

A. I. N° - 279463.0018/21-2
AUTUADO - UNIMARKA DISTRIBUIDORA S.A.
AUTUANTE - WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR
ORIGEM - DAT SUL / IFEP

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0094-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A legislação vigente veda a utilização de crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Infração reconhecida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Comprovado que os produtos autuados não se encontravam submetidos à sistemática de substituição tributária, devendo as operações serem debitadas do imposto, a infração é subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 21 de dezembro de 2021, e refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$ 38.686,72, além de multa de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **001.002.005**. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de março a maio de 2017 e fevereiro de 2018.

Infração 02. **002.001.003**. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro a agosto de 2017, março, julho a dezembro de 2018, no montante de R\$ 36.686,72. Consta a indicação do autuante: “*o contribuinte errou no enquadramento de algumas mercadorias deixando de se debitar do ICMS devido nas saídas*”.

Tempestivamente, o autuado, por seu diretor presidente, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 15 a 27, onde argumenta, após resumir a autuação, que quanto à infração 01 efetuou o recolhimento do respectivo débito de imposto e encargos, com a redução da multa na forma do artigo 45, § 1º da Lei 7.014/96, conforme comprovante de pagamento em anexo (doc. 03).

Quanto à infração 02, indica ter efetuado o pagamento parcial e apresenta a presente impugnação quanto à parte que não foi paga, cujas razões a seguir expostas demonstram a necessidade de ser julgada insubsistente a autuação.

Apresenta planilha explicativa relativa aos pagamentos efetuados, anexando o DAE e o respectivo comprovante (doc. 03), demonstrando o pagamento total da infração 01 e o pagamento parcial da infração 02, conforme planilha acostada.

Para a infração 02, alega que conforme razões adiante expostas, tais acusações são improcedentes, devendo ser julgado insubsistente o Auto de Infração.

Quanto a acusação de ter deixado de recolher o ICMS em relação às operações com o produto “Polentina Quaker”, argumenta que as operações com tais produtos são isentas do ICMS, nos termos do artigo 265, II, alínea “d” do RICMS/BA, copiado.

Explicita ser o produto “Polentina Quaker” farinha de milho, conforme se extrai das informações da PEPSICO, constante do e-mail em anexo (doc. 04), que explica que os ingredientes do referido produto são farinha de milho, sal, ferro e ácido fólico.

Diante do exposto, tratando-se de operação isenta de ICMS, conclui que improcede a acusação fiscal de que a empresa autuada teria deixado de recolher o ICMS relativamente a tais operações, não tendo violado a legislação, especialmente os artigos 2º, I, e 32 da Lei nº 7.014/96, devendo ser julgado insubsistente o Auto de Infração.

Quanto a acusação de ter errado no enquadramento de algumas mercadorias, dentre as quais o produto Tingidor Guarany, no período de fevereiro a agosto de 2017, deixando de se debitar do ICMS supostamente devido nas saídas, esclarece que, de acordo com o e-mail remetido pela indústria Guarany (fabricante do produto) para a empresa autuada em março de 2017 (doc. 05), “*O Tingidor Guarany está enquadrado no NCM/SH 3204.14.00 e se encontra na substituição tributária no Estado da BA conforme Decreto 17303/2016*”. No mesmo e-mail, ainda constou a informação de que “*O CEST a ser utilizado é 2400300*”.

Plota o teor do mesmo.

Analisando o Anexo 1 do Regulamento do ICMS, com a redação vigente a partir de 01/02/2017, constata que, efetivamente os produtos com NCM/SH 3204 (e o produto em questão tem o NCM/SH 3204.14.00) estão previstos no referido anexo, como mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária, conforme imagem colacionada.

Registra que, na redação anterior (vigente no ano de 2016), o Anexo 1 do RICMS não previa os produtos de NCM/SH 3204, mas, dentre todos os produtos de NCM/SH 3204, somente o produto específico de NCM/SH 3204.17, de acordo com imagem que apresenta.

Lembra ter a legislação sofrido alteração a partir de fevereiro de 2017, para incluir como sujeitos à substituição tributária os produtos de NCM/SH 3204 e, tendo o produto em questão (Tingidor Guarany) a NCM 3204.14.00, orientada pelo fabricante do produto, que é o responsável pela classificação do produto que fabrica, passou a vendê-lo, a partir de fevereiro de 2017, com o CFOP 5405 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído).

Diante do exposto, diz não haver que se falar em erro na classificação do produto por parte deste contribuinte, nem em débito do ICMS nas saídas feitas por este contribuinte do produto em questão, seja porque a legislação tributária atribuiu a responsabilidade de classificação fiscal das mercadorias aos industriais, importadores e exportadores (e não à empresa autuada), seja porque o industrial tratou as mercadorias em questão como sujeitas à substituição tributária.

Destaca que, somente em julho de 2017, a indústria emitiu um comunicado (em anexo, doc. 06) informando que seus corantes não se enquadravam no regime da substituição tributária.

Por todo o exposto, não pode a empresa autuada ser responsabilizada por ter seguido a classificação e o tratamento tributário dado aos produtos em questão pela indústria que os fabrica, de fevereiro de 2017 até o recebimento da comunicação do fabricante, em julho de 2017.

Isso porque a legislação tributária estabeleceu a obrigatoriedade de proceder à classificação fiscal de mercadorias aos industriais, importadores e exportadores, bem como aos equiparados a eles pela legislação, a teor do artigo 19, inciso IV, do Convênio s/nº, de 15/12/1970, copiado.

Nesse sentido, tendo apenas seguido a classificação das mercadorias adotada pelo estabelecimento industrial, que é quem conhece as características do produto que fabrica, bem como foi eleito pela legislação tributária como responsável pela classificação fiscal do produto, não pode ser apenada, caso os industriais, os importadores e os exportadores eventualmente venham a fazer a classificação equivocada de algum produto.

Diante do exposto, há que se julgar improcedente a acusação fiscal e insubsistente o Auto de Infração.

Em relação aos produtos “Anil Imperial com 04 Saquinhos” e “Anil Imperial com 10 Cubos”, indica que conforme se verifica das notas fiscais em anexo (vide arquivos xml e DANFE – doc. 07), emitidas pela empresa RECKITT BENCKISER BRASIL COM PROD HIG LIMP E COSM LTDA., classificou tais produtos no NCM/SH 32064100 e no CEST 2400200. Assim, a empresa autuada, localizada em Colatina, Espírito Santo, transferiu as mercadorias para esta filial de Teixeira de Freitas-BA com incidência de substituição tributária devido a indústria RECKITT BENCKISER BRASIL COM PROD HIG LIMP E COSM LTDA. classificar tais produtos no NCM/SH 32064100 e no CEST 2400200.

Cita exemplo do caso exposto.

Aduz que como se verifica do Anexo 1 do RICMS/BA (MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA), os produtos com NCM/SH 3206 e classificados no CEST 24.002.00 (tais como os produtos Anil Imperial com 04 saquinhos e Anil Imperial com 10 cubos) estão sujeitos à substituição tributária, plotando trecho do mesmo.

Assim, informa ter vendido tais mercadorias com CFOP 5405 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído), não havendo que se falar em débito do ICMS nas saídas de tais mercadorias.

Portanto, assevera não ter errado no enquadramento da referida mercadoria e, nesse sentido, não violou os artigos 2º, inciso I, e 32 da Lei 7.014/96, e nem mesmo o artigo 332, 1, do RICMS/BA, sendo improcedente a acusação fiscal.

Lembra que, conforme já exposto, a legislação tributária estabeleceu a obrigatoriedade de proceder à classificação fiscal de mercadorias aos industriais, importadores e exportadores, bem como aos equiparados a eles pela legislação, a teor do artigo 19, inciso IV, do Convênio s/nº, de 15/12/1970.

Nesse sentido, tendo apenas seguido a classificação das mercadorias adotada pelo estabelecimento industrial, não pode ser apenada, entende, caso os industriais, os importadores e os exportadores eventualmente venham a fazer a classificação equivocada de algum produto.

Diante do exposto, há que se julgar improcedente a acusação fiscal e insubsistente o Auto de Infração, razão pela qual requer que seja julgado improcedente/insubsistente o mesmo ora impugnado.

Acostou documentos de fls. 54 e 55.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 67 a 69, esclarece que em sua defesa o próprio contribuinte dá a chave para elucidar a questão, em relação a “Polentina Quacker” ao descrever os componentes do produto como sendo farinha de milho enriquecida com sal, ferro e ácido fólico. Se foi enriquecida não é o produto puro e original, mas sim, um produto beneficiado, outro produto para o qual não há previsão de isenção.

Quanto ao “Tingidor Guarany”, lembra ter o contribuinte se defendido afirmando que recebeu orientação da empresa industrializadora (que seria responsável para o enquadramento tributário do produto) um e-mail enquadrando as mercadorias na NCM 3204 e CEST 2400300 e que tais códigos estavam previstos no Convênio da substituição tributária, e somente em julho de 2017, a indústria emitiu um comunicado informando que seus produtos não estavam enquadrados na substituição tributária.

Na análise do mérito, aponta que para um produto estar enquadrado na substituição tributária, é necessário que esteja no seu Anexo, com três requisitos: descrição, NCM e grupo de produtos elencados no Convênio da substituição. O produto em questão é um tingidor principalmente para

tecidos, não sendo tinta ou verniz utilizado na construção civil, e, portanto, não está na substituição tributária.

Com relação a afirmativa de que o responsável é o industrial que classificou o produto errado, não condiz com a legislação em vigor, que imputa ao autuado a responsabilidade pelo lançamento e pagamento do imposto.

Por fim, para o “Anil imperial”, onde o contribuinte apresenta os mesmos argumentos que utilizou para o Tingidor Guarany, assevera poder repetir os argumentos, vez que o é um corante para tecidos e não condiz com a descrição dada no item 16.3 que se refere a corantes utilizados na construção civil.

De acordo com o supra exposto pugna pela procedência total do lançamento, imputando ao autuado o pagamento do ICMS no valor de R\$ 36.686,72, e demais acréscimos legais, deduzidos os valores já pagos.

Presente na sessão de julgamento a advogada da empresa Dra. Karla Buzato Fiorot, OAB/ES 10.614, que em sede de sustentação oral, arguiu estar o relatório fiel às razões de defesa.

Chama a atenção na infração 02, para dois fatos específicos: na Polentina Quaker, discorda da autuação fiscal, invocando o artigo 265 do RICMS/12, uma vez que tal produto é farinha de milho, e por consequência, isento, pleiteando o acolhimento de tal argumento.

Quanto aos demais produtos, as classificações foram fornecidas pelo industrial, e a impugnante, com base em tal classificação deu o tratamento fiscal de produtos sujeitos à substituição tributária, também discordando do entendimento do autuante.

Chama atenção ao Convênio s/nº de 15/12/75, tendo lido seu o dispositivo, tendo o mesmo como claro, e o código deve ser estabelecido pelo estabelecimento industrial, ao qual cabe a responsabilidade, tendo a autuada cumprido os termos de tal Convênio.

Pede a improcedência da acusação fiscal.

VOTO

O presente lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, sendo objeto de impugnação por parte do autuado a de número 02.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da transmissão pelo Domicílio Tributário Eletrônico de Cientificação de Início de Fiscalização, lida e cientificada em 04/10/2021 (fls. 06 e 06-v).

A memória de cálculo da autuação e os documentos que a suportam se encontram às fls. 07 a 10, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 12.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da objetiva peça de impugnação.

Não existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual, adentro na análise do mérito exclusivamente em relação à infração 02, diante do reconhecimento e recolhimento dos valores lançados na infração 01.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de “Comércio atacadista de mercadorias em geral, sem predominância de alimentos ou de insumos agropecuários”, CNAE 46.93-1-00, estabelecido no município de Teixeira de Freitas.

Frente ao reconhecimento da infração 01 por parte do contribuinte, a mesma se encontra fora da lide, e tida como procedente.

A acusação na infração 02 é a de que teria utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

O contribuinte não nega a prática de que foi acusado, apenas argui em sua defesa ter seguido procedimentos orientados pelos vendedores/fabricantes dos produtos indicados, quanto a tributação e obediência à legislação.

Por seu lado, o autuante mantém a acusação, pugnando pela procedência do lançamento.

Antes de qualquer avaliação, esclareço que o deslinde da matéria passa pela análise das NCM, bem como as descrições das mercadorias, diante do entendimento sedimentado neste órgão julgador, lastreado em posicionamento da SEFAZ para o enquadramento da mercadoria como sujeita à substituição tributária, como o constante do Parecer DITRI 25.452/2012, no seguinte sentido: “*ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente*”.

Este não é entendimento novo, inclusive posso, de igual forma, invocar também o Parecer 11.219/2010, o qual traz o seguinte posicionamento: “*Há de se informar, inicialmente, que, para a inclusão de um produto na Substituição Tributária, é necessário que haja a sua identidade não só com uma das definições contidas nos diversos itens do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, RICMS, como com a classificação na NCM prevista no mesmo item*”.

Em outras palavras: para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessária a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição.

Partindo de tal premissa, de igual modo passo a analisá-los de *per si*, considerando aquelas indicadas na informação fiscal como integrantes do demonstrativo da autuação, tendo em vista as disposições do Anexo 1 ao RICMS/12, em suas versões para os exercícios de 2016, 2017 e 2018:

A tarefa do julgador é, pois, verificar se tal NCM se encontrava no rol dos produtos inseridos no Anexo 1 ao RICMS/12, e em caso positivo, se a descrição se coaduna com a dos produtos autuados, o que passo a fazer neste momento.

Quanto ao produto “Polentina Quaker”, de acordo com o site do fabricante na rede mundial de computadores (www.quaker.lat/br/productos-quaker-aveias-e-outros/polentina-quaker/), informa que tal produto possui a seguinte composição: “milho (Agrobacterium tumefaciens, Agrobacterium sp, Bacillus Thuringiensis, Sphingobium herbicidovorans, Steptomyces viridochromogens, Dicossoma sp, Zea mays, Diabrotica virgifera, Thermococcales spp, Bacillus subtilis, Stenotrophomonas maltophilia) et sal”.

Já na embalagem, se encontra a seguinte informação: “*flocos de milho pré-cozidos enriquecidos com ferro e ácido fólico*”, conforme se observa na sua imagem abaixo reproduzida.



Assim, “Polentina” nada mais é do que um produto originado da moagem do grão de milho degerminado, apresentando grãos com 0,2 milímetros de diâmetro, sendo utilizada na preparação de polenta.

A título de esclarecimento, a chamada degerminação nada mais é do que um processo para remover a parte branca, conhecida como germen, que é responsável pela germinação do cereal.

A discussão entabulada nos autos é quanto a sua tributação ou não pelo ICMS, diante da arguição defensiva, e a posição do autuante.

Neste sentido, para elucidação e decisão quanto a matéria, me valho do entendimento externado quando da emissão do Parecer DITRI 6753, de 31/03/2015 ao qual adiro integralmente:

“Inicialmente cumpre-nos salientar que a tributação aplicável às operações com farelo de milho e milho triturado está necessariamente vinculada à destinação dos produtos, ou seja, se os mesmos serão utilizados na alimentação humana, ou na atividade agropecuária, como insumos destinados à alimentação animal.

Nesse contexto, tratando-se de farelo de milho destinado a consumo humano, será aplicada a isenção prevista no art. 265, inciso II, ‘d’, do RICMS/BA (Dec. nº 13.780/12), a saber:

‘Art. 265. São isentas do ICMS:

.....

II - as saídas internas de:

.....

d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho;’

Considerando que o dispositivo supra não especifica os tipos de fubá de milho e farinha de milho alcançados pelo tratamento ali previsto, o entendimento que prevalece é o de que todas as espécies desses produtos estão incluídas no benefício da isenção do imposto, a exemplo do farelo de milho.

Da mesma forma, as operações internas com milho triturado destinado à alimentação humana estão amparadas pela alíquota reduzida de 7%, prevista no art. 16, inciso I, da Lei 7.014/96, da seguinte forma:

‘Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% (sete por cento) nas operações com:

a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca;’

Por outro lado, tratando-se de farelo de milho e milho triturado destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal (insumo agropecuário), será aplicado o regramento contido no art. 264, inciso XVIII, do RICMS/BA (Dec. nº 13.780/12), da seguinte forma:

‘Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

.....

XVIII - as saídas internas com os insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, observadas as seguintes disposições:

a) o benefício fiscal de que cuida este inciso alcançará toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final;

b) o benefício fiscal não se aplica no caso de operação que não preencha os requisitos estabelecidos ou que dê ao produto destinação diversa da prevista como condição para gozo do benefício, caso em que o pagamento do imposto caberá ao contribuinte em cujo estabelecimento se verificar a saída;

c) a manutenção de crédito somente se aplica às entradas em estabelecimento industrial das matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e demais insumos utilizados na fabricação daqueles produtos;

d) fica admitida a manutenção de crédito nas entradas em estabelecimento agropecuário dos produtos objeto da isenção de que cuida este inciso;’.

Isto posto, e considerando que o referido Convênio ICMS 100/97 cita expressamente, no inciso VI de sua Cláusula primeira, o produto ‘farelo de milho’ e, em sua Cláusula segunda, o produto ‘milho’, temos que as operações internas com farelo de milho e milho triturado destinados à utilização como insumos agropecuários encontram-se amparadas pela isenção do ICMS, observados os requisitos previstos na legislação para fruição deste benefício.

Finalmente, no tocante às operações com canjica branca e canjica amarela, produtos utilizados na alimentação humana, ressaltamos que as mesmas sofrem tributação normal do imposto, visto que não se encontram amparadas pelo benefício da isenção prevista no art. 265, II, ‘d’, do RICMS/BA e, da mesma forma, não se encontram alcançadas pela alíquota reduzida de 7% prevista no art. 16, inciso I, ‘a’, da Lei 7.024/96, visto que o referido dispositivo refere-se apenas ao milho e à fubá de milho” (grifei).

Logo, daí se depreende ser a Polentina, por força de suas características peculiares, e se destinar ao uso humano, produto tributado, e nesta condição, as operações realizadas devem se debitar do ICMS.

E aqui, de pouco vale a indicação do fabricante, mas sim, o entendimento da Administração Tributária quanto a forma de tributação do produto, como visto acima.

Para os demais produtos autuados “Tingidor Guarany” (NCM 3204.14.00) na verdade “Tingecor Guarany” e “Anil Imperial” (NCM 3206.41.00), esclareço que como visto em momento anterior, inclusive pontuado pelo autuante na sua informação fiscal, para a sujeição à substituição tributária deve haver adequação entre a NCM e a descrição do produto.

No caso da NCM 3204.14.00, para 2017 e 2018, o item 16.3 do Anexo 1 ao RICMS/12 estabelecia a substituição tributária para a NCM 3204 na seguinte descrição: “*Corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes*”, como inclusive mostrado pelo sujeito passivo na impugnação, o que não é o caso do corante em tela, uma vez que tal produto, conforme se vê pela embalagem plotada adiante, tem a sua aplicação “*Recomendado: Fibras naturais como algodão, viscose, rami, linho, sisal, juta etc.*”, (www.guaranycorantes.com.br/produto/tingecor-unitario), ou seja, possuindo indicação para “*Recuperação de roupas, tie dye, customização, artesanato, decoração, etc.*” em tecidos e não como aplicado em bases, tintas e vernizes, o que faz com que a descrição seja diversa daquela prevista para substituição tributária:



Por outro lado, o “Anil Imperial” de NCM 3206.41.00, em 2017 e 2018, o Anexo 1 ao RICMS/12 previa a substituição tributária no item 16.2 para “*Xadrez e pós assemelhados, exceto pigmentos à base de dióxido de titânio classificados no código 3206.11.19*”, NCM diversa da presente e item 6.3 para “*Corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes*”, descrição diferente da do produto autuado, uma vez que o mesmo, de acordo com informação da embalagem plotada abaixo, e encontrada em www.martinsatacado.com.br/amazonas/p/anil-imperial-reckitt-saq-44g-e-com-1-unidades-brand-novaera_337, “*Deixa As Roupas Mais Brancas E Realça As Cores Das Roupas*

Coloridas. Contém 4 Saquinhos De 11g”, ou seja, funciona como alvejante e não como “*Corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes*”, donde se conclui, sem muito esforço, não estar incluído na substituição tributária, e sim submetido à tributação normal, devendo as operações realizadas com tal produto ter o correspondente imposto debitado.



Em relação ao argumento defensivo trazido pela autuada, de ter sido orientada a utilizar determinada NCM indicada pelo fabricante, algumas observações a respeito são pertinentes.

Em primeiro lugar, se esclareça que NCM é a sigla para Nomenclatura Comum do Mercosul, e é utilizada para classificação fiscal das mercadorias visando facilitar a identificação de produtos para fins tributários, manter dados estatísticos referentes a importação e exportação de mercadorias, e evitar a sonegação de impostos.

Adotada por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai desde 1995, se encontra regulada através do Ajuste SINIEF 22/2013, o qual obriga os contribuintes que industrializam ou exportam produtos a emitir notas fiscais classificando as mercadorias utilizando a NCM, especialmente a sua Cláusula primeira:

“Fica alterada a redação dos seguintes dispositivos do Ajuste SINIEF nº 07/05, de 30 de setembro de 2005:

(...)

III – o inciso V do caput da cláusula terceira:

‘V – A identificação das mercadorias comercializadas com a utilização da NF-e deverá conter o seu correspondente código estabelecido na Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM:

a) nas operações:

1. realizadas por estabelecimento industrial ou a ele equiparado, nos termos da legislação federal;

2. de comércio exterior;

(...)

b) nos demais casos:

1. a partir de 1º de julho de 2014, para NF-e modelo 55;

2. a partir de 1º de janeiro de 2015, para NF-e modelo 65.’;

IV – o § 4º da cláusula terceira:

“§ 4º Nos casos previstos na alínea “b” do inciso V do caput, até os prazos nela estabelecidos, será obrigatória somente a indicação do correspondente capítulo da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM”.

Sendo tal sistema baseado no Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias (SH), sua estrutura é composta por oito dígitos, dos quais os seis primeiros são formados pelo Sistema Harmonizado, e os dois últimos por desdobramentos específicos determinados pelo Mercosul, sendo que com a publicação Ajuste SINIEF nº 22/2013, a indicação do código completo

da NCM para a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), modelo 55, passou a ser obrigatória a partir de 1º de julho de 2014, e para a Nota Fiscal de Venda a Consumidor Eletrônica (NFC-e), modelo 65, a obrigatoriedade se deu a partir de 1º de janeiro de 2015, não sendo mais aceita, a partir dessas datas, a informação apenas do capítulo (os dois primeiros dígitos).

Os sistemas de emissão de Notas Fiscais Eletrônicas das Secretarias de Fazenda rejeitam os documentos fiscais emitidos com apenas dois dígitos a partir de 01/08/2014, excetuando-se a NCM “00”, para a hipótese de item de serviço ou de item que não tenha produto, como transferência de crédito, crédito do ativo imobilizado, entre outros.

Ressalto que a classificação fiscal de um produto ou sua NCM, se encontra relacionada aos tributos e sua exigência no documento fiscal existe desde meados da década de 90, sendo obrigação e dever de o contribuinte observar todos os requisitos legais para emissão do documento fiscal de forma correta, sob pena de ter o seu documento declarado inidôneo quando:

- I) omitir indicações;
- II) não seja o legalmente exigido para a respectiva operação;
- III) não guarde as exigências ou requisitos previstos na legislação;
- IV) contenha declarações inexatas, esteja preenchido de forma ilegível ou apresente emendas ou rasuras que lhe prejudiquem a clareza.

Daí se infere não ser possível um mesmo produto ser classificado em NCM distintas, pois só existe uma única classificação fiscal para cada produto. Logo, é possível identificar que um dos fornecedores pode ter se utilizado de NCM incorreta, o que, por vezes, pode gerar tributação indevida, a maior ou a menor, já que diversos tributos, como o ICMS, IPI, PIS e COFINS, têm sua tributação fortemente influenciada pela NCM, ainda tal fato não seja elemento suficiente, em alguns casos, para determiná-la.

Este assunto deve ser seriamente considerado pelas empresas, uma vez que o Fisco se utiliza de diversos meios para cruzamento das informações no âmbito do SPED, de forma a gerar um passivo tributário para a empresa.

No âmbito administrativo, posso mencionar o entendimento do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) sobre a atividade de classificar mercadorias, na ementa do Processo nº 11762.720096/201515:

“CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS. FUNDAMENTO. SISTEMA HARMONIZADO (SH). NOMENCLATURA COMUM DO MERCOSUL (NCM).

Qualquer discussão sobre classificação de mercadorias deve ser feita à luz da Convenção do SH (com suas Regras Gerais Interpretativas, Notas de Seção, de Capítulo e de Subposição), se referente aos primeiros seis dígitos, e com base no acordado no âmbito do MERCOSUL em relação à NCM (Regras Gerais Complementares e Notas Complementares), no que se refere ao sétimo e ao oitavo dígitos.

CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS. ATIVIDADE JURÍDICA. ATIVIDADE TÉCNICA. DIFERENÇAS.

A classificação de mercadorias é atividade jurídica, a partir de informações técnicas. O perito, técnico em determinada área (mecânica, elétrica etc.) informa, se necessário, quais são as características e a composição da mercadoria, especificando-a, e o especialista em classificação (conhecedor das regras do SH e de outras normas complementares), então, classifica a mercadoria, seguindo tais disposições normativas”.

Ainda neste processo o CARF assim entendeu quanto ao crédito do contribuinte na entrada de insumo com classificação fiscal incorreta, que gerou crédito indevido ao adquirente:

“GLOSA DE CRÉDITOS ILEGÍTIMOS TOMADOS PELO ADQUIRENTE EM RAZÃO DE ERRO DE CLASSIFICAÇÃO FISCAL COMETIDO PELO FORNECEDOR. Constatado pela fiscalização que a

classificação fiscal de insumos no fabricante estava errada, reduzindo a zero o IPI destacado nas notas fiscais de saída, legítima a glosa do IPI creditado a maior no comprador. Recurso Especial do Procurador provido e Recurso Especial do Contribuinte negado”.

Ou seja: ainda que o vendedor tenha, a partir de erro cometido quanto a NCM, efetuado incorreta tributação do produto, o destinatário da mesma, ainda que não tenha concorrido para tal, arca com o ônus da glosa do crédito tido como indevido, ou a sua não tributação ou tributação a menor, diante do comando emanado pelo artigo 124, inciso I, do CTN:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”.

Tal regra, apenas reforça e aponta no sentido de que as empresas devem buscar elaborar e praticar processos e procedimentos rígidos de *compliance tributário*, de modo a aumentar a confiabilidade das operações praticadas com terceiros, bem como maior segurança no aproveitamento de créditos tributários, acaso existentes, assegurando a correta tributação e evitando surpresas indevidas e ônus financeiro de arcar com penalidades, como no presente caso.

Daí concluo que ainda que tenha sido induzida a erro pelo industrial/vendedor, não pode a autuada se eximir quanto ao débito fiscal decorrente das saídas de tais mercadorias sujeitas a tributação, vez que não incluídas na substituição tributária.

Fato é que, de acordo com a legislação, conforme visto acima, os produtos Tingecor Guarany e Anil Imperial se apresentam como tributados, e por via de consequência, quando da realização de operações de vendas devem ter o imposto destacado no documento fiscal e debitado na escrituração fiscal, diferentemente do ocorrido no presente caso.

Diante das expostas razões, e tendo em vista o procedimento fiscal se apresentar como correto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **279463.0018/21-2**, lavrado contra **UNIMARKA DISTRIBUIDORA S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 38.179,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alínea “a” e VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, bem como os acréscimos legais, devendo o órgão competente homologar os valores reconhecidos e recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2022.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/ RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR