

A. I. N° - 206886.0014/18-5
AUTUADO - HOME CENTER NORDESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO S.A.
AUTUANTE - JORGE JESUS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23/04/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0070-03/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Infração reconhecida. 2. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. O Autuado logrou êxito em elidir parcialmente a acusação fiscal. Infração subsistente em parte. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2018, exige o crédito tributário no valor de R\$87.718,52, através das seguintes infrações:

Infração 01 – **01.02.06**. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Exigido o valor de R\$9.644,14, acrescido da multa de 60%;

Consta como complemento: “*Os valores estão demonstrados nos Anexos I e II - Crédito Indevido - Mercadorias Sujeitas ao Regime de Substituição Tributária*”

Infração 02 - **02.01.03**. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a outubro e dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$38.603,11, acrescido da multa de 60%;

Consta como complemento: “*Os valores estão demonstrados nos Anexos III e IV – Saídas de mercadorias tributáveis como não tributáveis*”

Infração 03 - **02.01.03**. Recolhimento a menos de ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a outubro e dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$39.471,27, acrescido da multa de 60%;

Consta como complemento: “*Os valores estão demonstrados nos Anexos V e VI – Saídas de mercadorias tributáveis a menor*”

O Autuado apresenta peça defensiva, fls. 101 a 107, inicialmente, observa a tempestividade da impugnação, em seguida apresenta suas razões de defesa.

Quanto à infração 01, diz que após a revisão de sua escrituração fiscal digital, não logrou compor o crédito fiscal referido, sendo que percebeu o equívoco e, de imediato providenciou o pagamento.

Em relação às infrações 02 e 03, afirma que reconhece parcialmente essas infrações, nos valores de R\$18.758,84 e R\$7.559,27 e assinala que procedera ao recolhimento do montante reconhecido.

Na infração 02, esclarece ser improcedente o valor remanescente, com referência aos demais lançamentos. Ressalta que nada deve ao erário, posto que a fiscalização simplesmente ignorou o correto enquadramento do imposto efetuado ao longo do exercício, sendo que jamais a

fiscalização o intimou sobre as eventuais divergências no processamento de seus dados escriturais, a fim de que procedesse as necessárias correções.

Afirma que procedeu a correta escrituração dos produtos objeto desse item, porquanto a autuação considerou que as operações nas saídas seriam tributáveis, porém alguns dos produtos lançados fazem parte do regime ST não cabendo a tributação pelo regime normal do ICMS.

Refuta que em geral a tributação de produtos é feita inicialmente pelo NCM, associada à sua descrição, em complemento ao segmento ao qual pertence. Nota que vários produtos lançados pela fiscalização se enquadram no regime ST, com base no Dec. nº 13.780/2012 c/c Protocolos ICMS 104, 106 e 109/2009, que dispõe sobre ST em geral e/ou nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno. Acosta listagem, fl. 104.

No que concerne à Infração 03, com referência à parte remanescente e demais lançamentos alega ser improcedente, ressalta que também não deve nada ao erário, posto que a fiscalização ignorou o correto enquadramento da alíquota efetiva de 8,8% nas saídas internas através de ECF, conforme NCMs expressamente listados no Convênio ICMS 52/91. Acosta quadro à fl. 105.

Salienta que por princípio basilar da Carta Magna e estrita legalidade no art. 5º, II da CF que expõe “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, indo ao encontro ao disposto também no art. 5º, inciso XXXIX da CF que diz “não há crime sem lei anterior que defina, nem pena em previa cominação legal”.

Afirma que a Administração pública fica submetida a Lei, não pode fazer nada senão em virtude da lei, o que remete a entender o Princípio da Legalidade é garantia constitucional e não um princípio individual. Roga por tal princípio, dizendo que possui função fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Cita o art. 5º, incisos LV e LIV, alegando que tem direito e garantias fundamentais.

Suscita a nulidade, invocando o princípio do devido processo legal e a da ampla defesa. Explica que os insuperáveis erros e divergências apontadas, macula de forma insanável qualquer conclusão da auditoria fiscal realizada, o que tornam inexistentes os elementos materiais da suposta infração, conseqüentemente, afirma ser nulo o lançamento tributário.

Reitera que toda ação fiscal há de ser instaurada em consonância com o “Princípio da Verdade Material”, no qual busca a verdade objetiva dos fatos, desprezando-se as presunções tributárias, ficções legais, arbitramento ou qualquer procedimento divorciados desta linha de raciocínio.

Sustenta que a autoridade não poderá se valer da presunção *juris tantum* acerca da legitimidade de atos administrativos para se eximir de produzir a prova material objetiva da ocorrência do fato gerador e da responsabilidade do autuado, uma vez que o sistema constitucional prevê expressamente o não confisco de bens do contribuinte sem o devido processo legal, com direito ao contraditório e a ampla defesa, sob pena de negativa de vigência ao art. 5º, LIV da CF/88.

Registra que nenhum ato administrativo irregular ou viciado escapa da apreciação jurisdicional, sendo que os princípios constitucionais visam resguardar a ordem jurídica e a proteção do administrativo. Afirma ser nula a exação, no qual não prospera a pretensão do fiscal posto que inexistente qualquer conduta ilícita por parte do autuado, até mesmo à absoluta ausência de materialidade capaz de suportar a ação fiscal e as penalidades impostas, devendo ser declarada a total insubsistência do Auto de Infração em referência, dando baixa nos registros pertinentes, como conseqüente, arquivamento do processo que macula de equívocos.

Pede que seja reconhecida a nulidade e requer pela produção de todas as provas, bem como pela realização de diligências necessárias para elucidar as questões suscitadas.

Na informação fiscal, fls. 132 a 134, o Autuante observa o reconhecimento total da infração 01 e parcial das Infrações 02 e 03, pelo Autuado e, resume as alegações defensivas apresentadas.

Para a parte impugnada, na infração 02, diz que verificou os demonstrativos (Anexos III e IV),

inclui diversas mercadorias sujeitas ao regime ST cujo imposto foi recolhido por antecipação tributária, sendo assim, diz que as saídas promovidas pelo contribuinte referente a estes produtos ocorreram sem o débito do imposto.

Destaca que elaborou novos demonstrativos que contemplam a exclusão das mercadorias enquadradas no regime ST no qual resulta no valor de R\$8.658,27 (em 2013) e R\$10.100,58 (em 2014). Desta forma, reduz a infração para o valor de R\$18.758,84.

No tocante à Infração 03, reconhece razão ao Autuado haja vista que diversas mercadorias constantes nos anexos V e VI estão listadas no Convênio ICMS 52/91 que prevê redução da base de cálculo de forma que alíquota efetiva resulta no percentual de 8,8%. Informa que elaborou novo demonstrativo, sendo corrigidos os exercícios de 2013 e 2014, nos valores de R\$3.844,70 e R\$3.714,54, respectivamente.

Ao final, aponta o valor do débito remanescente do Auto de Infração no montante valor de R\$35.962,22. Ressalta que o contribuinte recolheu a importância total do débito acima referido em 10/12/2018, conforme consta no sistema SEFAZ – relação de DAEs, em anexo.

Nas fls. 216 a 218, constam extratos de pagamentos referente ao débito reconhecido pelo autuado no valor de R\$35.962,23.

VOTO

Inicialmente, depois de examinar as peças que constituem o presente Auto de Infração, cabe consignar que o PAF está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF-BA/99, não tendo constatada a violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e a legislação pertinente à irregularidade apurada. O lançamento de ofício foi constituído em consonância com os elementos indicados e na forma preconizada na legislação de regência, ou seja, do art. 142 CTN, e art. 39 do RPAF-BA/99.

Quanto à solicitação para a realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal elaborado para cada uma das infrações e com base nos documentos acostados aos autos pelo defendente não foi constatada qualquer dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pela Autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de três infrações à legislação baiana do ICMS.

No que tange à Infração 01, o sujeito passivo reconheceu, em sede de defesa, o cometimento da utilização indevida de crédito fiscal apurado. Logo, ante o reconhecimento, pelo Impugnante, do cometimento desse item da autuação fica mantida a Infração 01.

A Infração 02 imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento de ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas, conforme demonstrativo acostado às fls. 18 a 47.

O Defendente impugnou parte do lançamento sob o fundamento de que alguns produtos elencados nos anexos III e IV, fls. 18 a 47, elaborados pelo Autuante, estão sujeitos ao regime de substituição tributária, de acordo com o RICMS-BA/12, c/c os Protocolos ICMS 104, 106 e 109/2009, consoante listagem que colacionou à fl. 104, de operações com mercadorias - materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, não cabendo a tributação pelo regime normal como pretende a acusação fiscal. Nesses termos, reconheceu como devido o montante de R\$18.758,84.

Ao proceder à Informação Fiscal, fl. 133, o Autuante depois de examinar a alegação da defesa afirmou ter constatado que em seus demonstrativos constante dos anexos III e IV, que de fato constam mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, as quais, nas saídas promovidas pelo Impugnante ocorrem sem débito do imposto, ou seja, não são tributadas. Informou que refez os demonstrativos, fls. 135 a 138, promovendo a exclusão dessas operações, os quais discriminam a redução do débito para o montante de R\$18.758,84.

Depois de compulsar os elementos que emergiram do contraditório instalado em torno desse item da autuação, precipuamente a listagem de mercadorias elencadas pelo Autuado, fl. 104, constato que as exclusões levadas a efeito pelo Autuante estão de acordo com a previsão estatuída no RICMS-BA/12 e, portanto, acolho o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante que reduz o valor do débito da Infração 02, para R\$18.758,85.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 02.

A Infração 03 trata do recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas regularmente escrituradas, consoante demonstrativo acostado às fls. 49 a 97.

Em suas razões de defesa, o Impugnante sustentou a improcedência parcial desse item da autuação no montante R\$31.912,00, em relação às operações em que a fiscalização ignorou o correto enquadramento da alíquota efetiva de 8,8%, nas saídas internas através de ECF - cupom fiscal, conforme NCM expressamente listadas no Convênio ICMS 52/91, cuja listagem acostou à fl. 105.

O Autuante em sua informação fiscal, asseverou que assiste razão ao Impugnante, haja vista que, no levantamento fiscal algumas das operações constantes dos Anexos V e VI, estão listadas no Convênio ICMS 52/91, que prevê a redução da base de cálculo de forma que a alíquota efetiva resulte no percentual de 8,8%. Explicou que, por isso, elaborou novos demonstrativos que expressam os valores da Infração 03 corrigidos, que reduz a exigência fiscal para R\$7.559,22.

Depois de examinar as peças e elementos atinentes a esse item da autuação, verifico que assiste razão ao Impugnante, uma vez que foi reconhecido pelo Autuante não ter sido considerada nos demonstrativos de apuração relativo a esse item da autuação, a redução da base de cálculo prevista para as operações com as mercadorias previstas no Convênio ICMS 52/91.

Pelo expendido, acolho o novo demonstrativo que reduz esse item da autuação para R\$7.559,22.

Assim, resta parcialmente caracterizada a Infração 03.

Nesses termos, concluo pela subsistência parcial da autuação.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206886.0014/18-5**, lavrado contra **HOME CENTER NORDESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.962,21**, acrescido da multa 60%, prevista na alínea “e”, do inciso VII, e na alínea “a”, do inciso II, todos do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA