

A.I. N° - 281401.0054/10-5
AUTUADO - SAINT-GOBAIN QUARTZOLIT LTDA.
AUTUANTE - LÍDIO CELESTINO CONCEIÇÃO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 25/07/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0155-03/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. ENTRADAS DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQÜENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO, NO VALOR CORRESPONDENTE À PARTE PROPORCIONAL DA REDUÇÃO. Lançamento impugnado parcialmente. Refeitos os cálculos, excluindo-se valores lançados indevidamente, tendo o contribuinte efetuado o pagamento do valor remanescente com os benefícios da Lei nº 11.908/10, o que implica a EXTINÇÃO da lide no ponto em que se encontra, prevalecendo os valores apontados pela fiscalização após a revisão efetuada e quitados pelo sujeito passivo. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Débito quitado com os benefícios da Lei nº 11.908/10, o que implica a EXTINÇÃO da lide. 3. ALÍQUOTA. ERRO. ADOÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7% EM SAÍDAS INTERNAS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONTRIBUINTES NÃO ENQUADRADOS NO REGIME DO SIMBAHIA. A alíquota de 7%, nos termos do art. 51, I, “c”, do RICMS aplica-se nas operações internas efetuadas por estabelecimento industrial sendo as mercadorias destinadas a pessoas inscritas no cadastro estadual como microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes. No caso em discussão nestes autos, os destinatários se encontravam descadastrados. Sendo assim, as operações não preenchiam o requisito central para aplicação da norma. Mantido o lançamento. 4. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. Débito quitado com os benefícios da Lei nº 11.908/10, o que implica a EXTINÇÃO da lide. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO, NA ESCRITA FISCAL, DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. b) OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Débito quitado com os benefícios da Lei nº 11.908/10, o que implica a EXTINÇÃO da lide. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/3/10, diz respeito aos seguintes fatos:

1. falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte

proporcional da redução, por ter utilizado o crédito acima do limite de 10% da base de cálculo do imposto, sendo glosado crédito no valor de R\$ 806.137,44, com multa de 60%;

2. falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, sendo lançado tributo no valor de R\$ 921,24, com multa de 60%;
3. recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em virtude da adoção indevida da alíquota de 7% nas saídas internas de mercadorias destinadas a contribuintes não enquadrados no regime do SimBahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 5.337,41, com multa de 60%;
4. recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão da utilização indevida da redução da base de cálculo, sendo lançado tributo no valor de R\$ 13.203,96, com multa de 60%;
5. falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação [pelo ICMS], sendo por isso aplicada a multa de R\$ 1.974,30, equivalente a 10% das entradas não registradas;
6. falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis [pelo ICMS], sendo por isso aplicada a multa de R\$ 224,96, equivalente a 1% das entradas não registradas.

O contribuinte defendeu-se (fls. 2536/2542) reclamando que no caso do item 1º deste Auto não foi indicada a disposição legal ou regulamentar que supostamente obrigaria a empresa a estornar o crédito fiscal excedente a 10%, constando a alusão genérica apenas aos art. 100, inciso II, e 124 do RICMS, que isoladamente não dão completude à capitulação da infração. Protesta que tal forma de proceder cerceia o direito à defesa e ao contraditório. Aduz que só depois de desmedido esforço de interpretação é que foi possível a empresa, às suas expensas, e não por indicação da autoridade autuante, como era o seu dever de ofício, deslindar que a propalada exigência estaria assentada no art. 6º do Decreto nº 7.799/00, ressalvando que esse art. 6º é uma regra de caráter genérico, prevalecendo, em face dos princípios basilares de exegese jurídica e da resolução de antinomias, a norma de caráter específico inserta no art. 3º, parágrafo único, segundo o qual não é exigível o estorno proporcional dos créditos fiscais relativos a insumos e bens adquiridos e a serviços tomados vinculados a operações subsequentes amparadas pelo benefício previsto no citado art. 3º. Argumenta que isso se deve ao fato de o legislador ter feito a distinção entre as operações comerciais de compra e venda de determinado produto e as relativas à industrialização de outro produto, a partir da aquisição de insumos de produção (MP, PI, EB), uma vez que no caso há a agregação de valor decorrente do processo industrial, além da margem de lucro da operação comercial. Considera que essa distinção sobreleva inclusive do art. 100 do RICMS, que faz alusão à obrigatoriedade de estorno de crédito apenas em relação a mercadorias e serviços a elas correspondentes, silenciando em relação a matéria-prima, produtos intermediários e embalagens utilizados no processo industrial.

A defesa argumenta que, ainda que assim não fosse, o Auto de Infração incorre em equívoco insanável, haja vista que na descrição da infração é dito que a empresa deixou de efetuar o estorno do crédito excedente ao limite de 10%, mas paradoxalmente exige o estorno da totalidade do crédito, conforme consta na tabela demonstrativa que se segue à descrição da infração, onde se denota que o valor a estornar foi obtido mediante aplicação da alíquota de 17%, e não de 7%, o excedente do limite de 10%, sobre a base de cálculo da operação, estando os valores consignados, respectivamente, nas colunas 3ª (base de cálculo), 4ª (alíquota) e 6ª (valor histórico) da tabela.

Destaca outro aspecto que a seu ver constitui outra impropriedade insanável, alegando que, a despeito de grande parte das operações cujo suposto excedente de crédito está sendo exigido sujeitar-se à alíquota de entrada de 12%, uma vez que as mercadorias são provenientes de outra unidade federada, houve por bem a autuação em unificar a exigência do estorno como se todas as operações se sujeitassem à alíquota de 17%, estando tal equívoco evidenciado no corpo do Auto

de Infração, onde consta apenas a indicação da alíquota de 17%, que foi a efetivamente praticada, mesmo nas operações sujeitas a 12%, de modo que a autuação exige todo o crédito, quando, de acordo com a autuação, seria devido apenas o excedente de 10%, e além disso exige a totalidade do crédito à alíquota de 17%, em que pese expressiva parcela ser proveniente de outras unidades federadas e ter conferido à empresa o crédito de apenas 12%.

Ainda no tocante ao mesmo item 1º, alega a defesa que a autuação coroa essa sucessão de equívocos ao deixar de observar a proporcionalidade das saídas com a alíquota reduzida em relação ao total das saídas, conforme prevê o art. 1º do Decreto nº 7.799/00, implicando que no Auto de Infração não foi levado em conta que apenas parte das saídas foi beneficiada com a redução da alíquota a 10%, não sendo possível exigir-se o estorno sobre o total das entradas, mas apenas sobre as entradas proporcionais às saídas beneficiadas.

Conclui dizendo que, mesmo que fossem improcedentes todas as alegações expostas, a ação fiscal deixou de considerar os valores estornados pela empresa relativos às transferências recebidas de outro estabelecimento do mesmo titular localizado em Pernambuco no período de janeiro a maio de 2008, no total de R\$ 21.857,41, conforme planilhas demonstrativas e cópias dos DAEs anexas, e assim sendo esse valor deveria ser excluído, sob pena de configura-se dupla tributação.

Com relação ao item 2º, a defesa alega que na ação fiscal as operações foram tratadas como desoneradas de tributação, porém o que certamente por descuido foi deixado de mencionar é que as Notas Fiscais sem o destaque do ICMS tiveram vínculo com operações anteriores nas quais o tributo foi regularmente destacado, pois não é raro que o setor de expedição da empresa, ao remeter os produtos aos clientes, por equívoco deixe de despachar determinado item, em que pese o mesmo constar na respectiva Nota Fiscal, e, diante da reclamação do cliente, emite-se outra Nota Fiscal de remessa do produto faltante na expedição, a fim de sanar o problema. Considera que essa situação está claramente delineada no segundo documento fiscal sem o destaque o imposto, no qual consta a observação de que o ICMS foi destacado na Nota de venda. A seu ver não seria razoável atender à pretensão do fisco, de que houvesse novo destaque do ICMS nessa segunda nota fiscal, por configurar-se tributação em duplicidade, e tampouco poderia a empresa remeter a mercadoria faltante sem Nota Fiscal, sob o risco de apreensão, já que se trataria de infração grave. Pondera ser insubstancial a autuação, em face dos conjuntos de Notas Fiscais de venda e de remessa acostadas à petição comprovando o alegado.

Impugna também o item 3º, alegando que as operações relacionadas no demonstrativo “Saídas realizadas alíquota incorreta” já compuseram o lançamento do item 1º do Auto de Infração nº 279104.0001/07-4, tendo a 1ª Câmara do CONSEF, através do Acórdão CJF 0110-11/09, dado integral provimento ao recurso voluntário naquela oportunidade impetrado pela empresa, conforme ementa que transcreve. Para provar o que alega, chama a atenção para o demonstrativo analítico do presente Auto, discriminando Nota a Nota e item a item as operações em que teria havido utilização indevida da alíquota de 7%, com os mesmos documentos constantes na planilha analítica que instruiu o referido Auto de Infração nº 279104.0001/07-4, na qual deu destaque em “lumicolor” para facilitar a verificação. Alega que, dando-se guarida à pretensão fiscal, além de dupla tributação, locupletando-se o erário em detrimento da empresa, também haveria afronta ao art. 156, inciso IX, do CTN, que estabelece a extinção do crédito tributário em tais situações.

No tocante ao item 4º, reclama que a autoridade fiscal não esclareceu as razões pelas quais considerou indevido o benefício da redução da base de cálculo do imposto e não vislumbra o motivo nos dispositivos regulamentares dados como infringidos, tornando assim inviável a defesa.

Quanto ao item 5º, admite que realmente houve a omissão dos registros de entrada das Notas Fiscais objeto da autuação, porém alega que isso não implicou prejuízo ao erário, pois, em vez

disso, causou prejuízo foi à própria empresa, que deixou de apropriar o crédito fiscal a que tinha direito. Pede que, com base na faculdade prevista no art. 159 do RPAF, seja dispensada a multa “formal”, sob o apelo da equidade.

Idêntico pleito formula no tocante ao item 6º, alegando que também nesse caso não houve qualquer prejuízo ou embaraço à fiscalização tributária, até porque se trata de operações isentas do imposto.

Pede que seja declarada a improcedência total da ação fiscal e que o processo seja arquivado.

Consta à fl. 2658 o requerimento do pagamento parcial dos valores lançados com os benefícios da Lei nº 11.908/00.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 2665/2667) observando que o contribuinte pagou parte do valor lançado no item 1º e os valores lançados nos itens 2º, 4º, 5º, 6º. Declara reconhecer que o autuado havia estornado os créditos relativos às mercadorias recebidas em transferência de outro estabelecimento situado em Pernambuco no período de fevereiro a maio de 2008, no total de R\$ 21.857,40, e propõe que as parcelas correspondentes sejam excluídas, remanescendo o imposto no valor de R\$ 784.280,04.

Quanto ao item 3º, o fiscal considera que o autuado se confunde ao fazer “analogia” entre este item e a cobrança realizada através do Auto de Infração nº 279104.0001/07-4, lavrado anteriormente, em razão, entre outros fatos, das saídas realizadas à alíquota de 7%, com cobrança fundamentada na falta do desconto que foi considerado na ação fiscal anterior como não concedido, por não constar expressamente o seu registro nas Notas Fiscais de saídas, como determina a legislação, tendo aquele Auto sido julgado pela 1ª Câmara, que, modificando a decisão da 3ª Junta, considerou a infração em apreço procedente em parte. Já no presente Auto, embora o alvo também sejam algumas das saídas realizadas com utilização da alíquota reduzida, desta vez o fundamento da discussão é outro, pois se trata das saídas realizadas com destino a empresas como se elas estivessem regularmente enquadradas no regime SimBahia, mas que no momento da ocorrência dos fatos, por alguma razão, elas estavam desenquadradas, não cabendo, portanto, a adoção daquela alíquota, de 7%, de modo que no presente Auto está sendo cobrado o recolhimento a menos do ICMS mensal em decorrência da utilização indevida da alíquota de 7%, em vez de 17%, em saídas internas de mercadorias destinadas a contribuintes não enquadrados no SimBahia, tendo em vista os períodos de ocorrência dos fatos.

Especifica os valores remanescentes.

Opina pela procedência parcial do Auto de Infração.

Dada ciência da informação ao contribuinte, este se manifestou (fls. 2677/2681), assinalando que, tendo quitado parte dos valores lançados valendo-se dos benefícios da Lei nº 11.908/00, restam em discussão apenas o item 1º, em parte, e o item 3º. Observa que no tocante ao item 1º o fiscal reconheceu ser indevida a quantia de R\$ 21.857,40. Quanto ao item 3º, considera que o fiscal autuante cometeu falha elementar na cognição da matéria de fato e de direito, tendo em vista que ele admite que as operações objeto do lançamento já compuseram a discussão travada no item 1º do Auto de Infração nº 279104.0001/07-4, sendo que no item 3º do presente Auto a descrição dos fatos está vazada em termos praticamente iguais, e a capitulação da suposta infração é rigorosamente a mesma atribuída ao item 1º do Auto de Infração anterior, já referido. Aduz que a prova da absoluta identidade entre as operações componentes das duas autuações dispensa maiores delongas, e, além de sobejamente comprovada, foi admitida pelo fiscal autuante na informação, embora para contornar esse obstáculo intransponível o fiscal tenha engendrado um raciocínio tortuoso e oblíquo, ao afirmar que, embora no presente caso o alvo também sejam algumas das saídas realizadas com utilização da alíquota reduzida, agora o fundamento da discussão é outro, pois se trata de saídas para empresas como se elas estivessem enquadradas no SimBahia, mas que estavam desenquadradas. O autuado argumenta que apenas o fato de as

operações terem figurado como exigência de igual monta e capitulação legal no Auto de Infração nº 279104.0001/07-4, julgado improcedente pela 1ª Câmara, já bastava para sepultar a pretensão, nos termos do art. 145 do CTN, e, além disso, naquele Auto a base fática foi a ausência do desconto de no mínimo 10% destacado nas Notas Fiscais em transações com clientes do regime do SimBahia. Considera que a falácia produzida pela informação fiscal não resiste ao fato de que, para questionar a existência, ou não, do destaque do desconto nas Notas Fiscais, o pressuposto básico era de que se tratasse de operações com clientes do SimBahia, e esse pressuposto foi analisado tanto pela fiscalização quanto na revisão efetuada, de acordo com o Parecer ASTEC 195/07, que deu subsídio ao acórdão do CONSEF declarando insustentável a exigência. Argumenta que não há fundamentação fática nem jurídica para sustentar nova exigência sobre matéria já apreciada e julgada em instância administrativa irrecorrível. A seu ver, constitui construção retórica adrede preparada na vã tentativa de dar sustentação ao insustentável dizer que lá se discutiu o destaque ou não do desconto e aqui se discute se o cliente era ou não enquadrado no SimBahia, pois existe relação de causa e efeito entre as duas condições. Frisa que a prévia verificação da condição cadastral dos clientes como enquadrados no SimBahia foi pré-requisito para a subsequente avaliação do destaque, ou não, do desconto mínimo de 10%, objeto da autuação anterior, e, ainda que assim não fosse, o autuante não carreou aos autos qualquer prova convincente de que aquelas operações não envolvessem clientes do SimBahia e nem explicitou que as operações tinham sido consideradas no Auto de Infração precedente. Aduz que a partir de maio de 2006 a empresa passou a valer-se da redução de base de cálculo do Decreto nº 7.799/00, e isso elide da exigência todas as operações a partir de então, não fossem bastantes as outras razões. Conclui fazendo uma síntese dos argumentos pontuados: nos dois Autos as operações são as mesmas; a exigência é a mesma; a capitulação legal é rigorosamente a mesma; e a descrição dos fatos também guarda coincidência, apesar da tentativa da fiscalização de fazer crer em suposta diversidade. Chama a atenção para os pagamentos já feitos.

O fiscal autuante, ao ter vista dos autos, pronunciou-se (fl. 2690) dizendo que o autuado não trouxe nenhum fato novo capaz de modificar o posicionamento adotado na informação anterior. Afirma que todos os demonstrativos elaborados durante a ação fiscal, bem como as cópias das informações cadastrais das empresas destinatárias, que serviram de base para o levantamento do débito em discussão, foram entregues diretamente ao contribuinte, conforme declarações às fls. 12/73 e 95/177.

VOTO

Este Auto de Infração compõe-se de 6 lançamentos. Todos os lançamentos foram impugnados. Porém depois, valendo-se dos benefícios da Lei nº 11.908/00, o autuado pagou parte do valor lançado no item 1º e os valores lançados nos itens 2º, 4º, 5º, 6º, 7º. Está portanto extinto o processo relativamente aos valores pagos.

O fiscal autuante reconheceu que o autuado havia estornado os créditos relativos às mercadorias recebidas em transferência de outro estabelecimento situado em Pernambuco no período de fevereiro a maio de 2008, no total de R\$ 21.857,40, e propõe que as parcelas correspondentes sejam excluídas, remanescendo o imposto no valor de R\$ 784.280,04. O demonstrativo do débito deverá ser refeito com base nos elementos à fl. 2666. Tendo em vista que os valores remanescentes foram pagos com os benefícios da Lei nº 11.908/00, isso implica a extinção da lide no ponto em que se encontra, prevalecendo os valores apontados pela fiscalização após a revisão efetuada e quitados pelo sujeito passivo.

O item 3º cuida de recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em virtude da adoção indevida da alíquota de 7% nas saídas internas de mercadorias destinadas a contribuintes não enquadrados no regime do SimBahia.

O autuado alega que as operações objeto deste item são idênticas às operações objeto do item 1º do Auto de Infração nº 279104.0001/07-4, tendo a 1ª Câmara do CONSEF, através do Acórdão CJF 0110-11/09, dado integral provimento ao recurso voluntário naquela oportunidade impetrado pela empresa, conforme ementa que transcreve, considerando insubsistente a exigência fiscal.

Note-se, contudo, que no presente caso o fundamento fático é de que as mercadorias foram destinadas a contribuintes não enquadrados no regime do SimBahia, ao passo que no caso do item 1º do Auto de Infração nº 279104.0001/07-4 o fundamento fático foi de que não havia sido concedido o desconto para os destinatários (trata-se do desconto previsto no § 1º, II, do art. 51 do RICMS). É evidente que os fatos são distintos. Não tem razão portanto o pleito de tratamento isonômico.

Quanto ao mérito, a alíquota de 7%, nos termos do art. 51, I, “c”, do RICMS aplica-se nas operações internas efetuadas por estabelecimento industrial sendo as mercadorias destinadas a pessoas inscritas no cadastro estadual como microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes. No caso em discussão nestes autos, os destinatários se encontravam descadastrados. Sendo assim, as operações não preenchiam o requisito central para aplicação da norma. O fiscal autuante juntou aos autos extratos do sistema de informações da Fazenda Estadual demonstrando a situação cadastral dos destinatários das mercadorias, onde figuram como “baixados”, “em processo de baixa” ou “inaptos” (fls. 95/177). Foram entregues cópias desses elementos ao contribuinte (fl. 70).

Está caracterizada a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL no Auto de Infração, MANTENDO-SE o lançamento do item 3º com a multa correspondente, e considerando-se EXTINTA a lide em relação aos itens 2º, 4º, 5º e 6º, bem como em relação ao item 1º no ponto em que se encontra, no tocante à parte quitada com os benefícios da Lei nº 11.908/10. A repartição fiscal homologará os valores pagos segundo os critérios da supracitada lei.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281401.0054/10-5** lavrado contra **SAINT-GOBAIN QUARTZOLIT LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 803.742,65** acrescido da multa de 60% prevista no art. 42 II “a”, da Lei. Nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 2.199,26** previstas nos incisos IX e XI do art. 42 da citada lei, e dos acréscimos moratórios, de acordo dom a Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já pagos com os benefícios da Lei nº 11.908/10.

Sala das Sessões do CONSEF, 4 de julho de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA