

PROCESSO
RECORRENTE
RECORRIDA
RECURSO
ORIGEM
PUBLICAÇÃO

- A. I. N° 281231.0013/20-3
- BURITI COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0032-01/22-VD
- DAT SUL / INFAC COSTA DO CACAU
- INTERNET: 14/03/2024

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0059-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constam produtos que não estão enquadrados na ST por não estarem contemplados no Protocolo ICMS 104/09 e Parecer DITRI n° 01822/2012, destacando que tais mercadorias têm tratamento que sofrem ST incluídos no anexo 1 do RICMS/2012 durante o período dos fatos geradores em lide e relacionada no item 8.61, do Anexo 1 do RICMS/BA, no qual são mercadorias de elementos estruturais da construção não convencional usadas em substituição de vigas e pilares. Mercadorias excluídas do lançamento tributário. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. REGISTRO DE GANHOS ACIMA DA VARIAÇÃO VOLUMÉTRICA. a) IMPOSTO NORMAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. O recorrente comprova com documentação probatória que foi incluída no cálculo referente ao mês 02/16, sendo anulada pelo próprio emitente, conforme faculta a legislação. Excluído do lançamento a comprovação e reduzido o valor tributário cobrado. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida; b) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE PRÓPRIA. Demonstrativo trouxe com detalhes informações importantes para apuração do imposto devido. Notas fiscais, descrição das mercadorias, remetentes, base de cálculo, alíquota e imposto devido. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Autuante revelou que também exigiu durante a mesma ação fiscal que resultou neste auto de infração outro lançamento de ofício para exigir ICMS em saídas ocorridas sem tributação. O recorrente traz aos autos comprovação de devolução total das aquisições feitas, referente a competência 02/17, sendo que tal cobrança deve ser excluída e, referente às devoluções atribuídas às demais notas fiscais, cujos documentos comprovam a devolução parcial das mercadorias. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitadas as arguições de nulidade. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado (art. 169, I, “b” do RPAF/BA, refere-se ao Auto de Infração em lide, lavrado em 20/11/2020, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$ 23.617,31, objeto do presente recurso, em decorrência de cinco infrações, com as seguintes irregularidades:

Infração 01 (01.02.06) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, ocorrido nos meses de janeiro a agosto de 2016, de outubro de 2016 a junho de 2017 e de agosto, novembro e dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 11.329,21, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 02 (02.14.04) – deixou de recolher o ICMS devido por responsabilidade solidária nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto por força de convênio ou protocolo em que o remetente não possuía inscrição de substituto no Estado da Bahia e nem comprovou o recolhimento do ICMS, ocorrido nos meses de fevereiro, março, setembro e outubro de 2016 e de janeiro, fevereiro, março, abril, junho, outubro e dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.413,55, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 04 (07.01.02) – efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições provenientes de outras unidades da federação, ocorrido nos meses de março, maio, julho, agosto, setembro e dezembro de 2016 e de janeiro, fevereiro, abril, julho, setembro, outubro e novembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.274,47, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 05 (07.15.02) – recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para comercialização, ocorrido nos meses de fevereiro, junho, julho, agosto e setembro de 2016 e de fevereiro, junho e novembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.972,41, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 21 a 32. O autuante apresentou informação fiscal das fls. 45 a 50. A JJF decidiu pela Procedência Parcial, onde rejeitou a nulidade das infrações 2, 4 e 5 e, a redução da imputação 5 de R\$ 2.972,41 para R\$ 1.783,45.

A JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O presente auto de infração é composto por cinco infrações, não tendo sido apresentado pelo autuado qualquer argumentação apenas em relação à infração 03.

Rejeito o pedido de nulidade das infrações 02, 04 e 05 sob a alegação que o pagamento é mensal, mas a exigência fiscal foi produzida analisando o imposto devido por operação, supostamente dificultando a segurança na determinação do montante devido. Toda exigência fiscal relacionada com a antecipação tributária total ou parcial necessariamente implica em apuração analítica de cada operação que compõe o total realizado em cada período de apuração. O fato do prazo de pagamento ser o mesmo para as aquisições ocorridas no mês anterior não muda nada em relação à forma de apuração do imposto devido. O importante é que todos os pagamentos realizados pelo autuado sejam considerados para efeito de compensação pela fiscalização na apuração de eventual imposto devido. No presente caso, todos os dados relativos às notas fiscais que componham os demonstrativos das infrações foram disponibilizados ao autuado de modo que foi oportunizada a apresentação dos comprovantes de pagamentos que afastariam a exigência fiscal.

Em relação à infração 01, não procede a afirmação do autuado de que as placas, módulos e caixas elétricas da posição NCM 3925.90.00 não estavam sujeitos ao regime de substituição tributária com base em parecer emitido pela DITRI. O Parecer nº 1822/2012 apenas indicou que àquela época os referidos produtos não se encaixavam no Protocolo ICMS 104/09, não estando sujeitos ao regime de substituição tributária. Entretanto, à época da ocorrência dos fatos geradores deste auto de infração, 2016 e 2017, as placas, módulos e caixas elétricas da posição NCM 3925.9 estavam incluídas no regime de substituição tributária por força do disposto no item 8.17 do Anexo 1 do RICMS que incluiu todos os produtos desta posição ao repetir na íntegra o texto desta posição insculpido no Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias.

Os corantes líquidos estão indicados no item 16.2 do Anexo 1 do RICMS através da denominação “xadrez e pós assemelhados” e também estão sujeitos ao regime de substituição tributária, sendo subsistente a exigência do imposto por utilização indevida de crédito fiscal relativo a apropriação dos créditos fiscais nas suas entradas no estabelecimento. Infração 01 subsistente.

Em relação à infração 02, foi elaborado demonstrativo com identificação de todos os remetentes localizados em outras unidades da federação que não possuem inscrição no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia na condição de substituto tributário. De acordo com o inciso XV do art. 6º da Lei nº 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário. Assim, é cabível a presente cobrança feita ao autuado que nada apresentou para afastar a exigência fiscal. Infração 02 subsistente.

Em relação à infração 04, o autuado apenas trouxe argumentações relacionadas com a arguição de nulidade já tratada no início deste voto. Apesar dos demonstrativos apresentados identificarem as mercadorias, o remetente, as notas fiscais e indicarem toda a apuração do imposto devido, o autuado nada trouxe para comprovar o efetivo recolhimento do imposto por antecipação tributária relativamente às operações especificadas nos referidos demonstrativos. Infração 04 subsistente.

Em relação à infração 05, o autuado se defende afirmando que efetuou o pagamento do imposto nas operações subsequentes com a mesma mercadoria, requerendo apenas a aplicação da multa, nos termos do § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. O autuante rebateu acusando o autuado de não trazer qualquer comprovante de que efetivamente debitou o ICMS nas saídas subsequentes com as mercadorias discriminadas no demonstrativo da infração. Disse, ainda, que também produziu o Auto de Infração nº 2812310014/20-0 contra o mesmo autuado durante essa mesma ação fiscal exigindo três infrações por não recolhimento de ICMS nas saídas de mercadorias.

Entendo que cabe ao autuante verificar o disposto no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 durante ação fiscal que exigir ICMS por antecipação parcial de contribuinte que apura o imposto pelo regime normal de apuração. Observei no Sistema de Informações do Contribuinte da SEFAZ que o autuado apresenta débitos regulares nas saídas de mercadorias em todos os períodos de apuração deste auto de infração. Ademais, a afirmação do autuante de que lavrou outro auto de infração relativo a falta de pagamento do imposto nas saídas realizadas pelo autuado durante a mesma ação fiscal, me leva a concluir que a exigência do imposto por antecipação parcial se caracterizaria como uma duplicidade de cobrança, justamente o que tentou evitar o disposto no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Desse modo, entendo que a infração 05 é subsistente em parte, devendo ser exigido apenas a multa pela falta de pagamento da antecipação parcial, sendo reduzida a exigência fiscal para R\$ 1.783,45, nos seguintes termos:

DATA DE OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
28/02/2016	35,17
30/06/2016	73,88
31/07/2016	308,49
31/08/2016	93,48
30/09/2016	219,66
28/02/2017	387,80
30/06/2017	491,98
30/11/2017	172,99
TOTAL	1.783,45

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$ 22.428,35.

Inconformado com a decisão de piso, o patrono da recorrente apresenta peça recursal, das fls. 69/82, que inicialmente descreve as imputações autuadas, depois faz um resumo da impugnação inicial (alegação de nulidade das infrações 02 e 04, conforme o art. 18, IV, "b" do RPAF, sobre o fato de não ser o responsável tributário pelo pagamento do imposto e, no mérito, alega insubsistências nas infrações 01, 02, 04 e 05, onde sustenta que a autuação está equivocada, pois o fiscal atribuiu que as mercadorias são pelo recolhimento normal sendo que as mesmas são sujeitas a ST por antecipação).

Destaca que a ocorrência de reclassificações, agrupamentos e desdobramentos de códigos da NCM não implicam mudanças quanto ao tratamento tributário dispensado na legislação estadual em relação às mercadorias e bens classificados nos referidos códigos, nos termos do Convênio ICMS 117/96 e o artigo 493 do RICMS-BA/2012, conforme se verifica na infração 01:

- 1) *as placas, módulos e caixas elétricas (NCM 3925.90.00) não sofrem substituição tributária por não estarem contemplados no Protocolo ICMS nº 104/09, conforme Parecer No. 01822/2012, destacando, sobretudo, que não se enquadram como "Artefatos para apetrechamento de construções, de plásticos, não especificados nem compreendidos em outras posições, incluindo persianas, sancas, molduras, apliques e rosetas, caixilhos de polietileno e outros plásticos" para fins de tratamento como produtos que sofrem substituição tributária*

incluídos no anexo I do RICMS/2012 durante o período fiscalizado;

- 2) Os corantes líquidos (*IQUINE ICORES CORANTE BASE AGUA (...)* 1.0L e *SUVINIL COLORANTE (...)* 1L) não é Xadrez e pós assemelhados, não estando sujeito, assim, ao regime de substituição tributária, isso porque quando a norma se refere à xadrez, se refere ao xadrez em pó e não líquido ao usar o termo: e pós assemelhados.
- 3) As grelhas inox não estavam enquadradas no regime de substituição tributária, isso porque não se trata de obra moldada, de ferro fundido, ferro ou aço, para uso na construção civil” para fins de ser tratada como produto que sofre substituição tributária relacionada no item 8.61 do Anexo I do RICMS. Obras moldadas, de ferro fundido, ferro ou aço, para uso na construção civil são elementos estruturais da construção não convencional usadas em substituição de vigas e pilares.

Salienta que a prova maior é que as placas e caixas elétricas, os corantes líquidos e as grelhas inox, destacadas na planilha do autuante em anexo, não sofrem substituição tributária e é devido o gozo dos créditos fiscais, é o tratamento dado pelo autuado nas vendas dos produtos com destaque do imposto, conforme restará demonstrado em planilha a ser anexado aos autos acompanhado de NF de Saída.

No que se refere a infração 02, verifica-se que o autuante exige o recolhimento do ICMS-ST sobre placas e caixas elétricas, impermeabilizante e eletrodutos, quando no período fiscalizado (2016 e 2017) os referidos itens não estavam enquadrados no regime de substituição tributária, bem como é ignorado pela fiscalização os valores do ICMS-ST devidamente destacados nos documentos fiscais e recolhidos e que, apesar de não haver o recolhimento do ICMS-ST nas entradas de tanques (Nota Fiscal nº 4689) e banheira (Nota Fiscal nº 7514), as mercadorias foram devidamente tributadas nas saídas e tiveram seu imposto recolhido, conforme se verifica em planilha e nas Notas Fiscais de Saída nºs 30801 e 70406 ambas em anexo.

Na infração 04, disse que foi devidamente detalhado na planilha em anexo, verifica-se que o autuante:

- a) Erra na aplicação da MVA em algumas NFs por si relacionadas por considerar a(s) data(s) do(s) lançamento(S) e não da(s) emissão (ões) da(s) nota(s) fiscal(is), utilizado, assim, o anexo I do RICMS/2012 aplicável após 10/03/2016, bem como erra em outras NFs ao digitar o percentual devido de MVA (inverte o valor depois da vírgula).
- b) Não é considerado o ICMS retido nas Notas Fiscais por si relacionadas e devidamente recolhido.

A respeito da infração 05, reproduz decisão de piso, destacando que nem a multa moratória nos termos do § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 deve prevalecer isso porque, Douta Câmara, se o ICMS já está sendo cobrado em outra ação fiscal na saída com o devidos acréscimos moratórios, inclusive a multa moratória, a imposição da multa pela falta de pagamento da antecipação parcial nos termos § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 representaria igualmente uma duplicidade de cobrança, implicaria em dupla cobrança da multa moratória sobre o mesmo imposto eventualmente não recolhido.

Requer que seja dado Provimento ao Recurso Voluntário, julgando, assim, Procedente em Parte o Auto de Infração, para fins de julgar nula as infrações 02 e 04, ou, acaso entenda de forma diversa, Procedente em Parte as infrações 01, 02, 04 e, improcedente a infração 05.

Volta, em preliminar, a alegar ilegitimidade passiva das infrações 02 e 04. Reproduz o art. 6º, inciso XV da Lei nº 7.014/1996, onde tece que a responsabilidade solidária do contribuinte destinatário somente ocorre quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário, o que não ocorreu em relação a operação com o fornecedor apontado na consulta em anexo.

Reproduz o art. 295 do RICMS o que sustenta que, torna-se claro que não cabe ao autuado, na qualidade de destinatário das mercadorias, e sim aos remetentes, por haver convênio ou protocolo da CONFAZ que preveja a retenção do imposto na maioria das operações apontadas no levantamento em anexo, devendo, assim, o ICMS referente à substituição tributária por

antecipação ser recolhido pelos remetentes referente às operações relacionadas pelo autuado.

Cita lição de Celso Ribeiro Bastos e Maria Sylvia Zanella di Pietro e sustenta ser nula a autuação por ilegitimidade passiva em razão da falta de responsabilidade do autuado pelo pagamento do imposto nos termos do art. 295 do RICMS e art. 18, IV, “b” do RPAF.

Também no mérito, traz as mesmas alegações de falta motivo para as infrações 01, 02, 04 e 05, sendo que observou que o nobre autuante trata de forma equivocada mercadorias sujeitas ao recolhimento normal como sujeitas a substituição tributária por antecipação, atribuindo, assim, o uso indevido de crédito fiscal (infração 01) e exigindo a antecipação total do imposto (infrações 02 e 04), e em outras vezes trata de forma equivocada mercadorias sujeitas a substituição tributária por antecipação como sujeitas ao recolhimento normal, exigindo, assim, a antecipação parcial do imposto (infração 05).

Reproduz os mesmos quesitos já exposto para a infração 1 e alegações já destacadas na inicial. O mesmo acontece para as infrações 02, 04 e 05, tecendo as mesmas alegações já expostas. Cita ensinamento dos mestres Celso Antônio Bandeira de Mello, discorrendo sobre o princípio da motivação, HELY LOPES MEIRELLES, e julgado do STF (*RTJ 79/478-490; HELY LOPES MEIRELLES*, onde discorre sobre a motivação da autuação, pontua os cinco elementos a considerar no ato administrativo destacado por Seabra Fagundes e reproduz publicação).

Sustenta que a validade e eficácia do ato administrativo estão condicionados a sua prática em motivos reais, idôneos e existentes, carecendo de motivos que sustentassem as infrações em razão dos argumentos demonstrados. Pelo que se constata, não havia motivo para que a autuante exigisse as malsinadas infrações, pelo menos nos valores que ora se contesta.

Por fim requer que seja dado Provimento ao Recurso Voluntário.

Em Pauta Suplementar do dia 31/01/2023, este colegiado converteu os autos em diligência à INFRAZ DE ORIGEM no sentido de:

Apontou, especificamente na infração 01, produtos que não sofrem substituição tributária por não estarem contemplados no Protocolo ICMS 104/09, conforme Parecer nº 01822/2012. Apresentou planilha detalhando as mercadorias desta alegação que não sofrem ST e é devido o gozo dos créditos fiscais, sendo anexado aos autos NFs de Saídas.

Em relação à infração 2, também aponta que não estavam enquadrados no regime de substituição tributária (placas e caixas elétricas, impermeabilizante e eletrodutos), sustenta que os valores do ICMS-ST estão devidamente destacados nos documentos fiscais e recolhido, conforme demonstra a planilha anexada.

Quanto à infração 4, anexa planilha detalhando produtos com erro na aplicada da MVA (o anexo I do RICMS/2012 aplicável após 10/03/2016) e com ICMS retido nas Notas Fiscais relacionadas e devidamente recolhido.

Na última infração (5), pede pela conversão em multa pecuniária nos termos do § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Considerando que patrono da recorrente trouxe razões pertinentes, mesmo sendo as mesmas razões defensivas, que dão luz a modificação da decisão de piso e do Auto de Infração. Considerando que apresenta planilha detalhando a operações com fornecedor do substituto tributário (fls. 83 a 89), além de demonstração amostral de recolhimento por parte do substituto tributário. Considerando que aponta, através de planilha (fls. 91-92) as operações (exemplo placa hexagonal) onde não sofrem ST – assinala cada nota fiscal do recolhimento. Considerando, em complemento da peça recursal, que anexou planilhas detalhando os produtos com DANFEs (fls. 114 a 129).

Em Pauta Suplementar, esta CJF converte os autos em diligência à INFRAZ DE ORIGEM no sentido de:

- o autuante abordar todos os fatos destacados no Recurso Voluntário, através nova informação fiscal, analisando os documentos apresentados e verificando se o recorrente encontra com razão em relação aos fatos assinalados acima;
- caso tenha razão o recorrente, refazer o demonstrativo de débito (analítico e sintético) com o valor remanescente das infrações objeto das alegações recursais;
- intimar o recorrente/patrono do resultado da diligência com todos os papéis de trabalho, dando-lhe cópia e prazo de 20 (vinte) dias para se manifestar, caso queira;

- *em caso de novas argumentações apresentadas não ainda abordadas, fazer nova informação fiscal, assinalando todos os fatos;*
- *após as devidas deliberações, retornar os autos ao CONSEF para prosseguimento processual.*

O autuante presta informação fiscal das fls. 139/147, onde discorre que, em relação às preliminares, a respeito da responsabilidade tributária ser dos remetentes. Aponta, referente às infrações “2” e “4” que há exigência de ICMS por solidariedade (ICMS ST) em operações onde o remetente possuía inscrição estadual neste Estado. De logo, destacou que a INFRAÇÃO “4” não tem qualquer referência a ICMS por solidariedade. A exigência diz respeito a ICMS próprio devido em operações sujeitas à substituição tributária. Portanto, há que se verificar a existência, no período respectivo, de convênio ou protocolo celebrado entre o Estado da Bahia e o estado remetente da mercadoria em questão.

Nas fls. 139 a 145, em relação à infração 1, lista todas as notas fiscais, com o respectivo NCM, onde descreveu que o remetente, afirmou que não consta convênio ou protocolo e sustentou que a referida nota (cada uma) não aponta a retenção do ICMS-ST. Também pontou que existe alguns contribuintes remetentes não inscrito neste Estado (fl. 142).

Conclui que após extensa análise, retifica a exigência relativa ao mês de dezembro de 2016, no tocante às duas Notas Fiscais de nºs 248375 e 250039, pois sustenta que acarreta na falta de ICMS a ser exigido, relativo a esta infração, conforme demonstração juntada de planilha em excel, analítica e sintética, CD-mídia, fl. 148.

Seguindo, na infração 02, também listou remetentes não inscrito neste Estado, no entanto aponta exceção de dois remetentes, os de CNPJ nºs 48.172.464/0002-92 e 73.195.893/0001-41, respectivamente, inscritos em 2016 e 2018.

Quanto à alegação de erro na indicação de MVA, no período vigente, para o NCM 3920, consta no Anexo 1 o percentual de 81,64, enquanto foi considerado no levantamento foi 81,46, erro mínimo a favor do contribuinte, não alterando a materialidade, nem, tampouco acarretando em nulidade. Para o NCM 3917, em operações com alíquota de origem em 12%, consta no Anexo 1, para 2016 (item 8.6), o percentual de 44,88; o exatamente considerado na planilha para a infração 04.

No tocante aos demais questionamentos, considerando que já foram objetos de análise anterior, inclusive explicitamente mencionados no julgamento *a quo*, com a devida vênia, reitera os argumentos apresentados na Informação Fiscal (fls. 45 a 50).

Em manifestação do contribuinte das fls. 151/157, o patrono do recorrente reproduz o pedido de diligência e assevera que o autuante não enfrenta as questões trazidas na diligência determinada pela Colenda 2ª CJF se limitando à: 1) negar a cobrança do “ICMS por solidariedade” na infração 04, por não haver convênio ou protocolo celebrado entre o Estado da Bahia e o estado remetente das mercadorias; 2) apontar fornecedores sem inscrição como substituto tributário no Estado da Bahia; 3) defender a MVA aplicada referente à operações com códigos NCM 3920 e 3917; e 4) reiterar os argumentos apresentados na Informação Fiscal.

Ressalta que o porque o autuante não enfrenta a planilha de fls. 83 a 89 ao apontar que inúmeros fornecedores, referente à operação por si relacionada a infração 02, possui inscrição como substituto tributário no Estado da Bahia, fulminando a exigência de ilegitimidade passiva nos termos do art. 18, IV, “b” do RPAF.

Afirma que ignora o autuante as questões de mérito reiteradas nas razões recursais, pois não enfrenta a planilha de fls. 91-92, referente as infrações 02 e 04, que demonstra cabalmente que muitos produtos relacionados pela fiscalização não sofrem substituição tributária, bem como foi ignorado pela fiscalização o ICMS-ST Retido, conforme notas fiscais de entradas com o ICMS-ST Retido e notas fiscais de saída contendo mercadorias com ICMS destacado, relacionados pelo autuante e acostados nas fls. 114-129.

Volta a transcrever os quesitos apontados na impugnação e peça recursal em relação à infração 1

é ignorado em sua manifestação, pois é exigido o recolhimento do ICMS-ST sobre placas e caixas elétricas, impermeabilizante e eletrodutos, quando no período fiscalizado (2016 e 2017) igualmente os referidos itens não estavam enquadrados no regime de substituição tributária.

Assinala que a prova maior são as placas e caixas elétricas, os corantes líquidos e as grelhas inox não sofrem substituição tributária e é devido o gozo dos créditos fiscais (infração 01), bem como deve ser afastado a cobrança do ICMS-ST, é o tratamento dado pelo autuado nas vendas dos produtos com destaque do imposto, conforme notas fiscais de saída em anexo abaixo relacionadas.

Produto	2016	2017
Corantes Líquidos	NFs 21878, 41530 e 73249	NFs 75088, 76011 e 76038
Caixas Elétricas	NFs 056491, 057063, 58016, 062783 e 069920	NFs 76845, 76896, 79878 e 79978
Placas	NFs 62370, 64652 e 074461	NF 75696
Grelhas Inox	NFs 68504, 68778 e 71661	NFs 75778, 80872 e 80915

Repisa os mesmos fatos abordados no recurso, reiterando que o autuante ignora que na apuração do ICMS-ST deve considerar data do documento fiscal e não a data do lançamento, conforme claramente prever § 2º do art. 332 do RICM/2012. Roga pela busca da verdade material referente:

1. a infração 02, apontando que é cobrado o ICMS-ST referente as mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 36.238, contudo o fato gerador presumido não ocorreu haja vista a devolução promovida pelo próprio fornecedor através da Nota Fiscal nº 36.498, ambas em anexo.
2. a infração 04, destacando que o valor de “outras despesas” integra a base de cálculo do crédito de ICMS, ermos do § 1º, do artigo 17 da Lei nº 7.014/1996, e, consequentemente, deve ser considerado para fins de apuração do crédito do imposto junto ao fisco, bem como é ignorado o crédito fiscal correto apontado na nota fiscal para fins de apuração do ICMS-ST, conforme planilha em anexo e notas fiscais em anexo.
3. a infração 05, verifica-se que é ignorado as devoluções das mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 4653, 184109 e 557123, através das notas fiscais, respectivamente, nºs 77.914, 77.138 e 77.801, bem como a recusa de recebimento da Nota Fiscal nº 18.964, conforme notas fiscais em anexo.

Pugna que seja designado um fiscal estranho ao feito para fins de que seja devidamente enfrentado os pontos apontados na diligência determinada por esse órgão julgador nas fls. 134 e 135 e as questões destacadas, e, ao final, seja dado Provimento ao Recurso Voluntário para fins de julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

Em nova informação fiscal, fls. 245/247, esclareceu que sobre a alegação do não enfrentamento de todos os pontos trazidos na diligência, informando que nos autos possui inúmeras manifestações sobre as preliminares e ao mérito, que foram reportadas todos os elementos presente nos autos.

Assinala que nas razões recursais e defensivas tem as questões relativas ao ICMS por solidariedade (infração 04), onde sustente que não guarda relação com a matéria alegada, pois ao verificar o destinatário teria que observar se na época tinha convênio ou protocolo entre a Bahia e o estado onde estava situado o remetente. Afirma que analisou todos os remetentes conforme já demonstrado nos autos.

Quanto da MVA, onde alega serem ou enquadrados na ST, entre os quais, placas, módulos, caixas elétricas, corante, grelhas, impermeabilizantes, etc., foram objeto de abordagem na informação fiscal, bem como no julgamento de piso. Finaliza reiterando a informação dada na conclusão da diliggência.

Registra a presença na sessão de videoconferência, Dr. Victor José Santos Cirino e o Sr. José Carlos Thales Sena que exerceram o direito regimental da fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo Recorrente (art. 169, I, “b” do RPAF/99), a fim de modificar a decisão de piso, que julgou pela Procedência Parcial em decisão unânime o presente Auto de Infração do contribuinte do ICMS, Inscrição Estadual nº 083.929.252, lavrado em 20/11/2020 para exigir ICMS no valor de R\$ 23.617,31 e multa de 60%, no se refere aos exercícios 2016 e 2017, conforme demonstrado no relatório acima.

No Recurso Voluntário interposto, o recorrente reitera as alegações apresentadas na Defesa, suscitando a nulidade das infrações 02 e 04, utilizando-se como base o art. 18, IV, “b” do RPAF, sobre o fato de não ser o responsável tributário pelo pagamento do imposto e, no mérito, alega insubsistências nas infrações 01, 02, 04 e 05, sustentando que a autuação está equivocada, requerendo a improcedência de tais infrações.

Verifico, que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, pois os fatos geradores das infrações que compõem o lançamento estão bem determinados, a descrição é clara e os elementos constitutivos do débito tributário estão descritos nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o recorrente recebeu cópia, garantindo, assim, o pleno exercício do direito de defesa.

Quanto às nulidades suscitadas das infrações 02 e 04, com base no art. 18, IV, “b” do RPAF, sobre o fato de não ser o responsável tributário pelo pagamento do imposto, verifico nas infrações citadas que, todos os dados relativos às notas fiscais que compunham os demonstrativos das infrações foram disponibilizados ao autuado, porém o recorrente não traz aos autos qualquer comprovação de pagamentos para elidir a exigência fiscal, se limitando a alegar equívocos da fiscalização na autuação.

Ademais, sobre os fornecedores que possuíam inscrição de contribuinte substituto neste Estado da Bahia, o autuante, em Informação Fiscal da Diligencia solicitada pela 2ª CJF, esclareceu que dois contribuintes, apresentou esta condição, solicitando a exclusão da autuação dos valores atribuídos aos fatos relacionados às Notas Fiscais nºs 248375 e 250039, o que vem de encontro ao pedido do Recorrente, deixando de caracterizar a nulidade pretendida.

Do exposto, rejeito as nulidades suscitadas nos autos.

Quanto ao pedido de diligência ou perícia fiscal. Nesse sentido, é que o legislador do RPAF previu que o pedido de diligência poderá ser indeferido, quando o julgador considerar que os elementos contidos no processo lhe afigurem como suficientes, nos termos do seu art. 147, inciso I, alínea “a”, conforme abaixo reproduzido.

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

Os elementos expostos nos autos são suficientes para possibilitar a formação da minha convicção, pois encontram-se suficientemente instruídos, de modo que, nego o pedido de diligencia ou perícia suscitada.

No mérito, o recorrente alega insubsistências das infrações 01, 02, 04 e 05, onde sustenta que a autuação está equivocada, pois o fiscal autuante atribuiu que as mercadorias são sujeitas a ST por antecipação, não podendo a autuada fazer uso do crédito.

Aduz ainda que o autuante não enfrenta a planilha de fls. 91-92, referente as infrações 02 e 04, que demonstra cabalmente que muitos produtos relacionados pela fiscalização não sofrem substituição tributária, bem como foi ignorado pela fiscalização o ICMS-ST Retido, conforme notas fiscais de entradas com o ICMS-ST Retido e notas fiscais de saída contendo mercadorias com ICMS destacado, relacionados pelo autuante e acostados na fl. 114.

Em relação ao mérito, passo a análise por infração:

No tocante a infração 01, entendo que cabe razão parcial ao recorrente em relação a alguns produtos, conforme abaixo descrito:

- **Placas, módulos e caixas elétricas** (NCM 3925.90.00), entendo que não estão enquadrados na substituição tributária por não estarem contemplados no Protocolo ICMS 104/09, e Parecer DITRI nº 01822/2012, destacando, sobretudo, que não se enquadram como: “*Artefatos para apetrechamento de construções, de plásticos, não especificados nem compreendidos em outras posições, incluindo persianas, sancas, molduras, apliques e rosetas, caixilhos de polietileno e outros plásticos*”, para fins de tratamento como produtos que sofrem substituição tributária incluídos no anexo 1 do RICMS/2012 durante o período dos fatos geradores em lide. Portanto, **devem ser excluídos do lançamento.**
- Em relação aos produtos **grelhas inox**, entendo que não estavam enquadradas no regime de substituição tributária, e **comungo do entendimento do recorrente**, isso porque não se trata de: “*obra moldada, de ferro fundido, ferro ou aço, para uso na construção civil*” para fins de ser tratada como produto que sofre substituição tributária relacionada no item 8.61, do Anexo 1 do RICMS/BA: “*Obras moldadas, de ferro fundido, ferro ou aço, para uso na construção civil*” são elementos estruturais da construção não convencional usadas em substituição de vigas e pilares.

Entretanto, em relação aos produtos corantes líquidos (IQUINE ICORES CORANTE BASE AGUA (...) 1.0L e SUVINIL COLORANTE (...) 1L), o recorrente não teve a mesma sorte, tendo em vista estes produtos encontrar-se listado no anexo 1 do RICMS/BA, com enquadramento no ITEM 16.0 (Tintas e Vernizes) com sub item 16.3 “*corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes*” na posição do NCM 3204. Portanto, para estes produtos, **mantendo a autuação.**

Após as exclusões **o valor devido fica reduzido para R\$ 8.571,17**, conforme demonstrativo abaixo:

Mês	Ano	COBRADO	EXCLUIDO	RESTANTE
1	2016	738,35	687,78	50,57
2	2016	941,45	0,00	941,45
3	2016	732,36	514,5	217,86
4	2016	743,34	95,11	648,23
5	2016	2913,35	22,01	2.891,34
6	2016	208,02	201,78	6,24
7	2016	4,58	0,86	3,72
8	2016	185,49	180,23	5,26
10	2016	664,22	260,23	403,99
11	2016	453,08	4,9	448,18
12	2016	1887,56	506,9	1.380,66
1	2017	1394,46	13,81	1.380,65
2	2017	243,74	243,74	0,00
3	2017	4,18	0,00	4,18
4	2017	26,19	26,19	0,00
5	2017	34,14	0,00	34,14
6	2017	56,78	0,00	56,78
8	2017	4,83	0,00	4,83
11	2017	70,24	0,00	70,24
12	2017	22,85	0,00	22,85
TOTAL		11.329,21	2.758,04	8.571,17

No tocante a infração 02, o autuado apresenta as seguintes alegações:

- Aduz que houve a exigência pela fiscalização de ICMS por solidariedade (ICMS ST) em operações onde o remetente possuía inscrição estadual neste Estado.
- Alega que o autuante exige o recolhimento do ICMS-ST sobre placas e caixas elétricas, impermeabilizante e eletrodutos, quando no período fiscalizado (2016 e 2017) quando no

período fiscalizado, os referidos itens não estavam enquadrados no regime de substituição tributária.

- c) Repisa que a fiscalização ignorou os valores do ICMS-ST devidamente destacados nos documentos fiscais e recolhidos e que, apesar de não haver o recolhimento do ICMS-ST nas entradas de tanques (Nota Fiscal nº 4689) e banheira (Nota Fiscal nº 7514), as mercadorias foram devidamente tributadas nas saídas e tiveram seu imposto recolhido, conforme se verifica em planilha e nas Notas Fiscais de Saída nºs 30801 e 70406 ambas em anexo.

Compulsando os autos sobre as alegações apresentadas em relação a infração 02, passo a análise:

Aduz o recorrente de que houve a exigência pela fiscalização de ICMS por solidariedade (ICMS ST) em operações onde o remetente possuía inscrição estadual neste Estado. Verifico que o autuante na informação fiscal da diligencia, informa que o único remetente com CNPJ 48.172.464/0002-92, estava inscrito neste estado desde 07.12.2016, porem houve apenas uma aquisição de mercadorias pelo sujeito passivo a este remetente em 20/06/2016, data que, ainda o remetente não estava inscrito no Estado da Bahia. Portanto, não prospera a alegação do sujeito passivo.

Cita que a fiscalização exige o recolhimento do ICMS-ST sobre placas e caixas elétricas, impermeabilizante e eletrodutos, quando no período fiscalizado (2016 e 2017). Verifico que a alegação não prospera tendo em vista que, nas planilhas trazidas aos autos sob às fls. 83 a 89, não constam tais produtos citados pelo autuado no lançamento da infração 02.

Quanto alegação de que os produtos listados nas Notas Fiscais nºs 4689 e 7514, estavam sujeitas ao regime de tributação normal e poderia a autuada utilizar o crédito de ICMS. Entendo que não prospera esta alegação, visto que, os referidos produtos estão sujeitos ao regime de substituição tributária, tendo os remetentes lançado nos respectivos documentos NCM incompatível com o produto. Os produtos tanques constantes da Nota Fiscal nº 4689 não são classificáveis na NCM 3922 e sim na NCM 6811 (constante do item 8.23 do Anexo 1) e as banheiras constantes da Nota Fiscal nº 7514 não são classificáveis na NCM 9019 e sim na NCM 3922 (constante no item 8.13 do Anexo 1 do RICMS/BA). Ainda, a alegação de que essas mercadorias tiveram saídas tributadas pelas Notas Fiscais nºs 30801 e 70406, não fica provada porque não constam delas tais produtos.

Todavia o recorrente comprova que a Nota Fiscal nº 36.236 (fl. 305) que foi incluída no cálculo referente ao mês 02/16, foi anulada pelo próprio emitente, conforme faculta a legislação, através da Nota Fiscal nº 36.498 (fl. 306). Destarte o valor cobrado de R\$ 3.562,98 deve ser excluído do lançamento.

Pelo exposto somos pela alteração da decisão para declarar a procedência parcial da Infração 2, no valor de R\$ 2.850,57.

No tocante a infração 03, o recorrente não apresenta nenhuma argumentação para rebater a infração. Entendo que o recorrente reconheceu a infração. Infração Subsistente. **Mantem-se.**

No tocante a infração 04 o recorrente alega equívocos da fiscalização na aplicação da MVA em algumas NFs por si relacionadas por considerar a(s) data(s) do(s) lançamento(S) e não da(s) emissão(ões) da(s) nota(s) fiscal(is), utilizado, assim, o anexo 1 do RICMS/BA aplicável após 10/03/2016, bem como erra em outras NFs ao digitar o percentual devido de MVA (inverte o valor depois da vírgula) assim como não foi considerado o ICMS retido nas Notas Fiscais por ele relacionadas e devidamente recolhido.

Quanto à alegação de erro na indicação de MVA, no período vigente, para o NCM 3920, consta no Anexo 1 o percentual de 81,64%, enquanto foi considerado no levantamento foi 81,46%, erro mínimo a favor do contribuinte, não alterando a materialidade, nem, tampouco acarretando em nulidade. Para o NCM 3917, em operações com alíquota de origem em 12%, consta no Anexo 1, para 2016 (item 8.6), o percentual de 44,88%; o exatamente considerado na planilha para a infração 04

Outra alegação não comprovada, a de destaque por retenção e de recolhimento do ICMS nas notas

fiscais relacionadas.

Desta forma, considerando os fatos devidamente demonstrados, é que **concluo pela manutenção da infração 4.**

No tocante a infração 05 o recorrente apresenta as seguintes razões:

- 1- Reproduz decisão de piso, destacando que nem a multa moratória nos termos do § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 deve prevalecer isso porque, se o ICMS já está sendo cobrado em outra ação fiscal na saída com os devidos acréscimos moratórios, inclusive a multa moratória, a imposição da multa pela falta de pagamento da antecipação parcial nos termos § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 representaria igualmente uma duplicidade de cobrança, implicaria em dupla cobrança da multa moratória sobre o mesmo imposto eventualmente não recolhido.
- 2- Aponta que é ignorado pela fiscalização as devoluções das mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 4653, 184109 e 557123, através das notas fiscais, respectivamente, nºs 77.914, 77.138 e 77.801, e apresenta cópias das mesmas.

Relativa à dispensa da exigência do tributo e aplicação da multa, conforme procedeu a JJF, como se verifica no § 1º, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, para tal benefício deveria o contribuinte, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, o que não ocorreu, fato este que não se justifica em razão de uma suposta lavratura de outro auto de infração relativo a falta de pagamento do imposto nas saídas realizadas pelo autuado durante a mesma ação fiscal. Contudo, em que pese discordar da decisão da JJF neste sentido, por não haver Recurso de Ofício, deixo de restabelecer a exigência do imposto.

Entretanto, em relação a alegação recursal de que nem a multa nos termos do § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 deve prevalecer, sob o fundamento de que o ICMS já está sendo cobrado em outra ação fiscal na saída com os devidos acréscimos moratórios, sob pena de implicar em dupla cobrança da multa sobre o mesmo imposto eventualmente não recolhido, **vistumbro** que se tratam de penalidades diversas, uma relativa a multa pelo descumprimento da obrigação principal de não recolher a antecipação parcial e a outra pelo descumprimento da obrigação principal de não recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, fatos geradores diversos, eis que a antecipação parcial o fato gerador ocorre quando da entrada no território baiano (cujo recolhimento uma vez efetuado deve ser creditado), sem prejuízo da tributação da saída dessas mercadorias quando das operações posteriores de vendas, outro fato gerador.

Todavia, o recorrente traz comprovação de devolução total das aquisições feitas através da Nota Fiscal nº 4653 pela Nota Fiscal nº 77914, documentos folhas 235/236. Foi cobrado referente a essas notas fiscais, na competência 02/17, R\$ 560,72 de um total de R\$ 646,33. **Entendo que tal cobrança deve ser excluída restando R\$ 85,61 a ser cobrado na competência. Considerando a conversão em multa de 60%, o valor para este período deve ser de R\$ 51,37.**

Referente às devoluções atribuídas às demais notas fiscais, cujas cópias se encontram às folhas 237 a 240, os documentos comprovam a devolução parcial das mercadorias. Assim sendo, o contribuinte deveria recolher sim a antecipação parcial e se creditar na sua totalidade. Por esta razão não acatamos a alegação defensiva.

Nosso voto é no sentido de **modificar a decisão para cobrar parcialmente a multa, no valor de R\$ 1.447,38**, conforme demonstrativo:

DATA DE OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
28/02/2016	35,17
30/06/2016	73,88
31/07/2016	308,49
31/08/2016	93,48
30/09/2016	219,66
28/02/2017	51,73
30/06/2017	491,98
30/11/2017	172,99

TOTAL	1.447,38
--------------	-----------------

Diante de tais constatações, **concluo pela procedência parcial do auto de infração, julgando procedente as infrações 03 e 04, procedente parcial as 01, 02 e 05** do presente feito conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO	VALOR
1	8.571,17
2	2.850,57
3	627,67
4	2.274,47
5	1.447,38
TOTAL	15.771,26

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281231.0013/20-3, lavrado contra **BURITI COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 14.323,88, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f”, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pecuniária no valor de R\$ 1.447,38, prevista no inciso II, “d” do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANATANA - PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

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