

PROCESSO - A. I. N° 269511.0017/18-3
RECORRENTE - IVAM COSTA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0146-03/19
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ JUAZEIRO (VALE DO SÃO FRANCISCO)
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/05/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0068-11/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA BENEFICIADA COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Ausência de impugnação especificada. Mantida a decisão de piso. **b)** ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Refeitos os cálculos pelo autuante, de acordo com a comprovação apresentada pelo autuado, o débito ficou reduzido. Infração subsistente em parte. Rejeitada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JJF N° 0146-03/19, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$263.378,74, em razão de onze infrações distintas, sendo objeto do presente recurso apenas as infrações 03 e 04, descritas a seguir.

...
Infração 03 – 01.02.03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$60.891,73. Multa de 60%.

Infração 04 – 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 de 2015 a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$15.645,95. Multa de 60%.

...

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 17/07/2019 (fls. 56 a 61) e julgou Procedente em Parte o Auto de Infração. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, ficando rejeitado o pedido de nulidade apresentado pelo autuado nas razões de defesa.

No mérito, o presente lançamento trata da exigência de ICMS, tendo sido apuradas infrações à legislação tributária, conforme descrição dos fatos e demonstrativos acostados aos autos.

O defendente requereu a revisão de cálculos do Auto de infração, alegando que existem divergências, em relação aos produtos que especificou, afirmando que são tributados, mas foram considerados como isentos na autuação fiscal.

Na informação fiscal, o autuante ressaltou que foram alegadas pelo autuado, divergências quanto a mercadorias isentas e substituídas, fazendo-nos crer que a impugnação se restringe às Infrações 03 e 04. Por isso, ratificou tudo o quanto exigido nas Infrações 01, 02, 05, 06, 07, 08, 09, 10 e 11, e informou que ao revisar

os demonstrativos das infrações 03 e 04, constatou que foram cometidos equívocos pela fiscalização em relação a algumas mercadorias.

O autuante elaborou novos demonstrativos referentes às Infrações 03 e 04, e planilha em Excel, DEMONSTRATIVO DE DÉBITO, que estão gravados na mídia CD, tudo anexado à Informação Fiscal. Assim, foram mantidos todos os valores exigidos nas Infrações 01, 02, 05, 06, 07, 08, 09, 10 e 11, e houve redução dos valores exigidos nas Infrações 03 e 04 para, respectivamente, R\$ 56.406,82 e R\$ 14.972,80.

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho e setembro de 2016.

A utilização do crédito destacado nas Notas Fiscais de aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente do estabelecimento deve observar a legislação. Neste caso, em relação ao crédito fiscal de ICMS decorrente de entradas de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente e respectivos serviços de transporte, o valor mensal a ser apropriado deve ser calculado com base na proporção das operações e prestações tributadas sobre o total das operações de saídas e prestações de serviço efetuadas no mesmo período, nos termos do § 6º do art. 29 da Lei nº 7.014/96.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a julho, setembro a dezembro de 2015; janeiro, março, maio, julho, agosto, novembro e dezembro de 2016.

Quanto ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, observando os limites ou condições para utilização de créditos fiscais, sendo vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2016.

É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados quando a operação subsequente de que decorrer a saída da mercadoria não for tributada ou for isenta do imposto, sendo essa circunstância previamente conhecida.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2016.

É vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, quando a operação de aquisição tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo vedada a utilização do crédito fiscal pelo adquirente.

Infração 05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, nos meses de março, maio e dezembro de 2015; janeiro a maio, julho e agosto de 2016.

De acordo com o art. 314 do RICMS/BA/2012, “A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar: i) a entrada da mercadoria e a prestação do serviço por ele tomado ou a aquisição de sua propriedade; ii) o direito à utilização do crédito. Não se admitindo a escrituração do crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal ou em duplicidade”

Infração 06 – 01.02.39: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal, no mês de janeiro de 2015.

Quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador.

Infração 07: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de fevereiro de 2016. Constitui infração à lei tributária o não recolhimento do ICMS escriturado no livro fiscal próprio.

Infração 08: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de maio, julho e agosto de 2015.

Infração 09: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de novembro e dezembro de 2016.

Pelo que consta nos autos, o procedimento fiscal realizado constatou que houve escrituração dos livros fiscais e

apuração do imposto pelo defensor, em desacordo com as normas regulamentares, sendo exigidas as diferenças apuradas.

Infração 10: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a julho e setembro de 2016.

Infração 11: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de dezembro de 2015; janeiro a maio, agosto a dezembro de 2016.

É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento.

Observo que as informações prestadas pelo autuante convergem integralmente com os argumentos e comprovações apresentados pela defesa, deixando de haver lide. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo defensor, alicerçados nos documentos, acato as conclusões do autuante e voto pela subsistência parcial das infrações 03 e 04, e pela manutenção integral dos demais itens do presente lançamento.

Vale ressaltar, que de acordo com as fls. 51/52 do PAF, o defensor foi intimado, com o encaminhamento de cópia da informação fiscal, sendo concedido o prazo de dez dias para se manifestar. Decorrido o prazo concedido, não houve qualquer manifestação.

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

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 79 a 106, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Preliminamente, alega que o Auto de Infração ora recorrido se encontra eivado de diversos vícios que o tornam nulo de pleno direito, tais como a não concessão do contraditório e da ampla defesa. Explica que, em simples observação ao trâmite processual, verifica-se que, ao Recorrente, não foi oportunizado contraditório acerca da modificação dos valores atribuídos ao auto após a “correção” pelo agente autuante, fato este motivado pela apresentação da defesa administrativa. Destaca que o preposto fiscal reconheceu a existência de erros ao qual atribuiu a nomenclatura de “equívocos” trazendo novos valores ao Auto de Infração ora vergastado.

Alega que os novos valores apresentados pelo agente autuante não se coadunam com a realidade, uma vez que existe uma vasta gama de produtos com grande movimentação, mas que, segundo a sua planilha, reduziu pequenos valores no Auto de Infração. Frisa que, na infração 03, houve a redução em dois exercícios, de 2015 e 2016, de apenas R\$4.484,91 e na infração 04, o ínfimo valor de R\$1.497,28. Ressalta, todavia, que a 3^a Junta de Julgamento Fiscal não oportunizou, à então defensor, a possibilidade de manifestação relativamente aos valores trazidos pelo fisco após a sua suposta correção dos equívocos.

Ressalta que a conduta do agente julgador, em não possibilitar, à recorrente, a manifestação aos novos demonstrativos de débito, apresentados pelo fiscal, deve também ser, veementemente, rechaçada, pois este fato, inegavelmente, tem causado imensuráveis prejuízos a empresa recorrente.

Questiona como poderia a empresa recorrente verificar com precisão e, legitimamente exercer o direito de defesa, se o documento que justificaria uma cobrança, e formou a base de cálculo, foi omitido pela autoridade autuante.

Conclui, assim, que, como este órgão julgador omitiu a possibilidade de manifestação pela recorrente sobre as planilhas veiculadoras dos novos valores, documentos este que fundamentam e embasam os valores exigidos, resta configurado a retirada do direito de defesa da recorrente, atingindo frontalmente os princípios basilares do direito que são o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, o que o faz nulo de pleno direito, pois resta evidente que a não disponibilização da oportunidade de manifestação da recorrente acerca das novas planilhas lhe tirou a possibilidade de verificação e manifestação acerca dos valores atribuídos por meio dos novos demonstrativos, fato este que viola o princípio do devido processo legal.

Assim, conclui que a situação ora apresentada não leva a outro entendimento senão o da imperiosa nulidade total do Auto de Infração nos precisos termos que reza o art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

Destaca que a nulidade arguida atinge a todos os atos posteriores promovidos pelo nobre autuante, uma vez que, como omitiu no Auto de Infração a planilha de janeiro de 2010, mês este consubstanciador de todos os outros meses subsequentes e cobrados no Auto de Infração lavrado, resta evidente que todo o Auto ora Impugnado encontra-se eivado de vício, como preleciona o § 1º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

Ante a preterição do direito de defesa da Recorrente, esta vem requerer a declaração de nulidade da Decisão recorrida e de todos os atos após a apresentação do preposto fiscal, com a abertura de prazo para a defesa se manifestar expressamente sobre os valores apresentados pelo agente autuante em sua manifestação fiscal.

Alega, ainda, a existência de outros vícios contidos no Auto de Infração, vez que os valores apresentados para pagamento pela Recorrente não se coadunam com a realidade. Explica que, ao verificar as planilhas denominados “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2015” e “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016”, que fazem parte integrante dos autos, salta aos olhos os erros existentes no Auto de Infração, os quais passa a demonstrar.

1º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2015”, logo no primeiro item descrito encontramos erro, uma vez que a planilha informa o item 21 da Nota Fiscal nº 580295 se tratava de “SAND HAV COLOR PRETO 37/38”, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Ocorre que, em verificação a Nota Fiscal nº 580295 (documento em anexo, observa-se que não existe no bojo daquele documento fiscal o item “SAND HAV COLOR PRETO 37/38”, mas o produto “GOIABADA PALMEIRON PT 24 X 300 GR”, possuidor do NCM 20079910, no qual incide a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

2º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2015”, logo no sexto item descrito encontramos erro, uma vez que a planilha informa o item 05 da Nota Fiscal nº 17939 se tratava de “SAND HAV COLOR PRETO 41/42”, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 580295 (documento em anexo, observa-se que não existe no bojo daquele documento fiscal o item “SAND HAV COLOR PRETO 41/42”, mas o produto “SEMENTE DE GIRASSOL”, possuidor do NCM 12060090, no qual incide a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

3º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2015”, logo no sexto item descrito encontramos erro, uma vez que a planilha informa o item 48 ao 52 da Nota Fiscal nº 902328 se tratava de “PAPEL CHAMEQUINHO A4”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Ocorre que, o supramencionado item não se encontra entre o rol daqueles passivos de substituição tributária, inclusive possui o NCM 48025610, no qual incide a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

4º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2015”, logo no sexto item descrito encontramos erro, uma vez que a planilha informa o item 53 da Nota Fiscal

nº 902328 se tratava de “PAPEL RINO A4”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Ocorre que, o supramencionado item não se encontra entre o rol daqueles passivos de substituição tributária, inclusive possui o NCM 48025610, no qual incide a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

5º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2015”, logo no sexto item descrito encontramos erro, uma vez que a planilha informa o item 54 da Nota Fiscal nº 902328 se tratava de “PASTA POLIBRAS SANFONADA A4 COM 31 DIVISÓRIAS REF 915CRIS”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Ocorre que, o supramencionado item não se encontra entre o rol daqueles passivos de substituição tributária, inclusive possui o NCM 42021210, no qual incide a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

6º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2015”, logo no primeiro item descrito encontramos erro, uma vez que a planilha informa o item 01 da Nota Fiscal nº 2310 se tratava de “BISCOITO 400G PATYAN POPULAR COCO”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 2310 (documento em anexo, observa-se que não existe no bojo daquele documento fiscal o item “BISCOITO 400G PATYAN POPULAR COCO”, mas o produto “GOMA”, possuidor do NCM 85478554, no qual incide a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

7º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2015” se encontra eivado de erro, uma vez que a planilha informa o item 01 da Nota Fiscal nº 77904 se tratava de “PO P/ PREP. SORV”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 77904 (documento em anexo, observa-se que o item possui NCM 21069029, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

8º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2015” encontramos erro, uma vez que a planilha informa o item 41 da Nota Fiscal nº 397139 se tratava de “ENXAGUE DENTIL ICE POWER FRESH MENT 250 ML 12X15”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 397139 (documento em anexo, observa-se que não existe no bojo daquele documento fiscal o item “ENXAGUE DENTIL ICE POWER FRESH MENT 250 ML 12X15”, mas o produto “CAD CADERSIL CD H MACHINE 10M 2X200FL”, possuidor do NCM 48202000, no qual incide a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

9º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2015” encontramos erro, uma vez que a planilha informa o item 21 da Nota Fiscal nº 247635 se tratava de “SAND HAV COL PTO 35/6 PC/6”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 247635 (documento em anexo, observa-se que não existe no bojo daquele documento fiscal o item “SAND “HAV COL PTO 35/6 PC/6”, mas o produto “UMIDILIZ

COND MURIEL BABY 150ML”, possuidor do NCM 33059000, no qual incide a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

10º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2015” encontramos erro, uma vez que a planilha informa o item 37 da Nota Fiscal nº 131553 se tratava de “HIT AGUIA CHURRASCO CX 24X48” e o item 38 da Nota Fiscal nº 131553 se tratava de “HIT AGUIA CEBOLA E SALSA CX 24X48”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha de fls. **Xxx** anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 131553 (documento em anexo às fls. **Xxx**), observa-se que não existe no bojo daquele documento fiscal o item “SAND “HAV COL PTO 35/6 PC/6”, mas o produto “GARFO BACKER P MESA ACTUAL AZUL SC C 12UN 2121600”, possuidor do NCM 82159910, no qual incide a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

11º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2015” encontramos erro, uma vez que a planilha informa o item 09 da Nota Fiscal nº 598173 se tratava de “WISKAS FRANGO E LEITE PC 5X1 KG”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 131553 (documento em anexo, observa-se que não existe no bojo daquele documento fiscal o item “SAND “HAV COL PTO 35/6 PC/6”, mas o produto “DES.AER.NIVEA SENSITIVE E PURE FEM 150ML 81636”, possuidor do NCM 33072100, no qual incide a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

12º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2015” encontramos erro, uma vez que a planilha informa o item 05 da Nota Fiscal nº 135173 se tratava de “APONTADOR MUNDIAL KIDS A894”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 77904 (documento em anexo, observa-se que o item possui NCM 96084000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

13º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa o item 04 da Nota Fiscal nº 282311 se tratava de “FLUIDO DE FREIO BOSH 500ML”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 282311 (documento em anexo, observa-se que o item possui NCM 38190000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

14º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa que os itens 22 a 24 da Nota Fiscal nº 1387077 se tratava de “CERA LIQUIDA POLITRIZ”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 1387077 (documento em anexo, observa- se que o item possui NCM 34059000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

15º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa que o item 01 da Nota Fiscal nº 218015 se tratava de “CERA LIQUIDA BRY INCOLOR”, atribuindo a condição de produto abarcado

substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 218015 (documento em anexo) observa-se que o item possui NCM 34052000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

16º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa que o item 27 da Nota Fiscal nº 3315280 se tratava de “CERA SILICONE CARNU”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 3315280 (documento em anexo), observa- se que o item possui NCM 34053000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

17º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa que o item 02 da Nota Fiscal nº 226638 se tratava de “CERA LIQUIDA BRILHOWAX VERMELHA 850 ML”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 226638 (documento em anexo, observa-se que o item possui NCM 34052000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

18º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa que os itens

64 a 66 da Nota Fiscal nº 229039 se tratava de “CERA LIQUIDA BRY INCOLOR”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 229039 (documento em anexo, observa-se que o item possui NCM 34052000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

19º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa que o item 03 da Nota Fiscal nº 229040 se tratava de “CERA LIQUIDA BRY INCOLOR”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 229040 (documento em anexo, observa-se que o item possui NCM 34052000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

20º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa que o item 57 da Nota Fiscal nº 15812 se tratava de “CERA SILICONE CARNU PASTA 200GR”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 15812 (documento em anexo, observa-se que o item possui NCM 34053000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

20º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa que os itens 03 a 06 da Nota Fiscal nº 1471801 se tratava de “CERA LIQUIDA POLITRIZ 750GR”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 1471801 (documento em anexo), observa que o item possui NCM

34059000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

21º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa que o item 05 da Nota Fiscal nº 240346 se tratava de “CERA LIQUIDA BRY INCOLOR 750 ML”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 240346 (documento em anexo), observa que o item possui NCM 34052000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

22º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa que o item 05 da Nota Fiscal nº 240345 se tratava de “CERA LIQUIDA BRY INCOLOR 750 ML”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 240345 (documento em anexo) observa-se que o item possui NCM 34052000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

23º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa que os itens 09 e 10 da Nota Fiscal nº 184875 se tratava de “CERA LIQUIDA POLITRIZ 750GR”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 184875 (documento em anexo, observa- se que o item possui NCM 34052000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

24º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa que o item 60 da Nota Fiscal nº 25604 se tratava de “CERA SILICONE CARNU PASTA 200GR”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 25604 (documento em anexo, observa-se que o item possui NCM 34053000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

25º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa que o item 10 da Nota Fiscal nº 15830 se tratava de “CERA LIQUIDA BRILHOWAX VERMELHA 850 ML”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 15830 (documento em anexo, observa-se que não existe no bojo daquele documento fiscal o item “SAND “HAV COL PTO 35/6 PC/6”, mas o produto “PAPEL CHAMEQUINHO A4”, possuidor do NCM 48025610.

26º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa que o item 02 da Nota Fiscal nº 256061 se tratava de “CERA LIQUIDA BRY INCOLOR 750 ML”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 256061 (documento em anexo, observa-se que o item possui NCM 34052000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

27º ERRO.

Na planilha “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEVIDO_SUBST TRIB-LISTA NOTAS E ITENS_2016” encontramos erro, uma vez que a planilha informa que os itens 02 ao 05 da Nota Fiscal nº 15552 se tratava de “CERA LIQUIDA POLITRIZ 750GR”, atribuindo a condição de produto abarcado substituição tributária - ST, conforme planilha anexada a este instrumento de defesa.

Em verificação a Nota Fiscal nº 15552 (documento em anexo) observa-se que o item possui NCM 34052000, sofrendo, destarte, a tributação para o ICMS/BA pelo regime normal de apuração.

Neste diapasão, ante a comprovação dos inúmeros erros contidos no bojo do Auto de Infração, a empresa Recorrente vem requerer a nulidade do Auto de Infração ora vergastado, com a consequente declaração de insubsistência do mesmo.

Em conclusão da sua peça recursal, requer que seguintes providências: **a)** que seja julgado improcedente o Auto de Infração, ante a sua total insubsistência, decorrente de erros contidos no bojo do processo administrativo, tudo conforme já exaustivamente exposto; **b)** Não sendo julgado improcedente a ação fiscal, requer a anulação de todos os atos processuais praticados após a manifestação do preposto fiscal, com o permissivo de a Recorrente poder se manifestar expressamente sobre os novos valores e demonstrativos apresentados; **f)** Em caso de diligência saneadora, que seja reaberto o prazo de defesa de 60 (sessenta) dias, tudo em respeito aos princípios Constitucionais do contraditório e da Ampla Defesa contido no art. 5º, inciso XXIII da CF/88.

Termos em que pede e aguarda deferimento.

Considerando que a Recorrente apontou, de forma especificada, erros no presente levantamento fiscal, bem como o fato de que aduziu alegações novas, não trazidas na primeira instância, com respaldo em documentos acostados ao processo, esta 1ª CJF, em sessão suplementar, realizada no dia 24/09/2020, deliberou por converter o feito em diligência, à INFRAZ de origem, com vistas a que o Autuante adotasse as seguintes providências: “*1) Examinar os documentos fiscais acostados às folhas 137/164, avaliando se possuem o condão de elidir a presente exigência fiscal, à luz das diversas alegações suscitadas às folhas 93/105 dos autos; e 2) Caso pertinentes, pede-se que seja refeito o presente demonstrativo de débito, corrigindo os erros apontados, explicitando, por outro lado, os motivos pelos quais não devam ser acolhidos, na eventualidade de não merecerem apoio*”.

Às folhas 252/257, foi cumprida a diligência solicitada, oportunidade em que o Autuante fez detalhadas considerações, explicitando o acolhimento/não acolhimento relativamente a cada um dos vinte e sete erros apontados, bem como os motivos.

Explica que os erros apontados se referem, todos, à Infração 04, não havendo qualquer relação com a Infração 05.

Após os exames feitos, explica que somente não acolheu os 3º, 4º, 5º, 8º e 12º erros, tendo em vista se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme fundamentação que indica. Informa, ainda, que acolheu os demais erros apontados, promovendo a correção respectiva, igualmente, com a fundamentação pertinente.

Refaz o demonstrativo de débito e reduz o valor lançado na Infração 04 para R\$14.093,51, conforme folha 256.

Cientificado do resultado da presente diligência, o Sujeito Passivo quedou-se inerte.

VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade da decisão de piso por não ter sido cientificado do resultado da informação fiscal, não merece acolhida, pois consta, à folha 52, Aviso de Recebimento (AR), assinado por Lucidalva Barros, atestando ter recebido cópia dos novos demonstrativos de débito acostados na informação fiscal.

Assim, rejeito a alegação de nulidade suscitada.

No mérito, as alegações recursais tiveram por objeto infrações 03 e 04, sendo esta a extensão cognitiva do presente recurso.

Quanto à Infração 03, a conduta autuada foi descrita como “*Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, ...*”. Embora o Sujeito Passivo refira-se ao resultado da informação fiscal, revelando insatisfação com a pequena redução do montante lançado para R\$37.285,76, não desenvolve qualquer argumentação voltada para a elisão desta infração, tendo apenas apontado erros, sem especificar a qual ilícito estava a se referir.

Considerando que os erros apontados se referem, todos, à Infração 04, entendo que o Contribuinte sucumbiu às provas acostadas pela autoridade fiscal, restando caracterizada a Infração 03.

Mantida a decisão de piso neste ponto.

Quanto à Infração 04, a conduta autuada foi descrita como “*Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando a existência de vinte e sete erros distintos, conforme folhas 93/105.

Convertido o feito em diligência, a autoridade fiscal acolheu a maior parte dos argumentos deduzidos pelo Sujeito Passivo, tendo rejeitado apenas os erros de nº 03, 04, 05, 08 e 12. Refez o demonstrativo de débito e reduziu o valor lançado para R\$14.093,51.

Cientificado do resultado da diligência, o Sujeito Passivo não se manifestou, o que indica concordância com os novos valores apurados.

Considerando que não mais subsiste a lide, relativamente à Infração 04, acolho o demonstrativo de débito acostado pelo autuante, à folha 256 do PAF, reduzindo o valor lançado na Infração 04 para R\$14.093,51, conforme demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
jan/15	R\$ 3.101,81
fev/15	R\$ 2.244,47
mar/15	R\$ 725,11
abr/15	R\$ 274,98
mai/15	R\$ 208,40
jun/15	R\$ 456,39
jul/15	R\$ 774,19
ago/15	R\$ 97,94
set/15	R\$ 559,13
out/15	R\$ 277,57
nov/15	R\$ 261,78
dez/15	R\$ 433,14
jan/16	R\$ 840,43
fev/16	R\$ 141,55
mar/16	R\$ 382,61
abr/16	R\$ 163,78
mai/16	R\$ 396,26
jun/16	R\$ 1.295,83
jul/16	R\$ 13,54
ago/16	R\$ 168,82
set/16	R\$ 463,25
out/16	R\$ 47,29
nov/16	R\$ 368,14
dez/16	R\$ 397,10
TOTAL	R\$ 14.093,51

Diante do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para reduzir o valor lançado para R\$257.341,39, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO	ICMS
----------	------

1	R\$	25.431,67
2	R\$	20.535,90
3	R\$	56.406,82
4	R\$	14.093,51
5	R\$	63.902,90
6	R\$	1.292,00
7	R\$	1.828,96
8	R\$	31.749,91
9	R\$	4.917,89
10	R\$	29.482,38
11	R\$	7.699,45
TOTAL	R\$	257.341,39

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269511.0017/18-3, lavrado contra **IVAM COSTA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$257.341,39**, acrescido das multas de 60% sobre R\$255.512,43 e 100% sobre R\$1.828,96, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “f”, III e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS