

A.I. Nº - 276473.0047/22-0
AUTUADO - PIANNA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/12/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0260-02/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O contribuinte comprovou que foram indevidamente incluídas na infração mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária. Infração insubsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Valor reduzido por acolhimento de parte de elementos de provas apresentados na defesa. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente; b) LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. OMISSÕES DE SAIDAS. Comprovado que a autuante seguiu todas as diretrizes da legislação aplicável em especial aquelas previstas na Portaria nº 445/98 que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente; c) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. O contribuinte comprovou que parte das mercadorias constantes nas Notas Fiscais, não foram recebidas, descabendo a cobrança da antecipação parcial. Infração parcialmente subsistente. 3. MULTA. NOTA FISCAL FALTA DE REGISTRO NA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL. O contribuinte não apresentou os necessários e indispensáveis elementos de prova na forma prevista pelo art. 123 do RPAF/99. Infração subsistente. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 21/12/2022, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 26.697,26, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 001.002.006: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, para fatos apurados em julho a dezembro de 2018. ICMS exigido R\$ 399,39, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II, art. 23, inc. I da Lei nº 7.014/96, c/com o art. 290 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 002.001.003: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, para fatos apurados em janeiro a

dezembro de 2018. ICMS exigido R\$ 2.914,68, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com o art. 332, inc. I do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 – 004.005.002: Falta de recolhimento do ICMS, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. ICMS exigido R\$ 11.522,50, acrescido de multa de 100% tipificada no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96 para o exercício de 2018.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I, art. 23-B da Lei nº 7.014/96, c/com o art. 83 do RICMS/2012 e art. 13, inc. I da Portaria nº 445/98.

INFRAÇÃO 04 – 007.015.001: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, para fatos apurados em março, julho, outubro e dezembro de 2018. ICMS exigido R\$ 9.855,59, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 – 016.001.006: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de um documento fiscal, para fatos apurados em janeiro a dezembro de 2018. Multa no valor de R\$ 2.005,10, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 da Lei nº 7.014/96.

A autuada impugnou o lançamento, fls. 43 a 48, onde inicialmente demonstrou ser tempestiva a defesa, reproduziu as infrações e declarou que reconhece como parcialmente procedente o Auto de Infração, especificamente em relação às infrações 02, 03 e 04.

Ao abordar o mérito das infrações, referindo-se à infração 01, diz que sobre a mesma promoveu uma criteriosa revisão do trabalho da fiscalização e constatou que os treze itens do demonstrativo “*CRÉDITO INDEVIDO – MERCADORIAS COM ICMS SUBSTITUIDO – LISTA DE NOTAS FISCAIS/ITENS*”, cuja autuação se deu sob a alegação da utilização de crédito indevido de ICMS são mercadorias que não constam do Anexo 1 do RICMS/BA, vigente em 2018 e conclui que o crédito é legítimo e a autuação não deve prosperar.

Para a infração 02 afirma que as mercadorias constantes do demonstrativo “*FALTA RECOLHIMENTO DO ICMS – OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA (NF) – LISTA DE NOTAS FISCAIS/ITENS*” não condiz com a realidade dos fatos, ou seja, todos os itens relacionados como tributados e vendidos como não tributados, em sua maioria, são de mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, os quais constam no Anexo 1 do RICMS/BA, vigente em 2018, exceto os itens classificados nas NCMS 6306, 8421, 8432, 8538, 3307, 3402 e 8544. Portanto, entende que a infração merece revisão por parte da autoridade fiscal, o que desde já requer.

Em relação a infração 03, diz que “*Diante da narrativa de inconformidade da autuação firmada no Item 4.4. – Infração 04 – 007.015.001, abaixo, refuta a acusação de falta de recolhimento relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais...*”, sob a justificativa de que o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, foi maculado em razão de terem sido incluídos indevidamente os itens de mercadorias constantes das notas fiscais que relaciona, uma vez que foram registradas em janeiro de 2019, portanto, a infração deve ser reformada.

Quanto a infração 04, afirma que após os exames realizados constatou que as notas fiscais constantes do demonstrativo “ANTECIPAÇÃO PARCIAL – NFE NÃO REGISTRADAS”, não condiz com a realidade dos fatos, conforme explica:

- a) A nota fiscal nº 000.072, emitida em 14/03/2018, não foi registrada uma vez que foi recusada no Portal da NF-e em 05/05/2018;
- b) As notas fiscais números: 813.600, 813.797 e 814.291, emitidas em 16, 17 e 19 de outubro de 2018, não foram registradas em razão de terem sido recusadas no Portal da NF-e em 31/10/2018;
- c) A nota fiscal nº 029.848, emitida em 13/07/2018, efetivamente não foi registrada, reconhece;
- d) As notas fiscais a seguir relacionadas foram registradas no Livro Registro de Entradas de janeiro de 2019, conforme cópia do livro em anexo:

DATA EMISSÃO	DATA LANÇ.	DATA OCORRÊNCIA	SERIE	MODELO	Nº da NF-e
06/12/2018	-	06/12/2018	01	55	000.134.694
13/12/2018	-	13/12/2018	01	55	000.340.240
13/12/2018	-	13/12/2018	01	55	000.142.844
17/12/2018	-	17/12/2018	01	55	000.385.911
18/12/2018	-	18/12/2018	01	55	001.115.575
21/12/2018	-	21/12/2018	01	55	001.117.580
27/12/2018	-	27/12/2018	01	55	000.392.136
28/12/2018	-	28/12/2018	55	55	000.803.545

Reforça que a infração merece revisão, o que desde já requer.

Em relação a infração 05 afirma que a mesma fica prejudicada pelos mesmos motivos expostos para a infração 03, ou seja, as notas fiscais ditas que não foram registradas na sua escrita fiscal no exercício de 2018, ao contrário, foram registradas em janeiro de 2019, maculando o levantamento. Portanto, requer a revisão do levantamento.

Passando a tratar das questões de direito, assegura ser clara a nulidade do lançamento, em razão da fragilidade do procedimento.

Transcreve o art. 2º do RPAF/99, que entende ser a posição deste Conselho a respeito do rigor na apuração dos fatos e lembra que é dever da Administração Tributária buscar a verdade com maior vigor daqueles contestados pelo contribuinte, pois a Administração não se encontra exonerada de provar aquilo que afirma.

Aduz que a autuação, com formulada, não atende as regras tributárias e a diretriz do ônus da prova, conforme determina o art. 18, inc. IV, alínea “a” e inc. VIII do RPAF/99.

Dos princípios que norteiam o processo tributário destaca o da vinculabilidade da tributação, reproduzindo doutrina de Paulo Bonilha.

Destaca a importância do princípio da verdade material, copiando lições de Ippo Watanabe, Luiz Pigatti Jr., e doutrina de Roque Antonio Carrazza.

Solicita diligência e/ou perícia, diante dos erros apontados, que diz comprometer todo o trabalho fiscal com amparo no art. 123 do RPAF/99 e indica o assistente técnico para acompanhar os trabalhos.

Requer que seja acolhida a impugnação para que preliminarmente, seja declarado nulo o Auto de Infração e no mérito que julgada procedente a impugnação e a desconstituição do crédito tributário de acordo com o art. 122 do RPAF/99.

A autuante prestou a informação fiscal às fls. 120 a 122, onde preliminarmente abordou os argumentos da defesa e procedeu a revisão das infrações.

Infração 01. Relacionou todos os itens autuados com as seguintes informações:

TELEFONE CELU/FIXO INTELBRAS – NCM 85171239 – Apesar do NCM estar na lista do Anexo 1, diz que o contribuinte efetuou o destaque do ICMS nas vendas. Logo, não houve prejuízo para o Fisco e conclui que procede o argumento da defesa, portanto, o valor foi excluído;

CABO P/ROLO – NCM 73269090; PROLONGADOR ATLAS – NCM 73269090; CABO P/ROLO GAIOLA – NCM 73269090; PROLONGADOR ATLAS – NCM 73269090 e SUPORTE AQUAPLUV - NCM 73269090 – Constatou que o contribuinte considerou em uma parte do ano a mercadoria como sujeita a substituição tributária e depois como tributada, procedendo da mesma forma nas saídas. Como não houve prejuízo para o Erário, os valores correspondentes foram retirados da planilha;

FITA PP INCOLOR NOVE54 – NCM 39191010 - Constatou que o contribuinte efetuou o destaque do ICMS nas vendas, logo, não havendo prejuízo para a Fazenda Pública, valor retirado da planilha;

REFIL DOCOL P/ FILTRO – NCM 84219999 e SAPATILHA 5/8 - NCM 73269090 – Assevera que as mercadorias não constam no Anexo 1 do RICMS/2012 e conclui que procede o argumento da defesa, valores retirados da planilha;

SAPATILHA 5/8 - NCM 73269090 – A mercadoria não está relacionada no Anexo 1. Conclui que procede defesa em relação ao uso do crédito fiscal do ICMS, portanto, o valor foi excluído da planilha.

Conclui que a infração é insubsistente.

Infração 02. Relaciona todas as mercadorias, as correspondentes NCMs e a identificação daquelas que o contribuinte considerou como tributadas (NCM 6306, 8421, 8432, 8538, 3307, 3402 e 8544) e que foram consideradas como não tributadas.

Relata as razões para a manutenção das mercadorias na infração:

NCM 3924900 – Artefatos de higiene e trocador empregados na construção civil. O VASO AFORT é um vaso para plantas, não equivale a NCM;

NCM 73239900 - Palha de aço, esfregão. O conjunto lixeira e escova higiênica para higienização do vaso, não equivale a este NCM;

NCM 73261900 – Abraçadeira. Mão francesa RIVER CLASSIC 50 cm – cantoneira - Não equivale a este NCM;

NCM 3924900 - Artefatos de higiene e trocador na construção civil. Prendedor de roupa emborrachado não equivale a este NCM;

NCM 73239900 - Palha de aço, esfregão. GRELHA PARRILHA é o sistema de grelhas e braseiro onde a carne é preparada - equivalente a churrasqueira no Brasil. Não equivale a este NCM;

NCM 73239300 - Palha de aço, esfregão. GARRAFA TÉRMICA MOR SPORT 750 ml. Não equivale a este NCM;

NCM 39249000 – Artefatos de higiene e trocador na construção civil. PÁ PARA LIXO, não equivale a este NCM;

NCM 36269090 - Outras obras de plástico, para uso na construção. CALÇO DE PORTA ASTRA CRISTAL. O calço de porta conta com um dispositivo que permite que ele seja encaixado tanto na parte inferior da porta quanto na maçaneta. Não equivale a este NCM;

NCM 40151900 – Luvas cirúrgicas. As luvas profissionais de LÁTEX PRETA BLACK são mais espessas que as luvas descartáveis, possuem excelente resistência, permitindo inclusive que seja higienizada e reutilizada principalmente para a manipulação de tinturas em salões de beleza. Não equivale a este NCM;

NCM 39211390 - Veda rosca, lona plástica para uso na construção, fitas isolantes e afins ou telha de plástico, mesmo reforçada com fibra de vidro. BLOCO DE ESPUMA - Ideal para finalização na

aplicação de rebocos e rejuntas, lavagem de pisos e para limpeza em geral. Não equivale a este NCM;

NCM 84331100 – Não consta no Anexo 1. MÁQUINA DE CORTAR GRAMA;

NCM 73239900 - Palha de aço, esfregão. COPO AÇO INOX, COPO DE AÇO INOXIDÁVEL, COPO TÉRMICO ISOLADO à prova de vazamento e CANECA DE CAFÉ DE VIAGEM PORTÁTIL para carro. Não equivale a este NCM;

NCM 73239900 - Palha de aço, esfregão. A LIXEIRA QUADRADA 12 ou 15 litros JASPE MOR em aço inox fosco com abertura em pedal é prática e higiênica. Não equivale a este NCM;

NCM 73239900 - Palha de aço, esfregão. O VARAL DE CHÃO O MOR serve para secar roupas. Não equivale a este NCM;

NCM 40169300 - Não consta no Anexo 1. ANEL DE BORRACHA de 100 mm para vedação de tubos e conexões de esgoto;

NCM 42029200 - Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes ou baús, malas e maletas para viagem. BOLSA TÉRMICA ICE COOLER DOBRÁVEL 36 L. Não equivale a este NCM;

NCM 73261900. Abraçadeira. A CANTONEIRA RIVER foi desenvolvida especialmente para essa finalidade. Não equivale a este NCM;

NCM 39241000 – Artefatos de higiene e trocador na construção civil. Não equivale a este NCM;

NCM 39269090 - Outras obras de plástico, para uso na construção. CORDA P/VARAL 15 m. Não equivale a este NCM;

NCM 73089090 - Telhas metálicas. Não equivale a este NCM;

NCM 73239900 – Palha de aço, esfregão - MASTER GRILL 02 MOR 3110 e SANDUICHEIRA. Não equivale a este NCM;

NCM 39241000. Artefatos de higiene e trocador na construção civil. ASSADEIRA SILICONE COM FORMINHAS 6 peças/conjunto MOLDE BOLO DE SILICONE EM FORMA REDONDA, MOLDE DE COZEDURA DE CAKE, FORMA DE ASSAR, FERRAMENTAS DIY DE DECORAÇÃO DE BOLO. Não equivale a este NCM;

NCM 39241000 - Artefatos de higiene e trocador na construção civil. CONJUNTO DE UTENSÍLIOS DOMÉSTICOS NYLON e CONJUNTO COMPLETO DE UTENSÍLIOS DE COZINHA. Não equivale a este NCM;

NCM 39241000 - Artefatos de higiene e trocador na construção civil. MOEDOR SAL E PIMENTA. Não equivale a este NCM;

NCM 39249000 - Artefatos de higiene e trocador na construção civil. LIXEIRA TRAMONTINA 50 l ou 100 l com rodas. Não equivale a este NCM;

NCM 39269090 - Prancheta de plástico. CAVALETE PARA SINALIZAR PISO MOLHADO. Indicado para sinalização de alerta em ambientes com piso molhado/escorregadio. Não equivale a este NCM;

NCM 85369090 – - Não consta no Anexo 1. CONECTOR PHASTE TERRA.

Refez o levantamento e calculou o novo valor da infração: R\$ 2.772,31.

Referente a infração 03, informa o estoque foi apurado pelo sistema SIAF, baseado na Portaria nº 445/98, por mercadoria, quantidade, considerando o código que empresa determinou para cada mercadoria, base para a análise do estoque.

Observa que na apuração de estoque só foram selecionadas mercadorias tributadas, sendo identificadas as seguintes omissões: Omissão de Saídas: R\$ 63.547,57 e Omissão de Entradas: R\$

35.552,18, sendo cobrado o valor de maior expressão, ou seja, a omissão das saídas sem documentação fiscal.

Acrescenta que a apuração de estoque foi feita baseada nos lançamentos da EFD, por código da mercadoria. Admite que por vezes existem dois códigos para a mesma mercadoria. Neste caso, é gerada uma omissão de saída e de entrada para a mesma mercadoria, pois o sistema as considera como mercadorias diferentes. Por isso, foi feito o agrupamento das mercadorias num mesmo código para evitar distorções no levantamento quantitativo de estoques.

As mercadorias das notas fiscais de entradas, que estavam registradas no ano seguinte ou que não tiveram a transação concluída, não foram levadas em consideração no cálculo do estoque porque o código delas é outro.

Com relação ao estoque inicial e final, estes foram levados em conta como demonstrado na planilha.

Complementa que na omissão de entradas foi considerada a proporcionalidade, como determina a Instrução Normativa nº 56/2007, conforme planilha anexada à informação fiscal.

Informa que também nas omissões de saídas foi levado em consideração o valor das perdas 1,02% para material de construção e foram excluídas as seguintes mercadorias consideradas como sujeitas ao regime de substituição tributária: GATILHO PARA DUCHA SIGMA CROMADO 40187110; BARRA DE APOIO JACKWAL 80 cm 6023 e KIT BANHEIRO MOR 3 peças preto 007953.

Refez o levantamento, cujo valor da infração revisada é de R\$ 11.437,04.

Quanto a infração 04, acatou os argumentos da defesa e revisou o levantamento, reduzindo o valor da exação para R\$ 4.936,10.

A infração 05, que acusa o contribuinte de dar entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o registro na escrita fiscal, afirma que as notas fiscais relacionadas pela defesa não fazem parte do levantamento da infração. Portanto, mantém valor da infração em R\$ 2.005,10.

A autuada foi notificada da informação fiscal, através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, em 05/07/2023, lida no dia seguinte, sem que tenha se manifestado, após transcorrido o prazo de dez dias.

É o relatório.

VOTO

Foi imputado ao contribuinte cinco infrações através do presente Auto de Infração em análise, todas tempestivamente impugnadas.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito na condição Normal, atua na atividade econômica principal de CNAE-Fiscal 4661/3-00 - Comércio atacadista de máquinas, aparelhos e equipamentos para uso agropecuário; partes e peças, dentre outras secundárias, inclusive a atividade de comércio varejista de ferragens e ferramentas.

Do início da ação fiscal a autuada tomou conhecimento mediante mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, em 07/10/2022, fls. 07 e 08, lida em 11/10/2022 e intimado a quitar o débito ou apresentar defesa administrativa em 26/12/2022, fls. 30 a 32, oportunidade que recebeu os demonstrativos analíticos e sintéticos que sustentam as infrações, elaborados pela autuante contendo todos os dados e elementos necessários ao perfeito entendimento das acusações, fato comprovado pela objetiva peça de defesa apresentada, inclusive provocando a inteira revisão dos levantamentos.

Sobre este último fato, ressalto que a realização da completa revisão de todas as infrações realizadas pela autuante em sede de informação fiscal, torna desnecessária a realização de

diligência ou perícia requerida pela defesa, de modo que o pedido fica indeferido, com base no art. 147, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, tendo em vista que atesto estarem presentes nos autos todos os elementos suficientes para a formação da convicção dos julgadores.

A defesa suscitou nulidade do lançamento, argumentando que (i) A autuação, como formulada, não atenderia as regras tributárias e a diretriz do ônus da prova e (ii) Não foi observado “o princípio da verdade material, dentre os princípios gerais que norteiam o processo administrativo fiscal, de fundamental importância...”.

Compulsando os autos, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição dos fatos infracionais se apresenta de forma clara, é possível se determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, assim como as multas sugeridas e os dispositivos legais e regulamentares tidos como infringidos.

Dessa forma, vejo que o Auto de Infração observou todas as normas e regras da legislação. O fato de ter a autoridade fiscal realizado a revisão das infrações com a correção de alguns equívocos, não é motivo de nulidade, tendo em vista o que dispõe o § 1º do art. 18 do RPAF/99, *in verbis*:

Art. 18. São nulos: (...)

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Observo que rigorosamente o dispositivo se aplica ao caso em análise e ressalto que da revisão procedida o contribuinte foi notificado, de forma que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Quanto ao ônus da prova, observo que apesar dos atos administrativos gozarem de presunção de legitimidade, essa prerrogativa não exime o Fisco de demonstrar que a prática infracional ocorreu mediante a apresentação de provas.

A constatação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária não é suficiente para constituição do crédito tributário, sendo necessário que o Auto de Infração seja instruído com os documentos necessários para demonstração da ocorrência da infração, assim como é imprescindível que a Autoridade Fiscal demonstre a prática da ilicitude, sob pena de infringir o princípio do devido processo legal, bem como o do contraditório e da ampla defesa.

O Direito Tributário tem como moldura os princípios da estrita legalidade e tipicidade tributária, portanto, a obrigação tributária do sujeito passivo se fundamenta na constatação fática de uma conduta tipificada da norma tributária, princípios que garantem a segurança jurídica aos contribuintes, pois os tributos somente podem ser exigidos segundo as normas, assegurando a segurança nas relações entre Fisco e contribuinte.

Nesse contexto, a prova se mostra de grande relevância, uma vez que sem ela não existe fundamentação para a aplicação normativa e consequente constituição do fato jurídico tributário que viabiliza o nascimento do laço obrigacional.

Ademais, o convencimento do julgador da lide resulta da análise dos elementos probatórios trazidos aos autos pelas duas partes, tanto o sujeito ativo, como o contribuinte autuado. Portanto, as alegações das partes devem ser corroboradas por provas e das circunstâncias alegadas.

No presente caso, a autuante frisou que os levantamentos que sustentam as infrações foram realizados com base na Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, assim como o registro de notas fiscais eletrônicas recebidas e emitidas pelo contribuinte, armazenadas no Ambiente Nacional da Nota Fiscal Eletrônica, registros e dados de responsabilidade e iniciativa do próprio

contribuinte, ou seja, os fatos que caracterizaram as infrações estão demonstrados e comprovados mediante os registros da EFD.

Oportuno lembrar que o Código Civil – Lei nº 10.406/2002, assim estabelece no seu art. 226:

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Já o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015, trata da matéria nos artigos 417 a 419, *in verbis*:

Art. 417. Os livros empresariais provam contra seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos.

Art. 418. Os livros empresariais que preencham os requisitos exigidos por lei provam a favor de seu autor no litígio entre empresários.

Art. 419. A escrituração contábil é indivisível, e, se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto, como unidade.

Assim, resta patente que a EFD, sendo os livros fiscais do contribuinte faz prova conta e a favor do mesmo.

As provas das infrações estão claramente demonstradas, que se constitui exatamente na escrita fiscal do contribuinte, por ele elaborada e transmitida, que reflete fielmente os fatos e ocorrências com repercussão fiscal, até prova em contrário.

Destarte, rejeito a arguição de nulidade.

Quanto ao mérito, a infração 01 acusou o contribuinte de utilizar crédito fiscal de ICMS indevido decorrente da aquisição de mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária.

A defesa arguiu que as mercadorias arroladas no levantamento não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, pois não constam listadas no Anexo 1 do RICMS/2012, vigente em 2018, portanto, o creditamento seria legítimo.

A autuante, na revisão procedida quanto prestada a informação fiscal, justificou a exclusão de todos os itens arrolados no levantamento, agrupando-os pelo código NCM e atestando que em alguns casos: **(I)** O contribuinte efetuou o destaque do ICMS nas vendas. Logo, não houve prejuízo para a Fazenda Pública, para as NCMs 8517.12.39 e 3919.10.10; e **(II)** O contribuinte considerou uma parte do ano a mercadoria como sendo da substituição tributária e depois como sendo tributada. Fez o mesmo nas saídas. Logo, não houve prejuízo para a Fazenda Pública, para a NCM 7326.90.90.

Para as mercadorias com as NCMs 8421.99.99 e 7326.90.90 (SAPATILHA 5/8), a autuante justificou a exclusão em razão da mesma não está relacionada no Anexo 1 do RICMS/2012, vigente em 2018.

Constato da análise do Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2018 que constam as seguintes NCMs correspondentes as mercadorias arroladas no levantamento:

- a) **8517.12.19** no item 13.2 com a seguinte descrição: “*Outros telefones para outras redes sem fio, exceto para redes de celulares e os de uso automotivo.*”;
- b) **3919** no item 8.8 com a seguinte descrição: “*Chapas, folhas, tiras, fitas, películas e outras formas planas, autoadesivas, de plásticos, mesmo em rolos, para uso na construção.*”, e no item 8.9 com a descrição: “*Veda rosca, lona plástica para uso na construção, fitas isolantes e afins*”;
- c) **7326** no item 8.62 com a descrição: “*Abraçadeiras*”;
- d) **8421** não consta relacionada no Anexo 1 ao RICMS/2012;
- e) **7226.90.90** não consta relacionada no Anexo 1 ao RICMS/2012.

A análise e decisão da lide recai e depende da verificação se as mercadorias arroladas no levantamento constam no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente à época dos fatos geradores.

Nesse sentido, ressalto que segundo o entendimento já firmado nesse CONSEF, somente considero uma mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária se cumulativamente constar a NCM e a descrição da mesma cumulativamente, entendimento esse, já externado pela Diretoria de Tributação – DITRI, como no Parecer 5432/2015 cuja ementa assim prevê: “*ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Sujeitam-se ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 do Regulamento do ICMS, considerando-se a respectiva NCM em conjunto com a descrição contida na norma. RICMS-Ba, art. 289*”.

Nessa perspectiva, as mercadorias com a NCM 8517, apesar de constar no Anexo 1, a descrição não coincide com as mercadorias arroladas no levantamento. Portanto, devem ser excluídas do levantamento. O mesmo ocorre com as mercadorias cuja NCM é 3919.

No caso da NCM 7376, apesar da NCM constar no Anexo 1, a descrição não coincide com a das mercadorias inicialmente incluídas no levantamento. Este é o posicionamento da DITRI, externado no Parecer 33921/2016, cuja ementa segue reproduzida:

“ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS DA POSIÇÃO NCM 7326. Tratando-se de operações com obras de ferro ou aço classificadas na posição NCM/SH 7326, apenas aquelas que correspondam à descrição de “abraçadeiras” estarão alcançadas pelo regime de substituição tributária previsto nos Protocolos ICMS 104/09 e 26/10, bem como na legislação interna do Estado da Bahia”.

Portanto, também devem ser excluídos do levantamento.

Quanto as NCMs 8421 e 7226.90.90, sequer constam no Anexo 1 ao RICMS/2012 vigente em 2018.

Dessa forma, resta concluir que a infração 01 é insubsistente, não pelos motivos que serviram de justificativas apresentadas pela autuante.

Ressalto que a saída de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mesmas, conforme prevê o art. 9º da Lei nº 7.014/96 e o crédito fiscal decorrente de suas aquisições não podem ser apropriados pelos adquirentes em observância ao art. 29, § 4º, inc. II da mesma lei, *in verbis*:

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior. (...)

§ 4º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita: (...)

II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior.

Mesmo sob a justificativa de que o procedimento adotado pelo contribuinte não teria causado prejuízo ao Fisco, friso que não é dado ao contribuinte a prerrogativa de adotar qualquer procedimento diverso daquele prescrito na legislação, de forma que não se pode justificar o não cometimento de uma infração sob tal argumento.

Na infração 02, é exigido o ICMS que deixou de ser recolhido em razão do contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

A defesa alegou que as mercadorias arroladas no levantamento “*em sua maioria são de mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, os quais constam no Anexo 1 do RICMS/BA, vigente em 2018, exceto os itens classificados nas NCMs 6306, 8421, 8432, 8538, 3307, 3402 e 8544...*” e assim sendo, requereu a revisão da infração.

Na sua informação fiscal a autuante procedeu a revisão do levantamento e constatou que efetivamente tem parcialmente razão o contribuinte, e sob fundadas justificativas excluiu as

mercadorias que estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, restando como devido na exação o valor de R\$ 2.772,31.

Considero correto e fundamentada a revisão, que acato e tenho a infração como parcialmente subsistente, conforme demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
31/01/2018	09/02/2018	1.590,50	18,00	60,00	286,29
28/02/2018	09/03/2018	2.016,39	18,00	60,00	362,95
31/03/2018	09/04/2018	1.532,72	18,00	60,00	275,89
30/04/2018	09/05/2018	1.628,94	18,00	60,00	293,21
31/05/2018	09/06/2018	1.599,78	18,00	60,00	287,96
30/06/2018	09/07/2018	903,06	18,00	60,00	162,55
31/07/2018	09/08/2018	2.336,61	18,00	60,00	420,59
31/08/2018	09/09/2018	544,83	18,00	60,00	98,07
30/09/2018	09/10/2018	1.363,28	18,00	60,00	245,39
31/10/2018	09/11/2018	953,67	18,00	60,00	171,66
30/11/2018	09/12/2018	533,94	18,00	60,00	96,11
31/12/2018	09/01/2019	398,00	18,00	60,00	71,64
Total					2.772,31

A infração 03 exige o imposto apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, no qual foi constatada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas.

O levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária, conforme definido no art. 1º da Portaria nº 445/98.

No caso em análise, se aplica o previsto no art. 13, inc. I da citada portaria:

Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas com a multa correspondente, que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;

A defesa alegou que foram desconsideradas diversas notas fiscais escrituradas, tidas como não registradas na sua escrita fiscal. Este fato macularia o levantamento quantitativo de estoques, tendo em vista que, no referido levantamento foram incluídos indevidamente itens de mercadorias constantes das notas fiscais registradas na sua escrituração fiscal no período de janeiro de 2019, consideradas como não escrituradas na infração 04.

A autuante informou que “As mercadorias das NF-e de entradas, que estavam registradas no ano seguinte ou que não tiveram a transação concluída, não foram levadas em conta no cálculo do estoque, porque o código delas é outro. ”, e “Com relação ao estoque inicial e final, estes foram levados em conta como demonstrado na planilha Omissão de saída/entrada apurada mediante levantamento quantitativo de estoques – Lista Geral de Omissões. Anexa à informação fiscal. ”.

Complementarmente, a autuante assegurou que (I) A apuração de estoque foi baseada nos lançamentos da EFD, por código da mercadoria, determinada pelo próprio contribuinte; (II) Foi

SECRETARIA
DA FAZENDA

feito o agrupamento das mercadorias num mesmo código para evitar distorções no levantamento quantitativo de estoques; **(III)** Foi levada em conta a proporcionalidade, como determina a Instrução Normativa nº 56/2007; **(IV)** Foi considerado o valor das perdas 1,02% para material de construção, previsto na Portaria nº 445/98; e **(V)** Foram excluídas as mercadorias sujeitas a substituição tributária.

Ou seja, a autuante observou todas as diretrizes da Portaria nº 445/98, sendo os argumentos da defesa devidamente considerados.

Efetuada a revisão do levantamento restou como devido o valor do ICMS de R\$ 11.437,04, que acato e tenho como parcialmente procedente a infração 03.

Quanto a infração 04, que exige o ICMS antecipação parcial que o contribuinte deixou recolher, decorrente de aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a defesa arguiu que parte das notas fiscais (*I*) não registrada, foi recusada no Portal da NF-e; (*II*) consideradas como não registrada, foram registras no Livro Registro de Entradas em janeiro de 2019, conforme cópia do livro anexado.

A autuante acatou os argumentos da defesa e revisou o levantamento, restando como exigível o ICMS no valor de R\$ 4.936,10, excluindo parte das notas fiscais arroladas sob a justificativa de que algumas notas fiscais se referem a “*operação não realizada*” – notas fiscais números: 000.072, 813.600, 813.797 e 814.291 e outras notas, números: 134.694, 340.240, 142.844, 985.911, 1.115.575, 1.117.580, 392.136 e 803.545 foram lançadas em 2019.

Quanto ao argumento de que as notas fiscais se referem a operações não realizadas, após consultas no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, verifico que estas notas acobertaram operações realizadas, estão autorizadas e registram inclusive a ciência da destinatária:

Chave de Acesso	Versão
321632627754804030010000007740000000	3.10

Modelo	Série	Número	Data de Emissão	Data de Validade	Valor Total da Nota Fiscal
10	13	35368	14/03/2018 13:48:33.00:00		3.365,81

Modo de Pagamento	Forma de Pagamento	Valor
01 - Dinheiro	01 - Dinheiro	3.365,81

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
01 - Pessoa Física	JOSE MAZUEIRA DE SOUZA	00330880	ES

Destinatário	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
--------------	---------------------	--------------------	----

Dados do DAE emitido									
Seq dae emitido	1900499030								
Receita	2175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL								
Emissão documento	2 - Internet								
Documento Sefaz	3 - Dae - documento de arrecadação estadual								
Município/UF	36409 - TEIXEIRA DE FREITAS - BA								
Projeto	PIN - Projeto Internet / Intranet Senha								
Tipo referência	1 - Mês / Ano de Referência				Referência	12019			
Tipo documento origem					Documento Origem				
Inscrição estadual	43358575				Cnpj				
Código poder		Código secretaria		Código unidade contábil					
Código poder destino		Código secretaria destino		Código unidade contábil destino					
Código unidade orçamentária origem		Código unidade gestora origem		Código unidade orçamentária destino		Código unidade gestora destino			
Placa IPVA		Cota IPVA		Nota Fiscal					
Data de vencimento	25/01/2019		Data de pagamento	25/01/2019		Data atualização	24/01/2019 08:46:00		
Valor principal	2.811,81		Correção	0,00		Valor multa			
Acréscimo	0,00		Valor total	2.811,81					
Receita acumulada			Compras Acumuladas						
Imposto devido			Dedução do imposto						
Código barras	858000000283118100052010901251900490903021751937								
Inf. Complementares	O pagamento poderá ser efetuado em qualquer agente arrecadador credenciado. Pagável até: 25/01/2019 . Após esta data deverá ser emitido outro Dae com nova data máxima de pagamento. Emitido via: INTERNET Notas Fiscais: 8 385911 // 1115575 // 340240 // 803545 // 1117580 392136 // 142844 // 134694								

Quanto as notas fiscais registradas em 2019, procede o argumento da defesa, tendo em vista que o ICMS-antecipação tributária foi recolhido conforme DAE registrado no SIGAT, onde constam listadas todas as notas fiscais:

Dessa forma, de ofício procedi aos ajustes no levantamento e tenho a infração 04 como parcialmente subsistente conforme demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
14/03/2018	25/04/2018	8.109,81	18,00	60,00	1.459,77
13/07/2018	25/08/2018	27.422,78	18,00	60,00	4.936,10
19/10/2018	25/11/2018	3.599,90	18,00	60,00	647,98
Total					7.043,85

Ao contestar a infração 05, que exige a multa por descumprimento de obrigação acessória por ter o contribuinte dado entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, a defesa alegou que “...as notas fiscais ditas que não foram registradas na sua escrita fiscal no exercício fechado de 2018, ao contrário, foram registradas no mês de janeiro de 2019, maculando desta forma a autuação fiscal.”

A autuante informou que as notas fiscais elencadas pela defesa não fazem parte da planilha relacionada a infração 05 e mantém o valor da infração.

Assim, a infração é subsistente.

Resumo do julgamento:

Infração	Valor Lançado	Valor Julgado	Resultado	Multa - % e Dispositivo da Lei nº 7.014/96
01 – 001.002.006	399,39	0,00	Insubsistente	-
02 – 002.001.003	2.914,68	2.772,31	Parcialmente subsistente	60% - art. 42, inc. II, alínea “a”
03 – 004.005.002	11.522,50	11.437,04	Parcialmente subsistente	100% - art. 42, inc. III
04 – 007.015.001	9.855,59	7.043,85	Parcialmente subsistente	60% - art. 42, inc. II, alínea “d”
05 – 016.001.006	2.005,10	2.005,10	Subsistente	1% - art. 42, inc. IX

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276473.0047/22-0**, lavrado contra **PIANNA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 21.253,20**, acrescido da multa de 60%, sobre R\$ 9.816,16 e de 100%, sobre R\$ 11.437,04, previstas no art. 42, inc. II, alínea “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 2.005,10**, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” e IX do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR