

A. I. Nº - 206856.0006/18-7
AUTUADO - PASSOS & MAGALHÃES LTDA.
AUTUANTE - JOILSON MATOS AROUCA
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/11/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0160-04/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA INTEGRAR ATIVO PERMANENTE. Item reconhecido. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Item reconhecido. **c)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Razões de defesa elide em parte a autuação, com a apresentação de demonstrativo de débito do saldo remanescente reconhecido. Valores acatados pelo agente Fiscal em sede de informação fiscal. Item subsistente parcialmente. 2. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2018, exige o valor de R\$30.259,49, inerente aos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo às fls. 07 a 83 dos autos, e CD/Mídia de fl. 84, em razão das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.01: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, relativo às datas de ocorrência de 31/07/2014, 31/08/2014 e 30/04/2015, conforme demonstrativo de fls. 16 a 19 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 84. Lançado ICMS no valor de R\$275,98, com enquadramento no art. 30, inc. III, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inc. IX, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 01.02.03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 7 a 9 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 84. Lançado ICMS no valor de R\$1.280,42, com enquadramento no art. 29, § 2º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inc. I, alínea “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 20 a 83 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 84. Lançado ICMS no valor de R\$28.634,69, com enquadramento no art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 - 06.02.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, relativo a data de ocorrência de 30/06/2015, conforme demonstrativo de fls. 11 a 14 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 84. Lançado ICMS no valor de R\$68,40, com enquadramento no art. 4º inciso XV, da Lei nº 7.014/96, c/c

art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 89 a 91 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz ser uma empresa, estabelecida a Rua Santos Dumont, 40, Centro, na cidade de Ilhéus, Estado da Bahia, com inscrição Estadual sob nº 116.535.793 e CNPJ sob nº 12.905.299/0002-93, que foi autuada através do Auto de Infração nº 206856.0006/18-7, em tela, emitido em 28/09/2018, com ciência através da DTE em 09/10/2018, onde, inconformada “*data vénia*”, com o lançamento e cobrança de ICMS em valor indevido em sua parcialidade, vem com base no artigo 166, § 1º, do RPAF/BA, aprovado pelo decreto nº 7.629/99, respeitosamente, apresenta as sua razões de impugnação parcial, conforme a seguir:

I - DOS FATOS:

- *Infração 03 - 01.02.06 “ Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária.”*

Quanto a infração suscitada, no demonstrativo que pode evidenciar a caracterização das ocorrências de fatos geradores considerados, observa que foi utilizado apenas o NCM sem observar a descrição do produto e cumpre esclarecer que a presente análise parte do pressuposto de que a classificação informada da mercadoria na NCM/SH está correta, uma vez que é de responsabilidade do contribuinte identificá-la e fornecê-la.

Diz que, no que se refere à sujeição ou não de uma mercadoria ao regime de substituição tributária, deve haver tal previsão em Convênio ICMS, na Lei que institui o regime no Estado e no Regulamento do ICMS.

Além disso, diz que a substituição tributária incide quando o código NCM previsto na legislação tributária, em conjunto com a descrição posta pelo legislador, são compatíveis com as da mercadoria em questão.

Mais recentemente, com a publicação do Convênio ICMS 92/15 e a introdução do código CEST, evidencia-se que a finalidade para a qual a mercadoria foi produzida também é fator relevante na determinação da sua sujeição ou não ao regime de substituição tributária. Tal fato foi ratificado pela cláusula sétima do convênio 52/17, *in verbis*:

“Cláusula sétima. Os bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de substituição tributária são os identificados nos Anexos II ao XXVI, de acordo com o segmento em que se enquadrem, contendo a sua descrição, a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH) e um CEST.”

Portanto, diz que os três aspectos precisam ser considerados para enquadrar ou não determinada mercadoria no regime de substituição tributária.

Pontua que verificou que no Auto de Infração tem mercadorias cuja descrição não consta nos Anexos II ao XXVI mesmo que o NCM da mercadoria esteja constando no referido anexo, conforme descrito abaixo:

Granola	NCM 1904.10.00
Amendoim	NCM 2008.11.00
Iogurte	NCM 0404.10.00
Iogurte	NCM 0403.90.00
Guara Nutri	NCM 2009.90.00
Castanha Caju.	NCM 2008.19.00
Cereal Matinal	NCM 1904.10.00
Pipoca	NCM 2008.19.00
Massa Tapioca	NCM 1903.00.00
Trigo Quibe	NCM 1103.11.00
Luva não Cirúrgica	NCM 4015.19.00

II – DO PEDIDO

Isto posto, requer, dentro da garantia constitucional do contraditório, pleno e amplo, e do *due process of law* (artigo 5º, LV, c/ c 150- IV; CPC, artigos 535, 586, 618-1, 738, 741), que este Auto de Infração, em tela, contra a exigência fiscal (infração 3), seja retificada para os valores apurados pela autuada conforme descrito abaixo:

05/2014	180,23
06/2014	220,48
07/2014	301,9
08/2014	209,56
09/2014	311,76
10/2014	283,47
11/2014	209,92
12/2014	222,11
01/2015.	197,82
02/2015	210,32
03/2015	218,73
04/2015	292,9
05/2015	290,87
06/2015	309,9
07/2015	290,87
08/2015	301,98
09/2015	290,54
10/2015	297,45
11/2015	402,67
12/2015	399,09
Total	5442,57

Isto posto, espera e confia que, pelo nobre preposto fiscal e o egrégio Conselho, reconheçam os equívocos dos lançamentos efetuados, através do Auto de Infração em foco e ora impugnado de forma parcial sendo valor correto de R\$5.442,57.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, às fls. 191/192 dos autos, assim se posiciona quanto a defesa apresentada pelo sujeito passivo:

I. DA IMPUGNAÇÃO

Diz que, em resumo, a autuada se restringe a análise do item 03 da autuação onde aponta que algumas das mercadorias que foram consideradas no levantamento como sendo sujeitas ao regime de substituição, de fato não fazem parte desta e, portanto, os créditos utilizados não foram feitos de forma indevida pois aquelas mercadorias, embora tivesse o mesmo NCM das enquadradas no Regime de Substituição Tributária, pela sua descrição e um CEST, estão fora do regime citado.

II. DA INFORMAÇÃO FISCAL

Consigna que, o que motivou a lavratura do presente Auto de Infração foi a constatação de que a empresa acima descrita: 1) Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento; 2) Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção; 3) Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de mercadorias com pagamento de imposto por substituição tributária; 4) Deixou de recolher ICMS, decorrente de diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias efetuadas em outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Pontua que, já que a empresa só contestou o item 03, onde argumenta que não pode ser considerado o valor total do presente Auto de Infração, propondo redução do valor deste devido a inconsistências elencadas, passa a restringir a este tópico.

De fato, o programa que utilizou para verificação das informações contidas nas NF-e para fazer o confronto com o que foi escrito nos livros fiscais próprios da empresa não faz esta distinção,

apenas utiliza a análise dos códigos NCM que não é suficiente. Normalmente os protocolos estabelecidos entre os estados indicam a NCM e uma descrição. Essas duas informações precisam ser levadas em consideração para saber se um produto possui ST ou não. O CEST foi criado para resolver justamente este problema, embora nem sempre esteja consignado corretamente no documento fiscal.

III. CONCLUSÃO

Do exposto, embora concorde com os argumentos apresentados em relação ao item contestado, acredita ser necessário fazer novo levantamento no sentido de verificar as mercadorias que foram indevidamente inclusas no demonstrativo e, por fim, mantém o Auto de em relação aos demais itens, por ser de inteira justiça.

À fl. 193, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$30.259,49, relativo a quatro irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, sendo impugnadas parcialmente a infração 3. Por sua vez, as infrações 1, 2 e 4, foram acatadas pelo defendant, em que de pronto serão consideradas procedentes. Assim, a contenda se restringe de forma parcial, em relação apenas à infração 3.

Versa a infração 3 sobre procedimento fiscal relativo a levantamento por utilização indevida de crédito fiscal do imposto (ICMS), referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos anos de 2014 e 2015, conforme demonstrativo de fls. 20 a 83 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 84. Lançado ICMS no valor de R\$28.634,69, com enquadramento no art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado através do Decreto nº 13.780/2012, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo diz que no que se refere à sujeição ou não de uma mercadoria ao regime de substituição tributária, deve haver tal previsão em Convênio ICMS, na Lei que institui o regime no Estado e no Regulamento do ICMS.

Além disso, diz que a substituição tributária incide quando o código NCM previsto na legislação tributária, em conjunto com a descrição posta pelo legislador, são compatíveis com as da mercadoria em questão.

Destaca também, que mais recentemente, com a publicação do Convênio ICMS nº 92/15 e a introdução do código CEST, evidencia-se que a finalidade para a qual a mercadoria foi produzida, também é fator relevante na determinação da sua sujeição ou não ao regime de substituição tributária.

Salienta que tal fato foi ratificado pela cláusula sétima do Convênio ICMS nº 52/17, *in verbis*:

“Cláusula sétima. Os bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de substituição tributária são os identificados nos Anexos II ao XXVI, de acordo com o segmento em que se enquadrem, contendo a sua descrição, a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH) e um CEST. (grifos acrescidos)

Portanto, diz que os três aspectos precisam ser considerados para enquadrar ou não determinada mercadoria no regime de substituição tributária.

Pontua, então, que verificou que no Auto de Infração que tem mercadorias cuja descrição não consta nos Anexos II ao XXVI do Convênio ICMS nº 52/17, mesmo que o NCM da mercadoria esteja constando no referido anexo. São elas “*Granola – NCM 1904.10.00*”; “*Amendoim NCM 2008.11.00*”; “*Iogurte – NCM 0404.10.00 e NCM 0403.90.00*”; “*Guara Nutri - NCM 2009.90.00*”; “*Castanha Caju - NCM 2008.19.00*”; “*Cereal Matinal - NCM 1904.10.00*”; “*Pipoca - NCM 2008.19.00*”; “*Massa Tapioca - NCM 1903.00.00*”; “*Trigo Quibe - NCM 1103.11.00*”; “*Luva não Cirúrgica - NCM 4015.19.00*”.

Em sede de informação fiscal, o agente Autuante diz que, de fato, o programa que utilizou para verificação das informações contidas nas NF-e, para fazer o confronto com o que foi escriturado nos livros fiscais próprios da empresa, não faz esta distinção apresentada pelo sujeito passivo na sua peça de defesa, apenas utiliza a análise dos códigos NCM, que admite não ser suficiente.

Pontua que, normalmente, os protocolos estabelecidos entre os Estados, indicam a NCM e uma descrição. Essas duas informações precisam ser levadas em consideração para saber se um produto está amparado pelo regime da ST ou não. Diz também que o CEST foi criado para resolver justamente este problema.

Então concorda com os argumentos de defesa do sujeito passivo, e acata na sua integralidade os valores reconhecidos pelo sujeito passivo na peça de defesa.

Coaduno com o entendimento do sujeito passivo de que os três aspectos – (i) “*descrição da mercadoria*”, (ii) “*a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH)*” e (iii) “*o Código Especificador da Substituição Tributária (CEST)*” – precisam ser considerados para enquadrar ou não determinada mercadoria no regime de substituição tributária.

E como tal, em sede de informação, o agente Autuante admitiu que, de fato, o programa que utilizou para verificação das informações contidas nas NF-e, ao fazer o confronto com o que foi escriturado nos livros fiscais próprios da empresa, não fez a análise desses três aspectos. Aliás, também concordou com os valores reconhecidos da infração 3 pelo o sujeito passivo.

Não vendo nada que desabone tal concordância, voto pela subsistência parcial deste item do Auto de Infração, em tela, no valor remanescente de R\$5.442,57, conforme demonstrativo de débito a seguir:

DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HISTÓRICO
31/05/2014	09/06/2014	180,23
30/06/2014	09/06/2014	220,48
31/07/2014	09/06/2014	301,90
31/08/2014	09/06/2014	209,56
30/09/2014	09/06/2014	311,76
31/10/2014	09/06/2014	283,47
30/11/2014	09/06/2014	209,92
31/12/2014	09/06/2014	222,11
31/01/2015	09/06/2014	197,82
28/02/2015	09/06/2014	210,32
31/03/2015	09/06/2014	218,73
30/04/2015	09/06/2014	292,90
31/05/2015	09/06/2014	290,87
30/06/2015	09/06/2014	309,90
31/07/2015	09/06/2014	290,87
31/08/2015	09/06/2014	301,98
30/09/2015	09/06/2014	290,54
31/10/2015	09/06/2014	297,45
30/11/2015	09/06/2014	402,67
31/12/2015	09/06/2014	399,09
TOTAL DA INFRAÇÃO 03		5.442,57

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração na forma a seguir destacado:

INFRAÇÃO	LANÇADO	DEFESA	JULGADO	RESULTADO
INF 01 -01.02.01	275,98	ACATA	275,98	PROCEDENTE
INF 02 -01.02.03	1.280,42	ACATA	1.280,42	PROCEDENTE
INF 03 -01.02.06	28.634,69	23.192,12	5.442,57	PROC EM PARTE
INF 04 -06.02.01	68,40	ACATA	68,40	PROCEDENTE
TOTAL	30.259,49	23.192,12	7.067,37	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206856.0006/18-7, lavrado contra **PASSOS & MAGALHÃES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.067,37**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, alíneas “f” e VII “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA