

A. I. Nº - 279465.0008/20-4
AUTUADO - ATACADÃO DO PAPEL LTDA.
AUTUANTE - MARIA DE FÁTIMA ARAÚJO D'OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.06.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0079-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. MOCHILAS PARA ESTUDANTES E ARTIGOS DE PAPELARIA. A instrução processual conduziu à conclusão de que determinadas mercadorias inicialmente inseridas no lançamento estão sob o regime da tributação normal, fora do campo de radiação delimitado pelo Anexo 1 do RICMS-BA. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Assenta-se o presente relatório nas premissas do inciso II, do art. 164 do RPAF-BA.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 24.9.2020, tem o total histórico de **R\$ 119.468,43** e a seguinte descrição:

Infração 01 – 07.02.03 – Na condição de substituto tributário, deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento de ICMS devido em operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes situados na Bahia.

Fatos geradores ocorridos de janeiro a dezembro de 2016.

Tipificação legal no art. 8º, II da Lei 7.014/96, c/c o art. 289 do RICMS-BA, mais proposição da multa prevista no art. 42, II, 'e', da lei antes citada.

Juntados, entre outros documentos (fls. 04/27): cientificação de início da ação fiscal; dados cadastrais, DMAs e dados de arrecadação; Anexo I – ICMS Antecipação Tributária – Falta de Retenção – 2016; CD e recibo (sem assinatura do contribuinte) dos arquivos eletrônicos; E-mails trocados com o sujeito passivo.

Em sua primeira defesa (fls. 33/36), o autuado:

Em primeiro lugar, pede que as próximas comunicações processuais sejam encaminhadas para o endereço do advogado da empresa, sob pena de nulidade, e adverte que, apesar de ter atividade regular, acabou sendo intimado por edital.

Ainda preliminarmente, com apoio em decisões deste Conselho, solicita a nulidade do lançamento de ofício, pelo fato do fisco não ter disponibilizado os demonstrativos analíticos, impedindo a apuração dos fatos, situação que inviabiliza o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Não há neste momento contestação de mérito.

Juntados instrumentos de representação legal e subsídios de prova (fls. 37/46).

Em seu informativo (fls. 49/50), a fiscalização afirma estar comprovado o “envio simultâneo ao auto de infração de todos os demonstrativos analíticos comprobatórios do lançamento efetuado ... Concedo o prazo de 30 dias para defesa e/ou pagamento” (sic.).

Anexada cópia da intimação da lavratura (fls. 51/52).

Em resposta (fl. 56), o contribuinte reitera o seu pedido de nulidade caso as comunicações processuais não rumem para o endereço do seu advogado, advertindo ainda que, apesar de ter atividade regular, acabou sendo intimado por edital.

Documentos apensos.

Razões reiterativas do fisco (fls. 67/68), aduzindo ainda que a intimação por edital é procedimento padrão da Secretaria da Fazenda.

Novo pronunciamento no mesmo sentido da empresa, com solicitação de reabertura do prazo de defesa. Mídia digital à fl. 76.

Vindo o processo para esta Junta, mas sob outra relatoria, resolveu o Colegiado convertê-lo em diligência (fls. 78/79), no sentido de: (i) intimar o contribuinte, entregando-lhe todos os demonstrativos que fizeram parte da autuação, em formato editável *excell*, os sintéticos e os analíticos; (ii) reabrir o prazo defensivo de 60 dias para impugnação do crédito tributário; (iii) havendo iniciativa empresarial, concessão de oportunidade para a representante estatal oferecer informações fiscais; (iv) havendo mudança nos valores inicialmente lançados, vistas para manifestação do autuado, em 10 dias.

Intimado das planilhas analíticas, dentre outros arquivos e documentos, o contribuinte, como defesa (fls. 90/91):

Renova o seu pedido de encaminhamento das comunicações processuais para os profissionais regularmente constituídos nos autos, conforme instrumento de mandato anexo, sob pena de nulidade.

Apresenta outro pedido de nulidade da autuação, em vista de não reunir condições para identificar nas planilhas fiscais qual a situação cadastral dos supostos destinatários relacionados, com respectivos CNPJs, dificultando o exercício da defesa e tornando insegura a cobrança.

Apoiado em decisão do CONSEF, prolatada pela 2ª JJE, ementa transcrita na peça defensiva, persegue a aplicação da decadência a atingir toda a exigência formalizada, posto que, à vista das deficiências de disponibilização dos demonstrativos analíticos produzidos pelo fisco, somente foi validamente intimado em 14.02.2022.

No mérito, a partir das NFs 331845 e 331941, coletadas como exemplo, garante tratarem de transferências internas que, segundo a PGE, em parecer externado no Incidente de Uniformização 2016.169506-0, não sofrem a incidência do ICMS.

Por seu turno, grande parte da cobrança afeta mochilas para notebook, NCMs 4202.92.00, 4202.92.10 ou 4202.22.20, e não mochilas escolares, as primeiras não inseridas no regime jurídico da substituição tributária, conforme entendimento fazendário firmado em sede da consulta nº 483277201087, parecer final anexo.

Apensados parecer da SEFAZ/DITRI e CD contendo arquivos eletrônicos (fls. 92/96).

Em seu informativo (fls. 99/101), a auditora fiscal, no mérito:

Rebate o argumento de inexistir incidência do imposto nas transferências internas argumentando que tal raciocínio só se aplica no regime normal de tributação, com aproveitamento de créditos e destaques de débitos fiscais. No sistema da substituição tributária (ST) o raciocínio é diferente, pois os produtos atingidos por ela devem ter a fase de tributação encerrada pelo estabelecimento substituto, responsabilidade intransferível, segundo o art. 7º-B do Dec. 7.799/00.

Aceita a alegação empresarial de parte das operações alcançadas referirem a mochilas para notebooks, NCM 4202, realmente fora da ST, de modo que revisou os valores inicialmente lançados (aproveitando para retirar também os cases para notebooks e *tablets*, tintas acrílicas e para tecidos, além das placas de isopor), refez os demonstrativos e reduziu a cobrança para R\$ 30.142,44.

Juntados novos subsídios probatórios (fls. 102/107).

Em sua réplica (fls. 111/112), o sujeito passivo:

Ratifica seu pedido de nulidade em relação ao endereço onde devem ser enviadas as próximas comunicações processuais.

Ataca logo e especificamente a questão das transferências internas que, no seu entender, por “hierarquia legal” (sic.), não permitem a aplicação do art. 7º-B do Dec. 7.799/00, pois antes disto não há mesmo o fato gerador do imposto neste tipo de operação, isto é, nos meros deslocamentos entre estabelecimentos da mesma empresa. Logo, inexistindo o fato gerador, não se pode falar em incidência do tributo estadual, seja pelo regime normal, seja pelo regime da ST.

Em face de mercadorias estarem dentro da ST, apesar da exclusão parcial procedida pela auditoria, observa que mesmo assim ainda remanesceram itens fora deste regime jurídico, indicados à fl. 112, sem correlação no Anexo 1 do RICMS-BA à época da ocorrência dos fatos geradores, nomeadamente *bob term*, NCM 4802.2010, *lacre mal*, NCM 3926.9090, *moch dcb308*, NCM 4202.3200, e *pap 180g*, NCM 4802.5899.

CD anexado (fl. 113).

Na tréplica fiscal (fls. 116/120), a representante da Fazenda Pública:

Sustenta continuarem constando as transferências internas porque a ST faz encerrar antecipadamente a fase de tributação do bem, exatamente quando o estabelecimento atacadista autuado dá saída nas mercadorias, ainda que destinadas a unidade da mesma empresa.

Acerca dos produtos trazidos na última manifestação empresarial, contesta assim: (i) a descrição *bob term* atende completamente o conceito de bobina térmica previsto no item 12.9 do Anexo 1 do RICMS baiano, mas a NCM não, de sorte que como é possível haver detalhes técnicos que justifiquem uma outra classificação fiscal, retirou tais situações da cobrança; (ii) a mercadoria *lacre mal*, embora possa traduzir material de escritório, não encontra descrição no Anexo 1 mencionado para a NCM indicada nas notas fiscais, de modo que retirou tais situações da exigência; (iii) o produto *moch dcb308 black*, de suposta NCM 4202.32.00, em verdade foi tratado pelo próprio contribuinte como enquadrado na NCM 4202.92.00, conforme se vê nas saídas via ECF, neste caso sujeito à ST, item 12.5 do Anexo 1; (iv) o produto *pap 180g c50 fi branco*, de NCM 4802.58.99, atende a caracterização como papel cartão, com gramaturas de 120 a 240g, cuja classificação está expressamente prevista no item 12.10 do Anexo 1. Destarte, recalcula a cobrança e mantém o montante de R\$ 21.150,77.

Anexados novos demonstrativos em CD (fl. 128), mensal e analítico.

Intimado dos novos cálculos (fls. 129/130), não houve manifestação empresarial.

Processo redistribuído para esta relatoria.

Após as medidas instrutórias tomadas adicionalmente, 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, inclusive diligência ou perícia.

Na assentada de julgamento de 25.5.2023, em fase de sustentação oral, o i. patrono da autuada manifestou-se no sentido de abdicar expressamente do pedido de aplicação de decadência, manejado em suas impugnações escritas e conforme exposto neste relatório.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

VOTO

Vamos às análises preliminares.

De início, compete apreciar o requerimento da autuada no intuito das comunicações neste PAF serem encaminhadas para o endereço dos advogados com procuração nos autos.

Pode o órgão de preparo facultativamente dar ciência também dos atos processuais praticados aos i. profissionais constituídos nos autos. Tal providência é até benfazeja, do ponto de vista procedimental processual, mas jamais a sua falta pode emperrar o andamento do feito. A obrigação vai apenas no sentido das comunicações e intimações serem encaminhadas via domicílio tributário eletrônico (DT-e), indicado pelo próprio contribuinte, conforme determina a legislação de regência, qual seja, o art. 129 do COTEB, c/c os arts. 108 e 109 do RPAF da Bahia.

As intimações por edital possuem previsão em norma e só são usadas em casos especiais. Todavia, o contribuinte neste PAF exerceu na plenitude o seu direito de defesa, após correções solicitadas por este Colegiado, além do contraditório ter sido respeitado.

Improcede o pleito.

O requerimento de nulidade da autuação em virtude da não disponibilização dos demonstrativos analíticos perdeu substância. Isto porque esta 5ª JJF corrigiu eventuais anormalidades convertendo o PAF em diligência no intuito de ser a empresa reintimada para em 60 dias oferecer defesa de mérito, agora de posse inequívoca dos subsídios que suportaram a autuação. Tanto isso aconteceu que a defesa de mérito foi apresentada. Apreciação prejudicada.

Também há requerimento de nulidade, haja vista a impugnante não reunir condições para identificar nas planilhas fiscais qual a situação cadastral dos supostos destinatários relacionados, com respectivos CNPJs, dificultando o exercício da defesa e tornando insegura a cobrança.

Não vemos necessidade de identificação completa dos destinatários, a comprometer o exercício pleno da defesa, porquanto a discussão em saber se os produtos afetados estão submetidos ou não ao regime da tributação antecipada. E sobre este aspecto os demonstrativos estão muito claros, a permitirem a contestação empresarial, até porque muitas das operações alcançadas foram acobertadas por documentos fiscais emitidos por ECF. Tanto assim é que, com a impugnação de mérito, desde o início o contribuinte ofereceu contrapontos fortes o bastante para suscitar o recálculo e redução do crédito tributário inicialmente constituído. Nulidade afastada.

Dito isso, diga-se que o auto de infração atende formalmente aos requisitos de lei.

Princípios administrativos processuais atendidos.

Indefere-se qualquer outro pedido de diligência adicional ou perícia, haja vista já estarem presentes no PAF os elementos instrutórios necessários ao deslinde da questão.

Em virtude de abdicação expressa formulada pela impugnante em sua sustentação oral, na sessão de 25.5.2023, conforme atrás relatado, **a prejudicial de decadência não precisará mais ser apreciada.**

O primeiro argumento de mérito toca as situações de não haver a ST nas transferências internas, em face de não haver incidência nestas operações, até mesmo pelo entendimento da d. PGE. Vale registrar que o caso sob análise atinge a antecipação de fatos geradores adiante da cadeia produção/consumo, inclusive as vendas realizadas por outros estabelecimentos da empresa autuada, depois de receber as mercadorias em transferência. Isto é diferente do caso de uma operação própria. Mesmo que as transferências internas – elas em si, propriamente – não sejam tributadas, o que a autuação perseguiu foi a exigência do ICMS devido nas operações subsequentes, cuja responsabilidade por substituição continua sendo atribuída para a unidade comercial autuada. Assim, não há que se falar em hierarquia de fontes normativas, permanecendo hígido o disposto no art. 7-B do Dec. 7.799/00.

Já o segundo argumento de mérito encontrou receptividade parcial da auditoria. Neste particular, o debate atinou para saber se determinados produtos estavam ou não contemplados no Anexo 1 do RICMS-BA e, neste caso, se estariam ou não submetidos à substituição tributária. Encontramos

pertinência nos argumentos expendidos tanto pelo impugnante como pela autuante, naquilo que remanesceu como procedente. De fato, após reexame da legislação de regência, algumas mercadorias deveriam estar a margem da cobrança, designadamente mochilas e cases para notebook, cases para *tablets*, tintas acrílicas e para tecidos, placas de isopor, *bob terms e lacres mal*. Outras merecem permanecer, nomeadamente *moch dcb308 black*, com real classificação na NCM 4202.92.00 (mochilas para estudantes), conforme se vê nas saídas via ECF, portanto contempladas no item 12.5 do Anexo 1 e *pap 180g c50 fi branco* (artigos de papelaria), de NCM 4802.58.99, qualificável como papel cartão, com gramaturas de 120 a 240g, previsão circunscrita no item 12.10 do Anexo 1.

Destarte, recalcula a cobrança e mantém o montante de R\$ 21.150,77.

Pela discussão travada nos autos, vale repetir, os produtos remanescidos pela autuante encontram efetivamente enquadramento no Anexo 1 do RICMS-BA, logo estão sujeitos ao regime jurídico da substituição tributária, inclusive e especialmente as mochilas para estudantes e o papel cartão, este último considerado material de papelaria.

Pelo exposto, é o auto de infração julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE, no monte histórico de R\$ 21.150,77, mais consectários, devendo ser considerado para fins de liquidação o demonstrativo de débito mensal aposto à fl. 121.

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 **279465.0008/20-4**, lavrado contra **ATACADÃO DO PAPEL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para pagar o imposto no valor total de **R\$ 21.150,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR