

A. I. N° - 232115.0003/19-9
AUTUADO - MUGITEC INDÚSTRIA DE ARTEFATOS DE ALUMÍNIO - EIRELI
AUTUANTE - FIRNALVON MIRANDA GUSMÃO
ORIGEM - DAT SUL / INFAS SUDOESTE

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FIS CAL**ACÓRDÃO JJF N° 0144-02.23-VD**

EMENTA: ICMS. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. Reconhecimento parcial da exação. valor reduzido por acolhimento de elementos de prova apresentados na Impugnação e por autoridade fiscal estranha ao feito, em face de diligência fiscal. Infração subsistente. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/06/2019, refere-se à exigência de R\$ 346.328,85 de ICMS em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 07.02.02. Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado. **Valor:** R\$ 346.328,85. **Período:** junho 2014 a dezembro 2018. Enquadramento legal: Art. 8º, II da Lei 7014/96 C/C art. 289 do RICMS/BA. **Multa:** 60%, art. 42, II, “e” da Lei 7014/96.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 499 a 508 do PAF. Retrata os fatos e com fundamento no art. 150, § 4º do CTN suscita a decadência para a ocorrência de 30/06/2014 por ter sido cientificado do AI em 04/07/2019. Seguindo, passa a pontuar a Impugnação:

II – DA INOCORRÊNCIA DE INFRAÇÕES NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS

A título de amostra, diz que as operações com as NFs 7485, 7486 e 7487 registram operações sujeitas à substituição tributária cujo ICMS ST não é devido à Bahia, conforme art. 13, § 1º, XIII, “a” da LC 123/06 e Conv. ICMS 142/18, cuja Cláusula oitava reproduz, de modo que não procede a cobrança e as operações devem ser excluídas do AI.

III – DA NÃO OBRIGATORIEDADE DE RETENÇÃO DO ICMS ST EM DIVERSAS OPERAÇÕES

Diz que as operações com os CFOPs 5102, 5106, 5411, 5202, 5911 e 5405 não o responsabiliza a reter o ICMS ST, vez que, ou já tiveram a incidência do ICMS ST nas operações anteriores, ou são operações que não atraem a incidência do ICMS ST. Frisa que somente nas hipóteses de “venda de produção do estabelecimento quando o produto esteja sujeito a substituição tributária” (CFOP 5401) e “venda de produção do estabelecimento (CFOP 5101 – em casos em que a mercadoria tenha sido classificada incorretamente) é possível a retenção do ICMS ST em favor da Bahia.

Ademais, constatou-se ainda alguns equívocos quanto aos NCMs informados em algumas das notas fiscais das operações de saídas, visto que o Impugnante informou equivocadamente o NCM 76129090 em diversos itens os quais não estão submetidos à Substituição Tributária. Por essa razão, os NCMs informados erroneamente foram retificados, conforme poderá ser verificado na planilha em anexo.

Neste ensejo, cita-se alguns dos NCMs informados equivocadamente e que foram devidamente corrigidos:

ITENS	NCM INFORMADO	NCM RETIFICADO
REV CANTONEIRA 3MT (L) 3/4	76129090	39259000
REV CX (CUBA) PROTETORA HIDROMETRO S/A	76129090	39259000
REV CX DO HIDROMETRO AGUA	76129090	39259000
REV CX DO HIDROMETRO SAAE	76129090	39259000
REV KIT CX DISJUNTOR TAF MONOFASICO (E	76129090	39259000
REV TAMPA HIDROMETRO EMBASA ACRILICO	76129090	39259000
REV TAMPA MEDIDOR MONOFASICO COELBA	76129090	39259000
REV TAMPA MEDIDOR TRIFASICO COELBA	76129090	39259000
QUADRO P/ 06 DISJUNTOR	85351000	85371090
QUADRO P/ 01 DISJUNTOR	85389090	85371090

IV - DA UTILIZAÇÃO DE NOTAS FISCAIS CANCELADAS/ DEVOLUÇÕES E DAS OPERAÇÕES DESTINADAS A “ NÃO-CONTRIBUINTES”.

Diz ter havido cobrança de ICMS-ST relativo a diversas notas que correspondem a devoluções de compras CFOP'S 6921,6101 e 6201, em que as mercadorias "saem" do estabelecimento da Impugnante, mas que por "diversos" motivos retornam ao estabelecimento, anulando a operação de compra e venda.

Fala que essas operações foram calculadas erroneamente em conjunto com as notas fiscais de saídas, razão pela qual incluiu-se esses valores, equivocadamente, na apuração final do imposto considerado devido, de modo que requer sejam as respectivas notas de cancelamento e devolução excluídas do levantamento fiscal.

Ademais, ressalta que a autoridade fiscalizadora considerou para constituição do crédito tributário, as vendas realizadas para pessoas físicas “NÃO-CONTRIBUINTES” bem como as vendas realizadas à empresas com atividade principal dedicada à construção civil.

Assim, a título de demonstração cita algumas das notas fiscais emitidas para CPF's nº 8032, 8034, 8825, 8540,8348, 10370, frisando a existência de diversas notas fiscais na mesma condição.

Expressa, ainda que o Autuante considerou na apuração do imposto as notas fiscais nº 7493,7583,7721,7722,7844,7867,7844,7867 emitidas para empresas com atividade destinada ao ramo de construção civil, as quais por serem consumidoras dos referidos bens, não atraem a incidência do ICMS ST, de modo que requer que sejam canceladas as respectivas apurações, com o cancelamento do lançamento realizado.

V- DOS NCMS CONSIDERADOS NA APURAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO

Diz que o Autuado, ao apurar o cálculo do imposto devido, considerou mercadorias com os seguintes NCMS 3920.30.00, 4007.00.19, 6116.10.00, 7001.00.00, 7003.19.00, 7005.29.00, 7216.50.00, 7306.30.00, 7309.00.90, 7310.10.00, 7325.10.00, 7326.90.00, 7326.90.90, 7602.00.00, 7604.21.00, 7604.29.19, 7604.29.20, 7608.20.90, 7612.90.90, 7621.01.00, 7907.00.10, 8422.40.90, 8447.20.90, 8462.39.90, 8462.49.00, 8467.11.10, 8536.61.00, 8536.90.90, 8538.10.00, 8704.22.10, mas que todos os NCMS de produtos sujeitos à substituição tributária devem, obrigatoriamente, estar dispostos no Anexo I do RICMS/2012, que é atualizado anualmente.

Nada obstante, os NCMS apontados não estavam incluídos em nenhum dos Anexos do RICMS/2012 durante o período fiscalizado (2014 a 2018) e, por isso, o Impugnante não realizou as retenções e nem o recolhimento do ICMS ST referente às citadas mercadorias. Assim sendo, não poderá o Fisco compelir o Contribuinte a recolher tais valores, vez que não faziam parte do rol dos produtos sujeitos à substituição tributária.

V- DO M.V.A ATUALIZADO DURANTE O PERÍODO FISCALIZADO

Verificou que o M.V.A considerado pela Fiscalização para o cálculo do ICMS ST durante todo o período fiscalizado (2014 a 2018), correspondeu ao equivocado percentual de 38% em relação a todas as mercadorias, haja vista que o percentual utilizado pelo Autuante não corresponde aos

previstos na legislação para aquele período em relação às mercadorias (classificadas de acordo com o seu respectivo NCM) consideradas.

Deste modo, corrigiu-se a apuração apresentada pela Fiscalização, alterando-se os percentuais do M.V.A equivocados utilizados, conforme poderá ser verificado no demonstrativo anexo. Por exemplo, constou na apuração fiscal 38%, quando correto seria 36%. Outros exemplos poderiam ser citados, mas foram tantos erros que se preferiu apontar as correções em planilha.

V- DA ALÍQUOTA INTERNA UTILIZADA PARA APURAÇÃO DO IMPOSTO

Constatou-se ainda, que a autoridade fiscalizadora apesar de mencionar no auto de infração que em 31/01/2016 reajustou a alíquota interna utilizada nos cálculos das operações de saídas de 17% para 18%, nos arquivos encaminhados ao Autuado, foi verificado que a alíquota utilizada para apuração do imposto devido em todo o período fiscalizado foi de 17%.

Assim, visando agir em observância ao princípio da boa-fé, o Contribuinte recalcoulou todo o imposto apresentado, reajustando a alíquota interna utilizada de 17% para 18% em todo o período em que esta encontrava-se vigente, desde 10/03/2016 até a presente data.

Requer que seja considerado as alterações realizadas nos cálculos apresentados. Concluindo, requer que o auto de infração seja julgado improcedente.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 518 a 523 dos autos. Após descrever a autuação e resumir os argumentos defensivos, diz informar respeitando a estrutura da Defesa:

1) Quanto aos meses alcançados pelo prazo decadencial, informa que o período de janeiro a junho/2014 foi excluído do Demonstrativo de Cálculo do ICMS;

2) As Notas Fiscais, cujas mercadorias são destinadas a outros Estados foram excluídas do Demonstrativo de Cálculo do ICMS;

3) Todas os produtos das Notas Fiscais que estão albergados com os NCMs citados, foram excluídos do Demonstrativo de Cálculo do ICMS;

4) A reivindicação deste item também foi atendida plenamente, com a exclusão dos itens do Demonstrativo de Cálculo do ICMS;

5) Quanto à solicitação da Impugnante, neste quesito, o Autuante esclarece que:

a) As NCMs 3920.30.00, 4007.00.19, 6116.10.00, 7001.00.00, 7003.19.00, 7306.30.00, 7325.10.00, 7326.90.00, 7602.00.00, 7604.29.20, 7608.20.90, 7621.01.00, 8422.40.90, 8447.20.90, 8462.39.90, 8462.49.00, 8467.11.10, 8536.61.00, 8536.90.90 e 8704.22.10 tiveram a MVA retirada dos cálculos do imposto ou por ocasião do atendimento a outras reivindicações pertinentes foram excluídas da Planilha;

b) Quanto às NCMs 7216.50.00, 7310.10.00, 7604.29.19, 7612.90.90 e 8538.10.00 tidas como não sujeitas à Substituição Tributária cabe melhor explanação. Conquanto se saiba do necessário alinhamento entre a NCM/Finalidade/Descrição dos produtos - previsto em Lei - há que se observar, todavia, que na emissão das Notas Fiscais do período fiscalizado (2014 a 2018), o contribuinte faz equivocada aplicação desta tríade; isto porque, embora os códigos de algumas NCMs **utilizadas nos documentos fiscais** não estejam sob a égide da Substituição Tributária, ainda assim, sua **finalidade e descrição** os colocam ao abrigo de tal instituto, mesmo com o Código NCM divergente. Vejamos alguns exemplos:

b.1. Os itens que nas Notas Fiscais emitidas constam as **NCMs 7216.50.00 - Haste cobreada; 8538.10.00 - Quadro de centro para disjuntor** foram excluídos da Planilha de Cálculo do imposto, por se tratarem de **material elétrico**, não sujeitos à Substituição Tributária;

b.2. Os itens que nas Notas Fiscais emitidas constam as **NCMs 7310.10.00; 7604.29.19 e 7612.90.90** foram assim reclassificados:

✓ NCM **7310.10.00** para NCM **7610** (com MVA de 38% e 35%, para os anos em que aparecem na Planilha);

- ✓ NCM **7604.29.19** para NCM **7610** (com MVA de 35%, para os anos em que aparecem na Planilha); e
- ✓ NCM **7612.90.90** para NCM **7616** (com MVA de 45%, para os anos em que aparecem na Planilha).

Tais alterações ocorreram porque os itens em análise são produtos enquadrados como **materiais de construção**, das **Posições 24.73** e **24.75**, respectivamente, portanto, sujeitos à Substituição Tributária.

6) Quanto a esta questão, o Autuante corrige o equívoco na nova Planilha, aplicando as MVAs apropriadas a cada produto.

7) No que tange à aplicação adequada das alíquotas internas, o Agente Fiscalizador informa que efetuou a alteração, ao tempo que reconhece e louva a boa-fé do contribuinte.

8) Quanto à apelação pela **total improcedência** do Auto de Infração há indicativos de que a expectativa da Impugnante não merece prosperar, haja vista que, a despeito do acolhimento de grande parte dos argumentos apresentados na DEFESA INICIAL, e consequentes modificações na Planilha de Cálculo do ICMS, ainda remanescem valores mensais de imposto a recolher.

Neste diapasão, apensa nova Planilha de Cálculo de ICMS pago a menor, com valor histórico de **R\$ 45.891,19** (Quarenta e cinco mil e oitocentos e noventa e um reais e dezenove centavos), em substituição à primeira, cujo valor histórico era **R\$ 346.328,85** (Trezentos e quarenta e seis mil e trezentos e vinte e oito reais e oitenta e cinco centavos), bem como histórico de pagamento do ICMS do contribuinte, referente ao período fiscalizado, extraído do Sistema INC da SEFAZ.

Intimado para conhecer a Informação Fiscal, o sujeito passivo se manifesta às fls. 831 a 834:

DA MANIFESTAÇÃO À INFORMAÇÃO FISCAL

Diz que por economia processual, opta-se por não referir as razões acatadas que já resultaram na significativa redução da exação, cujas retificações dos NCMs relativamente aos itens que não estão na ST devem ser mantidas, diversamente do quanto procedido pelo auditor fiscal. Eis que se constatou ainda alguns equívocos quanto aos NCM informados em algumas das notas fiscais das operações de saídas, visto que o Impugnante informou equivocadamente o NCM 76129090 em diversos itens os quais não são substituídos. Por essa razão, os NCMs informados erroneamente foram retificados, conforme poderá ser verificado na planilha em anexo.

Neste ensejo, cita-se alguns dos NCM informados equivocadamente e que foram devidamente corrigidos:

ITENS	NCM INFORMADO	NCM RETIFICADO
REV CANTONEIRA 3MT (L) ¾	76129090	39259000
REV CX (CUBA) PROTETORA HIDROMETRO S/A	76129090	39259000
REV CX DO HIDROMETRO AGUA	76129090	39259000
REV CX DO HIDROMETRO SAAE	76129090	39259000
REV KIT CX DISJUNTOR TAF MONOFASICO (E	76129090	39259000
REV TAMPA HIDROMETRO EMBASA ACRILICO	76129090	39259000
REV TAMPA MEDIDOR MONOFASICO COELBA	76129090	39259000
REV TAMPA MEDIDOR TRIFASICO COELBA	76129090	39259000
QUADRO P/ 06 DISJUNTOR	85351000	85371090
QUADRO P/ 01 DISJUNTOR	85389090	85371090

Assim, não deve ser acatada a alteração feita pelo Autuante que diversamente do que apresentado pela defesa.

Ademais, constam das planilhas diversos itens com NCM 7216.50.00, 7310.00, 7604.29.19, 7612.9090 e 8538.10.00 relativamente aos quais o Autuante reconhece que o NCM não está na Substituição Tributária, mas entende que a finalidade e descrição constam no Anexo 1 e, assim, os coloca sob a égide da Substituição Tributária.

Alega que essa interpretação é equivocada, pois todos os NCMS de produtos sujeitos à substituição tributária devem, obrigatoriamente, estar dispostos no Anexo I do RICMS/2012, que é atualizado anualmente, mas que os NCMS apontados não estavam incluídos em nenhum dos Anexos do RICMS/2012 durante o período fiscalizado (2014 a 2018). Por essa razão, o Impugnante não realizou as retenções e nem o recolhimento do ICMS ST referente às citadas mercadorias. Assim sendo, não poderá o Fisco compelir o Contribuinte a recolher tais valores, vez que não faziam parte do rol dos produtos sujeitos à substituição tributária.

Ademais disso, há que se considerar o especial caso das ESCADAS DE ALUMÍNIO que, muito embora tenham o NCM 7616.90.90 e, a julgar pelo NCM, poderiam estar incluídas na ST, mas não estão. Eis que as escadas de alumínio são utilitários para uso doméstico e em estabelecimentos empresariais, mas não podem ser consideradas obras de alumínio, próprias para construções, por não ocorrer a acessão física às construções civis. Não são escadas para instalação permanente e fixação em prédios e, justamente por não se incorporarem nas construções, não atendem a descrição constante no Anexo 1 do RICMS 2012.

Assim, se excluídos os itens com NCMS que não estão no Anexo 1 e as referidas escadas de alumínio, não restará saldo a pagar além do quanto já assumido na ocasião da defesa, conforme planilhas já apresentadas.

Concluindo, pede a improcedência do Auto de Infração.

Cientificado da manifestação do sujeito passivo, conforme fls. 845-846, o Autuante mantém o dito na sua anterior Informação Fiscal e pede que o AI seja julgado parcialmente procedente.

Às fls. 853-854, consta o seguinte pedido de diligência à Infaz de origem:

“A acusação fiscal é de retenção e recolhimento de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Acolhendo parte das alegações defensivas contidas na Impugnação de fls. 499-508, o autuante refez o procedimento fiscal, conforme planilha de fls. 524-805-verso.

Ainda insatisfeito, o sujeito passivo se manifesta às fls. 832-834, alegando: a) restarem 10 (dez) produtos cujas NCMS informou equivocamente, mas, depois as corrigiu; b) que ainda constam itens com NCM 7216.50.50, 7310.00, 7604.29.19, 7612.9090 e 8538.10.10, que o autuante reconhece não estarem na Substituição Tributária; c) que o produto “ESCADAS DE ALUMÍNIO”, cuja NCM 7616.90.90, ainda que esteja no Anexo da ST no RICMS-BA, não se sujeita a tal regime:

Considerando que: a) o ajuste do procedimento fiscal atendendo parte das alegações defensivas não se fez acompanhar do demonstrativo de débito do valor restante; b) a Informação Fiscal prestada em resposta à nova manifestação defensiva especificando os itens da insatisfação retro citados, apenas ratificando a manifestação anterior, não atende ao disposto no art. 127, § 6º, do RPAF, por unanimidade dos julgadores, essa 2ª JJF resolveu baixar o PAF em diligência para:

Autuante

- a) *Produzir demonstrativo de débito da exação ajustada na Informação Fiscal de fls. 518-523 (R\$45.891,19);*
- b) *Quanto ao enquadramento dos itens no Regime da Substituição Tributária, considerar o entendimento expresso nos Pareceres DITRI 25.452/2012, 11.219/2010 e 12.272/2013;*
- c) *Caso a modificação da NCM dos dez itens tenha sido efetuada na forma prevista no Ajuste SINIEF 02/09, fundamentando, analisar se há repercussão na autuação;*

- d) *Juntar aos autos de forma impressa e em mídia editável, uma “PLANILHA ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA POR RETENÇÃO NAS SAÍDAS” apenas para os produtos cujas NCMs não constam do Anexo da ST do RICMS-BA, incluindo o item “escada de alumínio”, NCM 76169900;*
- e) *Caso o a modificação citada na letra “c” tenha sido efetuada na forma prevista no Ajuste SINIEF 02/09 e, junto com o expressado na letra “b”, implique em modificação do valor da exação, ajustar a planilha suporte da infração de fls. 524-805, com o respectivo demonstrativo de débito, se for o caso;*
- f) *Producir Informação Fiscal acerca da diligência.*

Concluída a diligência, mediante recibo e entrega de cópia da Informação Fiscal, bem como de demonstrativos produzidos, o sujeito passivo deverá ser notificado com indicação do prazo regulamentar para, querendo, manifestar a respeito.

Caso o sujeito passivo se manifeste, a autuante deverá ser cientificado para nova Informação Fiscal.

Após transcorrido o prazo pertinente, o PAF deverá retornar ao CONSEF para o prosseguimento processual”.

Por consequência, às fls. 856-857 consta Informação Fiscal prestada por autoridade fiscal estranha ao feito esclarecendo que as orientações foram seguidas, cumprindo as alíneas expressadas no pedido, bem como excluindo da Planilha de Cálculo do ICMS, sempre que figuravam, as mercadorias com NCMs 7216.50.50, 7310.00, 7604.29.19, 7612.9090 e 8538.10.10 e, ainda, o item ESCADA DE ALUMÍNIO.

Para corroborar as solicitações deste CONSELHO, o Fiscal Estranho ao Feito anexa nova Planilha, na qual identifica-se o novo valor da **Infração 01 - 07.02.02**, qual seja R\$ 18.678,02 (Dezoito mil, seiscentos e setenta e oito reais e dois centavos). Informa, ainda, que o Demonstrativo de Débito requerido nesta Diligência, na alínea “a”, da página nº 852, no qual consta o valor de R\$ 45.891,19 (Quarenta e cinco mil e oitocentos e noventa e um reais e dezenove centavos), é a própria Planilha constante deste Auto de Infração, às páginas 524 a 805. Para confirmação do quantum cobrado, acima mencionado, diz ser suficiente realizar o somatório dos valores expressos nas linhas sob título “*ICMS Substituição Tributária Pago a Menor*”, presente ao final de cada mês requerido.

No que tange às demais alíneas figuradas à página nº 852, deste PAF, o Fiscal Estranho ao Feito esclarece que todas foram observadas e atendidas.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado **PARCIALMENTE PROCEDENTE**.

Intimado para conhecer a Informação Fiscal, o sujeito passivo retorna aos autos às fls. 977-978 para dizer que concorda com o procedimento da autoridade fiscal estranha ao feito excluindo as operações com os NCMs 7216.50.00, 7310.00, 7604.29.19, 7612.9090 e 8538.10.00, do item “escada de alumínio”, bem como dos itens cujo NCM havia informado em equívoco pela contribuinte nas notas fiscais de saída (mas que não estavam na substituição tributária). Todavia, afirma ainda remanescer uma diferença de R\$ 923,55 para o valor que já havia reconhecido dever, “cuja origem não conseguiu identificar por não mais dispor da planilha que instruiu a defesa”.

O PAF foi encaminhado à autoridade fiscal diligente estranha ao feito que manteve os termos de sua anterior Informação fiscal “diante do abstracionismo” da justificativa do sujeito passivo acerca da alegada diferença de R\$ 923,55.

É o relatório.

VOTO

Como acima relatado, o presente auto conduz uma só infração à legislação tributária, tipificada pelo código fiscal **07.02.02** - Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: **a)** conforme documentos autuados às fls. 493, 827, 969, 971 e 972 bem como do que se depreende das manifestações defensivas, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; **b)** na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; **c)** o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; **d)** a infração está claramente descrita, determinada com segurança, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma regulamentar e com os requisitos legais (fls. 03-493, 524-824 e 858-967), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

De logo observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Com suporte em demonstrativos analíticos em que se detalham as operações (NF, data, CNPJ emitente, UF, produto, NCM, CFOP, natureza oper, unidade, quantidade, Vlr unit., Vlr total, MVA, Alíquotas, créd NF, BC ST, ICMS ST devido, ICMS ST recolhido e diferença a recolher), efetuada por autoridade fiscal competente mediante regular procedimento, acusação fiscal se refere à retenção e recolhimento a menos de ICMS ST, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia.

Sem arguir preliminar de nulidade, ainda que parcialmente reconhecendo a acusação fiscal, o Autuado arguiu: **a)** decadência para a ocorrência de 30/06/2014, tendo em vista a ciência do AI em 04/07/2019; **b)** exclusão: **b.1)** das NFs 7485, 7486 e 7487 que registram operações sujeitas com ICMS ST não devido à Bahia, conforme art. 13, § 1º, XIII, “a”, da LC 123/06 e Conv. ICMS 142/18; **b.2)** das operações com os CFOPS 5102, 5106, 5411, 5202, 5911 e 5405 que não o responsabiliza a reter o ICMS ST, vez que, ou já tiveram a incidência do ICMS ST nas operações anteriores, ou são operações que não atraem a incidência do ICMS ST; **b.3)** das operações com CFOP 5401, pois se deve reter ICMS ST quando o produto esteja sujeito a substituição tributária e com CFOP 5101, em casos em que a mercadoria tenha sido classificada incorretamente; **b.4)** de operações em que equivocadamente informou a NCM 76129090 para itens não sujeitos a substituição tributária conforme relaciona à fl. 504; **b.5)** de operações com CFOP'S 6921, 6101 e 620, relativa a notas que correspondem a devoluções de compras; **b.6)** de operações de vendas realizadas para pessoas físicas “NÃO-CONTRIBUINTES” bem como as vendas realizadas à empresas com atividade principal dedicada à construção civil; **b.7)** de operações com as NCMs 3920.30.00, 4007.00.19, 6116.10.00, 7001.00.00, 7003.19.00, 7005.29.00, 7216.50.00, 7306.30.00, 7309.00.90, 7310.10.00, 7325.10.00, 7326.90.00, 7326.90.90, 7602.00.00, 7604.21.00, 7604.29.19, 7604.29.20, 7608.20.90, 7612.90.90, 7621.01.00, 7907.00.10, 8422.40.90, 8447.20.90, 8462.39.90, 8462.49.00, 8467.11.10, 8536.61.00, 8536.90.90, 8538.10.00, 8704.22.10, cujos produtos não constam do Anexo I do RICMS/2012; **c)** incorreta MVA de 38% para cálculo do ICMS ST de todo período fiscalizado, pois não corresponde aos previsto na legislação; **d)** incorreta aposição da alíquota de 17% para parte das operações de saída cuja alíquota é 18%.

Apreciando as razões defensivas, na oportunidade da Informação Fiscal a autoridade fiscal autuante:

- a) Corretamente exclui a ocorrência de 30/06/2014, pois, de fato, considerando que as operações foram declaradas ao fisco, é de incidir o prazo decadencial exposto no art. 150, § 4º, do CTN;
- b) Do mesmo modo, acolhendo as razões defensivas, excluiu: b.1) as NFs, cujas mercadorias são destinadas a outros Estados; b.2) as operações com os CFOPs 5102, 5106, 5206, 5405 5411, 5401 e 5101; b.3) os produtos das Notas Fiscais que estão albergados com os NCMs retificados; b.4) as NFs correspondentes a devoluções de compras com CFOPs 6921, 6101 e 6201;
- c) As NCMs 3920.30.00, 4007.00.19, 6116.10.00, 7001.00.00, 7003.19.00, 7306.30.00, 7325.10.00, 7326.90.00, 7602.00.00, 7604.29.20, 7608.20.90, 7621.01.00, 8422.40.90, 8447.20.90, 8462.39.90, 8462.49.00, 8467.11.10, 8536.61.00, 8536.90.90 e 8704.22.10 tiveram a MVA retirada dos cálculos do imposto ou por ocasião do atendimento a outras reivindicações pertinentes foram excluídas da Planilha;
- d) Quanto às NCMs 7216.50.00, 7310.10.00, 7604.29.19, 7612.90.90 e 8538.10.00 tidas como não sujeitas à Substituição Tributária explicou que quanto se saiba do necessário alinhamento entre a NCM/Finalidade/Descrição dos produtos - previsto em Lei - observa que na emissão das Notas Fiscais do período fiscalizado (2014 a 2018), o contribuinte se equivocou porque embora os códigos de algumas NCMs **utilizadas nos documentos fiscais** não estejam sob a égide da Substituição Tributária, ainda assim, sua **finalidade e descrição** os colocam ao abrigo de tal instituto, mesmo com o Código NCM divergente, de modo que:
 - d.1) os itens que nas Notas Fiscais emitidas constam as NCMs **7216.50.00 - Haste cobreada; 8538.10.00 - Quadro de centro para disjuntor** foram excluídos por se tratarem de **material elétrico**, não sujeitos à Substituição Tributária;
 - d.2) os itens que nas Notas Fiscais emitidas constam as NCMs **7310.10.00; 7604.29.19** e **7612.90.90** foram assim reclassificados:
 - ✓ NCM **7310.10.00** para NCM **7610** (com MVA de 38% e 35%, para os anos em que aparecem na Planilha);
 - ✓ NCM **7604.29.19** para NCM **7610** (com MVA de 35%, para os anos em que aparecem na Planilha); e
 - ✓ NCM **7612.90.90** para NCM **7616** (com MVA de 45%, para os anos em que aparecem na Planilha).

Tais alterações ocorreram porque são produtos enquadrados como **materiais de construção**, das **Posições 24.73 e 24.75**, respectivamente, portanto, sujeitos à Substituição Tributária.

- e) Acolhendo a alegação defensiva de equívoco na aplicação da MVA, corrigiu o equívoco na nova Planilha, aplicando as MVAs apropriadas a cada produto;
- f) Do mesmo modo, louvando a boa-fé do Impugnante, corrigiu/ajustou adequou as alíquotas internas de 17% e 18%, conforme o período de vigência.

Por consequência, ajustou/reduziu o valor da exação de R\$346.328,85 para R\$45.891,19, conforme os novos demonstrativos suportes autuados às fls. 524-825.

Sem embargo, não satisfeito, o Impugnante se manifestou dizendo que apesar da redução constatou ainda equívocos quanto ao NCM informado em NFs das operações de saída (76129090, 85351000 e 85389090 ao invés de 39259000 e 85371090). Também alegou constar nos demonstrativos retificados, itens com as NCMs 7216.50.00, 7310.00, 7604.29.19, 7612.9090 e 8538.10.00 que o próprio Autuante reconhece não constar no Anexo I do RICMS-BA para efeito de substituição tributária, bem como operações com “escada de alumínio”, que não se sujeitam à substituição tributária.

Tal fato motivou o pedido de diligência de fl. 852 que, efetuada por autoridade fiscal estranha ao feito, ao analisar os elementos de prova e razões da impugnação ajustou/reduziu o valor da

exação ajustado pelo Autuante na ocasião da Informação Fiscal, de R\$ 45.891,19 para R\$ 18.678,02, conforme os demonstrativos suportes que aportou aos autos (fls. 858-967), valor maior em apenas R\$923,55 para o já anteriormente reconhecido devido pelo contribuinte autuado, diferença que na manifestação posterior o Impugnante disse apenas não ter conseguido identificar a origem “por não mais dispor da planilha que instruiu a defesa”, situação em que fugindo do seu ônus probatório, requereu diligência para que o fisco identificasse a divergência nas apurações, pedido que indefiro com fundamento no art. 147, I, “b”, do RPAF:

Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

...

b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;

Assim, tendo por superado o contraditório instalado pelo Impugnante, acolho o ajuste efetuado pelo procedimento da autoridade fiscal estranha ao feito para declarar a subsistência da infração com o remanescente valor de **R\$ 18.678,02**, cujo demonstrativo de débito é:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocor.	Data Vencto.	Base de Cálculo	Alíq. %	Multa %	Vlr. Hist.
Infração 01					
31/07/2014	09/08/2014	7.100,18	17%	60%	1.207,03
31/10/2014	09/11/2014	3.358,18	17%	60%	570,89
30/11/2015	09/12/2014	4.303,06	17%	60%	731,52
30/04/2015	09/05/2015	981,29	17%	60%	166,82
31/05/2015	09/06/2015	6.835,59	17%	60%	1162,05
30/06/2015	09/07/2015	3.005,33	18%	60%	540,96
28/02/2016	09/03/2016	629,72	18%	60%	113,35
31/03/2016	09/04/2016	1.478,06	18%	60%	266,05
30/05/2016	09/06/2016	12.484,00	18%	60%	2247,12
30/06/2016	09/07/2016	6.015,83	18%	60%	1082,85
31/08/2016	09/09/2016	6.311,33	18%	60%	1136,04
30/09/2016	09/10/2016	7.190,72	18%	60%	1.294,33
31/10/2016	09/11/2016	1.967,06	18%	60%	354,07
30/11/2016	09/12/2016	2.681,28	18%	60%	482,63
31/12/2016	09/01/2017	4.571,56	18%	60%	822,88
30/09/2017	09/10/2017	592,61	18%	60%	106,67
31/10/2017	09/11/2017	13.383,17	18%	60%	2.408,97
30/11/2017	09/12/2017	1.880,28	18%	60%	338,45
31/10/2018	09/11/2018	6.431,72	18%	60%	1.157,71
30/11/2018	09/12/2018	13.820,17	18%	60%	2.487,63
Total da Infração					18.678,02

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232115.0003/19-9, lavrado contra **MUGITEC INDÚSTRIA DE ARTEFATOS DE ALUMÍNIO – EIRELI**, devendo ser intimado o

autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 18.678,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de julho de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR