

**A.I. Nº** - 2989320009/15-7  
**AUTUADO** - HOME CENTER NORDESTE COM. DE MAT. PARA CONSTRUÇÃO S.A.  
**AUTUANTES** - NILDA BARRETO DE SANTANA e ANNA CRISTINA ROLLEMBERG  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 12.09.2016

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0141-02/16**

**EMENTA: ICMS. 1. MULTA. FALTA DE ANTECIPAÇÃO TRIUTÁRIA DE MERCADORIA TRIBUTADA NA SAÍDA SUBSEQUENTE. Infração reconhecida e paga pelo autuado. Caracterizada a infração. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS POR ANTECIPAÇÃO. Equívoco do sistema provocou tratamento errado nas operações com determinadas mercadorias. Infração caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Autuado utilizou crédito de imposto pago por antecipação em razão de ter dado saída subsequente tributada. Autuado discorda que as mercadorias estavam sujeitas ao regime de substituição tributária. Infração caracterizada. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO DO PERCENTUAL. Autuado confirma que erro no sistema determinou a antecipação tributária sobre mercadorias sujeitas à tributação normal. Infração caracterizada. 5. OMISSÃO DE SAÍDAS. APURADO MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. Autuado reconhece a infração e efetuou o pagamento. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

## **RELATÓRIO**

O auto de infração em lide, lavrado em 28/12/2015, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$274.466,12 em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (07.01.03) – 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, ocorrido nos anos de 2012 a 2014, no valor histórico de R\$3.187,49, conforme disposto no § 1º e na alínea “d” do inciso II, ambos do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 (07.01.02) - efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação ou do exterior, ocorrido no ano de 2013, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$54.058,30, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 (01.02.06) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por substituição tributária, ocorrido nos anos de 2012 a 2014, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 96.456,89, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "a" do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 (03.02.02) – aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ocorrido nos anos de 2012 a 2014, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 116.248,51, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "a" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 (04.05.02) – falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício fechado, ocorrido nos anos de 2012 a 2014, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 4.514,93, acrescido de multa de 60% previsto no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 186 a 194, informando, inicialmente, acerca da tempestividade da apresentação da defesa. Reconhece o cometimento das infrações 01 e 05, tendo providenciado o respectivo parcelamento do pagamento. Diz que a fiscalização não considerou os recolhimentos por ele efetuados, vinculados às exigências das demais infrações.

Em relação à infração 02, o autuado informa que efetuou o pagamento pelo sistema de débito e crédito, recolhendo a diferença ao final. Em razão dessa sistemática utilizada, sofreu a reclamação de crédito referente à infração 03, mas aponta a necessária utilização de crédito pois tributou na saída subsequente. Em relação à infração 04, o autuado informa que o sistema lançou equivocadamente alguns produtos em regime de tributação normal na condição de substituição tributária e que os recolhimentos foram desconsiderados pelas autuantes.

Diz que as inconsistências apresentadas são comuns em razão do fato de comercializar mais de 15.000 itens oriundos de mais de 250 fornecedores e em razão da complexidade das legislações estaduais, mas que, ao final, as inconsistências encontradas são mínimas em relação à enorme quantidade de operações realizadas.

Apresenta exemplos que garante atestar que o imposto antecipado indevidamente resultou em valor superior ao que se está exigindo neste auto de infração. Diz que a cobrança de imposto que já foi recolhido fere o princípio da proporcionalidade. Entende que não cometeu irregularidade que justificassem as infrações que lhe foram imputadas.

O autuado alerta que, em consonância com o princípio da verdade material, cabe à autoridade fiscal provar a ocorrência do fato gerador, bem como todos os elementos constitutivos do lançamento tributário. Diz que o autuante não pode se valer da presunção relativa da legitimidade de atos administrativos para se eximir de produzir a prova material objetiva da ocorrência do fato gerador e da responsabilidade do autuado.

O autuado entende que inexistente materialidade dos ilícitos fiscais apontados. Por isso, requer a nulidade do auto de infração. Ou, alternativamente, que seja enviado o processo em diligência para verificar os recolhimentos ao final dos períodos de apuração considerados.

As autuantes apresentaram informação fiscal das fls. 224 a 230, informando que os créditos tributários referentes às infrações 01 e 05 já estão extintos pelo pagamento. Reitera que as infrações em lide decorreram do fato do autuado aplicar tratamento tributário diverso do previsto na legislação. Não observou se as mercadorias estavam submetidas ao regime de tributação normal ou por antecipação tributária.

Destaca que apropriou como crédito fiscal na planilha “Demonstrativo do ICMS devido por antecipação total – exercício 2013” os valores pagos com código de receita 1145 e 1187, oriundos ou não de estados signatários de acordos interestaduais, ainda que pagos por ele ou por terceiros.

As autuantes alegam que o Protocolo ICMS 104/09 e 26/10 são confusos por não descreverem com clareza as mercadorias que estão sujeitas ao regime de substituição tributária, pois trazem expressões genéricas. Também criticam a utilização de NCM's muito abrangentes para uma só mercadoria. Assim, por exemplo, entendem que persiste dúvida sobre quais mercadorias são consideradas artefatos de higiene ou tocador ou se acessórios de cozinha são artefatos de higiene.

Por isso, aceitaram que baldes, lixeiras, varais e escadas fossem considerados como artefatos de higiene ou toucador, já que os remetentes assim consideraram.

As autuantes discordam da alegação feita pelo autuado relativamente à infração 02 de que haviam feito o débito do imposto na saída subsequente. Ora deram tratamento de ST e não se debitaram na saída, ora deram tratamento de mercadoria sujeita ao regime de conta corrente fiscal. Atestam que o lançamento desta infração foi apenas sobre as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Atestam, também, que na infração 03 glosou os créditos apropriados indevidamente por referirem-se a mercadorias sujeitas ao pagamento pelo regime de substituição tributária.

Em relação à infração 04, as autuantes confirmam que o autuado não destacou o ICMS devido nas saídas de diversas mercadorias sujeitas ao regime normal, utilizando os CFOP's 5405, 5949 e 6949.

Requer a manutenção da exigência fiscal.

## VOTO

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. O autuado não apresentou qualquer proposição de nulidade ao presente auto de infração.

O autuado reconheceu a procedência das infrações 01 e 05, restando discussão de mérito referente às infrações 02, 03 e 04.

A alegação do autuado de falha no sistema que resultou em erros de enquadramento de determinadas mercadorias no apropriado regime de tributação, não o exime da responsabilidade de se submeter aos ajustes propostos no presente auto de infração.

Os valores apurados nas infrações 02, 03 e 04 do presente auto de infração estão demonstrados nas planilhas anexas ao auto de infração. O auto não foi baseado em presunção, mas no correto enquadramento das mercadorias expressas nas planilhas que ora não foram submetidas ao regime de substituição tributária, ora tiveram o imposto pago por substituição que foram utilizados como crédito fiscal e ora não foram tributados corretamente nas saídas. Tudo verificado nos respectivos documentos fiscais e na escrituração fiscal.

A exigência contida neste auto de infração está de acordo com o previsto na legislação. Os lançamentos equivocados realizados pelo autuado foram agora ajustados. O que não impede ao autuado de requerer a restituição de impostos que julgue terem sido pagos em momentos distintos dos exigidos na legislação. Assim, a presente cobrança consiste em oportunidade para o autuado reaver o imposto que declaradamente afirma ter sido pago em valor superior ao exigido no presente auto, que foi baseado no que determina a legislação.

O presente auto de infração, além de desvendar práticas em desacordo com a legislação que, segundo o autuado, estava resultando em pagamento a maior, impedirá a sua continuidade, pressupondo que foram feitos os ajustes necessários no sistema para se evitar que permaneçam os equívocos ora apontados pelas autuantes.

Voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2989320009/15-7**, lavrado contra **HOME CENTER NORDESTE COM. DE MAT. PARA CONSTRUÇÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$271.278,63**, acrescido das multas de 60% sobre R\$266.763,70 e de 100% sobre R\$4.514,93, previstas no art. 42, II, alíneas “a” e “d”, III e VII, “a”, lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no

valor de **R\$3.187,49**, prevista no art. 42, II, alínea “d” e § 1º do mesmo diploma legal, devendo ser abatido desse valor e homologado pela autoridade competente o pagamento efetuado no valor de R\$5.703,98, conforme documentos das fls. 238 a 242.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR