

PROCESSO - A. I. N° 207494.0002/11-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
RECORRIDOS - MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF n° 0185-05/12
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 03/04/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0051-12/13

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. SAÍDAS ESCRITURADAS. RECOLHIMENTO A MENOS. A aplicação da alíquota correta nas saídas de materiais de construção. O sujeito passivo impugna as saídas de argamassa, submetidas ao regime de substituição tributária, a partir da vigência do Convênio ICMS 104/08. Infração subsistente em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Pastilhas de vidro (NCM 7016), regime ST, a partir de 01.01.11 (Decreto n° 12.534/10). Razões recursais pertinentes a respeito das mercadorias “miscelânea Glass fosca” e “miscelânea Glass mosaico”, por se tratar de produtos confeccionados com “pastilhas de vidro”. Infração caracterizada parcialmente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão n° 0294-01/11 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2011, exige ICMS no valor total de R\$251.579,02, pelo cometimento de seis infrações à legislação tributária deste Estado. No entanto somente fazem parte do Recurso de Ofício as infrações 1, 2, 3 e 4 e do Recurso Voluntário as infrações 3 e 4, as quais são as seguintes:

Infração 01 - Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas por notas fiscais nos exercícios de 2007 a 2010, onde foi apurado o valor correspondente entre a alíquota correta (estabelecida na legislação vigente) e a alíquota aplicada indevidamente pelo contribuinte, conforme os demonstrativos de auditoria (fls. 12 a 22) e CD-R (fls. 59), entregues ao contribuinte conforme anexo (fls. 61 a 64). Valor R\$ 75.252,38 e multa de 60%;

Infração 02 - Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas por ECFs no exercício de 2009 e no mês de ago/2010, sendo o valor total apurado R\$4.489,45 menos no complemento do ICMS no valor de R\$3.193,34, lançado através da Nota Fiscal n° 55539 em outubro/2010, tendo como diferença a recolher o valor de R\$1.096,11, no mês de outubro de 2010 (valor total apurado no valor de R\$2.382,71 menos complemento do ICMS no valor de R\$2.167,60

referente à Nota Fiscal nº 555560 em out/2010, tendo como diferença o valor de R\$25,11), conforme demonstrativo de auditoria (fls. 23 a 24) e CD-R (fl. 59), entregues ao contribuinte conforme anexo (fls. 61 a 64). Valor R\$ 14.991,90 e multa de 60%;

Infração 03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária nos exercícios de 2008 e 2010, conforme demonstrativos (fls. 25 a 27) e CD-R (fl. 59), entregues ao contribuinte em documento anexo (fls. 61 a 64). Valor R\$ 30.330,16 e multa de 60%;

Infração 04 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 no exercício de 2010, conforme demonstrativo de auditoria (fls. 28 a 29) e CD-R (fl. 59), entregues ao contribuinte conforme anexo e planilhas de cálculos de ICMS substituto fornecida pela empresa em CD-R (fls. 61 a 64). Valor R\$ 32.775,82 e multa de 60%.

Após análise das peças processuais e saneamento dos autos realizado pelo próprio autuante, a 5^a JJF assim decide em relação às infrações objeto dos Recursos interpostos.

As infrações 1 e 2 tratam do recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias (argamassa e rejunte) regularmente escrituradas.

Exige-se imposto no valor de R\$ 75.252,38, para as saída ocorridas através de notas fiscais, nos exercícios de 2007 a 2010, na infração 1; na infração 2, a exigência alcança as saídas ocorridas através do ECF, no valor total de R\$ 14.991,90.

O Auditor Fiscal elabora demonstrativo de débito, fls. 12/22, relacionando as operações havidas no período, cujas saídas ocorreram com a emissão de notas fiscais. As operações com saídas através do emissor de cupom fiscal (ECF) estão listadas em demonstrativos acostados os autos, às fls. 23/24. Mantém o entendimento de que argamassa e rejunte são produtos fora do regime da substituição tributária e que a próprio autuado deu tratamento tributário no regime normal de apuração do ICMS.

A arguição da defesa é que as aquisições foram realizadas na Bahia, com a fase de tributação já encerrada, tendo em vista a aplicação da substituição tributária promovida pelos fornecedores, sendo as saídas subsequentes não mais alcançadas pelo imposto.

A confusão que se estabelece para a consignação do fiel regime tributário para argamassa e rejunte, não obstante a existência de diversos posicionamentos, encontra justificativa na forma como o produto vem sendo classificado e a sua própria definição como objeto, que tem permitido variadas interpretações. Senão vejamos:

Segundo nosso vernáculo, argamassa (pré- lat. arga + latim massa) é a mistura feita com pelo menos um aglomerante, agregados miúdos e água. O aglomerante pode ser a cal, o cimento, o gesso, ou outro pó; o agregado mais comum é a areia, embora possam ser utilizados outros, tais como, pedras pequenas, ou outros resíduos e cacos. Na definição NBR 13529, trata-se de uma mistura homogênea de agregados miúdos, aglomerantes inorgânicos e água, contendo ou não aditivos, com propriedades de aderência e endurecimento.

O trabalho científico “Argamassas conceito, tipos e funções” de autoria do Engenheiro Antonio Sérgio Ramos da Silva, Professor do Departamento de Ciência e Tecnologia dos Materiais, da Universidade Federal da Bahia, discorre sobre os variados tipos de argamassas, classificação e suas respectivas funções. Assim é que o produto, quanto à utilização, pode ser para contra – piso, de emboço, chapisco, reboco, para assentamento colante ou argamassa industrializada.

Presta a argamassa na resistência a esforço físico, preencher juntas, unir componentes de base, de alvenaria, vedação de áreas e dar acabamento. Argamassa industrializada empregada em diversos tipos de aplicações, bastando apenas misturá-la à quantidade determinada de água; a argamassa colante composta de agregados minerais e aditivos químicos, que, quando misturado com água, forma uma massa viscosa, plástica e aderente, empregada no assentamento de placas cerâmicas (NBR 14081).

Nesse sentido, verifico que os demonstrativos fiscais para as infrações 01 e 02 relacionam os recolhimentos a menor de ICMS efetuado pelo sujeito passivo, no período de maio 2007 a dezembro de 2010. O sujeito passivo faz recolhimento parcial da exigência, impugnando o período de fevereiro a maio 2009, relativamente às saídas de argamassa e rejunte, no valor que totaliza R\$ 56.740,06.

O ponto nevrágico da lide, então, é determinar se argamassa é ou não mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária. O Auditor Fiscal garante que não existe o produto “argamassa” na classificação fiscal NCM 3214 e que o dispositivo 16.8 do art. 353, RICMS BA alcança o produto, desde que esteja classificado nas posições NCM 3815 e 3824.

O direito assiste ao Sujeito Passivo, nesse ponto, posto que estão submetidos ao regime de substituição tributária os impermeabilizantes classificados no código 3214.9000 da NBM/SH, nos termos do Convênio ICMS

74/94, tanto nas operações interestaduais quanto nas internas; listados também no Anexo 88, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Dessa forma, sendo o produto uma argamassa impermeabilizante, estará sujeito ao regime de substituição tributária. Ademais, constato a partir das cópias das notas fiscais acostadas pelo autuado, que a aquisição das mercadorias, objeto da autuação, submetidas ao regime da substituição tributária, teve o imposto pago antecipadamente, fls. 85/200. Não obstante alegar, na Informação Fiscal, que tais operações foram tributadas normalmente, prova, nesse sentido, não consta dos autos.

Fazendo uma leitura sistemática, constatamos que o produto argamassa encontra-se classificado na tabela TIPI (Decreto 4.542/2002), nas seguintes posições: 3824.50.00 - argamassas e concretos (betões), não refratários; 3816.00.10 - cimentos e argamassas refratários. Na posição 3214, estão classificados os produtos assim descritos: mástique de vidraceiro, cimentos de resina e outros mastiques; indutos utilizados em pintura; indutos não refratários do tipo dos utilizados em alvenaria.

Dessa forma, o produto argamassa classificado no NCM 3824.50.00, 3816.00.10, extraído do capítulo 38, que trata de "produtos diversos das indústrias químicas", ou mesmo os produtos do capítulo 32 (extrato de tintas, pigmentos, corantes, tintas e vernizes, mástiques), cuja descrição na posição 3214 constam "mastique de vidraceiro, cimentos de resina e outros mastiques; indutos utilizados em pintura; indutos não refratários do tipo dos utilizados em alvenaria", permitiam a dúvida da não sujeição de rejunte ou argamassa ao regime de substituição tributária, posto que as posições 3214.10.10 e 3214.90.00 se referiam a outros impermeabilizantes (art. 353 II, item 16.11.5, RICMS BA), conforme Decreto 7.365/98, efeito até 31.12.08.

Mesmo quando o Convênio ICMS 74/94 relacionou as mercadorias enquadradas nos códigos 3214, não tratou ou não indicou o termo "argamassa" para descrever a mercadoria enquadrada nos referidos códigos. Sempre foi utilizado o termo "impermeabilizante". Decisões anteriores do CONSEF firmavam que o produto argamassa não se confunde tecnicamente com impermeabilizante, concluindo que o produto argamassa não estava enquadrado no regime de substituição tributária, a exemplo dos acórdãos CJF Nº 0410-12/05 e 0326-11/07.

Ocorre que o Convênio ICMS 104, de 26 de setembro de 2008, alterou o Convênio ICMS 74/94, que dispõe sobre substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, para efetuar modificações no seu anexo, incluindo além de produtos impermeabilizantes, as argamassas, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2009, sendo recepcionado pela legislação desse Estado, através do Decreto nº 11289, de 30/10/08, dando nova redação ao art. 353, II, item 16.6; 16.7, 16.8 e 16.9, da forma a seguir disposta:

16.6 - produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas e adesivos - NCM/SH 2707, 2713, 2714, 2715.00.00, 3214, 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807;

16.7 - secantes preparados - 3211.00.00;

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;

16.10 - corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes - 3204, 3205.00.00, 3206, 3212.

Assim é que o Parecer da Diretoria de Tributação nº 01313/2009, de 23/01/09 (confirmado no Parecer nº 01515/2009), anexado aos autos, fls. 81, indica que "argamassa" deverá estar enquadrada na classificação NCM 3824; sendo o produto massa para acabamento, sob a posição 3214, ambos no regime de substituição tributária, conforme disposto no artigo 353, II, 16.8 do RICMS-BA.

No mencionado Parecer, explica a GECOT/DITRI que constatou que na posição da NCM 3214 não consta o produto "argamassa", entendendo que as indústrias que assim procedem, como ocorre no caso concreto, poderiam estar cometendo um equívoco. Concluindo que, sendo o produto comercializado "argamassa", deveria estar na classificação 3824 e, portanto sujeito ao regime de substituição tributária por antecipação, e, sendo massa para acabamento sob a posição 3214, também sujeita ao mesmo tratamento tributário.

Portanto, no caso em estudo, constato da redação do dispositivo supratranscrito, que o item 16.8, a partir de 01.01.09, abrange o produto "argamassa", desde que estejam classificados nas posições das NCM 3815 e 3824; e o item 16.9 abrange as massas para acabamento dentre outros produtos, nas classificações 3214, 3506, 3909 e 3910.

É cediço, para que uma mercadoria seja considerada enquadrada no regime de substituição tributária deverá ter a sua classificação fiscal (código NCM) citada na norma regulamentar cumulativamente com sua descrição. No caso em tela, observa-se que as aquisições de argamassa e de rejunte, efetuadas de indústrias localizadas no Estado da Bahia, com a classificação fiscal - NCM 3214.90.00 e natureza da operação - mercadorias vendidas sujeitas à Substituição Tributária (CFOP 5403). A empresa autuado apresenta cópias das notas fiscais

atestando a aquisição de argamassas com substituição tributária, a partir de janeiro de 2009, o que justifica a exclusão da exigência no período indicado pelo próprio autuado, conforme quadro abaixo:

| períodos | infração 01 | infração 02 |
|---------------|------------------|------------------|
| fev/09 | 133,98 | 500,60 |
| Mar/09 | 1.915,42 | 9.498,30 |
| abr/09 | 25.594,52 | 3.681,78 |
| mai/09 | 15.415,46 | - |
| totais | 43.059,38 | 13.680,68 |

Desta forma, excluindo da exigência inicial, os valores supra-mencionados, resta caracterizada a infração 1, no valor de R\$ 32.163,37 e R\$ 1.311,22, na infração 2.

Quanto às infrações 3 e 4, os itens se reportam a aquisições de “PASTILHAS DE VIDRO”, NCM 7016, exigindo, respectivamente, crédito indevido e falta da antecipação tributária, sob a ótica de que os produtos estariam sob o regime de “substituição tributária”, o que vedaria a utilização do crédito fiscal e obrigatória a antecipação do pagamento do ICMS.

A alegação defensiva é que a exigência, na totalidade, não se sustenta, pois que “PASTILHAS DE VIDRO”, somente a partir de 01/01/11, com o advento do Decreto nº 12.534/10, passaram a compor o rol das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, tudo consoante item 40, do inciso II, do art. 353, do RICMS/BA. Incorreta, portanto, a exigência das infrações até 31.12.10.

Corretas, por conseguinte, as razões do sujeito passivo. A redação atual do item 40, do inciso II do caput do art. 353, RICMS BA foi dada pelo Decreto nº 12534, de 23/12/10, efeitos a partir de 01/01/11 para incluir no item 40.3, entre outros produtos, as pastilhas de vidro - NCM 7016.

O Auditor Fiscal, na sua Informação Fiscal procedeu aos acertamentos na constituição do respectivo crédito tributário, modificando a exigência inicial na infração 3, de R\$ 30.330,16 para R\$ 13.043,42, a infração 4, alterada de R\$ 32.775,82 para R\$ 11.946,73, conforme demonstrativos fiscais acostados aos autos, às fls. 370/371 e 372, que acato por pertinência, restando caracterizadas as infrações.

Em face do exposto, o Auto de Infração é **PROCEDENTE EM PARTE**, cabendo a homologação dos valores já recolhidos. É como voto.

A JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Inconformado com a Decisão prolatada, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 404/406). Informando de que seu Recurso somente versaria sobre as infrações 3 e 4, diz que a JJF manteve valores residuais dessas infrações sem atentar, conforme seu pedido, para os levantamentos de fls. 370 a 372 dos autos. Explica que tais valores dizem respeito integralmente às aquisições de “pastilhas de vidro” (NCM 7106), como se constata através das notas fiscais que anteriormente havia trazido aos autos.

Informa que não foi observado o RICMS/97, no período autuado, a obrigação de recolher o imposto por substituição tributária, apropriou-se dos créditos pelas entradas e, quando das saídas recolheu o imposto que e inclusive, no momento das entradas de igual forma recolheu a antecipação parcial.

Ressalta que somente a partir de 01/01/2011, com o advento do Decreto nº 12.534, de 23/10/10, tal mercadoria (pastilha de vidros) passou a integrar o rol das mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, consoante item 40, do inciso II, art. 353, da referida norma regulamentar e como transcreve. Como a exigência se reporta “quase totalmente sobre tais mercadorias” e como os fatos geradores são anteriores a 2011, não são devidos os valores atinentes às infrações 3 e 4, posto que relativos a “miscelânea Glass fosca” e “miscelânea Glass mosaico”, que são igualmente pastilhas de vidro, NCM 7106, como se denota das notas fiscais carreadas aos autos.

Desta forma, tais mercadorias devem ser excluídas do levantamento fiscal, “sob pena de enriquecimento sem causa do Estado”.

Concluiu seu Recurso nos seguintes termos: *Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de*

novos documentos e, caso os elementos ora ofertados não sejam considerados suficientes, revisão para alcançar a verdade material, determinando se a cobrança dos itens 03 e 04 incluiu outro produto que não “PASTILHAS DE VIDRO — NCM 7016”, as quais não estavam, até 31/12/2010, sujeitas ao regime de substituição tributária, o autuado pede pelo provimento do presente Recurso, para a exclusão, dos itens 3 e 4 do Auto de Infração, dos montantes relativos à mercadorias acima citadas.

VOTO

O Recurso Voluntário diz respeito às infrações 3 e 4 que tratam, a primeira da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária nos exercícios de 2008 e 2010. A segunda trata da falta do recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 no exercício de 2010.

O contribuinte com a interposição do seu Recurso, apenas contesta as mercadorias “miscelânea Glass fosca” e “miscelânea Glass mosaico” que permaneceram no levantamento fiscal, após a exclusão da mercadoria “pastilhas de vidro, com NCM 7106”, saneamento este realizado pelos próprios autuantes e ratificado pela JJF quando de sua Decisão. Afirma ele que as referidas “miscelâneas” estão, de igual forma, enquadradas na NCM 7106, portanto fora do regime da substituição tributária no período autuado. A prova se encontrava nas cópias das notas fiscais que apensou aos autos.

E, na esteira dos seus argumentos, diz que caso os elementos que trouxe aos autos não sejam suficientes, pede revisão do lançamento destas infrações para se ter conhecimento se existiu outro produto que não “PASTILHAS DE VIDRO — NCM 7016” no levantamento revisado e base da Decisão de 1º Grau.

Preliminarmente rejeito a revisão do lançamento fiscal na forma arguida pelo recorrente diante das provas existentes nos autos e diante do meu convencimento a respeito do desfecho da lide. Tudo com base no art. 147, I, do RPAF/BA.

No mérito, até 01/01/2011, o RICMS/97 somente açambarcava no regime da substituição tributária os produtos cerâmicos de uso em construção civil, para ficar-se adstrito ao objeto da presente discussão. Estas determinações estão contidas no art. 353, II, 15, da referida norma regulamentar.

Entretanto, através do Decreto nº 12.470, de 22/11/10 (DOE de 23/11/10) foi acrescentado ao art. 353, II, o item 40, que quedou sem efeito até a edição do Decreto nº 12.534, de 23/12/10, (DOE de 24/12/10) com efeitos a partir de 01/01/11:

Art. 353. ...

II -

40 - os seguintes materiais de construção:

40.1 -

40.2 -

40.3 - blocos, placas, tijolos, ladrilhos, telhas e outros artefatos, de vidro prensado ou moldado, mesmo armado, para construção; cubos, pastilhas e outros artigos semelhantes - NCM 7016;

Diante da norma regulamentar todos os produtos com NCM 7106 somente se enquadram no regime da substituição tributária nesta data, ou seja, 01 de janeiro de 2011.

Ao analisar o levantamento revisado pelo próprio autuante (fls. 370/372) as mercadorias que lá constam são: porcelanato Portinari, Portobello, faixa Portobello, Cecrisa metal, filete Portobello, micelanea Glass Mosaico, piso Eliane, Elizabeth, Incenor, Tecnogress, revestimento Incenor, Incesa, Tecnogress, listelo Portinari Vivere, revestimento Eliane para piscina, revestimento para passeio. Em assim sendo, não tem pertinência o recorrente questionar a não existência de outras mercadorias que não PASTILHAS DE VIDRO — NCM 7016 no levantamento revisado e base da

Decisão de 1º Grau.

Em assim sendo, somente posso me atear ao seu pedido claro e formal que diz respeito as mercadorias “miscelânea Glass fosca” e “miscelânea Glass mosaico” que permaneceram no levantamento fiscal, após a exclusão da mercadoria “pastilhas de vidro, com NCM 7106”, realizada quando da Decisão da JFJ.

Observo que as mercadorias impugnadas tratam de mosaicos confeccionados em pastilhas que podem ser de mármore, porcelanato, vidro, etc.. E, a “*miscelânea pelo fato de haver uma mistura de cores, como também, em alguns casos de material utilizado*”.

Ao analisar as cópias das notas fiscais trazidas pela empresa aos autos, em nenhuma delas consta a NCM das “miscelânea Glass fosca” e “miscelânea Glass mosaico”. No entanto, vê-se que todas as “miscelâneas” foram adquiridas à empresa Marmobras Revestimentos Ltda. Pelas notas fiscais emitidas, tudo leva a se entender que ela faz parte da Glass Mosaic – Pastilhas de Vidros e Porcelanatos -. Ao buscar o site desta empresa, consta que a Marmobras é representante da Glass Mosaic.

Percebe-se, de igual forma, que embora nas notas fiscais não esteja consignada a NCM, a descrição dos produtos é minuciosa, constando todos os tipos de pastilhas que compõe cada mosaico da miscelânea, o que permitiu se ter conhecimento se elas são compostas de pastilhas de vidro ou não.

Neste sentido, busquei verificar através das notas fiscais constantes dos autos esta situação, sendo provado que:

- Mês de agosto embora a NF nº 9603 não conste dos autos, existe a sua descrição no levantamento fiscal (fl.370), qual seja, K106, 107, 195, 87, 89 e 100, todas pastilhas de vidro
- Mês de setembro autuadas as NF's 10498 (fl. 211), 10405 (fl. 211) 10121 (fl. 214). Os mosaicos são confeccionados com os produtos Mix 1, 2, 4, 11, 12, 13, 14, 15, 17 e 18, todos constituídos de “pastilhas de vidro”. Também com aqueles que levam a denominação de A41, 42, 46, 51, 53 e 56, todos constituídos de “pastilhas de vidro”. Embora a Nota Fiscal nº 10293 não conste dos autos, a sua descrição está no levantamento fiscal (fl. 370). O mosaico é constituído pelas peças A41, 42, 46, 32, 33 e 35, todas confeccionadas com pastilhas de vidro.
- Mês de novembro as NF's não constam dos autos, porém os mosaicos foram confeccionados com as peças K116, 95 e 91, caindo na mesma situação anterior, são peças confeccionadas com pastilhas de vidro.
- Mês de dezembro autuadas as NF's 620 (fls. 229/230), 1241 (fl. 234). Os mosaicos são confeccionados com os produtos Mix 1, 2, e, 4 e 116, todos constituídos de “pastilhas de vidro”.

A situação é a mesma para a infração 04 e nos meses residuais mantidos pela JFJ, ou seja, agosto, setembro e dezembro de 2010.

Em assim sendo, entendo que todas as “miscelânea Glass fosca” e “miscelânea Glass mosaico” devem ser excluídas do levantamento fiscal, uma vez que à época dos fatos geradores elas não se encontravam enquadradas no regime da substituição tributária, passando o valor do imposto a ser exigido nesta duas infrações para R\$10.333,78 e R\$6.297,12, respectivamente, conforme demonstrativo de débito a seguir e com base nos de fls. 370/372.

| DATA OCORRÊNCIA | INFRAÇÃO 3 | INFRAÇÃO 4 |
|-----------------|------------------|-----------------|
| 31/05/2010 | 2.176,00 | - |
| 31/08/2010 | 982,43 | 2.238,53 |
| 30/09/2010 | 2.580,09 | - |
| 30/11/2010 | 167,92 | - |
| 31/12/2010 | 4.427,34 | 4.058,59 |
| TOTAL | 10.333,78 | 6.297,12 |

Quanto ao Recurso de Ofício interposto, este não merece qualquer reparo. A sucumbência do Estado em relação às infrações 1 e 2 decorreu da exclusão na exigência fiscal das saídas das mercadorias “rejunte” e “argamassa”, cujas notas fiscais encontravam-se regularmente escrituradas, já que elas encontravam-se, à época, no regime da substituição tributária.

Toda a polêmica da situação foi que o autuante entendia que tais mercadorias não se encontravam enquadradas no regime da ST. A JJF após minuciosa e esclarecedora análise, com base na legislação tributária vigente, demonstrou haver equívoco da fiscalização quanto à situação tributária de tais mercadorias, sendo, portanto, pertinentes às razões de defesa. As excluiu diminuindo o imposto exigido nestas duas infrações para R\$32.163,37 e R\$1.311,22, respectivamente, valores estes que ora são ratificados.

Quanto às infrações 3 e 4, além da clara análise feita pela JJF a respeito da norma regulamentar vigente à época dos fatos geradores, a própria fiscalização excluiu da autuação todas as aquisições da mercadoria “pastilhas de vidro” com NCM 7106.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício. Solicita-se ao órgão competentes desta SEFAZ que homologue os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 207494.0002/11-0, lavrado contra MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$148.363,88, acrescido das multas de 60% sobre R\$50.135,12, 70% sobre R\$84.677,76 e 100% sobre R\$13.551,00, previstas no art. 42, incisos II, alienas “a” e “d”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões CONSEF, 11 de março de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPRS.PGE/PROFIS