

A. I. Nº - 300449.0011/20-8
AUTUADO - B GUIMARÃES COTTA EIRELI
AUTUANTE - ANTONIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/11/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0231-04/22-VD**

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Considerações de defesa são capazes de elidir a autuação em parte. A Fiscalização corrigiu o demonstrativo de débito em sede de Diligência Fiscal. Infração subsistente parcialmente. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Considerações são capazes de elidir a autuação. Não se enquadra na substituição produto FITA MM 23 (NCM 3919.10.10), quando não destinado a construção civil. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/03/2020, constitui crédito tributário no valor de R\$ 135.221,02, conforme demonstrativos/documentos acostados às fls. 7 a 18 dos autos, em razão da constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 – 07.01.01: Deixou de efetuar o recolhimento 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, conforme demonstrativos de fls. 7/14. Lançado ICMS no valor de R\$ 617,01, com enquadramento no art. 8º, inciso II, e § 3º; art. 23, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, mais multa de 60% tipificada no inc. II, alínea “d”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 07.15.02: Recolheu a menor ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, conforme demonstrativos de fls. 15/18. Lançado ICMS no valor de R\$ 109.998,42, com enquadramento no artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no inc. II, alínea “d”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 24/29 dos autos, apresenta defesa administrativa, pelas razões que a seguir passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 02.914.825/0001-47, inscrição estadual nº 050.143.791, com sede na Rua Roma, n. 275, Bairro Vila Anália, Itabuna/BA, vem, por meio de seu representante legal, nos termos da procuração anexa (doc. 01) e do seu documento constitutivo (doc. 03), apresentar impugnação administrativa pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

I. SÍNTESE DOS FATOS

Registra que, tendo como objeto social principal o comércio atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria, consoante descrito no Contrato Social (doc. 03), pelo exercício de suas atividades, foi fiscalizada pela Secretaria da Fazenda, no período de janeiro de 2018 a novembro de 2019, que a autuou pelo suposto cometimento das seguintes infrações:

- a) deixar de efetuar o recolhimento 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; e

- b) recolher a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização.

Como consequência da autuação, diz que foi instada a pagar à Fazenda Estadual o montante de R\$ 110.615,43, fora acréscimos legais.

Como se verá, no entanto, diz que as infrações apontadas não merecem subsistir, haja vista evidente equívoco, por parte da Fazenda Estadual, de modo que não há qualquer crédito tributário a ser cobrado ou penalidade a ser aplicada.

II. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II.1 Improcedência Da Infração 01

Diz que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, em seu artigo 289 estabelece que ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação as mercadorias constantes no anexo 1.

Apesar da previsão legal, registra que o Auditor Fiscal, ao apresentar os cálculos em que fundamenta a exigência do ICMS, não observou que as mercadorias *fitas MM 23 micra Transp. 48mmx100m (NCM 3919.10.10)* adquiridas pela Impugnante não foram para “uso na construção”, mas sim para uso na sua atividade de comércio atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria - mercadoria utilizada para o fechamento de embalagens (caixas).

Como se pode observar na legislação aplicável, diz que, especificamente, o Anexo 1 do RICMS/BA, só há previsão para a aplicação da Substituição Tributária quando a referida mercadoria for utilizada como material de construção.

O código NCM da mercadoria por si só não é suficiente para caracterizar a exigência da Antecipação Tributária (AT), de modo que é preciso haver a combinação do NCM com a descrição constante no Anexo 1 do RICMS/BA, que destaca:

8.8 - Chapas, folhas, tiras, fitas, películas e outras formas planas, autoadesivas, de plásticos, mesmo em tolos, para uso na construção.

8.9 - Veda rosca, lona plástica para uso na construção, fitas isolantes e afins.

Pontua que, como se pode observar, não poderia o Auditor Fiscal ter embasado suas conclusões em suposta infração, já que as operações efetuadas não se identificam como sujeitas à Antecipação Tributária, conforme as disposições legais.

II.1 Improcedência Da Infração 02

Diz que, em razão do exercício da atividade de comércio atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria, foi concedido à Impugnante, a partir de 01/10/2018, o benefício fiscal da redução da base de cálculo do ICMS nas saídas internas e crédito presumido nas saídas interestaduais, nos termos do art. 10 e 20 do Decreto 7.799/2000 e do Termo de Acordo firmado através do Parecer Final Processo nº 15085620188 (doc. 04).

Além disso, diz que está sujeita à Apuração e Recolhimento do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP), conforme art. 16-A, inciso I do parágrafo único da Lei 7.014/96, c/c portaria nº 133 de 07/02/2002 e IN nº 5/2016. Isto é, as alíquotas incidentes nas operações com os produtos considerados cosméticos serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP).

No entanto, aduz que nenhuma dessas particularidades foi considerada pelo Agente Autuante, de modo que o mesmo não observou que a Impugnante, no período fiscalizado, era beneficiária de 41,176% da base de cálculo do ICMS e que estava sujeita ao adicional de dois pontos percentuais, como indicado acima, o que gerou o suposto “recolhimento a menor” indicado no Auto de Infração.

De mais a mais, no demonstrativo anexo ao Auto de Infração, diz que o Nobre Auditor emprega ajustes na alíquota de origem da nota fiscal de entrada, aduzindo que o ajuste está previsto no Decreto 14.213/2012.

Contudo, diz que o referido diploma não faz qualquer referência às operações de compra de cosméticos adquiridos de estabelecimento industrial localizado no Estado de Minas Gerais. Desse modo, tem-se que houve total inovação da sistemática de cálculo para fazer constar “ajustes de alíquotas” que não estão previstos na legislação.

Por outro lado, registra que o aludido Decreto, por ser veículo de enormes inconstitucionalidades, foi revogado em 2018 pelo Decreto 18.219/2017, com efeitos válidos a partir de 27 de janeiro de 2018.

Sendo assim, aduz que toda autuação que tenha utilizada essa norma como parâmetro não merece guarida no ordenamento jurídico, dado que sua inconstitucionalidade foi claramente reconhecida, inclusive pelos Tribunais.

Diz que, como o decreto que fundamentou as autuações foi revogado, surgiu no direito a existência de norma posterior que prevê retirada de punibilidade, de modo a possuir efeitos retroativos, nos termos da lei:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I. em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II. tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Salienta que o Auditor Fiscal considerou no cálculo da Antecipação Parcial os CFOP's 5102, 5405, 6910, 6911 e 6949, os mencionados CFOP's são de situações específicas e pontuais, tais como referentes à aquisição de materiais de uso/ consumo dentro do estado (CFOP do destinatário da mercadoria 5102 e 5405), recebimento de bonificações de amostra grátis (CFOP do destinatário da mercadoria 6910), recebimento de amostra grátis (CFOP do destinatário da mercadoria 6911) e outras entradas de materiais promocionais que são distribuídos como brindes (CFOP do destinatário da mercadoria 6949).

Tais CFOP's diz que deveriam ser excluídos da planilha de cálculo do imposto, visto que as mercadorias não foram adquiridas para comercialização.

Sendo assim, pontua que não restam dúvidas de que a suposta diferença de recolhimento reside no fato do Auditor Fiscal não ter observado o que determina a legislação do ICMS no que se refere às operações fiscais da Impugnante, em especial ao Decreto 7.799/2000 (Termo de Acordo), FECEP e ao Decreto 14.213/2012.

III. DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, considerando os fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, requer a improcedência da autuação, haja vista que houve grave equívoco do Agente Autuante ao não considerar os benefícios fiscais a que a Impugnante faz jus.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 44/45, que a seguir passo a descrever:

• INFRAÇÃO 01

Diz que, quanto ao produto *FITA MM 23 (NCM 3919.10.10)*, o entendimento da fiscalização foi o de que o produto comercializado se enquadra no CEST 10.009.00 (e aqui não há exigência de uso na construção) e não 10.008.00. E a própria autuada afirmou que o utilizou para lacrar caixas, com o que podemos concluir que se trata de fita isolante.

• INFRAÇÃO 02

Diz que o Termo de Acordo anexado aos autos teve sua validade expirada em 31/12/2019. Por esta razão, entende indevida a redução da base de cálculo reclamada.

Quanto à falta de cobrança do adicional de que trata a Portaria nº 133, o entendimento da fiscalização é o de que referida cobrança ocorre nas vendas de “perfumes”, “colônias” e

“deocolônias”. Registra que, o CONSEF ordenando, fará a correção nos produtos que forem indicados.

Pontua que, ao contrário do que afirma a autuada, não foi feito nenhum ajuste na alíquota de origem da nota fiscal de entrada, por força do Decreto 14.213/2012. Aliás, diz que o Autuado não demonstrou em qualquer produto houvera sido feito referido ajuste. “*Repito: não houve glosa de crédito em nenhum produto*”. Aduz que o crédito é o mesmo que consta em todas as notas fiscais.

Por fim, pugna pela procedência integral do Auto de Infração.

Neste contexto, em sede de Instrução, este Relator, em respeito ao princípio da ampla defesa, verdade material e contraditório, em pauta suplementar do dia 30/07/2021, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JJF, onde se decidiu converter o presente processo em diligência ao Autuante, fls. 39/43, para desenvolver as seguintes providências:

- **Item 1:** acostar aos autos as planilhas analíticas e sintéticas em CD/Mídia e impressas, se possível, que possa identificar “as notas fiscais”, “os produtos”, “a unidade Federação de Origem”, “a Alíquota”, “a base de cálculo do ICMS antecipação parcial”, “o ICMS antecipação parcial calculado” o ICMS pago a menor”, em relação, especificamente, a infração 02, na forma § 3º, do art. 8º, do RPAF/BA, isso, **já com as orientações expressas a seguir:**
 1. Considerar, nos cálculos do ICMS Antecipação, o Termo de Acordo anexado aos autos, que teve sua validade expirada em 31/12/2019, como expressado pelo próprio agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, vez que o período das ocorrências apuradas na infração 02 envolve a data de 31/05/2018 a 31/01/2019, portanto dentro da vigência do citado termo.
 2. Analisar a arguição de defesa do Contribuinte Autuado, quanto a estar considerando no cálculo do ICMS Antecipação Parcial os CFOP's 5102, 5405, 6910, 6911 e 6949, em que os mencionados CFOP's são de situações específicas e pontuais, tais como referentes à aquisição de materiais de uso/ consumo dentro do estado (CFOP do destinatário da mercadoria 5102 e 5405), recebimento de bonificações de amostra grátis (CFOP do destinatário da mercadoria 6910), recebimento de amostra grátis (CFOP do destinatário da mercadoria 6911) e outras entradas de materiais promocionais que são distribuídos como brindes (CFOP do destinatário da mercadoria 6949).
 3. Entendendo procedente a arguição do Contribuinte Autuado, excluir da autuação; caso contrário manter na autuação, todavia, seja mantendo ou excluído, traçar considerações na forma do § 6º do art. 127 do RPAF/BA.
- **Item 2:** em relação ao “*item 1*”, pede-se que se dê ciência ao contribuinte Autuado, dessas novas planilhas/demonstrativos elaborados com a consecução do citado “*item 1*” acima destacado, concedendo 20 (vinte) dias, para se manifestar, querendo, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA.
- **Item 3:** havendo manifestação do Contribuinte Autuado na forma do “*item 2*”, ensejando ou não a elaboração de novo demonstrativo de débito, seja para infração 01, ou seja para infração 02, o i. agente Autuante deve desenvolver nova Informação Fiscal, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os novos demonstrativos, **porventura desenvolvidos**, que deverão ser apresentados em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.

Após cumprido o pedido de diligência, deverá retornar o presente PAF ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

À fl. 45 dos autos têm a Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante, a pedido desta 4ª JJF, nos seguintes termos:

Diz que foi aplicada a aplicada a redução da base de cálculo de 41,176%, conforme Decreto

7799/00, em todos os itens.

Em seguida aduz que foi zerado o saldo a pagar das operações com CFOP 5102 e 5405. Mais adiante diz ter entendido que as operações com CFOP 6911, que geram um total de mais de R\$ 11 mil a título de ICMS Antecipação Parcial, não se tratam de operações pontuais. Quanto ao CFOP 6949, entendeu incompatível a quantidade de produtos que entraram como amostra grátis. Diz haver notas fiscais com milhares de produtos.

Por fim diz que se encaminhe ao setor responsável da Inspetoria, para cumprimento da ciência do contribuinte, ordenada pelo relator do presente PAF.

À fl. 47 vê-se o Termo de Intimação, dando ciência, por AR/Correios, do resultado da Diligência Fiscal produzida pelo agente Autuante a pedido desta 4ª JJF, às fls. 39/43 dos autos, que se manteve silente.

À fl. 49, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

O Auto de Infração, em tela, lavrado em 26/03/2020, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ COSTA DO CACAU, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 506005/18, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS), decorrente do cometimento de 2(duas) infrações, uma por ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, correspondente ao valor de R\$ 617,01, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação; a outra por efetuar o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, correspondente ao valor de R\$ 109.998,42, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, conforme demonstrativos de fls. 8/18 dos autos, sendo todas as duas imputações com datas de ocorrência nos anos de 2018 e 2019, perfazendo o montante de R\$ 110.615,43 de ICMS lançado, com enquadramento no art. 8º, inciso II, e § 3º; art. 23, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, em relação a infração 01; e no artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, em relação a infração 02, mais multa de 60%, para duas infrações, tipificada no inc. II, alínea “d”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Em sede de instrução, este Relator Julgador, em respeito ao princípio da ampla defesa, verdade material e contraditório, em pauta suplementar do dia 30/07/2021, submeteu o presente PAF aos membros desta 4ª JJF, onde se decidiu converter o presente processo em diligência ao Autuante, às fls. 39/43 dos autos, para desenvolver as seguintes providências:

- **Item 1:** acostar aos autos as planilhas analíticas e sintéticas em CD/Mídia e impressas, se possível, que possa identificar “as notas fiscais”, “os produtos”, “a unidade Federação de Origem”, “a Alíquota”, “a base de cálculo do ICMS antecipação parcial”, “o ICMS antecipação parcial calculado” o ICMS pago a menor”, em relação, especificamente, a infração 02, na forma § 3º, do art. 8º, do RPAF/BA, isso, **já com as orientações expressas a seguir:**
 1. Considerar, nos cálculos do ICMS Antecipação, o Termo de Acordo anexado aos autos, que teve sua validade expirada em 31/12/2019, como expressado pelo próprio agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, vez que o período das ocorrências apuradas na infração 02 envolve a data de 31/05/2018 a 31/01/2019, portanto dentro da vigência do citado termo.
 2. Analisar a arguição de defesa do Contribuinte Autuado, quanto a estar considerando no cálculo do ICMS Antecipação Parcial os CFOP's 5102, 5405, 6910, 6911 e 6949, em que os mencionados CFOP's são de situações específicas e pontuais, tais como referentes à aquisição de materiais de uso/ consumo dentro do estado (CFOP do destinatário da mercadoria 5102 e 5405), recebimento de bonificações de amostra grátis (CFOP do destinatário da mercadoria 6910), recebimento de amostra grátis (CFOP do destinatário da

mercadoria 6911) e outras entradas de materiais promocionais que são distribuídos como brindes (CFOP do destinatário da mercadoria 6949).

3. Entendendo procedente a arguição do Contribuinte Autuado, excluir da autuação; caso contrário manter na autuação, todavia, seja mantendo ou excluído, traçar considerações na forma do § 6º do art. 127 do RPAF/BA.

[...]

- **Item 3:** havendo manifestação do Contribuinte Autuado na forma do “**item 2**”, ensejando ou não a elaboração de novo demonstrativo de débito, seja para infração 01, ou seja para infração 02, o i. agente Autuante deve desenvolver nova Informação Fiscal, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os novos demonstrativos, porventura desenvolvidos, que deverão ser apresentados em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.

À fl. 47 vê-se o Termo de Intimação, dando ciência ao autuado, por AR/Correios, do resultado da Diligência Fiscal produzida pelo agente Autuante, a pedido desta 4ª JJF de fls. 39/43 dos autos, que se manteve silente.

Passo então a manifestar. Pois bem! O agente Autuante, à fl. 45 dos autos, em cumprimento ao pedido de diligência desta 4ª JJF, diz que foi aplicada a redução da base de cálculo de 41,176%, conforme Decreto 7799/00, em todos os itens do demonstrativo de débito da imputação de nº 2 dos autos. Em seguida consigna que foi zerado o saldo a pagar das operações com CFOP 5102 e 5405.

Mais adiante diz ter entendido que as operações com “CFOP 6.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado”, em que geram um total de mais de 11(once) mil reais a título de ICMS Antecipação Parcial, não se tratam de operações pontuais. Quanto ao “CFOP 6911-remessa de amostra grátis”, aduz ter entendido ser incompatível a quantidade de produtos que entraram com amostra grátis no período autuado. Afirma, então, que “Existem notas fiscais com milhares de produtos”. Logo mantém na autuação as operações com os “CFOP 6911” e “CFOP 6.949”.

Em relação aplicação da redução da base de cálculo de 41,176%, conforme Decreto 7799/00, em todos os itens da infração 02, que diz respeito a recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, correspondente ao valor de R\$ 109.998,42, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, conforme bem explicitado no pedido de diligência desta 4ª JJF, em relação aos cálculos do ICMS Antecipação, conforme o **Termo de Acordo anexado aos autos**, que teve sua validade expirada em 31/12/2019, como expressado pelo próprio agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, **tinha de ser, de fato, considerado no levantamento fiscal**, vez que o período das ocorrências apuradas na infração 02 envolvia a data de 31/05/2018 a 31/01/2019, portanto dentro da vigência do citado termo.

Corrigido, assim, esse equívoco do agente Autuante, em sede diligência fiscal, a pedido desta 4ª JJF, a atuação é reduzida do valor de R\$ 109.998,42 para o valor de R\$ 5.191,41 na forma da planilha “Resumo – Demonstrativo 2.3. Antecipação Parcial”, elaborada pela Fiscalização, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 46 dos autos, ora acostado.

Este saldo remanescente dentre outros CFOP, constam os “CFOP 6.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado” e o “CFOP 6911-remessa de amostra grátis”, destacado no Pedido de Diligência desta 4ª JJF, para que o agente Autuante analisasse a arguição de defesa do Contribuinte Autuado, quanto a estar sendo considerando no cálculo do ICMS Antecipação Parcial lançado na autuação.

Diz, então, o agente Autuante, relativamente ao “CFOP 6.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado” tratar-se de muitas operações, que geraram um total de mais de 11 (once) mil reais a título de ICMS Antecipação Parcial, o que, ao seu entender, não se tratam de operações pontuais. Quanto ao “CFOP 6911-remessa de amostra grátis”, diz ter

entendido incompatível a quantidade de produtos que entraram com amostra grátis no período fiscalizado.

Relativamente a essas duas considerações, para manutenção da autuação, em relação ao CFOP 6.949 e ao CFOP 6911, efetuei uma análise mais acurada do CD/Mídia de fl. 46, então vê-se que, de fato, se tratam de muitas operações que deixam a interpretar não ter sido operações pontuais no caso do CFOP 6.949, nem tampouco, no caso das operações com CFOP 6911, de todas serem, de fato, amostra grátis, o que ensejariam, então, a cobrança do ICMS Antecipação Parcial, todavia foi dada ciência da Informação Fiscal de fl. 45, a pedido desta 4ª JF, por Termo de Intimação, através de AR/Correios, ao Contribuinte Autuado este se manteve silente.

Neste sentido, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Portanto, **coaduno com o agente Autuante em relação ao CFOP 6.949 e ao CFOP 6911, compondo o saldo remanescente dos itens mantidos na imputação de nº 2**, que diz respeito a cobrança do ICMS Antecipação Parcial pago a menor, **correspondendo ao valor de R\$ 5.191,41** na forma da planilha “Resumo – Demonstrativo 2.3. Antecipação Parcial”, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 46, abaixo reproduzido:

DEMONSTRATIVO 2.3 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL

DEMONSTRATIVO DO PAGAMENTO A MENOR DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL EM OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO (Levantamento realizado com base em Notas Fiscais Eletrônicas)

Período: 01/01/2018 a 30/11/2019

Mês/Ano	A Mercadoria Valor R\$ (1)(2)	B Frete + Seguro + Outros R\$ (1)(2)	C Mercadoria Vir Total R\$ (1)(2)	D B. Cálculo Antecipação R\$ (2)	E ICMS Integral R\$ (2)	F Crédito de ICMS R\$ (1)(2)	G ICMS Recolhido R\$ (1)(3)	H=E-(F+G) ICMS a Pagar R\$ (2)
Janeiro/2018	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Fevereiro/2018	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Março/2018	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Abril/2018	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Maio/2018	159.465,31	0,00	93.803,87	93.803,87	16.884,67	10.050,88	8.697,64	0,00
Junho/2018	265.715,20	0,00	156.304,31	156.304,31	28.134,73	16.320,80	30.394,27	0,00
Julho/2018	180.114,27	0,00	105.950,42	105.950,42	19.071,06	11.356,61	22.273,52	0,00
Agosto/2018	204.857,89	0,00	120.505,61	120.505,61	21.691,00	12.314,94	24.455,35	0,00
Setembro/2018	181.683,79	0,00	106.873,67	106.873,67	19.237,23	10.994,15	21.903,01	0,00
Outubro/2018	199.555,45	0,00	117.386,50	117.386,50	21.129,65	12.462,55	9.748,94	0,00
Novembro/2018	287.474,60	0,00	169.104,06	169.104,06	30.438,73	17.318,29	12.423,16	697,28
Dezembro/2018	243.570,35	0,00	143.277,82	143.277,82	25.790,00	15.397,83	6.171,68	4.220,49
Total-2018	1.722.436,86	0,00	1.013.206,26	1.013.206,26	182.377,07	106.216,05	136.067,58	4.917,77
Janeiro/2019	213.221,45	0,00	125.425,39	125.425,39	22.576,66	12.863,95	9.439,07	273,64
Fevereiro/2019	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Março/2019	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Abril/2019	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Maio/2019	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Junho/2019	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Julho/2019	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Agosto/2019	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Setembro/2019	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Outubro/2019	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Novembro/2019	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Dezembro/2019	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Total-2019	213.221,45	0,00	125.425,39	125.425,39	22.576,66	12.863,95	9.439,07	273,64
Total Geral	1.935.658,31	0,00	1.138.631,64	1.138.631,64	204.953,73	119.080,00	145.506,65	5.191,41

Quanto a imputação de nº 01 que diz respeito a ter deixado, o Contribuinte Autuado, de efetuar o recolhimento 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, conforme demonstrativos de fls. 7/14 nas datas de ocorrência de 31/05/2018 e 31/01/2019.

Por quanto tais ocorrências fora lançado ICMS no valor de R\$ 617,01, com enquadramento no art. 8º, inciso II, e § 3º; art. 23, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, mais multa de 60% tipificada no inc. II, alínea “d”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo, alega que, apesar da previsão legal, registra que o agente Fiscal Autuante, ao apresentar os cálculos em que fundamenta a exigência do ICMS, não observou que as mercadorias *fitas MM 23 micra Transp. 48mmx100m (NCM 3919.10.10)* adquiridas, pela Impugnante, não foram para “uso na construção”, mas sim para uso na sua atividade de comércio atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria - mercadoria utilizada para o fechamento de embalagens (caixas).

Como se pode observar na legislação aplicável, diz que, especificamente, o Anexo 1 do RICMS/BA, só há previsão para a aplicação da Substituição Tributária quando a referida mercadoria for utilizada como material de construção.

O código NCM da mercadoria por si só não é suficiente para caracterizar a exigência da Antecipação Tributária (AT), de modo que é preciso haver a combinação do NCM com a descrição constante no Anexo 1 do RICMS/BA, que destaca:

8.8 CST 10.008.00 NCM 3919 - Chapas, folhas, tiras, fitas, películas e outras formas planas, autoadesivas, de plásticos, mesmo em tolos, para uso na construção. (Grifo acrescido)

8.9 CST 10.009.00 NCM 3919 - Veda rosca, lona plástica para uso na construção, fitas isolantes e afins. (Grifo acrescido)

O agente Autuante, na Informação Fiscal, sem trazer qualquer outro argumento ou elemento probante, diz que, em relação ao produto *FITA MM 23 (NCM 3919.10.10)*, o entendimento da fiscalização foi o de que o produto comercializado se enquadra no CEST 10.009.00 (e aqui não há exigência de uso na construção) e não 10.008.00. E complementa dizendo que a própria autuada afirmou que o utilizou para lacrar caixas, com o que diz que se pode concluir que se trata de fita isolante.

Da análise do descritivo do Anexo 1 do RICMS/BA, acima destacado, vigente à época dos fatos, seja do item 8.8, ou seja do item 8.9, ao meu sentir remete a aplicação da “FITA” na construção civil, para, então, ser abarcada pelo instituto da substituição tributária, e no caso dos autos, **o agente Fiscal não trouxe qualquer prova de que a aquisição de tal produto fora para aplicação no segmento da construção**, exceto a afirmação de que a própria autuada afirmara que o utilizou para lacrar caixas, com o que, à luz do seu entendimento, diz que se pode concluir que se trata de “fita isolante”.

Não é o que interpreto de tudo até aqui apresentado, pois, seja esta “FITA MM 23”, produto autuado, considerada uma “fita isolante”, há de se destacar que, para estar abarcada ao instituto da substituição tributária (*Anexo 1, do RICMS/BA, itens 8.8 e 8.9*) o seu destino deveria ser para uso na construção civil, que não está demonstrado nos autos.

Neste sentido, estando as mercadorias adquiridas com o destaque do “NCM 3919” e não estando demonstrado que tais produtos foram aplicados na construção civil, vejo restar improcedente a imputação de nº 01 do Auto de Infração nº 300449.0011/20-8, em tela.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300449.0011/20-8**, lavrado contra **B GUIMARÃES COTTA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.191,41**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA