

A. I. N° - 206958.0013/18-7
AUTUADO - BURITI COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.10.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0170-02/19

EMENTA: ICMS. 1. CREDITO INDEVIDO. **a)** IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Valor reduzido por comprovação de inadequada inclusão de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária. Infração parcialmente subsistente. **b)** IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO (S) FISCAL (IS). Infração elidida por comprovação atestada pelo autuante que o crédito glosado possui documento de transferência de saldo credor. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. EXERCÍCIO FECHADO. OMISSÃO DE SAÍDAS. **a)** MERCADORIAS NORMALMENTE TRIBUTÁVEIS. Infração parcialmente elidida mediante comprovação de inadequada inclusão de mercadorias sujeitas à substituição tributária. **b)** MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA FIXA. Infração reconhecida. 3. DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. Infração parcialmente elidida mediante comprovação de inadequada inclusão de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e por pagamento de ICMS DIFAL não considerado. Infração parcialmente subsistente. Afastada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/12/2018, para exigir ICMS e multa, no valor total histórico de R\$159.785,30, com as seguintes imputações:

Infração 01: 01.02.05 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação. Valor: R\$4.535,13. Período: Janeiro a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 9º e 29, § 4º, II, da Lei 7.014/96 C/C art. 290, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96.

Infração 02: – 01.02.39 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento(s) fiscal(is). Valor: R\$120.138,85. Período: Janeiro a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 29 e 31 da Lei 7.014/96 C/C art. 309, § 6º, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96.

Infração 03: 04.05.01 – Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: R\$25.285,26. Período: Dezembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 2º, I; 23-B, da Lei 7.014/96 C/C art. 83, I, do RICMS-BA/2012; arts. 4º e 5º, da Portaria 445/98. Multa: 100%, art. 42, III, da Lei 7.014/96.

Infração 04: 04.05.01 – Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração,

apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: R\$ 460,00. Período: Dezembro 2017. Enquadramento legal: Art. 34, VI-A, da Lei 7.014/96 C/C art. 83, I, do RICMS-BA/2012; art. 5º, III, da Portaria 445/98. Multa fixa, art. 42, XXII, da Lei 7.014/96.

Infração 05: 06.01.01 - *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor: R\$9.366,06. Período: Janeiro, Março, Julho a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Art. 4º, XV, da Lei 7.014/96 C/C art. 305, § 4º, III, “a”, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, II, “f”, da Lei 7.014/96.*

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 27/12/2018, e ingressou com defesa em 18/02/2019.

Após reproduzir as infrações, em preliminar, ressalta que as infrações 02 e 03 merecem serem julgadas nulas por cerceamento ao direito de defesa, nos termos do art. 18, II, do RPAF, porque o autuante, no que se refere à Infração 02, antes de imputar o uso indevido de créditos fiscais relativos às transferências de crédito de filial (CD-Centro de Distribuição) lançados no Registro E111 das EFDs, por não ter comprovado mediante notas fiscais eletrônicas, deveria ter lhe intimado para apresentar os respectivos documentos fiscais, oportunizando, assim, o exercício do direito de se defender.

Para a Infração 05, diz haver mercadorias não devidamente descritas nos demonstrativos da infração, constando apenas o termo “OUTROS”, o que impede identificar suas destinações e o perfeito exercício da defesa.

No mérito, alega faltar motivo para as infrações 01, 02, 03 e 05, ao menos nos valores exigidos, conforme a seguir:

Infração 01

Diz que as placas, módulos e caixas elétricas (NCM 3925.90.00) não sofrem substituição tributária por não estarem no protocolo ICMS 104/90, conforme Parecer 01822/2012 da própria SEFAZ, devendo serem excluídos dos demonstrativos da autuação.

Infração 02

Diz que todos os créditos glosados relativos a transferência de crédito da filial (CD-Centro de Distribuição), lançados no Registro E111 das EFDs, são comprovados por NF-es em anexo e têm respaldo no art. 306, do RICMS-BA.

Infração 03

No que se refere à falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas sem emissão de documentos fiscais, diz que muitos itens apontados no levantamento quantitativo foram tributados por ST, não podendo ser exigido recolhimento de imposto na saída das mercadorias por suposta ausência de emissão de NFs. Assim, diz, a falta de emissão de NFs de saída não implicaria em falta de recolhimento de ICMS, considerando que já houve sua retenção na entrada das mercadorias, cabendo, assim, mera multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme imposto na Infração 04.

Infração 05

Destaca que a NF 3732331, com origem em MG, refere-se a compra de veículos e acessórios no valor de R\$56.541,29, com destino ao ativo imobilizado do estabelecimento autuado. Contudo, alega, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS por DIFAL cabe ao remetente, nos termos do Conv. ICMS 132/92.

Seguindo, requer que a ação fiscal seja julgada nula ou improcedente pelos motivos que passa a expor.

Aduzindo ao argumento de nulidade, indaga: A) É possível lhe ser imputado uso indevido de créditos fiscais relativo a transferência de crédito do Centro de Distribuição lançados no Registro

E111 das EFDs, por não ter comprovado a emissão de NF-es (Infração 02), se ele não foi intimado para apresentar tais documentos antes da autuação? B) É crível o fisco imputar a falta de recolhimento de ICMS decorrente de DIFAL, na aquisição de mercadorias oriundas de outras UFs destinadas a ativo fixo, sem que haja correta descrição das mercadorias em seus demonstrativos? Sem a descrição correta das mercadorias é possível aferir sua destinação, se destinado à revenda, consumo ou ativo imobilizado?

Fala que em ambas hipóteses é notório a ofensa à ampla defesa, seja porque não é oportunizado antes da autuação apresentar os documentos fiscais de transferência de crédito da filial CD-Centro de Distribuição, lançados no Registro E111 das EFDs (Infração 02), seja em razão de não haver a correta descrição das mercadorias permitindo aferir se de fato os itens apontados destinam a ativo imobilizado (Infração 05), sendo lógico que as infrações 02 e 05 padecem de cerceamento ao direito de defesa, afirma.

No item “MERITO”, diz faltar motivo para a infrações 01, 02, 03 e 05, ao menos nos valores exigidos.

No que se refere à Infração 01 diz observar que as placas, módulos e caixas elétricas (NCM 3925.90.00) não sofrem substituição tributária por não estarem no Protocolo ICMS 104/09, conforme Parecer 01822/2012, da própria SEFAZ que transcreve, e que a “ocorrência de reclassificações, agrupamentos e desdobramentos de códigos da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM não implicam mudanças quanto ao tratamento tributário dispensado na legislação estadual em relação às mercadorias e bens classificados nos referidos códigos (Conv. ICMS 117/96)” (Art. 493, do RIMCS/2012).

No que se refere à Infração 02, destaca que todos os créditos gozados relativo à transferências de crédito de filial (Centro de Distribuição), lançados no Registro E111 das EFDs, são comprovados por NF-es em anexo, com respaldo no art. 306, do RICMS-BA, reproduzido.

Quanto à falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias efetuadas sem emissão de documentos fiscais (Infração 03), destaca que muitos itens foram devidamente tributados por ST não podendo exigir-se ICMS na saída por ausência de emissão de NFs, porque as mercadorias de código NCM 3214.9 são consideradas argamassas e sofrem ST, tendo imposto pago na entrada do estabelecimento e a saída sem NF não implica ausência de recolhimento do imposto, devendo exigir-se apenas a cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória, como ocorreu com a Infração 04.

Com relação à Infração 05, diz que a NF 3732331, com origem em MG, refere-se a compra de veículos e acessórios no valor de R\$ 56.541,29, destinados ao ativo fixo e que a responsabilidade tributária pelo recolhimento do ICMS DIFAL cabe ao remetente, nos termos do Conv. ICMS 132/92, cuja cláusula primeira reproduz.

Destaca que o remetente FCA FIAT CHRYSLER AUTOMOVEIS BRASIL LTDA tem inscrição como substituto tributário na Bahia (IE nº 81188185), afastando a responsabilidade solidária do destinatário por eventual ausência de recolhimento do imposto. Assim, diz, falta motivo para a autuação, conforme trechos doutrinários que reproduz.

Concluindo, pede que o AI seja julgado nulo ou, no mérito, julgado improcedente.

Cientificado da Defesa, o autuante presta nova Informação Fiscal às fls. 88-91. Após resumir as razões defensivas, assim as rebate:

Infração 01

Acata o Parecer 01822/12 da SEFAZ, anexado à fl. 66 do PAF e diz que a empresa reconhece os itens arrolados como “material elétrico”, embora continuem se identificando com o mesmo NCM disposto no Anexo 1, do RICMS-BA. Assim, o novo demonstrativo da infração, expurgado os itens vinculados ao setor elétrico, apresenta o remanescente de R\$ 3.831, 61.

Infração 02

Diz que após prestado o esclarecimento da empresa, os fatos são:

- Obrigatoriedade de emissão de NF para a transferência de crédito se acha regulada no inciso X do artigo 83, do RICMS-BA;
- A forma de emissão e escrituração estão no artigo 306 do RICMS-BA e a NF de transferência de crédito não precisa ser escriturada no LRE, mas apenas no LAICMS;
- A previsão do art. 307 do RICMS-BA é a de que “não havendo nota fiscal vinculada, o crédito pode ser estornado ou anulado”;
- Os valores em cada NF emitida pela empresa deveriam ser no campo do ICMS, e não no valor total dos produtos. Entende que não seja, neste caso, irregularidade que descharacterize por completo o procedimento porque as demais anotações esclarecem o necessário;
- AUSENTE a NF-e relativa ao lançamento do mês 10/2017, no valor de R\$10.827,82;
- Quanto à comunicação e requisição escrita de documentos, diz que fez isso por e-mail em 21.1.22018 e que a resposta somente foi dada em 02.01.2019, após a lavratura do AI.

Infração 03

Cré que a empresa não compreendeu os detalhes da infração e passa a explicar que:

- Todos os itens comercializáveis são passíveis do levantamento quantitativo (ST e normal);
- Qualquer item pode revelar omissão de entrada ou saída, ou ainda não apresentar diferença;
- Na omissão de saída, que foi o caso, o levantamento aponta um *quantum* de produtos que, uma vez comprados com documentação, saíram sem emissão de documento fiscal;
- A legislação autoriza presumir que, sendo itens de tributação normal, seja cobrado o imposto correspondente, à alíquota vigente na data final do exercício;
- Sendo itens da ST, a presunção é que a mercadoria foi adquirida com documentos fiscais e com essa antecipação, mas a saída ocorreu sem documentação fiscal. Daí a aplicação da multa, como foi o caso da Infração 04;
- Não há o que suprimir itens do levantamento quantitativo, como se houvesse erro de interpretação da legislação;
- Observa que a cobrança da Infração 03 recai apenas sobre itens de tributação normal;
- Não tendo havido manifesta glosa de valores, datas, produtos, documentos ou contestação a quaisquer outros elementos que compõem a apuração do imposto no levantamento, o toma por escorreito, declarando a manutenção, na íntegra, do valor exigido: R\$ 25.285,26.

Infração 04

Conforme já explicado, tratando-se de mercadorias da ST saídas sem documentação fiscal, o ilícito é de descumprimento de obrigação acessória punida apenas com a multa proposta.

Infração 05

Esclarece que no rodapé de cada demonstrativo, inclusive do que suporta esta infração, há a indicação de FONTE: EFDS e isto diz que a quase totalidade dos dados utilizados no demonstrativo têm origem nas EFDS, entre eles a “Descrição do Item” motivo da irresignação defensiva. Pergunta: As NFs estão na empresa, qual a dificuldade de buscá-las?

Informa que para construir o demonstrativo utilizou, primordialmente, os CFOPs 2551 e 2556 citados nas NFs. Assim, se o termo “OUTROS” foi colocado pela própria empresa por ocasião do registro em seu LE, como ela pode se sentir molestada?

Quanto ao Conv. 132/96, diz que ele foi atualizado pelo 51/00, razão pela qual corrigiu e substitui o demonstrativo da autuação, remanescento o imposto no valor de R\$3.146,52.

Concluindo pede a procedência parcial do AI, ajustando o valor da exação para R\$43.551,21, conforme demonstrativo de fl. 97.

Intimado da nova Informação Fiscal, o Impugnante volta a se manifestar às fls. 101-105.

No item “DAS QUESTÕES NÃO CONSIDERADAS PELO AUTUANTE”, diz o seguinte:

Infração 01

Observa que após a defesa, o autuante exclui dos demonstrativos as placas, módulos e caixas elétricas que não sofrem ST por não estarem contemplados no Protocolo ICMS 104/09, conforme Parecer nº 01822/2012, da SEFAZ-BA. Contudo, diz, nem todos os itens referentes a placas, módulos e caixas elétricas (NCM 3925.90.00) foram excluídos, conforme parte do demonstrativo que plota na peça defensiva, relativo a dois itens.

Segundo, diz que apesar de não dispor de parecer, destaca que as mercadorias constantes dos itens de códigos NCM 38244000, 39173290, 39174090, 39249000, 40091100, 83024090 e 85437099 não sofriam ST no período dos fatos geradores apurados pelo AI, por não figurarem no Anexo 1 do RICMS (período 01/02/2017-31/12/2017).

Aduz que os itens com NCM 32041700 e 32064990 não sofriam ST nas datas em que entraram no estabelecimento autuado (janeiro 2017), considerando que deve ser observado o Anexo 1 (período 10/03/2016 a 31/01/2017), razão pela qual os itens citados devem ser excluídos da Infração 01.

Infração 02

Observa que o Fisco reconhece suas alegações sobre os créditos gozados relativo à transferência de crédito da filial CD-Centro de Distribuição, lançados no Registro E111 das EFDs, que foram comprovados mediante NF-es, com respaldo no art. 306, do RICMS-BA, excetuando o lançamento do mês 10/2017, no valor de R\$ 10.827,82. Entretanto, diz, esse desconhecimento também não procede, pois, o gozo do crédito teve respaldo na NF 90733, que anexa.

Infração 03

Admite que a metodologia aplicada pelo Fisco está correta em exigir o imposto nos itens de tributação normal e multa nos itens da ST (Infração 04).

Contudo, diz, a divergência não se refere a metodologia utilizada e sim no tratamento tributário dado à muitos itens cujo imposto foi exigido por entender que as mercadorias não são da ST, pois, em verdade são da ST.

Infração 05

Diz que as mercadorias constantes das NFs 311382, 56 e 78, cujas entradas ocorreram em 02.01, 30.03 e 02.07.2017, teve o imposto recolhido, conforme DAEs e comprovantes anexos e que as NFs 1118885, 1143841, 1166683, 1189424 e 1212331 são oriundas do fornecedor ECONET EDITORA EMPRESARIAL LTDA e tratam de livros fiscais digitais adquiridos pelo estabelecimento, cuja operação é amparada por imunidade tributária, conforme ementa de decisão judicial que reproduz. Pede que a Infração 05 seja julgada improcedente.

Cientificado da nova manifestação do autuado, o autuante presta nova Informação Fiscal às fls. 127-128. Após sintetizar as alegações defensivas, informa o seguinte:

Infração 01

Produzindo novo demonstrativo para a infração, informa que:

- a) Acata o argumento relativo aos itens com NCM 3925.9000, conforme o Parecer da SEFAZ;
- b) Acata o argumento relativo aos itens NCMs 38244000, 39173290, 39174090, 39249000, 40091100, 83024090 e 85437099;
- c) Não acata o argumento relativo aos itens com NCMs 3204.1700 e 3206.4990, pois são TINTAS LÍQUIDAS e deveriam se vincularem às NCMs 3208, 3209 ou 3210, porém citam NCMs equivalentes a tintas em pó, mas que também se sujeitam a ST, conforme Anexo 1, do RICMS-BA.

Infração 02

Acata o argumento, consoante a última NFE, finalmente apresentada e retira a exação pela infração.

Infração 03

Fazendo novo demonstrativo da infração, acata o argumento defensivo, pois identificou que todos os itens apontados se vinculam ao NCM 3214.9000, contemplado no item 8.3, do Anexo 1, do RICMS-BA.

Infração 05

Reconhece que os livros digitais são alcançados por imunidade constitucional, mas alerta que cumpre à empresa descrever com exatidão os nomes dos produtos, já que o conteúdo informado nas EFDs foi apenas “OUTROS”. Também registra que as NFs não estavam com seus arquivos XML presentes.

Apresentando demonstrativo do débito remanescente que totaliza R\$11.472,04, pede que ao AI seja julgado procedente em parte.

Notificado da Informação Fiscal, o Impugnante se manifesta às fls. 138-139. Ratifica o conteúdo da Informação Fiscal para as infrações 01 a 04.

Para a Infração 05, diz que o autuante não considerou os pagamentos do ICMS por DIFAL relativo às NFs 311382, 56 e 78, apresentado na sua anterior manifestação e que ora reapresenta. Por consequência, apresenta quadro comparativo dos valores remanescente que reconhece devido com o demonstrativo de débito constante da última Informação Fiscal que, excluindo o valor da Infração 05, coincidem.

VOTO

Conforme acima relatado, o processo em juízo administrativo veicula lançamento de ICMS e sanção tributária acusando o cometimento de 05 (cinco) infrações.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) dos documentos de fls. 30, 31, 98, 99, 135, 136, bem como se depreende do teor dos argumentos defensivos no largo contraditório estabelecido que cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte, até porque o Impugnante anexa à peça defensiva cópia de demonstrativo suporte da autuação (fls. 63-65 e 82); b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 07-28, 92-97); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Ademais, é de registrar que ainda que inicialmente o Impugnante tenha suscitado nulidade das infrações 02 e 05, por cerceamento ao direito de defesa, nos termos do art. 18, II, do RPAF, como melhor se verá na apreciação de mérito do Auto de Infração, no curso do contraditório, o próprio Impugnante valida a formalidade do AI mediante a aquiescência quanto ao seu valor finalmente depurado.

Ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados,

os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Destaco que por não ter sido objeto de impugnação, em face do disposto no artigo 140 do RPAF e por nada ter que reparar no procedimento fiscal que resultou na consequente exação, a Infração 04 se afigura subsistente:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

De logo, cabe frisar que o procedimento do qual resultou a exação fiscal deu-se mediante regular aplicação de roteiros de Auditoria tendo por base os arquivos eletrônicos informados pelo sujeito passivo, contendo os registros de sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, bem como nas suas NF-es de entradas e saídas, integrantes da base de dados da SEFAZ.

A auditoria foi efetuada através de ferramenta fiscal que não modifica os dados da movimentação empresarial registrada pelo contribuinte no Sistema Público de Escrituração Digital (fiscal e contábil) - SPED Fiscal, cuja cópia transmite aos entes tributantes. Tal sistema é o único legalmente permitido, cuja validade jurídica prova a favor e em contra o contribuinte.

Nesse contexto, desde a defesa inicial o Impugnante ressalva seu protesto de mérito ser parcial alegando faltar motivo para as infrações 01, 02, 03 e 05, ao menos nos valores originais.

Pois bem, do extenso contraditório que se vê nos autos, constata-se o seguinte:

Infração 01

Refere-se a glosa de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária.

Na inicial peça de defesa, inclusive copiando o Parecer nº 01822/2012, da DITRI/SEFAZ-BA, o autuado protestou que as placas, módulos e caixas elétricas (NCM 3925.90.00, não sofrem substituição tributária por não estarem contemplados no Protocolo ICMS nº 104/09. Cita, ainda, o Convênio ICMS 117/96 e o artigo 493 do RICMS-BA/2012, observando que a “ocorrência de reclassificações, agrupamentos e desdobramentos de códigos da NCM não implicam mudanças quanto ao tratamento tributário dispensado na legislação estadual em relação às mercadorias e bens classificados nos referidos códigos.

Na Informação Fiscal (fl. 89), como diferente não poderia ser, dizendo ter expurgado os itens vinculados ao setor elétrico conforme novo demonstrativo suporte da infração que anexa (fls. 92-93), autuante acatou o argumento defensivo de direito reduzindo a consequente exação de R\$ 4.535,13 para R\$ 3.831,61.

Na consequente manifestação acerca da Informação Fiscal, conforme detalhado no relatório acima, o Impugnante observa que apesar de o autuante ter expressado o acatamento do argumento de direito, observou que: a) nem todos os itens referentes a placas, módulos e caixas elétricas (NCM 3925.90.00) foram excluídos e por ocasião da posterior Informação Fiscal (fl. 127); b) as mercadorias constantes dos itens de códigos NCM 38244000, 39173290, 39174090, 39249000, 40091100, 83024090 e 85437099 não sofriam ST no período dos fatos geradores apurados pelo AI, por não figurarem no Anexo 1 do RICMS (período 01/02/2017-31/12/2017); c) os itens com NCM 32041700 e 32064990 não sofriam ST nas datas em que entraram no estabelecimento autuado (janeiro 2017), considerando que deve ser observado o Anexo 1 (período 10/03/2016 a 31/01/2017).

Essa manifestação do Impugnante foi levada ao conhecimento do autuante e conforme sua nova Informação Fiscal (fl. 128), das alegações defensivas, acertadamente, apenas não acatou o argumento relativo aos itens com NCMS 3204.1700 e 3206.4990, pois são TINTAS LÍQUIDAS e deveriam se vincularem às NCMS 3208, 3209 ou 3210, porém citam NCMS equivalentes a tintas em pó, sujeita a ST, conforme Anexo 1, do RICMS-BA. Por consequência, conforme o novo demonstrativo de fl. 129, ajustou o valor da exação para R\$ 2.313,96, valor expressamente reconhecido como devido pelo Impugnante na subsequente manifestação (fl.139) e que acolho para declarar a parcial subsistência da infração com o demonstrativo de fl.129.

Infração 02

Trata de uso indevido de crédito fiscal não destacado em documento (s) fiscal (is), cujo valor original foi R\$ 120.138,85 que, conforme acima relatado, no contraditório instalado seguiu o mesmo caminho traçado para a infração anterior.

Inicialmente o Impugnante alegou que todos os créditos gozados relativo à transferências de crédito de filial (Centro de Distribuição), lançados no Registro E111 das EFDS, são comprovados por NF-es em anexo, com respaldo no art. 306, do RICMS-BA.

Como acima relatado em detalhes, na Informação Fiscal (fls. 89-90), revisando o procedimento fiscal, o autor do feito reconheceu a assertiva do Impugnante e manteve apenas o valor de R\$ 10.827,82 lançado no mês 10/2017, por falta de comprovação documental. Por ocasião da sua subsequente manifestação o Impugnante trouxe aos autos a NF 90733 (fl. 107) que registra a transferência de saldo credor de ICMS no valor remanescente e, acatando a prova apresentada, o autuante retira a exigência fiscal, de modo a confirmar a insubsistência da infração.

Infração 03

A exação, no valor original de R\$ 25.285,26, é de falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Na Impugnação, em demonstrativo que junta à fl. 82, a autuada destaca itens tributados por ST não podendo exigir-se ICMS na saída por ausência de emissão de NFs, porque as mercadorias de código NCM 3214.9 são consideradas argamassas.

Embora na Informação Fiscal (fl. 90) o autuante por acreditar que o protesto do contribuinte se relacionava a incompreensão dos detalhes da auditoria por levantamento quantitativo de estoque tenha mantido a exação no valor original, tendo em vista o reforço do argumento defensivo na posterior manifestação do Impugnante afirmando a compreensão quanto ao método da auditoria, mas reforçando que a forma adotada não se adequa para mercadoria da ST, que é o caso (fls. 102-103), na subsequente Informação Fiscal (fl. 128), fazendo novo demonstrativo da infração, o autuante acata o argumento defensivo, pois identificou que todos os itens apontados se vinculam ao NCM 3214.9000, contemplado no item 8.3, do Anexo 1, do RICMS-BA. Por consequência, ajustou o valor da exação o reduzindo de R\$ 25.285,26 para R\$ 5.690,16 que o sujeito passivo reconhece devido (fl. 139) e que acolho para declarar a subsistência parcial da Infração 03.

Infração 05

No valor original de R\$ 9.366,06, a exação é de falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

O Impugnante disse que a NF 3732331, com origem em MG, refere-se a compra de veículos e acessórios no valor de R\$ 56.541,29, destinados ao ativo fixo e que a responsabilidade tributária pelo recolhimento do ICMS DIFAL cabe ao remetente, nos termos do Conv. ICMS 132/92, cuja cláusula primeira reproduz. Posteriormente, na manifestação de fls. 101-105, aduziu que as mercadorias constantes das NFs 311382, 56 e 78, cujas entradas ocorreram em 02.01, 30.03 e 02.07.2017, teve o imposto recolhido, conforme DAEs e comprovantes anexos e que as NFs 1118885, 1143841, 1166683, 1189424 e 1212331 são oriundas do fornecedor ECONET EDITORA EMPRESARIAL LTDA e tratam de livros fiscais digitais adquiridos pelo estabelecimento, cuja operação é amparada por imunidade tributária, conforme ementa de decisão judicial que reproduz.

Na Informação Fiscal de fl. 88-91, o autuante esclareceu que a EFD foi a fonte dos dados, entre eles a “Descrição do Item” motivo da irresignação defensiva. Informa que para construir o demonstrativo utilizou, primordialmente, os CFOPs 2551 e 2556 citados nas NFs e que o termo

“OUTROS” que o Impugnante alega impedir identificar o destino das mercadorias foi colocado pela própria empresa por ocasião do registro em seu LE.

Quanto ao Conv. 132/96, disse que ele foi atualizado pelo 51/00, razão pela qual corrigiu e substitui o demonstrativo da autuação, remanescendo o imposto no valor de R\$ 3.146,52, fazendo novo ajuste na exação (R\$ 3.007,92) por ter acertadamente acatando o argumento defensivo aduzido com relação à imunidade tributária constitucional para os livros fiscais digitais, não excluídos anteriormente por estarem inadequadamente descritos com o termo “OUTROS” na EFD.

Observa-se que conforme demonstrativo de fl. 134, o valor remanescente de R\$3.007,92, se refere às NFs 311382, 56 e 78. Para essas NFs, ainda que aquiescendo com o resultado ajustado na Informação Fiscal (fl. 128) o Impugnante juntou os comprovantes de pagamento de fls. 140-145.

Contudo, apenas o DAE de fl. 141 relaciona a NF 311382 como um dos objetos do recolhimento de ICMS DIFAL, razão pela qual apenas o valor de R\$1.866,88 deve ser abatido do valor ajustado do imposto devido pela Infração 05. Portanto, remanesce o valor de **R\$1.141,04**, por falta de comprovado pagamento do ICMS DIFAL relativo às NFs 56 e 78, conforme demonstrativo de fl. 134.

Infração parcialmente subsistente.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração que passa a R\$159.785,30, com o demonstrativo de débito de fl. 128 para as infrações 01, 03 e 04 e o de fl.134, relativo às NFs 56 e 78, ou seja: Ocorrência 30/03/2017 = R\$152,14; Ocorrência 31/07/2017 = R\$988,90.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.0013/18-7**, lavrado contra **BURITI COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.145,16**, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.455,00 e de 100% sobre R\$5.690,16, previstas no art. 42, VII. “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e doas acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no inciso XXII, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala de Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR