

A. I. Nº - 206917.0008/11-6
AUTUADO - MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - LUIZ ORLANDO SANTOS SILVA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 18. 04. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0061-01/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Infração reconhecida. 2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Foram excluídos da autuação os débitos referentes a operações de saídas de mercadorias com a fase de tributação encerrada. Infração parcialmente caracterizada. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. b) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações não contestadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2011, refere-se à exigência de ICMS, no valor total de R\$33.027,91, em razão do cometimento das seguintes irregularidades:

Infração 1 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de setembro a dezembro de 2008 e janeiro a dezembro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 6.785,78, mais multa de 60%.

Infração 2 - Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas, nos meses de setembro a dezembro de 2008 e janeiro a dezembro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 2.694,78, acrescido de multa de 60%. Consta que se refere ao ICMS incidente sobre as saídas de mercadorias tributáveis, devidamente escrituradas, tendo sido essas operações realizadas sem a respectiva tributação.

Infração 3 - Falta de recolhimento de ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos exercícios fechados de 2008 e 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 18.259,16, mais multa de 70%.

Infração 4 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2008 e 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 5.288,19, acrescido de multa de 70%.

O autuado apresenta defesa (fls. 790 a 792) e, inicialmente, reconhece como procedentes as Infrações 1, 3 e 4 e requer que as intimações e notificações acerca do presente feito sejam encaminhadas aos profissionais que subscrevem a defesa.

Quanto à Infração 2, o autuado afirma que os valores exigidos, conforme os demonstrativos elaborados pelo autuante, são referentes a vendas de argamassa e de rejunte, cujas aquisições, dentro da Bahia, foram realizadas com a fase de tributação encerrada, pela substituição tributária levada a efeito pelos fornecedores, como se pode observar pelas notas fiscais que acosta ao processo (fls. 799 a 842), relativas ao período autuado.

Diz que, dessa forma, o autuante exigiu indevidamente, na Infração 2, importância relativa a aquisições de argamassa e rejunte, já que o ICMS fora retido por substituição tributária e, portanto, as saídas subsequentes não são alcançadas pela incidência do tributo. Esclarece que as entradas se deram por transferências oriundas de estabelecimentos da mesma empresa, onde já ingressaram, conforme se pode observar nas aludidas notas fiscais, com a fase de tributação encerrada, não havendo que se falar em incidência do ICMS nas vendas subsequentes.

Acrescenta que o entendimento adotado pelos fornecedores, relativo à substituição tributária, encontra-se expresso no Parecer nº 01313/2009, da Diretoria de Tributação – DITRI (fls. 844 e 845). Frisa que, ainda que tal pronunciamento não existisse, sendo as operações internas e tendo ocorrido a retenção do imposto, a manutenção da exigência inserida no presente processo importaria em “bis in idem”, ou seja, em dupla incidência sobre os mesmos fatos geradores.

Conclui que a Infração 2 é improcedente. Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, caso seja necessária, a revisão para alcançar a verdade material. Pede que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, com a condenação limitada ao total objeto de pagamento.

O autuante presta a informação fiscal (fls. 851 a 853) e, após historiar o processo, salienta que relativamente ao exercício de 2008 e no período de junho a dezembro de 2009 não foi lançado ICMS relacionado a saídas de rejantes ou de argamassas, conforme os demonstrativos analíticos acostados às fls. 23 a 25 dos autos.

Referindo-se à movimentação de argamassas e rejantes levada a termo no exercício de 2009 pelo autuado, diz ter observado operações de saídas e de entradas com e sem tributação. Diz que o autuado adotara tributação normal para os produtos argamassas e rejantes a partir de junho de 2009. Menciona que, até maio de 2009, o procedimento adotado pelo deficiente ora sujeitava as operações de entradas e saídas à tributação, ora não tributava as referidas operações.

Menciona que, para uma mercadoria estar enquadrada no regime de substituição tributária, deverá sua classificação fiscal, seu código NCM, ser previsto na norma regulamentar cumulativamente com a sua descrição. Após afirmar que o Parecer de fls. 844 e 845 era referente a uma divergência entre a classificação fiscal e a descrição para os produtos em questão, o autuante conclui que a argamassa e o rejunte estavam, na época, sujeitos ao regime normal de tributação. Ressalta que esse foi o tratamento tributário que o autuado tinha adotado, em que pese o aludido Parecer contrário da GETRI, até mesmo para a argamassa comercializada sob sua logomarca: ARGAMASSA ARGAMACX COMERCIAL RAMOS ACI 20KG.

Diz que como o Parecer da DITRI não é conclusivo, pois faz alusão a possível equívoco que os fabricantes baianos estariam incorrendo na classificação fiscal dos produtos de sua fabricação, assevera que foi correto o procedimento adotado na ação fiscal e espera que o Auto de Infração seja julgado procedente, uma vez que o próprio autuado, em direção oposta ao Parecer que demonstra conhecer, operara no período com as mercadorias argamassas e rejantes no regime normal de tributação, especialmente após maio de 2009.

Ao concluir a informação fiscal, o autuante afirma que caso este CONSEF entenda de forma diversa, a Infração 2 seja mantida relativamente ao exercício de 2008 e aos meses de junho a dezembro de 2009, além de estornar-se o crédito indevidamente utilizado nos meses anteriores a junho de 2009, se convencimento houver acerca da efetividade da antecipação tributária.

A secretaria do CONSEF acostou às fls. 856 a 858 comprovantes de parcelamento referente à parte da autuação reconhecida como procedentes pelo autuado.

VOTO

Inicialmente, ressalto que as Infrações 1, 3 e 4 foram expressamente reconhecidas como procedentes pelo autuado, tendo sido os valores nelas exigidos parcelados conforme os extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) acostados às fls. 856 a 858 dos autos. Dessa forma, em referência a esses itens do lançamento não há lide e, portanto, são procedentes essas referidas Infrações.

Quanto à Infração 2, o autuado impugna a exigência fiscal, sob o argumento de que os produtos argamassa e rejunte tiveram o ICMS retido por substituição tributária e, portanto, as saídas subsequentes não seriam alcançadas pela incidência do tributo. Aduz que as entradas no seu estabelecimento se deram por transferências oriundas de estabelecimentos da mesma empresa, onde já ingressaram com a fase de tributação encerrada, não havendo, assim, como se falar em incidência do ICMS nas vendas subsequentes. Para embasar seu argumento, o deficiente acostou aos autos fotocópia de notas fiscais referentes a transferências de argamassa e rejunte para o seu estabelecimento, bem como cópia de Parecer da DITRI.

Na informação fiscal, o autuante sustenta que os produtos argamassa e rejunte não estão no regime de substituição tributária e, assim, mantém a ação fiscal. Ressalta, no entanto, que se esse não for o entendimento do CONSEF, que sejam mantidos os débitos referentes ao exercício de 2008 e aos meses de junho a dezembro de 2009, além de se estornar o crédito indevidamente utilizado nos meses anteriores a junho de 2009.

Dessa forma, o cerne da questão está em saber qual a situação tributária dos produtos argamassa e rejunte. A matéria está disciplinada no artigo 353, inciso II, itens “16.8” e “16.9”, do RICMS-BA, com a redação vigente a partir de 01/01/09, cujo teor transcrevo a seguir.

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 subsequentes 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;

16.9 - indutos, mástiques, massas para acabamento, pintura ou vedação - 3214, 3506, 3909, 3910;

Ressalto que, em conformidade com o disposto acima, 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, já relacionava a massa para acabamento no rol das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

A legislação citada acima, em consonância com o Parecer DITRI nº 1313/2009, não deixa dúvida que argamassa e rejunte estão enquadrados no regime de substituição tributária e, portanto, nas operações internas a fase de tributação desses produtos já estava encerrada.

Excluindo-se do demonstrativo de fls. 23 a 26-v os débitos referentes a operações com argamassa e rejunte, o valor devido no exercício de 2008 permanece inalterado, ao passo que o devido no exercício de 2009 passa para R\$ 355,72, conforme demonstrado a seguir:

Data de Ocorrência a	Valores Exigidos no Auto de Infração b	Valores Referentes a Argamassa e Rejunte c	Valor Após Julgamento d = (b-c)
jan/09	9,48	0,00	9,48
fev/09	2,27	2,27	0,00
mar/09	217,07	212,64	4,43
abr/09	123,30	97,55	25,75
mai/09	1.782,07	1.768,87	13,20
jun/09	72,93	0,38	72,55
jul/09	43,64	11,18	32,46
ago/09	43,17	0,00	43,17
set/09	119,15	0,00	119,15
out/09	13,61	0,00	13,61
nov/09	29,36	11,61	17,75
dez/09	4,17	0,00	4,17
Total Devido no Exercício de 2009			355,72

Dessa forma, a Infração 2 subsiste parcialmente no valor total de R\$ 590,26, sendo R\$ 234,54 referente ao exercício de 2008 e R\$ 355,72 a 2009.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar as Infrações 1, 3 e 4 procedentes e a Infração 2 procedente em parte, devendo ser homologados o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206917.0008/11-6, lavrado contra **MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$30.923,39**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$ 7.376,04 e de 70%, sobre R\$ 23.547,35, previstas no art. 42, VII, “a”, II, “a”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor pago.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de abril de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTE REIS – JULGADOR