

A. I. N° - 293872.0005/22-7
AUTUADO - MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S.A.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/02/2024

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0017-02/24-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA E/OU EXTERIOR. Valor reduzido pelo autor do feito e pelo órgão revisor/julgador em face de acolhimentos de elementos de prova apresentados pelo Impugnante, excluído: **a)** operações não sujeitas à antecipação tributária por substituição total; **b)** dedução de ICMS-ST já recolhidos na UF de origem Infração parcialmente subsistente. Rejeitada as preliminares de nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/12/2022, exige o valor de R\$ 746.148,62, em decorrência da seguinte infração:

Infração 1 – 007.001.002: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior. **Período:** fevereiro, março, maio a novembro de 2019, janeiro a dezembro de 2020.

Complemento: Infração demonstrada no ANEXO deste Processo Administrativo Fiscal. Foi anexado ao Auto de Infração e também fornecido ao contribuinte um CD Autenticado contendo os relatórios em PDF e EXCEL gerados nesta infração, em virtude do grande volume de registros.

Enquadramento legal: Artigo 8º, inciso II e § 3º; art. 23 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa** de 60%: Artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta a Impugnação de fls. 79/91. Inicialmente descreveu a autuação fiscal e passou a transcorrer seus argumentos defensivos:

PRELIMINARMENTE, DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

I) Da insegurança na determinação do Auto de Infração, uma vez que sua origem não restou devidamente especificada e identificada. As informações lançadas na peça inaugural, assim como os levantamentos que a fundamentam não possuem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida pela Impugnante, conforme se demonstrará ao longo da presente Impugnação.

Diz que o Auditor Fiscal fundamentou o lançamento utilizando-se de critérios equivocados, pois constituiu o crédito com base em operações de mercadorias em que sequer há incidência de ICMS por substituição tributária, nos termos exatos da legislação baiana (Anexo I, RICMS/BA - Decreto nº 13.780/2012). Além disso, uma parcela relevante do lançamento baseou-se em valor de ICMS-ST já recolhido quando da aquisição das mercadorias, conforme destacado nas Notas Fiscais, de modo que não constituiu o crédito com base nas reais operações da Impugnante.

Fala que há diversas mercadorias não sofrem a incidência de ICMS por Substituição Tributária, ou seja, não integram a lista de mercadorias constante do anexo I (“Lista de Mercadorias -

Substituição Tributária / Antecipação") do RICMS/BA, e que o Autuante considerou apenas o código da NCM de cada mercadoria, deduzindo assim que haveria incidência de ICMS-ST, sem observar, contudo, que as operações fiscalizadas envolvem mercadorias cujas descrições não integram aquelas constantes do anexo I, do RICMS/BA, concluindo que a Autuação Fiscal foi baseada em análise incompleta, é insegura, já que não basta o código da NCM para enquadrar a mercadoria no regime de Substituição Tributária-ST, por ser imprescindível haver identidade de sua descrição com a constante do anexo I do RICMS/BA, conforme informa a própria cartilha de "perguntas e respostas", constante do sítio eletrônico da SEFAZ/BA, razão pela qual o AI dever ser julgado nulo, conforme alínea "a", IV, art. 18 do Decreto nº 7.629/99.

II) Do vício no ato de constituição do crédito tributário,

Ressalta a existência de vício na constituição do crédito tributário porque os fatos geradores foram apurados de forma genérica, com base apenas no código da NCM de cada mercadoria, sem considerar sua descrição. Além disso, embora tenha relacionado os valores de ICMS-ST já destacados em Notas Fiscais de entrada, o Autuante deixou de deduzi-los no levantamento fiscal, imputando à Impugnante o respectivo valor de forma indevida. Aduz que caso observasse a descrição de cada produto, e não apenas seu código NCM, constataria a não incidência de ICMS-ST pelo simples fato de a mercadoria não integrar o rol do anexo I do RICMS/BA, e não teria desconsiderado os valores já recolhidos a título de ICMS-ST já destacado nas Notas Fiscais de entrada e ignorados no momento da apuração da cobrança, sendo que tais valores se encontram inseridos na própria memória de cálculo apresentada.

Percebe-se, assim, vício na constituição do crédito tributário, corroborado pelo fato de que a fundamentação do lançamento restou prejudicada. Nesse sentido, a presunção de validade do ato de constituição do crédito tributário não impõe que o ônus de comprovação dos fatos da não ocorrência da infração recaia sobre a Impugnante, pois o motivo/fundamentação do lançamento tributário cabe ao Autuante.

Salienta que o art. 2º do RPAF (Decreto nº 7.629/99), abraça expressamente os Princípios da Legalidade Objetiva e da Verdade Material, os quais impõe ao agente público competente promover o lançamento tributário apenas diante da ocorrência de inequívoca infração legal, bem como o dever de perseguir a comprovação dos fatos que autorizam a sua ação, o que não ocorreu no presente caso.

Pugna pela nulidade integral da autuação fiscal em epígrafe.

MÉRITO

I) do crédito tributário lançado indevidamente (operações com mercadorias não sujeitas ao recolhimento de ICMS ST).

Aborda que parte do crédito lançado se refere *i)* à exigência de ICMS ST em relação a mercadorias que não se sujeitam a tal recolhimento e outra parcela significativa consiste em *ii)* exigência de ICMS ST já recolhido e destacado nas respectivas notas fiscais de aquisição, conforme se demonstra abaixo:

Resumo Apuração ST - Ano de 2019				
Total ICMS Devido - Fiscalização	ICMS ST Recolhido Apuração	ICMS ST Destacado Nfe	Cobrança ICMS ST Indevida	Diferença
714.095,18	297.344,49	231.655,39	285.200,25	-100.104,95

Resumo Apuração ST - Ano de 2020				
Total ICMS Devido - Fiscalização	ICMS ST Recolhido Apuração	ICMS ST Destacado Nfe	Cobrança ICMS ST Indevida	Diferença
682.539,33	353.141,40	212.154,56	265.937,10	-148.693,73

Verifica-se que o valor total de R\$ 551.137,35 diz respeito a cobrança de ICMS ST em relação a operações com mercadorias que não se sujeitam ao recolhimento desse tributo, conforme demonstrado na planilha "resumo apuração" em anexo (doc. 04), devendo, portanto, o Auto de

Infração ser julgado improcedente em relação a elas, pelos motivos e fundamentos abaixo evidenciados.

I.1) Produto Isento – Preservativo.

Dentre as cobranças indevidas de ICMS-ST, aquelas relacionadas às operações realizadas com produto preservativo, de marcas como “Blowtex”, “Prudence”, “Jontex”, “Loveltex” “Olla” e “Sutra”, constituem a maior parte do crédito total indevido, ou seja, da exigência de R\$ 551.137,35, R\$ 535.149,10 diz respeito às operações envolvendo “preservativos”. Referido produto, do segmento de “medicamentos, produtos farmacêuticos para uso humano e higiene pessoal”, de NCM 4014.10.00, encontra previsão no item 9.13, do Anexo I do RICMS/BA. Ou seja, a priori, haveria incidência de ICMS-ST para referidas entradas, o que deve ter sido levado em consideração pelo n. Auditor Fiscal. Entretanto, o produto “preservativo”, de NCM 4014.10.00, encontra-se amparado pelo instituto da isenção de ICMS. É o que prevê o art. 264, inciso XXIII do RICMS/BA e Convênio ICMS 116/1998, destacando a isenção condicionada a que o contribuinte abata do preço da mercadoria, o valor equivalente ao ICMS que seria devido se não houvesse isenção, o que deve ser indicado de forma expressa no documento fiscal.

Informa que procede em conformidade com a legislação, como demonstrado pelas Notas Fiscais anexadas, de forma exemplificativa (doc. 05). Chama atenção para uma das Notas Fiscais colacionadas à presente peça impugnatória (doc. 05 – pg. 28):

Frisa que a isenção defendida é benefício concedido de forma pacífica pelo fisco baiano, conforme informa a própria cartilha de “perguntas e respostas” constante do site da SEFAZ/BA. Acrescenta que a cobrança de ICMS-ST em relação às operações envolvendo o produto “preservativos” é arbitrária. Trata-se de hipótese de isenção, sendo que a Impugnante cumpriu com as condições impostas pela legislação. Colaciona jurisprudência do CONSEF (A-0372-12/20-VD).

Portanto, em detrimento da previsão do inciso XXIII, do artigo 264 do RICMS/BA, embasado no Convênio ICMS 116/1998, é indiscutível o enquadramento do produto “preservativos” no benefício da isenção. Além disso, restou demonstrado que a Impugnante atendeu as condições impostas para o uso do benefício, motivo pelo qual deve o Auto de Infração ser julgado improcedente para essa cobrança, que perfaz um valor histórico de R\$ 535.149,10.

I.2) produtos automotivos

Assevera que há exigência de ICMS-ST em relação às aquisições dos produtos automotivos “Silicone Spray” e “Limpa Pneus”, classificados na NCM 3910.00.12, sendo que tais **produtos são de uso em limpeza automotiva**, tendo o código NCM de tais mercadorias é o “3910.00.12 - Polidimetilsiloxano, polimetilidrogenosiloxano ou misturas destes produtos, em dispersão”. Diz que tais produtos estão enquadrados no Capítulo 39 – Plásticos e suas obras”, na posição “3910.00 Silicones em formas primárias”, na subposição 3910.00.1 da Nomenclatura Comum do Mercosul:

Seção VII - Plásticos e suas Obras; Borracha e suas Obras	
Capítulo 39 - Plásticos e suas obras.	
3910.00	Silicones em formas primárias.
3910.00.1	Óleos
3910.00.11	Misturas de pré-polímeros lineares e cílicos, obtidos por hidrólise de dimetildiclorosilano, de peso molecular médio inferior ou igual a 8.800
3910.00.12	Polidimetilsiloxano, polimetilidrogenosiloxano ou misturas destes produtos, em dispersão
3910.00.13	Copolímeros de dimetilsiloxano com compostos vinílicos, de viscosidade igual ou superior a 1.000.000 cSt
3910.00.19	Outros
3910.00.2	Elastômeros
3910.00.21	De vulcanização a quente
3910.00.29	Outros
3910.00.30	Resinas
3910.00.90	Outros

Entretanto, o n. Auditor Fiscal, ao lavrar o Auto de Infração, exige o recolhimento de ICMS ST nas operações com esses produtos em razão de os ter enquadrado equivocadamente no Capítulo 8 (Materiais de Construção e Congêneres), subitem 8.4, do Anexo I do RICMS/BA:

MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E CONGÊNERES:				
8.0	MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E CONGÊNERES:			
8.4	10.004.00	3910	Silicones primárias, para uso na construção	em formas

Assinala que a fiscalização incorreu em erro ao enquadrar os produtos automotivos comercializados pela Autuada no item 8, do Anexo I do RICMS/BA, pois os itens classificados na posição 3910 - para os quais há exigência de ICMS ST pelo Estado da Bahia, são aqueles que correspondem a materiais de construção e congêneres. De forma mais específica, o subitem 8.4 refere-se a “Silicones em formas primárias, para uso na construção”. Observa-se, além da previsão da NCM no anexo I, a descrição da mercadoria e que no presente caso os produtos automotivos não são destinados à “construção”, portanto, não sujeitos ao regime da substituição tributária.

I.3) Produto de uso comercial - conjunto expositor de fios e cabos.

Afirma haver cobrança de ICMS-ST em relação às aquisições de produto para uso comercial, qual seja, “Conjunto Expositor de Fios e Cabos”, classificado na NCM 7308.90.90.



Sustenta que utiliza referido produto como expositor de outras mercadorias, ou seja, trata-se de aquisição para fim especificamente comercial, que sequer há revenda. Assim, de imediato, verifica-se não se tratar de mercadoria do segmento “materiais de construções e congêneres”. Entretanto, o n. Auditor Fiscal, ao lavrar o Auto de Infração, enquadrou referido produto no Capítulo 8 (Materiais de Construção e Congêneres), subitens 8.48 e 8.50, do Anexo I do RICMS/BA:

8.48	10.048.00	7308.4 7308.9	Material para andaimes, para armações (cofragens) e para escoramentos, (inclusive armações prontas, para estruturas de concreto armado ou argamassa armada), eletrocalhas e perfilados de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para construção, exceto treliças de aço
8.50	10.050.00	7308.90.9	Telhas metálicas

Ou seja, a fiscalização incorreu em erro ao enquadrar o produto Conjunto “Expositor de Fios e Cabos” no item 8 do Anexo I do RICMS/BA, pois referida classificação refere-se a materiais de construção e congêneres.

De forma mais específica, o subitem 8.48 engloba “Material para andaimes, para armações (cofragens) e para escoramentos, (inclusive armações prontas, para estruturas de concreto armado ou argamassa armada), eletrocalhas e perfilados de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para construção, exceto treliças de aço”. Já o subitem 8.50 refere-se a “Telhas metálicas”. Observa-se, além da previsão da NCM no Anexo I, a descrição da mercadoria, que, no presente caso não é destinada à “construção”, tampouco se trata de “telhas metálicas”, portanto, não está sujeita ao regime da substituição tributária.

Portanto, sustenta não restar dúvida de que o n. Auditor Fiscal se equivocou ao classificar o produto “Conjunto Expositor de Fios e Cabos” como sendo para uso em construção. A descrição do produto é distinta daquelas constantes dos itens 8.48 e 8.50, do Anexo I do RICMS/BA.

I.4 Produto de uso pessoal – chupeta

Informa que também é indevida a cobrança de ICMS –ST. Referido produto tem código “NCM 3926.90.40 - Artigos de laboratório ou de farmácia”, e CEST “20.040.00 - Chupetas e bicos para mamadeiras e para chupetas, de silicone”.

Verifica-se que o n. Auditor Fiscal incorreu em erro ao Lavrar Auto de Infração para as aquisições dessa mercadoria. Isso porque, para que haja cobrança de ICMS-ST, é necessário que exista previsão do produto no Anexo I do RICMS/BA, sendo que a mercadoria “CHP E.AIR CLASSICA

FIONA BABY SIL TAM2 AZUL” não se encontra prevista no rol de referido diploma legal. Ou seja, não consta do Anexo 1 a NCM 3926.90.40, tampouco a descrição da mercadoria em questão, portanto, a ela não se aplica o regime da substituição tributária.

I.5) Produto utilizado para empacotamento – fita

Diz que há cobrança de ICMS –ST em relação às aquisições de produtos utilizados pela Impugnante para empacotamento de outras mercadorias e em seus escritórios. Trata-se do produto “FITA PP TR 45X40 C/4 PRATIK”, classificado na NCM 3919.10.10 (*fita de empacotamento*).

Verifica-se que esse item não corresponde a mercadoria do segmento “materiais de construções e congêneres”, tampouco do segmento “peças, componentes, e acessórios para veículos automotores”, uma vez que o produto é de uso em escritório e em empacotamento. Entretanto, o n. Auditor Fiscal, ao lavrar o Auto de Infração, enquadrou referido produto no item 8, subitens 8.8 e 8.9, do Anexo I do RICMS/BA, bem como no item 1, subitem 1.1, do Anexo I do RICMS/BA.

Diz que a fiscalização incorreu em erro ao enquadrar o produto “FITA PP TR 45X40 C/4 PRATIK” nos itens colacionados acima, do Anexo I do RICMS/BA, pois referidas classificações referem-se aos segmentos “materiais de construção e congêneres” e “peças, componentes, e acessórios para veículos automotores”, o que nada tem a ver com o produto “fita” utilizado em empacotamento, bem como utensílio de escritório.

Observa-se que, além da previsão da NCM no Anexo I, a descrição da mercadoria, que no presente caso não é destinada à “construção”, tampouco se trata de “peças, componentes, e acessórios para veículos automotores”, portanto, não está sujeita ao regime da substituição tributária.

I.6) Produto capa de proteção celular

Diz haver cobrança em relação às aquisições deste produto classificado na NCM 4202.92.00. Verifica não se tratar de mercadoria do segmento “produtos de papelaria”. Entretanto, o n. Auditor Fiscal, ao lavrar o Auto de Infração, enquadrou referido produto no item 12, subitem 12.5.0, do Anexo I do RICMS/BA. Vejamos:

12.5.0	19.005.00	4202.1 4202.9	Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes
--------	-----------	------------------	--

Disse que novamente, a fiscalização incorreu em erro ao enquadrar o produto Conjunto “CAPA SAMS.GLX A10S 373 PRETO” no item 12, do Anexo I do RICMS/BA, pois referida classificação refere-se a produtos de papelaria. De forma mais específica, o subitem 12.5.0 refere-se a “maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes”. Observa-se, além da previsão da NCM no anexo I, a descrição da mercadoria, que no presente caso não se trata de produtos de papelaria, portanto, não está sujeita ao regime da substituição tributária.

Sustenta que não há que se falar em cobrança de ICMS-ST para o produto “CAPA SAMS.GLX A10S 373 PRETO”, pois não há previsão dele no Anexo I do RICMS/BA (Mercadorias Sujeitas à Substituição Tributária ou Antecipação Tributária), motivo pelo qual deve o Auto de Infração ser julgado improcedente para referidas cobranças.

II) Dos valores de ICMS-ST já destacados (e recolhidos) nas notas fiscais de entrada.

Ressalta que além dos valores cobrados de forma indevida, demonstrados de forma detalhada no tópico “I” do mérito da presente Impugnação, há que se considerar que o Auditor Fiscal desconsiderou os valores de ICMS-ST já destacados nas Notas Fiscais de entrada, sendo que incorre em arbitrariedade ao cobrá-los em duplicidade. Somando-se os valores dos anos de 2019 e 2020, alega ter um crédito tributário total de R\$ 443.809,95 lançado indevidamente, conforme demonstrado na planilha “Resumo Apuração” em anexo (doc. 04).

Salienta tratar de exigência de ICMS-ST já destacado nas Notas Fiscais de entrada, a qual foi completamente ignorada pela fiscalização no momento da cobrança, sendo que tais valores se encontram inseridos na própria memória de cálculo apresentada pelo Auditor Fiscal. Ou seja,

mesmo indicando os valores já destacados a título de ICMS-ST no levantamento fiscal, ele não os considerou ao calcular a somatória do valor devido. Para comprovar o alegado, a Impugnante apresenta cinco Notas Fiscais de cada ano (2019 e 2020), servindo-as de amostragem (doc. 06). Chama atenção para Nota Fiscal-e nº 12875, série 20 (doc. 06 – pg. 13/15):

RECEBEMOS DE BIC AMAZONIA SA - MANAUS - 04.402.277/0001-00 OS PRODUTOS CONSTANTES NA NOTA FISCAL INDICADA AO LADO		NF-e Nº 012875 SÉRIE 20						
DATA DE RECEBIMENTO	IDENTIFICAÇÃO E ASSINATURA DO RECEBEDOR	VALOR DA NOTA: 105.548,02 DATA DE EMISSÃO: 18/11/2019						
BIC AMAZONIA SA AVENIDA ICA, 400, FRENTE P/NRO.445-FUNDOS 2645 DA AV.ACAI - DISTRITO INDUSTRIAL MANAUS - AM CEP: 69.075-090	DANFE Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica 0 - ENTRADA 1 1 - SAÍDA Nº 12875 SÉRIE 20 FOLHA 1/3	 CHAVE DE ACESSO 1319 1104 4022 7700 0100 5502 0000 0128 7517 3166 6255	CONSULTA DE AUTENTICIDADE NO PORTAL NACIONAL DA NF-E WWW.NFE.FAZENDA.GOV.BR/PORTAL OU NO SITE DA SEFAZ AUTORIZADORA					
NATUREZA DA OPERAÇÃO VENDA PRODUÇÃO DO ESTAB.OPER.C/PRODUTO SUJ.REG.ST		PROT. DE AUTORIZAÇÃO 113191342382402 18/11/2019 15:18:10						
CRT (Código de Regime 3 - Régime Normal	INSCRIÇÃO ESTADUAL 062000454	INSC. ESTADUAL SUBST. TRIBUTÁRIA 46878700	CNPJ 04.402.277/0001-00					
DESTINATÁRIO/REMETENTE								
NO ME / RAZÃO SOCIAL MARTINS COM SERV DE DISTRIBUICAO S A		CNPJ/CPF 43.214.055/0011-89	DATA DE EMISSÃO 18/11/2019					
ENDERECO QUADRAS J, SN, LOTES 01 E 02		BAIRRO POLO PETROQUIMICO	CEP 42.810-000					
MUNICÍPIO CAMACARI	UF BA	PÁIS BRASIL	DATA DE ENTRADA/SAÍDA					
FATURA/ DUPLICATA		FONE/FAX	INSCRIÇÃO ESTADUAL 30619470					
NUMERO	VENCIMENTO	VALOR	NUMERO	VENCIMENTO	VALOR	NUMERO	VENCIMENTO	VALOR
001 004	21/02/2020 03/04/2020	17.591,32 17.591,34	002 005	06/03/2020 17/04/2020	17.591,34 17.591,34	003 006	20/03/2020 01/05/2020	17.591,34 17.591,34
CÁLCULO IMPOSTO								
BASE DE CÁLCULO DO ICMS 90.978,34	VALOR DO ICMS 10.917,39	BASE DE CÁLCULO DO ICMS DE SUBSTITUIÇÃO 130.194,35	VALOR DO ICMS DE SUBSTITUIÇÃO 14.569,68	VALOR TOTAL DOS PRODUTOS 90.978,34				
VALOR DO FRETE 0,00	VALOR DO SEGURO 0,00	DESCONTO 0,00	OUTRAS DESPESAS ACESORIAS 0,00	VALOR TOTAL DO IP 0,00	VLR APROX DOS TRIBUTOS	VALOR TOTAL DA NOTA 105.548,02		
TRANSPORTADOR/VOLUMES TRANSPORTADOS								
RAZÃO SOCIAL SUPPLLOG TRANSP. MULT. INT. NEGOCIOS		FRETE POR CONTA 0 - EMITENTE 1 - DESTINATÁRIO 2 - TERCEIROS	CÓDIGO ANTT	PLACA DO VEÍCULO	UF	CNPJ 19.109.840/0002-04		
ENDERECO RODOVIA PE 60		IP IPOJUCA			UF PE	INSCRIÇÃO ESTADUAL 056088647		
QUANTIDADE 217	ESPECIE CAIXA(S)	MARCA	NUMERAÇÃO 0000000000000000	PESO BRUTO 1.370,324	PESO LÍQUIDO 1.267,683			

Assinala que na Nota Fiscal acima colacionada, verifica-se que há destaque de ICMS-ST no valor de R\$ 14.569,68, ou seja, trata-se de valor já recolhido pelo fornecedor, sendo que sua cobrança em duplicidade é claramente tida por arbitraria. Mesmo assim, em sua memória de cálculo, o Auditor Fiscal desconsiderou o valor já destacado na NFe de entrada (R\$ 14.569,68), e imputou à Autuada a exigência indevida do tributo. Veja-se que o ICMS-ST destacado, inclusive, fora recolhido a maior pelo fornecedor. Confira-se (“print” da planilha “StMenor2019_Notas Analisado” fornecida pela fiscalização):

Data Ocorrencia	Data Emissão	Dta MDFe Dt Lançamen	Num Doc Serie	Descrição / CodItem / NCM	Item	Vlr Item	Vlr Bc ICMS	Vlr ICMS Inf ST	Vlr BC ICMS ST	Vlr Cred ICMS	Vlr ICMS ST Ant
18/11/19	18/11/19	18/11/19	12875 / 20	CANETA ESGRAPHICA	1	36.505,70	63.556,42	7.199,44	63.556,42	4.380,68	7.059,48
18/11/19	18/11/19	18/11/19	12875 / 20	CANETA ESGRAPHICA	2	5.215,10	9.079,49	1.028,49	9.079,49	625,81	1.008,50
18/11/19	18/11/19	18/11/19	12875 / 20	CANETA ESGRAPHICA	3	1.584,53	2.723,85	308,55	2.723,85	187,74	302,55
18/11/19	18/11/19	18/11/19	12875 / 20	CANETA ESGRAPHICA	4	14.080,77	24.514,62	2.776,92	24.514,62	1.689,69	2.722,94
18/11/19	18/11/19	18/11/19	12875 / 20	CANETA ESGRAPHICA	5	8.885,21	15.434,33	1.748,34	15.434,33	1.063,83	1.714,35
18/11/19	18/11/19	18/11/19	12875 / 20	CANETA ESGRAPHICA	10	437,04	760,89	86,19	760,89	52,44	84,52
18/11/19	18/11/19	18/11/19	12875 / 20	CANETA ESGRAPHICA	11	933,18	1.624,67	184,04	1.624,67	111,98	180,46
18/11/19	18/11/19	18/11/19	12875 / 20	CANETA ESGRAPHICA	12	1.398,77	2.437,00	276,05	2.437,00	167,97	270,89
18/11/19	18/11/19	18/11/19	12875 / 20	CANETA ESGRAPHICA	13	3.172,80	5.523,84	626,72	5.523,84	380,74	613,55
18/11/19	18/11/19	18/11/19	12875 / 20	MARCADOR COM PONTA DE FELTRO	16	730,28	1.271,42	144,02	1.271,42	87,63	141,20
18/11/19	18/11/19	18/11/19	12875 / 20	MARCADOR COM PONTA DE FELTRO	17	973,14	1.694,24	191,92	1.694,24	116,78	188,18
								14.569,68			14.286,45

Obs.: filtro aplicado na coluna “Num Doc Serie” para selecionar apenas a NFe nº 12875, série 20.

Em relação ao exercício de 2020, exemplifica através da Nota Fiscal-e nº 13976, série 20 (doc. 06 – pg. 18/20):

BIC AMAZONIA SA		DANFE			
AVENIDA ICA, 400, FRENTE P/NRO.445-FUNDOS 2645 DA AV.ACAI - DISTRITO INDUSTRIAL MANAUS - AM CEP: 69.075-090		Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica			
		0 - ENTRADA 1 - SAÍDA Nº 13976 SÉRIE 20 FOLHA 1/3		CHAVE DE ACESSO 1320 0204 4022 7700 0100 5502 0000 0139 7610 2639 4266	
NATUREZA DA OPERAÇÃO VENDA PRODÚCÃO DO ESTAB.OPER.C/PRODUTO SUJ.REG ST		CONSULTA DE AUTENTICIDADE NO PORTAL NACIONAL DA NF-E WWW.NFE.FAZENDA.GOV.BR/PORTAL OU NO SITE DA SEFAZ AUTORIZADORA			
CRT (Código de Regime) 3 - Régime Normal		INSCRIÇÃO ESTADUAL 062000454		PROT. DE AUTORIZAÇÃO 113201429114207 28/02/2020 15:47:43 INSC. ESTADUAL SUBST. TRIBUTÁRIA 46878700 CNPJ 04.402.277/0001-00	
DESTINATÁRIO/REMETENTE					
NOME / RAZÃO SOCIAL MARTINS COM SERV DE DISTRIBUICAO S A		CNPJ/CPF 43.214.055/0011-89		DATA DE EMISSÃO 28/02/2020	
ENDERECO QUADRA J, SN, LOTES 01 E 02		BAIRRO POLO PETROQUIMICO		CEP 42.810-000	
MUNICIPIO CAMACARI		UF BA	PAIS BRASIL	FONE/FAX	INSCRIÇÃO ESTADUAL 30619470 HORA DE ENTRADA/GAIDA
FATURA/ DUPLICATA					
NUMERO 001	VENCIMENTO 22/04/2020	VALOR 93.056,33	NUMERO	VENCIMENTO	VALOR
CÁLCULO IMPOSTO					
BASE DE CÁLCULO DO ICMS 78.350,95	VALOR DO ICMS 9.402,12	BASE DE CÁLCULO DO ICMS DE SUBSTITUIÇÃO 131.407,13	VALOR DO ICMS DE SUBSTITUIÇÃO 14.705,38	VALOR TOTAL DOS PRODUTOS 78.350,95	
VALOR DO FRETE 0,00	VALOR DO SEGURO 0,00	DESCONTO 0,00	OUTRAS DESPESAS ACESÓRIAS 0,00	VALOR TOTAL DO IP 0,00	VLR APROX DOS TRIBUTOS VALOR TOTAL DA NOTA 93.056,33
TRANSPORTADOR/VOLUMES TRANSPORTADOS					
RAZÃO SOCIAL SUPPLLOG TRANSP. MULT. INT. NEGOCIOS		FRETE POR CONTA 0 - ENTREGUE 2 - TERCEIRO 1 - DESTINATÁRIO 3 - SEM FRETE	CÓDIGO ANTT	PLACA DO VEÍCULO	UF CNPJ 19.109.840/0002-04
ENDERECO RODOVIA PE 60		MUNICIPIO IPOJUCA	UF PE	INSCRIÇÃO ESTADUAL 056088647	
QUANTIDADE 236	ESPECIE CAIXA(S)	MARCA	NUMERAÇÃO 0000000000000000	PESO BRUTO 1.171,406	PESO LÍQUIDO 1.093,526

Novamente, verifica-se que há destaque de ICMS-ST no valor de R\$ 14.705,38, ou seja, trata-se de valor já recolhido pelo fornecedor desta Impugnante. Mesmo assim, em sua memória de cálculo, o n. Auditor Fiscal desconsiderou o valor já destacado na NFe de entrada (R\$ 14.705,38), e computou como devido pela Autuada, o valor de R\$ 14.419,50. Veja-se que o ICMS-ST destacado, inclusive, fora recolhido a maior pelo fornecedor. Confira-se (“print” da planilha “StMenor2020_Notas Analisado” fornecida pela fiscalização):

Data Ocorrência	Data Emis.	Dta MD Num Doc Serie	Descrição / Código / NCM	Vlr Item	Vlr Br ICMS	Vlr ICMS Inf ST	Vlr Br ICMS ST	Vlr Cred ICMS	Vlr ICMS ST Ant
28/02/2020	28/02/2020	13976 / 28	CAMETA ESPEROGRAFICA-Coditem:85209 - NCM:98.1	17.556,55	30.586,81	3.462,49	30.586,01	2.108,79	3.285,89
28/02/2020	28/02/2020	13976 / 29	CAMETA ESPEROGRAFICA-Coditem:85209 - NCM:98.2	5.193,70	8.390,89	1.918,35	8.390,06	819,64	990,56
28/02/2020	28/02/2020	13976 / 29	CAMETA ESPEROGRAFICA-Coditem:85207 - NCM:98.3	1.549,11	2.897,88	305,51	2.897,06	105,59	299,57
28/02/2020	28/02/2020	13976 / 29	CAMETA ESPEROGRAFICA-Coditem:85208 - NCM:98.4	17.556,55	30.586,81	3.462,49	30.586,01	2.108,79	3.285,89
28/02/2020	28/02/2020	13976 / 29	CAMETA ESPEROGRAFICA-Coditem:85432 - NCM:98.9	1.847,96	3.217,39	304,44	3.217,30	221,76	357,35
28/02/2020	28/02/2020	13976 / 29	CAMETA ESPEROGRAFICA-Coditem:853710 - NCM:98.10	452,72	753,37	85,34	753,37	51,93	83,68
28/02/2020	28/02/2020	13976 / 29	CAMETA ESPEROGRAFICA-Coditem:800649 - NCM:98.11	923,88	1.608,85	182,22	1.608,65	110,80	178,63
28/02/2020	28/02/2020	13976 / 29	CAMETA ESPEROGRAFICA-Coditem:862432 - NCM:98.12	13.351,46	23.244,89	2.833,99	23.244,09	1.802,18	2.581,90
28/02/2020	28/02/2020	13976 / 29	CAMETA ESPEROGRAFICA-Coditem:962453 - NCM:98.13	3.926,90	6.836,73	774,44	6.836,73	471,23	791,38
28/02/2020	28/02/2020	13976 / 29	CAMETA ESPEROGRAFICA-Coditem:962454 - NCM:98.14	7.098,42	12.306,12	1.393,99	12.306,12	840,21	1.306,89
28/02/2020	28/02/2020	13976 / 29	CAMETA ESPEROGRAFICA-Coditem:962472 - NCM:98.15	804,50	1.505,89	170,49	1.505,06	103,74	167,58
28/02/2020	28/02/2020	13976 / 29	CAMETA ESPEROGRAFICA-Coditem:962474 - NCM:98.16	4.902,93	8.965,53	789,37	8.965,53	600,31	1.748,82
28/02/2020	28/02/2020	13976 / 29	MARCADOR COM PONTE DE PELITRO-Coditem:934405/19	321,18	559,17	63,34	559,17	38,54	62,11
					54.785,38			94.499,88	

Obs.: filtro aplicado na coluna “Num Doc Serie” para selecionar apenas a NFe nº 13976, série 20.

Dessa forma, pede pela consideração dos valores de ICMS-ST já destacados nas Notas Fiscais de entrada, que totalizam o montante de R\$ 443.809,95, valor que deve ser rechaçado do Auto de Infração, sob pena de incorrer o fisco baiano em díplice cobrança, o que configura notória arbitrariedade e ilegalidade. Afirma que restou demonstrado que o fornecedor recolheu ICMS-ST de forma majorada, quando comparado com o valor considerado como devido pelo Auditor Fiscal, o que, em tese, constitui crédito a favor da empresa.

Nesse sentido, se a operação foi realizada na condição de contribuinte substituído, não seria cabível a cobrança de ICMS-ST em face da Autuada, uma vez que a totalidade do imposto foi recolhida pelos remetentes na operação de aquisição das mercadorias promovida pela Impugnante, ou seja, o recolhimento do imposto foi efetuado na operação de entrada das mercadorias.

Diz que uma vez pago o imposto por substituição tributária no momento da aquisição, não cabe exigir-lo novamente do contribuinte substituído.

Portanto, não procede a alegação do Auditor Fiscal, *data máxima vénia*, de que a Impugnante teria efetuado o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por

substituição, uma vez que isso ocorreu em função da totalidade do imposto já ter sido recolhida pelo próprio fornecedor, ou seja, na operação de aquisição das mercadorias.

Ressalta que não há no Auto de Infração nenhum questionamento quanto ao pagamento do imposto por substituição tributária pelo remetente das mercadorias, o que permite inferir por sua absoluta legalidade e correção. Pugna que sejam canceladas as quantias cobradas no presente Auto de Infração, vez que se mostram totalmente indevidas.

III - Da MVA ajustada indevidamente pela fiscalização – operações com fios de ferros ou aços não ligados.

Discorre que incorreu em erro ao ajustar indevidamente a MVA no cálculo do ICMS ST devido nas operações envolvendo fios de ferros ou aços não ligados, classificados no código 7217 da NCM. Isso porque, a base de cálculo de operações envolvendo referidas mercadorias é reduzida, de modo que a carga tributária resulte em 12%, nos termos exatos do art. 266, inciso II, alínea “a” do RICMS/BA.

Argumenta que ao desconsiderar a redução da base de cálculo supramencionada, o Auditor Fiscal apurou um valor de ICMS devido de R\$ 21.009,26, sendo que, na verdade, o valor já recolhido de R\$ 7.413,18 representa o real montante do imposto devido rem relação às operações envolvendo arames, objeto da autuação, conforme abaixo: Confira-se:

ANO 2019		
Nº Nfe	VLR ICMS ST Fiscalização	Vlr ICMS ST Recolhido - Apuração
744411	9.379,51	3.301,40
744418	46,93	16,90
744419	1.049,95	378,12
744521	28,24	10,17
744943	7.963,27	2.791,37
746432	2.541,36	915,22
Total	21.009,26	7.413,18

Portanto, levando-se em consideração a redução da base de cálculo prevista no art. 266, II, “a” do RICMS/BA, tem-se que o ICMS devido para as operações envolvendo as notas fiscais citadas acima resulta em R\$ 7.413,18 (valor este já recolhido) e não a quantia de R\$ 21.009,26, apurada pelo Auditor Fiscal. Assim, pugna pela total improcedência do presente Auto de Infração.

DOS PEDIDOS

Requer que:

1. seja recebida a presente Impugnação, por ser cabível e tempestiva;
2. seja declarada a nulidade do Auto de Infração, nos termos do tópico “Da Nulidade do Auto de Infração” apresentado de forma preliminar;
3. no mérito, que sejam acatados todos os argumentos ora apresentados, julgando-se totalmente improcedente o Auto de Infração, determinando-se por via de consequência sua desconstituição e o arquivamento do presente processo administrativo.
4. Seja realizada diligência fiscal, em detrimento da evidenciação dos diversos erros cometidos pelo n. Auditor Fiscal, todos detalhados no bojo da presente Impugnação, nos termos do art. 123, § 3º do RPAF (Decreto nº 7.629/1999).

Prestada a Informação fiscal às fls. 164/166.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA AUTUAÇÃO.

Afirma que o argumento defensivo do autuado não procede, pois o Auto de Infração preenche

todas as formalidades legais, indica e circunstância pormenorizadamente a legislação infringida não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O débito fiscal encontra-se demonstrado nas planilhas constantes do CD anexo à fl. 11, o qual foi entregue ao autuado em Mensagem DT-e, conforme comprovação de ciência datada de 27/12/2022.

Afirma que foram elaboradas duas planilhas de cálculo, sendo que em uma planilha foi apresentado o demonstrativo analítico discriminando nota fiscal por nota fiscal as operações de entradas interestaduais com o ICMS-ST não antecipado ou antecipado a menor, sendo consideradas todas as informações dos documentos fiscais constantes da escrituração fiscal digital (EFD), assinada e transmitida pelo próprio contribuinte ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED). Já na outra planilha, consta o quadro resumo dos valores devidos de antecipação tributária em comparação com os valores recolhidos pela empresa, resultando nas diferenças dos valores mensais do ICMS-ST que foram lançados no demonstrativo de débitos do Auto de Infração.

DO MÉRITO.

Reproduz o art. 8º da Lei nº 7.014/96 e relata que a legislação tributária indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código de NCM, sendo que a aplicação desse regime jurídico se restringe às mercadorias que se enquadrem, cumulativamente, na descrição e na classificação da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM/SH constantes do referido regulamento. Cabe salientar que o contribuinte é responsável pela adequada classificação da mercadoria nos códigos da NBC/SH, devendo, em caso de dúvida, consultar a Receita Federal do Brasil.

Assinala que após analisar as alegações e os documentos apresentados pelo impugnante em sua peça defensiva, informa o seguinte:

- Foram acatados os argumentos defensivos referentes às mercadorias: preservativo; produtos automotivos; chupeta e capa de proteção celular. Dessa forma, as mercadorias supracitadas serão excluídas do cálculo da Infração 01.
- E que o produto “CONJUNTO EXPOSITOR DE FIOS E CABOS” está classificado na posição NCM 7308.9, item 8.48 do ANEXO I do RICMS/BA, caracteriza-se como material para andaimes, para armações (cofragens) e para escoramentos, (inclusive armações prontas, para estruturas de concreto armado ou argamassa armada), eletrocalhas e perfilados de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para construção, exceto treliças de aço, incluído no regime de ST do ICMS, visto que atende aos requisitos do legislador para seu enquadramento nesse regime de tributação, conforme disciplina contida no art. 289 do RICMS/BA. As condições de NCM e descrição estão satisfeitas, haja vista que a intenção do legislador foi de incluir no regime de ST os produtos com NCM 7308.9, alcançando, portanto, todos os produtos com classificação mais específica, ainda que eles possam ser utilizados em outras finalidades.

Sustenta não proceder a alegação de ser aquisição sem destinação de revenda, uma vez que nas notas fiscais de aquisição destas mercadorias, constam os CFOP “2910” e “2152”, correspondentes a entradas de bonificação, doação ou brinde e transferências para comercialização, respectivamente, enquanto que o correto seria o lançamento das entradas com o CFOP “2551” ou “2552”(compra ou transferência de ativo imobilizado), já que, o adquirente, na condição de consumidor final, deveria recolher o imposto sobre o diferencial de alíquota.

- Para o produto “FITA PP TR 45X40 C/4 PRATIK” está classificado na posição NCM 3919, item 8.9 do ANEXO I DO RICMS/BA, caracteriza-se como veda rosca, lona plástica para uso na construção, fitas isolantes e afins, incluído no regime de substituição tributária do ICMS, visto que atende aos requisitos do legislador para seu enquadramento nesse regime de tributação, conforme disciplina contida no art. 289 do RICMS/BA, sendo que a condição “ para uso na

construção” refere-se somente à lona plástica.

Também informa que não procede a alegação de trata-se de aquisição sem destinação de revenda, uma vez que nas notas fiscais de aquisição destas mercadorias, consta o CFOP “2102” correspondente a “compra para comercialização”, enquanto que o correto seria o lançamento das entradas com o CFOP “2556” ou “2557” (compra ou transferência de material para uso ou consumo), já que, o adquirente, na condição de consumidor final, deveria recolher o imposto sobre o diferencial de alíquota.

- Disse que acatou os argumentos defensivos referentes aos valores de ICMS-ST já destacados nas notas fiscais de entradas. Dessa forma, as mercadorias constantes das notas fiscais serão excluídas do cálculo da Infração 01.
- Quanto a MVA ajustada indevidamente da mercadoria FIOS OU AÇOS NÃO LIGADOS, NCM 7217, informa que por um erro do sistema de fiscalização, a mercadoria foi classificada indevidamente no cálculo do ICMS-ST com a MVA de 55,61% e será regularizada no novo demonstrativo de débito da Infração 01.

Diante do exposto, considerando que todos os argumentos defensivos foram analisados, fica alterado o valor do exercício de 2019 para R\$ 17.850,20 e o exercício de 2020 para R\$ 23.407,61, sendo que a Infração 01 fica retificada para o valor de R\$ 41.257,81, conforme novo demonstrativo de débito anexo a esta Informação Fiscal.

O contribuinte se manifesta nas fls. 197/207,

Das matérias preliminares

Diz que o Fiscal não rechaçou os fundamentos ali externados, uma vez que se limitou a mencionar que foram elaboradas planilhas demonstrando o débito. Sucede que essa mera constatação é insuficiente para afastar os sólidos elementos jurídicos veiculados pela empresa. Afirma que não houve impugnação específica quanto às matérias trazidas pela Autuada, notadamente no que se refere à insegurança na determinação do auto de infração e ao vício no ato de constituição. Pontua que o Fiscal também não contestou o fato de que deixou de realizar uma avaliação individualizada das operações, circunstância que compromete a apuração, notadamente diante do dever de observância ao princípio da busca pela verdade material. Reitera e mantém os termos das preliminares, pugnando pela nulidade integral do auto de infração.

Do reconhecimento pelo fiscal da procedência da impugnação no que tange as mercadorias “preservativos”, “produtos automotivos”, “chupeta” e “capa de proteção celular”.

Repete os argumentos já aceitos pelo fiscal e verifica aceitação da fiscalização quanto à exclusão dos referidos itens

Do reconhecimento pelo fiscal da procedência da impugnação no que tange os valores de ICMS-ST já destacados nas notas fiscais de entrada e da MVA ajustada indevidamente para a mercadoria fios ou aços não ligados. Informa que o fiscal também acatou os argumentos da Autuada no que se refere aos valores de ICMS-ST já destacados nas notas fiscais de entradas. Da mesma forma, reconheceu que a MVA foi ajustada indevidamente para a mercadoria “fios ou aços não ligados”, de NCM 7217, o que ocorreu por erro do sistema de fiscalização.

Do crédito tributário lançado indevidamente – “conjunto expositor de fios e cabos” e “fita pp tr 45x40 c/4 pratik”.

Volta olhares para os demais aspectos do auto de infração que está consubstanciado na suposta falta de recolhimento de ICMS-ST para os produtos “conjunto expositor de fios e cabos” e “fita pp tr 45x40 c/4 pratik”.

Fixa entendimento que a incidência de ICMS-ST deve observar os termos exatos da legislação baiana, ou seja, o Anexo I do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012). Ou seja, para que haja incidência de ICMS-ST, a mercadoria deve integrar a lista constante de referido Anexo I, onde é necessário

observar tanto o código NCM quanto a descrição do produto. Assim, para que haja incidência de ICMS-ST, é imprescindível que haja identidade de NCM e descrição da mercadoria e aquela constante no Anexo I do RICMS/BA.

Em relação ao “conjunto expositor de fios e cabos”, reitera todos os argumentos utilizados em sede de impugnação. Frisa a empresa que referido produto é utilizado como expositor de outras mercadorias, trata-se de aquisição para fim especificamente comercial. Logo, de imediato, verifica-se que não se trata de mercadoria do segmento “materiais de construção e congêneres”, como quer enquadrar o n. auditor fiscal, que classificou essa mercadoria no subitem 8.48, do Anexo I do RICMS/BA.

Além disso, no próprio demonstrativo analítico do ano de 2020, apresentado pelo fiscal em sede de manifestação, o auditor classifica referida mercadoria na NCM 84798999, a qual sequer encontra previsão no Anexo I do RICMS/BA. Nesse sentido, a fim de comprovar o alegado, confira-se recorte do demonstrativo apresentado pelo n. fiscal, onde é possível ver a classificação da mercadoria na NCM 84798999:

29/01/20	29/01/20	-	66823 / 1 CONJUNTO EXPOSITOR DE FIOS E CABOS
05/02/20	-		CodItem:1910100100 - NCM:84798999

Em relação à mercadoria “fita pp tr 45x40 c/4 pratik”, também reitera todos os argumentos apresentados na impugnação apresentada oportunamente, sendo que esse produto foi classificado na NCM 3919, sendo que o auditor insiste em enquadrá-lo no item 8.9, do Anexo I do RICMS/BA, em que consta a seguinte descrição: “veda rosca, lona plástica para uso na construção, **fitas isolantes** e afins”. De imediato, verifica-se que a “fita pp tr 45x40 c/4 pratik” não encontra previsão no Anexo I, do RICMS/BA. Explica que se trata de fita adesiva para empacotamento, sendo que a descrição contida no item 8.9 menciona de forma específica a fita isolante. Trata-se de dois produtos completamente distintos, pois a fita alvo da autuação é a fita adesiva, a qual não possui o isolamento dentre as suas funcionalidades, jamais podendo ser considerada como “fita isolante”. Confira-se (fita adesiva à esquerda da ilustração; fita isolante à direita da ilustração):



Assim, volta a sustentar que não há que se falar em cobrança de ICMS-ST para as mercadorias “conjunto expositor de fios e cabos” e “fita pp tr 45x40 c/4 pratik”, não há previsão delas no Anexo I do RICMS/BA (Mercadorias Sujeitas à Substituição Tributária ou Antecipação Tributária), motivo pelo qual deve o Auto de Infração ser julgado totalmente improcedente.

Do equívoco do n. auditor fiscal quanto ao valor atualizado do auto de infração.

São reiterados todos os argumentos apresentados em sede de Impugnação, sendo que para as cobranças mantidas pelo auditor, correspondendo apenas às mercadorias “conjunto expositor de fios e cabos” e “fita pp tr 45x40 c/4 pratik”, também deve o auto de infração ser julgado improcedente, pois, conforme visto, não há incidência de ICMS-ST para tais produtos, pois não há previsão deles no anexo I, do RICMS/BA.

Esclarece que o auditor manteve o auto de infração apenas para as mercadorias “conjunto expositor de fios e cabos” e fita pp tr 45x40 c/4 pratik”, sendo que considerou todos os demais argumentos defensivos da empresa, alterando o valor do exercício de 2019 para R\$ 17.850,20 e do exercício de 2020 para R\$ 23.407,61, assim, a infração ficou retificada para o valor de R\$ 41.257,81, “conforme” novo demonstrativo de débito.

Assinala que ao analisar de forma atenciosa o novo demonstrativo de débito apresentado pelo n. auditor, é possível verificar que há apenas seis unidades da mercadoria “conjunto expositor de fios e cabos”, total encontrado para os anos de 2019 e 2020. No mesmo sentido, há apenas uma unidade da mercadoria “fita pp tr 45x40 c/4 pratik”. Assim, o valor atualizado do Auto de Infração, em caso de não acolhimento dos argumentos da Autuada, corresponde a R\$ 4.009,08. Confira-se:

2019

DATA	DESCRIÇÃO ITEM	NCM	VICMSANT.
07/02/2019	CONJUNTO EXPOSITOR DE FIOS E CABOS	73089090	R\$ 397,45
15/02/2019	CONJUNTO EXPOSITOR DE FIOS E CABOS	73089090	R\$ 397,45
01/08/2019	CONJUNTO EXPOSITOR DE FIOS E CABOS	73089090	R\$ 397,45
15/08/2019	FITA PP TR45X40 C/4 PRATIK	39191010	R\$ 1.226,93
29/08/2019	CONJUNTO EXPOSITOR DE FIOS E CABOS	73089090	R\$ 397,45
30/08/2019	CONJUNTO EXPOSITOR DE FIOS E CABOS	73089090	R\$ 397,45
		TOTAL 2019	R\$ 3.214,18

2020

DATA	DESCRIÇÃO ITEM	NCM	VICMSANT.
29/01/2020	CONJUNTO EXPOSITOR DE FIOS E CABOS	84798999	R\$ 794,90
		TOTAL 2019	R\$ 794,90

Esclarece ainda que os resumos acima foram elaborados a partir do próprio demonstrativo analítico apresentado pelo nobre fiscal. Assim, estão contidas nas planilhas acima todas as mercadorias que correspondem a “conjunto expositor de fios e cabos” e “fita pp tr 45x40 c/4 pratik” encontradas no demonstrativo apresentado pela fiscalização.

Frisa que o valor de **R\$ 4.009,08** é resultante da soma de ICMS-ST supostamente devido em relação às mercadorias “conjunto expositor de fios e cabos” e “fita pp tr 45x40 c/4 pratik”, sendo que tal soma foi extraída do próprio demonstrativo apresentado em conjunto com a manifestação fiscal. Assim, caso o nobre julgador de primeira instância não entenda pela não incidência de ICMS-ST para as mercadorias “conjunto expositor de fios e cabos” e “fita pp tr 45x40 c/4 pratik”, de forma subsidiária, deve considerar o montante de **R\$ 4.009,08** como valor retificado do Auto de Infração. É o que requer a Autuada.

Do equívoco do n. auditor fiscal em não reconhecer os valores de ICMS-ST recolhidos e já destacados em notas fiscais de entrada.

Aponta que que deixou o n. auditor fiscal de considerar valores de ICMS-ST já recolhidos em seu demonstrativo de débitos. Da mesma forma, o n. fiscal continua computando como não recolhidos valores relativos ao ICMS-ST que já foram destacados nas notas fiscais de entrada. Ou seja, trata-se de mais dois equívocos em relação ao novo demonstrativo de débitos, os quais se configuram em excesso por parte do fisco baiano.

Em relação aos valores recolhidos e não considerados na apuração, a Autuada verificou que o auditor fiscal não se atentou que algumas notas fiscais são emitidas em um determinado mês, sendo que a entrada do produto pode ocorrer no mês subsequente, mês em que de fato haverá a contabilização do ICMS-ST, ou seja, é nessa competência subsequente que se encontrará a informação de recolhimento do imposto. Assim, ao deixar de observar referido ponto, o auditor fiscal considerou como zerado o recolhimento do imposto para diversas mercadorias.

Anexa tabelas demonstrativas (doc. 02, 03, 04, 05 e 06) que apontam o recolhimento de ICMS-ST de todas as mercadorias listadas pelo no demonstrativo de débitos apresentado, que não os produtos “conjunto expositor de fios e cabos” e “fita pp tr 45x40 c/4 pratik”. Nesse sentido, realizando o cotejo entre o demonstrativo do auditor fiscal e as planilhas apresentadas (doc. 02, 03, 04, 05 e 06), para demonstrar o alegado de forma exemplificativa, vê a operação envolvendo o produto “KIT LAVELLO BRANCO 4090”, Nota Fiscal nº 209548, emitida em 07/02/2019. Referida Nota Fiscal foi emitida em fevereiro de 2019, porém, a contabilização (entrada) da mercadoria se deu em 06/03/2019, competência em que o n. auditor encontraria a informação do recolhimento do ICMS-ST. Confira-se recorte do demonstrativo do n. auditor:

DtDocor	DataEmissa	DtAut	NunDocGen	Descrição / Coditem / NCM	Item	MVA%										Valores Debitos						
						VlBdems	VlBdesc	VlInvInt	IP	VlDesc	Quant	Ajust	MVA%	Pauta	Aliq%	FatCorv	Cŕtico	PeríodoBc	VlBdems	VlCredens	VlInvInt	
						A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M	N	O	P	Q
Período 2019/02																						
01/02/19	01/02/19	01/02/19	44990 / 1	3393 OS2 PLATINA SOFT- ACAB PREG 1416/1510 CR MEDIO	1	420,48	691,48	0,00	0,00	0,00	45,00	18	64,45	18	1	124,47	0,00	691,48	29,43	95,34		
01/02/19	01/02/19	01/02/19	44990 / 1	1416 C40 MONOPLA SOFT - REGISTRO PRESSAO VED- 1/2 DN15 1/2 DN15 1/2 DN15 AGUA Q/F	2	223,20	367,05	0,00	0,00	0,00	12,00	18	64,45	18	1	66,07	0,00	367,05	15,82	50,45		
01/02/19	01/02/19	01/02/19	44990 / 1	2101/45 MONACO- TORN. G.R. COZINHA MESA 1/2 DN15	3	199,12	327,45	0,00	0,00	0,00	8,00	18	64,45	18	1	58,94	0,00	327,45	13,94	45,00		
01/02/19	01/02/19	01/02/19	44990 / 1	2101/50 PLATINA- TORN. G.R. COZ. MESA 1/2 DN15	4	298,68	451,18	0,00	0,00	0,00	12,00	18	64,45	18	1	88,41	0,00	451,18	20,91	67,50		
01/02/19	01/02/19	01/02/19	44990 / 1	2093 OS2 PLENA- TORN. G.R. COZ. PAREDE CALTO- 1/4 VT	5	339,48	558,27	0,00	0,00	0,00	12,00	18	64,45	18	1	100,49	0,00	558,27	23,76	76,73		
01/02/19	01/02/19	01/02/19	44990 / 1	2128- TORN. CURTA PIAUINHO AMAR. CHAVETA- 1/2DN15 1/2DN15	6	217,44	357,58	0,00	0,00	0,00	34,00	18	64,45	18	1	54,36	0,00	357,58	15,22	48,14		
01/02/19	01/02/19	01/02/19	44990 / 1	2190 OS2 PLENA- TORN. G.R. LAVATORIO MESA- 1/4 VT 1/2 DN15 NEBR1281 AGUA Q/F	7	339,48	558,27	0,00	0,00	0,00	12,00	18	64,45	18	1	100,49	0,00	558,27	23,76	76,73		
01/02/19	01/02/19	01/02/19	44990 / 1	2190 OS2 PLENA- TORN. G.R. LAVATORIO MESA- 1/4 VT 1/2 DN15 NEBR1281 AGUA Q/F	8	307,68	505,98	0,00	0,00	0,00	12,00	18	64,45	18	1	91,08	0,00	505,98	21,54	69,54		
01/02/19	01/02/19	01/02/19	44990 / 1	1428 C3 BASICO- TORR. MAO LAVAR 1/2 DN15 OU 3/4 DN20	9	1,00	0,00	0,00	0,00	0,00	31,00	18	104,20	18	1	432,98	0,00	1,00	76,53	354,45		
01/02/19	01/02/19	01/02/19	68550 / 1	PAPEL MANTERGAS 20014/0M C05 UN - PRATIC	14	1.121,98	2.405,44	0,00	95,09	0,00	31,00	18	104,20	18	1	1.121,98	0,00	2.405,44	52,66	228,88		
01/02/19	01/02/19	01/02/19	68550 / 1	PAPEL MANTERGAS 20014/0M C05 UN - SMART	15	733,80	1.551,98	0,00	36,19	0,00	30,00	18	104,20	18	1	279,34	0,00	1.551,98	52,66	228,88		
07/02/19	07/02/19	07/02/19	209548 / 2	TORNEIRA COZINHA 1/2 CH 1/2 BRANCA 1159-1	1	726,00	1.193,91	0,00	0,00	0,00	380,00	18	64,45	18	1	214,9	0,00	1.193,91	50,82	164,08		
07/02/19	07/02/19	07/02/19	209548 / 2	ASCENTO ALMOF PRIME BR 2385	3	4.443,54	7.307,48	0,00	0,00	0,00	196,00	18	64,45	18	1	1.316,33	0,00	7.307,48	311,05	1.004,28		
07/02/19	07/02/19	07/02/19	209548 / 2	REGISTRO PVC 3D SEM CAMPORA INAFROM 1957-1	5	536,00	1.098,02	0,00	31,80	0,00	240,00	18	64,45	18	1	197,55	0,00	1.098,02	44,52	153,16		
07/02/19	07/02/19	07/02/19	209548 / 2	KIT LAVELLO BRANCO 4090	7	174,48	361,27	0,00	6,72	0,00	12,00	18	64,45	18	1	54,23	0,00	361,27	12,21	40,02		
06/03/19																						

Verifica-se que o fiscal considerou como zerado o valor de ICMS-ST informado pela Autuada para o produto “KIT LAVELLO BRANCO 4090”, Nota Fiscal nº 209548, emitida em 07/02/2019. Ocorre que, conforme supramencionado, a contabilização dessa nota fiscal ocorreu em março de 2019, mês da entrada do produto. Nesse sentido, confira-se demonstrativo apresentado pela Autuada, o qual detalha que o ICMS-ST, no valor de R\$ 42,02, fora recolhido na competência de março/2019 (doc. 02):

A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M	N	O	P	Q
FILIAI	NF	DT_EMISSAO	CODITEM	DESMER	NCM	ITEM	BASEICMS	ALIQICMS	MVA	CFOP	DT_ENTRAD	GRP_ST	UF_OP	BSE_ST	ALIST	ST
41	44163	07/02/2019 00:00	503627	DESEMPLUSA THOMPS18K306X1	3,927E+09	15	153,36	7	64,45	2403	20/02/2019 00:00	69	SP	252,2	18	34,86
41	44163	07/02/2019 00:00	503646	DESEMPL.CORR THOMPS.A2 6X1	3,927E+09	31	415,51	7	64,45	2403	20/02/2019 00:00	69	SP	683,32	18	93,91
41	44163	07/02/2019 00:00	503626	6X	3,927E+09	6	122,88	7	64,45	2403	20/02/2019 00:00	69	SP	207,76	18	27,73
41	209548	07/02/2019 00:00	4807180	KIT BANH.HERC LAVEL.5PC B00	3,925E+09	7	174,48	7	64,45	2403	06/03/2019 00:00	73	RS	301,27	18	42,02

Além do demonstrado acima, discorre que o auditor fiscal também deixou de considerar em sua nova apuração, os valores de ICMS-ST já destacados nas notas fiscais de entrada. Referido ajuste deveria ter sido observado, visto que foi acatado pelo auditor fiscal o argumento defensivo referente aos valores de ICMS-ST já destacados nas notas fiscais de entradas.

Esclarece que, mais uma vez, a fiscalização computou como devidos valores já destacados em Notas Fiscais de entrada. Confira-se o recorte do novo demonstrativo de débitos apresentado pelo fiscal em sede de manifestação:

07/02/19	07/02/19	44163 / 0	BALDE PARA CONCRETO 12 LITROS	2	122,40	201,29	27,95	1,00	0,00	36,00	18	64,45	18	1	36,33	0,00	201,29	8,57	27,95
07/02/19	07/02/19	44163 / 0	BANDEJA PARA PINTURA MEDIA	19	34,38	155,21	21,35	1,00	0,00	78,00	18	64,45	18	1	27,94	0,00	155,21	6,51	21,35

Salienta que a partir do fragmento colacionado acima, é possível verificar que na coluna

“VLICMSInf” o auditor fiscal aponta o valor já recolhido quando da entrada da mercadoria, sendo que na coluna “VLICMSAnt” considera o valor como devido. Ou seja, mais uma vez, trata-se de excesso cometido pelo fisco baiano, o que deve ser observado e rechaçado do Auto de Infração, visto que se trata de cobrança extremamente abusiva!

Informa ainda que, além das planilhas demonstrativas anexadas à presente manifestação, apresenta a empresa os arquivos do SPED (docs. 07), onde é possível que o fisco baiano confira e confirme todo o alegado. Assim, por todo exposto, restou devidamente comprovado que o n. auditor fiscal deixou de considerar o recolhimento de valores de ICMS-ST pelo simples fato de estarem contabilizados no mês subsequente ao de emissão da nota fiscal.

Conclusão

Requer que seja julgada totalmente procedente a impugnação, acolhendo-se as preliminares ou os motivos de mérito, para fins de desconstituição do débito objeto do auto de infração. Solicita que as intimações sejam direcionadas diretamente à empresa no seu domicílio.

Nas fls. 228/233, consta manifestação réplica da anterior.

Em diligência solicitação às fls. 252, este colegiado solicitou à INFRAZ DE ORIGEM científicação do autuante sobre a manifestação do autuado e produzir Informação Fiscal a respeito, nos termos do art. 127, § 6º do RPAF.

Na conclusão da diligência, fls. 256/258, passa a informar que:

Na Mercadorias “CONJUNTO EXPOSITOR DE FIOS E CABOS”, “FITA PP TR 45X40 C/4 PRATIK”.

Sobre a primeira mercadoria, além de reiterar os argumentos utilizados na impugnação, fala que a autuada acrescenta que no demonstrativo analítico de 2020 o fiscal classificou o referido produto na NCM 84798999, a qual sequer encontra previsão no ANEXO I do RICMS/BA.

Informa que o produto “CONJUNTO EXPOSITOR DE FIOS E CABOS” está classificado na posição NCM 7308.9, item 8.48, do ANEXO I do RICMS/BA, por isso, reiterou os argumentos já apresentados na Informação Fiscal anexa a este PAF às fls. 164 a 166. Quanto a alegação da autuada sobre a classificação da NCM no demonstrativo analítico de 2020 sequer encontra previsão no ANEXO I do RICMS/BA, esclareceu que a fonte dos dados é a Escrituração Fiscal Digital (EFD) do contribuinte entregues à SEFAZ/BA, via sistema SPED e dessa forma, a informação da NCM do referido produto, ora aparece com NCM 7308.9 e ora aparece com a NCM 84798999, em sua escrita fiscal, sendo que esta última NCM se refere a “Máquinas e aparelhos mecânicos com função própria”, de acordo com a Tabela TIPI e não se enquadraria na descrição da mercadoria autuada, como define o próprio impugnante em sua defesa.

Em relação ao produto “FITA PP TR 45X40 C/4 PRATIK”, o nosso entendimento é que está classificado na posição NCM 3919, item 8.9 do ANEXO I DO RICMS/BA, portanto, incluído no regime de substituição tributária do ICMS. A posição 39.19 da NCM engloba todos os tipos de veda rosca, lonas plásticas, fitas isolantes, bem como produtos afins. Conforme o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, “afim” significa o que apresenta “afinidade, semelhança ou ligação”, ou seja, relação, analogia, ou ainda, conformidade ou identidade. Portanto, mesmo a mercadoria autuada sendo fita adesiva, como alega a autuada, pela classificação na NCM/SH vê que se trata de fitas de material plástico, apresentadas em rolos de largura não superior a 20 cm e com as mesmas características da fita isolante, podendo ser utilizada para o acabamento de pinturas, especificamente na demarcação e mascaramento de áreas e, portanto, enquadra-se também como material de construção.

Para a alegação de equívoco do Auditor quanto ao valor atualizado do Auto de Infração. Informa que manteve o auto de infração apenas para as mercadorias “CONJUNTO EXPOSITOR DE FIOS E CABOS” e “FITA PP TR 45X40 C/4 PRATIK”. Assim, caso o julgador não acolha os argumentos da impugnante pela improcedência da autuação, entende que a soma do ICMS/ST das referidas mercadorias é R\$ 4.009,08.

Afirma que o argumento da autuada não procede, pois explica que a Infração 01 refere-se ao recolhimento a menor do ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadoria provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior. Foi apresentada uma planilha (fl.13) onde consta o valor mensal apurado no período, comparando com o valor lançado pela empresa e a diferença é o valor exigido do imposto. Como exemplo, pede observar que na planilha analítica anexa às fls. 174 a 177, no mês 03/2019, onde não se encontra nenhuma das duas mercadorias mencionadas pela autuada e consta uma diferença de R\$ 11.559,93 de ICMS/ST devido. Portanto, o valor remanescente da autuação de R\$ 41.257,81 não se refere a apenas as mercadorias supracitadas.

Em relação ao não reconhecimento dos valores de ICMS/ST já recolhidos e já destacados em notas fiscais de entrada. Informa que a referida nota foi emitida em 07/02/2019, porém, a contabilização se deu em 06/03/2019. Alega ainda que o fiscal também deixou de considerar em sua nova apuração os valores de ICMS/ST já destacados nas notas fiscais de entradas, tendo alegações sem procedência, pois esclarece que, para o cálculo do pagamento do ICMS/ST, o RICMS/BA determina em seu Art. 332, § 2º que o contribuinte regularmente inscrito no CAD/ICMS e que preencham determinados requisitos poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal. No caso da falta dessa informação na EFD, foi utilizado o segundo critério que é a data da emissão da nota fiscal. Caso fosse utilizado o critério da data da contabilização, o valor a pagar do ICMS/ST no exercício seria maior.

Salienta que o novo demonstrativo de débitos lançado na Informação Fiscal apresentou débitos do ICMS/ST de 2019 nos seguintes valores: mês 02 –R\$ 12.296,60; mês 03_R\$ 25.050,58 e Mês 08_R\$ 14.051,49 enquanto pela tabela demonstrativa apresentada pelo autuado os referidos meses apontam o ICMS/ST de R\$ 11.656,95(mês 02); R\$ 22.764,21(mês 03) e R\$ 10.475,12(mês 08), sendo que foram recolhidos R\$ 7.714,89 para o Mês 01, R\$ 13.490,65 referente ao mês 03 e R\$ 12.342,93 para o mês 08. No caso do exemplo apresentado pelo autuado da nota fiscal nº 209548, a mudança de referência na planilha do mês 02 para o mês 03 não provocaria qualquer alteração do valor da autuação, uma vez que ambos os meses se encontram em débito do referido imposto.

Quanto ao argumento de que o Fisco deixou de considerar em sua nova apuração os valores de ICMS/ST já destacados nas notas fiscais de entradas, esclarece que nas diversas notas fiscais de aquisição interestadual da empresa autuada constam produtos com ICMS/ST em que existe acordo celebrado entre a Bahia e a UF interessada para o recolhimento do tributo antecipado e constam mercadorias em que não contemplam qualquer acordo. Neste último caso, a empresa adquirente do produto deverá efetuar o recolhimento do imposto. É o caso dos produtos da Nota Fiscal de Entrada nº 44163, utilizada como exemplo pelo impugnante, em que os produtos citados com NCM 39259090, constante do Item 8.17, do ANEXO I do RICMS/BA não tem Protocolo ICMS com outro UF para a retenção e recolhimento do imposto, por isso, ao adquirir a mercadoria em outro estado, fica responsável pelo recolhimento do ICMS/ST.

Por tudo quanto aqui exposto considera que o AI deve ser julgado parcialmente procedente, conforme informação fiscal anterior.

VOTO

Como acima relatado, contendo 01 (uma) infração, o auto exige R\$ 746.148,62.

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 de fls. 74, 75, 167, 192-194, bem como do que se percebe na peça defensiva, 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, c) a

infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 04-77, 168-191); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato que no estado em que se encontra, não há víncio a macular o PAF em análise, pois contém suficiente elementos para formar minha convicção, de modo que, com fundamento no art. 147, I, “a”, do RPAF, indefiro a diligência solicitada.

A impugnação consiste em: a) preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração e da sua base de cálculo, pois o AI teria sido constituído de forma genérica com base em operações com mercadorias sem incidência de ICMS-ST e sem considerar ICMS-ST já recolhido e destacado nas NF-es; b) mérito: b.1) exigência fiscal em operações não sujeitas a ICMS-ST (preservativo: produto isento; produtos automotivos: “Silicone Spray” e “Limpa Pneus” – NCM 3910.00.12; produto de uso comercial: Conjunto Expositor de Fios e Cabos; produto de uso pessoal: Chupeta; produto utilizado para empacotamento: Fita PP tr 45x40 c/4 PRATIK; produto capa de proteção celular: Capa Sans.GLX A10S Preto); b.2) não consideração de ICMS-ST destacados nas NF-es de entrada e recolhidos pelo fornecedor; b.3) MVA ajustada indevidamente pelo Autuante para operações envolvendo “fios de ferro ou aços não ligados”.

Ainda que misturando na preliminar, matéria de mérito, os argumentos de nulidade não prosperam porque, como já retro insinuado, o Auto de Infração lavrado por autoridade administrativa competente do ente tributante, contempla acusação fiscal correspondente à infração descrita e apenada na forma legal. O sujeito passivo, recebendo cópias dos demonstrativos suporte, revelando sua integral compreensão, exerceu seu direito de defesa na forma indicada no art. 123 do RPAF sem qualquer óbice da parte contrária, apresentando, inclusive, elementos de provas para suporte de suas razões. Elas foram analisadas ao pormenor pela autoridade fiscal autuante no contraditório instalado neste PAF, de modo a demonstrar sem sentido lógico nem jurídico as alegações de nulidade que, em verdade, relacionam-se ao mérito do caso, como oportunamente se verá.

Afasto, pois, a nulidade suscitada e passo apreciar o mérito do caso.

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).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, ferramenta de auditoria de ICMS criado e desenvolvido por Auditores Fiscais da SEFAZ-BA com apoio do Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia – IAF, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre do confronto dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias, regularmente transmitidos e recebidos pela SEFAZ sem inconsistências na forma indicada no Ajuste SINIEF 02/09 (Cláusula décima), única escrituração com valor jurídico a provar a favor e contra o contribuinte (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

Ao analisar os elementos de provas apresentados pelo Impugnante por ocasião da Informação Fiscal, acertadamente a autoridade fiscal autuante viu razão quanto aos seguintes itens:

Preservativos: NCM 4014.10.00

Pois as operações com tal produto/mercadoria são amparadas por isenção de ICMS (RICMS-BA: Art. 264, XXIII e Convênio ICMS 116/1998, Cláusula primeira, §§ 1º e 2º).

Produtos automotivos: “Silicone Spray” e “Limpa Pneus” – NCM 3910.00.12

Por não constarem do Anexo I do RICMS-BA e os ter equivocadamente considerados enquadrados no item 8, subitem 8.4, como produtos de uso na construção civil.

Chupeta – CHP E.AIR CLASSICA FIONA BABY SIL TAM2 AZUL – NCM 3926.90.40

Por não constar do Anexo I do RICMS-BA.

Capa Sans.GLX A10S Preto – NCM 4202.92.00

Por não constar do Anexo I do RICMS-BA e o ter equivocadamente considerado enquadrados no item 12, subitem 12.5.0, do Anexo I, como produtos de papelaria.

Também, acertadamente, viu razão na reclamação quanto:

- Não consideração de ICMS-ST destacados nas NF-es de entrada e recolhidos pelo fornecedor, pois, de fato não os considerou no procedimento fiscal original quando havia acordo para antecipação tributária total pelo contribuinte substituto na UF de origem.
- MVA ajustada indevidamente pelo Autuante para operações envolvendo “fios de ferro ou aços não ligados, NCM 7217, sob alegação de “por um erro do sistema de fiscalização, a mercadoria foi classificada indevidamente no cálculo do ICMS-ST com a MVA de 55,61%”, não considerando a base de cálculo reduzida.

Por consequência, em conformidade com a disciplina do § 1º do art. 18 do RPAF, ajustou o procedimento fiscal excluindo os “preservativos”, “produtos automotivos”, “chupetas”, “capa de celular”, considerando os valores do ICMS-ST destacados nos documentos fiscais de entrada, bem como corrigindo a MVA para “fios de ferro ou aços não ligados, NCM 7217” indevidamente considerada no procedimento fiscal original. Isto resultou na redução da exação de R\$ 746.148,62 para **R\$ 41.257,81**, conforme os novos demonstrativos suportes de fls. 168-191.

Cientificado do ajuste, dizendo-se atendido quanto aos demais pleitos materiais da inicial, o sujeito passivo voltou aos autos protestando quanto à manutenção de exigência fiscal sobre as operações com “CONJUNTO EXPOSITOR DE FIOS E CABOS” e “FITA PP TR 45X40” C/4 PRATIK”, reiterando os argumentos, quais sejam:

CONJUNTOS EXPOSITORES DE FIOS E CABOS

Reafirmou que os utiliza como expositor de outras mercadorias, não sendo, portanto, mercadoria do segmento “materiais de construção e congêneres” como entende o Autuante, classificando-os no subitem 8.48 do Anexo I do RICMS-BA. Ademais, diz que no próprio demonstrativo suporte analítico de 2020 ajustado por ocasião da Informação Fiscal os classifica na NCM 84798999 que sequer se encontra no Anexo I do RICMS-BA, conforme parte plotada do citado demonstrativo.

FITA PP TR 45X40” C/4 PRATIK

Reiterando os argumentos da defesa inicial, disse que o item foi classificado na NCM 3919, mas o Autuante insiste em enquadrá-la no item 8.9 do Anexo I, do RICMS-BA, em que consta a seguinte descrição: “veda rosca, lona plástica para uso na construção, **fitas isolantes** e afins”. Contudo, o Impugnante entende não haver previsão para ST do item no Anexo I, porque se trata de fita adesiva para empacotamento e não fita isolante.

Além do protesto para os dois itens cujos argumentos não foram acolhidos pelo Autuante, registrou haver equívoco do Autuante quanto ao valor restante exigido pelo AI, uma vez que ainda que se superasse seu pedido de improcedência em face da não incidência de ICMS-ST sobre operações com essas duas mercadorias, únicas que entende restariam objeto de autuação, o valor

devido seria apenas R\$ 4.009,08 e não R\$ 41.257,81, de modo que, subsidiariamente, pede considerar devido apenas R\$ 4.009,08.

Também alegou ainda haver equívoco do Autuante por não reconhecer valores de ICMS-ST já destacados em notas fiscais de entrada. Nesse sentido afirmou verificar que o Autuante não atentou para o fato de algumas entradas de notas fiscais emitidas em determinado mês pode ocorrer no mês subsequente onde haverá a contabilização/competência do ICMS-ST, como se verifica nas tabelas demonstrativas plotadas (docs. 02 a 06) apontando recolhimento de ICMS-ST das demais mercadorias que constam do demonstrativo suporte ajustado pelo Autuante. Cita como exemplo, o produto “KIT LAVELLO BRANCO 4090”, NF-e 209548, emitida em 07/02/2019, porém contabilizada em 06/03/2019.

Também plotando como exemplo excerto do demonstrativo suporte constando extrato da exação relativa à NF 44163 de 07/02/19, alega que o Autuante computou como devidos valores já destacados em notas fiscais de entrada (Coluna VlIcmsInf), mas não os deduziu no cálculo do ICMS-ST exigido (Coluna VlIcmsAnt.), como acatou no cálculo de outras NF-es em face de acolhimento do mesmo argumento.

Por sua vez, em oportuna Informação Fiscal em face de diligência deferida por este órgão julgado, rebatendo os argumentos do Impugnante, a autoridade fiscal autuante, informou:

CONJUNTOS EXPOSITORES DE FIOS E CABOS

Consta da posição NCM 7308.9, item 8.48 do Anexo I do RICMS-BA, pois se caracteriza como material para andaimes, para armações (cofragens), eletrocalhas e perfilados de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para construção, exceto treliças de aço, conforme disciplina do art. 289 do RICMS-BA, ainda que possam ser utilizados em outras finalidades. Quanto à alegação sobre a classificação da NCM no demonstrativo analítico, esclarece que consta da EFD elaborada pelo próprio contribuinte autuado e ora aparece com a NCM 7308.9 ora com a NCM 84798999, sendo esta relativa a “Máquinas e aparelhos mecânicos com função própria”, de acordo com a Tabela TIPI.

FITA PP TR 45X40” C/4 PRATIK

Entende classificada na posição NCM 3919, item 8.9 do Anexo I do RICMS-BA. Aduz que a posição 39.19 engloba todos os tipos de veda rosca, lonas plásticas, fitas isolantes, bem como produtos afins. Ou seja, produtos que presenta “afinidade, semelhança ou ligação”, conformidade ou identidade. Portanto, mesmo que seja fita adesiva, trata-se de material plástico, apresentado em rolos de largura não superior a 20 cm, com as mesmas características da fita isolante, podendo ser utilizada para acabamento de pinturas, especificamente na demarcação e mascaramento de áreas. Portanto, enquadra-se como material de construção.

- EQUÍVOCO DO AUDITOR QUANTO AO VALOR ATUALIZADO DO AUTO DE INFRAÇÃO

Informou não proceder o argumento de o valor restante (R\$ 41.257,81) se referir apenas aos CONJUNTOS EXPOSITOR DE FIOS E CABOS e FITA PP TR TR 45X40 C/4 PRATIK que, caso sejam mantidos somam apenas R\$ 4.009,08, pois o valor ajustando se refere ao recolhimento do ICMS-ST a menos que o devido para os períodos fevereiro, março, agosto 2019 e janeiro e outubro 2020, conforme demonstrativos refeitos (fls. 170-191). Observou que na planilha suporte da apuração relativa ao período março 2019 (fls. 174-177) apura-se a diferença exigida de R\$ 11.559,93, ainda que não conste CONJUNTOS EXPOSITOR DE FIOS E CABOS nem FITA PP TR TR 45X40 C/4 PRATIK.

- NÃO RECONHECIMENTO DOS VALORES DE ICMS-ST JÁ RECOLHIDOS E JÁ DESTACADOS EM NOTAS FISCAIS DE ENTRADA:

a) Notas Fiscais emitidas em um mês cuja entrada pode ocorrer no mês subsequente – Exemplo: KIT LAVELLO BRANCO 4090 – NF 209548 emitida em 07/02/2019 contabilizada em 06/03/2019, sem considerar na autuação o ICMS-ST já destacados nas notas fiscais de entrada.

Informou não proceder a alegação defensiva, pois, conforme o art. 332, § 2º, do RICMS-BA, o

ICMS-ST deve ser recolhido até o dia 25 do mês subsequente ao da data da emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, pelos contribuintes regularmente inscritos no CAD/ICMS preenchendo determinados requisitos, sendo que na falta dessa informação na EFD, utilizou a data da emissão da nota fiscal, cujo recolhimento deve ocorrer até o dia 09 do mês subsequente. Aduziu que, caso utilizasse a data da contabilização, o valor do ICMS-ST seria ainda maior, pois o novo demonstrativo suporte aponta devido os seguintes valores: a) 2019: mês 02 –R\$ 12.296,60; mês 03_R\$ 25.050,58 e Mês 08_R\$ 14.051,49 enquanto pela tabela demonstrativa apresentada pelo autuado os referidos meses apontam o ICMS/ST de R\$ 11.656,95(mês 02); R\$ 22.764,21(mês 03) e R\$ 10.475,12(mês 08), sendo que foram recolhidos R\$ 7.714,89 para o Mês 02, R\$ 13.490,65 referente ao mês 03 e R\$ 12.342,93 para o mês 08. No caso do exemplo da nota fiscal nº 209548, a mudança de referência na planilha do mês 02 para o mês 03 não provocaria qualquer alteração do valor da autuação, uma vez que ambos os meses se encontram em débito do referido imposto.

b) Não consideração dos valores de ICMS-ST já destacados nas NF-es de entradas

Esclareceu que nas NF-es objeto da exação constam produtos do ICMS/ST em que existe acordo celebrado entre a Bahia e a UF interessada para o recolhimento do tributo antecipado, bem como constam mercadorias não contempladas por acordo para antecipação tributário por ST. Neste último caso, a empresa adquirente do produto deverá efetuar o recolhimento do imposto. É o caso dos produtos da Nota Fiscal de Entrada nº 44163, utilizada como exemplo pelo impugnante, cujos produtos com NCM 39259090, constam do Item 8.17, do ANEXO I do RICMS/BA não tem Protocolo ICMS com outro UF para a retenção e recolhimento do imposto, por isso, ao adquirir a mercadoria em outro estado, fica responsável pelo recolhimento do ICMS/ST.

Pois bem, ponderando as razões de acusação e defesa relacionadas ao contraditório restante no caso, constato:

CONJUNTOS EXPOSITORES DE FIOS E CABOS

Devem ser mantidos porque, além dos CFOPS 2910 e 2152 (entradas de bonificação, doação ou brinde e transferência para comercialização) contrariarem a alegação defensiva de serem produtos adquiridos para integrar o ativo permanente da empresa para uso como peça expositora de outras mercadorias, registre-se que a NCM 7308.9 constante do item 8.48 do Anexo I do RICMS-BA figurar em NFs-es da mercadoria (54567, de 07/02/2019, 54916, de 15/02/2019, 61018, de 01/08/2019, 61798, de 29/08/2019 e 61865, de 30/08/2019).

FITA PP TR 45X40” C/4 PRATIK

Deve ser excluído porque pesquisando na rede mundial de computadores (Internet) se atesta razão caber ao Impugnante, pois: a) corresponde a Fita Adesiva Transparente fabricada com filme de polipropileno, adesivo acrílico a base de resina e borracha sintética e tubete de papelão de alta resistência ao cisalhamento, indicada para fechamento de caixas de papelão em geral, sendo um tanto “forçada” a “afinidade, semelhança ou ligação” proposta pelo Autuante. Ou seja, relação, analogia, ou ainda, conformidade ou identidade para enquadramento com a NCM 39.19, item 8.9 do Anexo I do RICMS-BA, que contempla veda rosca, lona plástica para uso na construção e congêneres, fitas isolantes e afins, até porque para enquadramento no regime de antecipação tributária por substituição, há que se observar, além da previsão da NCM no Anexo I, a coincidência da descrição do produto/mercadoria, a despeito de que em caso de erro do emitente do documento fiscal ser possível ajustar o produto/mercadoria efetiva, o que não é o caso.

- EQUÍVOCO DO AUDITOR QUANTO AO VALOR ATUALIZADO DO AUTO DE INFRAÇÃO**- NÃO RECONHECIMENTO DOS VALORES DE ICMS-ST JÁ RECOLHIDOS E JÁ DESTACADOS EM NOTAS FISCAIS DE ENTRADA:**

a) Notas Fiscais emitidas em um mês cuja entrada pode ocorrer no mês subsequente – Exemplo: KIT LAVELLO BRANCO 4090 – NF 209548 emitida em 07/02/2019 contabilizada em 06/03/2019, sem considerar na autuação o ICMS-ST já destacados nas notas fiscais de entrada.

b) Não consideração dos valores de ICMS-ST já destacados nas NF-es de entradas, tomando o exemplo do Impugnante com a NF-e de entrada 44163.

Para tais pontos, razão assiste à autoridade fiscal autuante, pois: (I) excetuando a exclusão relacionada à **FITA PP TR 45X40” C/4 PRATIK** que farei de ofício, não há equívoco quanto ao valor restante da exação, uma vez que não se refere apenas aos CONJUNTOS EXPOSITOR DE FIOS E CABOS e FITA PP TR TR 45X40 C/4 PRATIK, mas ao recolhimento do ICMS-ST a menos que o devido para os períodos fevereiro, março, agosto 2019 e janeiro e outubro 2020, conforme demonstrativos refeitos (fls. 170-191); (II) ao contrário do alegado, os valores das mercadorias sujeitas ao ICMS-ST pelo contribuinte substituto com previsão em acordo firmado pela Bahia com as UFs de origem foram considerados, sendo que na inexistência de acordo a responsabilidade pelo recolhimento cabe ao adquirente e é o que está sendo exigido nas demais operações, como detalhadamente explanado pelo Autuante com a mercadoria da NF-e nº 44163, utilizada como exemplo pelo impugnante, cujos produtos com NCM 39259090, constam do Item 8.17, do ANEXO I do RICMS/BA, mas a Bahia não possui acordo para recolhimento por contribuinte substituto na UF de origem para a retenção e recolhimento do imposto.

Quanto à alegação defensiva relativa à NF-es emitidas em um mês cuja entrada pode ocorrer no mês subsequente – Exemplo: KIT LAVELLO BRANCO 4090 – NF 209548 emitida em 07/02/2019 contabilizada em 06/03/2019, sem considerar na autuação o ICMS-ST já destacados nas notas fiscais de entrada, com meus destaques, é de se ter em conta a seguinte disciplina legal:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

I - até o dia 9 do mês subsequente:

a) ao da ocorrência dos fatos geradores, tratando-se de contribuintes sujeitos ao regime de conta-corrente fiscal de apuração do imposto;

....

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;

...

g) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando:

1 - o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuá-la em valor inferior ao estabelecido no acordo;

§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CAD-ICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, **poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III do caput deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal**, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino:

I - possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da Federação;

Portanto, o recolhimento do ICMS-ST deve ocorrer até a data prevista no inciso I “a” do art. 332, do RICMS-BA (até o dia 09 do mês subsequente ao do fato gerador).

Registre-se que como se vê nos demonstrativos resumos de fls. 170 e 182, os valores antecipados e comprovadamente recolhidos foram deduzidos na apuração, restando na autuação apenas o valor resultante da diferença entre o ICMS-ST apurado devido e o recolhido nos períodos fevereiro, março e agosto 2019, janeiro e outubro 2020, de modo que tenho a infração acusada como parcialmente subsistente em **R\$ 40.030,88**,

Voto, pois, pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, cujo demonstrativo resumo do débito é:

OCORRÊNCIA	VL. LANÇADO	VL. JULGADO
fev/19	19.167,50	4.581,71
mar/19	51.921,42	11.559,93
mai/19	10.036,67	0
jun/19	61.895,61	0
jul/19	101.291,54	0
ago/19	32.409,22	481,63
set/19	16.974,97	0
out/19	54.991,14	0
nov/19	68.062,62	0
jan/20	37.840,08	13.533,88
fev/20	13.582,97	0
mar/20	18.666,99	0
abr/20	8.100,29	0
mai/20	4.445,15	0
jun/20	8.336,68	0
jul/20	30.124,48	0
ago/20	12.990,52	0
set/20	15.811,01	0
out/20	55.045,64	9.873,73
nov/20	70.649,79	0
dez/20	53.804,33	0
TOTAL	746.148,62	40.030,88

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 293872.0005/22-7, lavrado contra **MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 40.030,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” 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 art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS - JUGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR