

**A. I. Nº** - 269132.0002/11-2  
**AUTUADO** - VEDACIT DO NORDESTE S/A  
**AUTUANTES** - JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS e RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 23.12.2011

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0344-04/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DESTINADO AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Ilícitos tributários expressamente acatados pelo sujeito passivo. Infrações 01, 02, 05 e 06 mantidas. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. a) RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. b) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. No período autuado (2006), a argamassa não se encontrava sujeita à substituição tributária, o que veio a mudar somente a partir de 01/01/2009. Infrações 03 e 04 parcialmente elididas. 5. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS NA SUFRAMA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Para a fruição do que o art. 29, I e III do RICMS/97 denomina isenção, é preciso que se comprove o internamento das mercadorias na SUFRAMA. Infração caracterizada. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. A legislação não deixou à conveniência e oportunidade dos contribuintes o registro dos documentos nos livros próprios, ao contrário, os obrigou a isso, conforme norma do art. 322 do RICMS/97. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 25/05/2011 e exige ICMS, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, no valor histórico total de R\$ 162.889,60, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo relacionadas.

Infração 01 - Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e / ou do exterior, identificadas no Anexo 88 do RICMS/97. O lançamento diz respeito aos produtos de NCM 3824.4000 que, segundo os autuantes, adentraram na Bahia sem

prévia substituição. Uma vez que, à época, tais itens ainda não se encontravam alcançados pelo Convênio ICMS 74/1994, a antecipação tributária deveria ter ocorrido nas entradas, pois o referido código NCM fazia parte do Anexo 88 do RICMS/97 (demonstrativos nos Anexos I e I-A do Auto de Infração). Valor exigido de R\$ 12.131,51 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Infração 02 - Recolhimento a menor do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e / ou do exterior relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97 (demonstrativos nos Anexos II e II-A do Auto de Infração). Valor cobrado de R\$ 254,33 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – Retenção e recolhimento a menor do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Refere-se às vendas internas de itens de produção própria, enquadrados no Anexo 88 do RICMS/97 (demonstrativos nos Anexos III e III-A do Auto de Infração). Valor exigido de R\$ 19.420,82 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - Falta de retenção e conseqüente recolhimento do tributo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Vendas internas de mercadorias de produção própria, enquadradas no Anexo 88 do RICMS/97 (demonstrativos nos Anexos IV e IV-A do Auto de Infração). Valor exigido de R\$ 61.746,00 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – Recolhimento a menor, em razão de erro na aplicação de alíquotas nas saídas regularmente escrituradas. Vendas para contribuintes “normais” como se fossem para microempresas ou empresas de pequeno porte (demonstrativos nos Anexos V e V-A do Auto de Infração). Valor exigido de R\$ 18.444,96 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 – Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento. Consta que, *“considerando que houve confusão, por parte do contribuinte, entre material de consumo e ativo imobilizado, ambos foram considerados nos cálculos”* (demonstrativos nos Anexos VI-A, VI-B, VI-C e VI-D do Auto de Infração). Valor exigido de R\$ 1.585,56 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 – Falta de recolhimento do tributo devido em virtude de saídas de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus, com benefício de isenção, sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA (demonstrativos no Anexo VII do Auto de Infração). Valor exigido de R\$ 19.157,00 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 08 – Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal (demonstrativo no Anexo VIII do Auto de Infração). Multa de R\$ 30.149,42, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 389 a 395, através de advogados regularmente constituídos, nos termos da procuração de fl. 396.

Preliminarmente, com base no art. 173 do CTN (fl. 389, item 01), requer seja declarada a perda do direito do Estado de lançar créditos originários do período compreendido entre 01/01/2006 e 24/05/2006.

No mérito, reconhece na totalidade as infrações 01, 02, 05 e 06 e parcialmente as infrações 03, 04 e 08, registrando que recolheu os respectivos valores, conforme documentos de arrecadação estadual apensados.

A impugnação parcial relativa à terceira e quarta infrações fundamenta-se no alegado fato de que a mercadoria argamassa não está enquadrada no regime de substituição tributária, de acordo com cópia de consulta realizada junto a esta Secretaria da Fazenda. Pondera que o crédito relativo à

mesma deve ser excluído, remanescendo apenas os demais, os quais devem ser extintos por força do pagamento realizado.

Quanto à infração 07, citando o art. 155, § 2º, II, “a” da CF/88 e o art. 3º, II da LC 87/96, bem como jurisprudência, qualifica a mesma de improcedente e aponta limitação constitucional ao poder de tributar, ou seja, imunidade das operações com produtos industrializados destinados à Zona Franca de Manaus, conforme equiparação do art. 40, ADCT, CF/88.

Com relação à oitava e última infração, sustenta que parte das notas fiscais objeto da exigência foi emitida “*pela e para a própria impugnante, com a finalidade de dar saída do estoque e pagamento do ICMS/IPI, visto que houve crédito na entrada*”. Nesse sentido, apenas no que concerne a esses documentos fiscais não haveria que se falar em falta de registro na escrita e, por conseguinte, a cobrança mostra-se parcialmente procedente.

Protesta pela produção de provas através de todos os meios admitidos em direito e pela procedência parcial do lançamento de ofício.

Na informação fiscal, de fls. 667 a 671, os autuantes descrevem as imputações e – no que tange às infrações 03 e 04 – ressalvada a parcela reconhecida, concordam com o cabimento da redução na forma requerida pelo contribuinte à fl. 413 (“*Demonstrativo de Pagamento*”), de forma a afastar o equívoco cometido ao incluir a argamassa entre os produtos sujeitos ao regime de substituição tributária.

Ressaltam que foi o próprio autuado o responsável pelo mencionado erro, posto que incluiu, em janeiro e fevereiro, a mercadoria no código 3214.9000 (outros impermeabilizantes), situação corrigida a partir de março de 2006.

No que se refere à infração 07, ponderam que não foram apresentados os comprovantes expedidos pela SUFRAMA, que comprovam a efetiva entrada das mercadorias na Zona Franca.

Por fim, ao comentarem a defesa da infração 08, afirmam que a mesma não procede, já que foi aplicada penalidade por descumprimento de obrigação acessória (falta de escrituração), e o argumento de que o imposto foi pago em nada interfere.

Pleiteiam a procedência parcial do Auto de Infração.

Devidamente intimada (fls. 672/673), a sociedade empresária ratifica integralmente os termos da defesa (fl. 675).

À fl. 678 foi juntada petição de pagamento parcial e, às fls. 684 a 687 a Coordenação de Administração do CONSEF colacionou comprovantes de pagamento de parte do valor lançado.

## VOTO

Relativamente ao período de homologação, deve ser observado que o CONSEF/BA, apesar do entendimento que já se pode reputar reiterado do STJ, até posicionamento em contrário da Procuradoria do Estado, vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN, e não com o art. 150, § 4º, que – certamente – foi o dispositivo legal ao qual o impugnante desejou se referir no item 01 da fl. 389.

Em que pese o fato de parte da doutrina conceber que tal fixação somente se dá para estabelecer interstícios temporais menores do que o do art. 150, § 4º, cumpre ressaltar que esse mesmo artigo confere à Lei competência para fixar prazo de homologação, o que nesse Estado foi feito no art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que, no seu § 1º, determina o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/97.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu § 5º dispõe que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Rejeitada, por conseguinte, a preliminar de decadência.

As infrações 01, 02, 05 e 06 foram expressamente acatadas pelo autuado, motivo pelo qual, com fundamento no art. 140 do RPAF/99, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações mantidas.

No mérito, as infrações 03 e 04 dizem respeito, respectivamente, à retenção a menor e à falta de retenção do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subseqüentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (mercadorias de produção própria).

Ressaltando que foi o próprio contribuinte o responsável pelo propalado equívoco, posto que incluiu, em janeiro e fevereiro de 2006, a mercadoria argamassa no código 3214.9000 (outros impermeabilizantes), os autuantes afirmaram que a mesma não está sujeita ao regime de substituição tributária e concordaram com o cabimento da redução na forma requerida à fl. 413 (“*Demonstrativo de Pagamento*”).

Observe que o art. 353, II, item 16.8 do RICMS/97 dispõe o abaixo exposto, sem fazer referência a datas.

*Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

(...)

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

(...)

*16.8 - preparações iniciadoras ou aceleradoras de reação, preparações catalíticas, aglutinantes, aditivos, agentes de cura para aplicação em tintas, vernizes, bases, cimentos, concretos, rebocos e argamassas - 3815, 3824;*

(...).

O item 16.8, acima transcrito, obedece à codificação determinada pelo Convênio ICMS 74/1994.

O Convênio ICMS 104/2008, com vigência a partir de 01/01/2009, introduziu a argamassa no regime de substituição tributária (cláusula terceira, item VIII). Já a redação anterior, estatuída pelo Convênio ICMS 28/1995, com vigência entre 01/06/1995 e 31/12/2008, não relacionava tal produto, mas impermeabilizantes, com as respectivas NCM/SH.

Conforme o que foi dito na informação fiscal, o contribuinte vinha indicando a NCM/SH 3214.900 (outros impermeabilizantes), prevista no Convênio ICMS 28/1995. Todavia, o sujeito passivo corrigiu tal registro, por exemplo, na nota fiscal 19.032 (fl. 139), para a NCM/SH 3293/2190.

Assim, no período autuado (2006), a argamassa não se encontrava sujeita à substituição tributária, o que veio a mudar somente a partir de 01/01/2009.

Acato a informação dos autuantes (fls. 669/670), de modo que a infração 03 reste modificada para R\$ 2.625,30 (R\$ 1.815,27 em 01/2006 e R\$ 810,03 em 02/2006), enquanto a de número 04 para R\$ 7.271,28 (R\$ 4.317,82 em 01/2006 e R\$ 2.953,46 em 02/2006).

Infrações 03 e 04 parcialmente elididas.

A defesa da infração 07 (falta de recolhimento do tributo devido em virtude de saídas de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus, com benefício de isenção, sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA) pautou-se na imunidade tributária das operações com produtos industrializados destinados à Zona Franca de Manaus.

Comungo com o entendimento da impugnação no que se relaciona à não incidência do imposto nesses casos (imunidade tributária). Entretanto, é preciso que reste demonstrado o internamento na Zona Franca de Manaus, em suma, é necessário que se comprove a operação. Essa matéria já foi por diversas vezes julgada neste Conselho, cujo entendimento resta sedimentado, a exemplo

daquele exarado no Acórdão CJF 0212-12/11, de cuja redação peço vênica para extrair algumas palavras.

O art. 29, I, e III, do RICMS/97 determina, para a fruição do que ali se denomina isenção, que o estabelecimento destinatário esteja situado na área do Município de Manaus, e que haja a comprovação da entrada efetiva dos produtos.

O inciso VII dispõe que o contribuinte deve observar as regras contidas nos arts. 597 e 598 do mesmo diploma regulamentar. Nesse passo, o art. 597 do RICMS/97, que trata da emissão da nota fiscal correlata ao fato em comento, no seu § 4º expressa que o remetente deverá conservar pelo prazo de 5 anos (art. 144) os documentos relativos ao transporte das mercadorias, assim como aquele expedido pela SUFRAMA, relacionado com o internamento (Ajuste SINIEF 07/97).

No art. 598 está estabelecida a observação das disposições contidas no Convênio ICMS 36/97, sem prejuízo de outros controles fiscais previstos ou que venham a ser estabelecidos, no tocante à comprovação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas, com a formalização do internamento e dos procedimentos fiscais a serem adotados. E, quando o Convênio trata da formalização do internamento, indica que o remetente das mercadorias, caso necessário, poderá formular vistoria técnica, a qualquer tempo, para perfeito conhecimento dos fatos (Cláusula décima, § 2º).

Portanto, uma vez que não restou comprovado o internamento, a infração 07 fica caracterizada.

Relativamente à infração 08 (entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal), o defendente aduziu que parte das notas fiscais objeto da exigência foi emitida *“pela e para a própria impugnante, com a finalidade de dar saída do estoque e pagamento do ICMS/IPI, visto que houve crédito na entrada”*. Não negou que deixou de escriturar tais documentos.

Ocorre que a penalidade decorre do descumprimento da obrigação acessória de registrar no livro fiscal as notas, e o alegado pagamento do imposto não tem o condão de elidi-la. Aliás, a falta de escrituração dificulta a verificação, por parte do fisco, dos respectivos pagamentos. A legislação não deixou à conveniência e oportunidade dos contribuintes o registro dos documentos nos livros próprios, ao contrário, os obrigou a isso, conforme norma do art. 322 do RICMS/97.

Infração 08 caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 98.767,98, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269132.0002/11-2**, lavrado contra **VEDACIT DO NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 61.469,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “d”, “e” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 30.149,42**, prevista no art. 42, IX da citada Lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologadas as quantias já recolhidas.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR