

A. I. N ° - 207162.0009/20-9
AUTUADO - HILÁRIO DE SANTANA MOREIRA EIRELI
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO MACHADO DE SOUZA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/12/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0257-04/22-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fatos confirmados. Autuado não apresentou elementos comprobatórios que as mercadorias abarcadas pela autuação se encontravam sujeitas ao regime normal de apuração do imposto. Não acolhida a arguição de nulidade e indeferido pedido para realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em tela teve sua expedição ocorrida em 29/09/2020 para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 229.286,62, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte imputação: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Anexos I e II”*.

O autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 21 a 27, afirmando que alguns equívocos foram cometidos pelo autuante quando da elaboração dos Anexos I e II que dão suporte ao lançamento, os quais, ao seu entender, carecem de retificação.

Em preliminar arguiu a nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao seu direito de defesa, posto que, os referidos anexos não se mostram completos, só havendo uma forma de assegurar que uma mercadoria se encontra na substituição tributária, é quando está relacionada no Anexo I do RICMS/BA, referindo-se, nesse sentido, ao seu art. 289, Convênio 142/18, Cláusula Sétima, afirmando que os Anexos I e II elaborados pelo autuante não informam a NCM ou o CEST das mercadorias objeto da autuação, aduzindo que muitas delas, pela sua descrição, é de seu conhecimento que se encontram na substituição tributária, mesmo tendo sido omitida sua NCM, entretanto isto não se aplica à todas as mercadorias ali inseridas.

Dessa forma, disse ser incontestável o cerceamento ao seu direito de defesa, além do que a própria base de cálculo utilizada se torna insegura, citando como exemplo o produto *“Assento sanitário Duomo/Termfixo AP 123 – Deca”*, o qual, ao seu argumento, não se pode afirmar, com segurança, que a mercadoria está enquadrada na substituição tributária, aduzindo que o referido produto (assento sanitário) está descrito no Anexo I do RICMS/BA:

“Banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos, caixas de descargas e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos”.

Assim, sustentou que esse assento está descrito como *“termfixo”*, o qual não é de plástico e, sim, de Policarbonato, indagando se com esta característica se enquadra na descrição acima do Anexo I do RICMS, o que, na sua ótica, paira dúvida.

Apresentou à fl. 25, o quadro abaixo, sustentando que a forma de dirimir dúvida em relação à inclusão das mercadorias nele relacionado, é conferindo a NCM e verificar se é igual à constante no Anexo I ao RICMS/BA, porém, disse não saber qual a NCM, não possuindo meios de como se

defender.

| DESCRIÇÃO DAS MERCADORIAS | |
|------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|
| PORTA SANFONADA 62CM BR – DUDA | ULTRA RAPIDA 620G - MAXI RUBBER MAXI RUBBER |
| KIT MONACO CR SUPER CRISTAL 5PCS – DUDA | RETOQUE RAPIDO 200G - MAXI RUBBER MAXI RUBBER |
| FITA DEMARC 48MM X 4M AZ – BRASFORT | BUCHA ZAMAC 1 |
| ELETRODUTO PVC AP ELECTR UNIV 3/4 X 3M – AMC | ELETRODO 70.18 2.50MM CAIXA – VONDER |
| ELETRODUTO PVC AP ELECTR UNIV 1 X 3M – AMC | PO XADREZ VERDE 250G – LANXESS |
| ELETRODUTO PVC AP ELECTR UNIV 1/2 X 3M – AMC | ZARCAO CINZA 151 1/4 – SOLVENTE |
| CORANTE LIQ.GLOBO MARRON | DOBR LEVE 3 PINO REVERSIVEL FZB – 3F |
| TANQUE 430 MINI C/ SUPORTE GHELPLUS | FITA ISOLANTE MASTER 19MM X 10M – AMC |
| PIA 2000 X 560/02 CUBA N-3 GHELPLUS GHELPLUS | PLACA CIMENTICIA 6MM 3.00 X 1.20 |
| CORANTE LIQ.GLOBO LARANJA | SILICONE SPRAY 300 ML – WORKER |
| CORANTE LIQ.GLOBO OCRE | FITA BRANCA TX 45 X 40 C/50M – PROADEC |
| CORRENTE 8.0 MM 5/16 ZB CURTA GALV – VONDER | ESPATULA PLASTICA 13.1CM 152/2 – ATLAS |
| VEDAPREN BD 18 KG PRETO | PISTOLA AJET BR 7821 – FABRIMAR |
| ABRACADEIRA RSF 1/2 X 3/4(13X19)09MM – METALMATRIX | REFLETOR LED 100W SLIM 6500K ALU PT AUTO – G-LIGHT |
| PORCA SEXT ZINCADA 3/16 X 5/16 – CISER | MARCA TEXTO LUMICOLOR |
| SELANTE TYTAN BASE D` AGUA BRANCO - 400g | PASTA SUSPENSA |
| TEXTURA PRE RISCADA – EUCATEX | FECHO LIVRE/OCUPADO 3009/180/01 – SOPRANO |
| PLACA 3+3P 4X4 PP BR – PIAL LEGRAND 618516 | PANACOLOR VERDE 50 A 5335 |
| SELADOR ACRILICO 3.6L – EUCATEX | RESINA 1K |
| BARRA ACO CHATA BELGO 1.1/2 X 3/16 X 6M BELGO | PORTA COPOS AGUA |
| ARRUELA ZAMAC 3/4 | MASSA PRONTA BD 6 KG – PLACOMIX |
| CONECTOR TRANS FM CPVC DN 28X1 ISO CB – AMC | PORTA CADEADO 2.1/2 FZB - 3F |
| PORTA SHAMPOO CANTO BR – DUDA | CAIXA PASSAGEM PEQUENA – AMC |
| DUCHA HIG AQUA JET DIG LINE CR 2195 – FABRIMAR | PROTETOR FACIAL INC 8 – CARBOGRAFITE |
| REGULADOR C/ MG GAS 0.80CM – PLASBOHN | ARMATEC OX 7 - 3.6L – VEDACIT |
| SUPORTE MAO FRANC BRANCO 30CM – LJ | BANDEJA PLASTICA RECICLADA 23CM – ROMA |
| CUNHA P/NIVELADOR PISO METASUL LARANJA C/50 | ARAME RECOZIDO BWG 12 ROLO 1KG |
| NIVELADOR PISO 1.5MM METASUL INCOLOR 100PC | PLACA CEGA 3 REDSAI FIO PP BR - PIAL LEGRAND 608528 |
| FITA ZEBRADA S/ADESIVO 70MM X 200M – 954 | TUBO ELET PVC RIGIDO ROSC 1.1/2 X 3M – AMC |
| FECH RES FASHION 32 ESP EXT CIL E11250C - 3F | FECH ELETRICA 940 - SILVANA – L |
| ALICATE NIVELADOR DE PISO AZUL - METASU | GANCHOS REDE EMBUTIR 7323 INOX POLIDO (PAR) |
| LUVA ELETRO ROSC 3/4 – AMC | CANETA ECONOMIC AZUL |
| PASSA FIO DE ACO 10M | PASSA FIO C/ ALMA DE ACO 20M |
| DESEMPENADEIRA PLAST 18 X 29 PRETA – 95 | TELA MOSQUITEIRO MONOFILADO VD 1.2X50 – NORTENE |
| CANAleta 20X10X2000MM C/D BR C/FITA 32011 - MEC-TRMEC-TRON | ESQUADRO INTERNO 90 MARROM |

Ao adentrar ao mérito da autuação disse que ao analisar as mercadorias relacionadas nos referidos anexos, comprovou que ali se encontram inseridas mercadorias tributadas e enquadradas na ST, e outras que não há como saber se são tributadas ou se estão na ST, posto que, não existe referência a NCM vinculado às mercadorias. Disse ser indiscutível que muitas delas estão enquadradas na substituição tributária, posto que, sua descrição é facilmente identificada no Anexo I do RICMS, outras não, que podem até estar, entretanto somente pela descrição não foi possível localizá-las, ficando patente as dúvidas existentes.

Aduziu que, no mérito, o que pretende é uma revisão no feito, com a exclusão das mercadorias que não se encontram na ST, estimando que, pelo menos, 90% das mercadorias que relacionou são tributadas, entretanto disse não dispor da NCM para afirmar com absoluta certeza e segurança.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 31 a 33, efetuando, inicialmente, uma síntese dos argumentos defensivos, passando, em seguida, a apresentar sua contestação aos mesmos.

Assim é que sustentou que o autuado inegavelmente se equivoca ao afirmar categoricamente em sua defesa, às fls. 21 à 27, que o auto de infração é acometido de vícios, notadamente, relativos aos Anexo I e Anexo II, (Demonstrativo Crédito Indevido – Mercadorias com ICMS Substituído – Lista de notas fiscais/itens) nos quais aponta a inexistência dos números da NCM das mercadorias relacionadas.

Disse que tal argumento causa estranheza, visto que as NCM das mercadorias estão, sim, devidamente informados na 8ª coluna (NCM), situada entre a 7ª coluna (Descrição) e a 9ª coluna (Valor da Base de Cálculo do ICMS) nos respectivos demonstrativos dos Anexos I e II do auto de infração, às fls. 11 à 17, e integralmente gravados no CD-R do auto à fl. 10, podendo ser facilmente visualizados, ficando evidente que o autuado “*tenta lançar fumaça, com o simples intuito de baralhar os fatos e consequentemente procrastinar*”, afirmando, com isso, que são totalmente sem sentido as argumentações apresentadas, visto que os respectivos demonstrativos, constantes dos Anexos I e II, se mostram completos para dar suporte à autuação, assegurando

plenamente a base de cálculo utilizada no lançamento do crédito.

Destacou que estão devidamente informados nos Anexos I e II, os números das notas fiscais, bem como as chaves das NFes, possibilitando, assim, a perfeita identificação do CEST de cada mercadoria, se essa for a intenção da pesquisa, aduzindo que a fiscalização foi realizada tendo como base os dados constantes dos arquivos EFD transmitidos pela própria empresa e disponibilizados no pacote de fiscalização pela SEFAZ/BA, observando que o correto enquadramento de determinada mercadoria na substituição tributária, pode até suscitar uma ou outra dúvida, no entanto, torna-se imprescindível que haja coerência em relação ao tratamento tributário atribuído à mercadoria, tanto na entrada como na respectiva saída.

Quanto ao tratamento dado pelo autuado à mercadoria ASSENTO SANT DUOMO/TERMFIXO AP 123 – DECA, exemplificada à fl. 24, com o NCM 39222000, “não visualizado” pelo mesmo no Anexo I, diz constatar, claramente, a falta de coerência, posto que, este se credita do valor do ICMS na entrada da mercadoria, porém, quando da respectiva saída, não realiza o devido destaque do ICMS na nota fiscal e, por conseguinte, o seu oferecimento à tributação.

Pontuou, também, que não há o que se falar a respeito de nulidade do auto de infração, sob a alegação de cerceamento de defesa, visto que todos os itens necessários para a completa identificação da mercadoria, que se queira analisar, estão devidamente informados nos citados Anexos I e II, ou seja: data; UF; número do documento; chave da NF-e; código do produto; descrição do produto; NCM; valor da base de cálculo do ICMS; valor do crédito auditado.

Concluiu sustentando que o autuado em nenhum momento efetivamente se dispõe a contestar o enquadramento das mercadorias relacionadas nos demonstrativos dos Anexos I e II, simplesmente, se limitou a acusar inveridicamente a inexistência das NCM nos demonstrativos das mercadorias elencadas, objetos do lançamento, o que não é verdadeiro e plenamente comprovado ao longo da presente contestação, reafirmando o valor do débito calculado de acordo com os dispositivos legais aplicáveis, mantendo integralmente os termos do presente auto de infração.

VOTO

O Auto de Infração em tela, foi expedido para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 229.286,62, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte imputação: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Anexos I e II”*.

Em sua defesa, preliminarmente, o autuado pleiteou a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento ao seu direito de defesa, afirmando que os referidos anexos não se mostram completos, só havendo uma forma de assegurar que uma mercadoria se encontra na substituição tributária, é quando a mesma se encontra relacionada no Anexo I do RICMS/BA, referindo-se, nesse sentido, ao seu art. 289, Convênio 142/18, Cláusula Sétima, afirmando que os Anexos I e II elaborados pelo autuante não informam a NCM ou o CEST das mercadorias objeto da autuação, aduzindo que muitas delas, pela sua descrição, é de seu conhecimento que se encontram na substituição tributária, mesmo tendo sido omitida sua NCM, entretanto isto não se aplica à todas as mercadorias ali inseridas.

Trata-se de um argumento que não pode ser acolhido na medida em que, examinando as planilhas que deram origem aos Anexos I e II elaborados pelo autuante para embasar a autuação, constatei que para todas as mercadorias ali inseridas constam as respectivas NCM juntamente com a descrição dos produtos e o código atribuído ao mesmo pelo autuado, a identificação do documento fiscal e a chave de acesso, além da base de cálculo que e o valor do crédito fiscal que foi utilizado indevidamente pelo autuado.

Portanto, não vejo porque se falar em cerceamento do direito de defesa, já que constam dos autos todos os elementos que possibilitam o pleno exercício desse direito constitucional, tendo sido atendidas todas as normas estabelecidas pelo Art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, e art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Desta forma, não acolho o pedido de nulidade do Auto de Infração formulado pelo autuado.

Quanto ao mérito, indefiro a solicitação de diligência requerida, com base no Art. 147 do RPAF/BA, por entender que o autuado não carrou aos autos elementos que dessem margem a execução de diligência, limitando-se a alegar ausência de NCM, porém, sem indicar objetivamente as mercadorias que estariam sujeitas à tributação normal, citando, apenas, um quadro com descrição das mercadorias, este sim, sem indicar as NCM.

Aliás, a este respeito, o autuado não fez sequer uma correlação entre as mercadorias constantes no quadro que apresentou com aquelas que, efetivamente foram objeto da autuação, não se sabendo sequer se estas mercadorias citadas abarcam aquelas que foram autuadas.

O único produto ao qual o autuado se referiu, de forma específica, “*Assento sanitário Duomo/Termfixo AP 123 – Deca*”, que, ao seu argumento, não se pode afirmar, com segurança, que a mercadoria está enquadrada na substituição tributária, aduzindo que o referido produto (assento sanitário) está descrito no Anexo I do RICMS/BA, vejo que não assiste razão ao autuado em seu argumento. Isto porque, a NCM desse produto, indicada pelo autuante, 3922200, está inserida no item 8.13, CEST 10.013.00, consoante se verifica abaixo, como **sanitários e seus assentos**:

“Banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos, caixas de descargas e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos”.

Faço aqui o registro trazido pelo autuante quanto ao tratamento tributário dado pelo autuado em relação a este produto, de que, se creditava do imposto na entrada da mercadoria, entretanto a saída se dava como não tributada, ou seja, enquadrada no regime da substituição tributária.

Em conclusão, e considerando que o autuado não trouxe aos autos qualquer comprovação ou indicação de que as mercadorias cujos créditos fiscais foram objeto de glosa se encontravam abarcadas pelo regime normal de apuração do imposto, com este efetivo tratamento atribuído nas operações de entradas e de saídas, voto pela Procedência do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 207162.0009/20-9**, lavrado contra **HILÁRIO DE SANTANA MOREIRA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 229.286,62**, acrescido da multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, inciso “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR