

A. I. Nº - 213090.3024/16-0
AUTUADO - RVJ COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. - ME
AUTUANT - JORGE FAUSTINO DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29.11.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0214-04/17

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Após saneamento, realizado pelo próprio autuante, houve diminuição do valor do imposto a ser exigido. Arguições de nulidades não acolhidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 01/06/2016, exige ICMS no valor de R\$128.906,59 pela falta do seu recolhimento por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime de Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Períodos: novembro e dezembro de 2012; fevereiro a maio, julho a dezembro de 2013; março a junho e dezembro de 2014; março a maio de 2016. Multa 60%.

Em sua impugnação ao lançamento fiscal (fls.) a empresa afirma que a autuação não contém elementos, na forma da lei, que justifiquem o montante ora exigido, uma vez que no Auto de Infração não consta o TIPO DE MERCADORIA que esta sendo autuado, o que dificulta, sobremaneira, a sua defesa.

Diante deste quadro, além de dificultar o entendimento da autuação, podem existir mercadorias, no período autuado – 2012 a 2016 que se encontram enquadradas no regime da antecipação/substituição tributária, principalmente pelo fato do Estado da Bahia em um período incluí-las neste regime e, em outro excluí-las.

Em assim sendo, houve claro cerceamento do seu direito de defesa.

Entende que o fisco, ante de autuar, deve intimar o contribuinte para apresentar suas notas fiscais objetivando verificar se, de fato, houve, ou não, o recolhimento do imposto na forma determinada na norma regulamentar, inclusive dando prazo ao contribuinte de averiguar a situação junto aos seus fornecedores, pois poderá haver o não pedido da compra e, assim possa prestar a devida queixa junto à delegacia de polícia, evitando, inclusive, demandas judiciais.

Diz que foi informado pela Associação Comercial de que as intimações podem ser realizadas de várias maneiras (pessoal, por AR e Diário Oficial). Portanto, a autuação como realizada jamais será aceita pelo judiciário, pois este poder exige que o ato seja efetuado com clareza, especificação dos fatos e das mercadorias objeto da autuação.

Por fim requer a nulidade da autuação, ou mesmo a sua improcedência, pois a autuação teve como origem erros e falhas nos levantamentos realizados.

O autuante presta sua informação fiscal (fls. 166/167). Rebate o argumento de nulidade da ação fiscal já que o contribuinte teve acesso (como ele próprio afirma) aos anexos do presente Auto de Infração. Afirma não se poder falar “*que não consta que tipo de mercadorias está sendo objeto de autuação quando nas planilhas (fls. 07/18) constam os números dos documentos fiscais bem como a cópia de todos os DANFs relacionados nas planilhas (fls. 36/154)*”.

Entende que o processo atende ao quanto dispõe o art. 39, do RPAF/BA.

Pugna pela procedência total da ação fiscal.

Diante dos argumentos apresentados pelo defendant e da forma como foi realizada a autuação, esta 4ª JJF, em pauta suplementar do dia 19/12/2016 encaminhou os autos em diligência à IFMT Sul para que o autuante tomasse as seguintes providências:

1. Fossem analisadas todas as notas fiscais, objeto da autuação, e excluídas aquelas cujas NCM/Descrição estivessem incluídas no Anexo I, do RICMS/12.
2. Se, acaso, restassem produtos não enquadrados no regime da antecipação/substituição tributária, porém o fornecedor tivesse destacado o ICMS-ST, procedesse da seguinte maneira:
 - a) Solicitasse ao autuado a comprovação do pagamento deste ICMS-ST em favor do Estado da Bahia.
 - b) Havendo pagamento, o considerar para apuração da antecipação parcial.

Após tais providências, o autuado deveria ser intimado para conhecê-las. Foi reaberto prazo de defesa. E, caso houvesse manifestação do sujeito passivo, que o fiscal autuante se pronunciasse a respeito desta manifestação.

O autuante, obedecendo ao quanto solicitado, presta a seguinte informação (fls. 173/194):

NCM	PRODUTO
35061090	FITA ADES ACRÍLICA D FACE BRANCA
Transcreve a redação dos itens 24.92, 27.40, 40.6, 40.9 do Anexo I do RICMS/12 dos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015. Ressalta de que este produto não consta do referido Anexo I no ano de 2016.	
Com este procedimento, ressalta de que quando a legislação fala em cola ou adesivos com peso líquido não superior a 1 quilo, presume-se que excluiu o que é vendido com outra unidade de medida.	
NCM	PRODUTO
39169090	PERFIL H EM POLICARBONATO
Transcreve a redação do item 24.3 do Anexo I do RICMS/12 dos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015. Indica a redação dos itens 8.5 e 12.3 do referido Anexo em relação ao ano de 2016.	
Observa que o “Perfil” não se enquadra na descrição de revestimento, nem é perfil de encadernação. É usado para unir o resultado do trabalho com as placas de policarbonato. E como as placas não estão sujeitas a substituição/antecipação tributária do Anexo I do RICMS, exigiu a antecipação parcial. Entretanto, a empresa vendedora, inscrita na condição de responsável tributário, que não vinha efetuando o destaque do ICMS-ST para essa mercadoria, iniciou sua cobrança a partir da nota fiscal nº 263845 de 16/04/2014. Ressalta de que tais valores não fizeram parte da presente exigência fiscal.	
NCM	PRODUTO
39173100	MANGUEIRA DE NÍVEL
Transcreve a redação do item 24.4 do Anexo I do RICMS/12 dos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015. Indica a redação dos itens 1.2 e 8.6 do referido Anexo em relação ao ano de 2016.	
Observa que de tal transcrição não resta dúvida de que “mangueira de nível” é ferramenta de trabalho.	
NCM	PRODUTO
39206100	POLICARBONATO CHAPA AVEOLAR/LEXAN THERMOCLEAR CHAPA

Transcreve a redação do item 24.7 do Anexo I do RICMS/12 dos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015. Indica a redação do item 8.9 do referido Anexo em relação ao ano de 2016.

Observa que o policarbonato é um material muito versátil, transparente e resistente que, cotidianamente, é manuseado em infinitos objetos (ex: CDs, lentes de óculos, faróis automotivos, telhas e na forma de placas). Na forma de placas, são as “compacto” e as “alveolar”. Diante disto, elas não se enquadram como veda rosca, lona plástica para uso em construção, fitas isolantes e afins.

NCM	PRODUTO
39259090	MASSSEIRA PLÁSTICA

Transcreve a redação do item 24.11 do Anexo I do RICMS/12 dos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015. Indica a redação dos itens 8.16 e 8.17 do referido Anexo em relação ao ano de 2016.

Observa que apesar do termo “apetrechamento” a masseira plástica não tem relação com persianas, sancas, molduras, etc.

NCM	PRODUTO
39269090	ESPAÇADOR JUNTAPISO

Transcreve a redação dos itens 24.14, 27.6, 32.1 do Anexo I do RICMS/12 dos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015. Em relação ao ano de 2016, transcreve os itens 8.20, 9.20 e 12.6 do referido Anexo I.

Diz ser ferramenta de trabalho.

NCMS	PRODUTOS
40082900	PERFIL GAXETA SD-1619
56031290	FITA MICROPOROSA BRANCA
56074900	CORDA

Estes produtos não estão incluídos no Anexo I, do RICMS/12 em todos os anos autuados (2012 a 2016).

NCM	PRODUTO
68109900	TQ SINTÉTICO GRAN. DUPLO

Transcreve a redação do item 24.34 do Anexo I do RICMS/12 dos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015. Indica que para o ano de 2016 estes itens não existem.

NCMS	PRODUTOS
72104110	PERFIL STANLEY
72104910	CHAPA CORT. GALV. N
72169100	PF ENR. N
72166190	PF. G.V N
72169900	PF. F.G N
72193300	CH 304 A240
72193400	CH 430 A240
72193500	CH 430 A240
72221910	BARRA RET ASTM A276
73064000	TUBO 304 A554
73066100	TUBO IND. REDONDO ZC/TUBO RET GV. N/TUBO QUA. GV
73069090	TUBO IND. REDONDO ZC / TUBO RED GV. N

Estes produtos não estão incluídos no Anexo I, do RICMS/12 em todos os anos autuados (2012 a 2016).

NCM	PRODUTO
73084000	TREL. FN8-6

Transcreve a redação do item 24.53 do Anexo I do RICMS/12 dos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015. Indica a redação dos itens 8.48 e 8.49 do referido Anexo em relação ao ano de 2016.

Excluiu da autuação a nota fiscal nº 127228 de 08/04/2016, pois no ano de 2016, foi acrescentado o item 8.49, qual seja, “Treliças de Aço”.

NCM	PRODUTO
731420000	PAINEL P/COL 8mm

Transcreve a redação do item 24.56 do Anexo I do RICMS/12 dos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015. Indica a redação do item 8.53.3 do referido Anexo em relação ao ano de 2016.

NCMS	PRODUTOS
76042100	PERFIL U EM ALUMÍNIO
76061290	TECBOND CINZA METÁLICO
76072000	FITA ADES ALUMÍNIO S/LINER
76042919	PERFIL H EM ALUMÍNIO
76042920	PERFIL ALUMÍNIO TP2681
84649090	CORTADOR MASTER 75
84669100	RODEL 80 mm
82055900	APLICADOR DE SILICONE PROFISSIONAL “9”
94034000	ARMÁRIO ACONCHEGO BEIJING
96091000	LÁPIS CARPINTEIRO

Estes produtos não estão incluídos no Anexo I, do RICMS/12 em todos os anos autuados (2012 a 2016).

Chamado para tomar conhecimento da conclusão a que chegou o preposto fiscal, lhe sendo reaberto prazo de defesa (fls. 198/199), o contribuinte não se manifestou.

Os autos retornaram a este CONSEF para julgamento.

VOTO

O autuado requer a nulidade da ação fiscal por não restar consignado, nos anexos e no corpo do Auto de Infração, quais os tipos de mercadorias que foram autuadas, o que cerceou o exercício de seu pleno direito de defesa já que não tinha conhecimento das mesmas. Inclusive, poderiam elas estar, ou não, no regime da antecipação/substituição tributária, vez que a legislação deste Estado, a depender do período, as retira ou as inclui no nominado regime. Neste sentido, ressalta de que o período autuado foram os exercícios de 2012 a 2016.

Afora este argumento, diz que não foi intimado para apresentar suas notas fiscais objetivando verificar se, de fato, houve, ou não, o recolhimento do imposto na forma determinada na norma regulamentar, inclusive lhe dando prazo para averiguar a situação junto aos seus fornecedores, pois poderia haver o não pedido da compra, o que ensejaria, inclusive queixa junto a uma delegacia de polícia, evitando, inclusive, demandas judiciais.

A respeito do argumento do impugnante de que não foi intimado à apresentar ao fisco seus documentos fiscais, é fato que não se pode levar em consideração diante da Intimação feita e que consta à fl. 07 dos autos. Solicitado, nesta intimação, a apresentação de notas fiscais de entradas

(2012 a 2016), as de devoluções (2012 a 2016) e DAEs de pagamentos referentes ao mesmo período.

Em relação ao primeiro argumento defensivo, pertinente pontuar que uma mercadoria para ser enquadrada no regime da substituição/antecipação tributária deve existir a coincidência entre suas características e os atributos descritos na norma legal, bem como, apresentar denominação e classificação fiscal (código NCM) coincidentes, igualmente, prevista na norma. Sendo assim, o que se deve levar em consideração para saber se o produto está ou não sujeito ao referido regime é a sua descrição na norma cumulativamente com a sua classificação fiscal (NCM).

Obedecendo tal regra, ao analisar as peças processuais, de fato não foi apensado aos autos qualquer demonstrativo analítico onde se pudesse, de forma clara e expressa, conhecer o motivo pelo qual o autuante tivesse demonstrado que as mercadorias autuadas não se encontravam enquadrada no regime da substituição/antecipação tributária. Somente se poderia conhecer tal situação se houvesse batimento entre o demonstrativo realizado e as cópias das notas fiscais apensadas aos autos. E, após tal batimento, perquirir na legislação estadual (constantemente modificada ao longo do tempo, incluindo ou excluindo determinada mercadoria no regime da substituição/antecipação tributária), o enquadramento das mercadorias. Esta situação poderia desaguar em cerceamento do pleno direito de defesa do sujeito passivo.

No entanto e neste momento, entendo necessário observar o que dispõe o RPAF/BA:

Art. 18

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Em obediência à norma legal, esta 4ª JJF encaminhou os autos em diligência ao autuante para que fosse suprida a omissão existente, inclusive com reabertura do prazo de defesa, ou seja, 60 dias para que o sujeito passivo tributário se manifestasse a respeito deste saneamento, já que sua defesa, basicamente, neste ponto se pautou.

O fiscal autuante cumpriu o solicitado, fazendo toda uma análise das mercadorias autuadas com a norma legal, especificadamente, com o Anexo 1, do RICMS/12 para todo o período fiscalizado, precisamente: de 2012 a 2016, como consta no Relatório do presente Acórdão.

Após estas providências, encontra-se o Auto de Infração lavrado com indicação dos seus elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os arts 39 do RPAF/BA. O método de fiscalização está perfeitamente descrito no Auto de Infração e nos papéis de trabalho que o autuado recebeu.

Por tudo exposto, a arguição de nulidade trazida pelo defendant não pode ser acolhida.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para constituir crédito tributário em favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, tendo em vista a falta de recolhimento do ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, em relação ao ICMS antecipação parcial, conforme determinações do art. 13, § 1º, XIII, “g”, 2, da Lei Complementar nº 123/2006.

O autuante quando do cumprimento da solicitação requerida por esta 4ª JJF, analisou todas as mercadorias incluídas na autuação e constatou que somente aquela indicada na nota fiscal nº 127228 de 08/04/2016 deveria ser excluída por força do item 8.49 do Anexo I, do RICMS/12 que enquadrou a mercadoria (Treliça de Aço) no regime da substituição tributária neste período.

Chamado para tomar conhecimento do saneamento realizado, e reaberto seu prazo de defesa, a empresa não se pronunciou.

Diante de tudo ora exposto, neste momento somente posso alinhar-me ao saneamento realizado pelo fiscal autuante e meu voto é pela Procedência Parcial da autuação no valor de R\$119.653,15, uma vez que o ICMS antecipação parcial referente ao mês de abril de 2016 passa de R\$39.711,09 para R\$30.457,65.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **213090.3024/16-0**, lavrado contra **RVJ COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$119.653,15**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II. “d” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA