

A. I. N° - 206951.0001/13-9
AUTUADO - ELÉTRICA SOL COM. DE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA.
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 20.122013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0283-02/13

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. A autuante realizou ajustes na MVA aplicada no cálculo, reduzindo o valor da infração. Item parcialmente subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL CRÉDITO INDEVIDO OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado o aproveitamento de crédito fiscal de mercadorias com fase de tributação encerrada. Infração procedente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. As declarações de vendas efetuadas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Item mantido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de março de 2013 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$101.437,16, bem como multa nos percentuais de 60%, 70% e 100%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. Recolhimento a menor de 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 valor de R\$57.859,77, além da multa de 60%, sendo os fatos ocorridos no exercício de 2009, bem como no período de janeiro a abril, junho a dezembro de 2010.

Infração 02. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, no montante de R\$15.480,40, bem como multa de 60%, verificada no exercício de 2009, bem como no período de janeiro a abril, junho a dezembro de 2010.

Infração 03. Omissão de saídas de mercadorias apurado através de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, totalizando R\$28.096,99, bem como penalidade de 70% e 100%.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 530 a 535, onde argüi em sua defesa, que não concorda com o que foi levantado, esclarecendo que houve equívoco da autuante, iniciando pelo fato da mesma ter inserido no demonstrativo de cálculo do ANEXO I, Notas Fiscais de produtos de NCM 853650, citados no item 67 do ANEXO ÚNICO do Protocolo ICMS 49 de 08/05/2008, (Interruptores, seccionadores e comutadores) e também no item

29 do ANEXO 88. Contudo, de acordo com a ORIENTAÇÃO DITRI/GECOT N° 002/2008, que transcreve, não sendo as mesmas destinadas a uso em veículos automotores, não haveria de ser cobrado o imposto.

Dessa maneira, de acordo o citado no item “2” da mencionada Orientação entende não estar obrigada a realizar a antecipação do imposto, vez que a sua atividade econômica é a do CNAE 47.54-7-03 (Comércio varejista de artigos de iluminação), não sendo revendidos os produtos comercializados para consumo em veículos automotores.

Pede, pois, que sejam desconsiderados os débitos cobrados no Anexo I, bem como os cobrados no anexo II, ambos apensos ao Auto de Infração referentes às Notas Fiscais que relaciona.

Argumenta que em consequência da anulação dos débitos do Anexo I deixariam de existir também os do Anexo II do Auto no valor de R\$ 15.480,40 (quinze mil, quatrocentos e oitenta reais e quarenta centavos) por se tratarem das mesmas notas fiscais que a Auditora relacionou na Planilha de Base de Cálculo de Antecipação do Imposto não tendo sido portanto usado, tal como caracterizado, créditos indevidos sobre tais documentos.

Quanto às demais notas constantes no anexo I do Auto de Infração, afirma que a Auditora usou no cálculo do período de janeiro a maio de 2009 a MVA de 56,87% e 48,43%, respectivamente quando o correto seria utilizar o percentual de 40%, bem como a alíquota prevista pelo Decreto nº 7.824 de 17/07/00, DOE de 18/07/00, efeitos a partir de 18/07/200 a 31/05/2009. Conforme alteração nº 119 realizada pelo Decreto nº 11523 de 07/05/2009, DOE de 08/05/09, as novas alíquotas de 56,87% e 48,43% só têm efeitos a partir de 01/06/2009.

Finaliza, requerendo a concessão de crédito de R\$3.083,05 (três mil, oitenta e três reais e cinco centavos) sobre os cálculos das notas que relacionou.

Quanto ao levantamento efetuado pela autuante, no que se refere à omissão de vendas através de cartões de crédito, informa que é comum o cliente pagar suas duplicatas com cartão, além da mesma não ter detalhado em demonstrativo as diferenças diárias, regra seguida por outros auditores, solicitando o acolhimento de suas razões defensivas.

Informação fiscal prestada à fl. 541 a 544 pela autuante argumenta que no tocante à infração 01, incorre a autuada em equívoco, vez que todo o crédito reclamado na mesma foi apurado obedecendo ao que determina o artigo 353, inciso II, item 27, do RICMS/97, que transcreve.

No que diz respeito a alegação referente a essa Infração, reconhece que a auditoria apenas cometeu um equívoco quanto à MVA aplicada de janeiro a maio de 2009 que realmente é de 40% nesse período conforme afirma a defesa. O que nessa oportunidade foi corrigido e resultou em uma redução do crédito reclamado nessa infração de R\$57.859,77 (cinquenta e sete mil oitocentos e cinquenta e nove reais e setenta e sete centavos), para R\$53.194,05 (cinquenta e três mil cento e noventa e quatro reais e cinco centavos), conforme demonstrativo de débito que anexa, ficando o valor apurado conforme tabela elaborada.

Quanto ao pedido de anulação do valor reclamado na infração, 02 entende que não procede, vez que, sendo essa infração consequência da primeira, e já estando patente, que não houve cobrança indevida naquela infração, não há o que se falar em anulação de crédito reclamado nesse caso. Sendo que a primeira infração teve apenas o valor majorado, em consequência do uso incorreto da MVA no período acima mencionado.

Quanto à infração 03, pleiteando elidir a mesma, a impugnante alega que a auditoria não detalhou as saídas através de cartão, o que não é verdade, já que às fls. 195 a 211 do processo constam dois demonstrativos com lançamentos diários (individualizado) das saídas através de ECF, todos os caixas separadamente e todas as Notas Fiscais, também individualmente; estando os valores lançados nos demonstrativos registrados nos livros de saídas nº 14 e 15 da autuada fls. 307 a 522

dos autos, sendo que às fls. 212 foram anexadas as saídas fornecidas pelo TEF em mídia magnética, devido ao grande volume de papel que iria gerar.

Portanto, os questionamentos relativos ao crédito reclamado nessa infração não têm fundamento legal, nem constitui prova que possa elidir a infração, motivo pelo qual a mantendo.

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado procedente em parte, acatando-se parte da alegação defensiva, reduzido o crédito para R\$96.771,44.

Cientificada da informação fiscal, e dos novos demonstrativos elaborados (fls. 563 e 564), a autuada retorna ao feito, para manifestar-se a respeito dos mesmos (fls. 567 a 571).

Destaca que a auditora cita na sua informação fiscal que a alegação defensiva seria de que a maioria das notas fiscais relacionadas no anexo I, são de mercadorias que possuem NCM 85.36.50., o que não contesta. Esclarece, contudo, que naquele momento talvez não ficasse muito explícito o que pretendia alegar. É que no Anexo I apresentado pela auditora no Auto de Infração, constam várias notas fiscais indicando na coluna de produtos, o termo: “OUTROS - COD. 853650” e contestou por se tratar de interruptores, seccionadores, comutadores e sensores.

Informa que não se insurge sem fundamento como alega a auditora onde cita o item 27 do art. 353 do RICMS o produto “lâmpadas elétricas, eletrônicas, reator e “starter” NCM 8536.50”. Aduz que não constam ali interruptores, seccionadores, comutadores e sensores que apesar de possuírem o mesmo numero de NCM são produtos completamente diferentes de STARTER.

Repete demonstrativo onde lista as Notas Fiscais por exercício, que foram relacionadas no Anexo I do Auto de Infração com o termo “outros”, agora com uma coluna indicando quais os produtos nelas constantes.

Ratifica que não está obrigada a antecipar imposto sobre os produtos citados na tabela elaborada, eliminando o débito cobrado referente às notas acima especificadas, tanto no Anexo I quanto no Anexo II apresentado pela auditora no Auto de Infração.

Dada vista do processo à autuante, esta, mais uma vez, manifesta-se (fls. 574 e 575), no sentido de ressaltar, o que já foi dito nos autos: que as notas fiscais relacionadas no demonstrativo anexo 01 do PAF, onde algumas mercadorias possuem NCM 85.36.50 e como está previsto no artigo 353 item 27 já citado na informação anterior, são mercadorias enquadradas na substituição tributária.

Diz que conforme pode ser verificado nos documentos de fls. 42 a 193 do PAF, logo, a auditoria foi feita rigorosamente como determina a legislação. Verificando no Dicionário de Aurélio a palavra "starter", tem um sentido bem abrangente, quer dizer aparelho que dá partida. E nesse sentido pode perfeitamente ser interpretado como interruptor, sensor, chave. Obviamente foi esta a interpretação do legislador. Já que na TABELA DE PRODUTOS NCM, o código 85.36.50.90 se refere justamente a interruptores, o que, diante de tais provas, faz cair por terra a argumentação da defesa. Destaca, por fim, que todos os equívocos cometidos na apuração do valor do crédito reclamado na infração 01, já foram corrigidos na informação anterior.

VOTO

O lançamento constitui-se em três infrações arroladas pela fiscalização: Recolhimento a menor de 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; Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, e omissão de saídas de mercadorias apurado através de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito

Observo, inicialmente, que as infrações 01 e 02 têm estreita relação, vez que pelo fato de ter sido considerada devida a substituição tributária, o crédito fiscal para tais produtos não deveria ser permitido.

Para se analisar a infração 01, é de bom alvitre, inicialmente, assegurar que os produtos objeto da autuação não são materiais ou produtos de uso automotivo.

A análise da mesma, necessita recorrer-se ao artigo 353 do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, o qual previa:

"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:

(...)

27 lâmpada elétrica (NCM 8539) e eletrônica (NCM 8540), reator (NCM 8504.10.00) e "starter" (NCM 8536.50) (Protocolo ICM 17/85);"

Analizando as peças processuais, os argumentos postos e documentos inseridos no processo, verifico que os produtos contestados na infração 01, inicialmente tratados como "outros", são, na verdade materiais elétricos denominados de "starters", e a codificação NCM constante à fl. 578, afasta qualquer dúvida de que os produtos de codificação 8536.50, como os mesmos estão codificados, estão sujeitos à substituição tributária, tanto é que a própria defendant se insurge contra a Margem de Valor Agregada (MVA) aplicada pela autuante para o cálculo do valor da substituição tributária devida, no que foi concordado pela mesma em sua informação fiscal, ensejando, inclusive, redução do montante apurado para a infração 01.

Independentemente do nome atribuído ao produto, há de se levar em conta, e mais do que isso, prevalecer, o entendimento de que a codificação da NCM deve ser o marco balizador para a imposição ou não da substituição tributária.

Dessa forma, tem inteira procedência a acusação fiscal, no que toca à submissão de tais produtos ao instituto da substituição tributária, motivo pelo qual voto no sentido de que a infração é parcialmente procedente, no valor de R\$53.194,05 (cinquenta e três mil cento e noventa e quatro reais e cinco centavos), conforme demonstrativo de débito elaborado, e inserido na informação fiscal de fl. 542.

Assim, não posso acolher a aplicação da Orientação DITRI/GECOT Nº 002/2008, consoante solicitação defensiva, tendo em vista o fato de que trata de matéria estranha ao objeto da autuação ora analisada.

Como consequência da manutenção da infração 01, aquela outra dela decorrente (infração 02), consoante abordagem anterior, fica mantida, vez que, sendo os produtos considerados sujeitos à substituição tributária, com encerramento da fase de tributação, a legislação veda o aproveitamento de qualquer crédito fiscal, motivo pelo qual não posso acolher o pedido da autuada de concessão do mesmo, ficando mantida a infração tal como lançada.

Quanto à infração 03, de fato, consta à fl. 212 CD contendo a movimentação diária do denominado "TEF", no qual estão listados os valores por operação realizadas através da modalidade cartão de crédito/débito, não havendo a impressão do mesmo, nas palavras da autuante, devido à grande quantidade de papel que demandaria, sendo tal observação feita no momento da informação

fiscal, não tendo a empresa trazido qualquer outro argumento, o que permite a aplicação do teor do artigo 140 do RPAF/99, segundo o qual o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Por tal motivo, mantenho a infração, tal como lançada.

Por tais motivos, entendo que o Auto de Infração deva ser julgado procedente em parte, no valor de R\$ 96.771,44, assim discriminado: Infração 01, R\$ 53.194,05; Infração 02, R\$ 15.480,40; Infração 03, R\$ 28.096,99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206951.0001/13-9** lavrado contra **ELÉTRICA SOL COM. DE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$96.771,44**, acrescido das multas de 60% sobre R\$68.674,45, 70% sobre R\$20.988,31 e de 100% sobre R\$7.108,68, previstas na Lei 7.014/96, artigo 42, incisos II, alínea “d”, III e VII, alínea “a”, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR