

PROCESSO - A. I. N° 281078.0002/12-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TILIBRA PRODUTOS DE PAPELARIA LTDA.
RECORRIDOS - TILIBRA PRODUTOS DE PAPELARIA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF n° 0046-04/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 20/08/2014

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0226-11/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. **a)** RETENÇÃO A MENOS. **b)** FALTA DE RETENÇÃO. Mercadorias constantes no Anexo Único do Protocolo 109/09 (materiais de escritório). Autuante, em sede de informação fiscal, acata parcialmente alegações do contribuinte elaborando novos demonstrativos, com redução do valor lançado. Infrações parcialmente procedentes. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30 de março de 2012 em razão de três imputações, sendo apenas parte das imputações 1 e 2 o alvo da impugnação originária e do Recurso de Ofício, e parte da imputação 2 o objeto do Recurso Voluntário:

INFRAÇÃO 1. Retenção a menor de ICMS a título de substituição tributária e o consequente recolhimento, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo 109/09), no valor de R\$241.366,89, no período de maio a dezembro de 2010.

INFRAÇÃO 2. Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, em relação a produtos elencados no Anexo Único do Protocolo 109/09, no montante de R\$ 48.358,43, nos meses de janeiro a dezembro dos anos de 2010 e 2011.

O autuado impugnou parte do lançamento de ofício às fls. 57 a 69 e, citando a numeração indicada no Demonstrativo de Débito de fls. 05 e 06, anexado ao Auto de Infração, informou reconhecer e ter efetuado o pagamento integral do débito relativo às ocorrências de numeração 01 a 06 [parte da imputação 1]; ocorrências de numeração 14 a 20 [parte da infração 2]; e ocorrências de numeração 33 e 34 [total da infração 3].

Relatou que também reconhecia e efetuara o pagamento de parte do débito relativo às ocorrências sob numeração 09 a 13, e 21 a 32 [parte da infração 02]. Aduziu não concordar, de forma integral, com as imposições que se referem às ocorrências de números 07 e 08 [parte da infração 01] e, parcialmente, com as imposições de números 09 a 13 e de números 21 a 32 [parte da infração 02], pelos motivos que expôs no texto da impugnação originária.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 110 a 115 acolhendo parte das alegações impugnatórias. Em breve síntese, a preposta fiscal aduziu que o contribuinte entregou-lhe arquivos magnéticos contendo erros e que mesmo a Fiscalização tendo efetuado testes, por amostragem, nos dados dos arquivos entregues, alguns erros causados pelo contribuinte propiciaram equívocos no lançamento de ofício, consoante provas que ela, autuante, anexava ao processo. Assim, em relação à imputação 01 acolheu os argumentos do contribuinte, em decorrência pedindo que fossem modificados, no Auto de Infração, os débitos relativos aos

meses de novembro e dezembro/2010 [itens 07 e 08 do Demonstrativo de Débito do Auto de Infração], reduzindo de R\$120.276,70 para R\$434,49 o débito relativo ao mês de novembro/2010, e de R\$119.444,43 para R\$146,27 o débito relativo ao mês de novembro/2010 (fl. 115), ambos da imputação 1.

Em relação à imputação 2, a autuante elaborou tabela descritiva dos produtos objeto da imputação, com explicações acerca dos motivos pelos quais acolheu, ou rejeitou, as alegações do contribuinte (fls. 113 e 114 dos autos), elaborando novos demonstrativos do levantamento fiscal (fls. 117 a 153) e de débito (fl. 115).

O sujeito passivo foi intimado para tomar conhecimento de novos demonstrativos acostados pela autuante na informação fiscal, pronunciando-se então às fls. 162 e 163 expondo concordar com as conclusões da autuante quanto aos itens 09 a 13 e 21 a 32 da autuação, relativamente aos produtos “bandeiras adesivas, bloco GPS, Carteiras, débito crédito, dispenser ind. e dispenser ESC, pasta sanfonada, porta carteiras, Tili pasta aba ou tili pasta grampo”, reiterando seus argumentos quanto aos demais itens da autuação no sentido de que sobre os mesmos não incidiria o ICMS devido por substituição tributária, entendendo que os mesmos deveriam ser afastados da acusação fiscal.

A autuante pronunciou-se à fl. 175 reiterando o exposto na informação fiscal, e a redução do débito consoantes novos valores à fl. 115 dos autos, pedindo o julgamento pela procedência parcial da autuação.

O contribuinte foi cientificado e recebeu os documentos concernentes à informação fiscal e ao pronunciamento da autuante (fls. 177 e 178).

O julgamento unânime em primeira instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0046-04/13, às fls. 180 a 188.

Em seu voto o Relator preliminarmente analisou o questionamento, realizado de forma difusa pelo contribuinte, quanto à validade do lançamento de ofício, rechaçando os argumentos defensivos, discorrendo a respeito. Em seguida, quanto ao mérito, relativamente às imputações 1 e 2 assim se posicionou:

VOTO

(...)

Na infração 1, a arguição defensiva foi de que a autuante de forma equivocada, apurou a mesma com base em dados incorretos, tendo elaborado a planilha de débito com base nestes dados. Alega a defendente que a infração, em verdade não existe para os meses de novembro e dezembro de 2010, nos valores, respectivos de R\$ 120.276,70 R\$ e 119.444,43.

Por seu lado, a autuante aduz que “por ocorrência de erro nos arquivos magnéticos informados pelo contribuinte no SINTEGRA nos meses de novembro e dezembro”, relativamente ao Registro 54, no campo “valor da Base de Cálculo-ICMS Próprio”, foi informado o valor do campo “valor da BC ICMS-ST”, e consequentemente, foram calculados valores incorretos para ICMS-ST retido no item, o que levou a tal montante.

Tendo em vista a apresentação dos dados do SINTEGRA retificados efetuada pela empresa autuada, os analisa, acatando parcialmente a argumentação defensiva e reduz as parcelas cobradas nos meses de novembro e dezembro de 2010, para R\$ 434,49 e R\$ 146,27, respectivamente.

Dessa forma, diante do fato, e da constatação de que, efetivamente, ocorreu erro por parte da autuada ao informar erroneamente no arquivo apresentado, e da autuante, ao considerar tal arquivo, bem como com base nos testes realizados, que, efetivamente tem pertinência a argumentação defensiva, fato que a autuante reconhece, razão pela qual a infração deve ser julgada procedente em parte, com a cobrança de R\$ 2.226,52 a título de ICMS.

De relação à infração 2, a autuada contesta diversos itens, dos quais a autuante considerou parte, elaborando novo demonstrativo nota a nota fiscal emitida pela autuada, com as parcelas excluídas, e o valor remanescente a ser cobrado.

(...)

Como visto, discute-se a falta de retenção e recolhimento de substituição tributária, especialmente em relação a materiais de escritório. São mencionados diversos Protocolos de substituição tributária, a exemplo dos de nº 109/09, 70/2010 e 174/2010.

O Protocolo ICMS 109/09 foi celebrado entre os estados da Bahia e São Paulo, com vistas a estabelecer que nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no seu Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado (NCM/SH), destinadas ao Estado de São Paulo ou ao Estado da Bahia, ficaria atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação ICMS relativo às operações subsequentes.

Traz o mesmo, no Anexo Único, o rol dos produtos a serem submetidos à substituição tributária, e a respectiva classificação NCM/SH.

Já os Protocolos ICMS 70/2010 e 174/2010, alteram em parte, o teor do Protocolo 109/09, inclusive o Anexo Único deste.

A título de exemplo, passo a verificar, exemplificativamente, alguns dos itens de mercadorias que compõem a autuação, contestados pela autuada, e a incidência ou não da substituição tributária, por força especialmente do Protocolo ICMS 109/09, e suas alterações posteriores:

De relação a itens como duplicatas, ficha pautada, pasta suspensa, pasta AE, a regra é extremamente clara, como se vê na tabela que se encontra no Anexo do Protocolo:

32.	48.20	livros de registro e de contabilidade, blocos de notas, de encomendas, de recibos, de apontamentos, de papel para cartas, agendas e artigos semelhantes, cadernos, pastas para documentos, classificadores, capas para encadernação (de folhas soltas ou outras), capas de processos e outros artigos escolares, de escritório ou de papelaria, incluídos os formulários em blocos tipo “manifold”, mesmo com folhas intercaladas de papel-carbono, de papel ou cartão, álbuns para amostras ou para coleções e capas para livros, de papel ou cartão
-----	-------	---

Em relação ao item “pasta sanfonada”, cumpre observar a colocação da autuante de que “a partir de maio de 2010 é devida a ST, classificação NCM 3926.1000 e descrição (Artigos de escritório e artigos escolares de plástico e outros materiais das posições 39.01 a 39.14, exceto estojos)”, razão da exclusão parcial, diante da alteração ocorrida no Protocolo.

Quanto ao produto “marcador de CD/DVD”, o mesmo consta no Anexo Único do Protocolo 109/09, de acordo com a tabela abaixo:

13.	9608.20.00	Canetas e marcadores, com ponta de feltro ou com outras pontas porosas
-----	------------	--

Dessa forma, diante do demonstrativo elaborado pela autuante em sua informação fiscal, após análise detalhada e item a item de cada produto, devidamente confirmado diante das colocações acima, entendo que o demonstrativo de débito trazido pela informação fiscal, há de prevalecer, frente ao inicialmente elaborado, tornando a infração 2 parcialmente procedente, no valor de R\$37.447,65, de acordo com planilha elaborada pela autuante, e já transcrita linhas atrás.

Por tais razões, voto no sentido de que o Auto de Infração, deva ser julgado procedente em parte, com redução dos valores originalmente lançados, perfazendo o total de R\$36.800,43.

A Junta recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 199 a 209, aduzindo que a decisão de base não teria dado o melhor entendimento face ao julgamento da infração 02, mantendo-a em sua maior parte.

Em seguida, reitera seus argumentos iniciais em relação à imputação 02 voltando a arguir improcedência parcial das ocorrências de número 9 a 13 e 21 a 32 (infração 02), referentes a falta de recolhimentos de ICMS ST nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011.

Em relação às ocorrências 09 a 12, período de janeiro a abril de 2010, aduz que vigia o protocolo 109/2009 em sua redação original, e teriam sido objeto da exação mercadorias não contidas no Protocolo, pedindo a sua exclusão do levantamento fiscal.

Elabora tabela com os valores de ICMS que considera devidos.

Afirma que a diferença cobrada a maior pelo Fisco se justificaria pela existência de lançamentos sobre itens não contidos no Protocolo ICMS 109/2009, conforme tabela que anexa, contendo as razões para exclusão dos itens ali arrolados. Diz que a fundamentação se baseia na classificação NCM e descrição, excluindo da incidência do ICMS ST produtos que não estariam tipificados

nestes dois critérios.

Aduz que o Protocolo ICMS 109/2009, em sua redação original, que vigorou de janeiro a 30/04/2010, no código NBM/SH 4820 não incluiria algumas das mercadorias que só vieram a constar em tal NBM/SH no período de maio/2010 a 30/06/2010, acrescidas ao regime ST conforme o posterior Protocolo ICMS 70/2010.

Que na redação originária só constavam os itens “caderno, caderneta e bloco escolares; refil e bloco para fichário; agenda”, pedindo a exclusão dos demais itens, que cita, da exação.

Em seguida aduz que em relação à ocorrência 13, data de ocorrência no AI de 31/05/2010, período de janeiro a 01/05/2010 a 30/06/2010, era vigente o protocolo ICMS 70/2010, e teria havido lançamento de ICMS ST sobre mercadorias não contidas no Protocolo, e também pede a sua exclusão, indicando o valor do ICMS que considerou devido.

Cita que as mercadorias têm ambas NCM 42023900 e são CARTEIRA D&S CLASSIC (sob código de produto 119351) e CARTEIRA D&S TRENDY (sob código de produto: 119393).

Coloca fotos e aduz que muito embora estes itens estejam classificados na NCM 4202, os mesmos não se confundem com “Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes” ou “Estojo escolar; estojo para objetos de escrita”, motivo pelo qual não podem sofrer a incidência do ICMS ST na vigência do Protocolo ICMS nº 70/2010.

Em relação às ocorrências 21 a 32, com datas de ocorrência de janeiro a julho/2011, portanto durante o período de janeiro a 01/01/2011 até 31/12/2011, era vigente o protocolo ICMS 174/2010, e também teria havido lançamento de ICMS ST sobre mercadorias não contidas no protocolo, pedindo a sua exclusão, e elaborando tabela com os valores de imposto que considerou devido.

Aduz que requer a exclusão da autuação dos itens que lista em tabela no texto recursal e em planilha anexada a este, por falta de previsão expressa no texto do protocolo, o que afronta a tipicidade para a incidência do ICMS-ST, e que identifica como: PORTA CART ESP PEQ MANAG LUX; PORTA CART ESP MESA MANAG LUX; PORTA CART BOLSO CAMBRIDGE; PORTA CART PORTÁTIL CAMBRIDGE; PORTA CADTA D&S CLASSIC; PORTA CADTA D&S TRENDY; CARTEIRA D&S TRENDY; CARTEIRA D&S CLASSIC; IND TEL MESA PHONE; IND TEL MESA MANAGER LUX; COLA HOT MELT GROSSA KG, citando para cada mercadoria o seu código de produto respectivo.

Volta a reiterar seu argumento inicial no sentido de que os produtos do tipo porta cartões, porta cadernetas, índice telefônicos de mesa ou bolso, carteiras, apesar de estarem classificados com a NCM 4820, não se confundiriam com estes produtos descritos no Protocolo ICMS 174/2010, quais sejam livros de registro e de contabilidade, blocos de notas, de encomendas, de recibos, de apontamentos, de papel para cartas, agendas e artigos semelhantes, cadernos, pastas para documentos, classificadores, capas para encadernação (de folhas soltas ou outras), capas de processos e outros artigos escolares, de escritório ou de papelaria, incluídos os formulários em blocos tipo “manifold”, mesmo com folhas intercaladas de papel-carbono, de papel ou cartão, álbuns para amostras ou para coleções e capas para livros, de papel ou cartão.

Afirma que, por fim, também deveria ser excluída a cola HOT, que não é uma cola para uso escolar e sim para outras finalidades, e por isso não estaria contida no Protocolo ICMS 174/2010, uma vez que este apenas contempla as do tipo “Cola escolares branca e colorida, em bastão ou líquida”.

O contribuinte conclui aduzindo que por todos os argumentos detalhadamente analisados e fundamentados na legislação, ter-se-ia que a decisão do julgamento do Auto de Infração e imposição de multa deveria ser retificada, para que fossem afastadas todas as exigências a título de ICMS-ST para as mercadorias que não estavam contidas nas redações dos respectivos Protocolos ICMS dos períodos da exigência fiscal.

Por derradeiro, requer que seja demonstrada, via planilha, a imputação dos pagamentos que realizou para quitação integral das exigências das ocorrências 01 a 06, 14 a 20, 33 e 34, e parcialmente com as ocorrências 09 a 13, e 21 a 32, a fim de se evitar a exigência sobre ocorrência já quitada, ou parcialmente recolhida.

O contribuinte acostou planilha às fls. 211 a 222.

A PGE/Profis, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, emite Parecer à fl. 227 frente/verso aduzindo que, em resumo, o argumento recursal cinge-se à discussão da inserção, ou não, dos produtos objeto do lançamento no regime da substituição tributária, sendo aduzido, em sede de apelo, que até 30/04/2010 apenas os produtos caderno, caderneta e blocos escolares, refil e bloco para fichário e agenda, estariam compreendidos no regime da substituição tributária, sendo imperiosa a exclusão de todos os outros, não emoldurados nestas rubricas.

Que ele, Procurador, compulsando os autos, em especial as mercadorias discriminadas nas notas em anexo e o teor do Protocolo ICMS 109/09, observa-se que os produtos listados pelo recorrente sempre estiveram albergados pelo regime de substituição tributária, tendo sido feita esmiuçada análise da adequação dos produtos ao regime diferenciado às fls. 110 a 115 dos autos, no momento da informação fiscal.

Que, assim, tratando-se de matéria eminentemente fática, não discorda da manifestação formatada pela autuante, inclusive com as depurações ali realizadas, pois realizado minucioso cotejo dos bens e do rol de produtos listados no Protocolo ICMS 109/09.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações 1 e 2.

Verifico que o lançamento de ofício possui todos os pressupostos de validade.

Preliminarmente assinalo que o contribuinte adotou a sistemática de, em suas contestações, referir-se ao lançamento utilizando não o número atribuído no Sistema Informatizado de Emissão de Auto de Infração - SEAI a cada imputação (Infração 1, Infração 2, Infração 3), e sim reportando-se à numeração que consta no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, acostado às fls. 05 e 06 deste processo. Desta forma, quando o contribuinte reporta-se às ocorrências 07 e 08, refere-se à Infração 1, especificamente débitos lançados para 30/11/2010 (R\$120.276,70) e 31/12/2010 (R\$119.444,43). As demais ocorrências que o contribuinte cita integram a imputação 2, visto que a imputação 03 não é objeto dos recursos interpostos.

Não merece reparo a decisão recorrida.

Analiso primeiro o Recurso de Ofício, que tem por objeto as imputações 1 e 2.

Este foi originado da desoneração levada a efeito na decisão de base, em decorrência da revisão fiscal realizada pelo autuante, a partir das retificações de dados realizadas pelo próprio contribuinte em seus arquivos magnéticos, tal como já exposto no Relatório que antecede este voto.

De fato, diante das correções realizadas pelo autuante em sede de informação fiscal, inclusive pormenorizadamente explicadas pelo preposto fiscal às fls. 112 a 115 dos autos deste processo, agiu corretamente a Junta de Julgamento Fiscal ao acatar as exclusões realizadas no levantamento fiscal originário, pelo que restou também reduzido o valor de ICMS a ser reclamado de ofício.

Voto no sentido do Não Provimento do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, este reporta-se apenas à imputação 2.

Observo que em sede de informação fiscal o Fisco acostou, às fls. 129 a 153, o novo levantamento atinente a esta infração, e este levantamento foi acolhido integralmente na decisão de base. Portanto, cabe analisar as alegações recursais em relação ao quanto já corrigido pelo Fisco.

Analizando este novo levantamento, constata-se que parte das mercadorias mencionadas pelo contribuinte no texto e no anexo do seu Recurso Voluntário, como indevidamente incluídas no

lançamento de ofício, não integram o novo levantamento realizado. Em tal situação estão as mercadorias carteira D&S trendy; carteira D&S classic; porta cart esp peq manag lux; porta cart esp mesa manag lux; porta cart bolso cambridge; porta cart portátil Cambridge, bandeiras adesivas, dispenser de escritório e cola hot melt grossa kg. Em verdade, não integram o novo levantamento fiscal nem mesmo quanto à imputação 01. Assim, resta totalmente elidida a pretensão recursal quanto às datas de ocorrência de janeiro a abril/2010, além do quanto atinente a estas mercadorias para as datas de ocorrência subsequentes.

Em relação às demais datas de ocorrência, e aos demais produtos, observo que diferentemente do quanto afirmado pelo contribuinte, no Anexo Único do Protocolo ICMS 109/2009, na redação originária, vigente até 30/04/2010, estão incluídas diversas outras mercadorias, além daquelas mencionadas no apelo recursal.

Por conseguinte, a título de exemplo, as mercadorias porta cadta D&S classic e porta cadta D&S trendy, conforme fotos que o contribuinte apresenta das mesmas em seu Recurso Voluntário, incluem-se na descrição de mercadorias sob NCM 48.20 no Anexo Único do Protocolo ICMS 109/2009.

Assinalo que no levantamento fiscal de fls. 129 a 153 as mercadorias listadas pelo Fisco são, em suma, agendas telefônicas, pastas-fichário, cadernos, blocos, lápis, pastas para documentos, papel camurça, papel-carbono, quadro de cortiça, dentre outras, todas incluídas no Protocolo ICMS 109/09.

Laborou impecavelmente a Junta de Julgamento Fiscal.

Por outro aspecto, o pedido do contribuinte quanto às providências necessárias à verificação e homologação do quanto recolheu aos cofres públicos em pagamento do débito lançado de ofício no Auto de Infração objeto desta lide, tais providências administrativas fogem à competência deste Conselho porém serão devidamente realizadas pelo Setor que realiza a homologação de pagamentos de débitos tributários nesta SEFAZ/BA.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, devendo ser homologados, pelo setor competente para tanto nesta Sefaz/BA, os valores efetivamente recolhidos e intimado o autuado para efetuar o pagamento dos valores remanescente relativamente ao imposto no montante histórico de R\$39.710,26, acrescido da multa de 60%, e dos acréscimos legais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 281078.0002/12-0 lavrado contra **TILIBRA PRODUTOS DE PAPELARIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.710,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA - REPR. DA PGE/PROFIS