

A. I. N°. - 233082.0009/14-0
AUTUADO - JOSÉ ÍTALO MIRANDA SANTOS - ME.
AUTUANTE - PAULO CÉSAR FONTES MATOS
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 05.05.2015

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0065-04/15

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Mediante diligência efetuada pelo próprio autuante, restou comprovado que as mercadorias relacionadas na autuação não estavam enquadradas no regime de substituição tributária. Infrações insubstinentes. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infrações não impugnadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 25/06/14, para exigir ICMS no valor de R\$98.714,48, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 1 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte –Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Foi lançado imposto no valor de R\$8.356,87, mais multa de 60%.

Infração 2 - Efetuou o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte –Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Foi lançado imposto no valor de R\$63.671,40, mais multa de 60%.

Infração 3 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte –Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Foi lançado imposto no valor de R\$19.911,83, mais multa de 60%.

Infração 4 - Efetuou o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte –Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Foi lançado imposto no valor de R\$6.774,38, mais multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, fl. 144, na qual impugna os débitos atinentes às infrações 1 e 2 apuradas na planilha “DEMONSTRATIVO 1 – ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA - ENTRADAS” (fls. 12/58). Reconhece como devidas as infrações 3 e 4, apuradas no “DEMONSTRATIVO 2 – ANTECIPAÇÃO PARCIAL” (fls. 63/135).

Quanto às infrações 1 e 2, sustenta que o autuante aplicou erroneamente o regime de substituição tributária por antecipação previsto no RICMS-BA/12 (Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 13.780/12), conforme o parecer elaborado pelo Perito Contábil Márcio Costa Silva, anexado às fls. 145 a 151.

Ao finalizar, solicita que sejam analisados os cálculos levantados na peça pericial, aceitando-se os valores ali informados. Requer que lhe seja concedido o prazo de trinta dias para o pagamento do débito remanescente após o julgamento. Pede que sejam compensados os valores pagos a mais ou indevidamente cobrados pelos fornecedores.

No parecer de fls. 145 a 151, inicialmente foi explicado que o trabalho efetuado abrangeu apenas o citado DEMONSTRATIVO 1 e os documentos fiscais ali relacionados.

Explica que os documentos fiscais listados no DEMONSTRATIVO 1 envolvem aquisições de mochilas, malas, bolsas, estojos, sacolas para viagem, etc. Diz que tais produtos enquadram-se na atividade da empresa, que é o comércio varejista de artigos de viagem. Menciona que, com o advento dos Protocolos ICMS 109/09 e 28/10, estabeleceu-se uma insegurança quanto à incidência da substituição tributária nas operações com tais produtos, uma vez que as NCMs de malas para viagem, pastas executivas, pastas e mochilas para notebook, mochilas esportivas, mochilas para viagem e mochilas escolares estão relacionadas nos citados protocolos. Menciona que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (SEFAZ), em diversas consultas, tem afirmado que os produtos que se sujeitam ao regime de substituição tributária no âmbito desses dois protocolos são aqueles explicitamente destinados a estudantes no segmento de materiais escolares.

Após reproduzir trecho do Parecer DITRI 11219/2010, diz que o entendimento dominante na SEFAZ é que, para um produto ser enquadrado na substituição tributária, é necessário o atendimento de três requisitos: a) esteja descrito na norma legal; b) haja coincidência de NCM; c) esteja o produto inciso no escopo da norma.

Transcreve trechos dos Pareceres DITRI 14072/2012 e 10561/2013 e, em seguida, afirma que esses pareceres tratam de produtos enquadrados nas NCMs 4202.1, 4202.9 e 4202.3, sendo que neles está enquadrada grande parte dos produtos que comercializa. Frisa que esses pareceres restringem a incidência da substituição tributária apenas a “Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes.”

Sustenta que, dessa forma, os únicos produtos que comercializa que se enquadram no regime de substituição tributária são os denominados nos documentos fiscais como mochila escolar, lancheira escolar e estojos. Afirma que comercializa ainda vários outros tipos de artigos que recebem outras denominações associadas com o termo “mochila”, mas com destinação diferente das que pretendem servir de acomodação a materiais de estudantes. Diz que produtos como sacola para viagem, mala para viagem, frasqueiras, nécessaire e sacola para maternidade, que constam nos documentos examinados na fiscalização, estão excluídos do regime de substituição conforme os pareceres citados.

Reitera que as principais divergências encontradas nos recolhimentos do ICMS devido por antecipação tributária decorreram do fato de o autuante ter aplicado a substituição tributária seguindo apenas a classificação da mercadoria dentro da NCM. Diz que, assim, foi aplicada a substituição tributária a produtos como malas de viagem, sacolas para viagem, mochilas de todos os tipos, pastas para notebooks, carteira de bolso, sacolas para maternidade, etc.

Prosseguindo, passa a analisar, mês a mês, a apuração do imposto feita pelo autuante no DEMONSTRATIVO 1. Explica que, nos meses de janeiro a setembro de 2012, os equívocos do autuante deveram-se exclusivamente a aplicação incorreta do regime de substituição tributária para produtos em relação aos quais a própria SEFAZ já pacificou o entendimento pela não incidência desse regime. Diz que, portanto, nesses meses são indevidas as supostas insuficiências ou ausências de recolhimento do ICMS por antecipação tributária.

Quanto aos demais meses, diz que efetuou recolhimento a mais, a menos e, em alguns meses, não o realizou. Ressaltou que, nesse refazimento, não incluiu as notas fiscais cuja retenção tinha sido efetuada corretamente pelo fornecedor.

Menciona que vários fornecedores, por falha na interpretação dos protocolos, se equivocaram na retenção do ICMS, aplicando a norma a produtos não sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme o demonstrativo que elaborou, tendo apurado um valor de R\$1.275,51 (fls. 163 e 164).

Sustenta que, após conferidos e refeitos os cálculos do DEMONSTRATIVO 1, chegou às seguintes conclusões:

1. Nos meses de janeiro a outubro de 2012, acumulou créditos chegando ao final de outubro com saldo a compensar de R\$ 1.252,13, em razão de recolhimentos indevidos de seus fornecedores na condição de nossos substitutos tributários, já compensados o saldo devido por recolhimento a menor no mês outubro.
2. No mês de novembro de 2012, foi apurado recolhimento a menor, porém após a compensação do saldo credor vindo do mês anterior, restou a recolher R\$571,35.
3. Em dezembro de 2012, restou saldo credor de R\$273,07, a ser transportado para 2013.
4. De Janeiro a setembro de 2013, acumulou saldo credor de R\$31,12 já compensado o valor a pagar devido a recolhimento inferior no mês de setembro.
5. No mês de outubro de 2013, restou a pagar R\$180,14, já compensados o saldo credor do mês anterior.
6. Nos meses de novembro e dezembro de 2013, restaram a pagar os valores de, respectivamente, R\$3.833,81 e R\$5.625,78.

Acrescenta que, embora saiba que a legislação estadual não permite a auto compensação, pleiteia o deferimento desta tendo em vista que os levantamentos foram realizados tomando por base a data de emissão das notas fiscais, quando sabe-se que o fato gerador da antecipação tributária para contribuintes credenciados ocorre na entrada das mercadorias no estabelecimento do contribuinte. Diz que muitos dos valores exigidos decorreram de divergência entre a data de emissão e a data de entrada da mercadoria. Afirma que, além disso, não faria sentido recolher o valor cobrado e, em seguida, pleitear a restituição do que foi pago indevidamente.

Na informação fiscal, fls. 183 a 187, o autuante explica que a ferramenta utilizada para o cálculo do ICMS devido por antecipação tributária foi o “Processador de DF-e”, o qual possibilita a apresentação aos contribuintes, com bastante antecedência, as planilhas com o resultado da auditoria. Diz que após a conclusão da ação fiscal, foi entregue ao contador da empresa cópia das respectivas planilhas, para que o trabalho realizado fosse analisado e conferido pela contabilidade da empresa. Aduz que após a conferência, o contribuinte confirmou que as planilhas estavam corretas e, assim, foi lavrado o Auto de Infração.

Afirma que, em seguida, passou a realizar o levantamento das compras efetuadas pelo autuado no período, visando aferir os recolhimentos realizados pela empresa na condição de optante pelo regime do Simples Nacional, tendo concluído que 60% das aquisições estavam enquadradas no regime e substituição tributária. Diz que, utilizando o mesmo peso e a mesma medida, deduziu da receita bruta os 60% referente a mercadorias da substituição tributária, beneficiando, por direito, o autuado.

Destaca que, dessa forma, não pode aceitar o argumento defensivo, pois, a tudo que foi cobrado como antecipação tributária nas entradas, foi dado o mesmo tratamento nas saídas, segregando-os da receita por considerar encerrada a fase de tributação, conforme o Auto de Infração nº 233082.0010/14-8 (fls. 189/192 e 193/205), devidamente aceito pelo autuado.

Quanto às infrações 3 e 4, não impugnadas, diz que o defensor poderia, dentro do prazo de trinta dias, ter efetuado o pagamento do débito, usufruindo do benefício previsto no art. 45, inc. I, da Lei nº 7.014/96, o que não foi feito.

Posiciona-se contra à compensação pleiteada pelo autuado, sob o argumento de que caberia ao contribuinte solicitar restituição de indébito, caso ficasse comprovado o pagamento a mais.

Ao finalizar, mantém a autuação em sua totalidade.

Após apreciação em pauta suplementar, fl. 208, o processo foi convertido em diligência à INFAZ ITABUNA, para que o autuante, independentemente do posicionamento adotado quando da lavratura do Auto de Infração nº 233082.0010/14-8, se pronunciasse sobre os argumentos trazidos na defesa, com a devida fundamentação. Também foi solicitado que fossem efetuadas as correções julgadas necessárias para a apuração do valor remanescente na autuação.

No cumprimento da diligência, o autuante afirma que após análise dos Pareceres DITRI nºs 11219/2010, 14072/2012, 10562/2013 e tantos outros, ratifica o equívoco quanto da lavratura do Auto de Infração e elabora novas planilhas fundamentadas nos citados pareceres, principalmente no de nº 10.561/2013, cujo teor reproduz parcialmente.

Sustenta que, com base no entendimento da DITRI, todas as notas fiscais que elencou no DEMONSTRATIVO 1 como sendo do regime de substituição tributária por antecipação com encerramento da fase de tributação, na verdade, trata-se de antecipação parcial. Dessa forma, concorda com os pareceres citados acima e, às fls. 222 a 233, apresenta novas planilhas utilizando somente as notas fiscais de aquisição de mercadorias interestaduais para comercialização em que faltou o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial ou houve o recolhimento a menos.

Ressalta que, nessa nova apuração, foram excluídas as notas fiscais em que os fornecedores efetuaram a retenção do ICMS devido por substituição tributária, aplicando a norma a produtos não sujeitos a tal regime de tributação, cabendo ao autuado o direito de requerer em processo distinto a restituição do indébito. Frisa que a compensação pleiteada não é cabível, por falta e respaldo legal.

Prosseguindo, o autuante passa a rebater os argumentos trazidos no parecer que acompanha a defesa, explicando que foi elaborada uma nova planilha seguindo o entendimento contido nos pareceres da DITRI a respeito da matéria em lide.

Ao concluir a diligência, o autuante afirma que após as devidas correções as infrações 1 e 2 deixaram de existir, ao passo que as infrações 3 e 4 passam de R\$19.911,83 e R\$6.774,38 para, respectivamente, R\$31.892,12 e R\$ 32.058,54.

Notificado acerca da diligência realizada, o autuado se pronunciou à fl. 531. Nesse pronunciamento, concorda com o resultado da diligência e solicita que lhe seja concedido o benefício previsto no art. 45, I, da Lei nº 7.014/96, para efetuar o pagamento do débito tributário.

À fl. 535, o autuante se pronuncia reiterando os termos da diligência realizada.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher (infração 1) e de ter recolhido a menos (infração 2) ICMS devido por substituição tributária com encerramento da fase de tributação, bem como de ter deixado de ter efetuado o recolhimento (infração 3) e de ter recolhido a menos (infração 4) ICMS devido por antecipação parcial.

Em sua defesa, o autuado impugna as infrações 1 e 2 sob o argumento de que foram incluídas no levantamento fiscal mercadorias (malas, mochilas, bolsas, estojos, sacolas para viagens, etc.) que não estão enquadradas no regime de substituição tributária. Para embasar seu argumento, citou pareceres da DITRI e apresentou demonstrativos.

Mediante diligência, o autuante acolheu o argumento defensivo e refez a apuração do imposto

devido, alocando as aquisições de mercadorias não enquadradas no regime e substituição tributária nas infrações 3 e 4. Em consequência, as infrações 1 e 2 foram elididas e as infrações 3 e 4 foram majoradas.

Quanto às infrações 1 e 2, saliento que os Protocolos ICMS 109/09, firmado entre os Estados da Bahia e de São Paulo, e 28/10, celebrado a Bahia e Minas Gerais, dispõem “sobre a substituição tributária nas operações com artigos de papelaria”. Considerando que o objetivo desses acordos interestaduais é disciplinar as operações com artigos de papelaria, não há como aplicá-los às operações com mala de viagem, sacola para viagem, bolsa etc. O fato de essas mercadorias possuírem NCM relacionada nos acordos interestaduais não é suficiente para incluí-las na substituição tributária, pois, além da NCM, é necessário que a mercadoria coincida com a que está descrita nos aludidos Protocolos.

Apesar de o autuado ter reconhecido débitos referentes a alguns valores, acolho o resultado da diligência no que tange às infrações 1 e 2, pois as mercadorias relacionadas nesses itens o lançamento não estão enquadradas no regime de substituição tributária, haja vista que as malas, bolsas, sacolas para viagem, e outras só estão enquadradas no regime de substituição tributária quando são destinadas a estudantes e para guarda de documentos, o que não é o caso das operações relacionadas na autuação.

Dessa forma, as infrações 1 e 2 não subsistem, conforme apurado pelo próprio autuante na diligência solicitada por esta 4ª JJF.

No que tange às infrações 3 e 4, as quais não foram impugnadas, não há como se acatar as correções efetuadas pelo autuante, uma vez que não há como se majorar os valores originalmente lançados. Os valores que deixaram de ser alcançados pelo presente Auto de Infração deverão ser objeto de lançamento de ofício complementar, caso o contribuinte não venha a efetuar o recolhimento de forma espontânea antes de qualquer ação da administração tributária.

Assim, as infrações 3 e 4 subsistem nos valores originalmente lançados.

O pleito defensivo atinente ao benefício previsto no art. 45, inc. I, da Lei nº 7.014/96, deverá ser observado, caso seja cabível, pela repartição fazendária do domicílio fiscal do autuado quando for efetuado o pagamento do crédito tributário.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$26.686,21.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233082.0009/14-0, lavrado contra **JOSÉ ÍTALO MIRANDA SANTOS - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.686,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho de Fazenda, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA