

A. I. Nº - 293873.0007/20-6
AUTUADA - CONCRETIZA COMÉRCIO VAREJISTA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO EIRELI
AUTUANTE - RITA DE CASSIA BITTENCOURT NERI
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.03.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0017-05/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. PAGAMENTO A MENOS. ADOÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Pela contextualização do quadro documental oferecido no processo, não se pode dizer que houve fato gerador do imposto, tendo em vista não ficar caracterizada a circulação das mercadorias. Irregularidade improcedente. 2. MULTAS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. FALTA DE REGISTRO. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS; **b)** MERCADORIAS OU SERVIÇOS TOMADOS. INFRAÇÕES 02 E 03. Cobrança não encontrou resistência do autuado que inclusive providenciou a sua quitação, sujeita a conferência pelo setor fazendário competente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cabe inicialmente registrar que o presente relatório obedece às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, mormente quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, especialmente direcionado para as sessões virtuais de julgamento.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 23/06/2020, no total histórico de R\$ 74.122,03, apresenta as seguintes irregularidades:

Infração 01 – 03.02.02 – Pagamento a menor de ICMS em razão de alíquota diversa da prevista na legislação aplicável, em face de operações de saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

A fundamentação legal está nos arts. 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96, além do art. 42, II, 'a' da citada lei, no que toca ao percentual da multa.

Fatos geradores ligados aos meses de novembro de 2015 e fevereiro e março de 2016.

Cifra de R\$ 72.626,58.

Infração 02 - 16.01.01 - Multa pelo não registro na escrita de mercadorias tributáveis.

A fundamentação legal está nos arts. 217 e 247 do RICMS-BA, além do art. 42, IX da Lei 7.014/96, quanto ao percentual da multa, reduzida retroativamente para 1%.

Fatos geradores ligados aos meses de junho a dezembro de 2015, janeiro a novembro de 2016, janeiro a novembro de 2017.

Cifra de R\$ 1.449,51.

Infração 03 - 16.01.06 - Multa pelo não registro na escrita de mercadorias ou de serviços tomados.

A fundamentação legal está nos arts. 217 e 247 do RICMS-BA, além do art. 42, IX da Lei 7.014/96, quanto ao percentual da multa.

Fatos geradores ligados ao mês de dezembro de 2017.

Cifra de R\$ 45,94.

Entre outros documentos, foram anexados ao lançamento de ofício, nesta ordem (fls. 06/22): recibo de solicitação de retificação de arquivo EFD, demonstrativos analítico e sintético da infração 01, demonstrativos das infrações 02 e 03, CD contendo arquivos eletrônicos.

Na sua defesa (fls. 28/33), o sujeito passivo:

Pede inicialmente a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III do CTN.

Como parte incontroversa da demanda, assinala que providenciou o pagamento de R\$ 1.495,45, relativo às infrações 02 e 03.

Quanto à infração 01, referencia que a exigência se liga a três notas fiscais, atinentes a novembro de 2015, fevereiro de 2016 e março de 2016, emitidas sem destaque de imposto porque consignam apenas *baixa* de materiais adquiridos para uso e consumo, indevidamente contabilizados nos estoques de produtos para revenda. Inclusive no momento da aquisição não houve apropriação de créditos fiscais. Neste sentido, foram elaboradas planilhas explicativas destas situações, com detalhamento dos dados nelas contidos, além dos registros de entradas e notas fiscais a título de exemplificação.

Infrações 02 e 03 sem contestação.

Pede, ao final, a notificação de procurador do estado para assunção do *custus legis*.

Documentação de representação legal anexada (fls. 34/39).

Nos seus informes (fls. 41/42), a autuante, além de lembrar que as infrações 02 e 03 foram acatadas pela empresa sem questionamento, observa, quanto à infração 01, que as mercadorias objeto da discussão tiveram as notas fiscais de aquisição escrituradas nas entradas como materiais de uso e consumo e não como revenda, de sorte que não haveria necessidade de emissão de notas fiscais de saída de *baixa* de estoque. Isto acontecendo, continua o preposto estatal, verifica-se o recolhimento a menor de ICMS.

Consta demonstração de pagamento parcial do PAF (fl. 46, frente e verso).

Vindo a demanda para este Colegiado, mas sob outra relatoria, converteu-se o processo em diligência (fls. 49/50) para: (i) a autuante apensar termo de início de fiscalização ou termo de intimação com comprovação de ciência do contribuinte; (ii) intimar o autuado para esclarecer quais os produtos acobertados pelas notas fiscais objeto da autuação, correlacionando as mesmas com as notas fiscais de compras e comprovações respectivas; (iii) produzir novas informações fiscais e demonstrativo de débito como consequência da solicitação anterior e de eventuais manifestações do contribuinte; (iv) abordar a fundamentação da redução da base de cálculo aplicada nos levantamentos fiscais iniciais; (v) o autuado se manifestar sobre os novos atos processuais em dez dias.

Atendida a diligência pela autuante, com anexação de documentos em papel e via CD (fls. 54/62), aduzindo ainda que a autuada alegou que, ao encerrar o estoque em 2015, verificou que o estoque virtual estava diferente do físico, eis que diversos itens de uso e consumo foram lançados no mesmo como revenda, de sorte ainda que, para corrigir tal divergência, criou os códigos 6301 e 6380. Juntado também arquivo digital (fl. 65) ofertado pelo contribuinte. A autuante ainda alegou que a redução de 41,176% da base imponible refere-se ao fato do sujeito passivo possuir termo de acordo de atacadista. Finaliza dizendo que como não houve alteração da quantia exigida inicialmente, não houve necessidade de novo demonstrativo de débito.

PAF redistribuído para esta relatoria.

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória adicional, inclusive diligência ou perícia.

Passo, então, a compartilhar o meu voto. É o relatório.

VOTO

Inicialmente, passo a examinar algumas questões processuais que precedem o exame de mérito.

Em primeiro lugar, considero **prejudicado** o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. A pura e simples interposição de defesa administrativa, por si só, já tira temporariamente a força do crédito tributário para ser executado até o encerramento da discussão na esfera administrativa. Isto é o que deflui do art. 151, III do CTN.

Depois, **afasto**, porque **prescindível**, o pedido de participação do procurador do estado para exercer a função *custus legis* nesta fase processual, vez que a atuação do mencionado servidor público se dará em segunda instância, consoante pré-determinado no art. 118 e segs. do RPAF-BA, abaixo reproduzidos:

Art. 118. Compete à Procuradoria Geral do Estado, mediante sua representação junto ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF):

I - emitir parecer jurídico, visando à fiel aplicação da lei:

a) no prazo de 10 (dez) dias, nos casos previstos pela legislação ou sempre que solicitado pela autoridade competente;

b) facultativamente, no prazo estipulado no Regimento Interno do CONSEF, nos processos de que pedir vista;

II - participar das sessões das Câmaras de Julgamento e da Câmara Superior, podendo:

a) intervir nos debates, opinando livremente sobre a lide, em igualdade de condições com a conferida ao sujeito passivo;

b) prestar os esclarecimentos que lhe forem solicitados por qualquer dos membros do colegiado ou pelo sujeito passivo;

c) propor as medidas que julgar convenientes;

III - interpor os recursos cabíveis;

IV - pedir vista dos autos, nos termos do Regimento Interno do CONSEF;

V - praticar os demais atos inerentes às suas funções.

§ 1º O prazo fixado na alínea “a” do inciso I poderá ser prorrogado em até 10 (dez) dias, mediante pedido escrito dirigido ao Presidente do CONSEF.

§ 2º Quando o representante da Procuradoria Geral do Estado descumprir o prazo para proferir o parecer, nos termos deste artigo, os autos poderão ser requisitados pelo Presidente do Conselho de Fazenda Estadual, com fixação do prazo de 48 (quarenta e oito) horas para sua devolução, visando à conclusão da instrução e inclusão em pauta de julgamento, independentemente da manifestação da Procuradoria Geral do Estado.

§ 3º Revogado.

§ 4º Revogado.

Logo, entendo não se fazer necessária neste momento processual a prolação de parecer da procuradoria neste processo para abordagem de questão que não necessita de posicionamento puramente jurídico.

Também **não vejo nulidade** na inobservância da providência 1 contida no despacho diligenciador desta Junta ou premência de reconversão da medida instrutória. Segundo o disposto no art. 26, IV do RPAF-BA, embora não seja esta a prática administrativa desejável, pode o procedimento fiscal **iniciar-se** com o próprio auto de infração, caso em que, havendo impugnação, termina o procedimento (registro, intimação etc.) e começa o processo.

Ademais, conforme será julgado adiante acerca do mérito da infração 03, a reconversão da medida instrutória adicional também seria despendiosa porque também não aproveitaria a quem ficou potencial e teoricamente prejudicado.

No mérito, as infrações 02 e 03, sancionadoras de descumprimento de deveres exclusivamente instrumentais, contaram com a aquiescência do autuado e tiveram demonstração de recolhimento à fl. 46, frente e verso, no importe de R\$ 1.495,45.

Ambas as irregularidades são procedentes.

Entretanto, por faltar atribuições a este Colegiado, deverá o servidor fazendário competente homologar os valores já recolhidos e comprovados nos autos.

Agora a análise da infração 01.

A Ordem de Serviço aposta às fls. 06 e 07 acusa que a empresa atua no ramo atacadista e varejista de materiais de construção em geral.

As notas fiscais de saída afetadas pelo lançamento de ofício foram emitidas pela autuada contra ela mesma, sob o CFOP 6949 - Outras saídas de mercadoria ou prestação de serviço não especificado e os itens, intitulados de “materiais de uso e consumo”, contaram com a NCM 85900000 - Máquinas, aparelhos e materiais elétricos, e suas partes; aparelhos de gravação ou de reprodução de som, aparelhos de gravação ou de reprodução de imagens e de som em televisão, e suas partes e acessórios - Aparelhos para interrupção, seccionamento, proteção, derivação, ligação ou conexão de circuitos elétricos (por exemplo, interruptores, comutadores, corta-circuitos, para-raios, limitadores de tensão, eliminadores de onda, tomadas de corrente e outros conectores, caixas de junção), para tensão superior a 1000V – Outros.

Assim, apesar de constar como outras saídas sem destaque de imposto nos documentos fiscais objeto da autuação (NFs Nº 000.261.647, de 19.11.2015, 000.261.652, de 03.02.2016 e 000.261.654, de 16.3.2016), verifica-se pela própria NCM utilizada, conforme atrás apontado, tratar-se de produtos potencialmente comercializáveis inerentes à atividade mercantil da impugnante.

Ademais – e isto é o mais importante -, expressam grandes quantidades que podem traduzir revenda (quase 650 unidades de materiais), de sorte que ditas notas fiscais poderiam ter se prestado a ajustes feitos nos estoques de mercadorias que, se não feitos, suscitariam inconsistências na eventualidade de aplicação da auditoria de levantamento quantitativo por espécie em exercício fechado.

Os e-mails trocados entre o autuante e o representante do autuado – trazidos entre as fls. 55 e 63 - dão conta de que o contribuinte reitera seu posicionamento de que as três notas fiscais de saída objeto da discussão visaram dar *baixa* por uso e consumo de produtos que foram comprados para uso no dia-a-dia da empresa. **E que disseram respeito a lubrificantes, aparelhos de TV, acessórios automotivos e alimentos.** Porém, não é isso que aponta a NCM aposta nos citados documentos fiscais, conforme visto anteriormente.

Não há como correlacionar as notas fiscais de entrada com as notas fiscais de “saída”, nem em quantidade, nem em qualidade (descrição do produto). “Nada bate com nada”, quantidade, descrição do produto, inclusive a unidade de medida adotada.

Além disto, inexistente previsão legislativa para o sujeito passivo proceder sem um **aval prévio** do sujeito ativo. As notas fiscais de “saída” não apontam a base legal para a sua emissão. Exatamente porque inexistente. A criação de códigos de produto consolidadores de todos os supostos materiais de uso e consumo, também supostamente lançados na escrita fiscal-contábil, apenas ratifica a imprecisão nos controles a serem exercidos pelo fisco.

Entretanto, **salvo o advento de um outro elemento instrutório que pudesse vir aos autos, inexistente até o presente momento, não se pode dizer que houve operação de circulação de mercadorias, fato gerador de ICMS.** O que se tem é uma “saída” da autuada com destino a ela

mesma, com finalidade apenas escritural, embora, potencialmente, possa encobrir futuras detecções de omissões de saída ou de entrada. Esta é a tese abraçada pela relatoria.

Mas as notas fiscais de “saída”, por si só, se mostram insuficientes para darem suporte à cobrança. Há nas planilhas *excell* encartadas no CD de fl. 65, indicação das notas fiscais de entrada erroneamente contabilizadas em estoque e apontamento do registro de entradas respectivo.

Irregularidade improcedente.

Auto de Infração julgado PROCEDENTE EM PARTE, no monte histórico de R\$ 1.495,45.

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 **293873.0007/20-6**, lavrado contra **CONCRETIZA COMÉRCIO VAREJISTA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO EIRELI**, para efetuar o pagamento das multas no valor total de **R\$ 1.495,45**, previstas no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor comprovadamente recolhido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2023.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR