

A. I. N° - 269096.0008/13-0
AUTUADO - MADEPAR LAMINADOS S/A
AUTUANTE - JAYME GONÇALVES REIS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 28.05.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0082-04/15

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS DE SAÍDA DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. a) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. b) RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovado que os produtos possuíam NCM e descrição coincidentes com as previstas na legislação tributária, bem como eram destinados à construção civil. Dessa forma, estavam tais produtos sujeitos ao regime de substituição tributária. Efetuadas correções no cálculo do imposto. Infrações subsistentes em parte.

2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. a) ICMS NORMAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Nas saídas internas de estabelecimento industrial, estando as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o ICMS Normal devido em relação às operações próprias deve ser apurado com a utilização da alíquota interna prevista. Efetuadas correções no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte. **b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DESTINADAS Á AMBULANTES, MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, SEM OBEDECER AO DISPOSTO NA LEGISLAÇÃO.** Não comprovado que o benefício concedido da redução da alíquota tenha sido repassado ao destinatário. Efetuadas correções no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte.

3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Fato não comprovado. Infração insubsistente vencido o voto do relator.

4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação tributária acessória. Cabível multa de 10%, no caso das mercadorias tributáveis, e de 1%, quando se tratar de mercadorias não tributáveis. Infrações subsistentes. Afastadas as arguições de nulidade e a solicitação de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 01/08/14, exigir crédito tributário no valor de R\$1.554.453,65 em decorrência das seguintes infrações:

Infração 1 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Foi lançado imposto no valor de R\$875.547,50, mais multa de 60%.

Foi consignado que: *“Em conformidade com o Parecer DITRI N° 19959 2014 (cópia anexa), usamos com critério de seleção das operações sujeitas a ST para os produtos destinados ao USO NA CONSTRUÇÃO CIVIL, o NCM do produto vinculado ao CNAE Fiscal do adquirente deste produto. Desta forma, incluiu-se no cálculo do imposto o Comércio de Materiais de Construção - correspondente a mais de 80% dos estabelecimentos destinatários do Estado e o Comércio Geral com capacidade de gerar vendas para uso na construção civil. Foram excluídos dos cálculos a indústria de Móveis; o Comércio de Móveis e Artigos de Informática; as Distribuidoras de Gás, bem como todas as instituições não vinculadas ao ramo de comércio”*.

Infração 2 – Reteve e recolheu a menos ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Foi lançado imposto no valor de R\$23.177,91, mais multa de 60%.

Consta que *“para a realização dos cálculos dessa infração foram seguidos os mesmos critérios descritos e adotados nos cálculos da infração 1”*.

Infração 3 - Recolheu a menos ICMS em decorrência da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Foi lançado imposto no valor de R\$376.712,40, mais multa e 60%.

Foi consignado que: *“Realizou [o autuado] vendas internas de produtos da ST com alíquota de 7% no cálculo do ICMS Normal, contrariando o veto implícito no Art. 16, inciso I, alínea c da Lei 7.014. O cálculo da diferença devida está demonstrado em planilha inserta no ANEXO 3 do presente Auto de Infração. Para obtenção destes cálculos observou-se o preceito de que o valor do ICMS incorpora a sua própria base de cálculo (Art. 17, Parágrafo 1º, Inciso I da Lei 7.014), qual seja: para formar a nova base de cálculo foi abatido do valor utilizado no documento fiscal o ICMS no percentual de 7% (que se encontrava embutido no preço) e adicionado o referido imposto à alíquota de 17%”*.

Infração 4 - Recolheu a menos o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Foi lançado imposto no valor de R\$150.405,44, mais multa de 60%.

Consta que: *“Realizou [o autuado] vendas com alíquota de 7% para Ambulantes, Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (EPP), sem observar a condicionante de concessão de desconto na base de cálculo do imposto CONSIGNADO em nota fiscal, conforme preceitua o Art. 16, Parágrafo 1º, Inciso II da Lei 7.014. Os cálculos realizados na obtenção dos valores devidos nesta infração encontram-se demonstrados no ANEXO 4 deste Auto de Infração, sendo observado o preceito de que o ICMS incorpora a sua própria base de cálculo, nos mesmos moldes utilizados para a infração 3”*.

Infração 5 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais no documento fiscal. Lançado ICMS no valor de R\$3.191,26, mais multa de 60%.

Consta que: *“Trata-se de operações normais de vendas interestaduais de MATÉRIAS-PRIMAS que sobre a equivocada égide de EMPRÉSTIMO, retornaram com alíquota diferente da alíquota interestadual obrigatória”*.

Infração 6 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Indicada multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no montante de R\$46.220,69, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não

registradas. Trata-se de notas fiscais de aquisição de mercadorias informadas à SEFAZ pelo SINTEGRA.

Infração 7 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Indicada multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no montante de R\$1.132,83, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas. Trata-se de notas fiscais de aquisição de mercadorias informadas à SEFAZ pelo SINTEGRA.

Infração 8 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Indicada multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no montante de R\$74.375,89, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas. Trata-se de notas fiscais eletrônicas (NF-e) emitidas pelos estabelecimentos fornecedores e não registradas na escrita fiscal digital do autuado (EFD).

Infração 9 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Indicada multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no montante de R\$3.689,73, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas. Trata-se de notas fiscais eletrônicas (NF-e) emitidas pelos estabelecimentos fornecedores e não registradas na escrita fiscal digital do autuado (EFD).

O autuado apresenta defesa (fls. 32 a 52) e, inicialmente, solicita a realização de perícia técnica para esclarecer aspectos relacionados principalmente quanto às infrações 1 e 2. Discorre sobre a necessidade de perícia, cita doutrina, apresenta quesitos e indica seu assistente técnico.

Sustenta que, nas infrações que compõem o presente lançamento, o autuante utilizou argumentos equivocados, de forma que o levantamento fiscal está fundamentado em meras presunções. Disserta sobre o princípio da estrita legalidade e cita doutrina e jurisprudência. Diz que, no presente lançamento, não foram delineados os aspectos objetivo e subjetivo, tendo o auditor fiscal recorrido a presunção não autorizada em lei, ferindo, assim, os princípios constitucionais da capacidade contributiva, da legalidade e da tipicidade cerrada, além de ressuscitar a figura do confisco mediante a imposição de penalidades escorchantes.

Referindo-se à infração 1, destaca que no Auto de Infração está expressamente indicada a inclusão, no cálculo do imposto, do comércio de materiais para construção, correspondente a mais de 80% dos estabelecimentos “com capacidade de gerar vendas para a construção civil”. Diz que, dessa forma, baseado em mera presunção, o autuante atentou apenas para o código NCM (3921), ignorando que a grande maioria dos produtos consignados nos DANFes (documentos auxiliares da nota fiscal eletrônica) não são aplicados na construção civil.

Assegura que a quase totalidade das mercadorias foram destinadas à indústria moveleira. Explica que: as chapas decorativas de espessura inferior a 1,3 mm são destinadas à indústria moveleira, conforme os documentos anexados às fls. 70, 71 e 72 dos autos; os produtos com espessura de 1,3 a 2,00 mm ou mais têm uso na construção civil, com aplicação em pisos e paredes, consoante os documentos juntados às fls. 73, 74, 75 e 76.

Faz alusão à Decisão Normativa CAT-6, de 09/04/09, [da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo], a qual trata do regime de substituição tributária nas operações com materiais de construção e congêneres. Em seguida, frisa que os produtos relacionados na autuação não se enquadram no conceito de construção civil.

Argumenta que o próprio Parecer de fls. 15 e 15v, solicitado pelo autuante à DITRI (Diretoria de Tributação da SEFAZ-BA), é claro ao dispor que é necessária a comprovação do uso dos produtos na construção civil, prova essa que frisa jamais ter existido. Aduz que tal entendimento também foi manifestado no Parecer DITRI nº 07409/11, cujo teor transcreveu. Também reproduziu a ementa do Parecer DITRI nº 2825/13.

No que tange à infração 2, diz que nem todas as mercadorias relacionadas pelo autuante eram destinadas à construção civil e, assim, reitera os argumentos já expendidos quanto à infração 1. Prosseguindo, passa a indicar os seguintes equívocos que entende presentes na infração em tela.

Afirma que os DANFES n^{os} 4561, 4656, 4663, 4678, 4534, 4535 e 4562 (fls. 77 a 90) comprovam que essas saídas foram destinadas ao mercado moveleiro, uma vez que se trata de laminados com espessura de 0,8 mm.

Menciona que, no faturamento de Cola (Nota Fiscal nº 14296 – fls. 16/21 do Anexo 2), a MVA aplicada foi de 35%, a qual se refere a Solvente, quando a correta é de 48,02%.

Alega que nos faturamentos de Laminados de 1,3 mm, que eram destinados à construção civil, o autuante aplicou a MVA de 53%, porém, até 30/06/12, a MVA de 42,00% estava correta, só passando para 53% a partir de 01/07/12.

Relativamente às infrações 3 e 4, afirma que novamente a fiscalização usou o entendimento equivocado de que os produtos Laminados Decorativos e Fitas de Borda PVC, para móveis, seriam aplicados na construção civil, estando, assim, sujeitos à substituição tributária. Como exemplos, cita as Notas Fiscais n^{os} 4528 e 6889 (referentes à infração 3) e as de n^{os} 8111, 12501, 16040 e 1498 (atinentes à infração 4). Frisa que em todas elas constam informações relacionadas ao desconto, que estão impressas no campo “Dados Adicionais”, conforme exige a legislação.

Quanto à infração 5, diz que o ICMS é um tributo não cumulativo, nos termos do art. 155, §2º, I, da Constituição Federal. Aduz que esse caráter do ICMS é imperativo e deve ser observado tanto pelo poder público como pelos contribuintes, conforme doutrina que reproduz.

Pontua que o caso em análise trata de operações de empréstimos, com retorno das mercadorias, isto é, sem transferência de titularidade.

Após transcrever trecho de resposta à Consulta nº 794, a qual trata de estorno de crédito fiscal atinente a bens do ativo permanente, afirma que não há razão para se manter a autuação, pois o Fisco já se manifestou pela manutenção do crédito relativo a bem enviado para conserto, o que diz ocorrer no caso de empréstimo.

Menciona que as notas fiscais foram emitidas como remessas de empréstimos de insumos que, tanto os destinatários quanto o remetente, utilizaram no processo fabril. Diz que, posteriormente, tais insumos foram devolvidos com os mesmos valores, sem envolver transação financeira em nenhuma das operações, isto é, nem na remessa e nem no retorno.

Assegura que se debitou de 12% na operação de saída e, quando da devolução, se creditou de 12%. Conclui que, portanto, pelo princípio da não cumulatividade não houve nenhuma irregularidade.

Relativamente às infrações 6 a 9, diz que não procedem as alegadas entradas de mercadorias no seu estabelecimento sem registro da escrita fiscal. Afirma que as situações citadas a seguir, como exemplos, justificam a não escrituração das notas fiscais:

- a Nota Fiscal nº 13916, da COPENOR Companhia Petroquímica do Nordeste foi substituída pela Nota Fiscal nº 13931, pois o produto que iria ser carregado possuía acidez acima da prevista;
- a Nota Fiscal nº 33472, da MD Papéis Ltda., foi substituída pela Nota Fiscal nº 33.482, pois, por erro de planejamento, a entrega ocorreria antes do previsto;
- a Nota Fiscal 128768, da BRASKEM QPAR S.A. foi substituída pela Nota Fiscal nº 128876, em razão de faturamento fora das especificações;
- algumas situações cuidam de “simples faturamento decorrente de venda para remessa futura”, como, por exemplo, as Notas Fiscais n^{os} 12207, 12899 e 13775, emitidas pela SADO BIO ENERGIA (fls. 102 a 104), sendo que as notas que acompanham os produtos foram registras;

- em algumas circunstâncias a nota fiscal foi emitida irregularmente, tendo em vista que se tratava de mera cotação de preços, sem que se efetivasse a aquisição, como é o caso da Nota Fiscal nº 251837, emitida pela BRENNTAG QUÍMICA DO BRASIL LTDA.

Frisa que, em todos os casos em que não houve o registro de entrada das notas fiscais, também não houve o ingresso do produto no seu estoque e nem o pagamento de eventuais duplicatas.

Menciona que seria o único prejudicado pela falta de escrituração das entradas, uma vez que deixaria de se apropriar dos créditos fiscais constantes nas notas.

Prosseguindo, afirma que as multas indicadas na autuação não são razoáveis e não guardam proporcionalidade com as infrações. Discorre sobre o princípio da proporcionalidade, cita fartas jurisprudência e doutrina. Solicita que, na hipótese de manutenção do Auto de Infração, as multas aplicadas sejam drasticamente reduzidas.

Ao finalizar, protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive por perícia e pela juntada posterior de documentos. Requer que o Auto de Infração seja arquivado.

O autuante presta a informação fiscal (fls. 108 a 116) e, inicialmente, afirma que fez uma revisão do trabalho realizado, tendo comprovado que os argumentos defensivos não elidem as infrações. Diz que, no entanto, houve algumas falhas na determinação dos valores exigidos, as quais foram saneadas por meio de novos demonstrativos, conforme relatado a seguir.

Explica que as infrações 1 e 2 tratam, em sua maioria, a operações com chapas decorativas (NCM 39219011) e, em menor escala, com fitas e bobinas de PVC (NCM 39204900). Diz que, por se tratar de produtos que servem para uso na construção civil e também na fabricação de móveis, dirigiu consulta tributária à DITRI, a qual por meio da Orientação Tributária 19959/2014 (fl. 15) definiu que na classificação da mercadoria deveria ser observado, além da descrição e da NCM, o ramo de atividade do estabelecimento destinatário.

Afirma que a exigência fiscal não está baseada em presunção, pois dispunha de relação dos clientes do impugnante envolvidos na aquisição dos produtos da substituição tributária, constando inclusive deste cadastro as suas respectivas atividades econômicas, conforme a planilha “ROL DE CLIENTES DA MADEPAR”, anexado ao processo na informação fiscal.

Frisa que o defendente não dirigiu qualquer consulta à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia indagando sobre o comportamento que deveria adotar nas vendas dos seus produtos alcançáveis pela substituição tributária. Discorre sobre a Nomenclatura Comum do Mercosul e, em seguida, afirma que cabe à Receita Federal do Brasil a classificação das mercadorias na NCM e, portanto, a ela devem ser dirigidos os pedidos de ajuste na nomenclatura considerada inadequada.

Apresenta tabela com as MVAs previstas no Protocolo 104/09 e, mais adiante, diz que assiste razão ao autuado quanto à aplicação de MVA diferente da legalmente determinada. Dessa forma, refez os cálculos dos valores atinentes ao ICMS devido por substituição tributária, conforme demonstrativos que cita.

Apresenta Demonstrativo de Débito para as infrações 1 e 2, com os valores originais e os recalculados. Nesses demonstrativos, há uma coluna intitulada “Providências Solicitadas”, na qual conta as seguintes informações: *parcialmente procedente (valor recalculado)*; *totalmente procedente*; *procedente no valor autuado (lavratura de A.I. complementar)*.

Pugna pela manutenção dos valores cobrados, nos moldes dos demonstrativos que apresentou.

Quanto à infração 3, transcreve o disposto na alínea “c” do inciso I do artigo 16 da Lei nº 7.014/96 e, em seguida, explica que os argumentos que levaram ao enquadramento das mercadorias constantes no demonstrativo denominado “VENDAS A 7% DE PRODUTOS DA ST - REVISADO” (anexada à informação fiscal), como produtos da substituição tributária, são os mesmos apresentados nas informações atinentes às infrações 1 e 2, já relatados.

Admite que houve falha na elaboração das planilhas referentes a esse item do lançamento, de forma que, em alguns exercícios, os dados ficaram desvinculados das datas. Pontua que, como pode ser observado no demonstrativo "VENDAS 7% PRODUTOS ST", anexado ao Auto de Infração, a ordem dos números das notas fiscais encontra-se truncada e não correspondem às datas de lançamento, resultando em uma peça imprestável. Afirma que, corrigindo tal distorção, elaborou o demonstrativo "VENDAS A 7% DE PRODUTOS DA ST - REVISADO".

Apresenta Demonstrativo de Débito para a infração 3, com os valores originalmente lançados e os recalculados. Nesse demonstrativo, há uma coluna intitulada "Providências Solicitadas", na qual foram consignadas as seguintes informações: *parcialmente procedente (valor recalculado); totalmente procedente; procedente no valor autuado (lavratura de A.I. complementar)*.

Pugna pela manutenção dos valores cobrados, nos moldes dos demonstrativos que apresentou.

No que tange à infração 4, admite que pelas mesmas razões expostas na infração anterior, a planilha originalmente elaborada contém equívocos que a torna imprestável. Dessa forma, elaborou uma nova planilha intitulada "VENDAS A 7% SEM DESCONTO - REVISADO", na qual chegou ao real valor a ser cobrado nessa infração.

Menciona que o autuado já foi fiscalizado em relação a exercícios anteriores, tendo sido julgada procedente a infração fundamentada nas mesmas razões agora apresentadas. Diz que, até 15/01/10, o autuado não fez referência em suas notas fiscais a qualquer desconto concedido para os ambulantes, microempresas e empresas de pequeno porte, embora tenha calculado o ICMS do Regime Normal à alíquota de 7% (Notas Fiscais nºs 1225, 1226, 1248, 1255 e 1256, grafadas em campo amarelo na planilha "VENDAS A 7% SEM DESCONTO - CORRIGIDA", mencionada). Frisa que, a partir daí, o defendente começou a consignar no campo "Informações Complementares" que havia desconto resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, porém, esse desconto só foi mencionado nos documentos fiscais, pois nenhuma redução de preço foi concedida aos adquirentes, conforme se pode observar na planilha "DEMONSTRATIVO DO PREÇO UNITÁRIO DOS PRODUTOS SOB ALÍQUOTAS DIVERSAS" (anexa à informação fiscal).

Apresenta Demonstrativo de Débito para a infração 4, com os valores originalmente lançados e os recalculados. Nesse demonstrativo, há uma coluna intitulada "Providências Solicitadas", na qual foram consignadas as seguintes informações: *parcialmente procedente (valor recalculado); totalmente procedente; procedente no valor autuado (lavratura de A.I. complementar)*.

Pugna pela manutenção dos valores exigidos no demonstrativo de débito que apresentou.

Quanto à infração 5, afirma que as operações de envio e retorno interestadual de mercadorias obedecem à aplicação das alíquotas interestaduais do emissor da nota fiscal. Diz que este CONSEF já se manifestou por inúmeras vezes, nos seus julgados, pela procedência de acusações como a que se encontra ora em análise. Pugna pela procedência da infração em comento.

Relativamente às infrações 6, 7, 8 e 9, frisa que nos termos do artigo 143 do RPAF-BA/99, *A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*.

Explica que as informações foram obtidas através dos meios regulares disponibilizados pela SEFAZ, quais sejam: os arquivos magnéticos do Sintegra (informações fornecidas pelo próprio contribuinte) e do Web-Sintegra (informações apresentadas pelos seus fornecedores) e o cotejamento das NF-e emitidas por terceiros com o livro Registro de Entradas ou a Escrita Fiscal Digital – EFD do defendente.

Pontua que, antes da lavratura do Auto de Infração, o autuado recebeu via *e-mail* planilha com a relação das entradas não escrituradas. Frisa que as operações comprovadas pelo autuado foram eliminadas, de forma que as operações remanescentes foram incluídas na autuação.

Afirma que os argumentos trazidos na defesa não se sustentam, pois não foram trazidas aos autos as provas de que as notas fiscais tivessem sido escrituradas, ou que foram canceladas pelos emitentes ou que não foram endereçadas ao seu estabelecimento.

Menciona que a emissão e cancelamento de notas fiscais eletrônicas (NF-e) obedece a preceitos e prazos legais que não foram cumpridos nos três exemplos citados pelo defendente. Diz que não se substitui notas fiscais eletrônicas quando vencido o prazo de cancelamento, sendo que nesse caso o procedimento correto é o destinatário fazer a recepção da NF-e, registrá-la na escrita fiscal de entradas e, em seguida, emitir a NF-e de devolução da remessa equivocada.

Quanto às operações de venda para remessa futura e para cotação de preço, questiona: Qual a razão para a não escrituração dessas notas fiscais?

Pugna pela procedência das infrações 6, 7, 8 e 9.

Apresenta respostas aos quesitos formulados na solicitação de perícia e, ao final diz que as diferenças apuradas a mais na informação fiscal serão objeto de Auto de Infração Complementar.

Notificado acerca do resultado da informação e dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante, tendo sido reaberto o prazo de defesa em trinta (30) dias, o autuado se pronunciou à fl. 132 dos autos. Nessa oportunidade, o defendente afirma que a ação fiscal se mostrou equivocada, uma vez que o lançamento foi revisado, concluindo-se pela procedência em parte ou pela procedência dos argumentos expendidos na defesa. Reitera as razões trazidas na impugnação.

O autuante se pronunciou à fl. 136, afirmando que o defendente não apresentou qualquer argumento ou fato que não tivesse constado na defesa inicial. Solicita que o processo seja encaminhado ao CONSEF para julgamento.

VOTO (Vencido quanto a infração 5)

Em sua defesa, o autuado sustenta que o Auto de Infração está baseado em presunção não autorizada em lei, ferindo, assim, os princípios da capacidade contributiva, da legalidade e da tipicidade cerrada, além de impor penalidades com caráter de confisco.

Ao contrário do afirmado pelo defendente, as infrações que compõem o Auto de Infração em comento não estão baseadas em presunções. As exigências fiscais possuem previsão legal, conforme o enquadramento legal que consta ao final de cada infração. Considerando que nesses enquadramentos há citações de dispositivos regulamentares, saliento que nos termos do art. 19 do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade tal indicação.

A alegação defensiva atinente a penalidades com caráter de confisco, observo que as multas indicadas na autuação estão corretas e são as previstas no art. 42 da Lei nº 7014/96 para as infrações que foram imputadas ao autuado, não cabendo a este colegiado apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, nos termos do art. 125, inc. I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB).

O autuado requereu a realização de perícia técnica para esclarecer aspectos relacionados a infrações que compõem o lançamento tributário de ofício, apresentou quesitos a serem respondidos e indicou seu assistente técnico.

Inicialmente, há que se observar que a prova pericial destina-se a fornecer subsídios ao julgador, a quem cabe, nos termos do § 2º do artigo 147 do RPAF/99, o indeferimento de solicitações que considerar desnecessárias ou meramente protelatórias. Além disso, prevê o art. 147, II, “b”, do RPAF/99, que deverá ser indeferido o pedido de perícia fiscal, quando ela se revelar desnecessária em vista de outras provas constantes nos autos.

No caso em análise, considero que a prova pericial requerida pelo impugnante é desnecessária, pois os elementos já constantes nos autos permitem que os julgadores formem o seu convencimento acerca dos pontos controversos, como ficará demonstrado na apreciação do mérito da lide. Dessa forma, fica indeferida a perícia solicitada.

Ultrapassadas as questões acima, passo a apreciar o mérito da lide.

Na infração 1, o autuado foi acusado de ter deixado de reter ICMS devido por substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado.

A quase totalidade dos produtos relacionados na infração em comento são chapas decorativas e fitas e bobinas de PVC, conforme se pode observar nos demonstrativos gravados no CD-ROM que acompanha o Auto de Infração. Segundo o autuante, esses produtos estão classificados na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) nas posições 39219011 e 39204900 - afirmação que não foi contestada pelo autuado.

Em sua defesa, o autuado sustenta que a quase totalidade das mercadorias relacionadas na autuação foram destinadas à indústria moveleira, sem qualquer uso na construção civil. Explica que chapas decorativas de espessura inferior a 1,3 mm são destinadas à indústria moveleira, ao passo que as de espessura superior a 1,3 mm são empregadas na construção civil.

As chapas decorativas (NCM 39219011) e as fitas e bobinas de PVC (NCM 39204900), quando destinadas à construção civil, estão enquadradas no regime de substituição tributária interna deste Estado nos termos do art. 353, II, item “40.1”, do RICMS-BA/97, vigente até 31/03/12, bem como item “24.8” do Anexo 1 de que trata o art. 298 do RICMS-BA/12, vigente a partir de 01/04/12. Porém, quando destinadas a empresas do ramo moveleiro, não se submetem a esse citado regime.

Para que uma mercadoria esteja enquadrada no regime de substituição tributária, é necessário que a sua classificação na NCM e a sua descrição coincidam com a constante na legislação tributária pertinente. Além desses dois elementos - NCM e descrição -, em algumas situações especificadas é necessário observar a destinação dada à mercadoria em análise.

No caso em comento, é necessário que se verifique a destinação da mercadoria, pois a legislação tributária que prevê o regime de substituição tributária para as chapas decorativas e para as fitas e bobinas em PVC exige que elas sejam destinadas ao “uso na construção civil”.

Conforme foi bem explicado pelo autuante na informação fiscal, as operações de saídas que foram incluídas na infração em comento foram aquelas destinadas a empresas comerciais varejistas e atacadistas que possuíam como atividade a venda de materiais de construção, conforme se depreende da planilha denominada “Rol de Clientes da Madepar” gravada no CD-ROM de fl. 117, aduzido na informação fiscal e do qual o autuado recebeu cópia.

O fato de as chapas decorativas terem espessura inferior a 1,3 mm não é capaz de elidir a infração, pois, conforme explicado acima, as operações de saídas foram destinadas a empresas que possuíam como atividade a venda de materiais de construção. Além disso, a descrição das mercadorias constantes no item “10” do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/09 e no item “24.8” do Anexo 1 de que trata o art. 298 do RICMS-BA/12, não faz qualquer restrição quanto à espessura das chapas, senão vejamos:

Mercadorias – NCM
Telhas plásticas, chapas, laminados plásticos em bobina, para uso na construção civil – 3921
Chapas, etc. de Resina Melamina-Formaldeído, Estratificados – NCM 39219011

A Decisão Normativa CAT-6, da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, não possui o condão de descaracterizar a destinação das mercadorias relacionadas na infração em comento, as

quais foram destinadas a estabelecimentos comerciais de venda de materiais de construção. Por outro lado, os Pareceres DITRI nºs 07409/11 e 2853 corroboram o posicionamento adotado pelo autuante na ação fiscal, uma vez que as mercadorias em questão possuem NCM e descrição coincidentes com as constantes na legislação tributária aplicável ao caso.

As mercadorias arroladas na autuação possuem NCM e descrição coincidentes com as constantes na legislação e que essas mercadorias foram destinadas a empresas comerciais que possuíam a atividade a venda de materiais de construção. Dessa forma, o autuado estava obrigado a efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, conforme consta na descrição da infração que lhe foi imputada e, portanto, a acusação em tela está caracterizada.

No entanto, no que tange ao valor devido, observo que o autuante na informação fiscal refez a apuração do imposto, tendo corrigido as margens de valores adicionados (MVAs) utilizadas na determinação do ICMS devido por substituição tributária. Após essa retificação, o valor devido na infração 1 passou de R\$ 875.547,50 para R\$ 739.714,11, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado a seguir, o qual está de acordo com o apresentado às fls. 110/111:

Ressalto que nos meses de janeiro a maio e julho de 2014, os valores apurados pelo autuante na informação fiscal foram superiores aos originalmente lançados. Considerando a impossibilidade de majoração dos valores exigidos, foram mantidos os débitos originalmente apurados nesses citados meses, ficando o autuante de lavrar Auto de Infração Complementar para exigir os montantes que não podem ser exigidos no presente lançamento.

Data de Ocorrência	Valor Histórico Autuado	Valor Histórico Devido
31/01/2011	11.127,07	9.008,06
28/02/2011	23.223,71	18.671,54
31/03/2011	36.791,43	29.784,99
30/04/2011	12.242,01	9.776,05
31/05/2011	29.681,26	24.005,19
30/06/2011	30.725,11	24.731,93
31/07/2011	18.831,28	14.323,48
31/08/2011	19.127,21	15.378,90
30/09/2011	30.938,19	24.137,41
31/10/2011	7.507,17	5.960,87
31/11/2011	24.094,87	18.210,52
31/12/2011	27.842,13	22.402,68
31/01/2012	18.693,28	14.175,20
29/02/2012	29.420,28	23.706,58
31/03/2012	51.888,23	33.100,87
30/04/2012	12.832,41	10.388,64
31/05/2012	20.368,88	14.675,59
30/06/2012	14.536,47	11.723,12
31/07/2012	27.525,57	22.087,04
31/08/2012	25.079,03	20.060,53
30/09/2012	25.414,04	18.998,98
31/10/2012	19.578,63	14.650,54

Data de Ocorrência	Valor Histórico Autuado	Valor Histórico Devido
30/11/2012	14.163,87	10.807,30
31/12/2012	11.268,51	8.929,76
31/01/2013	27.927,98	26.879,68
28/02/2013	22.478,46	22.478,46
31/03/2013	21.461,55	21.453,33
30/04/2013	13.033,18	11.566,26
31/05/2013	11.831,02	10.557,77
30/06/2013	16.054,20	11.723,83
31/07/2013	17.506,19	17.498,84
31/08/2013	15.974,97	14.648,13
30/09/2013	23.736,52	23.730,69
31/10/2013	16.455,90	13.944,20
30/11/2013	17.177,08	16.718,08
31/12/2013	14.205,49	14.205,49
31/01/2014	33.938,81	33.938,81
28/02/2014	16.400,83	16.400,83
31/03/2014	13.714,66	13.714,66
30/04/2014	16.548,29	16.548,29
31/05/2014	15.205,97	15.205,97
30/06/2014	13.568,18	13.377,44
31/07/2014	5.427,58	5.427,58
Total da Infração 1		739.714,11

Em face ao acima exposto, a infração 1 é procedente em parte no valor de R\$739.714,11.

Ao abordar a infração 2, o autuado inicialmente afirma que para esse item do lançamento se aplicam os mesmos argumentos trazidos na infração anterior.

Considerando que essa segunda infração trata de retenção a menos do ICMS devido por substituição tributária, cai por terra o argumento defensivo de que as mercadorias em questão não estariam enquadradas no regime de substituição tributária. Além disso, a retenção efetuada a menos de que trata a infração 2 constitui uma verdadeira confirmação de que as mercadorias em questão estão enquadradas no regime de substituição tributária. Por fim, considerando que os argumentos trazidos na primeira infração já foram enfrentados e afastados neste voto, reitero que as mercadorias relacionadas na autuação estão enquadradas no regime de substituição tributária, uma vez que eram destinadas ao uso na construção civil.

O defendente traz aos autos os DANFEs acostados às fls. 77 a 90, visando comprovar que aquelas saídas foram destinadas ao mercado moveleiro, haja vista que eram referentes a laminados com 0,8 mm de espessura.

Analisando esses DANFEs, constata-se que as mercadorias ali consignadas possuem NCM (39219011) e descrição (chapa decorativa) coincidentes com as descritas na legislação e foram destinadas à construção civil, uma vez que os destinatários eram estabelecimentos comerciais, conforme consta na planilha “Rol de Clientes da Madepar” (CD-ROM à fl. 117). Dessa forma, esses DANFEs não se mostram capazes de elidir a autuação.

Argumentou o defendente que as mercadorias cola e laminados de 1,3 mm estavam com as MVAs equivocadas. Na informação fiscal, o autuante acatou o argumento defensivo e refez a apuração do valor devido, retificando as MVAs cabíveis.

Acolho as retificações efetuadas pelo autuante, pois em conformidade com as MVAs aplicáveis às mercadorias à época das operações de saídas.

Assim, a infração 2 subsiste parcialmente, no valor de R\$ 16.477,63, como foi apurado na informação fiscal, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado às fls. 110v e 111.

A Infração 3 cuida de recolhimento a menos de ICMS em decorrência de aplicação de alíquota diversa da prevista nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Ao tratar de aplicação de alíquota, assim dispõe o art. 16, I, “c”, da Lei nº 7.014/96:

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% (sete por cento) nas operações com:

[...]

c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado e destinadas a empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes, quando inscritas no cadastro estadual, exceto em se tratando das mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias relacionadas nas alíneas “a” a “j” do inciso II; (grifo não do original)

O demonstrativo que embasa esse item do lançamento evidencia que o autuado, nas operações de saídas internas de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, aplicou a alíquota de 7% no cálculo do ICMS normal, em vez de 17%.

Sustenta o autuado que os produtos relacionados na infração não estão enquadrados no regime de substituição tributária, pois os laminados [chapas] decorativos e fitas de borda em PVC não foram destinados à construção civil.

Esse argumento defensivo não elide a autuação, pois conforme foi demonstrado nas infrações 1 e 2, as mercadorias relacionadas na autuação estão enquadradas no regime de substituição

tributária, já que a NCM e a descrição coincidem com o constante na legislação e as saídas foram destinadas à construção civil, haja vista que os destinatários eram estabelecimentos comerciais, consoante a planilha “Rol de Clientes da Madepar” (CD-ROM à fl. 117). Dessa forma, o ilícito fiscal imputado ao autuado está caracterizado.

No entanto, no que tange ao valor devido, observo que o autuante na informação fiscal refez a apuração do imposto, tendo corrigido equívocos na elaboração da planilha original. Após essa retificação, o valor devido na infração 3 passou de R\$376.712,40 para R\$349.089,95, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado a seguir, o qual está de acordo com o apresentado às fls. 111/112:

Ressalto que nos meses de fevereiro, abril a agosto e dezembro de 2011, os valores apurados pelo autuante na informação fiscal foram superiores aos originalmente lançados. Considerando a impossibilidade de majoração dos valores exigidos, foram mantidos os débitos originalmente apurados nesses citados meses, ficando o autuante de lavrar Auto de Infração Complementar para exigir os montantes que não podem ser exigidos no presente lançamento.

Data de Ocorrência	Valor Histórico Autuado	Valor Histórico Devido	Data de Ocorrência	Valor Histórico Autuado	Valor Histórico Devido
31/01/2011	9.935,62	9.727,66	30/11/2012	4.353,05	2.926,60
28/02/2011	6.537,32	6.537,32	31/12/2012	6.288,03	6.288,03
31/03/2011	11.389,50	9.776,45	31/01/2013	15.713,97	13.147,03
30/04/2011	9.773,33	9.773,33	28/02/2013	10.664,94	10.664,94
31/05/2011	12.698,08	12.698,08	31/03/2013	8.045,15	8.045,15
30/06/2011	8.069,60	8.069,60	30/04/2013	8.012,86	6.058,58
31/07/2011	8.931,43	8.931,43	31/05/2013	7.632,40	6.051,68
31/08/2011	14.440,01	14.440,01	30/06/2013	9.014,85	7.446,33
30/09/2011	15.064,99	13.403,03	31/07/2013	13.146,34	13.146,34
31/10/2011	1.414,60	1.414,60	31/08/2013	4.129,57	2.496,69
31/11/2011	9.873,64	7.385,84	30/09/2013	9.326,74	9.326,74
31/12/2011	8.651,63	8.651,63	31/10/2013	7.537,91	6.059,10
31/01/2012	12.332,86	10.014,70	30/11/2013	4.238,56	4.238,56
29/02/2012	2.558,36	2.558,36	31/12/2013	8.908,13	8.908,13
31/03/2012	15.242,59	14.022,57	31/01/2014	15.052,20	13.596,69
30/04/2012	13.102,99	13.102,99	28/02/2014	4.013,83	3.909,56
31/05/2012	12.007,38	10.470,47	31/03/2014	2.640,47	2.640,47
30/06/2012	5.836,47	5.836,47	30/04/2014	8.866,08	8.866,08
31/07/2012	8.683,00	7.243,72	31/05/2014	2.382,04	2.382,04
31/08/2012	10.390,81	10.237,32	30/06/2014	6.311,05	6.311,05
30/09/2012	10.726,55	10.726,55	31/07/2014	1.663,15	1.663,15
31/10/2012	11.110,32	9.894,88	Total da Infração3		349.089,95

Em face ao acima exposto, a infração 3 é procedente em parte no valor de R\$349.089,95.

Na infração 4, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos ICMS em razão de aplicação indevida da alíquota de 7% nas operações de saídas regularmente escrituradas destinadas a ambulantes, microempresas e empresas de pequeno porte.

Conforme art. 16, I, “c”, da Lei nº 7.014/96, o ICMS incide à alíquota de 7% nas operações com mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado e destinadas a empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes. Todavia, o §1º, II, desse citado art. 16, determina que o estabelecimento industrial fica obrigado a repassar para o adquirente, sob a

forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.

Visando demonstrar que o autuado não repassou aos destinatários das mercadorias o benefício da utilização da alíquota de 7%, o autuante elaborou uma planilha denominada “Demonstrativo do Preço Unitário dos Produtos sob Alíquotas Diversas”. Examinando essa planilha, observa-se que o preço dos produtos tributados com a alíquota de 7% era o mesmo dos tributados com alíquotas de 12% ou 17%, chegando, em alguns exemplos isolados, ao preço com a utilização da alíquota de 7% a ser superior. Dessa forma, fica comprovado que a condição exigida para o gozo do referido benefício não foi atendida.

O fato de constar nos documentos fiscais a citada redução não é suficiente para elidir a infração. É fundamental que o desconto seja efetivamente repassado ao destinatário, o que não restou demonstrado nos autos.

Em face ao acima exposto, a acusação imposta ao autuado restou demonstrada nos autos, porém, quanto ao valor devido, observo que o autuante na informação fiscal refez a apuração do imposto, tendo corrigido erros cometidos quando da confecção da planilha original denominada “Vendas a 7% sem Desconto”. Após essa retificação, o valor devido na infração 4 passa para R\$140.409,61, conforme demonstrado a seguir.

Ressalto que, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, fevereiro, julho e setembro de 2011, janeiro, março, maio, julho, outubro e novembro de 2012, maio e outubro de 2013, os valores apurados pelo autuante na informação fiscal foram superiores aos originalmente lançados. Considerando a impossibilidade de majoração dos valores exigidos, foram mantidos os débitos originalmente apurados nesses citados meses, ficando o autuante de lavrar Auto de Infração Complementar para exigir os montantes que não podem ser exigidos no presente lançamento.

Data de Ocorrência	Valor Histórico Autuado	Valor Histórico Recalculado
31/01/2010	5.193,64	5.193,64
28/02/2010	10.217,56	10.217,56
31/03/2010	19.078,27	19.078,27
30/04/2010	4.582,87	4.582,87
31/05/2010	7.506,38	7.506,38
30/06/2010	6.106,65	6.106,65
31/07/2010	7.095,37	7.095,37
31/08/2010	6.804,74	6.804,74
30/09/2010	8.658,52	8.658,52
31/10/2010	9.214,08	9.214,08
30/11/2010	10.784,18	10.784,18
31/12/2010	7.013,06	7.013,06
31/01/2011	682,27	-
28/02/2011	1.262,13	1.262,13
31/07/2011	1.921,02	1.921,02
31/08/2011	1.073,90	-
30/09/2011	167,38	167,38
31/10/2011	1.546,87	1.028,81
31/12/2011	3.226,33	917,23
31/01/2012	2.247,97	2.247,97

Data de Ocorrência	Valor Histórico Autuado	Valor Histórico Recalculado
29/02/2012	4.396,47	4.396,47
31/03/2012	3.665,62	3.665,62
30/04/2012	1.445,54	1.445,54
31/05/2012	2.326,54	2.326,54
30/06/2012	1.174,60	1.174,60
31/07/2012	744,54	744,54
31/08/2012	1.300,36	1.300,36
30/09/2012	822,41	822,41
31/10/2012	1.300,36	1.300,36
30/11/2012	1.929,80	1.929,80
28/02/2013	1.152,61	1.152,61
31/03/2012	1.288,19	1.288,19
31/05/2013	1,00	1,00
31/10/2013	1.061,24	1.061,24
31/01/2014	8.712,99	3.300,49
28/02/2014	1.842,98	1.842,98
30/04/2014	1.882,30	1.882,30
31/05/2014	974,70	974,70
Total da Infração 4		140.409,61

Também saliento que, nesse refazimento da apuração dos valores devidos, foram apurados débitos referentes aos meses de abril, maio, junho e novembro de 2011, janeiro, abril, junho e agosto de 2013. Tendo em vista que esses meses originalmente não constaram na infração em tela, o autuante informou que tais débitos serão objeto de Auto de Infração Complementar.

Em face ao acima exposto, a infração 4 subsiste parcialmente no valor de R\$140.409,61.

Quanto à infração 5 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque do imposto a mais nos documentos fiscais - o autuado frisa que com base no princípio da não cumulatividade tem direito ao crédito fiscal em questão e que as operações são referentes a devoluções de empréstimos de insumos. Diz que, nas operações de saídas, se debitou de 12% e, portanto, nas operações de entradas, tem direito ao crédito de 12%.

De acordo com os DANFEs constantes no Anexo 5 do Auto de Infração, os produtos relacionados na infração em comento são Melamina e Aditivo Alton 58. É incontroverso que esses produtos são matérias-primas utilizadas tanto no processo fabril do autuado quanto no dos remetentes.

Conforme foi bem explicado pelo autuante na informação fiscal, as operações relacionadas na autuação não se referem a devolução de empréstimos, pois os produtos foram consumidos pelos estabelecimentos destinatários e, posteriormente, foram devolvidas quantidades equivalentes às recebidas, mais não dos mesmos produtos. Considerando que se trata de bens fungíveis, não há como se admitir a hipótese de devolução de empréstimos.

A matéria em questão já foi objeto de decisão deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0271-12/06 e 0198-12/09.

Ressalto que a exigência fiscal em comento não afronta o princípio da não cumulatividade, pois a legislação tributária estadual prevê que o crédito fiscal referente a mercadorias provenientes de Estados da Região Sudeste somente será admitido se calculado à alíquota de 7%. Já nas operações que destinam mercadorias a Estados localizado na Região Sudeste, o imposto deverá ser destacado à alíquota de 12%.

Considerando que o autuado utilizou crédito fiscal destacado a mais nos documentos fiscais, a infração 5 resta caracterizada.

As infrações 6 a 9 tratam de entrada de mercadorias sem registro na escrita fiscal, tendo sido aplicada multa de 10% ou 1%, conforme a situação tributária das mercadorias. Nas infrações 6 e 7, os dados dos documentos fiscais foram obtidos do SINTEGRA; já nas infrações 8 e 9, esses dados foram obtidos da EFD - escrituração fiscal digital.

Na defesa, o autuado impugna as infrações 6 a 9 em conjunto. Dessa forma, também passo a apreciar os argumentos defensivos em conjunto.

Por falta de prova, não há como se acolher o argumento defensivo atinente a notas fiscais emitidas pela COPENOR Companhia Petroquímica do Nordeste, MD Papéis Ltda. e BRASKEM QPAR S.A. que, segundo o autuado, foram objeto de substituição por outras notas fiscais.

Não procede a tese defensiva de que as notas fiscais de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura estariam dispensadas de escrituração, pois o livro Registro de Entradas destina-se a escrituração de entradas ocorridas a qualquer título. Do mesmo modo, não há previsão legal que dispense a escrituração da nota fiscal referente à alegada “cotação de preço”.

A alegação defensiva atinente à falta de entrada das mercadorias não se mostra capaz de elidir as infrações, pois a simples negativa do cometimento do ilícito fiscal não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação.

Em face ao acima exposto, as infrações 6, 7, 8 e 9 subsistem integralmente.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar as infrações 1, 2, 3 e 4 procedentes em parte, e as infrações 5, 6, 7, 8 e 9 procedentes.

VOTO VENCEDOR: (Infração 5)

Com a devida vênia para divergir do entendimento do i.relator em relação a infração 5. A acusação diz que *"Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais no documento fiscal. Lançado ICMS no valor de R\$3.191,26, mais multa de 60%"*, com a informação de que *"Trata-se de operações normais de vendas interestaduais de MATÉRIAS-PRIMAS que sobre a equivocada égide de EMPRÉSTIMO, retornaram com alíquota diferente da alíquota interestadual obrigatória"*.

Vejo que há um evidente equívoco da autuação ao descaracterizar a natureza da operação indicada nos documentos fiscais que deram azo à autuação, visto que, do exame desses documentos se constata que se referem a *"remessas a título de empréstimo"* e não há qualquer comprovação de que se trata de uma simulação de operação de venda conforme entendeu a autuação.

Não vislumbro como se sustentar o entendimento do n.relator de que as operações relacionadas na autuação não se refiram a devolução de empréstimos, pois os produtos foram consumidos pelos estabelecimentos destinatários e, posteriormente, foram devolvidas em quantidades equivalentes às recebidas, **mais não dos mesmos produtos** e que considerando que se trata de bens fungíveis, não há como se admitir a hipótese de devolução de empréstimos.

Ora, analisando os documentos fiscais relacionados no Anexo 5 da autuação, temos:

- 1) Em 24/05/10 foi emitida a NFe 002.604 a título de "remessa empréstimo", CFOP 6949, referente a 13.850,00 kg de Melamina, no valor de R\$61.425,00 com ICMS debitado no valor de R\$7.371,00 calculado à alíquota de 12% por se tratar de operação interestadual.
- 2) Em 15/06/10, o destinatário da mercadoria indicada no item anterior, emitiu a nota fiscal nº 003.895, a título de "outras saídas de mercadorias", CFOP 6949, com a seguinte informação complementar: Devolução total referente NF 2604 de 24.05.2010, no mesmo valor e alíquota acima indicada.
- 3) Em 30/06/10, foi emitida a NFe 002.925 a título de "remessa empréstimo", CFOP 6949, referente a 220,00 kg de Aditivo Alton 58, no valor de R\$2.400,20 com ICMS debitado no valor de R\$288,02 calculado à alíquota de 12% por se tratar de operação interestadual.
- 4) Em 21/07/10, o destinatário da mercadoria indicada no item anterior, emitiu a nota fiscal nº 002.052, a título de "outra saída de mercadoria", CFOP 6949, com a seguinte informação complementar: Referente NF 2925 de 30.06.2010, no mesmo valor e alíquota acima indicada.

De maneira que, em função dos dados acima, fica claro que, de fato, ocorreu a devolução de produtos enviados anteriormente a título de empréstimo, sendo óbvio que, por se tratar de produtos fungíveis não poderiam jamais, serem exatamente os mesmos produtos enviados, já que foram utilizados, para a finalidade pertinente. A meu ver, restou patente, sim, que ocorreu a devolução dos mesmos produtos, Aditivo Alton 58 e Melamina, e, nesta circunstância a alíquota utilizada está correta, posto que está anulando, no mesmo patamar, o débito da operação anterior de remessa, inexistindo, portanto, utilização a mais de crédito fiscal.

Voto pela improcedência deste item da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269096.0008/13-0** lavrado contra **MADEPAR LAMINADOS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.245.691,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alíneas "a" e "e", da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas

por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no montante de **R\$125.419,14**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo artigo e lei, com os acréscimos moratórios estatuídos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA