

A. I. N° - 299130.0086/15-8
AUTUADO - CENTRALTEC CLIMATIZAÇÃO LTDA. (JIREH DISTRIBUIDORA E VAREJISTA
EM AR CONDICIONADO, PEÇAS E ACESSÓRIOS)
AUTUANTES - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS e JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLCIAÇÃO - INTERNET: 11.08.2016

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0062-06/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Razões de defesa não foram capazes de elidir a autuação, entretanto, com fulcro no art. 106, II, “c”, do CTN, a multa indicada nessa infração, equivalente a 10% do valor das mercadorias tributáveis não registradas, passa para 1%, uma vez que o inc. IX do art. 42 da Lei nº 7014/96 foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/15. Infração caracterizada. 2. MULTA. FALTA DE RECOLHIMENTO TEMPESTIVO. SAÍDA POSTERIOR TRIBUTADA NORMALMENTE. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO DEVIDO. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** MERCADORIA SUJEITA À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. Uma vez comprovado a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado integralmente, em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado. O autuado elide parcialmente a acusação fiscal. Infração parcialmente subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. RECOLHIMENTO A MENOS. Infrações subsistentes. Não acolhidas arguições de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/15, exige crédito tributário no valor de R\$889.824,51, imputando ao autuado as seguintes irregularidades à legislação do ICMS:

Infração 1 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Foi indicada multa de R\$404.583,72, equivalente a 10% do valor das mercadorias não registradas.

Infração 2 - “Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente”. Foi indicada multa no valor de R\$188.071,24. Trata-se de aquisições interestaduais de tubo de cobre e aquecedor de água a gás.

Infração 3 - “Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente”. Foi indicada multa no valor de R\$188.542,14.

Consta que se trata de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária adquiridas em operação de venda à ordem. Embora as mercadorias tenham entrado no estabelecimento do autuado, já que as notas fiscais foram regularmente escrituradas no seu livro fiscal próprio, não foi identificada a nota do remetente originário, nem na escrita do autuado nem entre os documentos fiscais eletrônicos de entradas não registradas.

Infração 4 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. ICMS: R\$15.382,15. Multa de 60%.

Consta que se trata de produto sujeito à substituição tributária, aquecedor de água a gás (NCM 84191100), originário de outras unidades da Federação, sem recolhimento antecipado do ICMS. Protocolos ICMS 104/09 e 26/10.

Infração 5 - “Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente”. Foi indicada multa no valor de R\$72.695,70.

Infração 6 - Recolheu a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS: R\$16.648,45. Multa de 60%.

Infração 7 - Recolheu a menos ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual. ICMS: R\$3.901,11. Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, fls. 58 a 67, na qual afirma que a autuação não merece prosperar, conforme relatado a seguir.

Quanto à infração 1, diz que em relação ao exercício de 2013, conforme documentos anexados às fls. 74 a 122, do valor histórico de R\$116.842,35, o importe de R\$42.428,08 foi registrado no livro fiscal, ao passo que o montante de R\$20.614,30 foi registrado nas notas de vendas a ordem, onde as remessas fazem parte da operação apenas simbolicamente. Em relação à parcela de R\$53.800,00, diz que não foram encontrados os registros nos seus livros fiscais e nem no controle de recebimento de mercadorias, motivo pelo qual está efetuando uma circularização dos fornecedores para posterior comprovação.

No que tange ao exercício de 2014, diz que conforme os documentos de fls. 124 a 135, do valor histórico de R\$287.740,99, o importe de R\$219.587,43 foi registrado no livro fiscal, ao passo que o montante de R\$15.682,09 foi dado entrada nas notas fiscais de vendas a ordem, onde as remessas fazem parte da operação, mas simbolicamente. Em relação à parcela de R\$15.682,09, diz que não foram encontrados os registros nos seus livros fiscais e nem controle de recebimento de mercadorias, assim, efetuará uma circularização dos fornecedores para posterior comprovação.

Referindo-se às infrações 2 e 4, diz que as aquisições de tubos de cobre, destinadas a atividades econômicas distintas da construção civil, não estão sujeitas ao regime de substituição tributária.

Explica que tem como objeto social a exploração do ramo de comércio atacadista de equipamentos elétricos de uso pessoal e doméstico, peças e acessórios para refrigeração, aparelhos de refrigeração, ferramentas, eletrodomésticos, eletrônicos e serviços de reparação,

manutenção e instalações de máquinas equipamentos de aparelhos de refrigeração e exposições comerciais, conforme o seu Contrato Social.

Após mencionar que possui os CNAEs 46.49-4-01, 43.22-3-02, 46.18-4-99, 47.53-9-00 e 47.57-1-00, destaca que as suas atividades em nada se assemelham com as atividades relacionadas à construção civil que, por sua vez, possuem CNAEs diferentes daqueles citados, inclusive no que tange às subclasses deste ramo, conforme as listas de serviços relacionadas à construção civil.

Afirma que o produto tubo de cobre encontra-se listado nos Protocolos ICMS 104/09 e 26/10, como sujeito à substituição tributária. Diz que, no entanto, os citados Protocolos estabelecem que a substituição ocorre quando o tubo de cobre seja utilizado na construção civil, conforme trechos dos anexos dos protocolos que reproduz. Assegura que, portanto, a legislação em apreço não o obriga a realizar a substituição tributária no caso das aquisições do produto tubo de cobre, proveniente de outras unidades da Federação, já que a sua atividade econômica não se assemelha a atividade de construção civil. Para comprovar sua tese, cita o Acórdão JJF Nº 0077-02/14, do qual transcreve trecho.

Aduz que, caso se considere que o tubo de cobre não utilizado na construção civil está enquadrado na substituição tributária, há que se observar o previsto na cláusula primeira do Protocolo ICMS 104/09, a qual atribui ao estabelecimento remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária. Diz que a cláusula quinta do referido Protocolo prevê o recolhimento do ICMS retido até o dia 9 do mês subsequente à remessa da mercadoria, mediante GNRE (Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais).

Afirma que, como não pode ser responsabilizado pela inobservância da substituição tributária quanto ao tubo de cobre, as infrações em tela são improcedentes.

Prosseguindo, passa a tratar acerca de valores exigidos na infração 2 da seguinte forma:

- no exercício de 2013 foi apurado o total de R\$42.616,55, sendo que: a) no mês de fevereiro, no importe de R\$9.226,88, foi pago diferencial de alíquota, pois os produtos foram aplicados como insumos na empresa; b) no mês de maio, no montante de R\$7.909,96, o valor foi pago como antecipação parcial; c) no mês de novembro, no importe de R\$14.966,95, o débito foi pago como antecipação parcial.
- no exercício de 2014 foi apurado o total de R\$145.544,69, porém esse valor foi pago como antecipação parcial.

Relativamente à infração 4, diz que o valor exigido no mês de outubro de 2014 foi pago como antecipação parcial.

Quanto à infração 3, diz que as operações consideradas pelo autuante são operações de remessas por conta e ordem, sendo a remessa para o Estado da Bahia e a venda para a filial Maceió, por isso não foi encontrada a nota fiscal de venda a ordem correspondente à remessa. Afirma que na matriz, a operação de remessa não teve creditamento, apenas pagamento ao fornecedor, pois a mercadoria foi entregue em filial localizada em outro estado.

Frisa que a tributação pelo ICMS sobre a operação de simples transferência de mercadoria entre estabelecimentos de uma mesma titularidade é indevida. Explica que o motivo dessa ilegalidade decorre do próprio conceito constitucional de circulação de mercadorias, que é o critério material da regra de incidência tributária do ICMS. Ressalta que o ICMS não incide sobre qualquer operação de circulação de mercadoria, mas apenas sobre a circulação jurídica da mercadoria. A lei infraconstitucional que veicular a incidência do tributo em questão sobre mera circulação física de mercadoria é inválida, pois viola os limites constitucionais do poder de tributar outorgado aos Estados.

Relativamente às infrações 5 e 6, sustenta que houve recolhimento com base na alíquota determinada, tendo sido devidamente escriturada e apresentada no momento da autuação. Afirma que desconhece qualquer valor devido.

Ao finalizar seu arrazoado, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Pede que seja deferido o pedido de perícia. Requer que as futuras intimações acerca dos feitos sejam realizadas em nome dos advogados que subscrevem essa nova defesa, assim como pede que sejam cadastrados *e-mails* para recebimento de informações acerca do andamento processual.

Os autuantes prestaram a informação fiscal, conforme fls. 181 a 184.

Quanto à infração 1, afirmam que o defendante não indicou em que parte da sua escrituração fiscal digital fez o registro das notas, informando, inclusive, a data e local do Registro C100 de sua EFD onde se encontravam tais lançamentos. Mencionam que na legislação do ICMS não há previsão de dispensa do registro fiscal de operações acobertadas pela simples emissão de notas fiscais de *remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem (CFOP 5923)*, nem da nota fiscal emitida do adquirente originário, nem da emitida pelo vendedor remetente. Frisam que, ao contrário, o art. 342 do RICMS-BA estabelece os procedimentos a serem seguidos na escrituração dos documentos envolvidos na operação.

Relativamente às infrações 2 e 4, inicialmente, ressaltam que esses itens do lançamento tratam dos produtos “tubo de cobre” e “aquecedor de água a gás”, enquadrados no regime de substituição tributária conforme os Protocolos ICMS 104/09 e 26/10, celebrados entre este Estado e, respectivamente, São Paulo e Minas Gerais.

Mencionam que, em outubro de 2012, o estabelecimento matriz do autuado (I.E. 059.061.838) efetuou consulta à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia acerca da tributação do produto tubo de cobre. Em resposta à consulta, a Diretoria de Tributação (DITRI) informou – processo 17586420121 e Parecer nº 24913 2012 - que “*de acordo com a COMCLA, Comissão Nacional de Classificação, instalações em construção incluem-se entre os serviços especializados de construção civil*”, e que “*instalação de sistema de ar ou qualquer aparelho de ar condicionado envolve a execução de um projeto específico e inerente à construção civil*”. Conclui, então, que “*estão enquadrados na substituição tributária os tubos de cobre a serem utilizados na instalação de aparelhos de ar condicionado ou de sistemas de climatização de ambientes*”.

Mencionam que os Protocolos ICMS 104/09 e 26/10, celebrados entre este Estado e, respectivamente, São Paulo e Minas Gerais. Posteriormente, aderiram ao Protocolo ICMS 26/10 os Estados do Espírito Santo (a partir de 14/11/12) e do Amapá (dezembro de 2013).

Explicam que durante os exercícios de 2013 e 2014 o autuado adquiriu tubos de cobre nos Estados de Alagoas, Amazonas e Paraíba, cabendo ao adquirente a responsabilidade pela antecipação tributária, já que esses Estados não são signatários dos referidos Protocolos, nos termos do art. 8º, §4º, I, “a”, da Lei nº 7.014/96. No mês de março de 2013 (fl. 22), o autuado adquiriu o referido produto do Estado do Espírito Santo, sendo que, nesse caso, a cobrança da antecipação se deu nos termos do art. 6º, XV, da mesma Lei, uma vez que o remetente não efetuou a retenção do ICMS, nem tinha inscrição como substituto tributário no Estado da Bahia.

Dizem que o defendante não se pronunciou sobre o produto “aquecedor de água a gás”.

Admitem que apenas em relação ao mês de fevereiro de 2013 a Nota Fiscal nº 8457 (fl. 22), no valor de R\$5.728,85, indica a utilização dos produtos no consumo do próprio estabelecimento (CFOP 2556). Sendo assim, deve ser excluído da infração 2, no mês de fevereiro de 2013, o valor de R\$423,89, que corresponde a 60% de R\$706,49.

Ressaltam que não procede a alegação defensiva de que foi pago antecipação parcial relativamente a algumas aquisições, pois decorreu de erro da forma de tributação do produto pelo contribuinte, mas, mesmo assim, não lhe causa prejuízo, já que o valor do crédito da antecipação parcial foi utilizado na sua conta corrente.

Relativamente à infração 3, afirmam que não se sustenta a tese defensiva segundo a qual as notas fiscais de remessa para o Estado da Bahia não foram localizadas porque se tratava de simples transferências de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma titularidade. Explicam que a venda a ordem deve ser respaldada em dois documentos fiscais: o documento emitido pelo

vendedor remetente localizado no Estado de Santa Catarina (sem destaque do imposto) e, por outro lado, pela nota fiscal emitida pelo adquirente originário da mercadoria, no Estado de Alagoas (com destaque do imposto), a ser remetida para o destinatário no Estado da Bahia.

Afirmam que, no caso em análise, verifica-se que a Centraltec adquiriu, mediante transferência, mercadorias para comercialização e, portanto, ocorreu o fato gerador do imposto. Aduzem que a regra geral no âmbito do ICMS é que a empresa comercial que receba transferência de mercadorias de outras unidades da Federação tem a obrigação de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação total ou parcial, quando cabível. Aduzem que a única exceção a essa regra é o previsto no art. 8º, § 8º, I a IV, da Lei nº 7.014/96, situação em que não se enquadra a operação realizada pelo autuado.

Quanto às infrações 5 e 6, afirma que o argumento defensivo é desprovido de conteúdo objetivo, pois o impugnante não juntou aos autos nenhum extrato, planilha ou documento que justificasse a revisão, a exclusão ou alteração das referidas infrações.

Frisam que o autuado não se defendeu quanto à infração 7.

Ao final, mantêm integralmente as infrações, exceto a segunda, a qual passa de R\$188.071,24 para R\$187.647,35 e, em consequência, o valor total do Auto de Infração passa para R\$ 889.400,62.

Notificado acerca da informação fiscal, o autuado se pronuncia às fls. 193 a 210.

Após efetuar uma síntese dos fatos, o defendantressalta que o procedimento fiscal foi completamente impugnado na defesa interposta, uma vez que considera que a ação fiscal é totalmente improcedente.

Preliminarmente, argui a nulidade da autuação por conduta persecutória por parte do agente público. Diz que cumpre com rigor os seus compromissos, especialmente, as obrigações fiscais, porém pode ter cometido erros no cumprimento de suas obrigações tributárias. Alega que as autuações vêm sendo realizadas de forma extremamente agressivas, visto que as fiscalizações têm sido realizadas de forma concomitante e consecutiva, sem ao menos permitir algum lapso de tempo para a reorganização contábil e fiscal do contribuinte. Alega que, assim, o Fisco impede que o contribuinte venha a se valer de qualquer benefício referente a denúncias espontâneas, bem como eleva a probabilidade de o contribuinte cometer os mesmos vícios futuramente.

Sustenta que as fiscalizações são realizadas de tal forma que afrontam os princípios da impessoalidade e da vinculação do ato administrativo, previstos no art. 37 da Constituição Federal. Discorre sobre esses princípios e cita doutrina.

Alega que todas as fiscalizações foram realizadas pelos mesmos auditores fiscais. Tece considerações acerca do interesse público nos atos administrativos e reproduz doutrina. Destaca que é do conhecimento geral que a SEFAZ-BA, no seu planejamento fiscal, realiza a distribuição aleatória, entre os auditores, do contingente de contribuintes a serem fiscalizados, visando purgar qualquer mácula ao princípio da impessoalidade e evitar incidentes relativos a abuso de autoridade ou perseguições de contribuintes.

Acrescenta que o procedimento fiscal constitui indício de ilegalidade, frente ao desrespeito aos preceitos éticos previstos na Lei nº 8.597/03, que instituiu o Código de Ética dos Servidores do Grupo Ocupacional Fisco da SEFAZ-BA, da qual transcreve o disposto nos artigos 4º, 5º e 6º.

Requer que seja decretada a nulidade da autuação, tendo em vista a patente exação e ilegalidade na conduta dos autuantes.

Diz que as multas indicadas na autuação são excessivas e desproporcionais, bem como afrontam o art. 150, IV, da Constituição Federal, que veda a utilização de tributo com efeito confiscatório. Disserta sobre confisco em Direito Tributário. Tece considerações acerca dos princípios da capacidade contributiva e reproduz jurisprudência.

Prosseguindo, passa a repetir os argumentos trazidos na defesa inicial, os quais já constam no presente relatório.

Ao autuantes se pronunciam às fls. 219 e 220 dos autos.

Efetuam uma síntese dos fatos e, em seguida, afirmam que não há qualquer fato de natureza pessoal contra o autuado, tanto que todos os princípios relacionados ao contraditório e à ampla defesa foram observados. Frisam que a ação fiscal foi iniciada mediante emissão de ordem de serviço interna da SEFAZ-BA e a consequente intimação por escrito do contribuinte, conforme o art. 26, II, do RPAF/99. Mencionaram que o defendantee não comprova que os autuantes agiram com objetivos pessoais.

Referindo-se à alegada desproporcionalidade das multas indicada na autuação, informam que por se tratar de matéria prevista na Lei nº 7.014/96, não lhes cabe apresentar qualquer consideração.

Encaminharam o processo à Supervisão da INFRAZ ATACADO, para que a autoridade competente se pronunciasse sobre o planejamento das fiscalizações.

A Supervisão da INFRAZ ATACADO informa à fl. 225 que o autuado não foi sempre fiscalizado pelos mesmos auditores fiscais, conforme alegado na defesa. Explica que a indicação da empresa a ser fiscalizada se dá a partir de indicação da Diretoria de Planejamento de Fiscalização em conjunto com a Inspeção e leva em conta vários critérios, inclusive o período decadencial. Aduz que, como o autuado é signatário de Termo de Acordo previsto no Dec. 7799/00, é acompanhado para que seja verificada a correta utilização do benefício fiscal. Menciona que o autuado cometeu irregularidade que resultou em ICMS devido, inclusive em elevado valor.

Aduz que com as ações fiscais desenvolvidas, aquela Inspeção Fazendária conseguiu atualizar apenas o exercício de 2012, tendo constituído créditos tributários nos valores de R\$ 9.242.035,60 e R\$ 187.654,86 nos estabelecimentos de inscrições estaduais 59.061.838 e 68.046.126, respectivamente.

Às fls. 222 a 224 e 226 a 228, foram acostados aos autos documentos emitidos pelo sistema INC-Informações do Contribuinte, atinentes a processos administrativos e a ordens de serviços envolvendo o autuado.

O processo foi convertido em diligência à INFRAZ ATACADO, para que fosse entregue ao autuado cópia dos documentos de fls. 219 a 220 e 222 a 228 e, em seguida, fosse concedido ao contribuinte o prazo de dez dias para pronunciamento acerca desses documentos.

A diligência foi atendida, tendo o autuado se pronunciado às fls. 240 a 247.

Nesse pronunciamento, o autuado afirma que os argumentos trazidos pelos autuantes na informação fiscal e pela supervisão da INFRAZ ATACADO não merecem prosperar, pois são contrários ao que determina a doutrina e a legislação administrativa, assim como o Código de Ética dos Servidores do Grupo Ocupacional Fisco da SEFAZ-BA.

Explica que é uma empresa de grande projeção no mercado regional e que sempre agiu com rigor no cumprimento de suas obrigações e, em seguida, passa a repetir argumentos trazidos no seu último pronunciamento.

Prosseguindo, afirma que o fato de os autuantes terem se reunido com representantes da empresa em várias oportunidades, fornecendo-lhes demonstrativos e prestando esclarecimentos, não é relevante para demonstrar que inexistiu conduta persecutória por parte dos autuantes. Destaca que o fornecimento de documentos e demonstrativos é o mínimo que se pode esperar quando se fala em uma autuação fiscal, até mesmo para que seja conferido o direito de resposta, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Diz que as alegações trazidas pela Supervisão da INFRAZ ATACADO não é relevante para afastar a nulidade que foi arguida, uma vez que a forma como se deu a indicação da empresa fiscalizada não afasta o excesso que possa ter ocorrido quando da fiscalização. Pontua que, segundo o pronunciamento da supervisora, apenas uma vez a fiscalização do seu estabelecimento foi realizada por outro auditor fiscal.

Destaca que é razoável admitir que a fiscalização acompanhe o correto uso do benefício previsto no Dec. 7799/00, porém, não se pode perder de vista que esse acompanhamento se faça de forma

justa, respeitando período de tempo suficiente para que a empresa possa se adequar à maneira como deve usar o benefício concedido, em caso de ela ter incorrido em alguma irregularidade.

Sustenta que não é justo nem razoável que seja uma empresa de contabilidade punida, por diversas vezes, pelos mesmos motivos, posto que se assim for feito resta configurado o excesso na fiscalização e, portanto, deve o Auto de Infração ser considerado nulo.

Ao finalizar, requer que seja declarado nulo o Auto de Infração. Reitera o pedido para que as futuras intimações acerca dos feitos sejam realizadas em nome dos advogados que subscrevem o presente pronunciamento, assim como pede que sejam cadastrados *e-mails* para recebimento de informações acerca do andamento processual.

Os autuantes se pronunciam à fl. 264 e, nesse pronunciamento, afirmam que o deficiente não trouxe qualquer fato novo e, assim, mantêm os termos da informação fiscal anterior.

A supervisora da INFRAZ ATACADO se pronuncia à fl. 265, afirmando que reitera os argumentos trazidos na manifestação de fl. 225. Aduz que as autuações contra o autuado já foram julgadas pelo CONSEF, e os débitos correspondentes inscritos em Dívida Ativa.

VOTO

Em sua defesa, o autuado argui a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que houve afronta aos princípios da impessoalidade e da vinculação do ato administrativo, bem como ao Código de Ética do Grupo Ocupacional Fisco da SEFAZ-BA.

Essa tese defensiva não merece acolhimento, pelas seguintes razões: as ações fiscais desencadeadas contra o deficiente não foram sempre desenvolvidas pelos mesmos autuantes; a legislação tributária não proíbe que os mesmos auditores efetuem mais de uma fiscalização contra um mesmo contribuinte; as autuações foram realizadas com respaldo em ordem de serviço expedida pela repartição fazendária do domicílio fiscal do autuado, seguindo determinações da Diretoria de Planejamento Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Ademais, não restou comprovado nenhum excesso por parte dos autuantes na ação fiscal em comento.

O deficiente também argui a nulidade do lançamento, pois considera que os autuantes agiram de forma persecutória, realizando ações fiscais consecutivas, sem lhe dar tempo para reorganizar as suas escritas fiscal e contábil e sem lhe permitir o exercício da denúncia espontânea.

Mais uma vez essas arguições de nulidade não podem prosperar, já que as ações fiscais não contêm o alegado caráter persecutório. Conforme já dito acima, as autuações estavam respaldadas em ordens de serviço emitidas pelas autoridades competentes. Assim, nos termos do art. 142 do CTN, os auditores fiscais designados nas referidas ordens de serviço têm o dever de, mediante o lançamento tributário de ofício, constituírem o crédito tributário devido, sob pena de responsabilidade funcional. O exercício da denúncia espontânea, nos termos do parágrafo único do artigo 136 do CTN, deve ser efetuado antes do início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionado com as infrações. Cabia, portanto, ao autuado apurar e efetuar o pagamento do imposto devido antes do início da ação fiscal.

No que tange à alegação defensiva de que as multas indicadas na autuação teriam o caráter de confisco, ressalto que as referidas penalidades encontram-se previstas na Lei do ICMS do Estado da Bahia, não competindo a este órgão julgador administrativo a apreciação de desconformidade da norma com a Constituição Federal, nos termos do art. 125, II, do COTEB.

Relativamente às multas decorrentes de descumprimento de obrigações acessórias, não vislumbro como se aplicar ao caso em tela a redução prevista no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, haja vista que não há como se afirmar, com segurança, que essas irregularidades não tenham causado falta de pagamento de imposto, especialmente quando se observa que outras infrações deste mesmo lançamento de ofício são decorrentes de descumprimento de obrigação principal.

Indefiro o pedido de realização de perícia ou de diligência, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para o deslinde das questões e, além disso, não são

necessários conhecimentos especializados para a decisão acerca das matérias tratadas nos autos. Ressalto que a juntada aos autos do pronunciamento da Supervisão da INFRAZ ATACADO à fl. 225, quando foram acostados aos autos os documentos de fls. 222/224 e 226/228, já foi objeto de diligência, tendo sido o autuado recebido cópia desse pronunciamento e documentos.

Na infração 1, o autuado foi acusado de ter dado entrada em seu estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro em sua escrita fiscal. Em decorrência dessa irregularidade, foi indicada multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor de R\$404.583,72, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas.

Em sua defesa, o autuado afirma que uma parte das aquisições foi registrada no livro fiscal, porém tal fato não restou comprovado nos autos. Deveria o contribuinte ter trazido aos autos cópia da sua escrita fiscal com o registro das operações que no seu entendimento foram escrituradas, o que não foi feito.

Não merece acolhimento a alegação defensiva de que uma parte das operações teria sido realizada à ordem, pois, ao teor do disposto no art. 217 do RICMS-BA/12, o livro Registro de Entradas destina-se à escrituração das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento, assim como ao registro das aquisições de mercadorias ou bens que não transitarem pelo estabelecimento. Desse modo, o argumento trazido na defesa não desobriga o autuado da escrituração das notas fiscais em comento.

Quanto às operações que estariam sendo objeto de circularização junto aos fornecedores, o argumento do autuado não prospera, uma vez que nada foi trazido aos autos qualquer elemento que comprovasse a escrituração ou a não ocorrência das operações.

Em face ao acima exposto, os argumentos trazidos na defesa não se mostram capazes de elidir a infração em tela, pois não comprovam o registro, na escrita fiscal do deficiente, das notas relacionadas na infração em tela. Assim, a infração 1 subsiste em sua totalidade.

Contudo, apesar de a infração 1 restar caracterizada, a multa indicada na autuação, no valor de R\$404.583,72, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas, carece de adequação, pois, com fulcro no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, essa penalidade fica reduzida de 10% para 1%, uma vez que o inciso IX do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, passando a ter a seguinte redação:

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadorias ou serviços sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Dessa forma, a infração 1 é procedente em parte, com a adequação da multa para R\$40.458,37, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

DATA OCORR	DATA VENC.	MULTA	VALOR
31/01/13	09/02/13	1%	1.666,09
31/03/13	09/04/13	1%	972,13
30/04/13	09/05/13	1%	2.343,78
31/05/13	09/06/13	1%	400,18
30/06/13	09/07/13	1%	485,81
30/09/13	09/10/13	1%	42,56
30/10/13	09/11/13	1%	4.685,14
30/11/13	09/12/13	1%	1.088,58
28/02/14	09/03/14	1%	1.568,21
31/05/14	09/06/14	1%	9.537,90
30/06/14	09/07/14	1%	15.587,11
30/09/14	09/10/14	1%	182,70
31/10/14	09/11/14	1%	1.552,29
30/11/14	09/12/14	1%	131,59
31/12/14	09/01/15	1%	214,30
SOMATÓRIO			40.458,37

A infração 2 trata de *Multa percentual sobre o valor do imposto que deveria ter sido pago por*

antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária [tubo de cobre e aquecedor de água a gás], e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Por seu turno, a infração 4 cuida da falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de aquecedor de água a gás.

Referindo-se a tanto à infração 2 quanto à infração 4, o defendente alega que as aquisições de tubo de cobre, destinadas a atividades econômicas distintas da construção civil, não estão sujeitas ao regime de substituição tributária. Também argumenta que, quando destinado à construção civil, o produto tubo de cobre encontra-se relacionado nos Protocolos ICMS 104/09 e 26/10 e, portanto, a responsabilidade pela retenção era do estabelecimento remetente. Faz alusão ao Acórdão JJF Nº 0077-02/11.

No que tange ao enquadramento do produto tubo de cobre no regime de substituição tributária, tal matéria já foi objeto de consulta formulada pelo autuado à Secretaria da Fazenda, conforme o Parecer nº 17586420121, acostado às fls. 839 e 840 dos autos. De acordo com a resposta dada à referida consulta, o tubo de cobre utilizado na instalação de aparelhos de ar condicionado ou de sistema de climatização está enquadrado no regime de substituição tributária, uma vez que *a execução de projetos de climatização em edifícios (sistemas de ar condicionado ou climatizado, projetados especificamente para determinado imóvel e nele montados definitivamente) trata-se de obra de construção civil*. Acompanho sem qualquer ressalva esse entendimento contido nessa resposta à consulta formulada pelo autuado à Secretaria da Fazenda.

Os argumentos defensivos atinentes à aplicação dos Protocolos ICMS 104/09 e 26/10 não se mostram capazes de elidir as infrações 2 e 4, conforme foi bem explicado pelos autuantes na informação fiscal, senão vejamos.

O Protocolo ICMS 104/09 trata das operações interestaduais com tubos de cobre, dentre outros materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, realizadas entre os Estados da Bahia e São Paulo. Por sua vez, o Protocolo ICMS 26/10 cuida das operações interestaduais com tubos de cobre, dentre outros materiais de construção civil, realizadas entre os Estados da Bahia e de Minas Gerais e, a partir de 01/09/12, do Espírito Santo.

Considerando que as operações relacionadas na autuação são provenientes dos Estados de Alagoas, Amazonas, Paraíba e Espírito Santo, temos as situações apresentadas a seguir.

- Aquisições oriundas dos Estados de Alagoas, Amazonas e Paraíba: como não há acordo interestadual que preveja a retenção do imposto pelo remetente, a responsabilidade pela antecipação do imposto recai sobre o autuado, nos termos do art. 8º, § 4º, I, “a”, da Lei nº 7.014/96.
- Aquisições provenientes do Estado do Espírito Santo, realizadas em 2013: como o imposto não foi retido pelo remetente, os autuantes de forma acertada exigiram o ICMS devido por antecipação tributária do autuado com base no art. 6º, XV, da Lei nº 7.014/96.

Saliento que, em relação ao produto aquecedor de água a gás, o defendente não se pronunciou, o que interpreto como uma concordância tácita com o fato de que esse produto está enquadrado no regime de substituição tributária.

Também ressalto que a jurisprudência administrativa citada na defesa quanto à tributação dos tubos de cobre não representa o entendimento assente neste colegiado sobre essa matéria. Ademais, a decisão citada pelo autuado não vincula o presente julgamento.

O defendente também impugna os valores exigidos na infração 2 sob as alegações de que: a) no mês de fevereiro de 2013, no importe de R\$9.226,88, foi pago diferencial de alíquota, pois os produtos foram aplicados como insumos na empresa; b) no mês de maio de 2013, no montante de R\$7.909,96, o valor foi pago como antecipação parcial; c) no mês de novembro de 2013, no importe de R\$14.966,95, o débito foi pago como antecipação parcial; d) no exercício de 2014 foi

apurado o total de R\$145.544,69, porém esse valor foi pago como antecipação parcial. Já em relação à infração 4, diz que o valor exigido foi pago como antecipação parcial.

O pagamento do ICMS devido por antecipação tributária deve ser feito na forma e nos prazos previstos na legislação pertinente. Considerando que os produtos relacionados nas infrações 2 e 4 estão enquadrados no regime de substituição tributária, não é devido o pagamento da antecipação parcial (art. 12-A, §1º, III, da Lei nº 7.014/96) e, portanto, eventuais recolhimentos efetuados a esse título não elidem as infrações em comento. Ademais, esses alegados recolhimentos efetuados a título de antecipação parcial não causaram prejuízo ao autuado, pois, conforme salientado pelos autuantes na informação fiscal, foram utilizados como crédito na conta corrente fiscal.

Já em relação ao mês de fevereiro de 2013, os autuantes reconheceram que a aquisição referente à Nota Fiscal nº 8457 (fl. 22), no valor de R\$5.728,85, foi destinada ao consumo do próprio estabelecimento (CFOP 2556) e, portanto, a exigência fiscal não subsistia quanto a essa operação. Considerando que o demonstrativo de fl. 22 comprova a procedência do argumento defensivo e o posicionamento dos autuantes na informação fiscal, excluo da infração 2, no mês de ocorrência de fevereiro de 2013, o valor de R\$ 423,89. Em consequência, a infração 2 subsiste parcialmente no valor de R\$187.647,35.

A infração 4, por seu turno, subsiste integralmente, já que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo interestadual que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo o imposto pago antes da entrada da das mercadorias no território deste estado, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto, o que não foi feito. Ressalto que essa infração se refere à aquisição constante na Nota Fiscal nº 10270 (fl. 30), a qual não foi objeto de cobrança na infração 2.

Dessa forma, a infração 4 subsiste em sua totalidade.

Trata a infração 3 de “*Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente*”.

O autuado argumenta que as operações são referentes a remessas por conta e ordem, sendo a remessa para o Estado da Bahia e a venda para a filial da Maceió e, por essa razão, não foi encontrada a nota fiscal de venda a ordem correspondente à remessa. Diz que não utilizou o crédito e que apenas efetuou o pagamento, tendo sido a mercadoria entregue em sua filial localizada em outra unidade da Federação. Argumenta que não incide ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa.

Conforme os demonstrativos de fls. 27/29, essa infração se refere a aquisições de tubo de cobre provenientes do Estado de Santa Catarina. Os DANFEs referentes às notas fiscais relacionadas na autuação, trazidos aos autos na defesa (fls. 169 a 172), comprovam que destinatário das mercadorias foi o estabelecimento autuado, onde foram os documentos fiscais regularmente escriturados. Assim, é devido o pagamento da antecipação tributária incidente nas aquisições interestaduais dessas mercadorias, o que não foi feito. Tendo em vista que o autuado tributou a saída posterior normalmente, é cabível a multa prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

As alegações defensivas atinentes a não incidência do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa não elidem a autuação, pois essas citadas transferências são tributadas pelo ICMS. Além disso, esse argumento defensivo não tem pertinência com a matéria em lide, a qual trata da falta de pagamento da antecipação tributária e a consequente multa em razão das saídas subsequentes dentro do Estado da Bahia.

Em face ao acima exposto, a infração 3 subsiste em sua totalidade.

Quanto às infrações 5 e 6, o defendente diz que efetuou o recolhimento com base na alíquota determinada, tendo sido devidamente escriturada e apresentada no momento da autuação. Afirma que desconhece qualquer valor devido.

As infrações imputadas ao autuado estão devidamente demonstradas nos autos, ao passo que as alegações defensivas carecem de provas que as sustentem. Dessa forma, os argumentos trazidos na defesa não se mostram capazes de elidir as infrações em tela, pois a simples negativa do cometimento dos ilícitos fiscais não desobriga o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação, nos termos do art. 143 do RPAF/99. Infrações 5 e 6 procedentes.

Apesar de pugnar pela improcedência da autuação, o defendente não se pronuncia especificamente em relação à infração 7. Assim, mais uma vez aplico ao caso o disposto no art. 143 do RPAF/99 e julgo a referida infração procedente, já que a exigência fiscal não foi impugnada pelo defendente com argumento e prova capazes de elidir a autuação.

Por fim, saliento que nada impede que o atendimento do pedido para que as intimações acerca do presente processo sejam realizadas em nome dos advogados do autuado, porém ressalto que o não atendimento a essa solicitação não prejudicará a validade da intimação, desde que feita em conformidade com o disposto no art. 108 do RPAF-BA/99. Já o pedido para que seja efetuado o cadastramento de *e-mail*, o autuado deverá dirigir seu pedido ao setor administrativo do CONSEF responsável por tal cadastramento, já que tal pleito trata de matéria alheia às competências das Juntas de Julgamento Fiscal.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar procedentes as infrações 3, 4, 5, 6 e 7, bem como procedente em parte as infrações 1 e 2, tudo conforme o demonstrativo apresentado da seguir:

Infrações	Auto de Infração	Julgamento	Valor Devido
1	R\$ 404.583,72	Procedente em Parte (com adequação da multa)	R\$ 40.458,37
2	R\$ 188.071,24	Procedente em Parte	R\$ 187.647,35
3	R\$ 188.524,14	Procedente	R\$ 188.542,14
4	R\$ 15.382,15	Procedente	R\$ 15.382,15
5	R\$ 72.695,70	Procedente	R\$ 72.695,70
6	R\$ 16.648,45	Procedente	R\$ 16.648,45
7	R\$ 3.901,11	Procedente	R\$ 3.901,11

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299130.0086/15-8, lavrado contra **CENTRALTEC CLIMATIZAÇÃO LTDA. (JIREH DISTRIBUIDORA E VAREJISTA EM AR CONDICIONADO, PEÇAS E ACESSÓRIOS)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.931,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a" e "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor de **R\$40.458,37** e multa percentual no valor de **R\$448.885,19**, previstas nos incisos IX e II, "d", § 1º, do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a 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, I, "a", do RPAF-BA/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, 27 de julho de 2016.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR