

A.I. Nº - 141596.0028/04-7
AUTUADO - TELEBLOCOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS SILVA FREITAS
ORIGEM - INFAC SIMÕES FILHO
INTERNET - 14.04.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0094-02/05

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Excluída parcela relativa a brindes, cujas aquisições não se sujeitam ao pagamento da diferença de alíquotas, por não se tratar de “material de consumo” do estabelecimento que os distribui. Reduzido o valor do débito. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Provado que no levantamento fiscal foram incluídas Notas Fiscais que se encontravam devidamente escrituradas. Refeitos os cálculos, inclusive para adequação da multa à tipicidade dos fatos, haja vista que o levantamento envolve tanto mercadorias tributáveis como mercadorias não tributáveis. Mercadorias “sujeitas a tributação” são mercadorias cujas operações, pela empresa, são tributáveis. Em se tratando de mercadorias cujo imposto foi comprovadamente pago por antecipação ou retido pelo fabricante de acordo com o regime de substituição tributária, tais mercadorias “já foram” tributadas, mas “não são” mais tributáveis, haja vista que, depois de pago o imposto por antecipação, fica encerrada a sua fase de tributação, conforme prevê expressamente o art. 356 do RICMS/97. Se, literalmente, “está encerrada a fase de tributação”, isto significa que as operações com mercadorias cujo imposto foi antecipado não são mais tributáveis. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. NÃO INCLUSÃO, NA BASE DE CÁLCULO, DOS VALORES RELATIVOS A FRETES. Alegada falta de previsão legal para tal exigência. A inclusão do frete e outras despesas na base de cálculo do imposto a ser antecipado ou retido, conforme o caso, é prevista no art. 61 e no parágrafo único do art. 357 do RICMS/97. Mantido o débito. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Foi alegado pela defesa que se trataria de brindes. Alegação sem prova. Mantido o lançamento. b) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Imputação não elidida pela defesa, que se limitou a dizer que se trataria

de Conhecimentos de Transporte cujo imposto não teria sido recolhido por antecipação. Rejeitadas as preliminares suscitadas pela defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/11/04, diz respeito aos seguintes fatos:

1. falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS, nas aquisições interestaduais de bens destinados a uso e consumo do estabelecimento, sendo lançado imposto no valor de R\$ 11,17, com multa de 60%;
2. falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas à tributação pelo ICMS, sendo aplicada a multa de R\$ 4.255,36, equivalente a 10% do valor das entradas não escrituradas;
3. recolhimento a menos do ICMS devido a título de antecipação tributária, por não terem sido incluídos na base de cálculo os valores relativos a Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas “ou outros” (*sic*), sendo lançado imposto no valor de R\$ 8.529,85, com multa de 60%;
4. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 11,17, com multa de 60%;
5. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação, tendo o imposto sido “substituído ou não” (*sic*), sendo lançado ICMS no valor de R\$ 3.764,10, com multa de 60%.

O contribuinte apresentou defesa reclamando, preliminarmente, que os exercícios de 1998 e 1999 já tinham sido fiscalizados em maio de 2002 pela auditora fiscal Nilzete C. Almeida.

Quanto ao mérito, no tocante ao item 1º do Auto de Infração, o autuado alega que a diferença de alíquotas não foi paga por se tratar de mercadorias recebidas para demonstração, tanto assim que não foi utilizado o crédito fiscal correspondente.

Relativamente ao item 2º, argumenta que todas as mercadorias que entraram no estabelecimento foram lançadas no Registro de Entradas, conforme comprovantes anexos.

Quanto ao item 3º, nega que tivesse havido falta de recolhimento de ICMS a título de antecipação, nas compras de mercadorias procedentes de outros Estados, pois o que houve foi a não inclusão, na base de cálculo da antecipação, dos valores relativos aos fretes, porque isso não era exigido pela legislação da época.

No que concerne ao item 4º, o autuado alega que se trata de brindes, tendo a distribuição sido feita através de emissão de Nota Fiscal, de modo que é correta a utilização do crédito fiscal.

Com relação ao item 5º, alega que, por se tratar de conhecimentos de frete, não foi recolhido o imposto por antecipação tributária, haja vista que não havia previsão de tal exigência à época.

Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

A auditora responsável pelo procedimento prestou informação observando que, quanto à alegação da defesa de que o exercício de 1999 já tinha sido fiscalizado, o autuado só juntou à defesa a cópia do termo de início de fiscalização, mas não juntou o termo que registrou o resultado da ação fiscal. Acrescenta que na ação fiscal anterior foi desenvolvida uma auditoria sumária, e, ainda que não o fosse, a legislação prevê a possibilidade de ser apurada a ocorrência de “outros elementos” que possam configurar obrigações tributárias enquanto não for extinto o prazo decadencial.

No tocante ao item 1º, a auditora afirma não ser verdade que se tratasse de mercadorias destinadas a demonstração, pois não foram emitidas Notas Fiscais de devolução das mesmas. Diz que se trata

de material de uso e consumo no escritório e de produtos de limpeza, havendo ainda um “display de chão”, que constitui um tipo de suporte destinado à exposição de algum tipo de mercadoria.

Quanto ao item 2º, a auditora diz que reconhece que as Notas Fiscais 99164 (*sic*), 0930, 418783, 08020, 40627, 51173, 072935, 27637, 018072, 33250, 1033, 3971, 1319 e 66853 realmente se encontravam registradas, mas por um lapso foram indevidamente incluídas no levantamento fiscal, de modo que concorda que as referidas Nota Fiscais sejam excluídas do Auto de Infração.

Relativamente ao item 3º, observa que o art. 61, II, do RICMS prevê a inclusão dos valores de fretes na base de cálculo do imposto a ser pago por antecipação tributária.

Com relação ao item 4º, a auditora diz que o autuado não apresentou, no decorrer da fiscalização, e também não juntou à defesa a prova da emissão de Nota Fiscal das mercadorias em questão.

Quanto ao item 5º, considera que o argumento apresentado pela defesa é uma redundância, e por isso é a seu ver dispensada contestação específica.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O contribuinte apresentou defesa reclamando, preliminarmente, que os exercícios de 1998 e 1999 já tinham sido fiscalizados em maio de 2002 pela auditora fiscal Nilzete C. Almeida.

Não consta neste Auto de Infração nenhum débito do exercício de 1998, em relação ao qual já ocorreu a decadência do direito de a fazenda estadual constituir créditos tributários. Quanto ao exercício de 1999, ainda não tinha ocorrido a decadência na data do lançamento em discussão nestes autos, nos termos do art. 173 do CTN. O prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Quanto à alegação de que já teria ocorrido a homologação dos lançamentos dos aludidos exercícios, cumpre dizer que ações fiscais desenvolvidas em roteiros de auditoria sumária não operam a homologação dos lançamentos. Ultrapasso a preliminar.

O item 1º do Auto de Infração cuida da falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS, nas aquisições interestaduais de bens destinados a uso e consumo do estabelecimento. A defesa alega que a diferença de alíquotas não foi paga por se tratar de mercadorias recebidas para demonstração. Não provou isso. Observo, porém, que a auditora se equivocou ao elaborar os demonstrativos fiscais. O demonstrativo à fl. 16 diverge do demonstrativo à fl. 18 porque, neste, foram acrescentados brindes. Brindes não estão sujeitos ao pagamento da diferença de alíquotas, por não se tratar de “material de consumo” do estabelecimento que os distribui. Brindes têm tratamento próximo ao do regime normal de apuração do imposto (regime de débitos e créditos). Prevalece, então, o demonstrativo à fl. 16. O demonstrativo do débito do item 1º deverá ser refeito com base nas seguintes indicações:

DATA OCORR.	DATA VENC.	BASE DE CÁLCULO	ICMS
31/07/1999	09/08/1999	8,84	0,88
31/10/1999	09/11/1999	3,78	0,38
30/11/1999	09/12/1999	3,24	0,32
Total			1,58

No item 2º, o contribuinte é acusado de não ter registrado, na escrita fiscal, entradas de mercadorias sujeitas à tributação pelo ICMS, sendo aplicada a multa de R\$ 4.255,36, equivalente a 10% do valor das entradas não escrituradas. Este item requer bastante atenção, pois a auditora incorreu numa série de equívocos. Parte dos equívocos foi reconhecida pela própria auditora, ao prestar a informação. No entanto, apesar de reconhecer os erros, a auditora não refez o demonstrativo do débito, limitando-se a dizer que concorda que as Notas Fiscais indicadas sejam excluídas.

Do mesmo modo que a competência para a lavratura de Autos de Infração é dos auditores fiscais, também compete ao fiscal, ao prestar a informação, checar os elementos aduzidos pela defesa, ponto por ponto, e, quando for o caso, refazer os cálculos do lançamento. O lançamento tributário é um procedimento vinculado, isto é, totalmente regrado por preceitos legais. Se o auditor se convence de erros cometidos na autuação, tem o dever jurídico de admiti-los, em atenção ao princípio da estrita legalidade tributária. Mas não basta concordar com o sujeito passivo. O fiscal tem um compromisso com o lançamento por ele efetuado; tem a obrigação de refazer os demonstrativos fiscais, excluindo as parcelas consideradas indevidas e indicando os valores remanescentes. Como, no presente caso, a auditora assim não procedeu, farei eu mesmo as correções devidas. Isto, em princípio, não é tarefa do julgador. Faço-o, contudo, em nome do princípio da economia processual, para evitar que o processo seja submetido a diligência, postergando o desfecho da lide, em prejuízo do Estado e do sujeito passivo.

A auditora especificou os números das Notas Fiscais (sem declinar os nomes dos respectivos emitentes) cujos valores devem ser excluídos do item 2º. Noto, porém, que existem outras Notas Fiscais que o contribuinte provou estarem lançadas no Registro de Entradas, sendo que a auditora deixou de considerar tal fato, sem nenhum comentário, deixando, assim, de atentar para a regra do art. 127, § 6º, do RPAF. Tal é o caso da Nota Fiscal 10070, emitida por Condugênio Condutores Elétricos Ltda. (fl. 618), da Nota Fiscal 40350, emitida por Brasilit S.A. (fl. 619), da Nota Fiscal 208861, emitida por Eucatex S.A. (fl. 624), da Nota Fiscal 7630, emitida por Bella Gres (fl. 624), da Nota Fiscal 49748, emitida por Cerâmica Gyotoku (fl. 625), da Nota Fiscal 54492, emitida por Isdralit Ind. Com. Ltda. (fl. 627), e da Nota Fiscal 40238, emitida por Cia. Mercantil Vallinoto (fl. 627).

Na informação fiscal, a auditora referiu-se à Nota Fiscal 99164 (não indicou o nome do emitente), sendo que, na verdade, trata-se da Nota Fiscal 96164, conforme consta no demonstrativo fiscal (fl. 22), emitida por Pincéis Atlas S.A., a qual se encontra lançada no Registro de Entradas (fl. 620).

Há, contudo, algumas Notas Fiscais apontadas pela defesa que não têm ligação com o lançamento em análise. É o caso da Nota Fiscal 127215, de 24/2/99 (fl. 619), pois o documento objeto da autuação é a Nota Fiscal 127413, de 25/2/99, da Globo Tintas Ltda. Do mesmo modo, a Nota Fiscal 19290, de 1/7/99 (fl. 626), pois o documento objeto da autuação é a Nota Fiscal 105339, de 1/7/99, da Fama Ferragens S.A. Também não serão levadas em conta as indicações da defesa relativamente à Nota Fiscal 422438, de 9/8/99 (fl. 628), pois o documento objeto da autuação é a Nota Fiscal 198, de 9/8/99, da Fábrica de Portas Melo Ltda., bem como no caso da Nota Fiscal 23898, de 23/9/99 (fl. 630), pois o documento objeto da autuação é a Nota Fiscal 23791, de 22/9/99, da Pentaus Transportes Ltda.

Noto, ainda, que, em relação a algumas situações, o percentual da multa foi aplicado erroneamente. A descrição do fato, no Auto de Infração, refere-se à falta de registro, na escrita fiscal, de mercadorias sujeitas a tributação. Mercadorias “sujeitas a tributação” são mercadorias cujas operações, pela empresa, são tributáveis. Em se tratando de mercadorias cujo imposto foi comprovadamente pago por antecipação ou retido pelo fabricante de acordo com o regime de substituição tributária, tais mercadorias “já foram” tributadas, mas “não são” mais tributáveis, haja vista que, depois de pago o imposto por antecipação, fica encerrada a sua fase de tributação, conforme prevê expressamente o art. 356 do RICMS/97. Se, literalmente, “está encerrada a fase de tributação”, isto significa que as operações com mercadorias cujo imposto foi antecipado não são mais tributáveis. Sendo assim, a multa pela falta de registro das compras de mercadorias cujo imposto foi antecipado não é de 10%, mas sim de 1%, nos termos do art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96. Nessa situação encontram-se os seguintes documentos: Nota Fiscal 127413, de Globo Tintas Ltda. (mercadorias: tintas e massa corrida); Nota Fiscal 8533, de Work Indl. Ltda. (mercadorias: tintas e massa corrida); Nota Fiscal 133055, de Tintas Coral Ltda. (mercadorias: tintas e massa corrida);

Nota Fiscal 79607, de Tupan Const. Ltda. (mercadorias: lâmpadas); Nota Fiscal 107020, de Globo Tintas Ltda. (mercadorias: tintas).

O Demonstrativo de Débito do item 2º deverá ser refeito com base nas seguintes indicações:

PERÍODO	NOTA FISCAL	B. DE CÁLC.	MULTA	
			10%	1%
JAN/99	631	1.469,90	146,99	-
	9911	424,52	42,45	-
	2632	54,05	5,40	-
Soma – janeiro de 1999			194,84	-
FEV/99	10845	105,46	10,55	-
	10070 – escriturada	-	-	-
	127413	59,25	-	0,59
	96164 – escriturada	-	-	-
Soma – fevereiro de 1999			10,55	0,59
MAR/99	40350 – escriturada	-	-	-
	430525	49,22	4,92	-
	16	77,50	7,75	-
Soma – março de 1999			12,67	-
ABR/99	475237	20,00	2,00	-
	6157	87,50	8,75	-
	930 – escriturada	-	-	-
Soma – abril de 1999			10,75	-
MAI/99	98	870,30	87,03	-
	58487	165,15	16,52	-
	49748 – escriturada	-	-	-
	208861 – escriturada	-	-	-
	577	70,91	7,09	-
Soma – maio de 1999			110,64	-
JUN/99	7630 – escriturada	-	-	-
	288107	877,50	87,75	-
	33459	84,26	8,43	-
	8533	397,26	-	3,97
	418783 – escriturada	-	-	-
	17603	883,05	88,31	-
	210	88,40	8,84	-
Soma – junho de 1999			193,33	3,97
JUL/99	105339	1.124,73	112,47	-
	471	59,88	5,99	-
	327	743,88	74,39	-
	34495	1.148,62	114,86	-
	40238 – escriturada	-	-	-
Soma – julho de 1999			307,71	-
AGO/99	8020 – escriturada	-	-	-
	54492 – escriturada	-	-	-
	198	850,00	85,00	-
	133055	2.277,61	-	22,78
	86	16,14	1,61	-
	51	91,69	9,17	-
	41178	926,10	92,61	-
	14157	657,32	65,73	-
	5172	298,00	29,80	-
	22616	142,40	14,24	-
Soma – agosto de 1999			298,16	22,78
SET/99	5230	57,85	5,79	-
	48819	67,80	6,78	-
	108778	899,30	89,93	-

	27637 – escriturada	-	-	-
	17636	350,14	35,01	-
	51173 – escriturada	-	-	-
	23791	30,00	3,00	-
	72935 – escriturada	-	-	-
	798465	18,75	1,88	-
	79607	90,17	-	0,90
	95694	1,29	0,13	-
	Soma – setembro de 1999		142,52	0,90
OUT/99	117	38,20	3,82	-
	18072 - escriturada	-	-	-
	123	7,11	0,71	-
	Soma – outubro de 1999		4,53	-
NOV/99	107020	5.342,21	-	53,42
	33250 - escriturada	-	-	-
	3971 - escriturada	-	-	-
	540534	205,00	20,50	-
	1033 - escriturada	-	-	-
	Soma – novembro de 1999		20,50	53,42
DEZ/99	66853 - escriturada	-	-	-
	4067	792,00	79,20	-
	1319 - escriturada	-	-	-
	2401	140,58	14,06	-
	Soma – dezembro de 1999		93,26	-
	Totais	1.399,46		81,66

O item 3º diz respeito a recolhimento a menos do ICMS devido a título de antecipação tributária, por não terem sido incluídos na base de cálculo os valores relativos a fretes. A defesa alega que não havia previsão legal daquela inclusão na legislação da época. A inclusão do frete e outras despesas na base de cálculo do imposto a ser antecipado ou retido, conforme o caso, é prevista no art. 61 e no parágrafo único do art. 357 do RICMS/97. Mantendo o débito.

No item 4º, é glosado crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. A defesa alega que se trata de brindes, tendo a distribuição sido feita através de emissão de Nota Fiscal, de modo que estaria correta a utilização do crédito fiscal. Não provou isso. Mantendo o débito.

O item 5º refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. O contribuinte defendeu-se alegando que, por se tratar de conhecimentos de frete, não foi recolhido o imposto por antecipação tributária, haja vista que não havia previsão de tal exigência à época. Noto que há um descompasso entre o teor da acusação fiscal e as razões aduzidas pela defesa, uma vez que, segundo o Auto de Infração, a glosa do crédito fiscal diz respeito à aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, ao passo que, segundo a defesa, tratar-se-ia de Conhecimentos de Transporte cujo imposto não teria sido recolhido por antecipação. Se de fato a razão da glosa do crédito é essa, a autuação está correta, haja vista a regra do art. 356 do RICMS/97. Os demonstrativos fiscais relativos a este item encontram-se às fls. 64 a 67. Partindo do pressuposto de que a auditora forneceu cópia daqueles demonstrativos ao contribuinte, ou, se assim não procedeu, que no ato da intimação do contribuinte acerca deste Auto de Infração lhe tenham sido entregues cópias dos aludidos instrumentos, conforme prevê o art. 46 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), considero que cabia ao autuado provar que não utilizou os créditos indevidamente. Mantendo o lançamento.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 141596.0028/04-7, lavrado contra **TELEBLOCOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 12.306,70**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, totalizando **R\$ 1.481,12**, atualizado monetariamente, previstas no art. 42, IX e XI, da supracitada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA