

A. I. Nº - 089604.0005/20-3
AUTUADO - SOUSA CARVALHO COMÉRCIO MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ANTÔNIO CORREIA DE SOUZA
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 29/03/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0038-04/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Autuado apresentou argumentos, que após análises por parte do autuante, resultaram em redução do valor do débito. Infração parcialmente subsistente. b) DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIOR EM DOCUMENTO FISCAL. NULIDADE. O lançamento foi consignado de forma insegura, ocasionando cerceamento ao direito de defesa. Infração nula, com base no Art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAFBA. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Revisão fiscal levada a efeito pelo autuante reduziu o valor da exigência fiscal. Infração parcialmente subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Argumentos defensivos afastaram a exigência tributária, de acordo com revisão realizada pelo autuante. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente de Auto de Infração, expedido em 25 de setembro de 2020, reclama crédito tributário no montante de R\$ 75.326,71, mais multas, em decorrência das seguintes imputações:

- 1 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária”. Valor lançado R\$30.994,44, com multa no percentual de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.
- 2 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documento (s) fiscal (is)”. Valor lançado R\$22.660,49, com multa no percentual de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.
- 3 – “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”. Valor lançado R\$13.513,11, com multa no percentual de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.
- 4 – “Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior”. Valor lançado R\$8.158,67, com multa no percentual de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de seus Representantes Legais, ingressou com Impugnação Parcial ao lançamento, fls. 60 a 64, onde, após efetuar uma descrição dos fatos e arguir a tempestividade da peça defensiva, passou a impugnar o mérito da autuação.

Isto posto, em relação a infração 01, reconheceu que, de fato, ocorreu o aproveitamento

equivocado em relação a poucos itens, porém, na maioria das ocorrências constantes na planilha apresentada, os itens são tributados normalmente, sendo admitido o crédito fiscal.

Ressaltou que pouco dos itens constante da planilha, Doc. 04, cometeu equívocos, os quais se encontram destacados na cor vermelha, razão pela qual assumirá e realizará o pagamento ou parcelamento do débito reconhecido no valor histórico de R\$1.920,76.

No que tange a infração 02, disse que esta infração, tal como a anterior, refere-se ao estorno de créditos de ICMS supostamente aproveitados pelas entradas de itens em regime de substituição tributária, enquanto que, da análise dos itens, estão todos, sem exceção, não incluídos no Anexo I do RICMS/2012, Anexo I, referente ao ano de 2017.

No que diz respeito a infração 03, que acusa a falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, citou que, verificando os demonstrativos produzidos pelo autuante, constatou que a maioria dos eventos ocorreu com mercadorias incluídas no regime de substituição tributária, situação esta anotada no demonstrativo da lavra do autuante, Doc. 05, indicando a inclusão dos itens no Anexo I do RICMS/BA.

Ressaltou que, na maioria dos casos, se tratou de operações interestaduais nas quais o autuante aplicou a alíquota de 12%, sendo que, em regra, as saídas interestaduais de produtos incluídos na ST devem ter o destaque do ICMS para possibilitar ao adquirente em outro Estado, o aproveitamento do crédito fiscal, entretanto, no presente caso, por força ao art. 301, II do RICMS/BA, bem como o constante no § 1º, II do mesmo dispositivo regulamentar, é permitido estornar o débito fiscal correspondente a saída destacado no documento fiscal, não havendo nessas operações geração de débito de ICMS em sua apuração.

Sustentou que houve cobrança do ICMS relativamente à venda de um veículo usado marca Nissan Kicks, cuja operação é isenta nos termos do art. 265, X do RICMS/BA e que também constam operações com “grelhas” de piso, NCM 39269090, cujas notas fiscais identificam operações internas, situação em que o autuante exigiu ICMS à alíquota de 18%, porém tais produtos se enquadram no capítulo 8 do Anexo I do RICMS/BA, portanto inclusas na substituição tributária.

Observou que os poucos itens que realmente se tratam de operações tributadas, apresenta em destaque no Doc. 05, no valor histórico de R\$445,10 sobre o qual efetuará o pagamento.

No que diz respeito a infração 04, onde se está exigindo imposto a título de antecipação tributária no montante de R\$8.158,67, observou que, nesta infração, supostamente teria recolhido um total de R\$106.235,33 enquanto que o autuante apurou o total de R\$95.834,11, portanto, ainda que tenha recolhido suposto excesso em diversos meses, teria recolhido a menos apenas quanto aos meses de fevereiro, março, julho e dezembro/2016.

Disse que o autuante deixou de considerar corretamente o mês de referência para apuração do tributo, quando deveria ter considerado a redação do art. 332, § 2º do RICMS/12 vigente até 31/10/2016 pelo qual a antecipação tributária deveria ser recolhida no mês subsequente à entrada da mercadoria no estabelecimento e, pela redação vigente a partir de 01/01/2016, no mês subsequente a emissão da nota fiscal de compra.

Após apontar exemplos pontuais concluiu afirmando não remanescer qualquer valor devido em relação à presente infração.

Concluiu pugnando que seja acolhida a presente impugnação, deferindo-se, ainda, as diligências requeridas.

O autuante prestou a Informação Fiscal de fls. 75 a 78, pontuando que, em relação a infração 01 encontrou discrepâncias de modo que assiste razão em parte ao autuado, listando uma série de NCMs que considera devida à exigência tributária posto que não se encontram inseridas no Anexo I do RICMS/2016, apontando, em seguida, as NCMs sobre as quais considera indevida a autuação.

Desta maneira, apresentou à fl. 76, novo demonstrativo de débito para a infração 01 no valor de

R\$5.374,57, destacando que existe divergência entre o valor parcelado e reconhecido pelo autuado e o que ora apontou.

Em relação a infração 02, após destacar o argumento defensivo, disse que de acordo com o Demonstrativo de fl. 32, o crédito é indevido por erro na aplicação da alíquota em confronto com o CFOP da operação e da unidade da federação onde ocorreu a compra, no caso o Estado da Bahia, observando que o CFOP 1102 – Compra para comercialização e CFOP 1403 – Compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, no estado onde o contribuinte tem seu comércio, ocorre com substituição tributária, e encerramento da fase de tributação, razão pela qual manteve a autuação.

Naquilo que se relaciona a infração 03, disse que acolheu, em parte, os argumentos defensivos e, após transcrevê-los, apresentou novo demonstrativo de débito no valor de R\$445,10 conforme fl. 77.

Por fim, em relação a infração 04 acolheu integralmente os argumentos defensivos, excluindo totalmente os valores autuados em relação à presente infração.

O autuado foi notificado para se pronunciar a respeito da informação fiscal prestada pelo autuante, tendo se manifestado às fls. 86 a 93, observando que o autuante acolheu parte dos seus argumentos defensivos, observando que em relação às infrações 03 e 04, foi acolhida a totalidade da matéria defensiva apresentada, o que resultou na redução da infração 03 de R\$13.513,11 para R\$445,10, exatamente o valor reconhecido como devido e dito como já recolhido, e na improcedência total da cobrança relativa à infração 04.

No que se refere à infração 01, disse que seus os argumentos foram parcialmente acolhidos, reduzindo-se o lançamento de R\$30.994,44 para R\$5.347,57, enquanto que a infração 02 foi mantida integralmente.

Observou, contudo, que na parcela das razões de impugnação não acolhida, relativamente às infrações 01 e 02, o autuante não obteve êxito em sua tentativa de demonstrar a procedência da cobrança, sobretudo por não ter realizado adequadamente as verificações necessárias do tratamento fiscal dispensado às operações fiscalizadas.

Assim é que, em relação a infração 01, que versa sobre aproveitamento indevido de crédito de mercadorias submetidas à Substituição Tributária de ICMS, afiançou que em sua defesa demonstrou que parte substancial dos itens listados pelo autuante eram tributados normalmente, sendo lícita a tomada de crédito, remanescendo apenas alguns poucos itens em que houve aproveitamento indevido de crédito, totalizando R\$1.920,76, valor reconhecido como devido e dito já recolhido.

Em sede de informação fiscal, o autuante reconheceu a maior parte dos equívocos cometidos, mas manteve a cobrança com relação a alguns itens, os quais, pela NCM que os identifica, entendeu estarem incluídos no Anexo I do RICMS/BA do ano de 2016, tendo consignado que o valor remanescente devido seria de R\$5.374,57.

Disse que discorda da verificação realizada pelo autuante, pois os itens cujo crédito foi reputado indevido na informação fiscal eram tributados normalmente em 2016 (com exceção da “AGENDA BRINDE”, com crédito indevido tomado de R\$0,01, que é insignificante), sendo incorreta a conclusão do autuante, pautada somente na verificação da NCM e/ou do descritivo no Anexo I do RICMS/BA, tendo em vista que para concluir que a mercadoria está na Substituição Tributária, deve haver convergência entre a NCM, a descrição e o segmento do item e a NCM, a descrição e o segmento constantes no Anexo I, voltando a lembrar sua condição de atuante no comércio varejista de materiais de construção, de modo que os interruptores, disjuntores, caixas, quadros, caixa térmica, ar-condicionado e rodas (para carrinhos de mão) que comercializa são aqueles destinados à construção, e não “*peças, componentes, e acessórios para veículos automotores*”, segmento em que estão localizados tais itens no Anexo I do RICMS/BA.

Apontou que, do mesmo modo, as luvas de látex que comercializa não são “*Luvas cirúrgicas e*

luvas de procedimento – Lista neutra”, do segmento “medicamentos, produtos farmacêuticos para uso humano e higiene pessoal”, sendo tributadas normalmente.

Desta forma, muito embora haja convergência entre NCM e descritivo em algumas hipóteses, o segmento do item é sempre distinto, sendo incorreta a conclusão firmada na informação fiscal de que determinados itens estariam na Substituição Tributária, demonstrando, abaixo, a relação a cada NCM enumerado pelo autuante:

NCM	DESCRIÇÃO DO ITEM NA NF	DESCRIÇÃO DO NCM NO ANEXO I
3209.00.00	INTERRUPTOR PULS.	Tintas, vernizes
3917.39.00	MANGUEIRA PARA JARDIM	Tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção / Tubos e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos (PEÇAS, COMPONENTES, E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES)
3923.30.00	CAIXA TERMICA	Reservatórios de óleo (PEÇAS, COMPONENTES, E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES) / Mamadeiras
4015.19.00	LUVA LATEX LISA	Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento – Lista neutra (MEDICAMENTOS, PRODUTOS FARMACÊUTICOS PARA USO HUMANO E HIGIENE PESSOAL:)
4016.93.00	VEDACAO P CALHA, ANEL VED.ESG.	Juntas, gaxetas e outros elementos com função semelhante de vedação (PEÇAS, COMPONENTES, E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES)
4820.10.00	AGENDA BRIND	Livros de registro e de contabilidade, blocos de notas, de encomendas, de recibos, de apontamentos, de papel para cartas, agendas e artigos semelhantes
8415.10.11	AR COND.KOMEÇO FRIO/QUENTE MAXIME	Não consta. O único ar-condicionado no Anexo I é o NCM 8415.2 - PEÇAS, COMPONENTES, E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES
8536.20.00	DISJ.UNIP.DIN.40A	Disjuntores (PEÇAS, COMPONENTES, E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES)
8536.50.90	INTERRUPTOR	Interruptores e seccionadores e comutadores (PEÇAS, COMPONENTES, E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES) / “Starter”
8536.69.10	INTERRUPTOR/TOMADA	Não consta. O único interruptor no Anexo I é o NCM 8536.50.90, em PEÇAS, COMPONENTES E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES
8538.10.00	CAIXA PASSAGEM, QUADRO TIGRE - DISTR.	Partes reconhecíveis como exclusivas ou principalmente destinados aos aparelhos dos CEST 01.065.00, 01.066.00, 01.067.00 e 01.068.00 (PEÇAS, COMPONENTES, E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES)
8716.90.90	RODA P/ CAMARA, RODA P/ CARRINHO (obs.: para carrinho de mão)	Engates para reboques e semirreboques (PEÇAS, COMPONENTES, E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES) / Peças para reboques e semireboques, exceto os itens classificados no CEST 01.077.000 (PEÇAS, COMPONENTES, E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES)
9026.10.29	BOIA AUTOMATICA NIVEL	Medidores de nível; Medidores de vazão (PEÇAS, COMPONENTES, E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES)

Desta maneira, concluiu que a apuração que apresentou em sua defesa está correta, sendo devido somente o valor de R\$1.920,76, relativa ao crédito tomado equivocadamente sobre itens que estavam na substituição tributária em 2016 (em vermelho na planilha da infração 01 apresentada junto à defesa).

Naquilo que pertence a infração 02, onde lhe foi imputado o uso indevido de crédito fiscal de ICMS, por destaque a maior do imposto nos documentos fiscais, disse que, nas planilhas que a instruem (fls. 35 a 45), é possível verificar que o autuante entendeu que nenhum crédito poderia ser tomado nas operações listadas (colunas de “alíquota do ICMS definido pela auditoria” e de “valor do ICMS definido pela auditoria” com valores zerados).

Observou, contudo, que em sede defensiva, destacou que todos os itens incluídos na referida planilha são tributados normalmente (não constam no Anexo I do RICMS), pelo que todo o crédito das operações foi corretamente aproveitado.

Citou que, quando da informação fiscal o autuante deixou de realizar a verificação do regime fiscal a que estão submetidos os itens, como requerido em sua defesa, limitando-se a afirmar que *“o Crédito é indevido por Erro na aplicação da alíquota em confronto com o CFOP da operação e da unidade da federação onde ocorreu a compra, no caso o Estado da Bahia”*, e que, por isso, ocorrendo aquisições internas (CFOPs 1102 e 1403) de produtos incluídos na substituição tributária, deveria ser mantida a cobrança.

Pontuou que se o critério da fiscalização foi apenas o “CFOP x UF”, como afirmado pelo autuante, sequer seria justificável a inclusão de operações identificadas com CFOPs 1102 e 1202 no lançamento, por serem esses códigos identificadores de aquisição/devolução de produtos tributados no regime normal e que, portanto, dão direito a crédito, citando que isso, *de per si*, é causa para anulação da cobrança em relação a tais notas fiscais, pela ausência de elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração imputada, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Entretanto, observou que caso o critério do lançamento fosse o da submissão ou não dos itens ao regime da substituição tributária de ICMS, o autuante deveria ter detalhado em sua planilha as NCMs de todos os produtos listados, possibilitando-lhe que procedesse à verificação completa do lançamento, como realizado com relação à infração 01, e, caso fosse essa a hipótese, o lançamento ainda assim padeceria de nulidade, por preterição do direito de defesa do contribuinte, conforme art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Citou em seguida que naquilo que se refere às operações identificadas com CFOP 1403 (compra de mercadoria sujeita à substituição tributária) - únicas capazes de amparar o lançamento pelo critério “CFOP x UF” -, são apenas três, registradas nas notas fiscais nºs 248702, 2055776 e 2142415.

Disse que apesar do CFOP 1403, somente uma das notas fiscais registra operação com item incluído na ST em 2017, cujo crédito reconhece ter tomado indevidamente:

- NF nº 248702, de 22/08/2017 – Cadeados diversos, NCM 8301.10.00 – Itens não constam no Anexo I do RICMS/BA vigente à época (NCM 8301 consta apenas para *“Fechaduras e ferrolhos (de chave, de segredo ou elétricos), de metais comuns, incluídas as suas partes fechados e armações com fecho, com fechadura, de metais comuns chaves para estes artigos, de metais comuns excluídos os de uso automotivo”*).

- NF nº 2055776, de 28/08/2017 – Torneira Bóia, NCM 8481.80.19 – Consta no Anexo I do RICMS/BA vigente à época. Crédito indevido de R\$39,78.

- NF nº 2142415, de 27/11/2017 – Pulverizador, NCM 8424.41.00 - Item não consta no Anexo I do RICMS/BA vigente à época.

Com isso, disse que reconhece o débito no valor de R\$39,78, referente ao aproveitamento de crédito em operação com *“torneira boia”* (NF nº 2055776), item sujeito à substituição tributária à época do fato gerador.

Já em relação às outras operações com CFOP 1403 (NFs nºs 248702 e 2142415), tiveram como objeto mercadorias tributadas normalmente, sendo que, o equívoco havido na informação do CFOP não altera o direito de crédito, legitimamente aproveitado.

Isto posto, pugnou pela nulidade da infração 02 com relação às operações identificadas com CFOP 1102 e 1202, e pela improcedência parcial da cobrança relativa às operações de CFOP 1403, sendo procedente somente o lançamento no valor de R\$39,78.

Desta maneira, registrou que, caso não se entenda de plano, reitera-se o pedido de verificação detalhada de todos os itens, o que poderá ser realizado em sede de diligência, a fim de constatar que as mercadorias listadas eram tributadas normalmente à época dos fatos geradores, dentre as quais se exemplificam rolos, serras, lixas, colas, enxadas, furadeira, linha de pedreiro, luvas de malha, pano e látex, anéis de vedação, capacete e óculos de segurança, disco diamantado, máscara, bomba de água, cabo flexível, massa corrida, trena, nível, espátula, fita crepe, alicate,

cadeado, pulverizador, vassouram, parafusadeira, plaina, disjuntor, balcão de cozinha, armário, passa fio, extensão, cavadeira, rejunte, mangueira, pá, compressor de ar, campainha, corda, martetele, martelo, marreta etc., não havendo, portanto, lastro para o lançamento.

Em conclusão, ratificou todas as razões de sua Impugnação, reiterando seu pleito pelo julgamento da improcedência parcial do auto de infração, reconhecendo como devidos apenas os valores de R\$1.920,76 (infração 01) e R\$445,10 (infração 03), dito como já recolhidos, e de R\$39,78 (infração 02), reconhecido nesta oportunidade.

O autuante voltou a se pronunciar à fl. 96, onde declara que aceita o pleito da defesa em relação a infração 01, entretanto, em relação a infração 02, manteve a autuação em razão do autuado ter efetivamente utilizado crédito indevido em virtude de aplicar alíquota diversa do determinado na legislação, conforme demonstrativos emitidos pela Sefaz.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr^a Luana Helena Rocha Estrela, OAB/BA nº 63.644, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

Consoante consta na inicial, o Auto de Infração sob análise foi expedido em 25 de setembro de 2020, para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 75.326,71, mais multas, em decorrência das seguintes imputações:

1 – *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária”*. Valor lançado R\$30.994,44, com multa no percentual de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

2 – *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documento (s) fiscal (is)”*. Valor lançado R\$22.660,49, com multa no percentual de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

3 – *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”*. Valor lançado R\$13.513,11, com multa no percentual de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

4 – *“Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior”*. Valor lançado R\$8.158,67, com multa no percentual de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

O autuado suscitou a nulidade da infração 02, com fundamento nos seguintes argumentos, os quais, a rigor, não foram enfrentados pelo autuante:

- Que lhe foi imputado o uso indevido de crédito fiscal de ICMS por destaque a maior do imposto nos documentos fiscais, citando que nas planilhas que a instruem (fls. 35 a 45), é possível verificar que o autuante entendeu que nenhum crédito poderia ser tomado nas operações listadas (colunas de *“alíquota do ICMS definido pela auditoria”* e de *“valor do ICMS definido pela auditoria”* com valores zerados).

- Que em sede defensiva, destacou que todos os itens incluídos na referida planilha são tributados normalmente (não constam no Anexo I do RICMS), pelo que todo o crédito das operações foi corretamente aproveitado.

- Que à época da informação fiscal o autuante deixou de realizar a verificação do regime fiscal a que estão submetidos os itens, como requerido em sua defesa, limitando-se a afirmar que *“o Crédito é indevido por Erro na aplicação da alíquota em confronto com o CFOP da operação e da unidade da federação onde ocorreu a compra, no caso o Estado da Bahia”*, e que, por isso, ocorrendo aquisições internas (CFOPs 1102 e 1403) de produtos incluídos na substituição tributária,

deveria ser mantida a cobrança.

- Que se o critério da fiscalização foi apenas o “CFOP x UF”, como afirmado pelo autuante, sequer seria justificável a inclusão de operações identificadas com CFOPs 1102 e 1202 no lançamento, por serem esses códigos identificadores de aquisição/devolução de produtos tributados no regime normal, e que, portanto, dão direito a crédito, citando que isso, *de per se*, é causa para anulação da cobrança em relação a tais notas fiscais, pela ausência de elementos suficientes para determinar com segurança a infração imputada, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

- Que caso o critério do lançamento fosse o da submissão ou não dos itens ao regime da substituição tributária de ICMS, o autuante deveria ter detalhado em sua planilha as NCMs de todos os produtos listados, possibilitando-lhe que procedesse à verificação completa do lançamento, como realizado com relação à infração 01, e caso fosse essa a hipótese, o lançamento ainda assim padeceria de nulidade, por preterição do direito de defesa do contribuinte, conforme art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Em relação aos argumentos supra, o autuante se limitou a dizer que *“mantém a autuação em razão do autuado ter efetivamente utilizado crédito indevido em virtude de aplicar alíquota diversa do determinado na legislação, conforme demonstrativos emitidos pela Sefaz”*.

A acusação está posta nos seguintes termos: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documento (s) fiscal (is)”*.

O lançamento tomou por base a planilha de fls. 32 a 41, intitulada *“Crédito indevido – erro na aplicação da alíquota (CFOP vs UF) – Lista de notas fiscais/itens”*.

Vê-se, portanto, que a acusação trata de destaque de imposto a maior no documento fiscal de aquisição, enquanto a apuração menciona erro na aplicação da alíquota, com base no CFOP.

Analisando atentamente a referida planilha, vejo que todas as notas fiscais envolvidas na autuação são originárias deste Estado, e estão relacionadas, em sua grande maioria, a compras para comercialização, CFOP 1102, e em pequena quantidade, compras para comercialização sujeitas à substituição tributária, CFOP 1403.

Em verdade, de acordo com os dados constantes do levantamento fiscal, apesar da acusação se referir a destaque de imposto a maior em documento fiscal, não é isto que consta na planilha de apuração. O que se vê é simplesmente a glosa de crédito total constante no documento de aquisição, e também não se adequa ao título da planilha que se refere a erro da aplicação da alíquota.

Isto seria por si só objeto de nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa, visto que a acusação trata de imposto de crédito a maior, quando nessa situação deveria se cobrar apenas a diferença do imposto creditado a mais, o que não ocorreu, enquanto que a planilha se refere a erro de aplicação de alíquota, não se sabendo ao certo o que pretendeu o autuante.

Ademais, o critério utilizado pelo autuante para parametrizar o critério da fiscalização, “CFOP x UF”, não é suficiente para justificar a autuação, enquanto que consoante bem pontuado pelo autuado, caso o critério do lançamento fosse o da submissão ou não dos itens ao regime da substituição tributária de ICMS, o autuante deveria ter detalhado em sua planilha as NCMs de todos os produtos listados, possibilitando ao sujeito passivo que procedesse a verificação completa do lançamento, o que não ocorreu.

Em vista destes fatos, o lançamento se encontra posto de forma totalmente insegura, impossibilitando ao autuado o pleno exercício da defesa, razão pela qual, com fulcro no Art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, julgo nula a infração 02.

Em relação ao mérito, vejo que a infração 01 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária, cujo valor lançado foi na ordem de R\$ 30.994,44.

Quando da apresentação da defesa, o autuado reconheceu que de fato ocorreu o aproveitamento equivocado em relação a poucos itens, porém, na maioria das ocorrências constantes na planilha apresentada, os itens são tributados normalmente, sendo admitido o crédito fiscal, reconhecendo entretanto como devido, o valor de R\$ 1.920,76.

O autuante em sua Informação Fiscal contestou em parte o argumento defensivo, sendo que refez o levantamento fiscal reduzindo o débito inicial para o valor de R\$ 5.374,57, o que não foi aceito pelo autuado por ocasião da sua manifestação, que após uma detalhada análise nos itens remanescentes da autuação, demonstrou e manteve seu reconhecimento do débito relacionado a esta infração no valor de R\$ 1.920,76.

O autuante quando se pronunciou acerca da manifestação pelo autuado, acolheu os argumentos defensivos trazidos pela defesa, e concluiu pela exigência de R\$ 1.920,76 para a infração 01.

Isto posto, e apesar de ambos se referirem ao valor do débito remanescente na ordem de R\$ 1.920,76, o valor do débito declarado e demonstrado como devido pelo autuado às fls. 53 e 54 é de R\$ 1.923,10, o qual acolho e julgo parcialmente subsistente a infração 01 neste valor.

A infração 03 relacionada à falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, com valor lançado de R\$ 13.513,11, o autuado apontou diversos equívocos da lavra do autuante, reconhecendo como devido apenas o valor de R\$ 445,10.

O autuante, por sua vez, acolheu os argumentos defensivos e refez seus levantamentos, demonstrando à fl. 77 o novo valor devido de R\$ 445,10, o qual acolho.

Infração 03 parcialmente subsistente.

Por fim, a infração 04, que se relaciona a recolhimento a menos de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, com valor lançado de R\$ 8.158,67, relacionado aos meses de fevereiro, março, julho e dezembro/2016, o autuado apontou, para cada período, equívocos relacionados ao levantamento fiscal, os quais foram analisados e acolhidos pelo autuante, que concluiu pela insubsistência da autuação, razão pela qual, com fulcro na revisão levada a efeito pelo autuante, que acolho, julgo improcedente a infração 04.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 2.368,20, sendo: infração 01, procedente em parte no valor de R\$ 1.923,10; infração 02 nula; infração 03 procedente em parte no valor de R\$ 445,10 e infração 04 improcedente, devendo ser homologados os valores já recolhidos, consoante extratos emitidos pelo Sistema SIGAT.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho e Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **089604.0005/20-3**, lavrado contra **SOUSA CARVALHO COMÉRCIO MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.368,20**, acrescido da multa de 60%, com previsão no art. 42, incisos VII “a” e II “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR