

A. I. Nº - 232115.0051/18-5
AUTUADO - DIC- DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - FIRNALVON MIRANDA GUSMÃO
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03/09/2020

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0068-01/20-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Inviabilidade de saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/10/2018, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$129.222,62, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do 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.*

Período de ocorrência: maio e novembro de 2014, janeiro e outubro de 2015, janeiro a março, maio, junho, agosto, outubro e novembro de 2016, janeiro a agosto e novembro de 2017.

O autuado apresentou Defesa. Discorre sobre a exigência fiscal. Registra que se trata de empresa que atua no ramo varejista de cosméticos optante do Simples Nacional. Consigna o seu inconformismo quanto à autuação apontando os alegados erros cometidos pelo autuante.

Destaca como primeiro erro que o autuante desconsiderou a adequação do código NCM com a destinação e finalidade do produto. Alega que foram arroladas na autuação mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, mas sim à antecipação parcial com redução de 20%, conforme previsto na legislação do ICMS. Neste sentido, invoca e reproduz parcialmente o Parecer nº 25041/2013, assim como o Acórdão JJF Nº 0030-03/16.

Menciona como exemplo o código NCM 9603.3 - *pincéis de escrever e desenhar* - segundo diz, erro explícito do autuante.

Ressalta que além do exemplo acima diversos outros itens foram enquadrados de forma incorreta, a exemplo dos códigos NCM 3924.9, 9603, 8424, 6805 e outros.

Aponta como outro erro cometido pelo autuante o cálculo do imposto nos produtos importados. Alega que o Senado Federal editou a Resolução SF nº 13/2012 para fixar 4% a alíquota interestadual do ICMS nas operações com bens e mercadorias importadas do exterior, a partir de 01/01/2013. Reproduz a referida Resolução.

Salienta que desde o advento da mencionada Resolução a alíquota utilizada para produtos importados e para produtos com conteúdo de importação superior a 40% é de 4%. Alega que referidos produtos foram incluídos planilha do autuante com a MVA e alíquota de 12% o que é um erro gritante, resultando em valor apurado muito maior do que o devido. Cita como exemplo a Nota Fiscal nº 000.017.371, acompanhada de trecho da planilha elaborada pelo autuante.

Ressalta que o erro foi cometido em todas as notas fiscais que possuem produtos importados ou

com conteúdo de importação maior do que 40%.

Assevera que a diferença de valor ocorreu somente pelos sucessivos erros no cálculo do tributo cometidos pelo autuante.

Acrescenta que se verifica da análise das notas fiscais apresentadas que diversas notas fiscais já possuem o ICMS ST já recolhido, conforme exemplo que apresenta com a Nota Fiscal nº 000.002.628.

Conclusivamente, diz que por todos os motivos expostos restaram demonstrados os erros na elaboração do lançamento em questão, de modo que o cancelamento do Auto de Infração é medida que se impõe.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração. Protesta pela juntada posterior de provas por todos os meios admitidos em direito.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 179 a 184). Esclarece que excluiu da autuação as notas fiscais cujos produtos não fazem parte do regime de substituição tributária, mas sim da antecipação parcial, sendo retiradas da Planilha Substituição Tributária e exportadas para a Planilha Antecipação Parcial, com a devida desoneração da MVA. Ratifica que os valores recolhidos mensalmente, constantes nos sistemas da SEFAZ/BA, conforme cópias anexadas, foram acolhidos, como se verifica nos demonstrativos elaborados.

Quanto à alegação defensiva atinente aos códigos NCMs, diz que fez o requerido alinhamento das mercadorias adquiridas com a sua finalidade comercial.

No tocante à alíquota de 4% esclarece que o equívoco foi reparado e a alíquota de 4% foi aplicada aos respectivos produtos.

Registra que todas as importâncias recolhidas pelo autuado foram consideradas no levantamento fiscal e ainda assim remanesceram alguns períodos nos quais verifica-se a ausência do pagamento ou pagamento a menos do imposto.

Assinala também que os produtos constantes nos documentos fiscais de origem emitidos com destaque do imposto por substituição tributária foram cuidadosamente apreciados e contabilizados em favor do autuado e excluídos da Planilha de Cálculo do ICMS.

Ressalta que no refazimento do trabalho fiscal ajustou as alíquotas de origem do ICMS, sobretudo nos produtos importados com alíquota de 4%, mas que figuravam na planilha com alíquota de 7% ou 12%. Acrescenta que outra alteração ocorreu na alíquota interna de 18%, a partir de 16/09/2016, quando da edição da Instrução Normativa nº 05/2016 que relaciona os produtos considerados como cosméticos, para efeitos de incidência do adicional de Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza acrescentando-lhe 2%.

Conclusivamente, diz que anexou aos autos novas Planilhas de Cálculo do imposto, apontando os recentes valores históricos da infração, que passou do valor original de R\$129.222,62 para R\$6.817,16.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls. 338 a 344). Alega que além dos erros demonstrados na Defesa inicial, ainda existem erros cometidos pelo autuante.

Afirma que na autuação ainda existem itens com os códigos 6404, 6949 e 6923 que não deveriam estar presentes na planilha, caso o autuante houvesse analisado a legislação vigente, conforme a empresa fez.

Alega que descabe a exigência fiscal atinente às mercadorias constantes na planilha com o CFOP 6404 - *Venda de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, cujo imposto já tenha sido retido anteriormente*. Alega, também, que os itens constantes na planilha com o código CFOP 6949 - *Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado* e 6923 - *Remessa de*

mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem ou em operações com armazém geral ou depósito fechado -, não deveriam constar na planilha do autuante, haja vista que não entram no cálculo do ICMS ST, conforme o Decreto nº 13.780/12 [RICMS], como nos casos de produtos remetidos para conserto ou avariados, conforme o art. 381.

Afirma que o autuante não considerou a legislação vigente na autuação, haja vista que este diz que não observou as particularidades, o que era sua obrigação, tendo em vista que teve tempo no trabalho fiscal para analisar de maneira correta, inclusive todas as particularidades, antes de imputar o cometimento da infração à empresa.

Aduz que se observa que o autuante, na realidade, juntou todas as notas fiscais numa planilha, sem observar nenhuma particularidade, aplicando a alíquota padrão para todos os códigos encontrados imputando o cometimento de infração que não ocorrera, cabendo, à empresa, contratar advogado para analisar todo o trabalho feito pelo autuante e apontar erro por erro demonstrando a improcedência da autuação.

Alega que outro equívoco na autuação, decorre do fato de que o autuante separou as notas fiscais mês a mês, contudo, o imposto referente às notas fiscais do final do mês, mais ou menos a partir do dia 28 de cada mês, somente é recolhido no mês seguinte, o que não foi considerado pelo autuante, haja vista que os meses em que haveria recolhimento aparentemente a mais não foram apresentados.

Aduz que desse modo, realizando a relação de todas as notas fiscais e recolhimentos mês a mês não abarca a particularidades das notas fiscais do final do mês, no qual o recolhimento foi sim realizado no início do mês posterior, o que não foi considerado pelo autuante.

Alega, ainda, que o autuante acrescentou o percentual referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza e olvidou-se na autuação, trazendo nova infração não abarcada pelo Auto de Infração, o que resulta em nulidade do lançamento, de acordo com o art. 18, II do RPAF/BA/99, haja vista que não se trata apenas de uma omissão, mas ato praticado com preterição do direito de defesa, pois, trata-se de uma nova infração que deveria ter sido defendida na impugnação apresentada anteriormente, considerando o prazo para Manifestação.

Sustenta que apesar disso, demonstra o suficiente recolhimento do FECF, conforme relação de DAES de 2016 em diante, acostado pelo próprio autuante, que não foram consideradas nas planilhas, de modo que as partes referentes ao recolhimento do imposto encontram-se zeradas na planilha, a exemplo do mês 12/2016, no qual não foi considerado o valor de R\$813,88, pago em 25/01/2017.

Assevera que desse modo, nem esta nova imputação é suficiente para manter a autuação, uma vez que recolheu devidamente o FECF, conforme comprova a relação de DAES pagos não considerados pelo autuante.

Finaliza a Manifestação requerendo o cancelamento do Auto de Infração.

O autuante, cientificado da Manifestação do autuado, se pronunciou (fls.346 a 350). Diz que em atendimento à solicitação do autuado excluiu das planilhas todas as mercadorias com o CFOP 6404 que têm o destaque do ICMS ST na Nota Fiscal. Acrescenta que as mercadorias do mesmo código que não tem o destaque do ICMS devido ou comprovação do pagamento foram mantidas nas planilhas.

Esclarece, ainda, que as notas fiscais cujas mercadorias possuem CFOP 6923 também foram retiradas das planilhas. Quanto ao CFOP 6949, diz que os documentos fiscais que não têm a confirmação de quitação do ICMS respectivo, de igual modo, foram mantidos. Registra que os produtos com código NCM 6805, não sujeitos ao regime de substituição tributária, também foram excluídos.

No que tange às Notas Fiscais relacionadas, afirma que inexistem óbices para que figurem na mesma Planilha, desde que as particularidades dos produtos sejam observadas. Acrescenta que no presente caso, onde houve equívoco, após provocação do autuado, tais imperfeições foram

sanadas.

Aduz que as Notas Fiscais têm que ser separadas mês a mês, realmente, sendo que para efeito da fiscalização, os pagamentos também devem ser considerados a cada mês.

Salienta que causa estranheza que o impugnante traga ao texto afirmativa tão descabida atinente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECP. Afirma que este foi sim incluído nos cálculos do ICMS, a partir de setembro de 2016, por força da Instrução Normativa nº 05/2016, contudo, descabe falar-se no surgimento de nova infração ao presente Auto de Infração. Indaga: onde se registra tal infração; com quais valores se apresenta; e qual o código.

Diz que se torna necessário esclarecer ao impugnante que o percentual do FECP é adicionado à alíquota interna aplicada aos produtos e, desse modo, eleva o valor tributado.

Salienta que, por ocasião da Manifestação do autuado, tais valores foram adequadamente considerados e acrescentados aos pagamentos do ICMS ST, nos meses correspondentes, em favor do autuado, conforme se verifica na Planilha anexada.

Esclarece que em consequência do atendimento aos ajustes requeridos pelo impugnante apresenta novo valor da infração, que passa do valor originalmente exigido de R\$129.222,62 para R\$6.303,98

Consigna que persevera, firmemente, contra o cancelamento do Auto de Infração cogitado pelo autuado.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado, cientificado do pronunciamento do autuante, se manifestou (fls.395 a 398). Reitera todos os argumentos apresentados na Defesa inicial e Manifestação posterior.

Afirma que os diversos erros apontados resultaram num Auto de Infração cheio de vícios e ilegalidades.

Reitera que o autuante ainda acrescentou o percentual referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza trazendo nova infração não abarcada pelo Auto de Infração, o que resulta em nulidade do lançamento, de acordo com o art. 18, II do RPAF/BA/99.

Diz que não se trata apenas de uma omissão, mas ato praticado com preterição do direito de defesa, pois se trata de uma nova infração que deveria ter sido defendida na impugnação apresentada anteriormente, considerando o prazo para Manifestação.

Sustenta que desse modo, verifica-se que o autuante não considerou a legislação vigente ao lavrar o Auto de Infração, tendo em vista que considera as particularidades apresentadas na peça impugnatória, o que era sua obrigação, considerando que teve todo o período da ação fiscal para analisar de maneira correta, inclusive todas as particularidades, antes de imputar o cometimento da infração, conforme a autuação.

Consigna que se observa que o autuante juntou todas as notas fiscais em uma planilha, contudo, sem observar nenhuma particularidade, apresentadas na peça impugnatória, aplicando uma alíquota padrão para todos os códigos encontrados imputando a empresa infração não ocorrida. Diz que após coube a empresa, num prazo de defesa reduzido, encontrar as irregularidades e apontá-las para correção pelo autuante. Salienta que todos os erros que apontou foram reconhecidos pelo autuante ao menos em parte.

Alega que a maioria desses erros foi apontada apenas como exemplo dos diversos erros ainda existentes no levantamento, considerando o prazo que o autuante teve para realizar o trabalho fiscal e a empresa teve para se defender e manifestar sobre as diversas imputações.

Conclusivamente, diz que por todos os motivos expostos, restaram demonstrados os diversos erros na autuação, de modo que o cancelamento do Auto de Infração é medida que se impõe.

Finaliza a Manifestação, requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua

improcedência.

O autuante, cientificado da Manifestação do autuado, se pronunciou (fls. 400/401). Diz que após observação dos reclamos do autuado expressos na segunda informação fiscal encerra o seu arrazoado concluindo terem sido atendidas todas as ponderações anteriores do autuado, razão pela qual se mantém firme em suas convicções de trabalho, ao tempo em que persevera contra a cogitação do cancelamento do presente Auto de Infração, e assevera o teor da Informação Fiscal prestada às fls. 346 a 350, em texto, e 351 a 387, em nova planilha, submetendo-o ao crivo e melhor juízo do CONSEF.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade do Auto de Infração arguida pelo impugnante.

Alega o impugnante que:

- os diversos erros apontados resultaram num Auto de Infração cheio de vícios e ilegalidades;
- o autuante acrescentou quando da Informação Fiscal o percentual referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza trazendo nova infração não abarcada pelo Auto de Infração, o que resulta em nulidade do lançamento, de acordo com o art. 18, II do RPAF/BA/99, haja vista que não se trata apenas de uma omissão, mas ato praticado com preterição do direito de defesa, pois se trata de uma nova infração que deveria ter sido defendida na impugnação apresentada anteriormente, considerando o prazo para Manifestação;
- o autuante não considerou a legislação vigente ao lavrar o Auto de Infração, tendo em vista que não considera as particularidades apresentadas na peça impugnatória, o que era sua obrigação, considerando que teve todo o período da ação fiscal para analisar de maneira correta, inclusive todas as particularidades, antes de imputar o cometimento da infração, conforme a autuação;
- o autuante juntou todas as notas fiscais em uma planilha, contudo, sem observar nenhuma particularidade, apresentadas na peça impugnatória, aplicando uma alíquota padrão para todos os códigos encontrados imputando a empresa infração não ocorrida, cabendo a empresa, num prazo de defesa reduzido, encontrar as irregularidades e apontá-las para correção pelo autuante. Todos os erros apontados foram reconhecidos pelo autuante ao menos em parte;
- a maioria desses erros foi apontada apenas como exemplo dos diversos erros ainda existentes no levantamento, considerando o prazo que o autuante teve para realizar o trabalho fiscal e a empresa teve para se defender e manifestar sobre as diversas imputações.

A meu ver, assiste razão ao impugnante.

O lançamento de ofício em questão, na forma como realizado, de fato, não há como prosperar.

Os erros apontados pelo impugnante a título de exemplo, apesar de nas informações fiscais prestadas pelo autuante terem sido acatados, o que resultou inclusive na redução do valor de R\$129.222,62, originariamente apontado no Auto de Infração, para R\$6.303,98, ainda persistiram.

A alegação defensiva de que o autuante inovou o lançamento ao acrescentar o percentual referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza trazendo nova infração não abarcada pelo Auto de Infração, o que resulta em nulidade do lançamento, de acordo com o art. 18, II do RPAF/BA/99, efetivamente, procede.

Verifica-se na planilha corrigida elaborada pelo autuante que este acrescentou à alíquota de 18% a alíquota de 2% referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, portanto, agravando a infração.

Na realidade, o próprio autuante confirma a inserção da alíquota referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, apenas contesta que seja uma nova infração.

Vale dizer que, se excluídos os valores acrescidos, em face do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, diminuiria ainda mais o valor remanescente de R\$6.303,98 apontado pelo autuante na correção dos erros assinalados pelo impugnante, restando evidente a incerteza e insegurança no tocante a liquidez do crédito tributário exigido.

Diante disso, considerando a inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada ao autuado, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal, a infração é nula.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o artigo 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232115.0051/18-5**, lavrado contra **DIC - DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2020.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA– JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR