

A. I. Nº - 269141.0041/14-1
AUTUADO - COMERCIAL DE FERRAGENS SÃO LUIS LTDA. (COMERCIAL SÃO LUIS)
AUTUANTE - MARCO ANTONIO MACHADO DE ABREU
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTONIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14.01.2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0003-01/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovado o não recolhimento sobre o estoque de material de construção existente em 01/01/2011. Infração caracterizada. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR. Comprovado o recolhimento a menor sobre o estoque de colchoaria existente em 01/03/2011. Infração caracterizada. **2. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO.** O autuado tem direito ao crédito pois comprovou saída subsequente tributada. Infração não caracterizada. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 29/12/2014, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$19.052,14, em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01 (07.33.01) - deixou de recolher, por antecipação tributária, ICMS relativo a ajuste de estoque de produtos incluídos no regime de substituição tributária. Recolheu a menor o ICMS relativo a antecipação tributária do estoque de material de construção existente em estoque em 01/01/2011. Sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$13.293,81, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 (07.35.02) - recolheu a menor o ICMS devido por antecipação tributária relativo ao ajuste de estoque de colchoaria existente em 01/03/2011 que passou a ser incluído no regime de substituição tributária, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$763,59, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 (01.02.05) - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária no ano de 2011, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$4.994,74, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "a" do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 32 a 50, inicialmente demonstrando a tempestividade da apresentação da defesa. Requer a reunião deste auto com o auto de infração nº 269141.0042/14-8, lavrado na mesma data e pelo mesmo auditor fiscal contra a matriz da empresa autuada por ser um centro de distribuição e porque todos os produtos que circularam pelo estabelecimento autuado também passaram pelo estabelecimento matriz, evitando a cobrança de impostos e multas em verdadeiro efeito rebote.

Invocando o art. 166 da Lei nº 3.956/81, o autuado lembra que as normas do Código de Processo Civil são de aplicação subsidiária ao processo fiscal. Alega que, de acordo com o art. Art. 103 do Código de Processo Civil, os autos referidos são conexos pois o objeto ou a causa de pedir são comuns. Assim, requer a juntada para que a decisão seja simultânea.

O autuado alerta que devido ao seu porte e diante da exiguidade do prazo para defesa em relação ao volume de dados a ser levantados, parte dos documentos juntados à presente foram levantados por amostragem, pleiteando perícia para comprovação total dos levantamentos.

O autuado anexou em CD os arquivos da SPED fiscal por conter 2.500 páginas. Informou ainda que reconhece as infrações 01 e 02 e anexa comprovante de quitação à fl. 71.

O autuado alega que as mercadorias objeto da infração 03 são mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, não cabendo a autuação. Para comprovar a presente alegação, junta planilha constante das fls. 75 a 83 com todos os itens objeto de discussão e as justificativas para subsidiar a improcedência do auto de infração.

O autuado apresentou alguns exemplos da cobrança indevida. Dentre eles está a calha que entende não se enquadrar no item 42 do Anexo 88 do RICMS/97, elaborado com base no Protocolo ICMS 104/09, pois lá estão especificados apenas telhas, cumeeiras e caixas d'água. Demonstra por meio do SPED fiscal que este item foi tributado normalmente na saída subsequente.

O autuado anexa o DANFE da Nota Fiscal Eletrônica nº 92.518 (fls. 84 a 86), emitida no dia 17/06/2011 pela TIGRE S. A. TUBOS E CONEXÕES, para comprovar que o produto calha ingressou no estabelecimento do autuado com destaque de 17% (dezesete por cento) de alíquota de ICMS, ou seja, não ingressou como mercadoria substituída.

Em seguida, o autuado apresenta o DANFE da Nota Fiscal nº 8526, série 2, emitida no dia 04/07/2011, onde consta a transferência das calhas com tributação normal de 17% para a sede da matriz.

Pede que seja declarada a nulidade do presente auto de infração.

Após citar outros exemplos, requer que seja realizada perícia por outro auditor para elaboração de outro levantamento fiscal.

Entende que o auto deve ser improcedente também porque os produtos foram tributados nas saídas subsequentes. Alerta que o autuante considerou todos os créditos como tributados à alíquota de 17%, quando ocorreram entradas tributadas pela alíquota de 7% e outras.

O autuado considera a multa aplicada escorchant e com nítido e ostensivo caráter confiscatório. Cita diversas decisões de tribunais e trabalhos de juristas sobre o tema.

O autuado levanta outra discussão para questionar se a multa aplicada por falta, insuficiência ou intempestividade no pagamento do tributo é punitiva ou ressarcitória. Conclui tratar-se de punição, o que também caracterizaria como confisco e enriquecimento ilícito.

Para ratificar o anteriormente exposto, o autuado requer;

- 1 - a conexão deste auto de infração com o de nº 269141.0042/14-8; e
- 2 - que seja julgado nulo/arquivado; ou, caso sejam ultrapassadas as preliminares suscitadas, que, no mérito seja julgado Totalmente Improcedente;
- 3 - o cancelamento da multa, considerando a boa-fé do autuado e o efetivo recolhimento do ICMS.

Requer, por fim, que todas as intimações que digam respeito ao presente Processo Administrativo Fiscal sejam realizadas em nome do Bel. WALTER NEY VITA SAMPAIO (OAB/BA 17504) pessoalmente, via correios e/ou via e-mail eletrônico (walterney@yahoo.com.br), inclusive para as sessões de julgamento, que manifesta de logo interesse em se fazer presente e sustentar oralmente suas razões de defesa, sob pena de nulidade.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 118 reconhecendo que as mercadorias com código nº 18640 e nº 303929 não estão sujeitas ao regime de substituição tributária. Apresenta nova planilha referente à infração 03 incluindo para cada produto as respectivas NCM's e a fundamentação legal para o enquadramento no regime de substituição tributária. O débito da infração 03 ficou reduzido para R\$4.041,00.

O autuado apresentou manifestação das fls. 133 a 136 insistindo na tese de que as mercadorias relacionadas na infração 03 não estão sujeitas ao regime de substituição tributária pois não são de uso na construção civil. Entende que, como as mercadorias foram tratadas como sujeitas ao

regime de conta corrente fiscal, o imposto já foi efetivamente pago nas saídas subsequentes realizadas pelo autuado. Considera que a cobrança da infração 03 resultará em bitributação.

Aponta como erro do autuante considerar todas as aquisições como tendo sido realizada com alíquota de 17% quando muitas aquisições ocorreram tributadas pela alíquota de 7%. Enfatiza a necessidade de reunião do outro processo em que há cobrança da mesma infração relativo a operações realizadas em outro estabelecimento da mesma empresa ou que seja realizada diligência para se chegar a verdade dos fatos. Requer que a infração seja anulada ou julgada improcedente.

O autuante, em documento anexo à fl. 139, mantém a reclamação do crédito tributário relativo à infração 03 nos termos constantes da informação fiscal apresentada das fls. 118 a 128.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Em relação às infrações 01 e 02, não contestadas pelo autuado, constato que os cálculos referentes ao ICMS devido estão provados em demonstrativos de débitos apresentados de forma clara e organizada. Os enquadramentos foram feitos corretamente, bem como as multas foram aplicada nos termos da legislação. Voto pelo reconhecimento das infrações reclamadas pelo autuante nas infrações 01 e 02.

Em relação à infração 03, observo que, de acordo com o demonstrativo apresentado pelo autuante das fls. 21 a 25, trata-se de aquisição de mercadorias cujo CFOP utilizado pelos remetentes foram 1102 (compras dentro do Estado de mercadorias para comercialização), 2102 (compras originadas de outras unidades da Federação de mercadorias para comercialização) e 1152 (transferências entre estabelecimentos da mesma empresa localizados neste estado).

Os CFOP's utilizados nas saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária são 1403 (compra dentro do Estado para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária), 2403 (compra originada de outra unidade da federação para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária) e 2409 (transferência entre estabelecimentos da mesma empresa originada de outra unidade da federação para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária).

Desta forma, concluo que ficou caracterizado que as respectivas mercadorias não foram consideradas pelos remetentes como sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo, assim, tributadas pelo regime normal.

Os documentos anexados pelo autuado das fls. 87 a 111, referentes a DANFE's das notas fiscais emitidas pelo autuado nas saídas subsequentes com as mesmas mercadorias, demonstram que as mercadorias relacionadas à infração 03 foram tributadas pelo regime de conta corrente fiscal.

Diante dos fatos, a discussão se as mercadorias estavam ou não sujeitas ao regime de substituição tributária, para efeito de cobrança de utilização de crédito indevido nas aquisições, deixou de ser relevante, pois, como as mercadorias foram submetidas ao regime de conta corrente fiscal, o imposto certamente foi debitado nas operações subsequentes e a utilização dos créditos fiscais vinculados às aquisições anteriores é direito do contribuinte.

Desta forma, concluo pela improcedência da infração 03, alertando, por outro lado, a necessidade de realização de nova ação fiscal visando a verificação se as mercadorias relacionadas à infração 03 estavam de fato sujeitas ao regime de substituição tributária, pois, se estavam, cabe a cobrança da multa prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, conforme disposto no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Desta forma, devido a improcedência da infração, fica prejudicado o pedido de juntada de outro processo e de diligência proposto pelo autuado.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzido o lançamento tributário para R\$14.057,40 e determinando à autoridade competente que homologue os valores recolhidos.

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 **269141.0041/14-1**, lavrado contra **COMERCIAL DE FERRAGENS SÃO LUIS LTDA., (COMERCIAL SÃO LUIS)** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.057,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo a autoridade competente homologar os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de janeiro de 2016.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR