

A. I. N° - 269511.0016/17-9  
AUTUADO - FRANCO BENELLY COMÉRCIO DE TECIDOS E CONFECÇÕES LTDA.  
AUTUANTE - LUIS ANTONIO MENESSES DE OLIVEIRA  
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 28/12/2017

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF N° 0249-03/17

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O Autuante realizou ajustes no levantamento fiscal que reduziu o valor originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 29/05/2017, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$23.714,50, acrescido da multa de 60%, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

**Infração 1** - 01.02.06 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2015, no valor de R\$17.975,29;

**Infração 2.** - 03.02.05. - recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, agosto, outubro e dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, no valor de R\$5.739,21.

O autuado impugna o lançamento às fls.23/29. Repete as irregularidades que lhe foram imputadas. Diz vir apresentar defesa administrativa, fazendo-o de acordo com os fatos e fundamentos expendidos em sucessivo.

Declara reconhecer como devido os valores relativos à Infração 02 - 03.02.05, R\$5.739,21, portanto, a impugnação é parcial, especificamente, em relação à Infração 01 - 01.02.06, no valor de R\$ 17.975,29.

Aduz que demonstrará a ilegalidade da cobrança, pois o fiscal efetuou o estorno de crédito como indevido, considerando apenas a descrição dos produtos. Sobre este fato, cita o estorno do crédito relativo aos itens: (a) Colchões com NCM divergente de 9404.2 e (b) Protetores com NCM divergente de 9404.9.

Transcreve os dispositivos considerados infringidos pelo Autuante. Observa que o Auditor Fiscal entendeu que teria se creditado indevidamente, de ICMS relativo a produtos que, supostamente, estariam submetidos ao regime de substituição tributária. Ocorre que os produtos/mercadorias submetidos a tal sistemática devem, necessariamente, constar do Anexo I do RICMS/BA, vez que é uma norma de exceção e, por consequência, deve constar no aludido anexo a descrição detalhada com o NCM de cada um dos produtos/mercadorias.

Explica que os produtos/mercadorias que não estejam regularmente descritos, devem, necessariamente, se submeter à regra geral, gerando crédito de ICMS na entrada, portanto, é indevido o estorno de créditos relativos à entrada de mercadorias/produtos que não estejam minuciosamente descritos no Anexo I, do citado RICMS/BA.

Entende que os colchões e protetores, com NCM's respectivos 9404.2 e 9404.9 se submetem a tal regime de exceção, isto é, estão submetidos ao regime de substituição tributária, porém se a NCM for divergente, como no presente caso, terá direito ao crédito destacado no documento fiscal.

Assim, diz ser necessária a realização de perícia/diligência para que seja verificado a NCM e descrição de cada um dos produtos considerados pelo Auditor Fiscal como estando submetidos à substituição tributária. Requer realização da perícia/diligência sobre tais glosas para confirmar que não devem ser estornados e, por consequência, devem ser excluídos da cobrança do presente auto de infração, a fim de comprovar a regularidade de suas operações e registros fiscais, no tocante à parcela da autuação objeto da presente impugnação.

Pugna pela realização da perícia, indica como seu Assistente Técnico, o Sr. Marcos Arnaldo de Marais Siqueira, brasileiro, contador, inscrito no CPF/MF nº 945.819.164-53 e no CRC/PE sob o nº 025.747/O-5. Apresenta quesitação.

Remata que uma vez demonstrado que parte do crédito estornado pelo Auditor Fiscal se refere à mercadorias que não estão incluídas no Anexo I, do RICMS, conclui que tais mercadorias não estão submetidas ao regime da substituição tributária liberatória e, por óbvio, deve ser considerado ilegal o estorno de tais créditos, devendo ser determinada a realização de perícia/diligência para excluir do auto de infração os valores relativos às mercadorias/produtos que não estejam, de fato, inseridas na regra da substituição tributária.

O autuante presta a informação fiscal fls. 47/49. Repete as irregularidades apontadas no auto de infração. Sintetiza os termos da defesa. Registra que a Defendente reconhece a procedência da Infração 02, portanto as informações a seguir são para a Infração 01.

Informa que neste item da autuação é cobrado o imposto pela utilização indevida de crédito fiscal nas entradas no estabelecimento de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Afirma que as alegações da Defendente são em relação aos itens colchão e protetor de colchão. Assevera que todos os colchões e protetores de colchão, com as respectivas NCM 9404.2 e 9404.9, constam do item 15 do Anexo 1 do Decreto 13.780/12, vigente em 2014 e 2015, portanto estão enquadrados na substituição tributária.

Salienta, no entanto, que no presente caso, as NCM's divergentes para os colchões, foram 63049300, 0 e 99999999. Afirma que a NCM 63049300 diz respeito a "Outros artefatos têxteis confeccionados; sortidos;" de "fibras sintéticas, exceto de malha". As NCM's 0 e 99999999 não existem. As NCM's divergentes para os protetores de colchão foram 63021000, 63022100 e 64049000. Explica que as NCM's 63021000 e 63022100 dizem respeito a "Outros artefatos têxteis confeccionados; sortidos;" de "Roupas de cama, mesa, toucador ou cozinha". A NCM 64049000 não existe. Ou seja, fica demonstrado que todas as NCM's divergentes das 9404.2 e 9404.9, para colchão e protetor de colchão, não lhes representam, pois os códigos dizem respeito a outros tipos de mercadorias ou simplesmente não existem.

Conclui que houve erro na informação dos códigos da NCM para os colchões e protetores de colchão nas notas fiscais de entradas, a maioria das quais foram emitidas pela própria empresa ou por sua filial, visto que as operações preponderantes nos demonstrativos da infração são de devolução de vendas e de transferência.

Acrescenta que ao verificar as saídas dos colchões e dos protetores de colchão cobrados nesta infração, com as NCM's divergentes de 9404.2 e 9404.9, constatou que as mesmas se deram com o destaque do imposto, ou seja, as saídas ocorreram com a tributação normal.

Apesar das mercadorias objeto da impugnação estarem enquadradas na substituição tributária, foi dado o tratamento como se normal fossem, ou seja, houve o crédito nas entradas e o débito do imposto por ocasião das saídas, não tendo causado, portanto, prejuízo ao fisco estadual. Diante de tal constatação, afirma acatar a alegação da Defendente de ser indevida a cobrança do imposto para os itens impugnados.

Aduz que os demonstrativos da Infração 01 foram refeitos, excluindo da cobrança os colchões com NCM divergente de 9404.2 e os protetores de colchão com NCM divergente de 9404.9, resultando no valor da infração em R\$ 6.870,21 e estão todos gravados em mídia CD anexos à Informação Fiscal.

Remata afirmando que diante de tudo o quanto exposto, acolhe as alegações da Defesa e pugna pela Procedência Parcial do auto de infração, no sentido de reduzir a Infração 01 do valor de R\$ 17.975,29 para R\$ 6.870,21 e manutenção do valor da Infração 02.

O Autuado tomou ciência dos ajustes realizados quando da informação fiscal fls. 55/56 e permaneceu silente.

## VOTO

Trata o Auto de Infração de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária (Infração 01) e recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, (Infração 02).

Mesmo não sendo arguidas questões específicas de nulidade quanto ao Auto de Infração, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Percebo que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada conforme o valor previsto em lei. Foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo, dentro deste específico PAF.

O defensor reconheceu o cometimento da Infração 02, que declaro procedente considerando que sobre a mesma não existe controvérsia a ser dirimida.

A defesa alegou no que tange à Infração 01, que o lançamento fiscal seria em parte indevido, pois os itens: (a) Colchões com NCM divergente de (9404.2) e (b) Protetores com NCM divergente de (9404.9), não estariam enquadrados no regime de substituição tributária.

O Autuante em sede de informação fiscal declarou que de fato, as mercadorias contestadas pelo Autuado nesta infração estão com a NCM's registradas de forma divergente da 9404.2 que estão sujeitas ao regime de substituição tributária. Disse que ao analisar as saídas dos colchões e dos protetores de colchão cobrados nesta infração, com as NCM's divergentes de 9404.2 e 9404.9, constatou que as mesmas se deram com o destaque do imposto, ou seja, as saídas ocorreram com a tributação normal.

Esclareceu que apesar das mercadorias objeto da impugnação estarem enquadradas no regime de substituição tributária, foi dado o tratamento como se normal fossem, ou seja, houve o crédito nas entradas e o débito do imposto por ocasião das saídas, não tendo causado, portanto, prejuízo ao fisco estadual. Acatou a alegação da Defensora, elaborando novos demonstrativos excluindo tais itens, o que reduziu o valor da infração para R\$ 6.870,21.

Compulsando os autos verifico que os itens aqui discutidos estão registrados em documentos fiscais com as NCM's 63021000, 63022100, 63049300, 0 e 99999999. Tais códigos que dizem respeito a "Outros artefatos têxteis confeccionados; sortidos; "Roupas de cama, mesa, toucador ou cozinha". Observo que nos documentos fiscais foram utilizadas NCM's divergentes de 9404.9, para os colchões e protetores de colchão, como 63021000, 63022100 e 64049000. Tais códigos dizem respeito a outros tipos de mercadorias ou simplesmente não existem.

Verifico que as notas fiscais de entradas, na maioria emitidas pela própria empresa ou por sua filial registraram tal equívoco, entretanto este procedimento não trouxe prejuízo ao erário estadual considerando a constatação do Autuante de que para as mercadorias objeto da impugnação, embora estivessem enquadradas no regime de substituição tributária, foi dado o tratamento de

mercadorias do regime normal de tributação, ou seja, houve o crédito nas entradas e o débito do imposto por ocasião das saídas.

Diante de tal constatação, acato as conclusões do Autuante que excluiu estes itens do levantamento fiscal, reduzindo o valor originalmente lançado na infração 01 para R\$ 6.870,21, conforme novos demonstrativos elaborados fls.50/52. Infração parcialmente subsistente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269511.0016/17-9**, lavrado contra **FRANCO BENELLY COMÉRCIO DE TECIDOS E CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.609,42**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, incisos VII e II, alíneas "a" da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR