

A.I. Nº - 2794620016/16-0
AUTUADO - HOME CENTER NORDESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO S. A.
AUTUANTES - NILDA BARRETO DE SANTANA e ANNA CRISTINA ROLLEMBERG
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 23. 02. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0010-01/17

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. **a)** OPERAÇÕES COM ECF. Infração reconhecida. **b)** OPERAÇÕES COM NOTAS FISCAIS. Autuado apresenta documentos elidindo parcialmente a infração. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Autuante acata alegações defensivas trazidas aos autos, apresenta novo demonstrativo, com redução do lançamento original exigido. Infração caracterizada em parte. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OMISSÕES TANTO DE SAÍDAS QUANTO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS DO REGIME NORMAL DE TRIBUTAÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, A DAS ENTRADAS. Infração reconhecida. **b)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL – MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO, RELATIVAMENTE A MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Efetuada correção no levantamento com redução do débito exigido. Infrações parcialmente subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Ato de Infração em lide, lavrado em 31/03/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 825.078,76 em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (03.02.02) – recolheu a menor em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias registradas em cupons fiscais regularmente escriturados, ocorrido nos anos meses de janeiro, março, abril, maio, novembro e dezembro de 2012, de janeiro, abril, maio, junho, setembro e novembro de 2013 e de janeiro a julho de 2014, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 2.528, 82, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "a" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 (03.02.02) – recolheu a menor em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias registradas em notas fiscais regularmente escrituradas, ocorrido nos anos meses de janeiro e de abril a dezembro de 2012, de janeiro, fevereiro, abril, maio junho, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2013 e de janeiro, fevereiro, março, abril

,maio, julho, outubro, novembro e dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 109.847,26, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "a" 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 meses de janeiro e de abril a dezembro de 2012, de janeiro a maio e de julho a dezembro de 2013 e de janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 173.475,22, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "a" do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 (04.05.05) – falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, ocorrido nos anos de 2012 a 2014, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 19.017,57, acrescido de multa de 100% previsto no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 (04.05.08) – falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado, ocorrido nos anos de 2012 a 2014, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 375.863,38, acrescido de multa de 100% previsto no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 (04.05.09) – falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, ocorrido nos anos de 2012 a 2014, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 144.346,51, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 115 a 139, informando, inicialmente, acerca da tempestividade da apresentação da defesa. Reconhece o cometimento das infrações 01 e 04, tendo providenciado o respectivo pagamento integral e reconhece a procedência parcial das infrações 2, 3, 5 e 6. Assim, reconhece como devido o valor de R\$ 109.761,49, conforme quadro à fl. 118.

Diz que grande parte dos valores reclamados nas infrações 2, 5 e 6 são equivocados, pois estão baseados em nota fiscal emitida para dar trânsito a mercadorias em razão de mudança de endereço da Rua Dr. Altino Teixeira para a Rua Djanira Maria Bastos, em que não há qualquer incidência de ICMS. Apresenta nota fiscal em que está consignado o mesmo número de CNP tanto para o remetente como para o destinatário. Relaciona várias notas fiscais que se enquadram na descrição apontada e reconhece como devido na infração 02 a importância de R\$ 32.505,43. Em relação à infração 05 e 06, relaciona várias notas fiscais que entende que o imposto reclamado é indevido, mas reconhece como devido a importância de R\$ 10.272,23 na infração 05 e de R\$ 4.086,12 na infração 06.

Em relação à infração 03, reconhece como devido a importância de R\$ 41.351,32. Diz que não aproveitou integralmente o crédito fiscal destacado na nota fiscal nº 44430 no valor de R\$ 14.667,78, relativo à nacionalização de produtos importados, mas apenas a importância de R\$ 1.988,63.

Da mesma forma, informa que aproveitou como crédito fiscal relativo à nota fiscal nº 22687 a importância de R\$ 1.188,68. Diz que a descrição do tapete PVC referida na nota fiscal é de uso

doméstico, não podendo ser exigido a antecipação tributária. Não se enquadrando no Protocolo ICMS 109/2009 nem no RICMS/12. Protesta também contra a cobrança sobre a nota fiscal nº 17621, 40943, 42973, 65603 e 51984.

Requer a nulidade em relação a parte controversa do auto de infração e da correspondente multa, bem como a produção de todas as provas em direito admitidas, inclusive a juntada de novos documentos e realização de perícia técnica contábil e diligências necessárias.

As autuantes apresentaram informação fiscal das fls. 152 a 160, atestando o pagamento realizado pelo autuado em reconhecimento da procedência total das infrações 01 e 04 e parcial das infrações 02, 03, 05 e 06, no valor histórico de R\$ 109.761,48, conforme documento à fl. 162.

Explica que nas infrações 01, 02 e 03 o contribuinte concedeu a algumas mercadorias tratamento tributário diverso daquele determinado pela legislação do ICMS. Alternou a forma de tributação de alguns produtos ao longo do período fiscalizado, em total inobservância ao regime de tributação dos mesmos, ora se creditando do ICMS na entrada de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária, ora deixando de tributar na saída mercadoria submetida ao regime normal de apuração do ICMS.

Lamentam que os Protocolos 104/09 e 26/10 de material de construção são bastante confusos, pois não descrevem com clareza suas mercadorias, trazendo expressões genéricas como: isolantes e afins, artefatos de higiene/toucador, outras obras de plástico, outras obras de alumínio, etc, dificultando sobremaneira o entendimento do alcance da descrição de tais mercadorias.

Diz que a mesma falta de clareza ocorre também com a utilização de NCMs muito abrangentes para uma só mercadoria, a exemplo do 3924 - artefatos de higiene ou toucador e do 7326 - abraçadeiras. Igualmente aqui, o texto dos referidos protocolos dificulta sobremaneira o entendimento de quais mercadorias (nome comercial) estariam inclusas em cada NCM.

Entendem que não existe consenso de quais mercadorias são consideradas artefatos de higiene ou toucador, nem se acessórios de cozinha são artefatos de higiene. Por essa razão, foi tolerada a inclusão de baldes, lixeiras, varais e escadas como "artefatos de higiene e toucador", uma vez que o contribuinte e seus fornecedores deram tratamento de ST aos mesmos.

Em relação à infração 02, reconhecem como indevidas a exigência tributária vinculadas às saídas efetuadas em decorrência de mudança de endereço do estabelecimento, pois tais operações ocorrem sem incidência do ICMS. Para as demais operações listadas, ratifica que o contribuinte procedeu a saída de mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação sem destacar o ICMS devido.

Assim, sugere a alteração dos seguintes lançamentos:

31/07/2012	09/08/2012	de	123,21	para	0,00
31/08/2012	09/09/2012	de	81.217,23	para	3.998,61

Em relação à infração 03, confirma que foram glosados os créditos de ICMS de mercadorias adquiridas com imposto pago por antecipação total ou substituição tributária do ICMS, pois, uma vez encerrada a fase de tributação da mercadoria, fica, consequentemente, vedada a utilização de quaisquer créditos a ela referentes.

As autuantes consideram que, apesar do Protocolo 109/09 ser de difícil entendimento, ele se refere não somente a material de construção, mas também aos adornos. Assim, conclui que tapete de pvc banheiro, NCM 3926.9090 está inserido no item 16 do Anexo Único na categoria de adorno.

As autuantes argumentam que existe uma divergência de entendimento quanto ao alcance do termo "artefatos de higiene e toucador". Diz que para muitos fornecedores as lixeiras inox são artefatos de higiene e se enquadram no NCM 7324, mas, considerando que precisa haver uniformidade de

procedimento e por ser mais benéfico ao contribuinte, acataram a inserção do mesmo como mercadoria sujeita à substituição tributária.

As autuantes reconhecem que em notas fiscais de entrada (emissão própria) constaram itens com tributação normal e com tributação por substituição, mas somente foram utilizados os créditos de ICMS referentes às mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação, conforme comprovado no livro Registro de Entradas.

Assim, sugere que os seguintes lançamentos da infração 03 sejam modificados:

31/07/2012	09/08/2012	de	6.610,63	para	0,00
31/09/2012	09/10/2012	de	104.460,23	para	2.733,38
31/03/2013	09/04/2013	de	9.168,34	para	230,86
30/04/2013	09/05/2013	de	10.146,31	para	405,20
31/07/2013	09/08/2013	de	2.743,14	para	1,54
30/11/2013	09/12/2013	de	2.391,02	para	24,79

Em relação à infração 05, as autuantes confirmam a exclusão das saídas referentes à mudança de endereço do estabelecimento, alterando-se o lançamento do exercício 2012 para:

31/12/2012	09/01/2013	de	364.784,24	para	1.965,92
------------	------------	----	------------	------	----------

Em relação à infração 06, as autuantes confirmam a exclusão das saídas referentes à mudança de endereço do estabelecimento, alterando-se o lançamento do exercício 2012 para:

31/12/2012	09/01/2013	de	139.554,93	Para	764,14
------------	------------	----	------------	------	--------

O autuado apresentou manifestação das fls. 197 a 200. Festejou o reconhecimento das autuantes de quase todos os argumentos apresentados na defesa, mas reiterou que a nota fiscal nº 77877, citada nas infrações 05 e 06, teve o imposto pago no momento da nacionalização das mercadorias, tendo esta nota sido emitida apenas para operar a simples remessa para o estoque da empresa. Assim, apresenta cópia das notas vinculadas a esta operação e requer o reconhecimento do pagamento de R\$ 2.772,83, exigido na infração 05, e de R\$ 1.469,60, exigido na infração 06.

As autuantes apresentaram informação à fl. 206, concordando com as alegações do autuado na manifestação das fls. 199 a 200 e concluindo considerando os valores reconhecidos e pagos pelo autuado, mais os ajustes de lançamento efetuados pelo fisco, o crédito tributário está extinto.

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 reconheceu a procedência total das infrações 01 e 04 e a procedência parcial das infrações 02, 03, 05 e 06. As autuantes acataram as argumentações do autuado apresentadas na defesa e na manifestação fiscal, não restando lide no presente processo.

Reconheço como corretas as retificações do lançamento inicial efetuadas pelas autuantes face as argumentações e documentos apresentados pelo autuado. A dificuldade de enquadramento no regime de substituição tributária de produtos de material de construção, relacionados no Protocolo ICMS 109/09, leva a inevitáveis conflitos de interpretação. A comprovação de movimentação de mercadorias face a mudança de endereço no ano de 2012 afastou corretamente a exigência de ICMS inicialmente indicadas nestas saídas nas infrações 05 e 06, bem como a exclusão da exigência na remessa de mercadorias importadas para o estoque do autuado, cujo imposto já havia sido pago quando da nacionalização das mercadorias.

As revisões efetuadas pelas autuantes resultaram nos ajustes do lançamento nas seguintes datas de ocorrência:

1 - Infração 02:

31/07/2012	09/08/2012	de	123,21	para	0,00
31/08/2012	09/09/2012	de	81.217,23	para	3.998,61

2 – infração 03:

31/07/2012	09/08/2012	de	6.610,63	para	0,00
31/09/2012	09/10/2012	de	104.460,23	para	2.733,38
31/03/2013	09/04/2013	de	9.168,34	para	230,86
30/04/2013	09/05/2013	de	10.146,31	para	405,20
31/07/2013	09/08/2013	de	2.743,14	para	1,54
30/11/2013	09/12/2013	de	2.391,02	para	24,79

3 – infração 05:

31/12/2012	09/01/2013	de	364.784,24	para	1.965,92
31/12/2014	09/01/2015	de	3.191,11	Para	418,28

4 – infração 06:

31/12/2012	09/01/2013	de	139.554,93	para	764,14
31/12/2014	09/01/2015	de	1.716,31	Para	246,71

Desta forma, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzido o lançamento tributário para R\$ 109.761,49, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

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 2794620016/16-0, lavrado contra **HOME CENTER NORDESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO S. A.**, no valor de **R\$ 109.761,49**, acrescido das multas de 60% sobre R\$80.471,69 e 100% sobre R\$29.289,80, previstas no art. 42, incisos II. “a”, II, “d” VII, “a”, e III, da Lei nº 7.014/96, e acréscimos legais, devendo ser intimado para tomar conhecimento do feito, devendo o pagamento efetuado ser homologado pela autoridade competente, conforme documentos das fls. 231 a 234.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/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, 01 de fevereiro de 2017

RUBENS MOURINHO DOS SANTOS–PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR