

A. I. Nº - 170623.0016/19-6
AUTUADO - NARWAL INFORMÁTICA EIRELI
AUTUANTE - SUELI SANTOS BARRETO
ORIGEM - DAT METRO/INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/10/2023

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0154-01/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Alegações defensivas elidem a autuação. A própria autuante na Informação Fiscal reconhece que houve erro na apuração dos valores quanto à “alíquota auditada”, razão pela qual apareceu como zerada, devendo ser “desconsiderada a diferença autuada”, pois o valor apurado coincide com o valor da alíquota de 18% declarado. Infração insubsistente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. O impugnante argui a nulidade do lançamento com o fundamento de que a acusação fiscal é de “erro na aplicação da alíquota”, ocorrência que não se encontra configurada. Alega que a ocorrência seria de “registro de operação tributada como não tributada” e não de “erro na determinação da alíquota”. Apesar de assistir razão ao impugnante, considerando que no mérito a infração é improcedente, a nulidade deixou de ser decretada para se julgar improcedente este item da autuação. Cabível assinalar que na Informação Fiscal a autuante reconheceu a improcedência da autuação, em face aos elementos apresentados pelo impugnante. Infração improcedente. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Alegação defensiva de que se refere a aquisições para comercialização e não para uso/consumo ou ativo fixo, sendo, na grande maioria, aquisições de “cartuchos de tinta e de toners”, que são destinados à revenda restou comprovada. A própria autuante na Informação Fiscal reconheceu ser indevida a exigência fiscal, acolhendo a alegação defensiva. Infração improcedente. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Alegação defensiva de que, apesar de a antecipação parcial ser devida pela entrada da mercadoria e, nesse momento, o objetivo seria a “revenda”, parte das aquisições terminam sendo destinadas à prestação de serviços, sendo que o destaque do ICMS, pelas saídas, não seria devido, não restou devidamente comprovada. Inexistência nos autos de elementos que confirme o alegado. Infração subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2019, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 131.590,81 em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01 – 01.02.41 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nos meses de agosto a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, janeiro a novembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 107.037,39, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 – 03.02.02 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no mês de maio de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 10.080,00, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 06.05.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de fevereiro, abril a junho, agosto, setembro e novembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 5.025,75, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 07.15.05 - Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de agosto a novembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, fevereiro a outubro de 2018, no valor de R\$ 9.447,67.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou Defesa (fls.82 a 89). De início, requer que, doravante, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas ao profissional regularmente constituído, legítimo representante legal do autuado na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração anexada.

Solicita a exclusão da autuação das Notas Fiscais nºs. 029.837 e 029.838, anexadas à intimação, que não possuem ligação com a empresa. Em caráter preliminar, suscita a flagrante nulidade da infração 01, por ofensa ao disposto no art. 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF por insegurança na determinação da infração e apuração dos valores, com consequente cerceamento do direito de defesa. Acrescenta que de acordo com os demonstrativos denominados “Crédito indevido – Erro na aplicação da alíquota (CFOP vc. UF) – Lista de notas fiscais/itens”, todas as operações listadas foram consideradas com ausência do lançamento do ICMS, ou seja, Notas Fiscais sem imposto lançado.

Salienta que em conformidade com a “Descrição dos rótulos cujos nomes não são autoexplicativos”, coluna apresenta da demonstração analítica da apuração, as alíquotas e valores do ICMS, consoante “definição da auditoria”, foram determinados como “zero”, sem qualquer explicação para a adoção dessa linha de apuração. Diz que a autuante sem informar a motivação aplicável a cada caso, decidiu que não existiria imposto destacado nas notas fiscais e, dessa forma, indicou que haveria utilização indevida de crédito fiscal “em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos”.

Afirma que desse modo, inexistente compatibilidade entre a acusação e a sua própria demonstração, sendo impossível para a empresa imaginar o “porque” da alegada divergência. Alega que nem mesmo pelos artigos indicados como infringidos é possível entender a motivação da glosa dos créditos. Neste sentido, invoca e reproduz os artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96 e o artigo 309, § 7º do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12.

Assevera que não se apontou, no presente caso, qualquer especulação ou indício de inidoneidade da documentação fiscal, assim como o que se levou a entender que haveria destaque a maior nas notas: fundamentação legal ou fática. Alega que diante de tudo isso, se vê prejudicado no seu

direito de defesa, bem como não existe segurança na apuração da infração e dos valores exigidos, pedindo que seja decretada a nulidade deste item da autuação.

Destaca que se o Julgador entender que se trata de vício sanável e a motivação for esclarecida, de logo requer a reabertura do prazo de defesa. Pontua que em casos análogos, o CONSEF já decidiu, conforme os Acórdãos JJF Nº 0191-02/19, JJF Nº 0182-02/19, JJF Nº 0170-04/19, CJF Nº. 0173-12/15, JJF Nº. 0217-03/12.

O mérito, no tocante à infração 01, diz que “apesar de ter a visão ofuscada pela completa ausência de esclarecimentos sobre a causa do pedido”, pode afirmar que não utilizou créditos fiscais em valores superiores aos destacados na documentação fiscal, na forma indicada no Auto de Infração. Afirma que conforme demonstrativos mensais do “acompanhamento das entradas”, acompanhados por planilhas descritivas das apurações, mês a mês, e nota por nota, na ordem da autuação e pelas respectivas Notas Fiscais, a apropriação dos créditos seguiu, quase sempre, a regra dos artigos 29 e 31, da Lei nº 7.014/96, os quais, sem as explicações necessárias, foram considerados como infringidos.

Consigna que em decorrência da autuação, fez uma completa revisão na apuração mensal, com destaque para os créditos utilizados. Admite que em decorrência dessa revisão, identificou alguns valores creditados indevidamente, relativos às aquisições de contribuintes do Simples Nacional e umas poucas entradas de mercadorias para uso/consumo, ou com o pagamento antecipado do ICMS, sujeitas à substituição tributária. Acrescenta que no entanto, constatou que manteve saldos credores mensais, o que, se julgado o mérito da acusação, deve ser levado em consideração, apurando-se, via revisão fiscal, a real repercussão financeira, mensalmente, em detrimento do estado.

Sustenta que somente restariam saldos devedores nos seguintes meses e valores: outubro/16 R\$ 32,67; abril/18 R\$ 1.757,63; maio/18 R\$ 244,23; junho/18 R\$ 462,62; e agosto/18 R\$ 324,50.

Conclusivamente, diz que diante das dúvidas criadas pela autuação, na hipótese de julgamento do mérito, de logo solicita completa revisão das apurações mensais, com base nos demonstrativos e documentos que apresenta, colocando também à disposição qualquer outro que o Julgador entender necessário, podendo ser solicitado diretamente ao signatário da peça defensiva.

Quanto à infração 02, sustenta que é igualmente nulo o lançamento, haja vista que a acusação fiscal é de “erro na aplicação da alíquota”, ocorrência que não se encontra configurada. Alega que a ocorrência seria de “registro de operação tributada como não tributada” e não de “erro na determinação da alíquota. Ressalta que em atenção ao disposto no art. 155, parágrafo único, do RPAF, o mérito pode ser resolvido em benefício da empresa, na medida em que a operação que se deseja tributar, espelhada no DANFE 000.000.420, de 10/05/17, se reporta a “OUTRAS SAÍDAS”, ou seja, a remessa de mercadorias para prestação de serviço de locação de bens móveis, não tributada pelo ICMS, tudo conforme “Contrato Administrativo nº 1971/2015”, anexado, firmado com o SAAE – Serviço Autônomo de Água, Esgoto e Saneamento Urbano, de Sete Lagoas-MG.

Assinala que no mês de maio/17, período em que a Nota Fiscal eletrônica foi emitida, recebeu, pela locação o valor de R\$ 8.545,50, conforme Nota Fiscal de Prestação de Serviços 00000324 e extrato bancário anexados. Diz que o valor de R\$ 84.000,00 destacado na Nota Fiscal serviu tão somente para fins de seguro. Afirma que a hipótese legal é de não incidência do ICMS, conforme disposto no art. 3º, inciso XIV, da Lei 7.014/96, pelo que é improcedente a autuação.

No concerne à infração 03, observa que de acordo com o próprio demonstrativo das notas fiscais, apresentado pela autuante, se refere a aquisições para comercialização e não para uso/consumo ou ativo fixo, sendo, na grande maioria, aquisições de “cartuchos de tinta e de toners”, que são destinados à revenda. Alega que por equívoco, o sistema de escrituração “importou” as notas com o CFOP 2556, quando o correto, conforme as próprias notas, seria 2102.

Conclusivamente, diz que desse modo, as parcelas a título de “diferença entre alíquotas”, são indevidas.

No que tange à infração 04, salienta que muito embora a antecipação parcial seja devida pela entrada da mercadoria e, nesse momento, o objetivo seria a “revenda”, parte das aquisições terminam sendo destinadas à prestação de serviços, conforme protocolos anexados, que exemplificam tais remessas. Afirma que assim sendo, e relação à parte das mercadorias, o destaque do ICMS, pelas saídas, não seria devido, esvaziando, também parcialmente, a fundamentação legal para a aplicação da multa. Nesse particular, pede revisão fiscal, objetivando apurar o percentual de mercadorias, na época, vendidas e enviadas como insumos na prestação de serviço de aluguel de equipamentos de informática. Informa que 80% dos “cartuchos e toners” são destinados à prestação de serviços de aluguel de equipamentos de informática”.

Solicita, também, diante das circunstâncias especiais que envolvem a questão, dispensa ou redução da sanção, sendo no caso da redução no exato percentual de mercadorias adquiridas para revenda e depois destinadas à prestação de serviços, apurado em diligência ou comprovado pela empresa.

Finaliza a peça defensiva protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente revisão para que seja alcançada a verdade material, determinando a regularidade, ou não, dos créditos apropriados na infração 01 e a efetiva repercussão financeira contra o Estado, assim como a natureza das mercadorias que compõem a infração 03 e os percentuais aludidos na infração 04. Protesta, ainda, pela nulidade ou improcedência das infrações 01 e 02, e pela improcedência das infrações 03 e 04, sendo que, na hipótese de saneamento da infração 01, pede a reabertura do prazo de defesa.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls.555 a 559). No tocante à alegação defensiva atinente à infração 01, diz que houve um erro na apuração dos valores quanto à “alíquota auditada”, razão pela qual apareceu como zerada, possivelmente não foi salva na consolidação do trabalho. Aduz que deve ser “desconsiderada a diferença autuada”, pois o valor apurado coincide com o valor da alíquota de 18% declarado, conforme estabelecido no Regulamento do ICMS vigente destacado nas respectivas notas fiscais apresentadas.

Consigna que desse modo a infração 01 é inexistente.

Assinala que o autuado mediante documentação apresentada reconhece como saldo devedor os seguintes valores: outubro/16 R\$ 32,67; abril/18 R\$ 1.757,63; maio/18 R\$ 244,23; junho/18 R\$ 462,62; e agosto/18 R\$ 324,50, totalizando R\$ 2.7887,98.

Ressalta que considerando que o autuado foi intimado para retificar os arquivos e não o fez, e considerando especialmente as particularidades pertinentes às atividades desenvolvidas como venda e prestação de serviços com as mesmas mercadorias dificultou a captação das especificidades das operações, haja vista que os CFOPs não foram devidamente enquadrados.

Quanto à infração 02, após discorrer sobre a alegação defensiva, consigna que em face à documentação apresentada reconhece a improcedência da autuação.

Relativamente à infração 03, discorre sobre a alegação defensiva e diz que as parcelas a título de “diferença entre as alíquotas” são indevidas.

No respeitante à infração 04, após discorrer sobre a alegação defensiva, consigna que mantém os valores apurados conforme demonstrativo da autuação.

Finaliza a peça informativa dizendo que após o exame detalhado de todos os argumentos defensivos e documentações comprobatórias apresentadas, tornou-se necessária a revisão dos valores apurados que devem ser considerados conforme apresenta:

Infração 01 - outubro/16 R\$ 32,67; abril/18 R\$ 1.757,63; maio/18 R\$ 244,23; junho/18 R\$ 462,62; e agosto/18 R\$ 324,50, totalizando R\$ 2.7887,98.

Infração 04 – Fica mantida no valor de R\$ 9.447,67, considerando os valores apurados.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls. 567/568). Reitera o pedido no

sentido de que, doravante, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas ao profissional regularmente constituído, conforme poderes especificados na procuração anexada aos autos.

No tocante à infração 01, ratifica o pleito de nulidade, porém, caso o Julgador decida por acatar os novos valores, no total de R\$ 2.821,65, (a autuante apresentou soma equivocada), acatará a condenação parcial, considerando que reconheceu a existência de “saldos devedores”, em determinados períodos.

Quanto às infrações 02 e 03, observa que a autuante reconheceu a “improcedência” e, desse modo, solicita que sejam julgadas improcedentes.

No que tange à infração 04, repete os argumentos e pedidos formulados na Defesa vestibular.

Finaliza a Manifestação protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente revisão para que seja alcançada a verdade material, determinando os percentuais aludidos na infração 04, e protesta, ainda, pela nulidade ou improcedência das infrações 01 e 02, e pela improcedência das infrações 03 e 04.

A autuante, cientificada da Manifestação do autuado, se pronunciou (fl.571), dizendo que nada tem acrescentar, pois não foram apresentados fatos novos para análise.

Presente na sessão de julgamento o ilustre patrono do Contribuinte, advogado Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA nº.11.026, o qual exerceu o direito de sustentação oral de suas razões.

Após a leitura do Relatório e exercício do direito de sustentação oral do impugnante, o ilustre Julgador Luís Roberto de Sousa Gouvêa pediu vista do processo, ficando o julgamento para a sessão subsequente na forma regimental.

Presente na sessão de julgamento subsequente, realizada nesta data de 14/09/2023, o ilustre patrono do Contribuinte acompanhou o julgamento.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo, todas, objeto de impugnação.

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade arguida pelo impugnante atinente à infração 01.

O impugnante alega insegurança na determinação da infração e apuração dos valores com consequente cerceamento do direito de defesa, portanto, ofensa ao disposto no art. 18, incisos II e IV, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, pois, de acordo com os demonstrativos denominados *Crédito indevido – Erro na aplicação da alíquota (CFOP vc. UF) – Lista de notas fiscais/itens*, todas as operações listadas foram consideradas com ausência do lançamento do ICMS, ou seja, Notas Fiscais sem imposto lançado, sendo que, na coluna da demonstração analítica da apuração, as alíquotas e valores do ICMS, consoante “definição da auditoria”, foram determinados como “zero”, sem qualquer explicação para a adoção dessa linha de apuração. Diz que a autuante sem informar a motivação aplicável a cada caso, decidiu que não existiria imposto destacado nas notas fiscais e, dessa forma, indicou que haveria utilização indevida de crédito fiscal “em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos”.

Verifico que, de fato, nos referidos demonstrativos elaborados pela autuante denominados *Crédito indevido – Erro na aplicação da alíquota (CFOP vc. UF) – Lista de notas fiscais/itens*, constam as colunas *AliqAud K* e *VlIcmsAud* $M=IxK$ como zeradas (0,00), o que, sem dúvida, permite concluir que assiste razão ao impugnante quanto à alegação de insegurança na determinação da infração e apuração dos valores com consequente cerceamento do direito de defesa.

Entretanto, a meu ver, trata-se de vício sanável, haja vista que mediante diligência poderia ser

solicitado a autuante que apresentasse novos demonstrativos contendo os valores das colunas *AliqAud K* e *VlIcmsAud* $M=IxK$, assim como esclarecesse a motivação da autuação, por certo reabrindo-se o prazo de defesa para que o impugnante pudesse exercer plenamente o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Ocorre que na Informação Fiscal a própria autuante diz que *houve um erro na apuração dos valores quanto à “alíquota auditada”, razão pela qual apareceu como zerada, possivelmente não foi salva na consolidação do trabalho, sendo que, deve ser “desconsiderada a diferença autuada”, pois o valor apurado coincide com o valor da alíquota de 18% declarado, conforme estabelecido no Regulamento do ICMS vigente destacado nas respectivas notas fiscais apresentadas.*

Em conclusão, a autuante diz que *a infração 01 é inexistente.*

Ora, se a própria autuante diz que a exigência fiscal deve ser “desconsiderada”, haja vista que o valor apurado coincide com o valor da alíquota de 18% declarado, resta indubitável que a infração 01 é improcedente.

Quanto ao reconhecimento pelo autuado dos valores que apurou na revisão que realizou, no caso outubro/16 R\$ 32,67; abril/18 R\$ 1.757,63; maio/18 R\$ 244,23; junho/18 R\$ 462,62; e agosto/18 R\$ 324,50, considero que deve ser acatada a alegação do impugnante aduzida na sessão de julgamento - quando do exercício do direito de sustentação oral de suas razões -, no sentido de que incorreu em imprecisão ao reconhecer referidos valores, haja vista que não podem ser exigidos no presente lançamento, devendo ser oportunizado a empresa efetuar o recolhimento espontâneo.

Assim sendo, recomendo a autoridade competente que verifique se o Contribuinte exerceu tempestivamente o direito de recolher espontaneamente os valores reconhecidos, conforme acima mencionado e, caso não tenha efetuado referido recolhimento, que analise a possibilidade de realização de novo procedimento fiscal para exigência do imposto reconhecido como devido.

Diante do exposto, a infração 01 improcedente.

No tocante à infração 02, o impugnante argui a nulidade do lançamento sob o fundamento de que a acusação fiscal é de “erro na aplicação da alíquota”, ocorrência que não se encontra configurada. Alega que a ocorrência seria de “registro de operação tributada como não tributada” e não de “erro na determinação da alíquota”.

De fato, também neste item da autuação assiste razão ao impugnante, haja vista que a Nota Fiscal eletrônica nº. 000.000.420 – única arrolada neste item da autuação – não contém o destaque do imposto, portanto, descabendo falar-se em *erro na aplicação da alíquota*, conforme a acusação fiscal.

Na realidade, referido documento fiscal indica no campo “DESCRIÇÃO DO PRODUTO/ SERVIÇO” se tratar de UDP MICROCOMPUTADOR VECTOR WKS B COM MONITOR, TECLADO, MOUSE, sendo que nas colunas próprias consta a quantidade de 42 microcomputadores no valor unitário de R\$ 2.000,00, totalizando o valor de R\$ 84.000,00. Consta ainda no campo “DADOS ADICIONAIS” se tratar de remessa p/locação/ não incidindo ICMS, conforme art. 6º, inciso XIV (sic).

O impugnante invoca o art. 155, parágrafo único, do RPAF, para sustentar que o mérito pode ser resolvido em benefício da empresa, na medida em que a operação que se deseja tributar, espelhada no DANFE 000.000.420, de 10/05/17, se reporta a “OUTRAS SAÍDAS”, ou seja, a remessa de mercadorias para prestação de serviço de locação de bens móveis, não tributada pelo ICMS, tudo conforme “Contrato Administrativo nº 1971/2015”.

Efetivamente, no presente caso, deixo de declarar a nulidade da autuação, haja vista que, no mérito, é improcedente, portanto, aplicável as disposições do art. 155, parágrafo único do RPAF/BA/99, conforme aduzido pelo impugnante.

Cabível assinalar que na Informação Fiscal a autuante reconheceu a improcedência da autuação, em face aos elementos apresentados pelo impugnante.

Diante do exposto, a infração 02 é improcedente.

Relativamente à infração 03, o impugnante alega que de acordo com o próprio demonstrativo das notas fiscais, apresentado pela autuante, se refere a aquisições para comercialização e não para uso/consumo ou ativo fixo, sendo, na grande maioria, aquisições de “cartuchos de tinta e de toners”, que são destinados à revenda. Diz que por equívoco, o sistema de escrituração “importou” as notas com o CFOP 2556, quando o correto, conforme as próprias notas, seria 2102, sendo indevidas as parcelas exigidas a título de diferença de alíquotas.

Verifico que a autuante na Informação Fiscal reconheceu ser indevida a exigência fiscal, acolhendo a alegação defensiva.

Diante disso, a infração 03 é insubsistente, haja vista que as mercadorias foram adquiridas para revenda e não para uso/consumo do estabelecimento, conforme a acusação fiscal.

No respeitante à infração 04, observo que o impugnante alega que apesar de a antecipação parcial ser devida pela entrada da mercadoria e, nesse momento, o objetivo seria a “revenda”, parte das aquisições terminam sendo destinadas à prestação de serviços, conforme protocolos anexados, que exemplificam tais remessas, sendo que o destaque do ICMS, pelas saídas, não seria devido, esvaziando, também parcialmente, a fundamentação legal para a aplicação da multa. Pede revisão fiscal, objetivando apurar o percentual de mercadorias, na época, vendidas e enviadas como insumos na prestação de serviço de aluguel de equipamentos de informática, informando, inclusive, que 80% dos “cartuchos e toners” são destinados à prestação de serviços de aluguel de equipamentos de informática”.

Conforme aduzido pelo próprio impugnante, as mercadorias adquiridas se sujeitam na entrada a antecipação parcial, pois destinadas a revenda, ocorrendo que parte dessas mercadorias terminam sendo destinadas à prestação de serviços, conforme protocolos anexados.

Nesse sentido, pretende o impugnante que seja realizada revisão fiscal no intuito de se “apurar o percentual de mercadorias vendidas e enviadas como insumos na prestação de serviço de aluguel de equipamentos de informática, dizendo que 80% dos “cartuchos e toners” são destinados à prestação de serviços de aluguel de equipamentos de informática.

Primeiramente, considero que tendo a empresa como Atividade Econômica Principal – 4751201 – *Comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática* e entre outras Atividades Secundárias – 7733100 – *Aluguel de máquinas e equipamentos para escritórios* -, obrigatoriamente deverá ter controles fiscais específicos para cada situação. Ou seja, necessariamente terá que segregar as mercadorias que foram objeto de revenda daquelas, objeto de prestação de serviço de locação, a fim, inclusive, de determinar o que está sujeito ao ICMS de competência estadual e ao ISS de competência municipal.

Certamente que tendo esse controle terá o percentual de mercadorias vendidas e enviadas como insumos na prestação de serviço de aluguel de equipamentos de informática, conforme pretendido.

Não considero razoável que a empresa não ofereça, mesmo por amostragem, um percentual que pudesse ser objeto de análise pela Fiscalização e mesmo pelo órgão julgador, no sentido de confirmar ou não o alegado. Dessa forma, resta indeferido o pedido de revisão fiscal para apuração do percentual conforme aduzido pelo impugnante.

Por segundo, considero que a alegação defensiva de que, 80% dos “cartuchos e toners” são destinados à prestação de serviços de aluguel de equipamentos de informática, não se confirma, haja vista que os “Protocolos” aduzidos pelo impugnante, acostados aos autos às fls. 515 a 552, não identificam qualquer contrato, sendo que, em todos consta apenas a indicação de recebimento por parte dos signatários dos referidos “Protocolos”, na sua quase totalidade de “toner”.

O exame do Contrato Administrativo nº. 1971/2015, trazido pelo impugnante, acostado aos autos às

fls. 466 a 482, permite constatar na sua cláusula primeira que o autuado foi contratado para prestar serviço de locação de 90 (noventa) microcomputadores, novos e de primeiro uso, inexistindo qualquer indicação de “toner” ou mesmo de impressora. É certo que o “toner” se trata de uma tinta em pó usada nas impressoras a laser e fotocopiadoras.

Diante disso, a infração 04 é procedente.

O pedido de dispensa ou redução da sanção formulado pelo impugnante resta prejudicado, haja vista que falece competência a este órgão julgador administrativo de Primeira Instância para tanto.

Quanto ao pedido do impugnante no sentido de que todas as intimações sejam encaminhadas ao endereço profissional que indica, consigno que inexistente óbice para que o pleito seja atendido, contudo o não atendimento não implica nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação do Contribuinte são aquelas previstas no art. 108 do RPAF/BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **170623.0016/19-6**, lavrado contra **NARWAL INFORMÁTICA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa percentual de 60% no valor de **R\$ 9.447,67**, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” 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” item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR

A. I. Nº - 170623.0016/19-6
AUTUADO - NARWAL INFORMÁTICA EIRELI
AUTUANTE - SUELI SANTOS BARRETO
ORIGEM - DAT METRO/INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/10/2023

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0154-01/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Alegações defensivas elidem a autuação. A própria autuante na Informação Fiscal reconhece que houve erro na apuração dos valores quanto à “alíquota auditada”, razão pela qual apareceu como zerada, devendo ser “desconsiderada a diferença autuada”, pois o valor apurado coincide com o valor da alíquota de 18% declarado. Infração insubsistente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. O impugnante argui a nulidade do lançamento com o fundamento de que a acusação fiscal é de “erro na aplicação da alíquota”, ocorrência que não se encontra configurada. Alega que a ocorrência seria de “registro de operação tributada como não tributada” e não de “erro na determinação da alíquota”. Apesar de assistir razão ao impugnante, considerando que no mérito a infração é improcedente, a nulidade deixou de ser decretada para se julgar improcedente este item da autuação. Cabível assinalar que na Informação Fiscal a autuante reconheceu a improcedência da autuação, em face aos elementos apresentados pelo impugnante. Infração improcedente. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Alegação defensiva de que se refere a aquisições para comercialização e não para uso/consumo ou ativo fixo, sendo, na grande maioria, aquisições de “cartuchos de tinta e de toners”, que são destinados à revenda restou comprovada. A própria autuante na Informação Fiscal reconheceu ser indevida a exigência fiscal, acolhendo a alegação defensiva. Infração improcedente. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Alegação defensiva de que, apesar de a antecipação parcial ser devida pela entrada da mercadoria e, nesse momento, o objetivo seria a “revenda”, parte das aquisições terminam sendo destinadas à prestação de serviços, sendo que o destaque do ICMS, pelas saídas, não seria devido, não restou devidamente comprovada. Inexistência nos autos de elementos que confirme o alegado. Infração subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2019, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 131.590,81 em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01 – 01.02.41 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nos meses de agosto a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, janeiro a novembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 107.037,39, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 – 03.02.02 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no mês de maio de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 10.080,00, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 06.05.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de fevereiro, abril a junho, agosto, setembro e novembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 5.025,75, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 07.15.05 - Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de agosto a novembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, fevereiro a outubro de 2018, no valor de R\$ 9.447,67.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou Defesa (fls.82 a 89). De início, requer que, doravante, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas ao profissional regularmente constituído, legítimo representante legal do autuado na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração anexada.

Solicita a exclusão da autuação das Notas Fiscais nºs. 029.837 e 029.838, anexadas à intimação, que não possuem ligação com a empresa. Em caráter preliminar, suscita a flagrante nulidade da infração 01, por ofensa ao disposto no art. 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF por insegurança na determinação da infração e apuração dos valores, com consequente cerceamento do direito de defesa. Acrescenta que de acordo com os demonstrativos denominados “Crédito indevido – Erro na aplicação da alíquota (CFOP vc. UF) – Lista de notas fiscais/itens”, todas as operações listadas foram consideradas com ausência do lançamento do ICMS, ou seja, Notas Fiscais sem imposto lançado.

Salienta que em conformidade com a “Descrição dos rótulos cujos nomes não são autoexplicativos”, coluna apresenta da demonstração analítica da apuração, as alíquotas e valores do ICMS, consoante “definição da auditoria”, foram determinados como “zero”, sem qualquer explicação para a adoção dessa linha de apuração. Diz que a autuante sem informar a motivação aplicável a cada caso, decidiu que não existiria imposto destacado nas notas fiscais e, dessa forma, indicou que haveria utilização indevida de crédito fiscal “em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos”.

Afirma que desse modo, inexistente compatibilidade entre a acusação e a sua própria demonstração, sendo impossível para a empresa imaginar o “porque” da alegada divergência. Alega que nem mesmo pelos artigos indicados como infringidos é possível entender a motivação da glosa dos créditos. Neste sentido, invoca e reproduz os artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96 e o artigo 309, § 7º do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12.

Assevera que não se apontou, no presente caso, qualquer especulação ou indício de inidoneidade da documentação fiscal, assim como o que se levou a entender que haveria destaque a maior nas notas: fundamentação legal ou fática. Alega que diante de tudo isso, se vê prejudicado no seu

direito de defesa, bem como não existe segurança na apuração da infração e dos valores exigidos, pedindo que seja decretada a nulidade deste item da autuação.

Destaca que se o Julgador entender que se trata de vício sanável e a motivação for esclarecida, de logo requer a reabertura do prazo de defesa. Pontua que em casos análogos, o CONSEF já decidiu, conforme os Acórdãos JJF Nº 0191-02/19, JJF Nº 0182-02/19, JJF Nº 0170-04/19, CJF Nº. 0173-12/15, JJF Nº. 0217-03/12.

O mérito, no tocante à infração 01, diz que “apesar de ter a visão ofuscada pela completa ausência de esclarecimentos sobre a causa do pedido”, pode afirmar que não utilizou créditos fiscais em valores superiores aos destacados na documentação fiscal, na forma indicada no Auto de Infração. Afirma que conforme demonstrativos mensais do “acompanhamento das entradas”, acompanhados por planilhas descritivas das apurações, mês a mês, e nota por nota, na ordem da autuação e pelas respectivas Notas Fiscais, a apropriação dos créditos seguiu, quase sempre, a regra dos artigos 29 e 31, da Lei nº 7.014/96, os quais, sem as explicações necessárias, foram considerados como infringidos.

Consigna que em decorrência da autuação, fez uma completa revisão na apuração mensal, com destaque para os créditos utilizados. Admite que em decorrência dessa revisão, identificou alguns valores creditados indevidamente, relativos às aquisições de contribuintes do Simples Nacional e umas poucas entradas de mercadorias para uso/consumo, ou com o pagamento antecipado do ICMS, sujeitas à substituição tributária. Acrescenta que no entanto, constatou que manteve saldos credores mensais, o que, se julgado o mérito da acusação, deve ser levado em consideração, apurando-se, via revisão fiscal, a real repercussão financeira, mensalmente, em detrimento do estado.

Sustenta que somente restariam saldos devedores nos seguintes meses e valores: outubro/16 R\$ 32,67; abril/18 R\$ 1.757,63; maio/18 R\$ 244,23; junho/18 R\$ 462,62; e agosto/18 R\$ 324,50.

Conclusivamente, diz que diante das dúvidas criadas pela autuação, na hipótese de julgamento do mérito, de logo solicita completa revisão das apurações mensais, com base nos demonstrativos e documentos que apresenta, colocando também à disposição qualquer outro que o Julgador entender necessário, podendo ser solicitado diretamente ao signatário da peça defensiva.

Quanto à infração 02, sustenta que é igualmente nulo o lançamento, haja vista que a acusação fiscal é de “erro na aplicação da alíquota”, ocorrência que não se encontra configurada. Alega que a ocorrência seria de “registro de operação tributada como não tributada” e não de “erro na determinação da alíquota. Ressalta que em atenção ao disposto no art. 155, parágrafo único, do RPAF, o mérito pode ser resolvido em benefício da empresa, na medida em que a operação que se deseja tributar, espelhada no DANFE 000.000.420, de 10/05/17, se reporta a “OUTRAS SAÍDAS”, ou seja, a remessa de mercadorias para prestação de serviço de locação de bens móveis, não tributada pelo ICMS, tudo conforme “Contrato Administrativo nº 1971/2015”, anexado, firmado com o SAAE – Serviço Autônomo de Água, Esgoto e Saneamento Urbano, de Sete Lagoas-MG.

Assinala que no mês de maio/17, período em que a Nota Fiscal eletrônica foi emitida, recebeu, pela locação o valor de R\$ 8.545,50, conforme Nota Fiscal de Prestação de Serviços 00000324 e extrato bancário anexados. Diz que o valor de R\$ 84.000,00 destacado na Nota Fiscal serviu tão somente para fins de seguro. Afirma que a hipótese legal é de não incidência do ICMS, conforme disposto no art. 3º, inciso XIV, da Lei 7.014/96, pelo que é improcedente a autuação.

No concerne à infração 03, observa que de acordo com o próprio demonstrativo das notas fiscais, apresentado pela autuante, se refere a aquisições para comercialização e não para uso/consumo ou ativo fixo, sendo, na grande maioria, aquisições de “cartuchos de tinta e de toners”, que são destinados à revenda. Alega que por equívoco, o sistema de escrituração “importou” as notas com o CFOP 2556, quando o correto, conforme as próprias notas, seria 2102.

Conclusivamente, diz que desse modo, as parcelas a título de “diferença entre alíquotas”, são indevidas.

No que tange à infração 04, salienta que muito embora a antecipação parcial seja devida pela entrada da mercadoria e, nesse momento, o objetivo seria a “revenda”, parte das aquisições terminam sendo destinadas à prestação de serviços, conforme protocolos anexados, que exemplificam tais remessas. Afirma que assim sendo, e relação à parte das mercadorias, o destaque do ICMS, pelas saídas, não seria devido, esvaziando, também parcialmente, a fundamentação legal para a aplicação da multa. Nesse particular, pede revisão fiscal, objetivando apurar o percentual de mercadorias, na época, vendidas e enviadas como insumos na prestação de serviço de aluguel de equipamentos de informática. Informa que 80% dos “cartuchos e toners” são destinados à prestação de serviços de aluguel de equipamentos de informática”.

Solicita, também, diante das circunstâncias especiais que envolvem a questão, dispensa ou redução da sanção, sendo no caso da redução no exato percentual de mercadorias adquiridas para revenda e depois destinadas à prestação de serviços, apurado em diligência ou comprovado pela empresa.

Finaliza a peça defensiva protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente revisão para que seja alcançada a verdade material, determinando a regularidade, ou não, dos créditos apropriados na infração 01 e a efetiva repercussão financeira contra o Estado, assim como a natureza das mercadorias que compõem a infração 03 e os percentuais aludidos na infração 04. Protesta, ainda, pela nulidade ou improcedência das infrações 01 e 02, e pela improcedência das infrações 03 e 04, sendo que, na hipótese de saneamento da infração 01, pede a reabertura do prazo de defesa.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls.555 a 559). No tocante à alegação defensiva atinente à infração 01, diz que houve um erro na apuração dos valores quanto à “alíquota auditada”, razão pela qual apareceu como zerada, possivelmente não foi salva na consolidação do trabalho. Aduz que deve ser “desconsiderada a diferença autuada”, pois o valor apurado coincide com o valor da alíquota de 18% declarado, conforme estabelecido no Regulamento do ICMS vigente destacado nas respectivas notas fiscais apresentadas.

Consigna que desse modo a infração 01 é inexistente.

Assinala que o autuado mediante documentação apresentada reconhece como saldo devedor os seguintes valores: outubro/16 R\$ 32,67; abril/18 R\$ 1.757,63; maio/18 R\$ 244,23; junho/18 R\$ 462,62; e agosto/18 R\$ 324,50, totalizando R\$ 2.7887,98.

Ressalta que considerando que o autuado foi intimado para retificar os arquivos e não o fez, e considerando especialmente as particularidades pertinentes às atividades desenvolvidas como venda e prestação de serviços com as mesmas mercadorias dificultou a captação das especificidades das operações, haja vista que os CFOPs não foram devidamente enquadrados.

Quanto à infração 02, após discorrer sobre a alegação defensiva, consigna que em face à documentação apresentada reconhece a improcedência da autuação.

Relativamente à infração 03, discorre sobre a alegação defensiva e diz que as parcelas a título de “diferença entre as alíquotas” são indevidas.

No respeitante à infração 04, após discorrer sobre a alegação defensiva, consigna que mantém os valores apurados conforme demonstrativo da autuação.

Finaliza a peça informativa dizendo que após o exame detalhado de todos os argumentos defensivos e documentações comprobatórias apresentadas, tornou-se necessária a revisão dos valores apurados que devem ser considerados conforme apresenta:

Infração 01 - outubro/16 R\$ 32,67; abril/18 R\$ 1.757,63; maio/18 R\$ 244,23; junho/18 R\$ 462,62; e agosto/18 R\$ 324,50, totalizando R\$ 2.7887,98.

Infração 04 – Fica mantida no valor de R\$ 9.447,67, considerando os valores apurados.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls. 567/568). Reitera o pedido no

sentido de que, doravante, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas ao profissional regularmente constituído, conforme poderes especificados na procuração anexada aos autos.

No tocante à infração 01, ratifica o pleito de nulidade, porém, caso o Julgador decida por acatar os novos valores, no total de R\$ 2.821,65, (a autuante apresentou soma equivocada), acatará a condenação parcial, considerando que reconheceu a existência de “saldos devedores”, em determinados períodos.

Quanto às infrações 02 e 03, observa que a autuante reconheceu a “improcedência” e, desse modo, solicita que sejam julgadas improcedentes.

No que tange à infração 04, repete os argumentos e pedidos formulados na Defesa vestibular.

Finaliza a Manifestação protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente revisão para que seja alcançada a verdade material, determinando os percentuais aludidos na infração 04, e protesta, ainda, pela nulidade ou improcedência das infrações 01 e 02, e pela improcedência das infrações 03 e 04.

A autuante, cientificada da Manifestação do autuado, se pronunciou (fl.571), dizendo que nada tem acrescentar, pois não foram apresentados fatos novos para análise.

Presente na sessão de julgamento o ilustre patrono do Contribuinte, advogado Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA nº.11.026, o qual exerceu o direito de sustentação oral de suas razões.

Após a leitura do Relatório e exercício do direito de sustentação oral do impugnante, o ilustre Julgador Luís Roberto de Sousa Gouvêa pediu vista do processo, ficando o julgamento para a sessão subsequente na forma regimental.

Presente na sessão de julgamento subsequente, realizada nesta data de 14/09/2023, o ilustre patrono do Contribuinte acompanhou o julgamento.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo, todas, objeto de impugnação.

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade arguida pelo impugnante atinente à infração 01.

O impugnante alega insegurança na determinação da infração e apuração dos valores com consequente cerceamento do direito de defesa, portanto, ofensa ao disposto no art. 18, incisos II e IV, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, pois, de acordo com os demonstrativos denominados *Crédito indevido – Erro na aplicação da alíquota (CFOP vc. UF) – Lista de notas fiscais/itens*, todas as operações listadas foram consideradas com ausência do lançamento do ICMS, ou seja, Notas Fiscais sem imposto lançado, sendo que, na coluna da demonstração analítica da apuração, as alíquotas e valores do ICMS, consoante “definição da auditoria”, foram determinados como “zero”, sem qualquer explicação para a adoção dessa linha de apuração. Diz que a autuante sem informar a motivação aplicável a cada caso, decidiu que não existiria imposto destacado nas notas fiscais e, dessa forma, indicou que haveria utilização indevida de crédito fiscal “em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos”.

Verifico que, de fato, nos referidos demonstrativos elaborados pela autuante denominados *Crédito indevido – Erro na aplicação da alíquota (CFOP vc. UF) – Lista de notas fiscais/itens*, constam as colunas *AliqAud K* e *VlIcmsAud* $M=IxK$ como zeradas (0,00), o que, sem dúvida, permite concluir que assiste razão ao impugnante quanto à alegação de insegurança na determinação da infração e apuração dos valores com consequente cerceamento do direito de defesa.

Entretanto, a meu ver, trata-se de vício sanável, haja vista que mediante diligência poderia ser

solicitado a autuante que apresentasse novos demonstrativos contendo os valores das colunas *AliqAud K* e *VlIcmsAud* $M=IxK$, assim como esclarecesse a motivação da autuação, por certo reabrindo-se o prazo de defesa para que o impugnante pudesse exercer plenamente o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Ocorre que na Informação Fiscal a própria autuante diz que *houve um erro na apuração dos valores quanto à “alíquota auditada”, razão pela qual apareceu como zerada, possivelmente não foi salva na consolidação do trabalho, sendo que, deve ser “desconsiderada a diferença autuada”, pois o valor apurado coincide com o valor da alíquota de 18% declarado, conforme estabelecido no Regulamento do ICMS vigente destacado nas respectivas notas fiscais apresentadas.*

Em conclusão, a autuante diz que *a infração 01 é inexistente.*

Ora, se a própria autuante diz que a exigência fiscal deve ser “desconsiderada”, haja vista que o valor apurado coincide com o valor da alíquota de 18% declarado, resta indubitável que a infração 01 é improcedente.

Quanto ao reconhecimento pelo autuado dos valores que apurou na revisão que realizou, no caso outubro/16 R\$ 32,67; abril/18 R\$ 1.757,63; maio/18 R\$ 244,23; junho/18 R\$ 462,62; e agosto/18 R\$ 324,50, considero que deve ser acatada a alegação do impugnante aduzida na sessão de julgamento - quando do exercício do direito de sustentação oral de suas razões -, no sentido de que incorreu em imprecisão ao reconhecer referidos valores, haja vista que não podem ser exigidos no presente lançamento, devendo ser oportunizado a empresa efetuar o recolhimento espontâneo.

Assim sendo, recomendo a autoridade competente que verifique se o Contribuinte exerceu tempestivamente o direito de recolher espontaneamente os valores reconhecidos, conforme acima mencionado e, caso não tenha efetuado referido recolhimento, que analise a possibilidade de realização de novo procedimento fiscal para exigência do imposto reconhecido como devido.

Diante do exposto, a infração 01 improcedente.

No tocante à infração 02, o impugnante argui a nulidade do lançamento sob o fundamento de que a acusação fiscal é de “erro na aplicação da alíquota”, ocorrência que não se encontra configurada. Alega que a ocorrência seria de “registro de operação tributada como não tributada” e não de “erro na determinação da alíquota”.

De fato, também neste item da autuação assiste razão ao impugnante, haja vista que a Nota Fiscal eletrônica nº. 000.000.420 – única arrolada neste item da autuação – não contém o destaque do imposto, portanto, descabendo falar-se em *erro na aplicação da alíquota*, conforme a acusação fiscal.

Na realidade, referido documento fiscal indica no campo “DESCRIÇÃO DO PRODUTO/ SERVIÇO” se tratar de UDP MICROCOMPUTADOR VECTOR WKS B COM MONITOR, TECLADO, MOUSE, sendo que nas colunas próprias consta a quantidade de 42 microcomputadores no valor unitário de R\$ 2.000,00, totalizando o valor de R\$ 84.000,00. Consta ainda no campo “DADOS ADICIONAIS” se tratar de remessa p/locação/ não incidindo ICMS, conforme art. 6º, inciso XIV (sic).

O impugnante invoca o art. 155, parágrafo único, do RPAF, para sustentar que o mérito pode ser resolvido em benefício da empresa, na medida em que a operação que se deseja tributar, espelhada no DANFE 000.000.420, de 10/05/17, se reporta a “OUTRAS SAÍDAS”, ou seja, a remessa de mercadorias para prestação de serviço de locação de bens móveis, não tributada pelo ICMS, tudo conforme “Contrato Administrativo nº 1971/2015”.

Efetivamente, no presente caso, deixo de declarar a nulidade da autuação, haja vista que, no mérito, é improcedente, portanto, aplicável as disposições do art. 155, parágrafo único do RPAF/BA/99, conforme aduzido pelo impugnante.

Cabível assinalar que na Informação Fiscal a autuante reconheceu a improcedência da autuação, em face aos elementos apresentados pelo impugnante.

Diante do exposto, a infração 02 é improcedente.

Relativamente à infração 03, o impugnante alega que de acordo com o próprio demonstrativo das notas fiscais, apresentado pela autuante, se refere a aquisições para comercialização e não para uso/consumo ou ativo fixo, sendo, na grande maioria, aquisições de “cartuchos de tinta e de toners”, que são destinados à revenda. Diz que por equívoco, o sistema de escrituração “importou” as notas com o CFOP 2556, quando o correto, conforme as próprias notas, seria 2102, sendo indevidas as parcelas exigidas a título de diferença de alíquotas.

Verifico que a autuante na Informação Fiscal reconheceu ser indevida a exigência fiscal, acolhendo a alegação defensiva.

Diante disso, a infração 03 é insubsistente, haja vista que as mercadorias foram adquiridas para revenda e não para uso/consumo do estabelecimento, conforme a acusação fiscal.

No respeitante à infração 04, observo que o impugnante alega que apesar de a antecipação parcial ser devida pela entrada da mercadoria e, nesse momento, o objetivo seria a “revenda”, parte das aquisições terminam sendo destinadas à prestação de serviços, conforme protocolos anexados, que exemplificam tais remessas, sendo que o destaque do ICMS, pelas saídas, não seria devido, esvaziando, também parcialmente, a fundamentação legal para a aplicação da multa. Pede revisão fiscal, objetivando apurar o percentual de mercadorias, na época, vendidas e enviadas como insumos na prestação de serviço de aluguel de equipamentos de informática, informando, inclusive, que 80% dos “cartuchos e toners” são destinados à prestação de serviços de aluguel de equipamentos de informática”.

Conforme aduzido pelo próprio impugnante, as mercadorias adquiridas se sujeitam na entrada a antecipação parcial, pois destinadas a revenda, ocorrendo que parte dessas mercadorias terminam sendo destinadas à prestação de serviços, conforme protocolos anexados.

Nesse sentido, pretende o impugnante que seja realizada revisão fiscal no intuito de se “apurar o percentual de mercadorias vendidas e enviadas como insumos na prestação de serviço de aluguel de equipamentos de informática, dizendo que 80% dos “cartuchos e toners” são destinados à prestação de serviços de aluguel de equipamentos de informática.

Primeiramente, considero que tendo a empresa como Atividade Econômica Principal – 4751201 – *Comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática* e entre outras Atividades Secundárias – 7733100 – *Aluguel de máquinas e equipamentos para escritórios* -, obrigatoriamente deverá ter controles fiscais específicos para cada situação. Ou seja, necessariamente terá que segregar as mercadorias que foram objeto de revenda daquelas, objeto de prestação de serviço de locação, a fim, inclusive, de determinar o que está sujeito ao ICMS de competência estadual e ao ISS de competência municipal.

Certamente que tendo esse controle terá o percentual de mercadorias vendidas e enviadas como insumos na prestação de serviço de aluguel de equipamentos de informática, conforme pretendido.

Não considero razoável que a empresa não ofereça, mesmo por amostragem, um percentual que pudesse ser objeto de análise pela Fiscalização e mesmo pelo órgão julgador, no sentido de confirmar ou não o alegado. Dessa forma, resta indeferido o pedido de revisão fiscal para apuração do percentual conforme aduzido pelo impugnante.

Por segundo, considero que a alegação defensiva de que, 80% dos “cartuchos e toners” são destinados à prestação de serviços de aluguel de equipamentos de informática, não se confirma, haja vista que os “Protocolos” aduzidos pelo impugnante, acostados aos autos às fls. 515 a 552, não identificam qualquer contrato, sendo que, em todos consta apenas a indicação de recebimento por parte dos signatários dos referidos “Protocolos”, na sua quase totalidade de “toner”.

O exame do Contrato Administrativo nº. 1971/2015, trazido pelo impugnante, acostado aos autos às

fls. 466 a 482, permite constatar na sua cláusula primeira que o autuado foi contratado para prestar serviço de locação de 90 (noventa) microcomputadores, novos e de primeiro uso, inexistindo qualquer indicação de “toner” ou mesmo de impressora. É certo que o “toner” se trata de uma tinta em pó usada nas impressoras a laser e fotocopiadoras.

Diante disso, a infração 04 é procedente.

O pedido de dispensa ou redução da sanção formulado pelo impugnante resta prejudicado, haja vista que falece competência a este órgão julgador administrativo de Primeira Instância para tanto.

Quanto ao pedido do impugnante no sentido de que todas as intimações sejam encaminhadas ao endereço profissional que indica, consigno que inexistente óbice para que o pleito seja atendido, contudo o não atendimento não implica nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação do Contribuinte são aquelas previstas no art. 108 do RPAF/BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **170623.0016/19-6**, lavrado contra **NARWAL INFORMÁTICA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa percentual de 60% no valor de **R\$ 9.447,67**, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” 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” item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA– JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR