

A. I. N° - 298963.0001/21-9
AUTUADA - BAITINGA MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO CALMON ANJOS DE SOUZA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/05/2024

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N°. 0024-06/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Comprovado que os bens adquiridos e os registros fiscais do contribuinte indicam a sua utilização como para uso e consumo, a infração fica mantida. b) LANÇAMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE. Estranha ao feito constata a pertinência do argumento defensivo quanto a cobrança em duplicidade, ajustando o lançamento. Infração parcialmente elidida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Ajustes realizados em sede de Informação Fiscal, reduzem o valor lançado, atendendo pleito defensivo. Infração parcialmente subsistente. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Infração não contestada. 4. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. Infração reconhecida. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. POR ANTECIPAÇÃO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Superada a questão preliminar, o contribuinte não impugnou o mérito da acusação. Infração subsistente. 6. FALTA DE RECOLHIMENTO E RETENÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não contestada pela autuada. Não acolhidas as arguições quanto a nulidade do lançamento. Negado o pedido para realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 25 de março de 2021 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 73.088,38, além de multa de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **001.002.002**. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no montante de R\$ 4.440,66, ocorrências constatadas nos meses de fevereiro, abril a setembro, novembro e dezembro de 2017, multa de 60%.

Infração 02. **001.002.020**. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, nos meses de janeiro a maio de 2017, totalizando R\$ 47.519,65, multa de 60%.

Infração 03. **002.014.004**. Deixou o adquirente 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, nas hipóteses regulamentares, no valor de R\$ 13.827,55, em janeiro a dezembro de 2017, sugerida multa de 60%.

Infração 04. **003.002.002.** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro a maio de 2017, lançado ICMS de R\$ 2.043,86, além da multa de 60%.

Infração 05. **003.002.005.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas, em fevereiro, abril, junho a dezembro de 2017, lançado imposto de R\$ 654,13, bem como multa de 60%.

Infração 06. **007.001.001.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, sendo lançado R\$ 4.594,46, e as ocorrências constatadas nos meses de fevereiro, junho e setembro de 2017. Multa: 60%.

Infração 07. **007.002.003.** Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, em março de 2017, no valor de R\$ 8,07, aplicada multa de 60%.

A autuada, por intermédio de advogada, constituída na forma do instrumento de fl. 95, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 57 a 70, onde, inicialmente, após resumir a ação fiscal e os fatos ali ocorridos, aduz que em análise do Auto de Infração, o mesmo deve ser declarado nulo ou julgado improcedente, em razão de ter o autuante cometido erros no lançamento, e estar exigindo imposto indevido. Preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento, uma vez que “aparentemente” o autuante não teria cumprido os procedimentos formais obrigatórios prescritos no Regulamento do Processo Administrativo para instauração do procedimento administrativo fiscal e para a lavratura do Auto de Infração. Pontua que esta falta de observância das regras legais decerto impõe a declaração de nulidade do Auto de Infração ante o não preenchimento dos requisitos formais obrigatórios para o lançamento do crédito tributário, de acordo com o teor dos artigos 3º e 142 do CTN, copiados. Traz em reforço, doutrina de James Marins, reproduzida.

Não obstante saber que o processo administrativo fiscal não requer rigorosa formalidade, já que também é regido pelo princípio do informalismo, entretanto disso não deriva a premissa de que a autoridade fiscal, no desempenho de atividades plenamente vinculadas, possa adotar outros procedimentos que não aqueles previstos na legislação de regência, arremata. Fala ser sabido que do princípio do informalismo decorre a possibilidade de adoção de formas mais simples no processo administrativo, desde que suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, de acordo com o entendimento extraído do artigo 2º, parágrafo único, IX, da Lei Federal 9.784/99.

Pelo princípio do informalismo igualmente sabido também que o conteúdo deve prevalecer sobre o formalismo extremo, desde que sejam respeitadas as formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (artigo 2º, parágrafo único, VIII, Lei Federal 9.784/99). Lembra que no Estado da Bahia o RPAF, previsto no Decreto 7.629/99, dispõe sobre o procedimento legal aplicável ao Procedimento Administrativo Fiscal, à ação fiscal, ao lançamento do crédito tributário e a instauração do processo administrativo fiscal, e já no seu artigo 2º (transcrito), determina que deverão ser observados os princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa.

Aduz que o princípio da oficialidade, segundo James Marins, deve ser entendido como *“a obrigação cometida à autoridade administrativa em promover a impulsão oficial ao procedimento e ao Processo Administrativo, mesmo nos casos em que tenha sido iniciado pelo contribuinte”*, conclui.

Avançando no exame do RPAF, vê que o artigo 15 trata dos atos e termos processuais que devem ser lavrados no curso da ação fiscal, além de prescrever os procedimentos obrigatórios a serem observados pela autoridade fiscal, consoante transcrição, e os artigos 26 e 28 do RPAF (reproduzidos), tratam especificamente da ação fiscal, dizem sobre o momento em que se considera iniciado o procedimento fiscal e descrevem a lavratura dos termos necessários à ciência do contribuinte.

Constata que no presente procedimento, a autuada não foi previamente intimada para apresentar esclarecimentos ou documentos, nem tomou ciência de qualquer Termo de Intimação Fiscal ou Termo de Início de Procedimento Fiscal, tendo conhecimento apenas de um e-mail encaminhado no dia 20/01/2021 à contabilidade da empresa (vide documento anexo) remetido através do endereço eletrônico “acas123@hotmail.com” que foi supostamente subscrito pelo autuante, conforme reprodução.

Conquanto o Procedimento Administrativo Fiscal seja regido pelo princípio do informalismo, e como dito acima, formas mais simples possam ser adotadas, frisa não poder dizer que no presente procedimento foram respeitadas minimamente as formalidades básicas necessárias à instauração da ação fiscal, nem afirmar que dos atos praticados no presente procedimento fiscal decorram a necessária segurança e o respeito aos direitos do contribuinte.

Primeiro, destaca não constar no Domicílio Tributário Eletrônico da empresa quaisquer termos de intimação fiscal ou de início de procedimento fiscal dando prévia ciência do início desta ação fiscal. Também não lhe foram requisitados por meio de intimação fiscal quaisquer documentos ou arquivos, assevera. Segundo, ao que parece não foi sequer dada prévia ciência à autuada pelos meios oficiais e legais de que estaria sendo fiscalizada.

Acosta planilha que representaria as mensagens constantes no Domicílio Tributário Eletrônico, onde constaria apenas a mensagem referente ao próprio Auto de Infração, sendo a única comunicação oficial encaminhada à empresa, isto é, o próprio Auto de Infração impugnado. Verifica constar anexo ao Auto de Infração um Termo de Início de Procedimento Fiscal emitido em 13/01/2021, mas aparentemente tal mensagem não foi encaminhada ao seu DTE antes da lavratura do Auto de Infração, como demonstram os prints apresentados. A respeito do e-mail, ressalva não ter certeza se de fato foi enviado pelo autuante, haja vista que o endereço de origem não é um endereço eletrônico oficial da Sefaz Bahia “@sefaz.gov.ba.br”.

De todo modo, caso tal comunicação tenha sido de fato enviada pelo autuante, percebe não estar de acordo com as formalidades mínimas exigidas nos artigos 26 e 28 do RPAF e não tem validade para fins de instauração da ação fiscal, nem tampouco vale como Termo de Intimação Fiscal do contribuinte, vez que não pode ser considerada como uma comunicação oficial um e-mail proveniente de servidor “hotmail”, no qual não constam sequer as informações básicas da empresa e da autoridade fiscal, como nome, sobrenome, cadastro e o comunicado sobre a abertura da ação fiscal.

Por outro lado, se o e-mail não provém da autoridade fiscal que lavrou o presente lançamento, aparentemente a autuada não foi cientificada do início da ação fiscal, nem mesmo por meios informais, o que decerto impõe a declaração de nulidade do Auto de Infração em razão da inobservância dos procedimentos formais obrigatórios previstos nos artigos 2º, 15, 26 e 28 do RPAF que compromete a validade jurídico-formal do ato de lançamento do crédito tributário.

Com base no exposto, fica, portanto, suscitada a preliminar de nulidade do Auto de Infração em razão da inobservância dos procedimentos formais obrigatórios para instauração da ação fiscal e ciência da contribuinte fiscalizada, conclui. Sem prejuízo da preliminar suscitada, acrescenta que está impedida de exercer o seu direito constitucional à ampla defesa em razão da entrega de demonstrativos incompletos. Verifica em relação à infração 06, na qual o autuante lança o ICMS supostamente devido por antecipação parcial, que o anexo de dez páginas que detalha o lançamento está incompleto, vide que a última coluna de todas as páginas do demonstrativo está cortada. Na realidade, pensa ser a última coluna, mas não tem certeza se há mais alguma coluna no documento original.

Para comprovar, reproduz uma página do documento, mas está anexando o demonstrativo na íntegra à presente defesa, garante. A incompletude das informações decerto impede o contribuinte não apenas de verificar os valores auditados e confrontá-los com os valores lançados no Auto de Infração, como também não permite a identificação do que seria esta última coluna, conforme indicado, alega. Vislumbra ainda não ser possível sequer identificar as informações e os valores finais lançados na infração, na forma da plotagem apresentada. Desse modo, reputa ter restado indevidamente obstruído o seu direito de defesa em relação a esta infração pelo impedimento de acesso às informações detalhadas acerca da infração a si imputada.

Logo, se não se cogita da nulidade do Auto de Infração, ao menos deve a presente infração ser anulada com base nos artigos 18, inciso II, 28, § 4º, II do RPAF ou na pior das hipóteses deve o referido anexo ser entregue à autuada contendo todas as informações completas, reabrindo-se o prazo de defesa, ao menos em relação à esta infração, para que possa sobre ela se manifestar e exercer de forma ampla e irrestrita o seu direito de defesa.

Sem prejuízo do exposto e embora não cogite da total procedência do presente Auto de Infração, por cautela processual, passa a impugnar o mérito das infrações, o que não significa que estejam supridas as lacunas formais suscitadas acima, que a seu ver contaminam desde a origem o presente lançamento e não podem ser sanadas. Ressalva que a apresentação da defesa de mérito visa tão somente resguardar os interesses do contribuinte, e não suprir as faltas cometidas pelo autuante, já que pode ser extremamente prejudicada se não exercer o dever processual de alegar toda a matéria defensiva na impugnação, em razão do teor do artigo 123, § 1º do RPAF.

Conforme se depreende da leitura do Auto de Infração o autuante lhe imputou a utilização indevida de crédito fiscal decorrente da aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo, do lançamento de Notas Fiscais em duplicidade, além da falta de recolhimento do ICMS incidente nas aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária, decorrente de erro na aplicação da alíquota e na base de cálculo e falta de retenção de ICMS na condição de substituto tributário, indica.

De antemão sustenta que, sem prejuízo da preliminar de nulidade suscitada acima, reconhece o débito lançado nas infrações 04, 05 e 07 e, cumprindo suas obrigações tributárias, já providenciou o recolhimento de acordo com os documentos que anexa. Em relação às demais infrações entende que não procedem as alegações do autuante, havendo erro no lançamento e cobrança indevida de imposto, motivo pela qual apresenta impugnação pelas razões a seguir expostas.

De logo, observa, como é de conhecimento, que o ICMS é imposto não cumulativo, tendo o contribuinte o direito inafastável ao crédito da etapa anterior, de acordo o princípio da não cumulatividade insculpido no artigo 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal e no artigo 28 da Lei 7.014/96, transcritos. Se apegar ao ensinamento de Roque Carrazza, quanto o princípio da não cumulatividade do ICMS não que comporta restrições, devendo “*permanecer íntegro ainda que um dos contribuintes deixe de recolher o tributo ou a Fazenda Pública de lançá-lo...Basta que as leis de ICMS tenham incidido sobre as operações ou prestações anteriores para que o abatimento seja devido*”.

Diz ser cediço, por ser contribuinte do ICMS a autuada, que atua no comércio varejista de materiais para construção, tem o direito constitucional e infralegal ao crédito do imposto independentemente da origem do crédito e da efetiva cobrança do ICMS nas anteriores operações ou prestações.

Passando à análise pormenorizada das infrações imputadas no lançamento ora impugnado, para a infração 01, o autuante glosou créditos do imposto decorrentes de mercadorias adquiridas para uso e consumo, todavia, como se sabe, lhe é assegurado apropriar-se do crédito do ICMS nas aquisições destinadas ao uso e consumo ou ao ativo fixo, como decorre da leitura do artigo 20 da LC 87/96 e do artigo 29 da Lei 7.014/96, transcritos. Logo, não há maiores discussões em torno da permissão legal para o contribuinte apropriar os créditos decorrentes das aquisições destinadas ao uso e consumo, finaliza.

Analisando o anexo que instrui a infração 01, pontua que o autuante enumerou diversas notas fiscais, as quais inclusive ora anexa para fins comprobatórios de suas alegações, e dentre estes documentos existem diversas notas emitidas por empresas optantes do Simples Nacional, as quais não possuem o ICMS destacado no campo específico, mas contemplam o crédito nas informações complementares, de acordo com a regra prevista no artigo 23 da Lei Complementar 123/2006 e o artigo 229, incisos VII e X do RICMS, este último transcrito.

Como exemplos meramente ilustrativos de tal ocorrência cita, dentre outras, a Nota Fiscal 202, a de número 5807 em relação a qual inclusive o autuante glosou o valor de R\$ 1.029,39, sem considerar, no entanto, que consta das informações complementares na própria nota fiscal o valor do crédito de R\$ 580,87. Ademais, assevera existirem Notas Fiscais que contém o ICMS devidamente destacado no campo específico e mesmo assim houve glosa do crédito em valor menor ou maior do que imposto destacado, a despeito do direito ao crédito destacado. Traz exemplos de tais ocorrências.

Desse modo, ao se realizar as glosas deixou-se de considerar os créditos das notas emitidas pelas empresas do Simples Nacional e também os créditos efetivamente destacados, restringindo indevidamente o direito ao crédito da autuada e exigindo tributo indevido, assevera. Para comprovar apresenta as Notas Fiscais de entrada do ano de 2017.

Relativamente à infração 02, onde se imputou à autuada o creditamento indevido de imposto decorrente do lançamento de Notas Fiscais em duplicidade e no anexo “Crédito Indevido – Nota Fiscal lançada em duplicidade – Lista de Notas Fiscais” descreve as ocorrências das supostas infrações, analisando os Registros de Entradas da autuada do período de janeiro a maio de 2017, foi objeto da infração 02, verifica que de fato constam lançamentos duplicados das Notas Fiscais enumeradas no anexo. Lamentavelmente, tal evento decorreu da mudança de sistema gerencial na empresa, justifica. Assim, sem qualquer ação voluntária de sua parte, reconhece que ocorreu um erro durante a importação do banco de dados do sistema anterior para o novo que gerou a duplicação de lançamentos nos meses de fevereiro e abril de 2017.

Apesar disto, indica que o autuante realizou dupla glosa dos créditos lançados, ou seja, glosou tanto o crédito que é de direito legítimo da autuada, correspondente ao imposto destacado na nota fiscal, como também aquele que foi lançado a *posteriori*, por duplicação do registro. E assim mais uma vez negou indevidamente o direito do contribuinte ao crédito do imposto destacado nas operações anteriores.

De acordo com o Registro de Entradas dos meses de janeiro a maio de 2017 extraído do arquivo eletrônico (EFD-ICMS) e com as notas fiscais de entrada do mesmo período alega ter créditos legítimos, devidamente destacados nos documentos fiscais, no valor total de R\$ 25.204,71 (vide Anexo I) que não poderiam em nenhuma hipótese ser objeto de glosa no presente lançamento.

Para corroborar anexa os registros fiscais de entrada e também as Notas Fiscais de entrada do período, comprovando-se por assim dizer o seu direito ao crédito no valor de R\$ 25.204,71.

Quanto a infração 03, na qual foi imputada a falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária ou antecipação por ter adquirido mercadorias provenientes de fora do estado, para tanto, enumera em anexos separados a lista das mercadorias que entende estarem sujeitas à substituição no período de ocorrência dos fatos geradores, examinando o ANEXO I do RICMS vigente entre 01/01/2017 a 31/12/2017, período a que se referem os fatos geradores aqui discutidos não verificou a presença de diversas mercadorias enumeradas pelo autuante.

Como exemplo dos itens que não estavam na substituição tributária em 2017, de acordo com o ANEXO I do RICMS cita:

- Tanque duplo e pias sintético (NCM 6810.99.00). Observa que o tanque em questão é aquele utilizado para lavar roupas, e não o tanque para armazenar água que é o item referido no Anexo I);
- Carrinho para CPU (NCM 3926.90.90). Utensílio de informática e não de produto usado na construção como refere o Anexo I;
- Rodapés (NCM 3925.20.00). Item não contemplado no Anexo I;
- Perfil redutor (NCM 3916.20.00). Se trata de material confeccionado em madeira da marca ECXT. Os produtos sujeitos à substituição tributária são aqueles fabricados em PVC ou plástico;
- Utensílios de cozinha e domésticos (NCM 3924). Se incluem nesta categoria todos os produtos descritos abaixo, os quais, como se pode ver, não estão previstos no ANEXO I do RICMS: Descanso de panela, escorredor, tábua, forma, mix palete trio, lava tudo com pregador, jarras, porta sabão, kit medidor, cestinha empilhável, copo, lixeira, tigela, boleira, porta talheres, cobre tudo, cesto, taça, farinheira, bisnaga, peneiras, shakeira, forma para gelo, potes e conjuntos de potes, pratos, canecas;
- Açucareiro Inox (NCM 7323.93.00) e Lixeira e Correio de inox (NCM 7323.99.00). Produtos com o NCM 7323 sujeitos à substituição tributária previstos no ANEXO I do RICMS que não condizem com os produtos comercializados pela empresa;
- Canecas e aparelho de jantar (NCM 6912.00.00). Os produtos com o NCM 6912 sujeitos à substituição tributária previstos no ANEXO I do RICMS não condizem com os produtos comercializados pela autuada;
- Cadeados (NCM 8301.10.00). A posição 8301 prevista no ANEXO I do RICMS não contempla os cadeados;
- Pedra para afiar disco (NCM 6801.19.00). O ANEXO I não prevê esta NCM;
- Corrediças (NCM 8302.42.00). A posição 8302 prevista no ANEXO I do RICMS não contempla as corrediças;
- Escada extensível de fibra de vidro (NCM 7616.99.00). O ANEXO I do RICMS não incluiu na substituição tributária os objetos da posição 7616 fabricados em fibra de vidro.

Diante disto, reforça ter o autuante cometido sérios equívocos na glosa de créditos legítimos do ICMS, aos quais a autuada tem o direito constitucional e infralegal de creditar-se, podendo escriturar ditos créditos e compensar com o valor do débito do imposto nas etapas seguintes, já que as mercadorias mencionadas acima não estavam sujeitas à substituição tributária na época dos fatos. Tem, pois, como demonstradas as razões de improcedência do Auto de Infração, as

quais estão devidamente fundamentadas na legislação vigente na época dos fatos como determina o artigo 144 do CTN, e também comprovadas por meio de documentação idônea que se anexa à defesa. Diante do exposto, requer seja acolhida integralmente a presente Impugnação, vez que cabível e tempestiva, para declarar a nulidade do Auto de Infração ou, na pior das hipóteses, julgá-lo improcedente.

A fim de instruir a presente impugnação e comprovar suas alegações defensivas igualmente requer desde já a juntada dos documentos anexos (Notas Fiscais, Registros de Entrada, Planilha demonstrativa, atos constitutivos, DAE e comprovante de pagamento, procuração e documentos de identificação).

Informação Fiscal prestada pelo autuante às fls. 109 e 110, esclarece inicialmente que em relação à arguição de não ter feito a entrega do Termo de Início de Fiscalização, que a ciência ao contribuinte foi dada às 11 horas e 22 minutos do dia 14 de janeiro de 2021, e que o primeiro anexo deste Auto de Infração entregue ao contribuinte é o Termo de Início de Fiscalização.

Em relação ao argumento defensivo quanto a infração 06, aponta ter sido o Auto de Infração digitalizado por conta da pandemia, para entrega ao contribuinte, e uma pequena faixa do demonstrativo, envolvendo apenas a segunda casa decimal dos centavos, foi cortada, garantindo estar enviando o demonstrativo original para o sujeito passivo, para sua análise, anexando igualmente aos autos.

Em relação à infração 01, indica não ser a glosa feita somente a partir das Notas Fiscais, mas sim, da escrituração da empresa, conforme exemplifica, e no caso em questão assevera ter a autuada se apropriado indevidamente de créditos fiscais de materiais de uso e consumo, o fazendo com valores superiores aos destacados nos documentos fiscais, sendo a glosa realizada sobre o total dos valores escriturados, porquanto indevidos, independente do crédito destacado na Nota Fiscal, sendo que no presente caso, os valores lançados foram diferentes dos destacados naqueles documentos.

Quanto a infração 02, argumenta que no demonstrativo apresentado e que serviu de lastro para o lançamento do débito, constam Notas Fiscais, cada uma considerada apenas uma vez, com os seus números, datas de emissão, chaves eletrônicas, valores, base de cálculo e valores devidos, asseverando que nenhum lançamento foi considerado duas vezes, atribuindo a equívoco da autuada, tal argumento. Por fim, na infração 03, aponta estar a autuada com razão, tendo sido o levantamento efetuado com base na NCM e as exceções constantes na legislação não foram consideradas no levantamento, e por este motivo, para correção, foram excluídos todos os produtos apontados pela defesa, refazendo os demonstrativos, ora apensados, com redução do débito para R\$ 8.051,27, conforme anexo. Juntou documentos de fls. 111 a 129.

Cientificada por meio de mensagem enviada pelo Domicílio Tributário Eletrônico, com ciência expressa em 11/08/2021, via leitura, acerca da Informação Fiscal e dos novos valores apurados para o lançamento (fl. 131), a empresa autuada, por outra advogada senão aquela responsável pela impugnação, ainda que amparada por procuração (fl. 149), apresentou manifestação (fls. 133 a 141), onde após resumir os fatos, aduz que ainda que diante do reconhecimento de que o demonstrativo da infração 06 continha informações incompletas, o prazo de defesa de sessenta dias não foi reaberto, conforme artigo 123 do RPAF/99, sendo apenas concedido dez dias para manifestação, o que cercearia o seu direito de defesa, vez o prazo de dez dias termina restringindo indevidamente o exercício da defesa.

Diante de tal fato, requer que se determine a correção da intimação ou a da Informação Fiscal prestada, se reintimando a empresa para apresentar defesa, se necessário, suscitando a nulidade da intimação e da Informação Fiscal, ante a incerteza, dúvida e insegurança geradas, por não saber ao certo se deve neste momento apresentar defesa ou manifestação.

Repete os argumentos já postos anteriormente, em relação ao reconhecimento das infrações 04, 05 e 07, bem como aqueles para as impugnadas infrações 01 e 02, e em relação a esta última, diz ser necessária a análise aprofundada dos demonstrativos a fim de verificar se o lançamento foi considerado duas vezes. Finaliza, requerendo a declaração de nulidade total do Auto de Infração, ou o seu julgamento improcedente, ou no caso de procedência da infração, deferir diligência fiscal, ou, pelo menos, determinar a revisão do lançamento diante dos excessos apontados, realizando-se as exclusões/ajustes da base de cálculo requeridos. Pugna pela juntada dos documentos ora anexados, requerendo prazo para manifestação e juntada de documentos que se façam necessários a depender do resultado da diligência e/ou do teor da manifestação fiscal.

Tendo sido o feito encaminhado pela Infaz/Recôncavo para julgamento pelo CONSEF (fl. 153), sem qualquer conhecimento do teor da manifestação do sujeito passivo ao autuante e a oportunidade deste se manifestar, além da intervenção de duas advogadas diversas, ainda que ambas com procuração da empresa, em 25/05/2022 houve a determinação da Junta de Julgamento Fiscal para a realização de diligência, com o seguinte objetivo:

- Intimar o sujeito passivo a esclarecer no prazo de dez dias, quem é de fato a sua advogada, através de cassação do mandato concedido a uma delas ou o subestabelecimento da procuração.
- Esclarecida tal situação, intimar o autuante a se manifestar acerca da manifestação defensiva apresentada.

Em atenção ao quanto requerido na diligência, em 07/12/2022 foi a empresa intimada a atender a mesma, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico, com ciência tácita (fl. 158), retornando aos autos em documento assinado pela Dra. Ingrid Rios Mascarenhas Alves, OAB/BA 43.695 (fl. 160), no qual informa que, juntamente com a Dra. Jaciane Mascarenhas Vivas, OAB/BA 26.354, são patronas da empresa no presente Auto de Infração, apresentando à fl. 161 o respectivo subestabelecimento.

Servidora estranha ao feito, designada para prestar informação fiscal, diante da aposentadoria do autuante, esclarece que não vislumbra elemento cerceador do direito de defesa, pois a autuada recebeu o demonstrativo da infração 06 com todas as informações necessárias para defesa, os decimais cortados em algumas linhas do demonstrativo poderiam ser facilmente identificados e conhecidos aplicando a fórmula escrita no cabeçalho da coluna correspondente a apuração desses valores, não justificando assim reabertura do prazo de defesa. Registra ter a autuada reconhecido o débito lançado nas infrações 04, 05 e 07 e procedeu o recolhimento, bem como o débito lançado na Infração 03 ter sido alterado pelo autuante em sua Informação Fiscal prestada, vide fls. 109 a 130.

Em relação à infração 01, consigna não proceder a alegação defensiva, uma vez que as Notas Fiscais, objeto da autuação, acobertaram operações de aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento e de acordo com a legislação vigente aquisições para uso e consumo não dão direito a crédito. Reproduz o artigo 29 da Lei 7.014/96, e o artigo 33 da Lei Complementar Federal 87/96.

Para a infração 02, sustenta proceder a alegação do autuado, tendo em vista o fato de ter o autuante glosado os créditos nos dois lançamentos. Pode ser verificado na EFD do contribuinte que os créditos escriturados no mês de fevereiro de 2017 já haviam sido escriturados em janeiro de 2017, havendo duplicidade de lançamento, devendo ser glosados os créditos referentes ao mês de fevereiro de 2017. O mesmo acontece com os créditos escriturados em abril e maio de 2017 que haviam sido escriturados no mês de março de 2017, devendo ser glosados os créditos referentes aos meses de abril e maio de 2017. O valor da Infração 02 deve ser reduzido em R\$ 25.306,21 (vinte e cinco mil trezentos e seis reais e vinte e um centavo). Devido a redução do valor da infração 02 ocorrida, deverá ser dada ciência ao autuado desta Informação fiscal, concedendo prazo de dez dias para se manifestar se assim ainda desejar.

Cientificada dos termos da Informação Fiscal prestada, e dos novos demonstrativos elaborados, por meio de ciência expressa no Domicílio Tributário Eletrônico (fl. 169), o contribuinte não se manifestou, conforme informação de fl. 170. Os autos foram encaminhados pelo órgão preparador ao CONSEF em 07/11/2023 (fl. 170), recebidos no órgão julgador em 22/11/2023, e distribuídos a este relator em 30/11/2023 (fl. 170-v), sendo analisado, concluída a sua instrução e tido como apto para julgamento. Registrada a presença do procurador da empresa Sr. Gustavo Freitas, para fins de acompanhamento do julgamento.

VOTO

O lançamento constitui-se em sete infrações arroladas pela fiscalização, relativas à cobrança de ICMS, das quais foram objetivamente impugnadas as de número 01, 02 e 03. Das peças e elementos constantes nos autos, se constata que a formalização do procedimento de fiscalização se deu por meio da transmissão de Termo de Início de Fiscalização, pelo Domicílio Tributário Eletrônico, em 13/01/2021, com ciência expressa pela sua leitura em 14/01/2021, de acordo com o documento de fl. 08. Os elementos e documentos que suportam a acusação se encontram impressos às fls. 09 a 53 dos autos. Já a ciência da autuação se deu, também pelo Domicílio Tributário Eletrônico, em 05/04/2021, com ciência expressa pela sua leitura (fl. 55).

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a base legal para imposição e aplicação das multas sugeridas, os prazos para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução do percentual de multa por infração, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal. Voltaremos a tal tema, quando da apreciação das preliminares aventadas na defesa. Por outro lado, a autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, ainda que discorde, prova disso é que abordou aspectos das infrações impugnadas que entendia lhe amparar, trazendo fatos, elementos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da precisa e objetiva peça de impugnação e intervenção posterior à Informação Fiscal prestada.

Analisando inicialmente a questão preliminar suscitada, relativamente ao argumento de não ter sido a empresa regular e devidamente intimada do início da ação fiscal, constato que como já firmado linhas acima, e contrariamente ao posto pela defesa, a empresa foi sim, devida e oficialmente informada quanto ao início do procedimento de fiscalização por meio da transmissão de Termo de Início de Fiscalização, pelo Domicílio Tributário Eletrônico, em 13/01/2021, com ciência expressa pela sua leitura em 14/01/2021, de acordo com o documento de fl. 08, quanto a isso não restando qualquer dúvida, o que refuta a colocação defensiva apresentada, tendo sido atendida plenamente a regra regulamentar contida no artigo 28 do RPAF/99.

A tal dispositivo, se pode acrescentar a disposição do artigo 108 do mesmo diploma (*A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem*), e seu § 2º (*A comunicação por meio eletrônico somente será realizada para contribuinte credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br*), hipótese na qual se enquadra perfeitamente o autuado, que em todos os momentos processuais foi devidamente comunicado/intimado de todos os atos processuais por tal canal.

Quanto a eventual cerceamento do direito de defesa e de inobservância do devido processo legal, pelo fato de em relação à infração 06, o contribuinte ter recebido os arquivos “incompletos”, segundo sua ótica, esclareço que a arguição defensiva diz respeito apenas ao recebimento do

demonstrativo da mesma, apenas faltando em alguns casos a indicação da casa decimal dos centavos resultantes da aplicação da fórmula de cálculo do débito, estando presentes os demais elementos necessários à perfeita identificação da infração e os valores apurados.

O autuante, quando da Informação Fiscal acostou nova cópia do demonstrativo, o mesmo anteriormente apresentado, não se constituindo em novo elemento ou documento, mas sim, para que o contribuinte pudesse fazer a sua análise e, sendo o caso, contraditá-lo, o que não ocorreu, diante da apresentação de irresignação deste, por entender dever ser reaberto o prazo para defesa, o que não se configura, vez que o demonstrativo originalmente entregue, possibilitava a perfeita percepção da infração, dos documentos arrolados em todos os seus dados, descabendo, pois, a arguição defensiva posta.

Tivesse observado e analisado a planilha elaborada, ainda que com o pequeno erro de impressão ocorrido e prontamente reconhecido pelo autuante que fez o encaminhamento do demonstrativo com todos os dados íntegros, como aliás, o primeiro ainda o foi, poderia o contribuinte, inclusive, com os dados da base de cálculo, impugnar as operações e valores eventualmente incorretos, o que não o fez.

Desta maneira, não se encontra caracterizado qualquer fato novo ou novo documento, que pudesse propiciar o alegado cerceamento do direito de defesa, até pelo fato deste princípio basilar do direito, nada mais sendo do que a possibilidade que o acusado tem, já gozando do direito ao contraditório, de lançar mão a todas as possibilidades de exercício pleno do seu direito de defesa, possibilitando-o trazer ao processo os elementos que julgar necessários ao esclarecimento da verdade. Vicente Greco Filho entende ser a ampla defesa constituída a partir de cinco fundamentos:

- “a) ter conhecimento claro da imputação;*
- b) poder apresentar alegações contra a acusação;*
- c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova;*
- d) ter defesa técnica por advogado;*
- e e) poder recorrer da decisão desfavorável”.*

Das cinco possibilidades listadas acima, apenas a última ainda não foi exercida pela defesa do contribuinte, pelo fato de a decisão de primeiro grau não ter sido prolatada, apenas o sendo neste momento processual, entretanto, o seu exercício se encontra plenamente garantido da leitura do artigo 169, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99. Logo, o direito de ampla defesa do sujeito passivo foi amplamente garantido e exercido, inclusive quanto ao item “a”, consoante já firmado alhures, estando, pois, cristalina a desnecessidade de se reabrir prazo para apresentação de defesa, quando os elementos essenciais a análise da infração, já se encontravam em poder do contribuinte, possibilitando ao mesmo exercer a sua defesa, o que não ocorreu por sua única vontade.

Diante do fato de independente de qualquer outro aspecto, a infração não ter sido impugnada, sequer virem aos autos prova dos recolhimentos apontados como não realizados pelo sujeito passivo, fica a mesma mantida, e tida como procedente. Em relação ao pleito para a realização de diligência, não acolho, tendo em vista o disposto no artigo 147, inciso I, alíneas “a” e “b” do RPAF/99, segundo o qual:

“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;*

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

A justificativa de tal negativa, se pauta no fato de que os dados que serviram de base para o lançamento foram retirados da escrituração fiscal e documentos fiscais emitidos para e pela empresa autuada, em suas operações, os quais são de seu pleno conhecimento e responsabilidade quanto a emissão e prestação das informações ali contidas (notas fiscais recebidas, emitidas e livros fiscais transmitidos pela EFD). A reforçar a negativa ora firmada, o autuante, em sede de informação fiscal analisou os elementos defensivos, comparando-os com os contidos no lançamento, inclusive acolhendo os argumentos postos em relação à infração 03.

Além disso, a servidora estranha ao feito, ao prestar a derradeira Informação Fiscal não somente revisou a inteireza do levantamento, como analisando a infração 02, indicou a sua redução, também pelo acatamento do argumento defensivo, fato, inclusive, não mais contestado pela defesa, ainda que devidamente cientificada e intimada, podendo se manifestar no prazo concedido, o que não ocorreu, se mantendo silente, o que pode ser entendido como concordância tácita.

Adentrando no mérito específico da autuação, esclareço, de logo, que analisarei cada infração de *per si*, tal como defesa e autuante abordaram, antes, porém apontando que a auditoria foi desenvolvida com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD) transmitida pelo sujeito passivo. Destaco ser a responsabilidade pela escrituração e envio da EFD de forma exclusiva do contribuinte, e ainda que ocorressem erros na sua transmissão, ou qualquer outro procedimento que implicasse em modificação, a legislação estipula prazo para as devidas correções, entretanto não as aceita quando da realização de auditoria, a menos que mediante intimação específica do Fisco, do que não se tem notícia nos autos. Assim, cabe unicamente ao autuado, sob sua inteira responsabilidade, escriturar os seus livros fiscais, e enviá-los para o ambiente SPED, arcando este com o ônus da ocorrência de erros e/ou equívocos, acaso existentes, embora não tenha havido tal arguição defensiva.

A infração 01, decorre da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, sendo o argumento defensivo o de que possui amparo legal para o uso do crédito, inclusive o presumido em operações realizadas com fornecedores optantes do Simples Nacional, com o que não concordam autuante e diligente. Do demonstrativo encartado às fls. 10 a 12, se constata serem os itens cujo crédito foi glosado, “fita de impressora matricial”, “gasolina comum”, “leitor para código de barras usb”, “refil para toner Epson preto”, “clips galvanizados”, “fita para embalagem”, “mouse” e “teclado”. Tais produtos, diante da atividade declarada da empresa de “comércio varejista de materiais para construção” não se coadunam com materiais que eventualmente a empresa venha a comercializar, não tendo vindo aos autos prova em tal sentido.

De igual modo, para o mês de fevereiro de 2017, foram listadas Notas Fiscais com CFOP de registro 1556, que significa “*compras dentro do estado, de produtos destinados ao uso e consumo do estabelecimento*”, ou seja, o próprio contribuinte atribuiu tais aquisições a materiais a serem consumidos em seu estabelecimento, o mesmo ocorrendo nos meses de abril e maio do mesmo ano, por exemplo, enquanto nos mesmos meses foram arroladas operações com CFOP 2556 “*compras interestaduais, de produtos destinados ao uso e consumo do estabelecimento*”. Ainda que afirme ter a empresa o direito legalmente garantido de se apropriar do crédito fiscal nas operações que realiza, tal fato não corresponde a realidade, como bem discorrido pela diligente. Fato é que o artigo 20 da Lei Complementar 87/96 assim dispõe:

“Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação”.

E tal norma é complementada pelo seu § 1º:

“Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento”.

Avançando um pouco mais, o artigo 33 da mesma Lei assim estabelece:

“Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

1 – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2033”, sendo esta a redação dada pela Lei Complementar 171, de 2019.

Ou seja, contrariamente ao entendimento defensivo, existe não somente limitação no uso do crédito fiscal, como, igualmente, vedação expressa a utilização do crédito fiscal em operações com bens destinados a uso e consumo, como no presente caso, o que concorre para que a infração seja mantida.

Analisando a infração 02, que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, a autuada ao tempo em que confessa ter ocorrido o fato, aponta duplicidade ocorrida na glosa, com o que não concorda o autuante, que mantém a autuação. Todavia, a diligente, acolhendo a tese defensiva, aponta ter ocorrido, em verdade, a alegada duplicidade, motivo e razão para a adequação dos valores efetivamente devidos, conforme indicação.

Segundo a mesma, como pode se verificar na EFD do contribuinte, os créditos escriturados no mês de fevereiro de 2017 já haviam sido escriturados em janeiro de 2017, havendo duplicidade de lançamento, devendo ser glosados os créditos referentes ao mês de fevereiro de 2017. O mesmo acontece com aqueles créditos escriturados em abril e maio de 2017 já haviam sido escriturados no mês de março de 2017, devendo ser glosados os créditos referentes aos meses de abril e maio de 2017.

Analisando o demonstrativo da infração de fls. 14 a 17, com efeito, se constata diversos documentos fiscais lançados em duplicidade pelo contribuinte, fato não negado pelo mesmo, que atribui tal fato a mudança de sistema contábil ocorrida. Nele, constato, ainda, o registro de uma mesma Nota Fiscal, com sua respectiva chave de acesso em períodos e valores diversos. Como exemplo do fato acima indicado como ocorrido, tomo a Nota Fiscal 1.104.276 de chave de acesso 35170161413282000143550010011042761027955024, registrada em 23/01/2017, com ICMS apropriado de R\$ 486,13.

A mesma Nota Fiscal 1.104.276 de idêntica chave de acesso e fornecedor, foi lançada novamente no demonstrativo elaborado pelo autuante, em 03/02/2017, desta vez com crédito apropriado de R\$ 249,52, valor que deve ser retirado do demonstrativo elaborado, vez representar duplicidade de cobrança, o que confirma a tese defensiva, ainda que o autuante tenha negado tal prática quando de sua Informação Fiscal.

O mesmo ocorre com a Nota Fiscal 1109522, de chave de acesso 351701611413282000143550010110955221028029342, lançada em 31/01/2017 com ICMS de R\$ 272,74, e lançada novamente em 24/02/2017, com ICMS de R\$ 134,10.

No mesmo sentido, a diligente, quando de sua Informação Fiscal, confirma tal fato, excluindo do levantamento as duplicidades verificadas, o que implicou na redução dos valores lançados, atendendo ao pleito defensivo. Conferidos os valores duplicados, e feitas as devidas exclusões, a infração 02 é parcialmente subsistente no montante de R\$ 25.306,21, de acordo com a demonstração abaixo:

2017

Janeiro	R\$	7.939,56
Fevereiro	R\$	0,00
Março	R\$	17.366,65
Abril	R\$	0,00
Maio	R\$	0,00
TOTAL	R\$	25.306,21

Por fim, na infração 03, que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS devido por responsabilidade solidária, nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais, junto a contribuinte substituto, por força de Convênio ou Protocolo, o autuado apresentou argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, no que foi acedido pelo autuante, quando de sua Informação Fiscal. Em relação aos produtos considerados pelo sujeito passivo como não submetidos à substituição tributária, importante se frisar inicialmente o entendimento da SEFAZ para o enquadramento, o qual consta do Parecer DITRI 25.452/2012, no seguinte sentido:

“ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente”.

Este não é entendimento novo, inclusive posso, de igual forma, invocar também o Parecer 11.219/2010, o qual traz o seguinte posicionamento:

“Há de se informar, inicialmente, que, para a inclusão de um produto na Substituição Tributária, é necessário que haja a sua identidade não só com uma das definições contidas nos diversos itens do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, RICMS, como com a classificação na NCM prevista no mesmo item”.

De igual modo, o Parecer 12.272/2013, dentre tantos outros existentes. Em outras palavras: para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessária a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição, regra geral a ser seguida.

Partindo de tal premissa, de igual modo, passo a analisar cada produto autuado de *per si*, para o exercício de 2017, período autuado, ao tempo em que lembro que para aquele ano, temos duas tabelas correspondentes ao Anexo I ao RICMS/12, no qual estão listadas as NCM e respectivos produtos submetidos à substituição tributária, o que significa dizer que aquelas NCM que não estejam no mesmo, ou as descrições que não se coadunem com as ali presentes não se submetem a tal sistemática de antecipação tributária total, com encerramento de tributação, não podendo ser exigido o imposto antecipadamente.

Tanque duplo e pias sintético (NCM 6810.99.00). Até 31/01/2017, a previsão para substituição tributária para a NCM 6810, se encontrava no item 8.22, do Anexo I ao RICMS/12, para o produto “Telhas de concreto” (NCM 6810.19), diversa daquele autuado. Mesma situação para o período de 01/02/2017 a 31/12/2017, estando correta a exclusão.

O Carrinho para CPU (NCM 3926.90.90). Até 31/01/2017, a previsão para substituição tributária para tal NCM se encontrava nos itens “9.15” (Contraceptivos (dispositivos intra uterinos - DIU) – Lista neutra), “9.20” (Chupetas e bicos para mamadeiras e para chupetas, de silicone) e “12.6” (Prancheta de plástico), cuja descrição não guarda qualquer identidade com o produto autuado e justifica a sua retirada do levantamento no período.

A partir de 01/02/2017, até 31/12/2017, além dos itens acima mencionados, a substituição tributária passou a valer em tal NCM, para “Outras obras de plástico, para uso na construção” (item 8.20), que também não guardam semelhança em sua descrição com o produto autuado, devendo ser retirado da autuação. Rodapés (NCM 3925.20.00). Tal NCM tinha previsão para substituição tributária em

janeiro de 2017 para *“Portas, janelas e seus caixilhos, alizares e soleiras”*, produto não coincidente com a descrição.

A partir de 01/02/2017, até 31/12/2017, a substituição tributária estava prevista para os mesmos produtos anteriormente indicados, o que afasta a cobrança efetuada. Perfil redutor (NCM 3916.20.00). Para janeiro de 2017, a previsão de tal NCM para substituição tributária era para *“Espirais - perfil para encadernação, de plástico e outros materiais das posições 3901 a 3914”*, descrição que não se adequa a dos produtos contidos no levantamento, estando no item 12.2 do Anexo I ao RICMS/12. A partir do mês de fevereiro, até dezembro de 2017, tal NCM tinha previsão para o mesmo produto. Exclusão correta. Utensílios de cozinha e domésticos (NCM 3924). Esta NCM possuía em janeiro de 2017, previsão para substituição tributária para *“Artefatos de higiene/toucadour de plástico, para uso na construção”* (item 8.14), *“Chupetas e bicos para mamadeiras e para chupetas, de silicone”* (item 9.20) e *“Mamadeiras”* (itens 9.26 e 19.33).

A partir de fevereiro de 2017, e durante o restante do período, a substituição tributária se aplicava a *“Artefatos de higiene/toucadour de plástico, para uso na construção”* (item 8.14), *“Chupetas e bicos para mamadeiras e para chupetas, de silicone”* (item 9.21) e *“Mamadeiras”* (item 9.27), o que afasta a incidência da figura da ST, pela não correspondência da descrição do produto autuado.

O Açucareiro Inox (NCM 7323.93.00) e Lixeira e Correio de inox (NCM 7323.99.00) se apresentam como produtos com o NCM raiz 7323 sujeitos à substituição tributária previstos no ANEXO I do RICMS que não correspondem em sua descrição com os produtos autuados, nem com a NCM indicada, vez que no Anexo I ao RICMS/12, item 8.59, em janeiro de 2017, a substituição tributária era para *“Palha de ferro ou aço; esponjas, esfregões, luvas e artefatos semelhantes para limpeza, polimento e usos semelhantes, de ferro ou aço, exceto os classificados no código NCM 7323.10.00”*, enquanto que a partir de fevereiro de 2017, a substituição tributária estava prevista para *“Palha de ferro ou aço, exceto os de uso doméstico classificados na posição NCM 7323.10.00”* (item 8.59.0) e *“Esponjas, esfregões, luvas e artefatos semelhantes para limpeza, polimento e usos semelhantes, de ferro ou aço, exceto os de uso doméstico classificados na posição NCM 7323.10.00”* (item 8.59.1), descrição não assemelhada com os produtos levantados no Auto de Infração.

Canecas e aparelho de jantar (NCM 6912.00.00). No ANEXO I do RICMS a previsão para a submissão ao regime de substituição tributária para a NCM 6912 em todo o exercício de 2017, se encontrava no item 8.32, para *“Artefatos de higiene/toucadour de cerâmica”*, descrição diversa dos produtos arrolados na autuação, o que motiva a sua retirada.

Cadeados (NCM 8301.10.00). Tal NCM inserida no ANEXO I do RICMS não contempla os cadeados, e sim, no item 8.75, para *“Fechaduras e ferrolhos (de chave, de segredo ou elétricos), de metais comuns, incluídas as suas partes fechos e armações com fecho, com fechadura, de metais comuns chaves para estes artigos, de metais comuns excluídos os de uso automotivo”*, isso em janeiro de 2017. A partir de fevereiro de 2017, a situação é a mesma, pela manutenção do item e produtos, justificando a exclusão do levantamento.

Pedra para afiar disco (NCM 6801.19.00). Em todo o ano de 2017, não há previsão para substituição tributária no ANEXO I ao RICMS/12, para esta NCM, que deve ser segregada do levantamento fiscal efetuado. Corrediças (NCM 8302.42.00). Inexiste no ANEXO I do RICMS qualquer previsão de substituição tributária para a NCM 8302.42 em todo o ano de 2017, motivo e razão para a exclusão do produto do levantamento realizado.

Escada extensível de fibra de vidro (NCM 7616.99.00). O ANEXO I do RICMS/12 não incluiu na substituição tributária os objetos desta NCM fabricados em fibra de vidro, diante da redação do seu item 8.73: *“Outras obras de alumínio, próprias para construções, incluídas as persianas”*. Como se trata o item autuado de material fabricado em fibra de vidro, e não alumínio, correta a exclusão, pela dissonância na descrição do produto ali constante e o autuado.

Observo que alguns produtos não foram contestados pela autuada, como “Tinta Aerosol” e “Verniz Aerosol” de NCM 3208.20.19, com previsão para todo o ano de 2017 de substituição tributária no item 16.1 do Anexo I ao RICMS/12 (Tintas e Vernizes), NCM 7009.92.00 “Espelho Cris”, cuja previsão para substituição tributária se encontrava em todo o ano de 2017 no item 8.80 (Espelhos de vidro, mesmo emoldurados, excluídos os de uso automotivo), o que justifica a sua manutenção no levantamento realizado, compondo o valor remanescente. Também devem ser mantidos a partir de fevereiro de 2017, “Malas Standard” e “Mochila 14”, de NCM 4202.92.00, cuja previsão para substituição tributária estava nos itens 12.5.0 para “Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes” e 12.5.1 para “Baús, malas e maletas para viagem”, respectivamente.

Registro não ter a empresa autuada mais abordado a infração 03, o que pode ser considerado como aceitação aos novos valores indicados pelo autuante em sede de Informação Fiscal. Tais elementos levam a Procedência Parcial da infração 03, em R\$ 8.051,27, de acordo com o seguinte demonstrativo:

2017

Janeiro	R\$	48,98
Fevereiro	R\$	374,25
Março	R\$	657,15
Abril	R\$	1.191,27
Maio	R\$	979,24
Junho	R\$	437,83
Julho	R\$	1.909,23
Agosto	R\$	580,67
Setembro	R\$	118,67
Outubro	R\$	788,17
Novembro	R\$	141,41
Dezembro	R\$	824,40
TOTAL	R\$	8.051,27

Pelas expostas razões, o Auto de Infração se apresenta como parcialmente procedente em R\$ 45.098,66, na forma do demonstrativo abaixo:

Infração 01	R\$	4.440,66
Infração 02	R\$	25.306,21
Infração 03	R\$	8.051,27
Infração 04	R\$	2.043,86
Infração 05	R\$	654,13
Infração 06	R\$	4.594,46
Infração 07	R\$	8,07

INFRAÇÃO	CÓDIGO	VALOR HISTÓRIO (R\$)	VALOR JULGADO (R\$)	DECISÃO
1	001.002.002	4.440,66	4.440,66	PROCEDENTE
2	001.002.020	47.519,65	25.306,21	PROC PARTE
3	002.014.004	13.827,55	8.051,27	PROC PARTE
4	003.002.002	2.043,86	2.043,86	PROCEDENTE
5	003.002.005	654,13	654,13	PROCEDENTE
6	007.001.001	4.594,46	4.594,46	PROCEDENTE
7	007.002.003	8,07	8,07	PROCEDENTE
	TOTAL	73.088,38	45.098,66	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. **298963.0001/21-9**, lavrado contra **BAITINGA MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo o contribuinte ser intimado a recolher o valor de **R\$ 45.098,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “e” e VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96, bem como os acréscimos legais. Devem ser apropriados pelo órgão competente os recolhimentos eventualmente efetuados pelo sujeito passivo relativos ao presente feito.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

MAURICIO SOUZA PASSOS - JULGADOR