

A. I. N° - 206926.0003/19-9
AUTUADA - COMERCIAL ITALUIZA LTDA.
AUTUANTE - DELSON ANTÔNIO BARBOSA AGUIAR
ORIGEM - DAT SUL/INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29.11.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0138-05/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES JÁ SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Após discussões relacionadas com a classificação fiscal das mercadorias, decide-se pelo valor apontado pelo contribuinte. Irregularidade procedente em parte. **2. RECOLHIMENTO A MENOS. a) DIVERGÊNCIAS ENTRE O INFORMADO E O RECOLHIDO.** Transações afetadas envolvem o CFOP 5929, de sorte que a tributação já ficou consignada no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF). Devida apenas a multa por descumprimento de obrigação acessória. Irregularidade procedente em parte. **b) ADOÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO.** Mercadorias consideradas pelo contribuinte como de tributação antecipada, são na verdade tributadas normalmente, quando das suas saídas. Decisão na linha do valor da revisão pelo fisco. Irregularidade procedente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Antes de apresentar o relatório propriamente dito, vale inicialmente salientar, que foram adotadas as premissas estipuladas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, adotando-se um formato adaptado para as sessões virtuais.

Em 11.9.2019, três irregularidades foram formalizadas pela auditoria, num total histórico de R\$123.561,90, afora acréscimos:

Infração 01 – cód. 01.02.06: uso indevido de créditos fiscais de ICMS em face de operações já submetidas à substituição tributária.

Valor histórico de R\$4.269,03.

Cobrança abrange os fatos geradores ocorridos de janeiro a dezembro de 2018.

Deu-se o enquadramento legal pelos arts. 9º, 29, § 4º, II, ambos da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 290 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, mais multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei atrás mencionada.

Infração 02 – cód. 03.01.04: pagamento a menor de imposto de R\$40.953,03, em face de divergências entre o valor recolhido e o informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos.

Valor histórico de R\$65.319,27.

Cobrança abrange os fatos geradores ocorridos de janeiro a dezembro de 2018.

Deu-se o enquadramento legal pelos arts. 24, 25, 26, 32, III e 34, todos da Lei nº 7.014/96, c/c os arts. 215, 248, 255, 257, 258, 259, 263, 304 e 332, todos do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei atrás mencionada.

Infração 03 – cód. 03.02.02: pagamento a menor de imposto, em face da adoção de alíquota diversa da prevista na legislação de saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Valor histórico de R\$53.973,60.

Cobrança abrange os fatos geradores ocorridos de janeiro a dezembro de 2018.

Deu-se o enquadramento legal pelos arts. 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96, além da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” do mesmo diploma legal.

Autuante anexa, dentre outros documentos, termo de início de fiscalização, intimação para apresentação de livros e documentos, demonstrativo sintético de crédito indevido – mercadorias com ICMS substituído – resumo do débito, demonstrativo analítico de crédito indevido – mercadorias com ICMS substituído – lista de notas fiscais/itens, demonstrativo analítico de crédito indevido - mercadorias com ICMS substituído – resumo por item (infração 01), débito escriturado menor que o destacado na NFe – resumo do débito, demonstrativo analítico do débito escriturado menor que o destacado na NFe (infração 02), débito a menor – erro na aplicação da alíquota (CFOP vs UF), débito a menor – erro na aplicação da alíquota (CFOP vs UF) – op. com NFce – resumo do débito, débito a menor – erro na aplicação da alíquota (CFOP vs UF) – lista de notas fiscais/itens (infração 03) e CD contendo os arquivos eletrônicos respectivos (fls. 06/38).

Após sustentar a tempestividade do ato defensivo e pedir que as notificações sejam destinadas para o endereço de profissional da advocacia, o contribuinte (fls. 42/52):

Para a infração 01 – uso indevido de créditos em operações sujeitas à ST -, contesta que as mercadorias arroladas na autuação não se submetem ao regime da substituição tributária, de modo que permitem o uso do crédito fiscal. Junta uma planilha demonstrativa destes produtos e exemplifica na peça de defesa “capacete”, “escada”, “mangueira”, “tanque de fibra”, além do sistema da empresa ter lançado incorretamente NCMs ligando itens que não condizem com a realidade da operação, tais como “arruelas”, “armários”, “fitas multiuso”, “duralfita”, “vedação acoplada”, “metalon”, “tubos galvanizados” e “pregos”. Em vista destes considerandos, **acaba por admitir apenas o montante de R\$1.880,29.**

Para a infração 02 - postulação fiscal que levanta operações em tese não tributadas -, rebate que a maior parte delas aponta o CFOP 5929, nas quais a tributação já ocorrera nos cupons fiscais, de forma que a cobrança em foco implicaria em *bis in idem*. Enfim, tratam-se de operações já tributadas anteriormente, pois as notas fiscais objeto da autuação não revelam nova operação, “apenas a substituição do cupom fiscal cujas chaves estão arroladas na planilha anexa, na subplanilha ‘Planilha Infração 02’” (sic; fl. 45). Por outro lado, no levantamento fiscal há devoluções de compras realizadas, que por erro foram consideradas pela auditoria como novas operações a tributar.

Para a infração 03 – adoção de alíquotas erradas -, argumenta que os produtos afetados neste particular já foram tributados por substituição tributária, conforme tabela exemplificativa encartada na defesa (fls. 46/47). Daí terem recebido alíquota zero. Alicerça seu ponto de vista com decisões administrativas da Paraíba e da Bahia. Por outro lado, parte do levantamento fiscal alude a mercadorias que de fato eram tributadas e receberam por um equívoco operacional a alíquota incorreta. Todavia, o que o fisco não percebeu é que a impugnante já havia reparado o problema e, como lhe é vedado refazer a escrita, registrou ajustes a débito na EFD, lançamento codificado E111, consoante subplanilha *xml* anexada em mídia digital. Assim, pelo que pode apurar, já tinha pago R\$40.622,43. E, como complemento, na subplanilha “Planilha Infração 03”, refez o levantamento fiscal, encontrou divergências em todas as competências, **e reconhece como devido R\$7.113,04, em vez de R\$53.973,60.**

Subsidiariamente, pede a defendente o cancelamento ou a diminuição da multa de 60%, com lastro no art. 112 do CTN, haja vista a falta de clareza dos textos normativos que dão azo à exigência da penalidade.

E, por fim, requer a realização de perícia fiscal, com base nos arts. 123 e 145 do RPAF-BA, apresentando quesitos e nome de assistente técnico (fl. 51).

Em síntese: vindica a improcedência da infração 02 e a procedência parcial das infrações 01 e 03, para os valores de R\$1.880,29 e 7.113,04, respectivamente.

Juntados na peça impugnatória: instrumentos de representação legal, registros de apuração do ICMS, planilhas físicas e eletrônicas (fls. 53/93).

Em seu informativo fiscal (fls. 96/97, frente e verso), o autuante:

Em relação à primeira irregularidade, retira da exigência os capacetes, as correias, a fita autoadesiva *vonder*, os tanques *sint* (vários tipos), os flanges *vonder*, os tubos *poliplex* e as vedações acopladas com corrente. Já no tocante a itens cujos NCMs foram lançados incorretamente em sistema, aduz que não cabe à Sefaz definir a classificação fiscal dos produtos, muito menos NCM, de sorte que a autuada deve consultar a TIPI ou consultar a SRF antes de estar sob ação fiscal, para então formalizar a mudança na EFD. Acerca das mangueiras, assinala que este tipo encontra posicionamento no cód. 39.17 da TIPI, integrando o item 6 do Prot. ICMS 104/2009.

Nestas circunstâncias, após a revisão procedida, aponta ser devido o montante de R\$3.563,56.

Em relação à segunda irregularidade, objeta que o art. 67 regulamentar determina que na nota fiscal de simples faturamento devem figurar os números dos cupons fiscais a que dizem respeito. E isto não constou dos citados documentos fiscais que não contiveram o destaque do imposto. Todas as CFOPs envolvidas nesta infração tiveram a CFOP 5929. **Destarte, opta pela manutenção integral da postulação fiscal.**

Em relação à terceira irregularidade, o acatamento das razões defensivas é parcial. Para incidir a ST, é fundamental que a NCM esteja indicada no Anexo 1 do RICMS-BA, assim como as características do produto. Nenhuma das NCMs apontadas no levantamento fiscal está no Anexo 1. Ademais, para as NCMs formalizadas incorretamente, deveria o sujeito passivo ter feito a retificação na EFD antes da ação fiscal. Por último, sobre as palhas de ferro ou aço, o Anexo 1 ressalva que nele não estão as de uso doméstico, classificadas na posição 73231000. Mas reconhece que houve ajustes de débito, conforme enuncia a defendente. Propõe a redução da cobrança para R\$13.351,17.

Trazido CD (fl. 98).

Pautado para julgamento, este Colegiado converteu o PAF em diligência no intuito de:

1. Dar ciência aos **mandatários legais da autuada** para que se manifestem acerca da informação fiscal de fls. 96/97 (frente e verso), **com envio de cópia do seu inteiro teor e da mídia digital que a acompanhou**, no prazo de dez (10) dias, no sentido de evitar futuras arguições de nulidade por cerceamento de defesa.

2. Após, deve ser **outra vez** ouvido o **autuante**, acerca dos novos argumentos defensivos, acaso sejam apresentados.

Efetivados estes atos processuais e caso não se faça necessário praticar nenhum outro mais na unidade fazendária de origem, deve o PAF retornar para este Colegiado com o objetivo de instrução complementar e julgamento.

O setor de preparo da unidade de origem emite carta registrada para cientificar o escritório de advocacia, inexistindo qualquer resposta por parte do contribuinte e/ou representantes legais.

Sorteado o processo para a minha relatoria.

Considero suficientes para formação da minha convicção os elementos probatórios carreados aos autos.

É o relatório.

VOTO

Cabe apreciar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo.

A defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de intempestividade.

Inexistem defeitos de representação.

Identificado o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranjo aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Preliminarmente, indefere-se o pedido de realização de prova pericial. Não há motivos para se autorizar a produção de prova técnica, por ser a questão resolúvel com base na documentação acostada no processo, tanto pela auditoria, como pela empresa, independente dos quesitos terem sido respondidos pela primeira, ou de acompanhamento de assistente técnico.

Assim, não se vê a presença dos requisitos previstos no art. 123, § 3º, c/c o art. 145, ambos do RPAF-BA, que justifiquem a produção de prova técnica, muito menos evidência de erros que requeiram um exame aprofundado dos dados.

Dito isso, passemos ao exame de cada irregularidade.

Infração 01: efetua-se a glosa de créditos fiscais, em face de operações com fase de tributação encerrada, haja vista a incidência da substituição tributária.

O tema da substituição tributária penetra um terreno que perpassa pela indicação da NCM, e ao mesmo tempo, pela exata descrição da mercadoria, para se admitir a aplicação deste regime de tributação.

Os produtos objeto de debate possuem características (mangueiras, arruelas, tubos etc.), que podem levá-los num primeiro momento para mais de uma classificação fiscal, necessitando de investigação fática acurada por parte da auditoria, e contraponto consistente da empresa para se chegar ao seu correto enquadramento.

Na revisão fiscal, o fisco excluiu da exigência capacetes, correias, fitas, tanques não cerâmicos, flanges, tipos de tubos e vedações, preferindo manter outros, especificamente mangueiras de pvc, respaldado em longa fundamentação.

Sobre este ponto da autuação, em vista destes contrapontos, a autuada silenciou, consentindo como pertinentes as arguições fiscais.

Dentro desta infração, um outro embate se estabeleceu: o de que, por erro operacional, a empresa acabou lançando NCMs que não condizem com a realidade das mercadorias, ao que o fisco rebateu, sustentando que “não cabe à Sefaz definir a classificação fiscal dos produtos, muito menos NCM” (sic; fl. 96).

Vale frisar, de início, que esta relatoria não concorda com a impossibilidade de o tesouro estadual reexaminar classificações fiscais fixadas pelo contribuinte, no intuito de pagar menos ICMS (desde que não haja pronunciamento oficial por parte do fisco federal).

Já escrevemos sobre o assunto:

“A cobrança de tributos estaduais e municipais tendo como fundamento uma classificação fiscal supostamente equivocada deve se compatibilizar com o espírito federativo característico do estado de direito democrático brasileiro” (In Entes Tributantes e Ingerência na Classificação das Mercadorias na Nomenclatura do Mercosul. Extraído da Revista Direito e Justiça – Aspectos Atuais e Problemáticos – Tomo II – Direito Público – Consinter – Juruá Editorial – pp. 97/118)

Exatamente porque tais produtos são de enquadramento flexível, a impugnante não pode agora, com a escrita fiscal digital concluída, entender que a NCM seria outra, de tributação normal, para fins de aproveitamento do crédito.

Novamente: a autuada tinha a oportunidade de apresentar contestação e elementos instrutórios consistentes para demonstrar que tais produtos não mereciam estar na ST, e, pelo silêncio, deixou de fazê-lo.

Contudo, a questão das mangueiras entrou numa seara meramente interpretativa, isto é, saber se elas estão ou não no campo da substituição tributária, à luz da legislação baiana.

Examinando-se o Anexo 1, no teor que tinha vigência à época dos fatos afetados pelo lançamento ora sob apreciação, não se vê a indicação de mangueiras, de sorte que, por este fio de raciocínio, não há como enquadrá-las dentro da ST. Sem razão a fiscalização neste particular.

Logo, decide-se na linha do valor apontado pelo contribuinte, julgando-se a infração procedente em parte, na cifra de R\$1.880,29.

Infração 02: reclama-se diferenças de ICMS, em face do desencontro entre o recolhido e o declarado em documentos e registros fiscais.

A celeuma reside na alegação empresarial de que as operações estão sob o CFOP 5929 – “Lançamento efetuado em decorrência de emissão de documento fiscal relativo à operação ou prestação também registrada em equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF”.

O autuante confirma que a autuação atingiu este CFOP. Mas retrucou que deveriam estar consignados os números dos cupons fiscais no corpo das notas fiscais, segundo o art. 67 do RICMS-BA, abaixo reproduzido:

“Art. 67. Fica autorizada a emissão de nota fiscal para simples faturamento, sem destaque do ICMS, englobando as saídas destinadas a pessoas jurídicas, ocorridas no mesmo período de apuração do imposto, devendo ser consignado o número dos respectivos documentos fiscais anteriormente emitidos e o número sequencial atribuído ao ECF, quando emitido por esse equipamento ou, no caso de NF-e ou NFC-e, as chaves de acesso destes documentos, que devem ser inseridas em campo próprio, denominado “Chave de acesso da NF-e referenciada”.

Certo é que não há dúvidas de que tais operações tomaram o CFOP 5929. Tanto é, que o próprio autuante assim o considera quando apresenta a sua revisão fiscal, coluna G.

Logo, não há que se falar em tributação recaindo sobre operações que estejam espelhadas nestas notas fiscais. Ao menos é isso que se constata na realidade dos autos. Condenar o contribuinte a pagamento de tributo, resultaria em exigência dupla da exação para um único fato gerador.

A necessidade de indicação do número do cupom ou do número da chave de acesso nestas notas fiscais, não implica em descaracterizá-las para efeito de cobrança novamente de imposto. O máximo que se pode aqui deferir, é a conversão da exigência de imposto em pagamento de multa, pela insatisfação de obrigação acessória, na trilha do art. 157 do RPAF-BA, abaixo transcrito:

Art. 157. Verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente.

Aplicável a penalidade de R\$140,00, com autorização do art. 42, XVIII, “b” do RICMS-BA:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

XVIII - R\$ 140,00(cento e quarenta reais):

(...)

b) pela escrituração irregular, em desacordo com as normas regulamentares, excetuados os casos expressamente previstos em outras disposições deste artigo;

Infração 03: reclama-se diferenças de imposto em face de mercadorias tributadas normalmente.

A empresa sustenta que tais operações estavam sujeitas à substituição tributária. De outra sorte, parte do levantamento fiscal alude a mercadorias que de fato eram tributadas, e receberam por um equívoco operacional a alíquota incorreta. Em verdade, quanto a este último aspecto, o fisco desatentou para o detalhe do problema ter sido solucionado, em face da empresa ter feito ajustes

a débito na EFD, lançamento codificado E111. Assim, houve antes da ação fiscal recolhimento de R\$40.622,43.

Sobre este ajustamento, a questão resulta incontroversa, pois o autuante admitiu ter havido tal pagamento.

Resta discutir sobre os produtos sujeitos ou não à ST. E aí, a questão muito se assemelha à infração 01.

É essencial que a NCM esteja claramente apontada no Anexo 1 do RICMS-BA. Não constando, a mercadoria a ela ligada sofre tributação normal. Quanto aos erros operacionais de indicação da NCM, a defendente não pode agora, com a EFD do período sacramentada, entender que a NCM seria outra, de tributação antecipada, nada devendo mais de imposto na operação.

Outra vez: a autuada tinha a oportunidade de apresentar contestação e elementos instrutórios consistentes, para demonstrar que tais produtos mereciam estar na ST, e, pelo silêncio, deixou de fazê-lo.

Logo, decide-se na linha do valor apontado pela fiscalização, julgando-se a infração procedente em parte, na cifra de R\$13.351,17.

No que toca à alegação de inconstitucionalidade ou ilegalidade das multas, falece competência a este Colegiado examinar se o dispositivo de lei estadual está de acordo ou não com a Constituição Federal em vigor. Há vedação expressa no art. 167, I do RPAF-BA.

Além disto, as infrações não estão no campo das dúvidas. Uso indevido de créditos fiscais e pagamento a menor de imposto, enseja a cobrança das penalidades cabíveis.

Sanções mantidas nos percentuais de 60% propostos.

Em resumo, fica assim o julgamento, em relação ao ICMS:

	Lançado	Procedente
Infração 01	4.269,03	1.880,29
Infração 02	65.319,27	140,00 (multa)
Infração 03	53.973,60	13.351,17
Total	123.561,90	15.231,46

Consigne-se que a infração 02, conta agora com a multa de R\$140,00.

Destarte, considero o auto de infração PROCEDENTE EM PARTE, equivalente a R\$15.231,46, mais multa de R\$140,00, para a infração 02, levando em conta a revisão feita no que concerne às infrações 01 e 03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206926.0003/19-9**, lavrado contra **COMERCIAL ITALUIZA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.231,46**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$140,00**, prevista no inciso XVIII, “b” do citado diploma legal, e dos acréscimos tributários previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR