

**A. I. N°** - 233099.1051/12-4  
**AUTUADO** - UNIVERSO DAS CORES TINTAS E MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - MARCOS VINICIUS BORGES DE BARROS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 02/09/13

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF N° 0129-05/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. O impugnante apresenta DAE, no exato valor histórico do ICMS devido por antecipação tributária, acrescido de mora, por ter sido pago fora do prazo, que se refere efetivamente a imposto devido em março/2011, mês da apuração, com direito ao uso do crédito no mês subsequente, quando foi efetuado lançamento por crédito indevido, por ter entendido o autuante, que não havia comprovação deste valor pago mês anterior. Infração parcialmente procedente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. Fato não impugnado. Item mantido. 3. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração reconhecida pelo autuado. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. Reconhecimento pelo autuante da improcedência da infração 3, que de fato, se reporta a notas fiscais de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, conforme atestam os documentos de fls. 75/140, que comprovadamente se destinam a outros estados da Federação, e não para contribuintes localizados neste Estado. Infração improcedente. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

No Auto de Infração lavrado em 28/11/2012, foi efetuado lançamento de ICMS no valor total de R\$14.671,92, em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação, sendo lançado o valor de R\$1.331,64 acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, sendo lançado o valor de R\$2.170,00, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - Deixou de proceder ao recolhimento de ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, sendo lançado o valor de R\$11.170,28, acrescido da multa de 150%.

O impugnante apresenta defesa à fls. 48/62 onde, de início, reconhece como devida parcialmente a infração 1, pleiteando o reconhecimento do pagamento do valor de R\$169,35 com acréscimos, o que totalizou o montante de R\$206,18 (duzentos e seis reais e dezoito centavos) conforme DAE

anexo, em período anterior à lavratura do Auto de Infração e reconhece como devida a infração 2 decorrente, de falha na apuração do imposto, em razão do grande número de informações processadas. Sendo assim, requer a juntada do comprovante de pagamento, em demonstração da boa-fé do Impugnante.

Em seguida, alega que o RPAF – Decreto nº 7.629/99 – não deixa dúvidas quanto ao dever do Fisco de demonstrar de forma clara e inequívoca os valores apurados, apresentando os levantamentos e demonstrativos, para que o contribuinte tenha conhecimento de como se chegou aos valores apontados, quando determina no seu artigo 28, § 4º.

Afirma ser indubitoso, nesse ponto, caber ao fisco o ônus de demonstrar como apurou os valores considerados devidos, haja vista que, ao lavrar o auto de infração este acusa o contribuinte de ter infringido determinada disposição legal, devendo, portanto, provar e demonstrar o alegado, como forma de viabilizar a ampla defesa e o contraditório, assegurados pela Constituição Federal.

No Auto de Infração ora combatido, não foi indicado, de forma clara, como foram apurados os valores. Que o demonstrativo da diferença de ICMS a recolher Substituição Tributária por retenção limitou-se a indicar os valores apontados como devidos.

Aduz que o levantamento consistente deveria se pautar nas notas fiscais e nas guias de recolhimento, e não simplesmente copiar valores de onde quer que seja. Que dessa forma, o levantamento está fulminado de nulidade por deixar de apresentar de forma clara e precisa a infração, com os levantamentos e demonstrativos elaborados pelo Auditor conforme determinado pelos artigos 18 e 39 do RPAF. Que nesse diapasão, a mera apresentação de valores prontos, sem demonstrar como foram calculados, não supre a necessidade de clareza e precisão que deve nortear, necessariamente, a lavratura do Auto de Infração.

Traz citações de juristas como Feijó Coimbra e Alberto Xavier, e diversas ementas de julgamentos deste CONSEF acerca do tema e também posicionamento do Min. Celso de Mello do STF.

Requer a nulidade do Auto de Infração, por vício insanável que lhe macula a validade, haja vista o não atendimento das formalidades legais, o flagrante cerceamento do direito de defesa e do contraditório, e a segurança jurídica.

A seguir demonstra as razões de mérito pelas quais merece ser julgado improcedente o levantamento fiscal, acaso superada a preliminar de nulidade.

Diz que no tocante à Infração 3, perscrutando a documentação, verificou-se que os valores de ICMS apontados como devidos, estão registrados no Livro de Apuração do imposto sob a rubrica “Valor do ICMS SUBSTITUIDO (SAIDA)”, o que leva a Impugnante a crer que se trata de valores relativos ao ICMS recolhido na condição de substituto tributário nas vendas para outras unidades da Federação.

Que, nessa situação a Impugnante, embora seja responsável pelo recolhimento do imposto, o faz em favor da unidade da Federação para a qual as mercadorias são remetidas, falecendo, portanto, competência ao Estado da Bahia para proceder à exigência. Que, com efeito, os produtos comercializados pela Impugnante estão submetidos ao Convênio ICMS Nº 74/94 o qual *“Dispõe sobre regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química”*.

Traz disposição do referido Convênio, do qual o Estado da Bahia é signatário, *“nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas no anexo deste Convênio, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas, ou na entrada para uso ou consumo do destinatário.”*

Que assim, é certo que as vendas internas no Estado realizadas pela Impugnante, não se sujeitam a nova retenção de ICMS, vez que, este já foi recolhido ao Estado da Bahia pelo remetente quando

da aquisição da Impugnante. Que nesse sentido, como não podia deixar de ser, o artigo 353 do RICMS/2007 não deixa qualquer margem de dúvidas.

Diz que a retenção e recolhimento do imposto somente serão exigidos nas hipóteses de saída para outro Estado, quando será devido ao Estado de destino e não ao Estado da Bahia, como quer o fiscal autuante. Que o Convênio CONSEFAZ Nº 81/93 o qual *“estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal”*, diz na cláusula segunda, que nas hipóteses de retenção estabelecida pelos Convênios, o recolhimento deve ser feito a favor do Estado destinatário.

Para tanto, requer a juntada das referidas guias e das notas fiscais anexas, as quais comprovam de forma inquestionável o correto recolhimento do imposto e a lisura da Impugnante. Que a multa aplicada pela fiscalização está tipificada no artigo 42, V, “a” da Lei nº 7.014/95, trata de penalidade qualificada para os casos em que o contribuinte mesmo procedendo à retenção do imposto, não o repassa para o fisco, apropriando-se indevidamente.

Assim, diante das inúmeras falhas apontadas, bem como da inconsistência da infração 3, na qual o Autuante limitou-se a copiar os valores indicados nos Livros de Apuração, o Impugnante, expressamente, requer uma revisão fiscal para que sejam revistos os dados em confrontação documental, para apurar corretamente os valores de ICMS elencando perguntas a serem respondidas pelo diligente.

Requer, assim, expressamente, uma diligência para que sejam revistos os dados em confrontação documental, com realização de perícia no local do estabelecimento da Autuada, por fiscal estranho ao feito, nos moldes previstos no inciso II do artigo 148 do RPAF/99, para proceder ao correto levantamento das operações, notas fiscais, registro nos livros e imposto pago, bem assim, para responder às questões apresentadas, e desde já indica como assistente técnico o senhor Jacob Moreira, contador da empresa.

Que demonstrados os equívocos e omissões que permeiam o levantamento fiscal perpetrado, requer seja acolhida a preliminar de nulidade apresentada, julgando Nulo o referenciado Auto de Infração.

Acaso superada essa preliminar, o que não acredita a Impugnante, requer sejam acolhidas as razões de mérito, para que se julgue totalmente improcedente o Auto de Infração combatido. Que provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente o documental, com a juntada de cálculos e parecer contábil, tudo em defesa ao direito da Impugnante e em atendimento aos ideais de Justiça e correção tributária.

O autuante apresentou informação fiscal à fl. 196, onde esclarece que o contribuinte reconhece como devida as infrações 1 e 2, sendo que a alegação de que na infração de nº 1 realizou o pagamento de R\$206,18 não se sustenta, uma vez que este valor refere-se ao mês de 03/11, conforme o próprio DAE anexado pelo contribuinte, e o que foi cobrado no Auto de Infração no valor de R\$169,35 refere-se ao mês de 04/11.

Em relação à infração de nº 3, não recolhimento de ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o contribuinte comprova o pagamento através das GNRE e das notas fiscais de venda para contribuintes de outras unidades da Federação, que anexou em sua defesa e acato, portanto, as alegações do mesmo em relação à infração de nº 3, que deixa de existir, por não mais se sustentar.

Mantém por inteiro as infrações 1 e 2, sendo a infração 1 - valor histórico no total de R\$1.331,64, a infração 2 no valor histórico total de R\$2.170,00, totalizando o valor histórico de R\$3.501,65.

Dado ciência ao contribuinte acerca da informação fiscal, fl. 200, este não se pronunciou. Consta à fl. 205, relatório de pagamento parcial no valor de R\$3.332,29.

## VOTO

Dado o franco reconhecimento pelo autuante da improcedência da infração 3, que de fato, se reporta a notas fiscais de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, conforme

atestam os documentos de fls. 75/140, que comprovadamente se destinam a outros estados da Federação, e não para contribuintes localizados neste Estado, e ao reconhecimento pelo autuado, do total da infração 2, a lide se resume à infração 1, onde o impugnante alega ser indevido o lançamento de abril/2011, reconhecendo o restante do valor lançado. Rejeito o pedido de diligência por considerar suficiente as provas acostadas ao processo, para efeito de valoração e julgamento.

Na infração 1, o impugnante reconhece parcialmente o valor lançado, à exceção de abril/2011, que alega já ter sido pago anteriormente, apresentando o documento de arrecadação - DAE. O impugnante não acata o pagamento, justificando tratar-se de comprovante de imposto referente a outro mês que não o lançado.

Ocorre que o autuante lançou o valor do imposto como sendo referente ao mês de abril/2011, por ser neste mês efetuado o lançamento do crédito relativo aos valores pagos no mês anterior, março/2011. Não se trata aqui de lançamento pela falta de pagamento do ICMS, mas pela utilização indevida de crédito de ICMS alegadamente pago em etapa anterior.

Assim, o impugnante apresenta DAE, no exato valor histórico do ICMS devido por antecipação tributária, R\$169,35, acrescido de mora por ter sido pago fora do prazo, totalizando R\$206,18, que se refere efetivamente a imposto devido em março/2011, mês da apuração, com direito ao uso do crédito no mês subsequente, quando foi efetuado lançamento por crédito indevido, por ter entendido o autuante que não havia comprovação deste valor pago mês anterior.

Não pode o autuante exigir perfeita correspondência entre o valor lançado no Auto, em abril/2011, resultante do crédito pretensamente indevido, com o valor pago do imposto no mês anterior, quando era devido o pagamento do ICMS que foi lançado a crédito no mês subsequente, Abril/2011. Pelo exposto, acato a elisão parcial da infração 1.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor já recolhido.

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO (R\$)	VLR. JULGADO (R\$)	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	1.331,64	1.162,29	60%
02	PROCEDENTE	2.170,00	2.170,00	60%
03	IMPROCEDENTE	11.170,28	0,00	-----
TOTAL		14.671,92	3.332,29	

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233099.1051/12-4**, lavrado contra **UNIVERSO DAS CORES TINTAS E MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento, do imposto no valor de **R\$3.332,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR