

A. I. Nº - 279462.0014/15-0
AUTUADO - HOME CENTER NORDESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO
- S/A
AUTUANTES - NILDA BARRETO DE SANTANA E ANNA CRISTINA ROLLEMBERG
ORIGEM - IFEP COMERCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28.06.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0024-06/16

EMENTA: ICMS 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM PAGAMENTO POR ANTECIPACÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado que parte da exigência refere-se a devolução de mercadorias cujo imposto fora retido anteriormente e não foi lançado na escrita fiscal qualquer valor relativo ao ressarcimento do imposto anteriormente retido. Fato reconhecido pelos autuantes na Informação Fiscal. Infração subsistente em parte. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infrações 2 e 3 reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2015 exige ICMS no valor de R\$56.472,14, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

Infração 01-01.02.06- Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor total de R\$30.907,63, acrescido da multa de 60%.

Infração 02- 02.03.02- Recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas regularmente escrituradas, no valor total de R\$2.515,17, acrescido da multa de 60%.

Infração 03. 03.02.02 – Recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas regularmente escrituradas, nos meses de março a maio e julho a dezembro de 2010, fevereiro, março, maio, julho, setembro e outubro de 2011. Valor exigido de R\$23.049,34, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresenta impugnação, fls. 45/50, e após transcrever o teor das infrações, dispositivos referentes aos seus enquadramentos e multas aplicadas esclarece que não recorrerá das infrações 1 e 2, optando por aderir aos benefícios da Anistia Fiscal prevista na Lei 13.449 de 21/10/2015.

Ressalta que as imaginárias infrações que teria cometido estariam apoiadas no RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, consoante artigos específicos acima referidos, bem como as penalidades aplicadas encontram embasadas no artigo 42 da Lei 7.014/96, conforme incisos individualizados em cada código supra.

Diz que a fiscalização apoiou-se em análise equivocada de enquadramento fiscal e legal, bem como leitura inadequada dos arquivos eletrônicos por ele encaminhados, no formato SINTEGRA, e que autuação improcede em tudo e por tudo. No exercício de seu amplo direito de defesa, discorda expressamente das conclusões equivocadas da fiscalização.

No que diz respeito a infração 03 reconhece como devido o valor de R\$2.190,57. O valor remanescente de R\$20.858,77 diz respeito a devolução a fornecedores. Esclarece que procede a escrituração fiscal dos produtos com substituição tributária na condição de substituído, consoante princípio contábil universal, por meio do qual “há que se devolver da mesma forma com que se recebe”. Assim,

considerando ser a entrada da mercadoria realizada trazendo o “Valor contábil” e “Outras Denominações”, assim também é realizado idêntico lançamento por ocasião das saídas por devolução.

Aduz que a fiscalização argumentou que seria necessário o débito do ICMS pela saída e respectivo estorno no Livro de Apuração.

Ressalta que age com total transparência e em estrito cumprimento ao disposto nas Normas Contábeis vigentes. Ademais, a própria Lei Complementar 87/96 estabelece o *princípio da primazia à realidade*, independente da formalidade, porquanto ambos os formatos propostos zeram a operação ao final.

Afirma que qualquer entendimento em sentido diverso é absolutamente temerário uma vez que, no máximo, teria havido mero erro procedimental, sem nenhum prejuízo ao Fisco, cabendo quando muito apenas multa formal, mas jamais lançamento de imposto que a própria legislação prevê ser estornado ao final da mesma operação.

Frisa que inexistente qualquer diferença a ser exigida, pois o erro aritmético foi exclusivo da Fiscalização. Portanto, é totalmente improcedente o lançamento equivocado do Auditor Fiscal em relação ao montante de R\$ 20.858,76 relativo ao ICMS em razão de devolução de mercadorias com ST – CFOP 6411, devendo, pois, ser considerado parcialmente insubsistente a Infração 3.

Diz que autoridade fiscalizadora incorreu em incerteza na lavratura do Auto de Infração pois a referida ação fiscal, realizou-se de forma equivocada, eis que os demonstrativos que poderiam oferecer suporte à autuação em comento nenhuma validade jurídica possuem, além de estarem em total desacordo com a legislação .

Prossegue afirmando que a referida ação fiscal, realizou-se de forma equivocada, eis que os demonstrativos que poderiam oferecer suporte à autuação em comento nenhuma validade jurídica possuem, além de estarem em total desacordo com a legislação pátria.

Embora em tese seja incontestável a obrigatoriedade do lançamento de ofício, nos termos do parágrafo único, do art. 142, do Código Tributário Nacional – CTN, essa obrigação legal indiscutível há de estar regrada pelos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, como disciplinados no caput do art. 37 da Constituição Federal. Afirma que não vulnerou quaisquer normas da legislação estadual, muito menos cometeu atos irregulares, para sujeitar-se a quaisquer cominações.

Entende que toda ação fiscal deve ser instaurada em consonância com o “Princípio da Verdade Material” segundo o qual, no processo administrativo tributário, a autoridade fiscal é quem deve provar a ocorrência do fato gerador, bem como todos os elementos constitutivos do lançamento tributário, em busca da verdade objetiva dos fatos, desprezando-se presunções tributárias, ficções legais, arbitramentos ou quaisquer procedimentos divorciados desta linha de raciocínio.

Acrescenta que também se equivocou o agente fiscal, por absoluta ausência de materialidade quanto à ocorrência do fato gerador que viesse permitir referida exigência, em face da precariedade das infrações ora impugnadas, cujo lançamento fiscal é imprestável e de nenhum valor jurídico.

Registra que nenhum ato administrativo irregular ou viciado, como é o caso da ação fiscal que se impugna, escapa da apreciação jurisdicional. Essa é uma norma na sua origem constitucional, de defesa dos direitos. Sobretudo uma norma que, como princípio, visa resguardar a ordem jurídica e a proteção do administrado.

Solicita o reconhecimento nulidade do presente Auto de Infração , tornando sem efeito o imposto exigido, bem assim a multa pretendida, por não estar legitimada a pretensão do agente fiscal.

Requer ainda a produção de todas as provas em direito admitidas, inclusive realização de perícia técnica, além de diligências necessárias à plena elucidação das questões ora suscitadas

As fiscais autuantes ao prestar a Informação Fiscal ressaltam que das três infrações lançadas no Auto de Infração o autuado efetuou o pagamento integral das infrações 01 e 02 e parcial da infração 03, conforme consta no sistema de arrecadação da SEFAZ, em 16/12/2015, já que recolheu o total de R\$41.170,58. Diz que de acordo com o extrato de pagamento foi reconhecido 63,06% do

crédito total lançado no Auto de Infração. Assim, para as infrações 01 e 02 considera-se extinto o crédito tributário conforme previsto no art. 122 do RPAF/BA.

No mérito, em relação a infração 03 foi efetuado o pagamento parcial de R\$2.190,57, conforme extrato do demonstrativo de débito, que anexou.

Esclarece que foi lançado o imposto que deveria ter sido destacado quando da emissão das respectivas notas fiscais de saídas de mercadorias sob o Código Fiscal da Operação – CFOP operações tributadas.

No exercício de 2010 ocorreram as seguintes situações:

- 1) a Empresa procedeu a saídas de diversas mercadorias com CFOP 5409 (transferência de mercadorias adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária) como se as mesmas já tivessem sob o regime de substituição tributária, quando, na verdade, tais mercadorias eram de tributação normal.
- 2) Utilizou o CFOP 6102 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro) para a saída interestadual de mercadoria, aplicando uma alíquota de 0% (zero por cento), quando a alíquota correta para aquelas operações era de 12% (doze por cento).
- 3) Utilizou o CFOP 6202 (devolução de compra para comercialização) para a devolução interestadual de mercadoria com tributação normal; aplicando uma alíquota de 0% (zero por cento), quando a alíquota correta era de 7% (sete por cento) ou 12% (doze por cento), a depender da UF de origem de cada mercadoria.

No que diz respeito às devoluções interestaduais de mercadorias recebidas com ICMS pago por substituição tributária - CFOP 6411, a forma de emissão e escrituração das mesmas estão em desacordo com o RICMS/BA conforme texto que transcreveu.

Assim, o presente lançamento se justificou pelo fato da empresa ter lançado no livro Registro de Apuração do ICMS diversos valores a título de "outros créditos" sem justificar a origem dos mesmos até o encerramento da fiscalização. Assim, foi lançado o imposto correspondente às operações do CFOP 6411 - na forma estabelecida no RICMS - e como a empresa comprovou que a origem daqueles "outros créditos" era diversa desta, opina pelo cancelamento deste lançamento.

Entende que por ser um erro formal sem repercussão tributária - pois o contribuinte não lançou na escrituração fiscal o crédito de ressarcimento correspondente a estas notas fiscais - concordam com a exclusão de todas as operações com o CFOP 6411 desta infração, pois nenhum prejuízo trouxe ao Erário baiano. Refez os cálculos e anexou novas planilhas e demonstrativo de débito alterando o débito da infração 03 para R\$2.190,58.

O contribuinte ao ser cientificado da Informação Fiscal manifesta a sua concordância com as conclusões da fiscalização, por estarem alinhadas com os argumentos apontados em sua impugnação.

Às fls. 100/102, foi anexado extrato de pagamento com benefício da Anistia Fiscal prevista na Lei 13.449 de 21/10/2015, no valor de R\$41.170,59.

VOTO

O Auto de Infração imputa ao autuado o cometimento de três infrações, tendo este se insurgido contra o lançamento, onde, inicialmente, argui a nulidade do Auto de Infração por entender que a fiscalização apoiou-se em análise equivocada de enquadramento fiscal e legal, resultando em conclusões equivocadas.

Não acolho os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade do Auto de Infração visto que as acusações estão postas de maneira clara e devidamente demonstradas de forma analítica, cujas planilhas elaboradas foram entregues ao autuado, mediante recibo, lhe possibilitando os mais amplos meios de defesa. Com isso, vejo que foram seguidas todas as

normas estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA, razão pela qual ultrapasso as arguições de nulidade.

Indefiro o pedido de diligência requerido, com base no art. 147, I, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide. Ademais, suas alegações de equívocos nos levantamentos efetuados pelo autuante não se fazem acompanhar das provas documentais que as ampare. Como tais provas se referem a documentos e livros que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas, e não requerer revisão a cargo do Fisco com base em alegações desprovidas de suporte fático.

Em relação à perícia requerida, esclareço que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual também fica indeferida.

No mérito, as infrações 01 e 02 foram totalmente reconhecidas pelo contribuinte, inclusive realizado o pagamento com os benefícios da Anistia Fiscal prevista na Lei 13.449 de 21/10/2015, conforme se verifica no extrato de pagamento emitido pelo sistema SIGAT desta secretaria às folhas 101/102. Portanto, julgo-as totalmente procedente.

A infração 03 trata de recolhimento a menor do imposto em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escriturada.

Em sua defesa o autuado reconhece como devido o valor de R\$2.190,57. Afirma que o valor remanescente diz respeito a devoluções de mercadorias sujeitas à substituição tributária – CFOP-6411, e foi aplicado o mesmo critério utilizado na entrada da mercadoria, inexistindo diferença a ser exigida.

Ao prestar a informação fiscal, as autuantes acolheram os argumentos defensivos, esclarecendo que na apresentação da defesa o contribuinte comprovou que o imposto lançado corresponde às operações do CFOP 6401 não foi lançado na escrituração fiscal o crédito do ressarcimento correspondentes àquelas notas fiscais. Entendem ter havido apenas um erro formal sem prejuízo para o Erário baiano e elaboram novo demonstrativo excluindo todas as operações relativas ao CFOP 6411 apurando o imposto devido de R\$2.190,58.

Concordo com as alterações promovidas pelo fiscal autuante, pois apesar do contribuinte não ter obedecido o previsto na legislação no que diz respeito às devoluções de mercadorias recebidas com o imposto retido prevista no art. 368, inciso I, II III, não ficou comprovado recolhimento a menos do imposto pois apesar de não ter destacado o imposto nas devoluções das mercadorias também não utilizou nenhum crédito fiscal na sua escrita fiscal, conforme previsto na alínea ‘a’ do inciso III do mencionado dispositivo legal a seguir transcrito:

***Art. 368.** Nas hipóteses de devolução ou de desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido e nos demais casos em que houver necessidade de fazer-se o ressarcimento do imposto retido, já tendo este sido recolhido, adotar-se-ão os seguintes procedimentos:*

***I** - o adquirente emitirá Nota Fiscal para acompanhar as mercadorias a serem devolvidas ao fornecedor, calculando o imposto correspondente à saída em função da mesma base de cálculo e da mesma alíquota constantes na Nota Fiscal de origem, total ou parcialmente, conforme o caso;*

***II** - a Nota Fiscal emitida na forma do inciso anterior terá como natureza da operação "Devolução" ou "Desfazimento do negócio", conforme o caso, devendo ser feita anotação, no quadro "Dados Adicionais", no campo "Informações Complementares", acerca do número, da série e da data da Nota Fiscal de origem;*

III - visando à compensação do imposto:

a) o remetente estornará o débito fiscal correspondente à Nota Fiscal referida no inciso I no quadro "Crédito do Imposto - Estornos de Débitos" do Registro de Apuração do ICMS;

Voto pela procedência parcial da infração 03 no valor de R\$2.190,58.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279462.0014/15-0**, lavrado contra **HOME CENTER NORDESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$35.613,38** acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II "a" e VII "a" da Lei nº 7014/96 e acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos com o benefício da Anistia Fiscal prevista na Lei 13.449 de 21/10/2015.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2016

TERESA CRISTINA DIAS DE CARVALHO – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR