

A. I. Nº - 298958.0004/18-0
AUTUADO - ATACADÃO S.A.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18/05/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0055-03/20

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Infração parcialmente subsistente. 2. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. O Impugnante logra êxito em elidir parcialmente a autuação. Infração parcialmente subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, calculada sobre o valor comercial das mercadorias que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Infrações reconhecidas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2018, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$137.569,36, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.06. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro, março a dezembro de 2014 a dezembro de 2015. Exigido o valor do de R\$67.088,74, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 02.01.03. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Exigido o valor do de R\$25.363,31, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 16.01.01. Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$19.250,86;

Infração 04 - 16.01.02. Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de julho de 2013 a dezembro de 2015. Exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$25.866,45.

O Autuado apresentou Impugnação às fls. 53 a 91, depois de reproduzir o teor da autuação e o enquadramento legal dos itens autuado, articula os argumentos que se seguem.

Registra que os dispositivos eleitos como tendo sido infringidos, não guardam relação de causa e efeito com a conduta reprimida pelo fisco mediante o lançamento de ofício

formalizado. Destaca que para constatação basta a leitura dos artigos apontados no Auto de Infração e que foram inicialmente transcritos.

Menciona que diante do vício de fundamentação decorrente da ausência de subsunção fato/norma, nulo se apresenta o Auto de Infração.

Assinala que, acaso seja superada esta preliminar de inépcia do lançamento de ofício, já que implica cerceamento ao amplo direito de defesa e contraditório da Autuada, registra o quanto segue das acusações apontadas.

Observa que sem prejuízo da preliminar arguida, também quanto ao mérito não merece prosperar o lançamento de ofício.

No que tange à Infração 01 - afirma que a acusação fiscal não prospera, na exata medida em que se verifica nas hipóteses arroladas pela fiscalização o seguinte:

- a) mercadorias a respeito das quais a sistemática da ST aplica-se sobre “artefatos de higiene/toucador de plástico”, nos quais não se inserem “rodos de pia”, que se enquadra na categoria “artefatos de uso doméstico”, conforme planilha fl. 62;
- b) mercadorias que, à época dos fatos, sujeitavam-se à ST quando enquadradas na NCM 6307.1, estando excluídos, portanto, aquelas classificadas na NCM 6307-9, como as que arroladas pela fiscalização, conforme planilha fls. 62 e 63;
- c) castanhas de caju: a redação da norma relativa à ST tratava da mercadoria “salgados industrializados”, dentro da qual não se inserem as castanhas de caju, conforme planilha fls. 62 e 63;
- d) chocolates: tal produto sujeitava-se à ST quando enquadrados na NCM 1704.90.1, o que não é o caso dos autos, pois o produto arrolado enquadrava-se na NCM 1704.90.2, fora da sistemática da substituição tributária, conforme planilha fl. 64;
- e) álcool para limpeza: tal produto, arrolado pela fiscalização Autuante, não se enquadrava no regime de substituição tributária, nos termos do item 25, do RICMS-BA/12 (revogado pelo Dec. 15.807/2014) - (docs. 02), conforme planilha às fls. 64 a 67;
- f) mercadorias cujas saídas internas também tributadas indicadas na planilha às fls. 67 e 68;
- g) ausência de previsão legal para ST no período autuado - 2015, para a mercadoria com NCM 8543.70.99, conforma planilha, fl. 68.

Assinala não haver que se falar em crédito indevido, tal como apontado no lançamento de ofício hostilizado.

Observa que a Infração 02 aponta falta de recolhimento de imposto por suposta prática de operações tributáveis, como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Frisa que nas situações analisadas, entretanto, constata-se que:

1) mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária:

- álcool (item 25.14, do Anexo I, RICMS-BA/12);
- cesto de roupa de plástico (item 24.10, do Anexo I, RICM-BA/12);
- esponjas (item 25.13, do Anexo I, RICMS-BA/12);
- luvas de procedimento (NCM 4015.11, item 32.4, do Anexo I, RICMS-BA/12);
- toalha umedecida (NCM 3401.19, item 25.3, do Anexo I, RICMS-BA/12);
- salsicha (incidência da ST entre janeiro e fevereiro de 2015 - item 35-A, Anexo I, RICMS-BA/12, *acrescido pelo Dec. 15661/14*);
- balões (NCM 95.03, item 7, Anexo I, RICMS-BA/12), conforme planilha acostada às fls. 69 a 87.

2) mercadorias isentas:

- cominho (alínea “a”, inciso I, art. 265, RICMS-BA/12 e Convênio 44/75);
- folha de louro (alínea “a”, inciso I, art. 265, RICMS-BA/12 e Convênio 44/75);
- orégano (alínea “a”, inciso I, art. 265, RICMS-BA/12 e Convênio 44/75);
- salsa (alínea “a”, inciso I, art. 265, RICMS-BA/12 e Convênio 44/75);

- manjerona (alínea “a”, inciso I, art. 265, RICMS-BA/12 e Convênio 44/75);
- erva doce (alínea “a”, inciso I, art. 265, RICMS-BA/12 e Convênio 44/75), conforme planilha acostada às fls. 87 a 89.

Arremata, afirmando que não há, portanto, que se falar em falta de recolhimento de imposto a ensejar a imputação fiscal ora contestada.

Quanto às Infrações 03 e 04 observa que parte da acusação, como já exposto anteriormente, encontra-se atingida pela decadência, sendo que, quanto ao remanescente, por uma questão de risco, custo e benefício, procederá ao pagamento da penalidade aplicada.

Em suma, por todos os ângulos que se analise o caso em apreço, mister o reconhecimento da improcedência do lançamento de ofício objurgado, como medida de aplicação do melhor Direito ao caso concreto.

Frisa que não sendo este o entendimento deste órgão de julgamento, desde já, em busca, também, da verdade material requer, seja realizada a perícia técnica, para a comprovação de que nada é devido.

Protesta, quando do deferimento da prova requerida, pela formulação de quesitos e aguarda o deferimento do requerimento acima apontado, sob pena de cerceamento ao seu direito de defesa, indica à fl. 90 e 91, seus assistentes técnicos.

Conclui pugnando pela insubsistência do lançamento de ofício objurgado, tanto pelas preliminares, quanto pelo mérito, dado que procedeu à Autuada em consonância com a legislação de regência desde Estado da Bahia.

Às fls. 103 a 105, o Autuado procede à juntada de comprovante do pagamento efetuado atinente às Infrações 03 e 04.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 115 a 122, nos seguintes termos.

No tocante à Infração 01, destaca em sua peça defensiva, o Autuado alega que alguns produtos que constam da relação de débito para esta Infração, não estão enquadrados no regime da substituição tributária, passando a descrevê-los individualizadamente. Diz que também individualizadamente refuta cada produto:

- A- RODO PIA PLASUTIL 5434 1x12 UND - Produtos enquadrados no regime da substituição tributária conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 - REDAÇÃO VIGENTE ANO 2014, Item 25 - Material de Limpeza - (Vassouras, rodos, cabos e afins). Assim sendo, mantemos a cobrança integral para estes produtos;
- B- PANO MICROFIBRA LUXCAR, PANO MULTI USO SCOTT, PANO ALVEJ PISOS, PANO LIMP ALKLIN, PANO MEGA PANÃO ALKLIN, etc. - Produtos também enquadrados no regime da substituição tributária conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 - REDAÇÃO VIGENTE ANO 2014, Item 25 - Material de Limpeza - (Rodilhas, esfregões, panos de prato ou de cozinha, flanelas e artefatos de limpeza semelhantes). Assim sendo, mantemos a cobrança integral para estes produtos;
- C- CASTANHA CAJU LA VIOLETERA, CASTANHA CAJU TOR/SALG LA VIOLETERA, etc. - Produtos enquadrados no regime da substituição tributária conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 - REDAÇÃO VIGENTE ANO 2014, Item 38 - Salgados industrializados. Assim sendo, também, mantemos a cobrança integral para estes produtos;
- D- CHOC. GRANULADO MAVALERIO COLORIDO, Produtos enquadrados no regime da substituição tributária conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 - REDAÇÃO VIGENTE ANO 2015, Item 11 - Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não. Assim sendo, mantemos a cobrança integral para estes produtos;

- E- ALCOOL COPERALCOOL, ALCOOL GEL COPERALCOOL, ALCOOL GEL ZULU, etc., - Produtos enquadrados no regime da substituição tributária conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 – REDAÇÃO VIGENTE ANO 2015, Item 3 - ÁLCOOL NÃO DESTINADO AO USO AUTOMOTIVO TRANSPORTADO A GRANEL. Assim sendo, diz manter a cobrança integral para estes produtos;
- F- AGENDA FORINI ESCOLAR PEPPA, AGENDA FORINI MALVADO FAVORITO, CAD. ¼ BATMAN COST. FORONI, CAD. ¼ CARROS COST FORONI, BOMBOM GATOTO, etc. - Produtos enquadrados no regime da substituição tributária conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 - REDAÇÃO VIGENTE ANO 2015, Item 27 - PAPELARIA e Item 11 - Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não. Assim sendo, mantem a cobrança integral para estes produtos;
- G- LAMP.4W S40FILAM.OUROLUX BIVOLT, LAMP.3W S40FILAM.OUROLUX BIVOLT, LAMP. 9.5W LED A60 SYLVANIA BIVOLT - reconhece como procedente em parte as alegações defensivas da Autuada, apenas quanto ao produto LAMP. 9.5W LED A60 SYLVANIA BIVOLT, que, no período não estava enquadrado no regime da substituição tributária. Informamos a exclusão deste item da planilha de débito e anexamos a este PAF nova planilha de débito para esta Infração. Quanto aos demais produtos, estão sim enquadrados no regime da substituição tributária conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 – REDAÇÃO VIGENTE ANO 2015, Item 23 - Lâmpada elétrica, eletrônica, reator e starter. Assim sendo, mantem a cobrança parcial para esta Infração, remanescendo em favor da Fazenda Publica Estadual o montante de R\$67.040,07.

Observa que em relação à Infração 02, o Autuado elenca diversas mercadorias que supostamente estariam sujeitas ao regime de substituição. Passa a analisar individualizadamente cada produto:

- A - ÁLCOOL - Conforme podemos facilmente comprovar através da descrição do produto, ALCOOL SOLIDO REAX ACENDE FACIL, que não está enquadrado no regime da substituição tributária, produto geralmente utilizado para acendimento de churrasqueiras. Enquanto que o produto que está enquadrado no regime da substituição tributária, conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 – REDAÇÃO VIGENTE ANO 2014, Item 3 – ÁLCOOL NÃO DESTINADO AO USO AUTOMOTIVO TRANSPORTADO A GRANEL. Mantém a cobrança integral para estes produtos;
- B- CESTO DE ROUPA PLÁSTICO - Produto tributado, não estando sujeito ao regime da substituição tributária. Afirma manter, pois, a cobrança integral para estes produtos;
- C - ESPONJAS - O referido produto não está enquadrado no regime da substituição tributária, pois não se trata de Material de Limpeza. Podemos facilmente constatar através da descrição do produto, que se trata de esponja para banho, e não esponja para limpeza. Mantém a cobrança integral para estes produtos;
- D - LUVAS DE PROCEDIMENTO – Também como podemos constatar através da descrição dos produtos, que não se trata de LUVAS DE PROCEDIMENTOS, e sim LUVAS PLASTICAS DESC. EXTRUSA, LUVA EXAMGLO FINA MULTIUSO, ETC, utilizadas para limpeza e não cirurgicamente e em procedimentos. Mantém a cobrança integral para estes produtos;
- E - TOALHA UMIDECIDA - Produto tributado, não estando sujeito ao regime da substituição tributária. Mantém a cobrança integral para estes produtos;
- F - SALSICHA - Produto industrializado, tributado, e que não está enquadrado no regime da substituição tributária. Mantém a cobrança integral para estes produtos.
- G - BALÕES - Conforme podemos constatar através da descrição do produto, BALÃO 7 S. ROQUE CINTIL CXA 1 X 100 UNH, etc., trata-se de balões utilizados para enfeitar festas de

aniversário e eventos. Tratando-se, pois, de produto tributado, e não estado sujeito ao regime da substituição tributária. Mantém a cobrança integral para estes produtos.

Assinala que o Autuado reconheceu a procedência das Infrações 03 e 04.

Conclui requerendo a procedência parcial do Auto de Infração no valor de R\$137.520,69, acrescidos dos consectários legais pertinentes.

Às fls. 129 a 130, o Autuado se manifesta nos seguintes termos.

Menciona que na parte em que não concorda o fisco com os argumentos apresentados pela Autuada afirma que:

Infração 01 -

A - RODO PIA PLASUTIL 5434 1x12 UND - Produtos enquadrados no regime da substituição tributária conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 - REDAÇÃO VIGENTE ANO 2014, Item 25 - Material de Limpeza - (Vassouras, rodos, cabos e afins);

B - PANO MICROFIBRA LUXCAR, PANO MULTI USO SCOTT, PANO ALVEJ PISOS, PANO LIMP ALKLIN, PANO MEGA PANAOL ALKLIN, etc. - Produtos também enquadrados no regime da substituição tributária conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 - REDAÇÃO VIGENTE ANO 2014, Item 25 - Material de Limpeza - (Rodilhas, esfregões, panos de prato ou de cozinha, flanelas e artefatos de limpeza semelhantes);

C - CASTANHA CAJU LA VIOLETERA, CASTANHA CAJU TOR/SALG LA VILETRA, etc. - Produtos enquadrados no regime da substituição tributária conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 - REDAÇÃO VIGENTE ANO 2014, Item 38 - Salgados industrializados;

D - CHOC. GRANULADO IVIAVALERIO COLORIDO, Produtos enquadrados no regime da substituição tributária conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 - REDAÇÃO VIGENTE ANO 2015, Item 11 - Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não;

E - ALCOOL COPERALCOOL, ALCOOL GEL COPERALCOOL, ALCOOL GEL ZULU, etc., - Produtos enquadrados no regime da substituição tributária conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 - REDAÇÃO VIGENTE ANO 2015, Item 3 - ALCOOL NÃO DESTINADO AO USO AUTOMOTIVO TRANSPORTADO A GRANEL;

F - AGENDA FORINI ESCOLAR PEPPA, AGENDA FORINI MALVADO FAVORITO, CAD. ¼ BATMAN COST. FORONI, CAD. % CARROS COST FORONI, BOMBOM GATOTO, etc. - Produtos enquadrados no regime da substituição tributária conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 - REDAÇÃO VIGENTE ANO 2015, Item 27 - PAPELARIA e Item 11 - Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não;

G - LAMP. 4W S4OFILAM.OUROLUX BIVOLT, LAMP"3W S4CIFILAM.OUROLUX BIVOLT - ... quanto aos demais produtos, estão sim enquadrados no regime da substituição tributária conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 - REDAÇÃO VIGENTE ANO 2015, Item 23 - Lâmpada elétrica, eletrônica, reator e starter. Mantém a cobrança parcial para esta infração, remanescendo em favor da Fazenda pública estadual o montante de R\$67.040,07.

Infração 02 -

A - ALCOOL - Conforme podemos facilmente comprovar através da descrição do produto, ALCOOL SOLIDO REAX ACENDE FACIL, que não está enquadrado no regime da substituição tributária, produto geralmente utilizado para acendimento de churrasqueiras. Enquanto que o produto que está enquadrado no regime da substituição tributária, conforme Anexo I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 - REDAÇÃO VIGENTE ANO 2014, Item 3 - ALCOOL NÃO DESTINADO AO USO AUTOMOTIVO TRANSPORTADO A GRANEL;

B - CESTO DE ROUPA PLASTICO;

C - ESPONJAS - O referido produto não está enquadrado no regime da substituição tributária, pois não se trata de Material de Limpeza. Podemos facilmente constatar através da descrição do produto, que se trata de esponja para banho, e não esponja para limpeza;

D - LUVAS DE PROCEDIMENTO Também como se pode constatar através da descrição dos produtos, que não se trata de LUVAS DE PROCEDIMENTOS, e sim LUVAS PLASTICAS DESC. EXTRUSA, LUVA EXAMGLO FINA MULTIUSO, ETC, utilizadas para limpeza e não cirurgicamente e em procedimentos;

E - TOALHA UMIDECIDA - Produto tributado, não estando sujeito ao regime da substituição tributária;

F - SALSICHA - Produto industrializado, tributado, e que não está enquadrado no regime da substituição tributária;

G - BALÕES - Conforme podemos constatar através da descrição do produto, BALÃO 7 S. ROQUE CINTIL CXA 1 X 100 UNH, etc., trata-se de balões utilizados para enfeitar festas de aniversário e eventos. Tratando-se, pois, de produto tributado, e não estado sujeito ao regime da substituição tributária.

Razão pela qual afirma o Autuante manter a tributação sobre os referidos produtos.

Afirma que a fiscalização se equivoca no que tange à parte que continua a entender devida a exigência fiscal, cabendo destacar, quanto aos seguintes produtos:

- luva: o imposto por ST foi destacado no documento fiscal, sem crédito de imposto, não havendo que se falar em prejuízo ao erário – v. Protocolo ICMS 105/2009;
- álcool: o produto refere-se à categoria álcool para limpeza - item 25.14 - sendo que o item 25 foi revogado pela alteração nº 28, do Dec. nº 15.807/14, com efeitos a partir de 01/02/2015;
- lâmpada: NCM não se encontra relacionada dentre aquelas sujeitas à ST, sendo elas, inclusive, tributadas normalmente pelos fornecedores.

Quanto aos demais produtos, reitera todos os argumentos colacionados na defesa, posto que mais do que suficientes para o reconhecimento e declaração de insubsistência da integralidade da exigência fiscal.

Conclui reiterando todos os argumentos de fato e de direito apresentados na defesa anteriormente apresentadas, porque suficientes para o reconhecimento e decretação da improcedência total do lançamento de ofício em questão, quer pelas preliminares quer pelo mérito.

O Autuante presta nova informação fiscal, fls. 141 e 142, assinalando que o Impugnante não apresenta fato novo algum em sua manifestação e conclui afirmando que mantém parcialmente a autuação no valor de R\$137.520,69.

Essa 3ª JJF converteu os autos em diligência para que o Autuante, em relação à Infração 01, examinasse com base nas notas fiscais a estrita convergência entre a descrição da mercadoria e sua NCM, constantes no documento fiscal com as respectivas indicações no correspondente item do Anexo I, do RICMS, vigente de todas as mercadorias listadas às fls. 117 a 119. Quanto à Infração 02 que também examinasse com base nas notas fiscais a estrita convergência entre a descrição da mercadoria e sua NCM, constantes no documento fiscal com as respectivas indicações no correspondente item do Anexo I, do RICMS-BA/12, vigente de todas as mercadorias listadas às fls. 119 a 121. E caso necessário elaborasse novos demonstrativos de débito.

O Autuante apresenta o resultado da diligência, fls. 156 a 158, esclarecendo que em relação à Infração 01, após análise na EFD do Autuado, nos exercícios de 2014 e 2015, elaborou nova planilha (em anexo), vinculando a descrição das mercadorias e a sua respectiva NCM de acordo com o Item do Anexo 1, do RICMS-BA/12.

Com relação às mercadorias Álcool Gel e Álcool Cooperalcool, respectivamente, de NCMs 2207.2019 e 2207.1090, em embalagens de 500g e 500ml, informa tratar-se de álcool líquido em forma de gel, utilizado para limpeza, NCM 22071090, Álcool Cooperalcool, álcool em forma líquida, utilizado para limpeza, NCM 22072019. Tais produtos não se destinam ao uso automotivo, sendo mais comumente utilizado como produto de limpeza. O produto álcool etílico hidratado carburante - AEHC - 2207.1, item 16 - Combustíveis e Lubrificantes Derivados ou não de Petróleo, Inclusive Biodiesel - 16.1- álcool etílico hidratado carburante - AEHC - NCM - 2207.1, sendo este produto, utilizado em automóveis, conforme Anexo 1, do RICMS-BA/12, produto este também enquadrado no regime da substituição tributária.

No que diz respeito à Infração 02 - Informa não ser possível fazer a convergência entre a descrição da mercadoria e sua NCM, constantes no documento fiscal com as respectivas indicações no correspondente Item no Anexo 1, do RICMS-BA/12, uma vez que tais mercadorias não estão enquadradas no regime da substituição tributária, sendo tais produtos tributados normalmente pelo ICMS. Quanto ao produto Salsicha, a mesma é produto tributável, e não consta do Anexo 1, do RICMS-BA/12. Na EFD da empresa a NCM que consta para o referido produto é 16010000. Esta infração trata de mercadorias que não estão enquadradas no regime da substituição tributária, e que a Autuada deu saída sem a devida tributação.

O Autuado em sua última manifestação nos autos, fls. 175 a 178, depois de reproduzir o teor do resultado da diligência, fls. 156 a 158, pondera em relação à Infração 01 reafirmando que os produtos Castanha de Caju La Violetera não in natura, Pano multi uso, Rodo Pia, Pano Limp. micro fibra e Choc. Granulado Mavaleiro não se encontram no Anexo 1, do RICMS-BA/12. Em relação ao item Álcool Cooperalcool, esclarece que esse produto em 2014 se enquadrava na ST, já em 2015 deixou de ser enquadrado em razão de não ser transportado a granel.

No que diz respeito à Infração 02, afirma que as mercadorias, Cesto Sanremo 44l c/pedal, Cesto p/roupa Sanremo 32l são artefatos de plástico destinados higiene estão sujeitos à ST, conforme consta no item 24.10, do Anexo 1 doo RICMS-BA/12. Quanto ao item Balão 7 S. Roque Cintil Dourado, destaca que se encontra sujeito à ST, conforme item 7, do Anexo 1, do RICMS-BA/12. Sustenta também o Autuado que o item Salsicha encontrava-se até 03/02/2015, porém o Dec. nº 15.921/15, revogou a incidência da ST, a partir de 04/02/2015.

Conclui, pugnando pela insubsistência das Infrações 01 e 02.

VOTO

O defendente alegou, em sede de preliminar de nulidade, a falta de subsunção do fato/norma e ausência de tipificação, por não guardarem, os dispositivos legais apontados como infringidos, relação de causa e efeito com a irregularidade mediante o lançamento de ofício.

Depois de compulsar os elementos que compõem os autos, verifiquei que não deve prosperar a alegação defensiva, haja vista que todos os itens da autuação, afiguram-se com descrição da irregularidade, devidamente acompanhados com o respectivo enquadramento legal preconizado na legislação de regência, bem como claramente indicada a tipificação da multa.

Portanto, não vislumbro qualquer dificuldade ou óbice para a perfeita compreensão pelo Autuado, do que está sendo acusado, que implicasse cerceamento do seu direito à ampla defesa, tanto é assim que, ao enunciar suas razões de defesa, o Impugnante as apresentou com total desenvoltura, sem demonstrar qualquer dificuldade que pudesse denotar falta de clareza do que estava sendo acusado nos quatro itens da autuação. Ademais, resta patente em suas alegações, que o Defendente não apontou de forma inequívoca óbice algum para sua compreensão da acusação fiscal, eis que somente reproduziu o enquadramento legal e a tipificação das multas, sem qualquer alusão específica à suposta obscuridade alegada. Por isso, entendo superada a preliminar de nulidade suscitada.

Constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente

às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo, quanto à mencionada correção. No presente processo, houve necessidade de realizar diligência saneadora, considerando que os elementos constantes nos autos não eram suficientes para análise e conclusões acerca da lide, tendo sido dada ciência ao Defendente. Quanto ao pedido de Perícia Técnica, fica indeferido com base no inciso II, do art. 149 do RPAF-BA/99, ante a inexistência de matéria de natureza cuja compreensão dependesse de conhecimentos técnicos especializados.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatro irregularidades à legislação baiana do ICMS, na forma descrita pormenorizadamente no preâmbulo do relatório.

As Infrações 03 e 04 foram reconhecidas pelo Impugnante, que procedera ao recolhimento, conforme consta no extrato emitido pelo SIGAT-SEFAZ, colacionado às fls. 144 a 150.

A Infração 01 cuida da utilização de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Demonstrativo constante da mídia CD acostada à fl. 18.

Em sede de Defesa, o Impugnante contestou a autuação apresentando diversas planilhas às fls. 62 a 68, elencando os itens de mercadorias arroladas no levantamento fiscal, identificando inclusive as respectivas notas fiscais que, segundo seu entendimento, não sujeitam ao regime de substituição.

O Autuante, em sua informação, refutou pontualmente todos os argumentos e ponderações alinhadas na peça defensiva, com exceção do item LAMP.9.5W LED SYLVANIA BIVOLT, para o qual, asseverou que, no período fiscalizado, não estava enquadrado no regime de substituição tributária. Informou que com a exclusão desse item, o valor do débito dessa Infração ficou reduzido de R\$67.088,74, para R\$67.040,07.

Depois de examinar os elementos que emergiram do contraditório em torno desse item da autuação, inclusive com a realização de diligência solicitada por essa 3ª JJF, para dirimir as dúvidas suscitadas, verifico que em sua última manifestação o Defendente manteve seu questionamento, pelo fato da fiscalização ter deixado de considerar as situações atinentes aos seguintes itens: Castanha de Caju La Violetera não in natura, Pano multi uso, Rodo Pia, Pano Limp. micro fibra e Choc. Granulado Mavaleiro que não se encontram no Anexo 1 do RICMS-BA/12. Em relação ao item Alcool Cooperalcool, esclarece que esse produto em 2014 se enquadrava na ST, já em 2015 deixou de ser enquadrado em razão de não ser transportado a granel. Fica mantida a exigência.

No que diz respeito ao produto Castanha de Caju La Violetera - NCM - 2008.1900, o Impugnante aduziu que o produto é não in natura, cuja NCM não é contemplada no item do Anexo 1, entretanto, constato que assiste razão ao Autuante, haja vista que se trata de produto industrializado e constante do item 38, do Anexo 1 do RICMS-BA/12. Assim, deve ser mantida a exigência.

Quanto ao item Rodo Pia, NCN - 3924.900, também não procede a alegação da Defesa de que esse produto não está sujeito à substituição tributária, uma vez que trata de Artefatos de higiene/toucador de plástico, previsto no item 24.10, do Anexo 1 do RICMS-BA/12. Resta mantida a exigência.

Em relação ao produto Pano Limp., NCM - 6307.9010, verifico que se trata de Rodilhas, esfregões, panos de prato ou de cozinha, flanelas e artefatos de limpeza semelhantes, constante do item 25.37, do Anexo 1 do RICMS-BA/12. Logo, resta mantida a exigência.

O item Choc. Granulado Mavaleiro - por se tratar de outras preparações de confeitaria, esse item está incluído item 11, do Anexo 1 do RICMS-BA/12 - Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não.

No que concerne ao item Alcool Cooperalcool - NCM – 2207.2019, verifico que se trata de Alcool Gel e Alcool em embalagens para consumo doméstico.

Consta do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, vigente no exercício de 2015, que todo conteúdo do item 25 foi revogado pela Alteração nº 28, Dec. nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/02/15.

Com a revogação do Item 25.14 - *Alcool etílico para limpeza* - 2207.1 2207.20.1, a partir de 01/02/2015, somente remanesce sujeito à substituição tributária, o produto Alcool, não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, previsto no item 3, do Anexo 1 do RICMS-BA/12, vigente no período das operações autuadas.

Logo, as operações arroladas no levantamento fiscal a partir de 01/02/2015 com Alcool Gel e Alcool líquido em embalagens para consumo doméstico não estão sujeitas a substituição tributária, por não se tratar de produto a granel. Devendo, portanto, serem excluídas do levantamento fiscal, as quais, de acordo com o demonstrativo de apuração representam o montante de R\$39.032,17.

Ao examinar a exclusão procedida pelo Autuante, por ocasião da Informação Fiscal, atinente à LAMP.9.5W LED SYLVANIA BIVOLT, cuja NCM é **8543.7099**, refere-se à Nota Fiscal de nº 1260774, no valor de R\$48,67, emitida em 31/12/2015, e compulsar o Anexo 1 do RICMS-BA/12, constato que no item atinente às lâmpadas [23 *Lâmpada elétrica, eletrônica, reator e starter* - 8539; 8540; 8504.1 e 8536.5], efetivamente, não consta a NCM do produto objeto da exigência. Logo, em relação à referida nota fiscal, assiste razão e deve ser excluída da autuação.

Quanto às demais notas fiscais indicadas pelo Autuado à fl. 68, se referem a aquisições de lâmpadas com NCM - 8539, conforme constam das referidas notas fiscais, acessíveis pelo código de acesso disponível no demonstrativo de apuração, portanto, não deve prosperar a alegação da Defesa, e ficam mantidas as exigências.

Em suma, resta evidenciado nos autos que devem ser excluídas do levantamento fiscal as operações no período de fevereiro a dezembro de 2015 com Alcool Gel e Alcool em embalagens para consumo doméstico, e a operação com o produto LAMP.9.5W LED SYLVANIA BIVOLT, cuja NCM é **8543.7099**, refere-se à Nota Fiscal de nº 1260774.

Nos termos expendidos, concluo pela subsistência parcial desse item da autuação, conforme discriminado no demonstrativo a seguir.

INFRAÇÃO 01					
Ocorr.	A. I.	Exclusão Item "Alcool"	Exclusão Item "Lâmpadas"	Julgamento	Multa
jan/15	115,31	-	-	115,31	60%
fev/15	640,88	351,85	-	289,03	60%
mar/15	3.970,09	3.921,04	-	49,05	60%
abr/15	1.896,46	1.489,55	-	406,91	60%
mai/15	11.597,21	11.366,95	-	230,26	60%
jun/15	24.557,20	4.434,10	-	20.123,10	60%
jul/15	7.439,55	6.960,85	-	478,70	60%
ago/15	324,52	73,13	-	251,39	60%
set/15	9.864,36	9.837,49	-	26,87	60%
out/15	1.392,62	23,88	-	1.368,74	60%
nov/15	209,20	7,69	-	201,51	60%
dez/15	647,62	565,64	48,67	33,31	60%
TOTAIS	62.655,02	39.032,17	48,67	23.574,18	

Assim, ante ao exposto, concluo pela subsistência parcial desse item da autuação.

A Infração 02 imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Demonstrativo constante da mídia CD acostada à fl. 18.

Do mesmo modo que na Infração 01, o sujeito passivo contestou a autuação apresentando listagem contendo operações com produtos, que segundo seu entendimento, encontravam-se efetivamente sujeitas ao regime de substituição tributária, e que por isso, justificavam as saídas sem tributação.

O Autuante refutou as alegações da defesa, mantendo a autuação, depois de esclarecer a situação tributária de cada um dos itens de mercadorias apontados pela Defesa.

Depois de diversas intervenções, tanto do Autuante, como do Impugnante, inclusive com realização de diligência solicitada por essa 3ª JF, o sujeito passivo, em sua última manifestação, reiterou seu questionamento em relação aos produtos: Cesto Sanremo 44l c/pedal, Cesto p/roupa Sanremo 32l por serem artefatos de plástico destinados higiene estão sujeitos à ST, conforme consta no item 24.10, do Anexo 1 doo RICMS-BA/12; o item Balão 7 S. Roque Cintil Dourado, destacando que se encontra sujeito à ST, conforme item 7, do Anexo 1 do RICMS-BA/12, e o item Salsicha, explicando que se encontrava sob o regime de substituição tributária até 03/02/2015, porém, o Dec. nº 15.921/15, revogou a incidência da ST, a partir de 04/02/2015.

Ao examinar os elementos que integram e compõem esse item da autuação, constato que não deve ser acolhida a pretensão da Defesa no que diz respeito ao produto, Balão 7 S. Roque Cintil Dourado, tendo em vista não se tratar de Brinquedos, triciclos, patinetes, carros de pedais e outros brinquedos semelhantes de rodas; carrinhos para bonecos; bonecos; outros brinquedos; modelos reduzidos e modelos semelhantes para divertimento, mesmo animados; quebra-cabeças (“puzzles”) de qualquer tipo - 9503, previsto no item 7, do Anexo 1, do RICMS-BA/12, como quer fazer crer o Impugnante, e sim de balões utilizados como enfeites de festas de aniversário e eventos, como destacado pelo Autuante em sede de informação fiscal.

Ademais, a NCM indicada no item 7, do Anexo 1, assim é descrita na Tabela TIPI:

9503.00 Triciclos, patinetes (trotinetas), carros de pedais e outros brinquedos semelhantes de rodas; carrinhos para bonecos; bonecos; outros brinquedos; modelos reduzidos e modelos semelhantes para divertimento, mesmo animados; quebra-cabeças (puzzles) de qualquer tipo.*

Por isso, resta indubitoso que os referidos balões não estão sujeitos à substituição tributária, pois não se referem a brinquedos, fica mantida a autuação em relação ao Balão.

Quanto ao Cesto Sanremo 44l c/pedal e o Cesto p/roupa Sanremo 32l, entendo que deve ser acolhida a pretensão do Autuado, haja vista que, de acordo com o item 24.10, do Anexo 1 do RICMS-BA/12: 24.10 Artefatos de higiene/toucadour de plástico NCM -3924 se constituem em artefatos de plástico destinados à higiene e estão sujeitos ao regime de substituição tributária.

Logo, acato o pleito da Defesa e procedo a exclusão das operações relativas a esses dois itens, Cesto Sanremo 44l c/pedal e o Cesto p/roupa Sanremo 32l, do levantamento fiscal que resulta na diminuição no montante de R\$8.487,48, da exigência apurada, conforme discriminado no demonstrativo a seguir acostado.

No que se refere ao item Salsicha, constato também que procede a alegação defensiva, haja vista que foram arroladas indevidamente no levantamento fiscal as operações de saídas com Salsichas - NCM - 1601, no período de 01/01/2015 a 03/02/2015, quando ainda se encontravam submetidas ao regime de substituição tributária, tendo em vista que o Dec. nº 15.921/15, somente revogou a incidência da ST a partir de 04/02/2015.

Assim, acolho a alegação da Defesa e procedo à exclusão das operações com o produto Salsichas, indevidamente arroladas no levantamento fiscal no período de 01/01 a 03/02/2015, no montante de R\$2.679,73.

Nos termos, expendidos resta parcialmente caracterizado esse item da autuação no valor de R\$16.529,46, consoante discriminado no demonstrativo abaixo.

I N F R A Ç Ã O 0 2

Ocorr.	A. I.	Exclusão Item "Cesto"	Julgamento	Ocorr.	A. I.	Exclusão Item "Cesto"	Exclusão Item "Salsicha"	Julgamento
jan/14	1.107,94	519,69	1.107,94	Transp.	13.253,70	5.558,26		8.215,13
fev/14	2.302,53	1.391,37	911,16	jan/15	3.531,26	-	2.672,47	2.672,47
mar/14	399,09	111,47	287,62	fev/15	1.547,97	97,30	7,26	1.443,41
abr/14	293,59	-	293,59	mar/15	793,39	373,08		420,31
mai/14	934,44	568,97	365,47	abr/15	292,02	203,30		88,72
jun/14	522,10	475,25	46,85	mai/15	1.079,25	821,28		257,97
jul/14	220,24	108,77	111,47	jun/15	741,91	613,83		128,08
ago/14	284,40	154,99	129,41	jul/15	777,41	745,42		31,99
set/14	1.295,78	273,20	1.022,58	ago/15	135,07	-		135,07
out/14	3.625,59	1.508,30	2.117,29	set/15	2.101,55	-		2.101,55
nov/14	951,82	97,32	854,50	out/15	437,70	-		437,70
dez/14	1.316,18	348,93	967,25	nov/15	80,66	-		80,66
	13.253,70	5.558,26	8.215,13	dez/15	591,42	75,02		516,40
					25.363,31	8.487,49	2.679,73	16.529,46

Concluo pela subsistência da Infração 02.

Assim, nos termos expendidos concluo pela subsistência parcial do Auto de Infração consoante discriminado no demonstrativo abaixo.

D E M O N S T R A T I V O C O M P A R A T I V O D E D É B I T O A U T O D E I N F R A Ç Ã O X J U L G A M E N T O

Infrações	AUTO DE INFRAÇÃO	JULGA- MENTO	M U L T A	RESULTADO
01	67.088,74	23.574,18	60,0%	PROC. EM PARTE
02	25.363,31	16.529,46	60,0%	PROC. EM PARTE
03	19.250,86	19.250,86	Multa Fixa - 1%	PROCEDENTE
04	25.866,45	25.866,45	Multa Fixa - 1%	PROCEDENTE
TOTAIS	137.569,36	85.220,95		

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PACIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0004/18-0**, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$40.103,64**, acrescido da multa de 60%, prevista nas alíneas "a", do inciso VII, e do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$45.117,30**, previstas no art. 42, incisos IX e XI da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios, de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA