

A. I. N° - 269096.0009/13-7  
AUTUADO - MADEPAR LAMINADOS S/A  
AUTUANTE - JAYME GONÇALVES REIS  
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA  
INTERNET - 29.05.2015

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0086-04/15**

**EMENTA:** ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS DE SAÍDA DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO 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. Infração subsistente. 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. Infração subsistente. b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DESTINADAS AMBULANTES, MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, SEM OBEDECER AO DISPOSTO NA LEGISLAÇÃO. Não restou comprovado que o benefício concedido da redução da alíquota tenha sido repassado ao destinatário. Infração subsistente. Afastadas as arguições de nulidade e a solicitação de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/11/14, exige ICMS no valor de R\$85.664,76 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\$1.791,69, mais multa de 60%.

Foi consignado que: “Correspondente à Infração 01 do A.I. 269096.0008/13-0, que possui a seguinte redação: 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. Inserido na mídia ótica que contém os anexos deste Auto de Infração sob a denominação de INFRAÇÃO 01, tem os seus valores estabelecidos como a resultante das diferenças a maior havidas entre o resultado do demonstrativo ICMS\_ST\_NÃO\_RETIDO\_2014 - REVISADO (que contém os resultados do recálculo obtido na revisão do processo), e o demonstrativo ICMS-ST-NÃO\_RETIDO\_2012 (que formou os anexos do A.I. 269096.0008/13-0)”.

Infração 2 - 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\$14.099,20, mais multa e 60%.

Foi consignado que: “*Com anexo denominado INFRAÇÃO 03, por corresponder a esta infração então cobrada no A.I. 269096.0008/13-0, tem a sua redação com o seguinte teor: Realizou vendas internas de produtos da ST com alíquota de 7% no cálculo do ICMS Normal, contrariando o voto implícito no Art. 16, inciso I, alínea c da Lei 7.014. Os valores aqui cobrados são a resultante das diferenças a maior havidas do confronto dos resultados dos demonstrativos (anexos) VENDAS 7% PRODUTOS ST – REVISADO, e VENDAS 7% PRODUTOS ST, sendo o primeiro demonstrativo fruto do recálculo das infrações demonstradas através do segundo demonstrativo no A.I. 269096.0008/13-0*”.

Infração 3 - 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\$69.773,87, mais multa de 60%.

Consta que: “*Com anexo denominado INFRAÇÃO 04, por corresponder a esta infração então cobrada através do A.I. 269096.0008/13-0, tem o seu resultado expresso naquelas diferenças a maior, havidas entre os resultados obtidos nos demonstrativos VENDAS 7% SEM DESCONTO – REVISADO, e VENDAS 7% SEM DESCONTO, sendo o primeiro demonstrativo fruto de recálculo dos valores cobrados através do segundo demonstrativo, no citado A.I. 269096.0008/13-0*”.

A redação da sua infração consta do seguinte teor: *Realizou 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 preceituado no Art. 16, Parágrafo 1º, inciso II da Lei 7.014.*”

O autuado apresenta defesa (fls. 18 a 33) e, inicialmente, solicita a realização de perícia técnica para esclarecer aspectos relacionados principalmente quanto à infração 1. Discorre sobre a necessidade da realização de perícia, cita doutrina, apresenta quesitos a serem respondidos 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) que relacionou não são aplicados na construção civil.

Assegura que a quase totalidade das mercadorias foram destinadas à indústria moveleira, sem qualquer uso na construção civil. Explica que: conforme informações contidas no site do defensor, as chapas decorativas de espessura inferior a 1,3 mm são destinadas à indústria moveleira, conforme comprovam os documentos anexados às fls. 52 e 53 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. 54 a 57.

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 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. Reproduziu a ementa do Parecer DITRI nº 2825/13.

Relativamente às infrações 2 e 3, 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 nº<sup>os</sup> 4528 e 6889 (referentes à infração 2) e as de nº<sup>os</sup> 1498, 16040, 12501 e 8111 (atinentes à infração 3). Frisa que em todas elas constam informações relacionadas ao desconto, que estão impressas no campo “Dados Adicionais”, conforme exige a legislação.

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.

Na informação fiscal (fl. 72), o autuante explica que o presente Auto de Infração é processo complementar ao Auto de Infração 269096.0008/13-0, razão pela qual solicita o seu apensamento ao processo original.

Diz que a informação fiscal produzida para o Auto de Infração 269096.0008/13-0 contemplam todos os fatos e argumentos ora reapresentados pelo autuado, e serve para contra argumentar as alegações apresentadas.

Ao final, requer que o presente processo seja encaminhado do Conselho de Fazenda para julgamento.

## VOTO

Inicialmente, ressalto que o presente lançamento de ofício trata de um Auto de Infração Complementar que visa exigir valores que não puderam ser exigidos no Auto de Infração nº 269096.0008/13-0, anteriormente lavrado, tendo em vista a impossibilidade de majoração dos valores lançados naquele Auto de Infração.

Considerando que as infrações contidas no presente lançamento são as mesmas de parte do lançamento anterior e que os argumentos trazidos nesta defesa idênticos a parte dos aduzidos na defesa inicial; neste meu voto, reutilizo a mesma fundamentação empregada no voto proferido no Acórdão referente ao Auto de Infração nº 269096.0008/13-0, conforme passo a me pronunciar.

Sustenta o autuado que o presente 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.

Discordo desse argumento defensivo, pois as infrações que compõem o Auto de Infração em comento não estão baseadas em presunções. As exigências fiscais possuem previsão legal, conforme o enquadramento 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 não merece acolhimento, uma vez 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).

Na defesa, foi requerida 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.

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.

Considero que no caso em tela 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.

Trata a infração 1 de falta de retenção e recolhimento de 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 a autuação, esses produtos estão classificados na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) nas posições 39219011 e 39204900 - afirmação que não foi contestada pelo autuado.

O autuado, em sua defesa, afirma que a quase totalidade das mercadorias relacionadas na autuação foi destinada 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 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. Todavia, 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 na legislação, 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 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”. 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.

O fato de as chapas decorativas terem espessura inferior a 1,3 mm não é capaz de elidir a infração, pois 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 - 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 tela, 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.

Considerando que 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; o autuado estava, portanto, obrigado a fazer a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, conforme consta na descrição da infração que lhe foi imputada.

Quanto aos cálculos dos valores lançados, saliento que o autuado não indicou equívocos numéricos e nem contrapôs demonstrativos aos elaborados pelo autuante.

Assim, a acusação imputada ao autuado está caracterizada e, portanto, a infração 1 é procedente.

A infração 2 trata 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)

Conforme o demonstrativo que embasa esse item do lançamento demonstra 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 nesse item do lançamento 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 na infração 1, 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. Dessa forma, o ilícito fiscal imputado ao autuado está caracterizado.

Quanto aos cálculos dos valores lançados, saliento que o autuado não indicou equívocos numéricos e nem contrapôs demonstrativos aos elaborados pelo autuante.

Em face ao acima exposto, a infração 2 é procedente.

Na infração 3, 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.

Quanto aos cálculos dos valores lançados, saliento que o autuado não indicou equívocos numéricos e nem contrapôs demonstrativos aos elaborados pelo autuante.

Em face ao acima exposto, a infração 3 é subsistente.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269096.0008/13-7** lavrado contra **MADEPAR LAMINADOS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$85.664,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA