

A. I. N° - 269283.0026/12-7  
AUTUADO - S&M DISTRIBUIDORA LTDA.  
AUTUANTE - DILSON MILTON DA SILVEIRA FILHO  
ORIGEM - INFRAZ ATACADO  
INTERNET - 11.07.2013

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0144-01/13**

**EMENTA: ICMS.** 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Lançamento não impugnado pelo contribuinte. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Lançamento não impugnado pelo contribuinte. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Feita prova de que no levantamento fiscal foram glosados créditos de mercadorias que não fazem parte do regime de substituição tributária. Fato reconhecido pela autoridade autuante. Refeito o lançamento. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos, excluindo-se os valores que comprovadamente foram retidos pelo fornecedor, na condição de substituto tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28.9.12, diz respeito aos seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de divergência entre os valores recolhidos e os escriturados no livro de apuração, sendo lançado imposto no valor de R\$ 86.770,38, com multa de 60%;
2. falta de pagamento da diferença de alíquotas do ICMS nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado, sendo lançado imposto no valor de R\$ 11.738,77, com multa de 60%;
3. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, sendo glosado o crédito no valor de R\$ 17.827,82, com multa de 60%;
4. falta de recolhimento de ICMS por antecipação nas aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 88 e 89” [sic], sendo lançado imposto no valor de R\$ 113.402,92, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 87/97) declarando de início que reconhece os valores lançados nos itens 1º e 2º, de modo que apenas discute parcialmente os dos itens 3º e 4º, já tendo providenciado o pagamento dos valores reconhecidos. Apela pela adoção do poder-dever de revisão do fiscal autuante, a partir dos elementos trazidos aos autos na defesa.

No tocante ao item 3º, relaciona os valores que reconhece como devidos. Questiona a glosa dos créditos referentes a inseticidas e repelentes, indicando as Notas Fiscais correspondentes, e frisa que

as mercadorias não se submetem ao regime de substituição tributária, nos termos do Protocolo ICMS 106/09. Discorda de que as mercadorias se enquadrem no item 10 do anexo único do referido protocolo, por entender que os repelentes adquiridos são de uso tópico, isto é, na pele, não sendo portanto de uso domissanitário direto, haja vista a ressalva feita no referido instrumento – “exclusivamente para uso domissanitário direto”.

Quanto ao item 4º, alega que as mercadorias, em sua totalidade, são pilhas, pilhas de baterias e acumuladores elétricos, sujeitos à substituição tributária, conforme prevê o Protocolo ICM 18/85, com a redação dada pelo Protocolo ICMS 6/09, sendo que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é do fornecedor, conforme a cláusula primeira do referido protocolo. Aduz que juntou cópias de todas as Notas Fiscais para provar que o imposto foi recolhido integralmente pelo fornecedor, à exceção das Notas Fiscais 3967, 3968 e 3969 de Indústrias Suavetex Ltda.

Pede que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 311/315) comentando o conceito do termo “domissanitário”, de acordo com a orientação do Procon/SP. Também comenta a descrição da mercadoria constante na “página” do fabricante na internet. Conclui que só lhe resta admitir as razões do autuado. Elaborou novo demonstrativo do débito, remanescendo a ser lançado o imposto no total de R\$ 16.588,30 (fls. 311-312).

Com relação ao item 4º, diz que, em face dos elementos trazidos pela defesa, observou que nem todos os documentos apresentam o comprovante de retenção do imposto pelo sujeito passivo por substituição, conforme relação que apresenta em seguida. Acrescenta que, refazendo os cálculos, uma vez que na autuação foi usado equivocadamente em alguns casos o valor da base de cálculo somado com o valor da retenção destacado na Nota pelo fornecedor, encontrou o novo e verdadeiro valor a ser “reclamado”.

Opina pela procedência parcial do Auto de Infração.

Dada ciência do teor da informação fiscal ao contribuinte, este se manifestou (fls. 322/324) reclamando que na defesa havia juntado a documentação necessária para comprovar o recolhimento do imposto das Notas Fiscais em questão, deixando de apresentar apenas as Notas Fiscais 3967, 3968 e 3969 [de Indústrias Suavetex Ltda], totalizando imposto no valor de R\$ 4.198,86. Ressalta que o fiscal fez constar na informação o débito recolhido pela empresa relativamente às Notas Fiscais acima citadas, porém o débito a elas correspondentes continuou mantido, compondo a parcela de R\$ 12.716,79 do novo demonstrativo apresentado pelo autuante na informação. Sustenta que o recolhimento do ICMS em questão é da responsabilidade do fornecedor das mercadorias, tendo em vista que se trata de mercadorias sujeitas à substituição tributária (pilhas, pilhas de baterias e acumuladores elétricos), conforme Protocolo ICM 18/85, com a redação dada pelo Protocolo ICMS 6/09, de forma que o disposto no inciso III do art. 372 do RICMS somente seria aplicável na hipótese de a retenção devida ter deixado de ser feita, e ainda que a documentação comprobatória dos recolhimentos não constasse nos autos, o fisco poderia confirmar o recolhimento por intermédio do arquivo Sintegra. Conclui requerendo que, restando provado nos autos o recolhimento do imposto incidente sobre as operações acobertadas pelas Notas Fiscais 157, 1978, 58047, 4436, 5633, 6019 e 6040, seja realizada uma revisão complementar, para acatar integralmente as razões aduzidas na defesa relativamente ao item 4º, ou que, não sendo a documentação considerada suficiente, seja concedido prazo para que a empresa apresente documentação complementar, a fim de evitar recolhimento em duplicidade.

Ao ter vista dos autos, o fiscal autuante prestou nova informação (fls. 328/330) dizendo que, tendo em vista a alegação do autuado de que no parcelamento tinham sido incluídas as Notas Fiscais 3967, 3968 e 3969 [de Indústrias Suavetex Ltda], refez os cálculos e encontrou novo valor a ser lançado no item 4º, remanescendo o imposto no valor de R\$ 8.497,61. Quanto à alegação do autuado de que esse

débito restante seria de responsabilidade do fornecedor e que o disposto no inciso III do art. 372 do RICMS e no art. 125, II, “i”, 1, somente seria aplicável no caso de a retenção não ter sido efetuada, o fiscal contrapõe que na verdade a retenção foi feita apenas nas Notas Fiscais 1978, 4436 e 5633 (fls. 164, 294 e 299). Considera que, caso o órgão julgador entenda que a responsabilidade pelo recolhimento no caso dessas três Notas seja do emitente, por constar a retenção na Nota Fiscal, ainda que não haja comprovação do efetivo ingresso da receita nos cofres do Estado, o demonstrativo do item 4º seria o que é apresentado a seguir, remanescendo o imposto no valor de R\$ 4.521,16, e sendo assim seria justo acatar o pedido do autuado para que seja concedido um prazo suplementar para que ele reúna comprovação de que foi feita a retenção e o recolhimento do imposto.

O autuado, ao ser cientificado dessa segunda informação, voltou a se manifestar (fl. 334), requerendo a juntada das cópias das Notas Fiscais 1978, 4436 e 5633, nas quais constam os destaques do ICMS de responsabilidade do fornecedor.

Foi prestada nova informação fiscal (fl. 346), dizendo o autuante que na informação anterior já havia se manifestado sobre tal pedido, inclusive apresentando dois demonstrativos, tendo também feito menção ao pedido do autuado sobre a concessão de um prazo suplementar a fim de que ele reúna elementos que comprovem suas afirmações, de modo que mantém os demonstrativos já apresentados.

## VOTO

Este Auto é composto de quatro lançamentos. Estão em discussão apenas os lançamentos dos itens 3º e 4º.

O item 3º cuida de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Diante da reclamação do autuado, o fiscal reconheceu na informação que, nos termos do item 10 do anexo único do Protocolo ICMS 106/09, os repelentes sujeitos a substituição tributária são exclusivamente os de uso domissanitário direto, e refez o demonstrativo do débito. Acato a revisão efetuada pelo autuante. Os valores remanescentes são os do quadro demonstrativo às fls. 311-312, no valor de R\$ 16.588,30.

No caso do item 4º, o lançamento diz respeito à falta de recolhimento de ICMS por antecipação nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS. Foi lançado imposto no valor de R\$ 113.402,92. Diante das provas apresentadas pelo contribuinte, o fiscal reduziu o lançamento para R\$ 20.565,65. O autuado reclamou que o fiscal, ao refazer os cálculos, manteve os valores das Notas Fiscais 3967, 3968 e 3969 de Indústrias Suavetex Ltda. e que o débito remanescente é de responsabilidade do fornecedor, haja vista que este fez a retenção do imposto. O autuante reconheceu o equívoco no tocante às Notas Fiscais 3967, 3968 e 3969 e refez os cálculos, reduzindo o débito para R\$ 8.497,61. Quanto à alegação do autuado de que o débito remanescente seria de responsabilidade do fornecedor, o fiscal contrapôs que a retenção foi feita apenas nas Notas Fiscais 1978, 4436 e 5633, de modo que, caso o órgão julgador considere as provas apresentadas às fls. 164, 294 e 299, o débito remanescente é de R\$ 4.521,16. Quanto a este, opinou pela concessão de prazo suplementar para que o contribuinte fizesse prova de que foi feita a retenção e o recolhimento do imposto.

O autuado requereu a juntada dos DANFEs 1978, 4436, 5633, 157, 6019 e 6040 de Best Way Dist. de Bens de Consumo Ltda.

Não vejo necessidade de conceder prazo suplementar para que o autuado faça prova do que alegou, em face dos elementos por ele juntados às fls. 335/342. Os DANFEs 1978, 4436 e 5633 provam que de fato foi feita a retenção do imposto, e isto já foi observado pelo fiscal autuante, de modo que devem ser excluídas do item 4º as parcelas de R\$ 2.327,28, R\$ 1.000,42 e R\$ 648,75, relativas aos meses de

junho de 2010 e de março e agosto de 2011. Já nos DANFEs 157, 6019 e 6040, neles não consta que tivesse sido feita retenção (está zerado o campo “Valor do ICMS Substituto), e portanto não é razoável a alegação do autuado de que a responsabilidade pelo imposto fosse do fornecedor. Mantendo portanto os valores apurados pelo autuante no último quadro demonstrativo à fl. 330, relativamente aos meses de março e setembro de 2010 e de setembro de 2011, totalizando R\$ 4.521,16.

Porém faço o registro de que o fiscal autuante se equivocou ao elaborar os quadros demonstrativos às fls. 315 e 330, ao estipular os débitos relativos a “31/08/2004” e “30/09/2004”, pois evidente o exercício não é “2004”, e sim 2011. Esse equívoco, porém, não afeta o mérito. Para evitar que tal equívoco induza a erro o funcionário ao proceder à reconstituição dos valores remanescentes, indico, a seguir, as parcelas do item 4º que serão mantidas, com base no quadro à fl. 330 (corrigindo a indicação errônea do exercício de “2004”, para 2011):

31/03/2010: R\$ 130,07

30/09/2010: R\$ 9,21

30/09/2011: R\$ 4.381,88

Total: R\$ 4.521,16

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

## 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 269283.0026/12-7, lavrado contra **S&M DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 119.618,61**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “b”, “d” e “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de junho de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR