

**PROCESSO** - A. I. N° 299326.0103/10-0  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MONIER TEGULA SOLUÇÕES PARA TELHADOS LTDA.  
**RECORRIDOS** - MONIER TEGULA SOLUÇÕES PARA TELHADOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2<sup>a</sup> JJF nº 0014-02/15  
**ORIGEM** - INFRAZ INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 28/08/2018

**2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0208-12/18**

**EMENTA:** ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, DETECTADA PELA OMISSÃO DO REGISTRO DE SAÍDA DE NOTAS FISCAIS. Infração reduzida. Fiscal autuante reconhece que incorreu em erro ao exigir o registro das Notas Fiscais n<sup>os</sup> 554.828, de 31.01.2007 e 407.150, de 29.01.2008, esclarecendo que os números corretos são 4.828 e 7.150. Recorrente trouxe prova do registro de notas fiscais respectivas. Mantida a Decisão recorrida. 2. OMISSÃO REGISTRO DE ENTRADA. Redução, de ofício, da multa aplicada. Aplicação da retroatividade da lei mais benigna. Reduzido o percentual da multa de 10% para 1%. Modificada a Decisão recorrida. 3. RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Fiscal autuante reconheceu as alegações de defesa, excluindo parte dos valores imputados, haja vista que não foi observado que a recorrida fazia jus a benefícios de base de cálculo e isenção sobre algumas operações. Mantida a Decisão recorrida. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. b) MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Infrações elididas. Fiscal autuante reconhece as provas trazidas pela recorrida. Mantida a Decisão recorrida. 5. IMPORTAÇÃO. ERRO NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. NÃO INCLUSÃO DAS NOTAS FISCAIS COMPLEMENTARES. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Não logra êxito a recorrente em provar que os documentos anexos ao PAF de fato correspondem aos valores complementares ali exigidos. Mantida a Decisão recorrida. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Voto vencido da relatora. Decisão não unânime. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Decretada, de ofício, a redução da multa referente à infração 2. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Tratam-se de Recursos Voluntário e de Ofício contra Decisão proferida pela 2<sup>a</sup> JJF, através do Acordão nº 0014-02/15, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 30/09/2010, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$231.625,36, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

**01 – 05.05.03** - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$5.382,12, pela apuração de omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento dos documentos fiscais nos livros fiscais próprios, nos meses de março de 2006, janeiro, março, junho de 2007, e janeiro de 2008, conforme demonstrativo às fls.21 a 22.

**02 - 16.01.01** - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio, setembro e outubro de 2006, janeiro a junho, outubro e dezembro de 2007, setembro e dezembro de 2008, fevereiro, março e dezembro de 2009, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$22.591,17, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo à fl.23.

**03 - 03.02.02** - Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$140.593,33, em razão de erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2009, conforme demonstrativos às fls.24 a 81.

**04 - 07.15.03** - Multa percentual, no valor de R\$1.440,78, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido 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, nos meses de janeiro, março, maio, junho, agosto, outubro a dezembro de 2006, janeiro, março a maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, janeiro a novembro de 2009, conforme demonstrativos às fls.82 a 86.

**05 - 01.02.03** - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.441,61, no mês de julho de 2006, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, conforme documento à fl.99.

**06 - 01.02.02** - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$10.959,29, nos meses de agosto e dezembro de 2006, fevereiro e março de 2008, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme documento à fl.99.

**07 - 12.02.01** - Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$13.825,43, devido pelas importações realizadas pelo estabelecimento, nos meses de junho, outubro a dezembro de 2008, fevereiro, março, maio, julho, agosto, novembro e dezembro de 2009, conforme demonstrativo à fl.108.

**08 - 02.10.01** - Falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, no valor R\$35.391,63, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, nos período de janeiro de 2006 a dezembro de 2009, conforme demonstrativo e documentos às fls.87 a 98.

Por unanimidade, os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual entenderam por bem julgar Procedente em Parte o Auto de Infração, julgando totalmente improcedentes as infrações 5 e 6 e reconhecendo a improcedência parcial das infrações 1 e 3. O valor exigido ficou reduzido para R\$90.988,00, conforme voto abaixo transrito:

#### VOTO

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante às fls.21 a 108.

Os citados documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, documentos e esclarecimentos, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova das infrações imputadas, foram entregues ao sujeito passivo conforme comprova a intimação e AR dos Correios às fls.131 e 132, e permitiram-lhe exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.

Portanto, não acolho a preliminar de nulidade argüida na defesa, em relação à infração 03, pois o enquadramento legal está em consonância com o fato descrito no auto de infração, e nas planilhas às fls.24 a 81 encontram-se discriminados todos os dados sobre cada documento fiscal e os respectivos cálculos. Além disso, nas informações fiscais o autuante diante das provas apresentadas na defesa refez tais planilhas com a inserção de coluna indicando a atividade dos destinatários (docs.fls.572 a 588), documentos esses que foram entregues ao autuado, conforme intimação e AR dos Correios às fls.590/591, e permitiram o perfeito entendimento da acusação fiscal e o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Além do levantamento fiscal permitir a identificação de cada operação, ressalto que o mesmo foi elaborado com base nas notas fiscais emitidas pelo autuado, e, portanto, ele tem conhecimento da natureza das operações (operações internas, interestaduais, simples faturamento, venda, transferências, dentre outras).

Quanto a alegação de que não foram disponibilizadas as planilhas em meio magnético, o autuado recebeu o levantamento fiscal em papel impresso, com a indicação do número de cada folha e o número total do levantamento fiscal. Verifico ainda que as diferenças apuradas no levantamento inicial não estavam totalizadas mês a mês, porém, isto foi saneado nas informações fiscais em razão do refazimento da planilha.

Logo, com os esclarecimentos trazidos na informação fiscal não cabe a alegação de nulidade por descrição imprecisa da infração 03. Da mesma forma, não cabe a arguição de nulidade por cerceamento do direito de

defesa, uma vez que nas planilhas que embasaram a autuação, e entregues ao autuado, desde a formação inicial e durante a fase processual, consta esclarecimento da descrição correta das infrações, especificando nota por nota, fato que possibilitou ao autuado exercer seu amplo direito de defesa.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Quanto ao pedido do autuado para realização de diligência das infrações 03 e 07, com fulcro no art.147, inciso I, do RPAF/99, indefiro tal pedido, pois o processo contém todos os elementos para minha convicção sobre a lide das mesmas, inclusive recalcular o débito, se necessário.

Ressalto que, quanto às citadas infrações, na fase de instrução verificando-se os esclarecimentos apresentados na informação fiscal, o processo foi convertido em diligência à Infaz de origem para reabertura do prazo de defesa, conforme intimações e AR dos Correios, fls.590 a 591, e 658, o que permitiu ao sujeito passivo exercer plenamente o seu direito a ampla defesa e ao contraditório, de acordo com as manifestações de fls. 593 a 600, 660 a 670.

No que concerne ao pedido do autuado para que todas as publicações e intimações relativas ao presente feito sejam realizadas em nome dos patronos da causa, no endereço Av. Tancredo Neves, 620, Torre Empresarial, Sala 214, Edifício Mundo Plaza, Bairro Caminho das Árvores, Salvador – BA, CEP 41820-020, inexiste óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

No mérito, o Auto de Infração acusa o cometimento de 08 (oito) infrações, que passo a analisar cada uma de per si.

#### **01 – 05.05.03**

Trata da imputação da falta de lançamento no Registro de Saídas das notas fiscais nº 2090; 554828; 5053; 5054; 2430; 7228; e 407150, conforme demonstrativo à fl.22, ensejando na falta de recolhimento do ICMS no total de R\$5.382,12.

Na defesa o autuado reconheceu que realmente não foram escrituradas os referidos documentos fiscais, exceção das notas fiscais nº 554.828, de 31/01/2007, e nº 407.150, de 29/01/2008, para as quais foi alegado que não foram emitidas por seu estabelecimento, tendo juntado cópias do Registro de Saídas (fls.187 a 209) do período de janeiro de 2007 e janeiro de 2008, para mostrar que a numeração indicada pela fiscalização não corresponde com os documentos fiscais que foram utilizados no período.

Na informação fiscal, o autuante justificou que houve equívoco na citação dos números dessas notas fiscais, esclarecendo que os números corretos são 4.828 e 7.150, respectivamente.

Considerando que o sujeito passivo, após a ciência da informação fiscal, trouxe ao processo cópia dos Livros Registros de Saída (fls. 677 a 679 e 681 a 683), comprovando que as notas fiscais nº 4.828 e 7.150, estão devidamente escrituradas nos meses de janeiro/2007 e janeiro/2008, considero encerrada a lide em relação a este item da autuação, subsistindo parcialmente a infração, no valor de R\$4.269,16, devendo ser homologado o valor já recolhido conforme DAE à fl.184 e 185.

Item subsistente em parte.

#### **02 - 16.01.01**

O fulcro da autuação é de não foram registradas no Registro de Entradas as notas fiscais relacionadas à fl.23, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de no valor de R\$22.591,17, prevista no artigo 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, in verbis.:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Não foi negado o fato pelo autuado, porém, foi argüido que por se tratar de transferências de mercadorias e bens entre estabelecimento da empresa situado em Atibaia/SP (CNPJ n. 02.014.622/0001-02), sob os códigos de operação fiscal: 1. CFOP nº 6.151: Transferência de produção do estabelecimento; 2. CFOP nº 6.152: Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros; 3. CFOP. nº. 6.552: Transferência de bem do ativo imobilizado; e, 4. CFOP nº 6.557: Transferência de material de uso ou consumo, não é devida a multa em razão de não incidir o imposto em tais operações.

No que pertine a alegação de que não incide o imposto estadual, em relação a operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, por ausência de circulação jurídica (transferência de propriedade) ou de operação (negócio jurídico que dê causa à circulação), não assiste razão ao defendant, ressaltando-se que o fato de que esta questão já se encontrar pacificada no âmbito dos Tribunais pela não-incidência do ICMS, por força da Súmula nº 166 de 23/08/1996, do Superior Tribunal de Justiça, não vincula este órgão julgador, visto que, em decorrência da atividade vinculada, de acordo com a legislação tributária as operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte são tributáveis.

Tomando por base o demonstrativo às fls.655 a 656, no caso das operações que não se destinam a comercialização, com CFOP 6.557: Transferência de material de uso ou consumo, de fato a multa deveria ter sido de 1%, conforme previsto no artigo 42, XX, da Lei nº 7.014/96.

Portanto, no caso das notas fiscais objeto da autuação, o cálculo da multa aplicação pelo descumprimento da obrigação acessória, está em perfeita conformidade com o artigo 42, IX, da Lei nº 7.014/96, acima transcrita.

Assim, por não encontrar respaldo para sustentação da improcedência solicitada pelo contribuinte no RICMS-BA, e restar caracterizada a infração, subsiste a infração em comento.

### 03 - 03.02.02

Neste item está sendo exigido o ICMS no valor de R\$140.593,33, em razão de erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativo analítico às fls.24 a 81 e refeito às fls.572 a 588.

Consoante discriminado no levantamento fiscal às fls.24/52 e 53/81, as notas fiscais foram emitidas para não contribuintes do ICMS (construção de edifícios; serviços de engenharia; obras de urbanização; restaurantes; construção de obras de artes; e outros não contribuintes) situados neste Estado e em outras Unidades da Federação, sendo calculado o imposto com base na alíquota interna e exigido a diferença do imposto.

Na impugnação o autuado alegou que várias notas fiscais gozam de redução da base de cálculo; foram destinadas a contribuintes do ICMS conforme demonstrativo elaborado no corpo da peça defensiva; se referem a operações sem incidência do imposto; a devoluções de compras, e as demais foram destinadas a empresas de construção civil com inscrição estadual;

O autuante, por seu turno, na informação fiscal concordou parcialmente com a defesa, tendo refeito o levantamento fiscal, conforme planilhas às fls.572 a 588, reduzindo o débito para o valor de R\$100.785,46, e informou que manteve apenas as operações destinadas a “não contribuintes”, empresas de “Construção de edifícios”, “Serviços de engenharia”, “Obras de urbanização - ruas, praças e calçadas”, “Incorporação de empreendimentos imobiliários”, “venda para não contribuinte (cesta básica)”, “Construção de obras de arte especiais”, “Desenvolvimento e licenciamento de programas de computador não-customizáveis”, “Aluguel de imóveis próprios”, “Outras obras de engenharia civil não especificadas anteriormente”, “Serviços de engenharia”, “Condomínios prediais”, “Construção de instalações esportivas e recreativas”, “Impermeabilização em obras de engenharia civil”, “Aluguel de máquinas e equipamentos para escritórios”, “Construção de instalações esportivas e recreativas”, “Compra e venda de imóveis próprios” e “isentos (não contribuintes)”.

Instado a se manifestar sobre o novo resultado apurado na informação fiscal o autuado alegou a permanência de notas fiscais:

1 - de mercadorias beneficiadas pela previsão do Convênio ICMS n. 101/1997, que dispõe sobre a isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento da energia solar e eólica que especifica, e do Convênio ICMS n. 52/1991, que dispõe sobre a redução de base de cálculo do ICMS nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas. Obs.: Das notas fiscais relacionadas à fl.147, somente as de nº 5.847, 5720 e 10.279 foram mantidas no levantamento fiscal fls.572 a 588, conforme documentos acostados às fls.210 a 224;

2 - de operações de saída de bens da cesta básica com redução de base de cálculo (NF 4.635, de 27.12.2006, CFOP 5.910), assim como sobre devoluções de compras para industrialização à alíquota interestadual de 12% (NF 3.970, de 25.09.2006, CFOP 6.201; NF 5.024, de 01.03.2007, CFOP 6.201; NF 5.031, de 02.03.2007, CFOP 6.201; e, NF 8.749, de 31.10.2008, CFOP 6.201).

3 - referentes a operações nas quais é vedado o destaque do imposto estadual, nos termos da própria legislação, como é o caso das operações de venda para entrega futura, onde é emitida nota fiscal de simples faturamento com o CFOP nº 5.922, sem destaque do imposto, conforme art. 40 do Convênio ICMS s/nº de 1970. (fls.269 a 286)

4 - com destaque do ICMS relativo a entregas totais ou parciais, e notas fiscais de simples faturamento, exigindo o ICMS em duplidade com relação a tais operações, conforme extensa listagem de notas fiscais apresentadas no anexo da autuação (docs.fls.269 a 286).

5 - de operações diversas tais como: 1. Saída de bem do ativo imobilizado sujeita a não-incidência (NF n. 5.065,

de 07.03.2007, art. 6º, VIII, do RICMS/BA); 2. Saídas de bens da cesta básica com redução de base de cálculo (NF 4.635, de 27.12.2006, CFOP 5.910); 3. Devoluções de compras para industrialização à alíquota interestadual de 12% (NF 3.970, de 25.09.2006, CFOP 6.201; NF 5.024, de 01.03.2007, CFOP 6.201; NF 5.031, de 02.03.2007, CFOP 6.201; e, NF 8.749, de 31.10.2008, CFOP 6.201).

6 - de contribuintes do ICMS.

Por conta disso, o processo foi convertido em diligência à Infaz de origem, despacho de fls.617 a 618, para que o autuante prestasse nova informação, nos seguintes termos:

1. Intimasse o autuado a apresentar levantamento detalhado contendo todas as notas fiscais, que se enquadram em suas alegações acima, inclusive as já citadas em sua peça defensiva.
2. Após o atendimento do item anterior por parte do sujeito passivo, procedesse, se for o caso, as devidas alterações no levantamento fiscal constante às fls. 572 a 588, indicando, mês a mês, os valores remanescentes por conta das alterações efetuadas.

O autuante obtém as informações junto ao autuado, atende o pedido do órgão julgador, conforme informações fiscais, fls. 623 a 624, e 637, e refaz o levantamento fiscal, resultando no documento às fls. 650 a 654, com a diminuição do débito para o valor de R\$14.298,32.

Analizando o referido demonstrativo, verifico que foram mantidas as notas fiscais referentes a pessoas jurídicas com as seguintes atividades: construção de edifícios; obras de urbanização; incorporação de empreendimentos; aluguel de imóveis; serviços de engenharia; condomínios prediais; impermeabilizações; aluguel de máquinas; construção de instalações; compra e venda de imóveis; e a não contribuintes (isentos de inscrição estadual).

Cientificado o sujeito passivo do novo demonstrativo acostado ao processo, este argüiu o seguinte:

1. Permanência da exigência do imposto sobre mercadorias beneficiadas pela previsão do Convênio ICMS n. 101/1997, que dispõe sobre a isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica que especifica, e do Convênio ICMS n. 52/1991, que dispõe sobre a redução de base de cálculo do ICMS nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, listadas exemplificativamente no item VII.1 da Impugnação, tais como Nota Fiscal n. 5.847 e n. 5.720;
2. Permanência da exigência fiscal sobre operações de saída de bens da cesta básica com redução de base de cálculo (NF 4.635, de 27.12.2006, CFOP 5.910), assim como sobre devoluções de compras para industrialização à alíquota interestadual de 12% (NF 3.970, de 25.09.2006, CFOP 6.201; NF 5.024, de 01.03.2007, CFOP 6.201; NF 5.031, de 02.03.2007, CFOP 6.201; e, NF 8.749, de 31.10.2008, CFOP 6.201).

De fato tem razão o autuado, em relação às notas fiscais acima citadas. Porém, constato que as notas fiscais nº 4635; 6481; 6507; e 10279, não figuram do referido levantamento. Quanto às demais notas fiscais (3970; 5024; 5031; 8749; 5847; e 5720; 6418), devem ser retiradas do levantamento fiscal de fls.650 a 654, que faço de ofício por medida de celeridade processual e dado os pequenos valores do débito, conforme demonstrado abaixo:

- ✓ NF 3970, 09/2006, débito R\$ 81,48 : Valor apurado R\$264,67 – R\$81,48 = R\$183,19;
- ✓ NFs 5024 e 5031, 03/2007, débitos R\$337,21 e R\$ 59,23: Valor apurado R\$396,44 – R\$337,21 – R\$59,23 = 0,00;
- ✓ NFs 5847 e 5720, 06/2007, débitos R\$38,25 e R\$ 39,52: Valor apurado R\$104,76 – R\$38,25 – R\$39,52 = R\$26,99;
- ✓ NF 6418, 10/2007, débito R\$ 39,52: Valor apurado R\$51,99 – R\$39,52 = R\$12,47;
- ✓ NF 8749, 10/2008, débito R\$ 233,28: Valor apurado R\$438,49 – R\$233,28 = R\$205,21.

Quanto às demais notas fiscais, o entendimento do autuado não encontra amparo na legislação tributária, uma vez que se tratam de operações realizadas com empresas que apesar de possuirem inscrições especiais, não se incluem com contribuinte do ICMS, e portanto, a alíquota correta é 17%, conforme considerou o autuante em seu levantamento fiscal refeito às fls. 650 a 654, que com as alterações acima resulta no débito de R\$ 13.469,83, subsistindo em parte este item da autuação.

No tocante à jurisprudência citada na defesa, constato que, por se tratar de casos diversos do ora em análise, entendo que não ter pertinência para sua consideração.

Quanto ao pedido para relevação da multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal neste item da autuação, ressalto a legalidade da mesma, tendo em vista que está prevista no artigo 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou

*cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.*

**Infração 04 - 07.15.03**

*O débito lançado neste item se refere a multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido recolhido 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, conforme demonstrativo às fls.639.*

*Não existe lide em relação a este item, porquanto o autuado reconheceu o cometimento da infração, inclusive já comprovou ter efetuado o recolhimento do débito no valor de R\$ 1.440,78 através do DAE às fls.184 e 185.*

**05 - 01.02.03**

*O débito lançado neste item diz respeito a imputação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.441,61, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, relativamente aos documentos fiscais relacionados às fls. 99 e 642.*

*Constatou que o autuante na informação fiscal concordou com a defesa pela improcedência deste item, em virtude de:*

- a) a operação em questão ser uma devolução interna de venda efetuada a pessoa jurídica não inscrita no Cadastro de Contribuintes da Bahia, por motivo de troca;
- b) as vendas foram acobertadas pelos documentos fiscais a seguir indicados, conforme evidência de sua escrituração no Livro Registro de Saídas (docs.fl.293 a 296): NFs 3.591 e 3.592, emitidas em 24/07/2006, no valor de R\$5.840,02; e, NF 3.595, emitida em 24/07/2006, no valor de R\$2.640,01;
- c) que por ocasião das devoluções, foram emitidas as competentes notas fiscais de entrada, por se tratar de devolução efetuada por não-contribuinte, como determinado pela legislação (art. 229, I, do RICMS/BA), com a devida indicação das notas fiscais originárias no campo “observações” do Livro Registro de Entradas e o registro do crédito fiscal, conforme art. 93, VII, do RICMS/BA: NF 3.619, emitida em 26/07/2007, no valor de R\$3.200,01, devolução da NF 3.591; NF 3.620, emitida em 26/07/2007, no valor de R\$ 2.640,01, devolução da NF 3.592; e, NF 3.621, emitida em 26/07/2007, no valor de R\$ 2.640,01, devolução da NF 3.595 (docs.fl.298 a 301).

*Desta forma, não subsiste a infração.*

**06 - 01.02.02**

*Refere-se a utilização indevida de crédito fiscal, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, cujos valores dos créditos fiscais tidos como indevidos estão relacionados às fls.86 e 99, onde se verifica na descrição dos produtos a expressão “PROVISÃO P/FRETES”, com CFOP 1.556 (material de uso/consumo), conforme demonstrativo à fl.99.*

*Analisando os documentos acostados à peça defensiva, fls.303 a 334, verifico que, conforme alegado, o CFOP foi consignado incorretamente, cujos valores apropriados se referem a frete de vendas efetuadas, arcados pela empresa, como se verifica das cópias das notas fiscais apresentadas. Ou seja, realmente dizem respeito a crédito relativo aos serviços de transporte prestados por terceiros com emprego em operações de comercialização, expressamente admitido pelo art. 93, III, b, do RICMS/BA.*

*Portanto, restando comprovado através dos documentos às fls.303 a 334 (folhas do Livro Registro de Entradas e cópias das próprias notas fiscais), que não houve utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, pois todas as notas fiscais autuadas referem-se a frete de vendas efetuadas, arcados pela empresa, como se verifica das cópias das notas fiscais apresentadas e que foram registradas corretamente no Livro Registro de Entradas sob o CFOP 1.352, com a apropriação do respectivo crédito.*

*Na primeira informação fiscal o autuante justificou que na apuração do débito utilizou os dados constantes nos arquivos magnéticos SINTEGRA que constam o CFOP nº 1.556, e posteriormente, em nova informação fiscal concordou com a defesa acolhendo as provas apresentadas.*

*Diante das provas apresentadas, considero elidida a infração.*

**Infração 07 - 12.02.01**

*Versa este item sobre a exigência de ICMS, no valor de R\$13.825,43, recolhido a menor pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarque aduaneiro.*

*Saliente que no levantamento fiscal à fl.108 e repetido à fl.638/642, elaborado pela fiscalização contêm a identificação de 17 notas fiscais complementares emitidas pelo autuado referente a despesas ocorridas em processos de importação.*

O autuado impugnou o lançamento dizendo que os principais valores que integram as referidas notas fiscais complementares, são gastos posteriores ao desembaraço aduaneiro, que não se incluem na base de cálculo do ICMS importação, por se tratar de: 1. Pagamentos efetuados ao Sindicato dos Despachantes Aduaneiros (S.D.A); 2. Honorários do Despachante Aduaneiro; 3. Transporte Interno posterior ao desembaraço aduaneiro; e, 4. Serviços de Courier, tudo conforme documentos juntados às fls..

De acordo com o disposto no artigo 58, I, do RICMS/97, in verbis:

Art. 58. Observado o disposto no art. 52, a base de cálculo do ICMS nas entradas ou aquisições de mercadorias ou bens procedentes do exterior é:

I - no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, a soma das seguintes parcelas:

- a) o valor da mercadoria ou bem constante nos documentos de importação;
- b) o Imposto sobre a Importação;
- c) o Imposto sobre Produtos Industrializados;
- d) o Imposto sobre Operações de Câmbio;
- e) quaisquer outros impostos, taxas e contribuições, além de despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração;

Examinando a documentação apresentada na defesa, constato que ela não comprova a natureza dos valores acima citados pelo autuado, nas notas fiscais complementares constantes às fls.109 a 125, e colacionadas também cópias pelo autuado às fls.362, 390, 416, 443, 490, 542 e 596, por amostragem, e que serviram de lastro para a conclusão fiscal. Ao contrário do alegado na defesa, o complemento dos valores se referem a "cimento", e portanto, correto o entendimento da fiscalização no sentido de que realmente devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS nas importações, pois se enquadram no inciso "a" do dispositivo legal transcrito.

Desta forma, não merece acolhimento a tese defensiva, visto que a documentação apresentada pelo autuado em sua defesa não comprova que as parcelas dos valores incluídos nas notas fiscais complementares dizem respeito a parcela nas contemplada na estimativa dos valores de armazenagem anterior ao desembaraço aduaneiro.

Nesta circunstância, foi correto o procedimento da fiscalização em exigir o ICMS sobre as notas fiscais complementares objeto da autuação, uma vez que por restar caracterizado se tratar de complemento de preço, se enquadram na alínea "a" do inciso I do artigo 58 do RICMS/97, inclusive o próprio contribuinte na peça defensiva concorda que efetuou a emissão das referidas notas fiscais complementares, com o objetivo de consolidar os custos de importação do exterior.

Mantido o lançamento, conforme demonstrativo à fl.638.

#### Infração 08 – 02.10.01

Esta infração diz respeito a falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, conforme demonstrativo às fls.87/98.

Diante do reconhecimento do autuado, inclusive da comprovação do recolhimento do valor total de R\$ 35.391,63, através do DAE às fls.184 e 185, subsiste a infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$91.816,49.

INFRAÇÕES	VL.INICIAIS	VL.JULGADOS	VL.IMPROCEDENTES
01 - 05.05.03	5.382,12	4.269,16	
02 - 16.01.01	22.591,17	22.591,17	
03 - 03.02.02	140.593,33	13.469,83	
04 - 07.15.03	1.440,78	1.440,78	
05 - 01.02.03	1.441,61		1.441,61
06 - 01.02.02	10.959,29		10.959,29
07 - 12.02.01	13.825,43	13.825,43	-
08 - 02.10.01	35.391,63	35.391,63	
<b>TOTAIS</b>	<b>231.625,36</b>	<b>90.988,00</b>	<b>12.400,90</b>

#### DEMONSTRATIVO DO DÉBITO DA INFRAÇÃO 01 – 05.05.03

Data Ocor.	Data Venc.	B. Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/03/2006	25/02/2012	4.224,71	17	60	718,20
31/01/2007	25/03/2012	-	17	60	0,00
31/03/2007	25/04/2012	11.470,00	17	60	1.949,90
30/06/2007	25/05/2012	4.000,00	17	60	680,00

31/01/2008	25/10/2012	5.418,00	17	60	921,06
				<b>TOTAL</b>	<b>4.269,16</b>

**DEMONSTRATIVO DO DÉBITO**

Data Ocor.	Data Venc.	B. Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/01/2006	09/02/2006	1.526,94	17	60	259,58
28/02/2006	09/03/2006	5.537,24	17	60	941,33
31/03/2006	09/04/2006	574,06	17	60	97,59
30/04/2006	09/05/2006	1.539,00	17	60	261,63
31/05/2006	09/06/2006	363,24	17	60	61,75
30/06/2006	09/07/2006	502,82	17	60	85,48
31/07/2006	09/08/2006	123,47	17	60	20,99
31/08/2006	09/09/2006	-	17	60	-
30/09/2006	09/10/2006	1.077,59	17	60	183,19
31/10/2006	09/11/2006	1.536,12	17	60	261,14
30/11/2006	09/12/2006	823,71	17	60	140,03
31/12/2006	09/01/2007	-	17	60	-
31/01/2007	09/02/2007	453,29	17	60	77,06
28/02/2007	09/03/2007	2.159,82	17	60	367,17
31/03/2007	09/04/2007	-	17	60	0
30/04/2007	09/05/2007	1.721,82	17	60	292,71
31/05/2007	09/06/2007	1.381,65	17	60	234,88
30/06/2007	09/07/2007	158,76	17	60	26,99
31/07/2007	09/08/2007	1.240,12	17	60	210,82
31/08/2007	09/09/2007	-	17	60	-
30/09/2007	09/10/2007	232,47	17	60	39,52
31/10/2007	09/11/2007	73,35	17	60	12,47
30/11/2007	09/12/2007	463,29	17	60	78,76
31/12/2007	09/01/2008	392,88	17	60	66,79
31/01/2008	09/02/2008	-	17	60	-
29/02/2008	09/03/2008	127,59	17	60	21,69
31/03/2008	09/04/2008	2.379,12	17	60	404,45
30/04/2008	09/05/2008	107,00	17	60	18,19
31/05/2008	09/06/2008	10.944,41	17	60	1.860,55
30/06/2008	09/07/2008	-	17	60	-
31/07/2008	09/08/2008	2.830,71	17	60	481,22
31/08/2008	09/09/2008	527,65	17	60	89,7
30/09/2008	09/10/2008	3.850,35	17	60	654,56
31/10/2008	09/11/2008	1.207,12	17	60	205,21
30/11/2008	09/12/2008	525,88	17	60	89,4
31/12/2008	09/01/2009	-	17	60	-
31/01/2009	09/02/2009	498,88	17	60	84,81
28/02/2009	09/03/2009	30,47	17	60	5,18
31/03/2009	09/04/2009	307,94	17	60	52,35
30/04/2009	09/05/2009	1.600,18	17	60	272,03
31/05/2009	09/06/2009	2.782,53	17	60	473,03
30/06/2009	09/07/2009	10.879,29	17	60	1.849,48
31/07/2009	09/08/2009	4.944,35	17	60	840,54
31/08/2009	09/09/2009	326,06	17	60	55,43
30/09/2009	09/10/2009	2.722,29	17	60	462,79
31/10/2009	09/11/2009	7.588,65	17	60	1.290,07
30/11/2009	09/12/2009	2.813,59	17	60	478,31
31/12/2009	09/01/2010	358,59	17	60	60,96
				<b>TOTAL</b>	<b>13.469,83</b>

A 2ª JJF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, recorre de ofício da decisão proferida através do Acordão nº 0014-02/15.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JJF, o autuado impetrou Recurso Voluntário, combatendo especificamente as infrações 2,3 e 7.

Salienta a recorrente que reconheceu a procedência parcial da infração 1, à exceção do valor atinente às Notas Fiscais nºs 4.828 e 7.150, e a totalidade das infrações 4 e 8, razão pela qual providenciou o pagamento (DAE e comprovante de pagamento juntados aos autos no (DOC.03 da Impugnação).

A infração 2 diz respeito à exigência de multa por ter a Recorrente dado “*entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita*

fiscal”.

Alega, contudo, a recorrente que as operações objeto da presente autuação são decorrentes de operações de transferência originadas no estabelecimento da Recorrente situado em Atibaia/SP (CNPJ n. 02.014.622/0001-02), sob os códigos de operação fiscal: 1. CFOP n. 6.151: Transferência de produção do estabelecimento; 2. CFOP n. 6.152: Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros; 3. CFOP. n. 6.552: Transferência de bem do ativo imobilizado; e, 4. CFOP n. 6.557: Transferência de material de uso ou consumo. Acrescenta que se tratando de operações de transferência não há que se falar em cobrança do ICMS e, por conseguinte não há que se falar na aplicação da multa imputada (art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96), hipótese à qual as operações de transferência não se enquadram.

Na infração 3 e quanto às operações que remanesceram, a Recorrente reitera a argumentação aduzida no item VII da Impugnação, frisando a existência de habitualidade e volume que caracterize intuito comercial de muitos de seus destinatários, de modo a preencher o requisito para a qualificação destes como contribuinte do imposto, nos termos das disposições do art. 36 do RICMS/BA. Ressalta-se ainda que deva ser considerado que a maioria dos destinatários possuía inscrição estadual na Unidade Federada de destino. Conclui afirmando que procedeu corretamente ao tributar as suas operações interestaduais pela alíquota interestadual nas saídas para empresas de construção civil, sobretudo com relação aos fornecimentos habituais e em grandes quantidades, sendo este o posicionamento adotado pela PROFIS e pela SEFAZ/BA no passado, como demonstrado em sua Impugnação, de tal sorte que deve ser conhecido o presente Recurso e dado provimento para julgar totalmente improcedente a Infração em comento.

Com relação à Infração 7, sinaliza a recorrente para a pretensão do Fisco “*recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento*”, pelo fato de ter emitido 17 notas fiscais complementares de notas de importação, as quais não foram tributadas pelo ICMS.

Afirma a recorrente que as notas complementares buscavam consolidar gastos incorridos após o desembaraço aduaneiro os quais, nos termos da legislação, não compõem a base de cálculo do ICMS nas operações de importação.

Alega a Recorrente que incorreu em despesas que, muito embora vinculadas à operação de importação, ocorreram após os respectivos desembaraços aduaneiros, todavia, de forma a controlar e formalizar tal situação procedeu a emissão de nota complementar.

Aponta para a Nota Fiscal Complementar nº 007988, informando que não se trata de documento fiscal emitido para suportar a circulação de mercadoria, vez que a mesma possui como quantidade de produto (“cimento”) o montante de “0,00”, reafirmando que a mesma espelha as informações da nota fiscal a qual resta vinculada (vinculação esta que consta expressa no campo “Dados Adicionais”, onde há menção expressa à Nota Fiscal nº 007884), contudo, emitida tão somente para controlar as despesas incorridas após o desembaraço, mas vinculadas à importação.

Requer por fim que o lançamento seja excluído da exigência fiscal, tendo em vista que se referem a despesas que não integram a base de cálculo do ICMS- nas operações de importação, por não se enquadarem em quaisquer das previsões do art. 58 do RICMS/BA.

Por fim, ressalta que todas as publicações e intimações relativas ao presente feito sejam realizadas em nome do Dr. Otto Cristovam Silva Sobral (OAB/RJ nº 146.539), no seu endereço profissional situado na Rua Sete de Setembro, 54, 3º andar, Centro, Cidade e Estado do Rio de Janeiro, CEP 20.050-009, sob pena de nulidade.

#### **VOTO (Vencido quanto à preliminar)**

O presente Recurso de Ofício pretende, em suma, a reforma da decisão de piso que promoveu a redução do valor imputado em relação às infrações 1 e 3 e a improcedência das infrações 5 e 6.

Passo a análise das reduções conferidas em relação à infração 1.

Verifico, de logo, que o fiscal autuante reconhece que incorreu em erro ao exigir o registro das Notas Fiscais nºs 554.828, de 31.01.2007, e 407.150, de 29.01.2008, esclarecendo que os números corretos são 4.828 e 7.150, respectivamente.

A recorrida, em sua manifestação fiscal, trouxe ao processo cópia dos livros Registros de Entrada (fls. 677 a 679 e 681 a 683), comprovando que as Notas Fiscais nºs 4.828 e 7.150 estão devidamente escrituradas nos meses de janeiro/2007 e janeiro/2008.

O fiscal autuante acata as alegações da recorrente consubstanciadas nos livros Registros de Entrada da recorrente, provas estas que de fato justificam a exclusão dos valores erroneamente imputados no levantamento fiscal em referência as notas fiscais acima referidas.

Em referência à infração 3, a recorrida foi imputada a suposto recolhimento a menor do ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Analizando parte das notas fiscais excluídas do levantamento fiscal na infração 3, verifico tratar-se de operações amparadas por isenção conforme Convênio ICMS 101/1997 (isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica) e operações com redução de base de cálculo do ICMS (Convênio ICMS 52/91).

Constatou então que o próprio fiscal autuante reconhece as alegações trazidas pelo contribuinte e exclui da exigência as operações amparadas pela redução de base e isenção, neste último, sendo observado o disposto no §1º do art. 1º do Convênio ICMS 101/97, a saber: “*§ 1º O benefício previsto no caput somente se aplica aos equipamentos que forem isentos ou tributados à alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados.*”

Assim, foram apenas mantidas no lançamento fiscal as operações com exigência do IPI.

E é certo constatar que as reduções da base de cálculo, acima mencionadas, foram devidamente aplicadas nas operações de saída de bens da cesta básica (Nota Fiscal nº 4.635, de 27.12.2006, CFOP 5.910), estando, portanto, legalmente amparada. Dessa forma, agiu corretamente o fiscal autuante ao excluir referida nota fiscal do lançamento fiscal.

No tocante às devoluções mencionadas pela recorrida, verifico tratar-se de devoluções de compras para industrialização à alíquota interestadual de 12% (Notas Fiscais nºs 3.970, de 25.09.2006, CFOP 6.201; 5.024, de 01.03.2007, CFOP 6.201; 5.031, de 02.03.2007, CFOP 6.201; e, 8.749, de 31.10.2008, CFOP 6.201). Irretocável, portanto, a decisão de piso que manteve a exclusão das notas fiscais referidas.

Dentre as demais notas excluídas pelo fiscal autuante, há notas relacionadas às operações de venda para entrega futura, onde é emitida nota fiscal de simples faturamento com o CFOP nº 5.922, sem destaque do imposto, conforme art. 40 do Convênio ICMS s/nº de 1970. Assim, é forçoso concluir pela retidão na exclusão das notas fiscais de simples faturamento, notadamente porque a eventual manutenção das referidas notas ensejaria uma duplicidade no recolhimento, já que o ICMS é recolhido quando da entrega efetiva das mercadorias mediante nota de simples remessa.

Diante das alegações da recorrida, o fiscal autuante refez o levantamento fiscal, resultando no documento às fls. 650 a 654, com a diminuição do débito para o valor de R\$14.298,32.

Não obstante a significativa redução acima mencionada, na sessão de julgamento, a 2ª JJF, de ofício, excluiu também as Notas Fiscais nºs 3970, 5024, 5031, 8749, 5847, 5720 e 6418.

Analizando as notas fiscais acima referidas, verifico tratarem de operações vinculadas às operações de compras para industrialização cuja alíquota interestadual aplicada (12%) está legalmente amparada.

Concluo, portanto, que as exclusões realizadas pelo fiscal autuante e mantidas pela Junta de Julgamento Fiscal estão devidamente acobertadas por documentos e razões que, de fato, elidem

parcialmente a infração 3.

O débito lançado na infração 5 diz respeito a imputação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.441,61, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto (fls. 99).

Ocorre que, diferentemente do que entendeu o fiscal autuante quando da lavratura do auto de infração, as operações em questão retratam devoluções internas, devidamente demonstradas por três notas fiscais acostadas pela recorrida às fls.299 a 301.

Assim, não subsiste a alegação de crédito indevido, haja vista que são devoluções de vendas realizadas, sendo legalmente previsto o direito ao crédito do imposto destacado nos documentos fiscais.

Na infração 6, foi imputado à recorrida uma suposta utilização indevida de crédito fiscal, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, cujos valores dos créditos fiscais tidos como indevidos estão relacionados às fls.86 e 99.

Se observado, contudo, o Livro Registro de Entrada da recorrida e os referidos documentos fiscais (303 a 334), é possível constatar erro da recorrida ao consignar no documento fiscal o CFOP 1556, pois a operação, em verdade, refere-se a aquisições de frete sobre operações de vendas (CFOP 1.352).

Assim, considerando que a recorrida trouxe provas do lapso incorrido e da legalidade do crédito apropriado (art. 93, III, “b”, do RICMS/BA), não há que se falar em suposta apropriação indevida.

Em informação fiscal o fiscal autuante concorda com a defesa, acolhendo as provas apresentadas.

Diante do acima exposto, não há reparos na decisão de piso.

Recurso de Ofício não provido.

Passo a análise do Recurso Voluntário.

A recorrente se insurge contra a decisão proferida pelo Juízo de origem, alegando improcedência da infração 2 e 7 e da parte remanescente da infração 3.

Em referência à infração 2, alega a recorrente que a multa aplicada não coaduna com a infração tipificada, visto que não se trata de falta de registro de operações tributáveis, como quer fazer crer o fiscal autuante.

Afirma a recorrente que as operações em referência são, em verdade, operações de transferência não submetidas à tributação, devendo ser afastada a multa aplicada.

Assim, comungando do entendimento que as transferências entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica não estão sujeitas à incidência do ICMS (Súmula nº 166 do STJ), verifico que o Auto de Infração contém vício que o inquia de nulidade, na medida em que a tipificação da multa aplicada é inaplicável ao inciso IX do art. 42, que prevê sanção pela não escrituração de mercadorias tributáveis, o que não retrata as operações aqui tratadas.

Em referência à nulidade acima arguida pela recorrente e acatada por este relator, em sessão de julgamento os conselheiros ali presentes, por maioria, afastaram a nulidade suscitada.

Nesta hipótese do não acolhimento da nulidade acima noticiada, adentro no mérito da autuação, conforme as razões a seguir expostas.

Ressalto que estamos diante de exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, cujo enquadramento legal da multa imputada está delineado no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e que, portanto, deve ser aplicado o princípio da retroatividade da lei mais benigna, prevista no art. 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional – CTN.

Dito isto, considerando que a conduta de falta de registro dos documentos na escritura fiscal do

contribuinte passou a ser apenada com menor gravame, deve ser aplicado o percentual vigente de 1% a este lançamento fiscal.

As razões recursais ficam não providas, no entanto, de ofício, reduzo a multa para o valor de R\$2.259,11, conforme disposição prevista no art. 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional – CTN.

Quanto a parte remanescente da infração 3, a Recorrente reitera a argumentação aduzida na peça impugnatória, frisando a existência de habitualidade e volume que caracteriza intuito comercial de muitos de seus destinatários, de modo a preencher o requisito para a qualificação destes como contribuinte do imposto, nos termos das disposições do art. 36 do RICMS/BA.

Ressalta-se ainda que deve ser considerado que a maioria dos destinatários possuía inscrição estadual na Unidade Federada de destino.

Observo que a parte remanescente da infração retrata operações vinculadas a pessoas jurídicas com as seguintes atividades: construção de edifícios; obras de urbanização; incorporação de empreendimentos; aluguel de imóveis; serviços de engenharia; condomínios prediais; impermeabilizações; aluguel de máquinas; construção de instalações; compra e venda de imóveis; e a não contribuintes (isentos de inscrição estadual).

Vejamos o que dispõe o art. 36 do ICMS:

*Art. 36. Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.*

Concluo que a simples alegação da habitualidade e volume nas compras realizadas pelos referidos contribuintes não tem o condão de torná-los contribuintes do ICMS, visto que o dispositivo de lei acima mencionado faz referência àquela pessoa jurídica ou física que, de fato, tenham intenção de revender os produtos adquiridos, caracterizando de fato operações de circulação de mercadorias.

O simples fato de ter habitualidade nas compras não o torna contribuinte do ICMS, visto que as referidas mercadorias podem de fato apenas compor custo da exclusiva prestação de serviços, cuja incidência final é o do ISS e não do ICMS, como faz crer a recorrente.

Faz-se necessário, portanto, a comprovação mediante prova robusta de que os referidos destinatários são de fato contribuintes do ICMS, o que no presente processo a recorrente não se desincumbiu.

Por fim, contesta a recorrente a exigência lançada na infração 7, pelo fato de ter emitido 17 notas fiscais complementares de notas de importação (fls. 108 a 125), as quais não foram tributadas pelo ICMS.

Verifico, então, que o descritivo nas notas fiscais complementares, sinaliza para a aquisição de “cimento” e, ainda que observado a quantidade zerada ali informada, não logra êxito a recorrente em provar que os documentos anexos ao PAF de fato correspondem aos valores complementares ali exigidos.

Não se sustenta, portanto, a tese da recorrente de que as notas complementares de fato não deveriam estar contempladas no cálculo do ICMS- IMPORTAÇÃO, por serem instrumentos que buscavam a consolidação de gastos incorridos após o desembarque aduaneiro, notadamente porque não há qualquer entrelaçamento entre os gastos referidos e os valores destacados nos documentos complementares.

Caso, contudo, a recorrente consiga realizar a comprovação de que os valores inseridos em documentos fiscais complementares são referentes aos gastos incorridos após o desembarque aduaneiro, poderá recorrer junto a PGE no Controle da Legalidade.

Diante do acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, conforme o demonstrativo abaixo:

INF.	RESULTADO	VLR. LANÇADO	VLR. JULG.-JJF	VLR. JULG.-CJF	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	5.382,12	4.269,16	4.269,16	70%
02	PROCEDENTE	22.591,17	22.591,17	2.259,12	-----
03	PROCEDENTE EM PARTE	140.593,33	13.469,83	13.469,83	60%
04	RECONHECIDA	1.440,78	1.440,78	1.440,78	-----
05	IMPROCEDENTE	1.441,61	0,00	0,00	-----
06	IMPROCEDENTE	10.959,29	0,00	0,00	-----
07	PROCEDENTE	13.825,43	13.825,43	13.825,43	60%
08	RECONHECIDA	35.391,63	35.391,63	35.391,63	60%
<b>TOTAL</b>		<b>231.625,36</b>	<b>90.988,00</b>	<b>70.655,95</b>	

**VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade – Infração 2)**

Quero pedir vênia à nobre Relatora para apresentar entendimento divergente, especificamente naquilo que se reporta à decretação de nulidade da Infração 2.

De fato, à luz da legislação vigente, as operações interestaduais de transferência devem ser tratadas como sujeitas à incidência do ICMS, pois assim o determinou o art. 13, § 4º da LC 87/96, toda a legislação estadual aplicável, bem como o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0.

Se se trata de operações tributáveis, não é possível cominar nulidade por erro de tipo, como o quis a Relatora, devendo as operações autuadas serem apenadas, à época, com a multa de 10%, posteriormente reduzidas a 1%, por força da aplicação retroativa da lei penal mais benéfica.

Assim, rejeito a arguição de nulidade suscitada.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime quanto à preliminar de nulidade suscitada e, por unanimidade em relação ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299326.0103/10-0, lavrado contra **MONIER TEGULA SOLUÇÕES PARA TELHADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$66.956,05**, acrescido das multas de 60% sobre R\$62.686,89 e 70% sobre R\$4.269,16, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.259,12** e multa percentual no valor de **R\$1.440,78**, previstas nos incisos IX e II, “d”, do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade) – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, José Carlos Barros Rodeiro, Marcelo Mattedi, Elde Santos de Oliveira e Silva e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO (Preliminar de nulidade) – Conselheiro: Leila Barreto Nogueira Vilas Boas.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA/VOTO VENCIDO  
(Preliminar de nulidade)

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR  
(Preliminar de nulidade)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS