, o recorrente relaciona vinte e sete notas fiscais que diz que, por equívoco, não foram registradas em 2016, mas, sim, em janeiro de 2017, do que anexa cópia de Registros Fiscais como elementos probatórios, às fls. 304 a 312 dos autos.

Por fim, diz reiterar todos os argumentos e pedidos feitos na defesa, em especial quanto àqueles que não foram apreciados, conforme preliminar de nulidade arguida em relação à infração 2, além da diligência fiscal requerida, levando-se em consideração todos os fatos e fundamentos apresentados na defesa e na peça recursal, bem como, em relação ao mérito, a improcedência na forma requerida e fundamentada.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida desonerado o sujeito passivo de parte dos débitos exigidos nas infrações 2, 6, 7 e 8 ao julgá-las Parcialmente Procedentes, como também o desonerado integralmente da infração 4, conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, assim como de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, em relação às infrações 1, 2, 7 e 9 do Auto de Infração, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF.

Quanto ao Recurso de Ofício, verifica-se que os valores exigidos com base nos levantamentos

originais foram reformados em decorrência das seguintes razões:

Inerente à *infração 2*, relativa à utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, a desoneração de R\$7.898,20 para R\$830,43 decorreu do acolhimento pela JJF do resultado da diligência (fls. 251/254), a qual entendeu devido os valores relativos aos produtos: arame solda oxiacetil, tela pinteiro, roldana com gancho, tela coleira branca, vergalhão liso, ponta de lança, chaveiro chave combinada, chaveiro chave tubo e chaveiro martelo.

De ofício, observo que o total descrito na Decisão de Primeira Instância está incorreto, pois o valor de R\$830,43, na verdade a soma é o valor de R\$831,16, assim, conforme o art. 164, §3º do RPAF, corrijo a inadequação devido a erro material observado.

Ou seja, excluiu da exação fiscal os valores, inicialmente constantes às fls. 12 a 14 dos autos, relativos aos itens: esquadro; telha (2015); esticador cabo aço; esticador cordoalha; pá de bico; veda calha; cola branca; tubo; cadeado; anilha p/ cabo aço; espuma poliuretano; solda; viapoxi adesivo e fita dupla face, por acatar as razões de defesa, ínsitas às fls. 109 a 111 dos autos, específicas para cada produto, do que concordo.

Contudo, verifico que no valor remanescente da Decisão recorrida de R\$831,16 (fls. 275/276) não consta a Nota Fiscal nº 1199650 (fl. 12), de 18/02/2015, com crédito indevido de R\$135,14, inerente à “Arame Solda”, cujo produto não foi excluído e, por erro material, não foi considerado pela JJF. Assim, a infração deve ser restabelecida parcialmente para R\$966,30, de modo a incluir o valor de R\$135,14 no mês de fevereiro/2015.

Quanto à *infração 4*, cuja acusação é de recolhimento a menor do ICMS de R\$52,03 em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias, a JJF concluiu pela improcedência em razão de restar comprovado que o destinatário da operação interestadual é contribuinte do Estado do Paraná, conforme documento à fl. 114 dos autos, logo, está correta a alíquota aplicada de 12%.

Já a *infração 6*, relativa ao recolhimento a menor do ICMS por antecipação, a desoneração de R\$45.223,39 para R\$22.278,50 (fls. 255/259) decorreu em função do acolhimento pelo autuante das alegações de defesa, em sede de informação fiscal (fls. 237/238), as quais concordo, de que:

1. as telhas metálicas, no ano de 2015, efetivamente não constavam no Anexo 1 do RICMS;
2. gel decapante, NCM 3810, e cadeado, NCM 8301, estavam enquadrados na substituição tributária até 2015, sendo retirados do cálculo da infração quanto ao período de 2016;
3. conforme disposto no art. 269, VIII, do RICMS/BA, deve-se considerar, a título de créditos nas aquisições de mercadorias junto às empresas enquadradas no Simples Nacional, o valor resultante da aplicação do percentual da alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem sobre o valor da operação constante no documento fiscal;
4. a carga tributária das mercadorias prego e grampos, NCM 7317, é de 12%, conforme disposto no art. 266, II, “f”, do RICMS.

No tocante à *infração 7*, inerente ao recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, a desoneração de R\$37.923,28 para R\$12.802,16 decorreu, unicamente, em razão da aceitação pelo autuante da alegação de defesa de que arame, NCM 7217, nos termos do art. 266, II, do RICMS, tem a carga tributária correspondente a 12%, tendo sido constatado apenas aquisição deste item através da Nota Fiscal nº 535366, em abril/2016 (fl. 45), o que reduz o valor reclamado neste mês de abril/16 de R\$2.726,46 para R\$2.629,90 (fls. 239 e 253), conforme a seguir explicitado.

RESUMO ICMS DEV. P/ ANTECIP. PARCIAL (FL. 33)					ERRATA RES. ICMS DEV. P/ ANTECIP. PARCIAL				
Mês /Ano	Vlr. Devido	Vlr. Pago	Desc. 20%	ICMS Menor	Mês /Ano	Vlr. Devido	Vlr. Pago	Desc. 20%	ICMS Menor
abr/15	13.747,58	10.701,66	2.749,52	296,40	abr/15	13.747,58	10.701,66	2.749,52	296,40
jun/15	8.957,19	7.149,02	1.791,44	16,73	jul/15	8.957,19	7.149,02	1.791,44	16,73
jul/15	17.845,83	17.038,02		807,81	jul/15	17.845,83	17.038,02		807,81

ago/15	10.739,40	9.348,93		1.390,47	ago/15	10.739,40	9.348,93		1.390,47
set/15	7.815,71	7.760,95		54,76	set/15	7.815,71	7.760,95		54,76
out/15	13.892,49	11.700,37		2.192,12	out/15	13.892,49	11.700,37		2.192,12
nov/15	4.985,77	4.525,89		459,88	nov/15	4.985,77	4.525,89		459,88
dez/15	14.146,31	11.243,22		2.903,09	dez/15	14.146,31	11.243,22		2.903,09
jan/16	16.272,55	13.938,67		2.333,88	jan/16	16.272,55	13.938,67		2.333,88
fev/16	15.264,06	12.447,19		2.816,87	fev/16	15.264,06	12.447,19		2.816,87
mar/16	8.036,64	6.349,94		1.686,70	mar/16	8.036,64	6.349,94		1.686,70
abr/16	12.898,72	10.172,26		2.726,46	abr/16	12.802,16	10.172,26		2.629,90
mai/16	11.621,56	10.313,49		1.308,07	mai/16	11.621,56	10.313,49		1.308,07
jun/16	6.618,08	5.502,50		1.115,58	jun/16	6.618,08	5.502,50		1.115,58
jul/16	21.577,78	16.858,83		4.718,95	jul/16	21.577,78	16.858,83		4.718,95
ago/16	7.134,18	5.695,33		1.438,85	ago/16	7.134,18	5.695,33		1.438,85
set/16	8.992,10	7.039,33		1.952,77	set/16	8.992,10	7.039,33		1.952,77
out/16	17.201,33	13.558,09		3.643,24	out/16	17.201,33	13.558,09		3.643,24
nov/16	22.305,31	18.044,67		4.260,64	nov/16	22.305,31	18.044,67		4.260,64
dez/16	8.926,54	7.126,53		1.800,01	dez/16	8.926,54	7.126,53		1.800,01
TOTAIS	248.979,13	206.514,89	4.540,96	37.923,28	TOTAIS	248.882,57	206.514,89	4.540,96	37.826,72

Portanto, a planilha que se baseou a JJF para sua conclusão (fl. 260), que consigna o valor de R\$12.802,16, refere-se ao demonstrativo analítico da antecipação parcial devida no mês de *abril/2016*, cujo valor deve ser deduzido do ICMS pago no mês sob a mesma rubrica de R\$10.172,26, de modo a se apurar o ICMS antecipação parcial pago a menor de R\$2.629,90. Contudo, repise-se, relativo apenas ao mês de *abril/2016*.

Sendo assim, equivocada a Decisão recorrida ao considerar como valor remanescente a importância de R\$12.802,16 para a infração 7, sendo correto o valor de R\$37.826,72, conforme quadro acima.

Inerente à *infração 8*, a qual exige o ICMS-ST na condição de contribuinte por responsabilidade solidária, a desoneração de R\$44.175,08 para R\$43.501,79 acertadamente decorreu em razão da exclusão:

1. do valor de R\$299,40, relativo ao mês de novembro/2015, referente à Nota Fiscal nº 34273, por não ter sido considerada a GNRE correspondente;
2. dos valores de R\$241,15 e R\$132,74, respectivamente inerentes aos meses de fevereiro de 2015 e outubro de 2016, uma vez que as serra, torques e ponteiro não estavam enquadradas na substituição tributária.

Diante de tais constatações, dou Provimento Parcial ao Recurso de Ofício para restabelecer parcialmente: a infração 2 para R\$966,30 (incluir R\$135,14 em fevereiro/15) e a infração 7 de R\$12.802,16 ao valor de R\$37.826,72, conforme quadro acima.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, restritas às exações 1, 2, 7 e 9 do Auto de Infração, inicialmente, da análise das razões preliminares de nulidade, relativas à infração 2, sob a alegação de ser idêntica à exação 1 e, também, por relacionar a mercadorias que na data da operação não estavam enquadradas no regime de substituição tributária, ensejando falta de clareza e, consequentemente, a nulidade ou, no mínimo, sua improcedência, há de se esclarecer que:

1. Não existe a identidade entre as infrações, pois, apesar de ambas consignarem a acusação de “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento por substituição tributária”, eis que:

1.1 A primeira infração trata apenas da competência de maio/2016, inerente à Nota Fiscal nº 189346, relativa a “TELHA DE ALU. TRAP 6 MTS”, em razão de “*Erro na aplicação da alíquota*”, conforme se observa do demonstrativo à fl. 9 dos autos;

1.2 Já a segunda infração, refere-se a diversos meses dos exercícios de 2015 e todos os meses de 2016, inclusive o mês de maio/16, porém, neste mês, relativa às Notas Fiscais nºs 201972, 1600178 e 204185, e em decorrência do “*Crédito indevido – Mercadorias com ICMS*

substituído”

2. É de mérito a alegação de existir mercadorias que não estavam enquadradas no regime de substituição tributária e assim, acertadamente, foi tratada pela Decisão recorrida, inclusive com a redução do valor original exigido de R\$7.898,20 para R\$830,43, o que, ao contrário do que alega o recorrente, não reforça a posição da defesa acerca da nulidade, mas, sim, reforça o aperfeiçoamento do lançamento de ofício, ao buscar a verdade material.
3. Engana-se o apelante ao aduzir que a “Decisão recorrida” em nenhum momento enfrentou o argumento apresentado na defesa, uma vez que, consoante excerto a seguir transcreto, tal fato foi analisado:

Não acolho os argumentos com relação à nulidade da infração, pois não vislumbro qualquer embaraço ao direito de defesa. A infração está descrita com clareza, acompanhada do respectivo demonstrativo, de fls. 12 a 14, que foi recebido pelo sujeito passivo, e ali encontram-se discriminadas as mercadorias com os respectivos documentos fiscais, e para sanear a infração, no tocante às mercadorias que estão no Anexo 1 do RICMS/2012, diligência foi realizada e do seu resultado o sujeito passivo manteve-se silente, fato que denota a sua concordância tácita quanto à infração.

Assim, diante de tais considerações, rejeito a preliminar de nulidade da infração 2.

Quanto às razões de mérito, alega o recorrente, em relação à infração 1, que a telha, sob NCM 76042920, objeto da Nota Fiscal nº 189346, não está relacionado no Anexo 1 do RICMS/BA, sendo imprópria a decisão *a quo* de que se tratando de telha metálica, estaria contida no Anexo 1 do RICMS, como no Anexo da Lei nº 7.014/96, uma vez que o NCM que consta do Anexo 1 é o 7308.90.9, o qual não abarca as telhas metálicas.

Conforme bem esclareceu o autuante, às fls. 235/236 dos autos, o que ocorreu foi a descrição errônea da NCM da mercadoria na Nota Fiscal nº 189346, de 30/05/16, eis que a NCM mencionada de 76042920 diz respeito a “PERFIS DE ALUMÍNIO”, sendo indubitável tratar-se de “TELHAS DE ALUMÍNIO”, como descrito no próprio documento fiscal e foi reproduzido no demonstrativo de fl. 9 dos autos.

Em consequência, trata-se de produto sob NCM 73089090, como atesta o próprio recorrente à fl. 109 dos autos. Logo, tal mercadoria se sujeita ao regime de substituição tributária, conforme item 8.50 do Anexo 1 do Decreto nº 13.780/12, desde 01/01/16, por se compreender como “Telhas metálicas”. Mantida a infração.

No tocante às razões de mérito relativas à infração 2, o recorrente insurge-se contra a manutenção na Decisão recorrida de:

Arame Solda – Diz que a JJF se fundou na afirmação do autuante de que a mercadoria estaria enquadrada no item “24.81” do Anexo 1 do RICMS. Porém, no período de 06/2015, o Anexo 1 somente vai até o item 19.44. Aduz também que na nota fiscal de nº 1315410, mantida na Decisão recorrida, descreve para o produto arame solda o NCM 72173090, relativo a “outros fios de ferro ou aço não ligado”, portanto, perfeitamente adequado à descrição da mercadoria, cujo NCM não está relacionado no Anexo 1, o qual abarca os NCM 7217.2 e 7217.10.9, restando evidente o equívoco do julgamento ao considerar a mercadoria como ligada a substituição tributária. Afirma que o mesmo se aplica em relação à Nota Fiscal nº 1744628, relativa ao mesmo produto “Arame solda”.

Da análise das alegações recursais, verifica-se não caber razão ao sujeito passivo, pois, efetivamente, no período fiscalizado de 2015 e 2016, o Anexo 1 do RICMS/12, vigente para o exercício de 2015, constava o item 24.81, no qual abarcava os produtos “fios, varetas, tubos, chapas, eletrodos e artefatos semelhantes, de metais comuns ou de carbonetos metálicos, revestidos exterior ou interiormente de decapantes ou de fundentes, para soldagem (soldadura) ou depósito de metal ou de carbonetos metálicos fios e varetas de pós de metais comuns aglomerados, para metalização por projeção – 8311”, com previsão do ICMS-ST. Já para o exercício de 2016, o Anexo 1 previa no item 8.78 os mesmos produtos.

Assim, em razão de uma análise da NCM em conjunto com a descrição do produto que consta na

TIPI, vislumbro ser muito mais adequado ao “*Arame Solda*” o enquadramento na NCM 8311, conforme acima descrito, do que na NCM 7217, inerente a “Fios de ferro ou aço não ligado”, razão para concluir que o produto está sujeito ao regime de substituição tributária e, como tal, não poderia o recorrente ter se utilizado do crédito fiscal, quando da sua aquisição, objeto da acusação fiscal da infração 2.

Tela Pinteiro – Diz que a JJF se baseia em informação errada prestada pelo autuante, o qual menciona que esta mercadoria, insita à Nota Fiscal nº 1429302 (fl. 12v), de 04/11/2015, estaria no item 24.56 do Anexo 1, o qual inexiste esse item.

Equivoca-se o recorrente eis que, efetivamente, o Anexo 1 do RICMS/12, vigente para o exercício de 2015, constava o item 24.56, no qual abarcava os produtos “*telas metálicas, grades e redes, de fios de ferro ou aço – 7314*”.

Tela Coleira Branca – Também alega que a JJF se baseia na informação fiscal, sendo que se trata da mesma mercadoria, constante da Nota Fiscal nº 1429302.

Trata-se da Nota Fiscal nº 1568399 (fl. 13), de 02/04/2016, cuja previsão ao regime de substituição tributária está no item 8.53.3 do Anexo 1, vigente de 10.03.16 a 31.01.17, do RICMS/12, que abarcava “telas metálicas, grades e redes, de fios de ferro ou aço”, cuja conclusão é corroborada pela própria alegação recursal de que se trata da mesma mercadoria do item anterior.

Ponta de Lança – Alega o recorrente que tal produto encontra-se sob NCM 83024100, cuja raiz 8302.4 diz respeito a “Guarnições, ferragens e artigos semelhantes: 83024100: Para construções”. Aduz que, da análise, em conjunto, da descrição da mercadoria e da descrição da NCM respectiva, se chega à conclusão de que esta mercadoria não se encontra enquadrada na substituição tributária, pois, “Ponta de Lança” não se molda ao que consta na descrição, a exemplo de: guarnições, artigos de seleiro, porta-chapéus, etc., do que ressalta a própria descrição presente no Anexo 1, em seu item 8.74: “Outras guarnições, ferragens e artigos semelhantes de metais comuns, para construções, inclusive puxadores”.

Tal item diz respeito à Nota Fiscal nº 58486 (fl. 13v), de 23/12/16, cujo produto (ponta de lança) se adequa perfeitamente à previsão contida no item 8.74 do Anexo 1 do RICMS/12 para enquadramento do ICMS-ST.

Chaveiro Chave – o recorrente diz que da mesma forma, fundada na informação fiscal, a JJF concluiu que esta mercadoria estaria enquadrada na substituição tributária em virtude do item 8.75 do Anexo 1. Aduz que, percorrendo as mercadorias elencadas neste item, visualiza-se algo parecido, “chave”, mas em nenhum momento há menção a chaveiro, o qual é um utensílio para se pendurar chaves, mas, com esta não se confunde. Assim, o recorrente sustenta que também foi considerada indevidamente na ST.

Vislumbro que se trata do objeto “chaveiro”, também conhecido como porta-chaves, os quais se enquadram no item 8.75 do Anexo 1 do RICMS/12, vigente no período de 10/03/16 até 31/01/17, que previa para o enquadramento no regime ST: “*Fechaduras e ferrolhos (de chave, de segredo ou elétricos), de metais comuns, incluídas as suas partes fechos e armações com fecho, com fechadura, de metais comuns chaves para estes artigos, de metais comuns excluídos os de uso automotivo*”.

Diante de tais considerações, concluo que as razões recursais são incapazes à reforma da Decisão recorrida, quanto à *infração 2*, julgada no valor de R\$830,43, o qual foi acrescido R\$135,14, inerente a fevereiro/2015, perfazendo R\$965,57, em razão do restabelecimento analisado no Recurso de Ofício.

Já a exação 7, inerente à exigência da antecipação parcial recolhida a menos, o recorrente pretende que seja aplicada a multa prevista no art. 42, §1º, da Lei nº 7.014/96, sob a alegação de que não havendo omissão ou recolhimento a menor nas saídas dessas mercadorias, não há de exigir a antecipação parcial, pois se cobra novamente o imposto que foi pago na saída, do que requer a

realização de diligência para comprovação.

Ressalte-se que o referido dispositivo legal dispõe que o contribuinte que, “comprovadamente”, recolher o imposto nas operações de saída posteriores, fica dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação e aplica-se a penalidade, conforme abaixo transcrito:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

[...]

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;”

[...]

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

Portanto, da leitura do dispositivo legal acima transcrito, verifica-se que o lançamento fiscal se realizou em absoluta consonância com a Lei, pois se exige a antecipação parcial sobre a diferença não recolhida, nos termos preconizados pela legislação aplicável, eis que não restou comprovado que o contribuinte ofereceu tributação, de modo inofismável, sobre todas as quantidades das inúmeras espécies de mercadorias adentradas no estabelecimento, conforme relação às fls. 34 a 53 dos autos, sendo temerária tal conclusão, salvo se comprovada, cujo ônus da prova cabe a quem alega, no caso o recorrente, a exemplo da auditoria de estoque abrangente a tais itens, razão de indeferir a diligência neste sentido.

Assim, concluo que as razões recursais são incapazes à reforma da Decisão recorrida, quanto à *infração 7*, julgada na quantia de R\$12.802,16, cuja importância foi parcialmente restabelecida ao valor de R\$37.826,72, conforme analisado no Recurso de Ofício.

Por fim, no que tange à *infração 9*, relativa a multa pela falta de registro de notas fiscais de entradas, o recorrente relaciona vinte e sete notas fiscais que diz que, por equívoco, não foram registradas em 2016, mas, sim, em janeiro de 2017, do que anexa cópia de Registros Fiscais como elementos probatórios, às fls. 304 a 312 dos autos, cuja alegação havia ocorrido também na impugnação, em que pese sem prova.

O autuante, quando da informação fiscal (fls. 240), considerou que o autuado não havia apresentado qualquer comprovação do alegado e que havia impossibilidade de verificar o alegado, já que o período não compreendido na “OS”. Assim, sugeriu a manutenção da exigência, o que foi acolhido pela JFJ.

Da análise das provas documentais, às fls. 304 a 312 dos autos, ou seja, da cópia do livro Registro de Entradas do SPED, com exceção da Nota Fiscal nº 38278, de 30/12/2016, no valor de R\$7.040,00, cuja multa aplicada foi de R\$70,40 (fl. 72), os restantes dos documentos fiscais citados pelo recorrente foram provados seus correspondentes registros na escrita fiscal digital, ínsitos nos meses de janeiro e fevereiro de 2017.

Diante de tais constatações, em consequência, dos valores das multas aplicadas, às fls. 63 a 72 dos autos, inerentes aos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2016, remanescem na integralidade as penalidades relativas aos meses de janeiro de 2015 a outubro de 2016. Contudo, em relação aos meses de novembro e dezembro de 2016, devem:

1. Novembro/16 (fl. 70):

Ser excluídos os valores das penalidades correspondentes às seguintes Notas Fiscais nºs: 45304; 198469 e 198443.

Neste mês remanesce a multa de R\$371,50, referente às Notas Fiscais nºs: 70255 e 80109.

2. Dezembro/16 (fl. 70/72):

Ser excluídos os valores das penalidades correspondentes às seguintes Notas Fiscais n°s: 219897; 130779; 130825; 1804797; 295221; 122051; 131183; 147870; 1811919; 1817538; 221324; 8754; 199342; 78474; 1822714; 267088; 267089; 33775; 267243; 1823849; 123058 e 123074.

Neste mês remanesce a multa de R\$115,90, referente às Notas Fiscais n°s: 3648; 38278 e 1554

Assim, concluo que as razões recursais são capazes à reforma parcial da Decisão recorrida, quanto à *infração 9*, julgada no valor de R\$5.287,23, cuja penalidade passa a ser de R\$2.200,31, após redução dos valores exigidos nos meses de novembro e dezembro de 2016 para, respectivamente, R\$371,50 e R\$115,90, mantendo-se inalterados os valores correspondentes aos demais meses, objeto da infração.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL dos Recursos de Ofício e Voluntário para modificar a Decisão recorrida, quanto às infrações 2, 7 e 9 do Auto de Infração, conforme a seguir:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO				
INFR.	A. I.	JJF	CJF	RESULTADO
1	1.667,55	1.667,55	1.667,55	Mantida a Decisão
2	7.898,20	830,43	966,30	Modificada a Decisão
3	1.107,26	1.107,26	1.107,26	Mantida a Decisão
4	52,03	-	-	Mantida a Decisão
5	2.420,08	2.420,08	2.420,08	Mantida a Decisão
6	45.223,39	22.278,50	22.278,50	Mantida a Decisão
7	37.923,28	12.802,16	37.826,72	Modificada a Decisão
8	44.175,08	43.501,79	43.501,79	Mantida a Decisão
9	5.287,23	5.287,23	2.200,31	Modificada a Decisão
TOTAL	145.754,10	89.895,00	111.968,51	

VOTO DIVERGENTE (Quanto à infração 02)

Com a devida vênia, quanto ao Recurso Voluntário, discordo do posicionamento adotado pelo julgador de piso quanto ao item **CHAVEIRO CHAVE** da infração 02.

O julgador de piso manteve a cobrança deste item por entender que se trata do objeto “chaveiro”, também conhecido como porta-chaves, que se enquadraria no item 8.75 do Anexo 1 do RICMS/12, vigente no período de 10/03/16 até 31/01/17, que previa para o enquadramento no regime ST: “*Fechaduras e ferrolhos (de chave, de segredo ou elétricos), de metais comuns, incluídas as suas partes fechos e armações com fecho, com fechadura, de metais comuns chaves para estes artigos, de metais comuns excluídos os de uso automotivo*”.

Todavia, assim como a recorrente, observo que em nenhum momento há menção a chaveiro, o qual é um utensílio para se pendurar chaves, mas, com esta não se confunde.

Saliento que o Fisco, em outras oportunidades, se atém ao art. 111 do CTN para considerar a literalidade como pedra de toque em decisões que envolvem análise de itens e seus devidos anexos. Entretanto, neste caso, procede a uma interpretação do produto **CHAVEIRO CHAVE** para enquadrá-lo na ST, sendo que o anexo não faz nenhuma alusão a este item.

Deste modo, entendo pela Procedência Parcial da infração 02, devendo ser excluído também da autuação o item **CHAVEIRO CHAVE**.

VOTO DIVERGENTE RELATIVO À INFRAÇÃO 07.

Analizando o voto do ilustre relator, quanto ao Recurso Voluntário, permito-me do mesmo discordar de relação à Infração 07, que assim se descreve:

Infração 7 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$37.923,28, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos exercícios de 2015/2016.

O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, implementado através a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, busca determinar um tratamento diferenciado para as empresas que se enquadrem nos parâmetros nela estabelecidos.

Assim é que, as empresas que atendam aos seus pressupostos têm direitos diferenciados das empresas consideradas “normais”, e, para que assim sejam identificadas, têm que atender ao que dispõe o Artigo 3º da LC, como abaixo:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, auíra, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso de empresa de pequeno porte, auíra, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Deste enquadramento decorrem direitos diferenciados que os Estados se obrigaram a adotar e assim o fizeram em suas legislações, inclusive o Estado da Bahia, editando normas que amparam as Micro e Pequenas Empresas e as Empresas de Pequeno Porte, suporte de emprego e renda no contexto societário do país.

Dentre as prerrogativas concedidas às empresas que neste Estatuto se enquadrem, independente de serem optantes pelo regime do SIMPLES NACIONAL, está redução de carga tributária em determinadas situações.

No Estado da Bahia, o RICMS/BA, ao tratar do recolhimento da Antecipação Parcial sobre aquisições de mercadorias para comercialização por parte empresas de pequeno porte, assim estabelece em seu artigo 274:

Art. 274. No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar, não cumulativa com a redução prevista no art. 273.

O preposto fiscal na lavratura do Auto de Infração não considerou em sua integralidade os cálculos para a possível cobrança de diferenças no recolhimento efetuado pela Recorrente, impondo à mesma a cobrança de tributo que não lhe é devido, e, mais ainda, o ilustre relator do presente processo, baseia sua decisão de não acatar o possível enquadramento de multa diferença sem cobrança do imposto sob a alegação de que o contribuinte teria que comprovar, produto a produto a sua saída, quando a apuração do imposto é efetuada com base no movimento mensal das saídas e não, como impossivelmente deseja, produto a produto.

Hilário seria que o contribuinte tivesse que apresentar a cada ação fiscal um detalhamento de todas as suas operações quando as mesmas estão disponibilizadas no portal da própria SEFAZ, ou será que teria o objetivo de tão somente “cobrar tributo”, de determinar ao contribuinte, ainda mais os de micro e pequeno-portes, a manutenção de uma estrutura organizacional impossível de ser mantida devido aos custos que isto acarretaria?

É reconhecido, muito embora não dito pelos prepostos fiscais que contribuintes do tipo analisado, não tem estrutura organizacional para tanto, o que leva a duvidar das intenções do Fisco.

Diante do que analisei e afirmo, julgo IMPROCEDENTE a Infração 07.

Da mesma forma, discordando do ilustre relator quanto à Infração 02, acompanho o voto divergente a ilustre Conselheira Laís Carvalho.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, **PROVER EM PARTE** o Recurso de Ofício e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do Presidente, em relação à infração 2, e em Decisão não unânime (infração 7) **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281231.0001/17-5, lavrado contra **MIRASUL FERRO E AÇO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$109.768,20**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “f” e “d” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.200,31**, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto na Lei nº 9.837/05.

INFRAÇÃO 02 (RECURSO VOLUNTÁRIO)

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Fernando Antonio Brito de Araújo, Luiz Alberto Amaral Oliveira e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Leonel Araújo Souza e José Roservaldo Evangelista Rios.

INFRAÇÃO 07 (RECURSO VOLUNTÁRIO)

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Fernando Antonio Brito de Araújo, Luiz Alberto Amaral Oliveira, Laís de Carvalho Silva, Leonel Araújo Souza e Rubens Bezerra Soares

VOTO DIVERGENTE – Conselheiro: José Roservaldo Evangelista Rios.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR / VOTO VENCEDOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO DIVERGENTE (Infração 02)

JOSÉ ROSEVALDO EVANGELISTA RIOS – VOTO DIVERGENTE (Infração 07)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS