

PROCESSO	- A. I. N° 279462.0005/17-7
RECORRENTE	- FERREIRA COSTA & CIA. LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF n° 0157-05/18
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 04/01/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0349-11/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ORIGINÁRIAS DE IMPORTAÇÕES. Os produtos indicados possuem Código da Situação Tributária (CST) que indicam que são tributadas integralmente por serem mercadorias nacionais, tais como são os casos dos CST 000, 020 e 500, no entanto, na fase recursal, admitiu que ocorreu um erro operacional ao informar, em sua escrita fiscal, que o CST da mercadoria era o 200, que significaria que a mercadoria era estrangeria adquirida no mercado interno. Após diligência, cuja informação fiscal foi acostada, a autuante acatou diversas notas fiscais. Constatado que ainda consta notas fiscais, com códigos das CST, onde pode ser percebido que se trata de produtos nacionais, não se limitando à alíquota de 4% como prevê a Resolução nº 13/2012 do Senado Federal. Entende-se que a apresentação das notas fiscais (fls.165 a 198), bem como às fls. 264 e 265 foram provas contundentes das alegações da recorrida. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida deste item. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. No cálculo do imposto foi tomado por base a diferença de maior expressão monetária – as omissões de saídas. Excluídas da exigência fiscal as saídas de produtos enquadrados na substituição tributária: operações subsequentes com fase de tributação encerrada. Inexistência de cobrança do imposto por presunção. Mantida a Decisão deste item. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 25/09/2017, o qual exige crédito tributário no valor histórico de R\$109.226,91, a mesma contém 5 infrações, sendo questionadas apenas as infrações 3 e 4 com as seguintes imputações:

INFRAÇÃO 03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is), conforme consta na planilha Crédito a Maior 2013. Anexo III. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a julho, outubro a dezembro de 2013. Valor exigido: R\$ 5.856,39. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96; Complemento: “Adquiriu, em operação interestadual, mercadoria importada com alíquota superior a 4% (quatro por cento).”

INFRAÇÃO 04 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação

nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme consta nas planilhas Demonstrativo: Débito a Menor - Operações com ECF - Erro na Determinação da Carga Tributária - Anexo IV. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Valor exigido: R\$ 53.634,09. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96;

Após a devida instrução processual, assim entendeu a 5ª JJF:

VOTO

O Auto de Infração em lide totalizou o valor principal de R\$ 109.226,91 e é composto de 05 (cinco) imputações fiscais conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Na fase de defesa o contribuinte efetuou o pagamento integral da infração 01, no importe principal de R\$ 14.802,50, e quitou parcialmente as infrações 02, 03, 04 e 05, nos valores originais, respectivamente, de R\$ 10.513,98; R\$ 169,89; R\$ 37.786,22; e, R\$ 15.779,91. Portanto, o principal reconhecido somou a cifra de R\$ 79.052,50. Remanesce em discussão tão somente os valores residuais das infrações 02, 03, 04 e 05.

Em razões preliminares, o contribuinte suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando que o lançamento incorreu em preterição do direito de defesa, descumprimento de dispositivo expresso de lei e ausência de comprovação dos fatos imputados na peça acusatória. Fundamentou o seu pedido nas disposições do art. 18, inciso II e inciso IV, letra "a" do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99.

Rejeito as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Os demonstrativos que embasaram o lançamento foram detalhados nos Anexos I a V do Auto de Infração, apensados às fls. 23 a 73 do processo e na mídia digital inserida à fl. 76, documentos que foram entregues ao contribuinte por ocasião da ciência do ato de lançamento.

Nestes Demonstrativos restou evidenciado que o contribuinte foi autuado em razão de créditos indevidos, diferença de imposto na quantificação das operações sujeitas à redução de base de cálculo e apuração de omissões de saídas constadas na aplicação do roteiro de contagem dos estoques físicos.

Observo que a questão relativa ao enquadramento legal efetuado pelas autuantes na peça de lançamento não é determinante para se anular o Auto de Infração, desde que pela descrição dos fatos fique evidente o ato infracional cometido pelo sujeito passivo. Ademais, eventuais omissões ou incorreções e a não observância de exigências formais da legislação não acarretam nulidade, desde que seja possível se determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário. Assim dispõe o § 1º, do art. 18 e o "caput" do art. 19 do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), aprovado pelo Dec. nº 7.629/99.

Observo ainda que o contribuinte fez a sua defesa de mérito sem esbarrar em qualquer óbice e na ocasião apontou erros e incorreções que foram em grande parte sanadas pelas autuantes na fase de informação fiscal. Na mesma oportunidade, na elaboração da peça defensiva, procedeu o contribuinte ao reconhecimento das parcelas que entendeu serem efetivamente devidas e efetuou o pagamento das mesmas com as reduções da lei. Não há, portanto, que se falar em nulidades neste processo, considerando ainda que os atos de reconhecimento dos valores devidos pelo contribuinte tornam essa postulação absolutamente preclusa e incompatível com os atos que praticou.

Passo ao exame do mérito das imputações fiscais no tocante aos valores residuais objeto da presente impugnação empresarial, ressaltando de início, não haver necessidade de remessa do processo para realização de diligências saneadoras, visto que estão presentes nos autos os elementos de prova suficientes para que este Relator possa proferir a sua decisão, conforme será melhor detalhado no exame de cada uma das infrações que foram imputadas ao sujeito passivo. Com essas considerações, indefiro o pedido de diligência formulado de forma difusa e abrangente na inicial.

Na infração 02, relacionada à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, as autuantes, na fase de informação fiscal, acataram os argumentos defensivos no tocante ao crédito de ICMS da Nota Fiscal nº 61356, visto que o valor creditado foi informado no campo errado do documento fiscal (campo Informações Complementares), sendo reconhecido que de fato a operação relacionada a essa NF, se refere a devolução de venda com ICMS destacado anteriormente (doc. fl. 139). Em relação às Notas Fiscais nºs 155690, 61468, 3597, 4093 e 17048, também foram acatadas as alegações defensivas, pois restou demonstrado que o crédito supostamente apropriado a mais, tem origem na emissão de NFs complementares de ICMS, conforme prova acostada às fls. 140 a 151 dos autos.

Restou comprovado ainda, que as autuantes não procederam à exclusão do crédito fiscal da NF complementar nº 17.271, vinculada à NF 17048, no importe de R\$ 22,04, do mês 11/2014. Em decorrência, o valor exigido nesse mês deve também ser excluído do saldo remanescente da infração 02.

Por conta desses ajustes e exclusões, a infração 02 fica reduzida para a cifra de R\$ 10.503,51, conforme planilha juntada à fl. 216 dos autos, com a exclusão do fato gerador de novembro/2014, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo contribuinte.

Relativamente à infração 03, a cobrança se refere à utilização indevida de crédito fiscal em operações com mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e importadas do exterior. A cobrança em exame recaiu sobre o crédito que excedeu à alíquota de 4%. A defesa sustentou que há duplicidade de cobrança dessa ocorrência com a que foi lançada na infração 02, em relação às notas fiscais listadas à fl. 90, parte integrante da peça defensiva. Todavia a alegação de duplicidade não se verificou no caso concreto, visto que a infração 02 está restrita à cobrança dos valores que excederam ao que foi consignado nos documentos fiscais de aquisição e a infração em exame diz respeito tão somente ao crédito fiscal de ICMS em operações interestaduais com mercadorias de origem estrangeira, apropriados à alíquota superior de 4%, em relação às ocorrências verificadas a partir de 01/01/2013, conforme art. 15, inc. III, letra "b" da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 309, §§ 7º e 8º, inc. IV do RICMS/BA. Os cálculos efetuados pelas autuantes para essas infrações não foram cumulativos, inexistindo a duplicidade de cobranças alegada na impugnação empresarial. Observo ainda no mérito, que o contribuinte somente tem direito a crédito em relação ao imposto corretamente calculado, de forma que se a operação de aquisição interestadual de mercadoria importada for acobertada por documentação fiscal com destaque de ICMS de 7% ou 12%, a depender do Estado de origem, o crédito permitido em tais operações só pode ser apropriado à alíquota de 4%, na forma da lei de regência do ICMS. Deve ser ainda destacado que os itens de mercadoria objeto dessa cobrança, foram registrados pela empresa na sua escrituração fiscal com os códigos representativos da situação tributária para mercadoria importada adquirida no mercado interno (CST 200 e 220), não podendo ser acolhida, sem a devida retificação escritural devidamente comprovada, de que incorreu em um erro de registro sem qualquer consequência tributária. Acato, portanto, a revisão efetuada pelas autuantes, na fase de informação fiscal, ficando reduzida a infração 03 para a cifra de R\$ 2.185,67, conforme planilha anexada à fl. 216 deste PAF, que reflete a exclusão das notas fiscais emitidas no exercício de 2012 e somente recebidas em 2013, considerando que a limitação do crédito a 4% somente entrou em vigor a partir de 01/01/2013.

A Infração 04 abrange a cobrança de ICMS sobre operações de saídas de mercadorias, através de cupom fiscal, com a aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação. No que se refere às parcelas impugnadas, a cobrança alcança as operações em que o autuado aplicou a carga tributária de 7% ao invés de 12%, nas saídas de produtos de informática (CPUs, Tablets e Notebooks). Nesse mesmo item da autuação, foi aplicada a carga de 12% ao invés de 17% nas operações de saídas de “Óculos Protec”.

Em relação aos produtos de informática acima nominados a legislação do ICMS, positivada no Regulamento de 2012, dispõe no art. 266, inc. XIII e inc. XXXIV, a redução de base de cálculo nos seguintes termos (redação vigente até 31/01/2017):

“Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

Inciso XIII - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no quadro a seguir, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%:”

(...)

Código NCM 8471: Máquinas automáticas para processamento de dados e suas unidades; leitores magnéticos ou ópticos, máquinas para registrar dados em suporte sob forma codificada e máquinas para processamento desses dados, não especificadas nem compreendidas em outras posições, exceto computador de mesa (desktop), computador portátil (notebook e tablet);

(...)

Inciso XXXIV - das operações internas com computador de mesa (desktop) e computador portátil (notebook e tablet), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento);”.

A redação desse último dispositivo (inc. XXXIV), restrito a computador de mesa (desktop) e computador portátil (notebook e tablet), estabelece de forma clara que a redução da base de cálculo do imposto para aqueles específicos produtos, era, até 31/01/2017, calculado de forma que a carga tributária correspondesse à alíquota de 12%. Portanto, improcedem os argumentos defensivos de que as operações com desktops, notebooks e tablets, deveriam ser tributadas em 2013 e 2014 pela carga tributária de 7%, visto que o inc. XIII, do art. 266 do RICMS-BA, expressamente excluía essas mercadorias do benefício da redução a 7%, a fazer referência aos produtos da NCM 8471.

Quanto à mercadoria Óculos Protec, a redução de base de cálculo prevista no art. 268, inciso XLVI, condicionava a aplicação do benefício à celebração pelos contribuintes de Termo de Acordo com a SEFAZ, nos

termos do que dispõe o art. 268, inc. XLVI do RICMS/BA, abaixo transcrito:

"Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

XLVI - até 31/05/15, nas saídas internas e nas importações com os produtos de ótica—lentes, armações e óculos, reforma que a carga tributária seja equivalente a 9% (nove por cento), ficando a fruição do benefício condicionada à celebração de termo de acordo com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização, desde que o contribuinte esteja em dia com as obrigações tributárias principal e acessórias:

Considerando que o contribuinte não fez prova nos autos de que formalizou o Termo de Acordo exigido na norma do RICMS/BA, não poderia o mesmo gozar do benefício da redução de base de cálculo reclamada na peça de defesa.

Em decorrência, mantenho a exigência fiscal lançada no item 04 do Auto de Infração sem quaisquer alterações de valor, no importe de R\$ 53.634,09, devendo ser homologadas as quantias já recolhidas pelo contribuinte.

A infração 05, no valor principal de R\$ 23.674,85, recaiu sobre a cobrança de ICMS apurada através de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, relativamente aos anos de 2013 e 2014. Foi constada a omissão de saídas de mercadorias em valor superior às omissões de entradas, conforme demonstrativos juntados na peça acusatória (Anexo V). O contribuinte, na peça de defesa, impugnou parte dessa cobrança, já que efetuou o pagamento parcial do valor de R\$ 15.779,91, alegando que a exigência fiscal está baseada em mera presunção e que nos produtos listados pela fiscalização houve a inserção de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com o imposto já recolhido antecipadamente, situação em que não seria possível a cobrança do ICMS por omissão de saídas, visto que as operações subsequentes são desoneradas do tributo. As autuantes, na fase de informação fiscal, procederam à exclusão das mercadorias sujeitas ao regime da ST, afirmando que constataram o cometimento de erro ao lançarem os itens de mercadorias no sistema informatizado de fiscalização adotado na auditoria. Também constataram um erro no lançamento da data de ocorrência das omissões de saídas do exercício de 2014, pois a data correta é 31/12/14 e não 31/01/2014.

Ressalto que no presente caso não se verificou a cobrança de imposto por presunção, mas a partir dos elementos da escrita fiscal do contribuinte (notas fiscais de entrada e de saídas de mercadorias e registros de inventários), entregues ao fisco no curso da ação fiscal. E no caso concreto, foi detectada omissão de saídas de itens específicos, objeto da contagem dos estoques, caindo por terra a alegação defensiva de ocorrência de cobrança do imposto por presunção.

Pelas razões acima expostas, acolho a revisão efetuada na infração 05, nos valores apresentados no demonstrativo de débito inserido à fl. 217, no importe de R\$ 10.999,83 para o exercício de 2013, e de R\$ 10.604,39 para o exercício de 2014, totalizando a cifra de R\$ 23.604,22, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo contribuinte.

No que se refere à alegação de que a multa aplicada no Auto de Infração é excessiva ou desproporcional, não acolho a postulação defensiva. Não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Ressalto, todavia, que essa matéria poderá ser submetida ao Poder Judiciário através do manejo de ações próprias.

Destaco ainda, que a multa por descumprimento de obrigação principal prevista no art. 42, inc. VII, letra "a", e inc. III da Lei nº 7.014/96, nos percentuais, respectivamente, de 60% e 100% do valor do imposto não recolhido, estão sujeitas às reduções de valor estabelecidas no art. 45 da mesma Lei, desde que o contribuinte efetue o recolhimento ou parcele débito apurado, nos prazos previstos na referida norma legal.

Ressalto, por último, que as decisões judiciais reproduzidas na peça defensiva não alteram os entendimentos acima expostos, visto que as mesmas não são vinculantes para o Estado da Bahia, além do fato do Erário Estadual não ter figurado como parte nas ações que resultaram nos Acórdãos mencionados pela impugnante.

Ante o exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso, com base nos seguintes argumentos:

Inicialmente informa a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos.

No mérito recursal, quanto a infração 03, aponta que há cobrança em duplicidade com a infração 02.

Explica que na Infração 02 o Autuante discorre que a Recorrente utilizou crédito de ICMS superior ao indicado na nota fiscal. Em outras palavras, o Fisco indica que a Recorrente se creditou do ICMS correspondente à alíquota de 7%, quando no documento fiscal consta um destaque de 4%. Já na Infração 03, acusa a Recorrente de ter utilizado crédito a maior de mercadoria com alíquota superior a 4%. Ou seja, com a alíquota de 7%, cujo cálculo fora realizado com base em um determinado produto.

Entende a recorrente que está ocorrendo uma dupla exigência fiscal para a mesma operação, só que com acusações diferentes para as seguintes notas fiscais:

Mês	Dta	NumDoc
jan-13	25/01/13	53423
jan-13	25/01/13	53423
jan-13	25/01/13	301241
jan-13	25/01/13	53423
fev-13	04/02/13	515390
fev-13	21/02/13	8280
fev-13	21/02/13	8280
fev-13	21/02/13	8280
mar-13	11/03/13	27818
abr-13	09/04/13	137588
mai-13	20/05/13	14803

Ou seja, no seu entendimento, o Fisco está exigindo ICMS de duas formas para a mesma infração, utilização de crédito fiscal em valor superior, mudando apenas a justificativa: ora indica que houve utilização de crédito a maior do que constava no documento fiscal (Infração 02), ora que há limitação ao valor do crédito para as mercadorias importadas (Infração 04).

Informa que a JJF entendeu não haver cobrança em duplicidade. Todavia, assevera que tal entendimento não procede, tendo em vista que o crédito utilizado em valor superior à alíquota de 4% é o mesmo crédito constante nos registros fiscais da Recorrente e que foi considerado irregular por divergir do valor constante na nota fiscal. O crédito é o mesmo e está sendo glosado duas vezes. Em outras palavras, o crédito escriturado em valor a maior do que o constante nas notas fiscais (Infração 02) coincide com a diferença entre a utilização da alíquota de 7% pela Recorrente em detrimento da de 4% defendida pelo Autuante na Infração 03.

Afirma a Recorrente que, se houve escrituração em valor superior ao indicado no documento fiscal (Infração 02), foi justamente porque a Recorrente entendeu que o crédito seria devido com base na alíquota de 7%, e não de 4% (diferença cobrada na Infração 03).

Aponta que o crédito foi utilizado corretamente pela Recorrente, uma vez que os produtos indicados nas notas fiscais, elencadas pela fiscalização, possuem Código da Situação Tributária (CST) que indicam que são tributadas integralmente por serem mercadorias nacionais. É o caso do CST 000, 020 e 500 (vide doc. 07 da Impugnação).

Afirma que da mesma forma, há mercadorias que possuem Código da Situação Tributária (CST) que indicam que são tributadas integralmente por serem mercadorias estrangeiras, adquirida no mercado interno, sem similar nacional. É o caso do CST 700 (vide doc. 03 da manifestação à Informação Fiscal), nos termos do art. 15, II da Lei nº 7.014/96 e art. 1º, § 4º da Resolução do Senado nº 13/2012.

Pontua que o que ocorreu foi meramente um erro operacional da Recorrente ao informar, em sua escrita fiscal, que o CST da mercadoria era o 200, que significa mercadoria estrangeira adquirida no mercado interno.

Informa que o Autuante desprezou por completo tais evidências, mesmo caminho trilhado pela 5ª JJF, e que é evidente que o referido equívoco na escrituração não retira da Recorrente o direito ao crédito do ICMS no valor correspondente a alíquota destacada no documento fiscal, sendo, desta

forma, improcedente a acusação fiscal.

Assevera que os documentos fiscais juntados aos autos são a prova incontestável de que as operações autuadas dizem respeito a mercadorias nacionais ou, ainda, mercadorias estrangeiras, adquirida no mercado interno, sem similar nacional, sendo, portanto, tributadas integralmente, não possuindo a limitação do crédito à alíquota de 4%. E que desprezar tais situações é ir de encontro à verdade material, que deve sempre nortear o processo administrativo tributário.

Assim, evidenciada a inaplicabilidade do limite de 4% para o crédito das operações autuadas, entende a Recorrente que há de ser reformada a Decisão recorrida para julgar o Auto de Infração improcedente neste ponto.

Quanto à infração 04, informa que, segundo o Autuante, os produtos autuados seriam tributados a 12% e 17% e não a 7%, nos termos do art. 266, XIII, “d” do RICMS/2012, razão pela qual cobrou recolhimento a menor do imposto. Todavia, afirma a Recorrente que o Autuante está utilizando alíquota que só poderia ser aplicada a fatos geradores ocorridos a partir de 01/02/2017, o que não é o caso dos autos (janeiro/2013 a dezembro/2014). Cita o art. 266, XIII, “d” e as notas do texto legal. Conclui que os produtos listados pela fiscalização foram tributados corretamente pela Recorrente com a alíquota de 7%, gerando, consequentemente, a improcedência da infração.

Pontua que os produtos de ótica, onde os produtos indicados seriam tributados a 17% e não a 12%, razão pela qual exige a diferença do imposto. Todavia, alega que, nos termos do art. 268, XLVI, “d” do RICMS/2012, a carga tributária é de 9%, o que significa dizer que a Recorrente promoveu recolhimento a maior do imposto (12%) e não a menor como quer fazer entender o Autuante.

Ademais, aduz que a imposição da legislação estadual importa em mero descumprimento de obrigação acessória que não pode gerar cobrança do imposto com base em alíquota maior que a estipulada no art. 268, XLVI, “d” do RICMS/2012. Dessa forma, defende que se houve descumprimento de qualquer requisito, não pode ele ensejar a exigência fiscal aqui depreendida, pois a Recorrente, ao comercializar produtos de ótica (óculos para correção, proteção ou outros fins, e artigos semelhantes), submete-se à alíquota de 9%, e não de 17%, como faz crer o Autuante.

Salienta que, de todos os lados que se analisar, a verdade fática e jurídica é que o Fisco desconsiderou que os produtos vendidos pela Recorrente estão amparados pelo benefício fiscal. Nesse sentido, improcede a acusação fiscal, sendo o que desde já requer seja reconhecida por esta segunda instância administrativa.

Discorre sobre a exorbitância da multa aplicada e, por fim, requer: o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da impropriedade da exigência fiscal; Sucessivamente, a Recorrente pede, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco; Requer, outrossim, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Recorrente (art. 112 do CTN); Protesta a Recorrente pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Os autos foram distribuídos à I. Cons. Laís de Carvalho Silva e, na sessão do dia 05/02/2020, os membros da 1ª CJF converteram o feito em diligência, à INFRAZ DE ORIGEM, referente à infração 03, com o seguinte teor:

...

A recorrente pontou em sua defesa recursal que o crédito ora tido como indevido foi utilizado corretamente, uma vez que os produtos indicados nas notas fiscais, elencadas pela fiscalização, possuem Código da Situação Tributária (CST) que indicam que são tributadas integralmente por serem mercadorias nacionais. É o caso do CST 000, 020 e 500 (doc. 07 da Impugnação).

Da mesma forma, há mercadorias que possuem Código da Situação Tributária (CST) que indicam que são

tributadas integralmente por serem mercadorias estrangeiras, adquirida no mercado interno, sem similar nacional. É o caso do CST 700 (doc. 03 da manifestação à Informação Fiscal), nos termos do art. 15, II da Lei nº 7.014/96 e art. 1º, § 4º da Resolução do Senado nº 13/2012.

Assim, seria inaplicável o limite de 4% para o crédito das operações autuadas.

Salienta que ocorreu um mero erro operacional ao informar, em sua escrita fiscal, que o CST da mercadoria era o 200, o que ocasionou a autuação indevida de tais operações.

Compulsando os DANFES apresentados às fls. 163/198, bem como às fls. 264/265, de fato, os CSTs constantes nas operações são em sua grande maioria o “000” (tributado integralmente), 010 (tributada e com cobrança do ICMS por substituição tributária), 020 (redução da base de cálculo do ICMS), 500 (ICMS cobrado anteriormente por substituição tributária (substituído) ou por antecipação).

Confrontando com a planilha de revisão realizada em sede de informação fiscal, vislumbro que tais operações foram mantidas na autuação, não tendo a fiscalização se debruçado efetivamente sobre tais alegações e provas trazidas aos autos.

A título de exemplo, verifiquei que:

- A NF 064.173 (fl. 166) de 02/2013, cujo CST está com a numeração 000, consta na planilha elaborada pela fiscal autuante à fl. 225, com CST 200.
- A NF 003.865 (fl. 167) de 03/2013, cujo CST está também com numeração 000, consta na planilha à fl. 225 com CST 200.
- A NF 12.405 (fl. 169) de 05/2013, cujo CST é 020, consta na planilha com o CST 200 (fl. 226).
- A NF 150.512 (fl. 264) de 11/2013, cujos CSTs estão com a numeração 000 e 700, consta na planilha com o CST 200 (fl. 226).

E assim ocorre com as demais notas apresentadas.

Deste modo, tendo em vista a documentação apresentada e com base no Princípio da Verdade Material que rege o Processo Administrativo Fiscal, esta 1ª CJF, em sessão de julgamento realizada em 05.02.2020, decidiu converter o feito em diligência à INFRAZ de origem para que as autuantes verifiquem as notas fiscais apresentadas, as quais fundamentam a escrita fiscal, e seus respectivos CSTs, procedendo com as devidas correções nos demonstrativos, se for o caso ou justificando o motivo de não fazê-la.

Após realização dos trabalhos, o contribuinte deve ser intimado para se manifestar, caso queira, no prazo de 10 (dez) dias.

Ao final, os autos devem retornar ao CONSEF para julgamento.

Na conclusão da diligência, fls. 340-341, um dos autuantes informa que solicitaram ao contribuinte que apresentasse cópia das notas fiscais listadas na planilha que dá suporte a esta infração, sendo atendido através de e-mail do arquivo denominado “NF Entrada”.

Disse que após as devidas verificações, encontraram duas situações distintas:

Situação I: Operações com CST 000 (mercadoria nacional) – com imposto destacado à alíquota interestadual de 7% e 12% conforme a UF de origem.

Situação II: Operações com CST 100 (mercadoria importada) tributada – com imposto destacado à alíquota de 4%. Mas que foi escriturada com alíquota de 7%.

Destacou que para a **Situação I** as alegações do contribuinte prosperam, pois embora ele tenha informado em sua Escrituração Fiscal Digital - EFD as operações com o Código da Situação Tributária - CST 0200 (mercadoria importada adquirida do mercado interno), o CST que consta nas notas fiscais é, de fato, o CST 000 (mercadoria nacional).

Em relação à **Situação II**, disseram que o imposto destacado na nota fiscal foi de 4% (quatro por cento), mas o imposto escriturado foi de 7% (sete por cento) e 12% (doze por cento). Tais diferenças devem ser anuladas nesse lançamento, pois as mesmas são objeto da **Infração 02** - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado na respectiva nota fiscal.

Anexa mídia eletrônica contendo a planilha Crédito a Maior 2013 – Aquisição de Mercadorias Importadas – Ajuste CONSEF e o arquivo NF Entradas enviado pelo contribuinte.

Em nova manifestação do contribuinte, fls. 347/350, onde afirmou que realizou pagamento parcial da acusação e, para o saldo remanescente, demonstrou a improcedência da exigência fiscal em razão da cobrança em duplicidade com a infração 02.

Pontuou que o autuante discorreu que a recorrente utilizou crédito de ICMS superior ao indicado na nota fiscal, no entanto, o FISCO indicou que a recorrente se creditou do ICMS correspondente à alíquota de 7%, quando no documento fiscal consta um destaque de 4%.

Em relação à infração 3, assinalou que o FISCO está exigindo ICMS de duas formas para mesma infração, utilização de crédito indevido em valor superior, mudando apenas a justificativa, para utilização a maior do que constava no documento fiscal (infração 02), ora que há limitação ao valor do crédito para as mercadorias importadas (infração 04).

Acrescenta que o crédito foi utilizado corretamente pela recorrente, uma vez que os produtos indicados nas notas fiscais, possuem código de situação tributária (CST) que indicam que são tributadas integralmente por serem mercadorias nacionais, conforme o CST 000, 020 e 500.

Salienta que, da mesma forma, há mercadorias que possuem CST que indicam que são tributadas integralmente por serem mercadorias estrangeiras, adquirida no mercado interno, sem simular nacional, como o caso do CST 700, nos termos do art. 15, II da Lei nº 7.014/96 e art. 1º, § 4º da Resolução do Senado nº 13/2012.

Sustenta que esta situação, foi um meramente erro operacional da recorrente ao informar, em sua escrita fiscal, que o CST da mercadoria em 0 200, que significa mercadoria estrangeira adquirida no mercado interno.

Afirma que a diligência solicitada pela Câmara, reconheceu todos os argumentos apresentados pela recorrente. Assim, pedem pela exclusão dos valores relativos às situações destacadas, o que deixa de existir saldo remanescente para infração 03, permanecendo a discussão apenas para a infração 04 e 05, que igualmente não prosperam, conforme demonstrado na peça recursal.

Finaliza pedindo reconhecimento da improcedência da infração 03, diante das exclusões indicadas pela diligência fiscal e do pagamento parcial efetuado, bem como pelos motivos expostos na peça recursal das infrações 04 e 05 e ora reiterados.

Na fl. 354, a autuação presta nova informação fiscal, tomando conhecimento da manifestação do contribuinte, no qual verificou as suas alegações e pontuou que não nenhum fato novo acrescido, apenas reafirmação dos itens já questionados. Finaliza que a conclusão da diligência é suficiente para os devidos esclarecimentos.

Em seguida, os autos foram redistribuídos a esta relatora para apreciação, em virtude do encerramento do mandato da I. Cons. Laís de Carvalho Silva.

VOTO

O Recurso Voluntário reproduz a mesma preliminar da impugnação, que em nada inovam em relação ao argumento já apresentado e rechaçado pela Junta de Julgamento Fiscal. Rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração sob a alegação de impropriedade da exigência fiscal. Não vislumbro existir o alegado cerceamento do seu direito de defesa, visto que o enquadramento está perfeito e coerente quanto aos fatos insitos na acusação fiscal, tendo o autuado demonstrado pleno conhecimento da imputação ao apresentar sua impugnação ao lançamento de ofício.

Conforme já relatado, trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0157-05/18-VD, que por unanimidade, julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/09/2017, interposto nos

termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exigiu o valor histórico de R\$109.226,91 pelo cometimento de 05 infrações, que após julgamento em primeira instância, o valor foi reduzido para R\$104.729,99, acrescido da multa de 60% sobre o valor de R\$81.125,77 e 100% sobre R\$23.604,22, ambas previstas no art. 42, inciso II, alínea “a” e inciso III da Lei nº 7.014/96, e seus acréscimos legais.

É objeto do recurso em análise apenas as infrações 03 e 04, com as seguintes acusações:

INFRAÇÃO 03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is), conforme consta na planilha Crédito a Maior 2013. Anexo III. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a julho, outubro a dezembro de 2013. Valor exigido: R\$ 5.856,39. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96; Complemento: “Adquiriu, em operação interestadual, mercadoria importada com alíquota superior a 4% (quatro por cento).”

INFRAÇÃO 04 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme consta nas planilhas Demonstrativo: Débito a Menor - Operações com ECF - Erro na Determinação da Carga Tributária - Anexo IV. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Valor exigido: R\$ 53.634,09. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.”

No mérito recursal, no tocante a infração 03, insiste a recorrente, que a autuante cobrou imposto em duplicidade com a infração 02. Explicando que na infração 02 a empresa teria utilizado crédito ICMS superior ao destacado na nota fiscal, ou seja, creditou 7%, quando deveria ser 4%, já na infração 03, teria utilizado crédito a maior de mercadoria com alíquota superior a 4%, ou seja, para a recorrente ocorreu uma dupla exigência fiscal para a mesma operação, só que com acusações diferentes para as seguintes notas fiscais:

Mês	Dta	NumDoc
jan-13	25/01/13	53423
jan-13	25/01/13	53423
jan-13	25/01/13	301241
jan-13	25/01/13	301241
jan-13	25/01/13	301241
jan-13	25/01/13	53423
fev-13	04/02/13	515390
fev-13	21/02/13	8280
fev-13	21/02/13	8280
fev-13	21/02/13	8280
mar-13	11/03/13	27818
abr-13	09/04/13	137588
mai-13	20/05/13	14803

Analizando as planilhas acostadas aos autos, fls. 33 a 41, Anexo II, chamado de “Dem Crédito Fiscal a Maior que o destacado na NFE” e fls. 42 a 49, Anexo III, chamado de “Dem Crédito Fiscal Destacado a Maior na NFE – Mercadoria Importada” me atendo, mais precisamente, nas notas acima apontadas pela recorrente, posso assegurar que assiste razão a mesma, vejamos:

Na Infração 03 é cobrada a diferença do ICMS utilizado com a alíquota superior a 4%, tendo em vista que as mercadorias são de origem estrangeira, portanto tem seu crédito limitado.

Mês	Dta	NumDoc	UF	CST	CFOP	Descr Item	VI Item	VIBcIcms	AliqIcms	VIIems	AliqCorr	VI Cred a Maior	
jan-13	25/01/13	53423	MG	200	2102	CORTADOR VID. N.3 1A8MM 100201	66,42	61,50	7	4,31	4	1,85	
jan-13	25/01/13	53423	MG	200	2102	MALA FERRAMENTAS 2 GAVETAS C/RODAS	109,15	103,95	7	7,28	4	3,12	
jan-13	25/01/13	301241	SP	200	2102	MANG.P/ASPIRADOR 2104DN35 SUCCAO3650 KARCHER AC	145,49	138,56	7	9,70	4	4,16	
jan-13	25/01/13	301241	SP	200	2102	MANG.P/LAVAD.ALTA PRESSAO HD585 0510	448,94	427,56	7	29,93	4	12,83	
jan-13	25/01/13	301241	SP	200	2102	MANG.P/LAVAD.PLS 6/13/16MPA	913,76	830,69	7	58,15	4	24,92	
jan-13	25/01/13	53423	MG	200	2102	PORTA-BIJOUTERIA C/ESP/CHAVE 400103	92,61	88,20	7	6,17	4	2,64	
fev-13	04/02/13	515390	SP	200	2102	IMPERMEABIL.TECIDO SCOTCHGARD 337ML	620,93	564,48	7	39,51	4	16,93	
fev-13	21/02/13	8280	RJ	200	2102	ESTICADOR CAB.ACO	1/2	84,21	80,20	7	5,61	4	2,40

						CA/01UN						
fev-13	21/02/13	8280	RJ	200	2102	GANCHO OLHAL C/TRAVA 1TON	51,45	49,00	7	3,43	4	1,47
fev-13	21/02/13	8280	RJ	200	2102	GANCHO OLHAL C/TRAVA 1.5TON	78,75	75,00	7	5,25	4	2,25
mar-13	11/03/13	27818	PE	200	2102	FITA CREPE AUTOMOTIVA 15X50 0831	91,28	86,93	12	10,44	4	6,96
abr-13	09/04/13	137588	SC	200	2102	LENCOL JG SOLTE CONF.BUD KIDS BOSQUE	316,52	316,52	7	22,16	4	9,50
mai-13	20/05/13	14803	SP	200	2102	SPOT EMB.AL.MOV.QUAD.AR111 US IL 311	488,65	454,56	7	31,81	4	13,63
						TOTAL						102,66

Já na infração 02, a glosa do crédito se refere ao crédito superior ao destacado na nota fiscal:

Data	NumDoc	Serie	UF	VIIcmsEfd	VIIcmsNfe	VIICredMaio r
25/01/2013	53423	55	MG	199,81	188,27	11,54
25/01/2013	301241	55	SP	206,07	197,46	8,61
04/02/2013	515390	55	SP	39,51	22,58	16,93
21/02/2013	8280	55	RJ	45,42	38,13	7,29
11/03/2013	27818	1	PE	87,06	80,1	6,96
09/04/2013	137588	55	SC	76,52	67,03	9,49
01/05/2013	14803	55	SP	1.324,76	1.311,13	13,63
					Total	74,45

Fazendo um cotejamento entre os relatórios das duas infrações, podemos observar que, efetivamente existe uma cobrança duplicada, se pegarmos como exemplo a Nota Fiscal-e nº 515.390, teremos que o valor glosado é o mesmo nas duas infrações, R\$16,93:

Na descrição do item dessa nota fiscal, temos o seguinte:

PEDIDO	VOL.	CÓD. PRODUTO	DESCRIÇÃO DOS PRODUTOS / SERVIÇOS	NCM/SII	CST	CFOP	UNID.	QUANT.	VALOR UNITÁRIO
4221581	3	137588	SCOTCHICAP PROTECTOR 151ML SCOTCHICAP PROTECTOR 333ML	40000-100	000	6102	LT	26.0000	16,68

Na EFD a recorrente utilizou a alíquota de 7% e creditou R\$39,51, porém a alíquota da nota fiscal é 4%, daí sua inclusão na Infração 02, sendo cobrado o estorno de 16,93, por ter creditado alíquota superior ao destacado, já na infração 03 foi cobrada a mesma diferença de ICMS tendo em vista que havia o credito de 7%, quando o limite seria 4%, por ser item importado.

Percebe-se perfeitamente que para a infração 02 a auditoria analisou a infração pela alíquota destacada na nota. Enquanto, na infração 03, se balizou pelo Código de Situação Tributária-CST do item, como este foi escruturado com sendo importado, limitado a 4%, glosou a diferença, gerando assim a duplicidade.

O mesmo ocorreu com as demais Notas Fiscais nºs 27.818, no valor de R\$6,96, 137.588, R\$9,50 e 14.803, R\$13,63. Nas demais não é possível ver visualmente tendo em vista que as Notas Fiscais nºs 53.423, 301.241 e 8.280 possuem diversos itens, mas a constatei que a duplicidade também existiu.

Diante do exposto, verificada a duplicidade, reduzo a Infração 03 em R\$74,45, por entender que esta glosa já está incluída na Infração 02.

Outro ponto alegado na Infração 03, foi a necessidade de exclusão as notas fiscais acostadas no Doc.07, fls. 165 a 198 e as fls. 264/265, pois a recorrente alega que o crédito foi utilizado corretamente, pois os produtos indicados nestas notas fiscais possuem Código da Situação Tributária (CST) que indicam que são tributadas integralmente por serem mercadorias nacionais, tais como são os casos dos CST 000, 020 e 500. Em sua peça recursal admitiu que o que ocorreu foi meramente um erro operacional ao informar, em sua escrita fiscal, que o CST da mercadoria era o 200, que significaria que a mercadoria era estrangeira adquirida no mercado interno.

Esta Câmara converteu os autos em diligência, cuja informação fiscal foi acostada as fls. 340/341 e mídia CD, fl. 342, a autuante acatou diversas notas fiscais, no entanto deixou de analisar outras tantas, que ora passo a fazê-lo.

Constatou que todas as notas fiscais, possuem códigos das CST constantes da tabela abaixo, onde podemos perceber que se trata de produtos nacionais, não se limitando a alíquota de 4% como prevê a Resolução nº 13/2012 do Senado Federal:

	CST
Nacional Tributada integralmente	000
Nacional Com redução de base de cálculo	020
Nacional Tributada e com cobrança do ICMS por substituição tributária	010
ICMS cobrado anteriormente por substituição tributária (substituído) ou por antecipação	500

Entendo que a apresentação das notas fiscais (fls. 165 a 198), bem como as fls. 264 e 265 foram provas contundentes das alegações da recorrida, por isso foram acatadas, dessa forma, reformo a infração 03.

Infração Procedente em Parte, restando, R\$457,59, como segue:

Infração 03			
Comp.	Julgado	Acatado	Reformado
31/01/2013	194,44	178,78	15,66
28/02/2013	287,09	259,11	27,98
31/03/2013	315,99	309,41	6,58
30/04/2013	185,88	139,06	46,82
31/05/2013	402,48	398,33	4,15
30/06/2013	119,76	110,05	9,71
31/07/2013	147,12	147,12	0,00
31/10/2013	185,39	185,39	0,00
30/11/2013	81,71	0,83	80,88
31/12/2013	265,81	0,00	265,81
Total	2.185,66	1.728,07	457,59

Em relação a Infração 04, a recorrente se insurge com as mesmas alegações da sua defesa inicial, insiste que a autuante utilizou a alíquota que só poderia ser aplicada a fatos geradores, no caso produtos de informática (CPUs, Tablets e Notebooks), ocorridos a partir de 01/02/2017, o que não seria o caso dos autos (janeiro/2013 a dezembro/2014). Cita o art. 266, XIII, “d” e as notas do texto legal. Conclui que os produtos listados pela fiscalização foram tributados corretamente pela Recorrente com a alíquota de 7%. De certo a legislação citada não o socorre, tendo em vista, como bem esclareceu o julgador de piso, ao qual me alinho, a tributação desses itens está fundamentada no inciso XXXIV, e não no inciso XIII, do art. 266 do RICMS/BA, como espera a recorrente, é o que podemos depreender da leitura abaixo:

Nota: O inciso XXXIV do caput do art. 268 foi revogado pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, efeitos a partir de 01/02/17. Redação originária, efeitos até 31/01/17:

“XXXIV - das operações internas com computador de mesa (desktop) e computador portátil (notebook e tablet), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento);”(grifos)

Ressalte-se que o inciso XIII, do art. 266 do RICMS/BA, exclui os itens supracitados ao invés de contemplá-los, como almeja a recorrente, vejamos:

Redação anterior, efeitos até 31/01/17:

“XIII - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no quadro a seguir, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%:

8471 -Máquinas automáticas para processamento de dados e suas unidades; leitores magnéticos ou ópticos, máquinas para registrar dados em suporte sob forma codificada e máquinas para processamento desses dados, não especificadas nem compreendidas em outras posições, exceto computador de mesa (desktop), computador portátil (notebook e tablet)”(grifos)

Ao mesmo tempo, também alega que os produtos de ótica, nos termos do art. 268, XLVI, “d” do

RICMS/2012, tem a carga tributária de 9%, o que significa dizer que a mesma promoveu recolhimento a maior do imposto (12%) e não a menor. Tal afirmação procederia caso a Recorrente comprovasse ter obtido junto a autoridade fazendária o Termo de Acordo que a contemplasse com tal benefício, posto que, isto é condicionante fundamental para fruição do mesmo, é o que podemos extraír da fundamentação legal, que ora transcrevo:

"Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

XLVI - até 31/05/15, nas saídas internas e nas importações com os produtos de ótica– lentes, armações e óculos, de forma que a carga tributária seja equivalente a 9% (nove por cento), ficando a fruição do benefício condicionada à celebração de termo de acordo com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização, desde que o contribuinte esteja em dia com as obrigações tributárias principal e acessórias (grifos)

Diante do exposto julgo a Infração 04 – Procedente.

Destarte, quanto à multa aplicada, não vejo como prosperar a pretensão recursal, pois as multas possuem previsão legal na legislação estadual e este Conselho não possui competência para afastá-las por eventual constitucionalidade tampouco deixar de aplicar normas emanadas de autoridade superior, conforme art. 167, I e III do RPAF/BA.

Por outro lado, não se deve esquecer que as multas previstas nos incisos I, II, III e VII e alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, possuem previsão de redução automática, em percentuais que variam entre 25% e 90%, conforme arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279462.0005/17-7, lavrado contra **FERREIRA COSTA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$103.001,91**, acrescido das multas de 60% sobre R\$79.397,69, e de 100% sobre R\$23.604,22, previstas no art. 42, incisos II, “a”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS