

A. I. N° - 110427.0006/15-4
AUTUADO - CONLAR MATERIAL ELÉTRICO HIDRÁULICO E DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12.06.2017

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0091-04/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA O sujeito passivo tributário não contestou a infração. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração não contestada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração não contestada. 4. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração elidida em parte. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. Infração não contestada. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não elidida. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração elidida em parte. 8. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU SERVIÇOS DECORRENTES DO NÃO LANÇAMENTO DO DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS FISCAIS DE ENTRADAS. O sujeito passivo tributário elide em parte a autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2015, exige ICMS e multa no valor histórico de R\$140.649,15, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades à legislação tributária deste Estado.

Infração 01- Utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadoria adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Período: exercícios de 2013 e 2014. ICMS no valor de R\$20.273,05.

Infração 02 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valores apurados mediante a reconstituição do conta corrente das operações normais do estabelecimento. Período: outubro e novembro/2013. ICMS no valor de R\$2.522,23.

Infração 03 – Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. O contribuinte não se debitou das diferenças de alíquota em sua escrita fiscal (EFD), deixando, em consequência, de recolher o imposto devido à Fazenda Estadual. Período: fevereiro e abril de 2013, março, maio a dezembro de 2014. Valor do ICMS: R\$1.016,91.

Infração 04 – Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Período: exercícios de 2013 e 2014. Valor do ICMS: R\$9.876,10.

Infração 05 - Recolhimento a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Refere-se a saídas de mercadorias que, embora estejam incluídas na base de cálculo do imposto na escrita fiscal, foi aplicada a alíquota zero, quando o correto seria 17%. Período: fevereiro a julho de 2013, setembro e dezembro de 2013, janeiro, março a novembro de 2014. Valor ICMS: R\$5.337,71.

Infração 06 - 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 e /ou do exterior. Período: fevereiro de 2013 a dezembro de 2014. Valor do ICMS: R\$92.765,80.

Infração 07 - Recolhimento a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Período: fevereiro, março, maio, junho e dezembro de 2013, maio a julho, setembro, novembro e dezembro de 2014. Valor do ICMS: R\$4.600,08.

Infração 08 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Período: exercícios de 2013 e 2014. Valor ICMS: R\$4.257,27.

O autuado apresenta impugnação parcial ao Auto de Infração (fls. 96/100).

Reconhece como devido o imposto relativo ás infrações 01, 02, 03 e 05. Apresenta sua contestação em relação às demais.

Infração 04 – diz ser ela parcialmente procedente, pois houve erro no cadastro de seus produtos, onde constam dois campos para a NCM: a) NCM TRIBUTAÇÃO – código incorreto e b) NCM PRODUTO - código correto. Em assim sendo, o levantamento realizado pelo fiscal autuante (Anexo III) retirou deste campo, justamente, a NCM incorreta. Baseado na descrição do produto e na NCM correta, os produtos foram vendidos, corretamente, como não tributáveis. Apresenta demonstrativo (Anexo III do levantamento fiscal modificado) em mídia eletrônica e cópia da página do cadastro de produtos da empresa.

Infração 06 - de igual forma reconhece em parte esta infração. No entanto, impugna os seguintes documentos fiscais:

1) notas fiscais nº 13300 e 60019, com o ICMS por substituição tributária (como: CST 010/ CFOP 6401), nas quais a empresa foi substituída. Em assim sendo, o recolhimento do imposto é na origem;

2) mercadorias registradas com o CFOP 6922, do fornecedor CERÂMICA BATISTELLA LTDA, CNPJ: 51.460.566/0001-37, cujo ICMS foi recolhido na origem, através das notas fiscais emitidas posteriormente com o CFOP 6116;

3) notas fiscais nº 27352 e 27354, mercadoria adquirida para uso e consumo, com pagamento de diferencial de alíquota conforme DAE que apresenta;

4) notas fiscais com a MVA incorreta no levantamento fiscal;

5) mercadorias adquiridas direto do fabricante (ELISABETH, FIORI e DURATEX S/A) e mercadorias adquiridas do estado de Pernambuco (AKZO NOBEL LTDA), não estando incluídas no Decreto 14.213/12;

6) notas fiscais de mercadorias que foram devolvidas no ato da entrega, por estarem em desacordo com o pedido;

7) notas fiscais nº 77868, 80369, 86627, 121431, 1.138.883, 1.142.179, 1.155.162, 209092, 77054, 183696, 297320, 51510 e 4415, com produtos referente a outras entradas de mercadorias não destinadas a revenda, como: Simples Remessa, Mercadoria para Demonstração, Mostruário e Amostra Grátis.

8) nota fiscal nº 101193, lançada em duplicidade no levantamento fiscal;

9) notas fiscais com itens de NCM e descrição que não fazem parte do Anexo I do RICMS/12, a saber:

NF	NCM	ANEXO I – RICMS/BA
119632	7326.20.00	Não consta o Item/Descrição do Produto
533391	4421.90.00	Não consta o Item/Descrição do Produto
171799	4421.90.00	Não consta o Item/Descrição do Produto
177126	4421.90.00	Não consta o Item/Descrição do Produto
656707	4421.90.00	Não consta o Item/Descrição do Produto

Por tudo exposto e apresentando documentação comprobatória, entende que a infração procede no valor de R\$28.724,14.

Infração 07 – também reconhece parcialmente esta infração, pois analisando o demonstrativo elaborado pelo fiscal autuante na “Coluna P” constata-se que havia recolhido a maior o ICMS no total de R\$4.417,88 e a “Coluna O” demonstra um total de ICMS a pagar de R\$4.600,08 que, após deduções das notas fiscais nº 77.054, 56.546 e 52.817, passou a ser de R\$4.521,55, restando portanto um saldo de ICMS à pagar no valor de R\$103,67, reconhecido como devido. Apensa aos autos cópias das notas fiscais e o demonstrativo elaborado pelo fiscal, porém modificado em razão de sua alegação.

Infração 08 – A autuação refere-se à falta de registro de diversas notas fiscais de entradas de mercadorias, nos livros próprios Informa que a maioria das notas citadas nesta infração, encontra-se devidamente escriturada. Sendo assim, a acusação é procedente em parte no valor de R\$1.317,33. Anexa cópias dos livros de Registro de Entradas, Demonstrativo T/1 – Modificado pela Empresa e Demonstrativo C – Modificado pela empresa.

Requer a procedência parcial da autuação com base nas garantias constitucionais, apoiado em especial pelos princípios do contraditório e ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade e presunção de inocência, cancelando as infrações autuada indevidamente. Requer ainda, que após a decisão, sejam devolvidos os documentos que apensou aos autos.

Por fim, protesta pela juntada posterior de outros documentos necessário para comprovar suas alegações, “*bem como se dispõe a receber os agentes para novas diligências*”.

O autuante presta sua informação fiscal (fls. 224/232).

Em relação á infração 04, após indicar os argumentos e comprovações do impugnante, diz que procedeu a uma análise do demonstrativo inserido em mídia pela empresa (fl. 221), constatando que, de acordo com a descrição dos produtos, bem como, com a nova NCM indicada pelo contribuinte como correta, alguns itens, na verdade, estão incluídos na substituição/antecipação tributária, de acordo o Anexo 1, do RICMS/12. Apresenta novo demonstrativo de débito contendo as exclusões que fez, de acordo com a classificação de cada mercadoria, anexado à sua informação fiscal, restando a recolher o ICMS no valor de R\$5.283,70.

Infração 06 – apresenta a seguinte análise:

1. Em relação às notas fiscais de nº 60019 e nº 13300, informa que o processador (PRODIF) não contemplou o pagamento do imposto na origem. No entanto com a comprovação dos referidos recolhimentos (fls. 101/102 e 129/130), somente a quantia de R\$1.415,74 deve ser

deduzida do lançamento fiscal do mês novembro/2013, relativa à nota fiscal 60019, uma vez que não há registro de valores nesta infração no mês de janeiro/2013.

2. Quanto às mercadorias registradas com o CFOP 6922, do fornecedor CERÂMICA BATISTELLA LTDA., CNPJ 51.460.566/0001-337, o ICMS foi recolhido na origem, através das notas fiscais emitidas, posteriormente, com o CFOP 6116. Em consequência, assiste razão ao defendant, uma vez que as notas fiscais de emissão da CERÂMICA BATISTELLA LTDA. foram inseridas indevidamente no demonstrativo “1 – Antecipação Tributária – Entradas”, já que se tratam de operações de simples faturamento para entrega futura das mercadorias, com o CFOP 6922, cujos produtos foram entregues, posteriormente, com o CFOP 6116, quando então foram efetivamente tributadas, a saber:

Mês	Nota Fiscal (Número)	Fl. Proc.	Valor da Operação	Valor a Excluir
03/2013	153916	110	3.411,85	664,54
03/2013	153917	114	5.984,72	<u>1.165,67</u>
Total a excluir mês 03/2013				1.830,21
04/2013	152576	113	6.100,71	1.615,32
04/2013	153912	115	21.477,90	4.183,36
04/2013	155946	124	10.252,09	<u>1.996,85</u>
Total a excluir mês 04/2013				7.795,53
10/2013	168395	126	6.598,06	<u>1.048,59</u>
Total a excluir mês 10/2013				1.048,59

3. No que concerne as notas fiscais 27352 e 27354, esclarece que embora tenham sido incluídas no Demonstrativo 1, relativo à antecipação tributária, referem-se, realmente, a materiais para uso e consumo do estabelecimento, que por sua vez, constam do Demonstrativo Anexo II (fls. 27/28), relativo à cobrança da diferença de alíquota, cujo lançamento integra a Infração 03, com ocorrência no mês de outubro/2014, no valor de R\$263,50. Portanto, deve ser excluída da Infração 06 a quantia de R\$263,50, mês outubro/2014, relativa aos mencionados documentos.
4. Embora o defendant não tenha indicado quais as mercadorias e documentos com MVA incorreta, por eliminação, conclui que se trataram das notas fiscais 3.444 e 751.152 (fls. 131 e 133). Quanto à primeira (NF 3444), o programa indicou um percentual de MVA de 49%, quando o correto é 41%, de acordo com o Protocolo 104/99. Assim, recalculando, obtém-se um total a recolher de R\$38,01, ou seja: $\{20 [43,29 + (43,29 \times 41\%)]\} = R\$ 1.220,78 \times 17\% - (10,82 + 158,70) = R\$38,01$. Exclui a quantia de R\$11,70, no mês de janeiro/2014, ou seja: $(R\$ 49,78 - R\$ 38,01)$. Já em relação à nota fiscal 751152, constatou que a MVA foi corretamente aplicada não havendo diferença a ser excluída.
5. A respeito das mercadorias adquiridas diretamente do fabricante (ELISABETH, FIORI e DURATEX S/A) e mercadorias adquiridas do estado de Pernambuco (AKZO NOBEL LTDA.), tal argumento diz respeito às notas fiscais 10903, de 19/02/2013 (MG), 30105, de 30/08/2014 (PB), 46826, de 19/09/2014 (MG) e 77500, de 07/10/2014 (PB). Por ocasião da ação fiscal, não ficou provado que os estabelecimentos remetentes das mercadorias eram unidades industriais. Entretanto, com a apresentação dos respectivos comprovantes do CNPJ dos remetentes, devem, também, serem excluídos da infração os seguintes valores referentes aos documentos acima: mês fevereiro/2013 = R\$ 1.035,99, correspondente à nota fiscal nº 10903; mês setembro/2014 = R\$ 691,13, das notas fiscais nº 30.105 e 46.826; mês outubro/2014 = R\$ 453,92, relativo à nota fiscal nº 77.500, conforme “Demonstrativo do ICMS Devido/Antecipação Tributária, Considerando os Créditos Fiscais das Notas Fiscais de Origem”, anexo, dos novos valores apurados.

6. Em relação ás notas fiscais de mercadorias que foram devolvidas no ato da entrega, por estarem em desacordo com o pedido, dentre os documentos apensados à defesa, não há uma só nota fiscal que demonstre esta condição. Para embasar seu argumento, transcreve as determinações do art. 450, § 1º, do RICMS/12 e diz que, neste caso, deveria ter sido apresentada cópia das notas fiscais, com a anotação no verso da circunstância em questão. Assim, mantém a autuação.
7. Notas fiscais nºs 77868, 80369, 86627, 121431, 1.138.883, 1.142.179, 1.155.162, 209092, 77054, 183696, 297320, 51510 e 4415. Afirma que embora tais documentos fiscais não indiquem se tratarem de operações de venda de mercadorias, todos os produtos ali incluídos são tributáveis pelo ICMS e estão sujeitos ao regime de substituição tributária, cujas notas fiscais, inclusive, estão com o destaque do imposto, portanto, tributadas na origem. Ressalta de que a maioria dos casos envolve quantidades volumosas até de mais de duzentas unidades e valores expressivos que, apesar de não terem sido provenientes de operações onerosas, nas entradas, justificam saídas de cunho comercial. Ademais, a Lei nº 7.014/96 (art. 2º, I, § 1º- transcritos), ao disciplinar a incidência do ICMS, não excetua as operações não onerosas citadas pelo defendant. Mantém a ação fiscal.
8. Em relação à nota fiscal nº 101193, de 28/12/2013, diz caber razão ao autuado, pois o programa (PRODIF) a lançou em duplicidade no valor de R\$58,40. No entanto não cabe qualquer exclusão, uma vez que na infração não há lançamento no mês de janeiro/2013.
9. No que tange às notas fiscais com itens de NCM e descrição que não fazem parte do Anexo I do RICMS/12, conforme indica, diz razão assistir á empresa autuada, pois, apesar da coincidência da NCM básica, as descrições dos produtos não são as das mercadorias indicadas no Anexo I do RICMS/12, ou seja: NCM **7326**, no Anexo, refere-se a “Abraçadeiras” (item 24.65), enquanto que a mercadoria constante da nota fiscal é “Porta-rolo de arame cromado” (valor não incluído no lançamento fiscal); NCM **4421**, no Anexo, é “Persiana de madeira”, no item 24.90; “Prancheta”, no item 27.6 e “Quadro branco, verde e cortiça, no item 27.21, sendo estes dois últimos, relativos a material escolar. Diante deste motivo, as exclui do levantamento fiscal.

Registra em seguida que, por falha no PRODIF, o valor da diferença apurada no “Demonstrativo 1 – Antecipação Tributária – Entradas” no valor de R\$9.739,41, no mês de janeiro/2013, não foi transportada para a Planilha “RESUMO – Demonstrativo 1.3 – Antecipação Tributária – Entradas”, não sendo, assim, lançada no Auto de Infração. Diz que tal valor deverá ser objeto de outro lançamento fiscal, o qual já está sendo tomado, mediante a expedição de Notificação Fiscal já com as dedução dos valores relativos às notas fiscais nº 60019 (item 1 da defesa), 119632 (item 9 da defesa), 101193 (item 8 da defesa), com imposto apurado de R\$347,17, R\$107,94 e R\$58,74, respectivamente.

Infração 07 – após descrever os argumentos de defesa, esclarece que embora as notas fiscais nºs 77.054, 56.546 e 52.817 não indiquem operações de vendas de mercadorias para a empresa - CFOP (6949), tratam-se de mercadorias tributadas normalmente pelo ICMS, não eximindo o destinatário do pagamento do ICMS devido. Nestes documentos fiscais estão discriminadas mercadorias como: rótulos porta toalha e porta saboneteira, caixa de lavatório, caixa cuba, gabinete, kit vetro, kit cuba, kit pratiko, tag metais, tag banheiro, produtos que foram tributados normalmente pelos remetentes, com destaque do imposto no documento fiscal. Em assim sendo, é devido o ICMS tanto na tributação normal, por ocasião da saída, como por antecipação parcial, uma vez que a legislação não faz qualquer exceção nesse sentido.

Em relação ao fato da empresa haver recolhido o tributo a maior em alguns meses e a menor em outros, entende não caber processo de compensação, mesmo porque, em se tratando de antecipação parcial, a legislação não prevê o método de conta corrente deste tipo de imposto, podendo este sim, ser levado o crédito no Conta Corrente Fiscal Normal, tão somente após o seu recolhimento. Mantém a ação fiscal.

Infração 08 – preliminarmente diz que o autuado, por força da legislação tributária, está, assim como já estava no período abrangido pela ação fiscal, obrigado a proceder a sua escrituração através do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), no caso, à Escrituração Fiscal Digital (EFD). Por ocasião da ação fiscal, detectou através desta escrituração que várias notas fiscais de entradas não estavam escrituradas na “EFD – Registro de Entradas”.

Para buscar provar que alguns documentos foram registrados, o defendente juntou aos autos cópias do livro Registro de Entradas, escriturado em papel, onde se encontram lançadas as notas fiscais. Anexa, também, demonstrativo com a indicação das folhas do livro onde os referidos documentos teriam sido registrados (fls. 80/87). No entanto, esse tipo de escrituração (em papel) não é válido para o estabelecimento, uma vez que já estava obrigado à Escrituração Fiscal Digital (EFD), como de fato o fez, não estando ali registrados os citados documentos à época da ação fiscal. Com tal argumento transcreve as determinações do art. 248, do RICMS/12 a respeito desta matéria.

Em seguida, chama a atenção para o seguinte detalhe quanto da análise dos demonstrativos citados: todos os documentos indicados no demonstrativo do autuado (fls. 161/168), como registrados, objeto da autuação, constam do livro Registro de Entradas escriturado em papel (fls. 169/218), sempre nos últimos lançamentos, ou estão inseridos, de forma imprensada, em datas que não há lançamentos na EFD. Isto é uma clara demonstração de que tais registros foram efetuados posteriormente à ação fiscal, numa tentativa de corrigir a omissão apurada e, consequentemente, elidir a ação do Fisco. Neste aspecto, deixou de citar os lançamentos, um a um, devido ao grande número de itens, porém, podendo ser observado em destaque com tinta amarela, efetuado pelo próprio impugnante, no citado livro de Registro de Entradas em papel (fls. 170/218) – são sempre os últimos lançamentos das respectivas datas.

No entanto, reconhece de que algumas notas fiscais constantes no levantamento fiscal foram realmente escrituradas na EFD, cujos valores são excluídos do lançamento fiscal, conforme consta do Demonstrativo T/1 – Retificado, anexo a presente informação, pelo que restou o imposto a recolher no total de R\$1.643,61, sendo R\$886,36 referente ao exercício de 2013 e R\$757,25 do exercício de 2014.

Pugna pela procedência parcial da autuação.

Chamado para tomar conhecimento da informação fiscal (fls. 390) a empresa manifesta-se (fls. 392/395) aduzindo:

Infração 04 – após indicar as exclusões realizadas pelo fiscal autuante diz que, também, houve erro no cálculo do Demonstrativo, “*onde quando existir valores citados na coluna Exclusões a coluna Tributadas estaria com o saldo zerado e isso não aconteceu em alguns produtos, erro constante nas páginas 1, 2, 3 e 4. Anexo, demonstrativo constante do Anexo III - Modificado pela empresa, gravado em mídia*”.

Infração 06 – que somente foram excluídas da autuação as notas fiscais que havia indicados (aquisições junto aos fabricantes). No entanto, restaram a serem excluídos os seguintes documentos fiscais os quais apresenta em planilha (fl. 394 dos autos).

As notas fiscais nºs 1.124.290, 121431, 1.138.883, 1.142.179, 1.155.162, 125.350, com CFOP 6912 (Remessa de mercadoria ou bem para Demonstração) são de produtos que ficam expostos na loja e não envolvem quantidades volumosas e sim apenas uma unidade de cada produto, portanto não caracterizando saídas de cunho comercial. De igual forma, não se creditou do ICMS, por ocasião da entrada das referidas notas. A nota fiscal nº 13.966 com CFOP 6949 (Simples Remessa Reposição) diz respeito à reposição de produtos que veio quebrado na nota fiscal nº 11803, informação citada na coluna de informações complementares. Anexou cópias das notas fiscais.

Requer a procedência parcial da autuação com base nas garantias constitucionais, apoiado em especial pelos princípios do contraditório e ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade e

presunção de inocência, cancelando as infrações autuada. Requer ainda, que após a decisão, sejam devolvidos os documentos que apensou aos autos.

Chamado para prestar nova informação fiscal (fls. 475/477), diante dos argumentos e novas provas trazidas pelo deficiente, o autuante assim se posiciona:

Infração 04 – após informar as alegações da empresa trazidas em sua nova contestação, diz o autuante que embora ele não tenha indicado quais mercadorias ainda permaneceram no ANEXO III - RETIFICADO (fls. 233/265), revisou todo o demonstrativo em questão, não identificando qualquer mercadoria incluída na substituição tributária, seja pela NCM, seja pela discriminação do produto. Diz que o que há é muita alusão a marcas de mercadorias fabricadas por empresas que, por coincidência, produzem também mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, porém não o são.

No entanto, com relação aos erros de cálculo alegados pelo contribuinte, razão lhe cabe, apenas com referência ao mês de janeiro/2013, uma vez que algumas exclusões não foram realizadas no demonstrativo, quando da operação aritmética, alterando assim o resultado daquele mês. Para corrigir a falha, juntou aos autos novo demonstrativo, com a identificação de ANEXO III - Retificação 2, estando ali marcado os itens alterados, restando o ICMS reduzido para R\$5.227,42.

Infração 06 – acata os argumentos de defesa em relação às notas fiscais que ainda não tinham sido excluídas e referentes às aquisições em unidades fabris, inclusive aquelas que foram objeto de substituição tributária na origem.

No que diz respeito à alegação do impugnante quanto às notas fiscais 1.124.290, 121431, 1.138.883, 1.142.179, 1.155.162 e 125.350, com CFOP 6912, com ela não concorda, pois a legislação do ICMS não exclui este tipo de operação, quando se trata de substituição tributária. Além do mais, apesar de os documentos fiscais indicarem o CFOP 6912, os produtos foram tributados normalmente na origem. Assim, mesmo que as mercadorias sejam para demonstração, nada impede que tenham outra destinação, razão porque, estando incluídas na substituição tributária, o imposto é devido na entrada do produto, como define a legislação do ICMS. Por conseguinte, a suspensão do imposto nas operações para demonstração é prevista quando da saída internas e retornos da mercadoria, como determina o inciso IV do artigo 280, do RICMS/BA.

Quanto à nota fiscal nº 13.966, para reposição de produto avariado, verifica-se a mesma regra, razão porque o imposto da antecipação tributária também é devido, não havendo alteração a fazer no lançamento fiscal, sob este aspecto.

Junta a sua informação o “DEMONSTRATIVO DAS EXCLUSÕES - RESUMO - Segunda Retificação”, inserido também em mídia, ficando a infração 06 reduzida para R\$37.571,80.

Apensa, ainda, aos autos DEMONSTRATIVOS DE DÉBITO das infrações 04, 06 e 08, haja vista as retificações implementadas na primeira e na segunda informação fiscal, cujos demonstrativos constam de mídia CD.

Todos os documentos foram entregue ao contribuinte.

Chamado para tomar conhecimento da nova informação fiscal (fls. 316/317), o autuado não se manifesta.

Consta apensado aos autos o parcelamento do débito referente às infrações 01, 02, 03 e 05 (fls. 468/472 e 520/523).

VOTO

Quanto ao pedido de diligência solicitado pelo impugnante, observo que o próprio autuante reviu todas as informações que prestou quando de sua informação fiscal, diante da insurgência do autuado. Chamado para tomar conhecimento desta revisão fiscal, o contribuinte não mais se manifesta. Em assim sendo, não existe mais motivação para que seja requerida qualquer diligência fiscal.

A empresa autuada não contesta as infrações 01, 02, 03 e 05 do presente Auto de Infração, inclusive requerendo parcelamento dos seus débitos e que são as seguintes:

Infração 01- Utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadoria adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

Infração 02 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Infração 03 – Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Infração 05 - Recolhimento a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Não havendo lide a ser apreciada, ficam elas mantidas.

O impugnante reconhece parcialmente as demais infrações, apresentando os seguintes argumentos a seguir explicitados.

Infração 04 – Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O autuado argui que esta infração é parcialmente procedente por ter existido erro em relação à NCM dos produtos que cadastrou. Apresentou as NCM corretas que diz estarem escrituradas no campo como NCM PRODUTO. Este argumento foi aceito pelo autuante após análise dos documentos apresentados pelo impugnante. O ICMS exigido passou de R\$9.876,10 para R\$5.283,70.

Mais uma vez o autuado volta com o mesmo argumento, o qual foi rechaçado pelo fiscal autuante em nova análise realizada. No entanto, apresentou ele novo argumento, ou seja, que houve erro de cálculo (o indicando) do levantamento apresentado pelo fisco, fato este aceito pelo fiscal autuante que diminuiu o valor de R\$5.283,70 para R\$5.227,42, valor este inferior ao apresentado pela defesa quando de sua manifestação que foi de 5.234,12 (fl. 465).

Diante destes fatos, mantida parcialmente a exigência fiscal no valor de R\$5.227,42 conforme demonstrativo de fl. 512 dos autos.

Infração 06 - 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 e/ou do exterior.

O autuado apresenta nove argumentos, trazendo documentação, para elidir, parcialmente esta infração. Destes nove argumentos, o autuante acata praticamente todos, com exceção (indicado neste voto pelos itens conforme defesa apresentada):

Item 01 – não foi aceita, corretamente, a exclusão da nota fiscal nº 60019, já que por erro do sistema da auditoria fiscal o valor da diferença apurada no “Demonstrativo 1 – Antecipação Tributária – Entradas” no valor de R\$9.739,41, no mês de janeiro/2013, não foi transportada para a Planilha “RESUMO – Demonstrativo 1.3 – Antecipação Tributária – Entradas”, não sendo, assim, lançada no Auto de Infração, ou seja, não teve repercussão na exigência do imposto ora impugnado. Aceita a exclusão da nota fiscal nº 13300, excluindo da autuação o valor de R\$1.415,74.

Item 04 – o autuante aceita o argumento de defesa em relação a nota fiscal nº 3444, cuja MVA não é de 49%, e sim de 41%, de acordo com o Protocolo ICMS 104/99. No entanto em relação àquela de nº 751152, constatou que a MVA foi corretamente aplicada. O autuado, quando de sua manifestação a respeito do saneamento realizado pelo fisco não mais se pronunciou sobre a matéria, o que demonstra a sua aceitação.

Item 06 - Em relação às notas fiscais de mercadorias que foram devolvidas no ato da entrega, por estarem em desacordo com o pedido, conforme afirma o impugnante, o autuante não aceita tal argumento, uma vez que ao analisar os documentos apensados à defesa, não há uma só nota

fiscal que demonstre esta situação. O autuado, quando da sua segunda manifestação, não mais apresenta qualquer argumentação a este respeito.

Razão assiste neste caso ao fiscal autuante já que seria necessária a apresentação de prova do retorno das mercadorias, fato que não se desincumbiu a empresa autuada.

Item 07 – impugna o autuado as notas fiscais nº 77868, 80369, 86627, 121431, 1.138.883, 1.142.179, 1.155.162, 209092, 77054, 183696, 297320, 51510 e 4415, já que diz acobertadores de produtos referente a outras entradas de mercadorias não destinadas a revenda, como: Simples Remessa, Mercadoria para Demonstração, Mostruário e Amostra Grátis. O autuante afirma que tais documentos fiscais não indicam se tratarem de operações de venda de mercadorias, todos os produtos ali incluídos são tributáveis pelo ICMS e estão sujeitos ao regime de substituição tributária (tributadas na origem). Ressalta de que na maioria dos casos, envolvem quantidades volumosas até de mais de duzentas unidades e valores expressivos que, apesar de não terem sido provenientes de operações onerosas, nas entradas, justificam saídas de cunho comercial.

Quando de sua segunda manifestação a empresa se insurge em relação àquelas de nºs 1.124.290, 121431, 1.138.883, 1.142.179, 1.155.162, 125.350, com CFOP 6912 (Remessa de mercadoria ou bem para Demonstração) afirmando serem produtos para exposição na loja que não envolvem quantidades volumosas, mas sim, uma unidade de cada produto, portanto não caracterizando saídas de cunho comercial, afora que não se creditou do ICMS, por ocasião da entrada das referidas notas.

Neste caso, razão assiste ao fiscal autuante. O enquadramento de uma mercadoria no regime da substituição/antecipação tributária independe do tipo de operação comercial realizada, inclusive os produtos foram tributados normalmente na origem. Assim, mesmo que as mercadorias sejam para demonstração, nada impede que tenham outra destinação, razão porque, estando incluídas na substituição tributária, o imposto é devido na entrada do produto, como define a legislação do ICMS. Além do mais, a suspensão do imposto nas operações para demonstração é prevista somente quando da saída internas e retornos da mercadoria, como determina o inciso IV do art. 280, do RICMS/12. E, para concluir, o fato da empresa não ter tomado o crédito fiscal, observo que ele, pelas determinações legais, assim não poderia fazer, pois crédito a ser abatido quando do cálculo do imposto por substituição/antecipação tributária.

Quanto à nota fiscal nº 13.966 CFOP 6949 (Simples Remessa Reposição) para reposição de produto avariado, a mesma regra deve ser obedecida. Em assim sendo, comungo com os argumentos apresentados pelo fiscal autuante.

Item 08 – o autuante concordou que a nota fiscal nº 101193 havia sido lançada em duplicidade no levantamento fiscal. No entanto, este fato não teve repercussão na exigência do imposto ora impugnado pelo erro no programa da auditoria fiscal.

Por tudo ora exposto, a infração 06 é mantida parcialmente no valor de R\$37.571,80 conforme demonstrativo de débito à fl. 513 dos autos.

Infração 07 - Recolhimento a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização.

O impugnante reconhece parcialmente esta infração no valor de R\$103,67, já que entende que deve ser compensado o imposto apurado a maior em todo o período autuado e excluídas as notas fiscais nº 77.054, 56.546 e 52.817.

Estes argumentos foram contestados pelo autuante.

Ao analisar as notas fiscais nºs 77.054, 56.546 e 52.817 estão elas com CFOP 6949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado, o que não significa que não seja, necessariamente, operação para comercialização, inclusive foram tributadas normalmente pelos seus remetentes.

E, em relação ao fato da empresa ter recolhido o imposto a maior em alguns meses e a menor em outros, razão assiste ao autuante de que neste específico caso, tratando-se do imposto devido

por antecipação parcial, não cabe processo de compensação. O que a empresa pode fazer (obedecendo a norma regulamentar e os prazos decadenciais) é compensar este recolhimento a maior do imposto no seu conta corrente fiscal, por exemplo.

Diante do exposto, a infração 07 é mantida.

Infração 08 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

Diz o impugnante de que a maioria das notas fiscais encontrava-se devidamente escriturada. Anexa cópias dos livros de Registro de Entradas, Demonstrativo T/1 – Modificado pela Empresa e Demonstrativo C – Modificado pela empresa e reconhece como devido o valor de R\$1.317,33.

O autuante, corretamente, observa que os livros fiscais apresentados pelo defendantee não poderiam ser aceitos, pois não mais os legais, já que a empresa, no período autuado, já se encontrava obrigada ao uso da EFD. No entanto, revisou todo o seu levantamento, fazendo batimento, novamente, com o livro Registro de Entradas da empresa informado através do SPED fiscal. Nesta revisão constatou de que diversos documentos fiscais, de fato, se encontravam escriturados. Diminuiu o valor do imposto desta infração de R\$4.257,27 para R\$1.643,61 que não mais foi contestado pelo defendantee.

Infração mantida parcialmente no valor de R\$1.643,61.

Voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$78.912,81, conforme a seguir indicado. Solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda que homologue os valores efetivamente recolhidos ao Erário.

INFRAÇÕES	ICMS	DECISÃO
1	20.273,05	PROCEDENTE
2	2.522,23	PROCEDENTE
3	1.016,91	PROCEDENTE
4	5.227,42	PROCEDENTE EM PARTE
5	5.337,71	PROCEDENTE
6	37.571,80	PROCEDENTE EM PARTE
7	4.600,08	PROCEDENTE
8	1.643,61	PROCEDENTE EM PARTE
TOTAL	78.192,81	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 110427.0006/15-4, lavrado contra **CONLAR MATERIAL ELÉTRICO HIDRÁULICO E DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$78.192,81**, acrescido da multa de 60% sobre o valor de R\$76.549,20, prevista no inciso II, alíneas “a”, “d” e “f” e inciso VII, “a” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e de 100% sobre o valor de R\$1.643,61, prevista art. 42, III da referida lei e dos acréscimos legais. Solicita-se que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda homologue os valores efetivamente recolhidos.

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 junho de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR