



DECISÃO N.º: 238/2011
PAT N.º: PROTOCOLO SET 262894/2010-9 - PAT 073/201-6ª URT
AUTO DE INFR. N.º: 0346/6ª URT, de 18/11/2010
AUTUADA: LUMA AGROPECUÁRIA LTDA.
ENDEREÇO: Av. Presidente Dutra, 388, Ilha de Santa Luzia, Mossoró-RN
AUTUANTE: Mário Rogério de Vasconcelos, mat. 153.089-5

DENÚNCIA: Ocorrência- O contribuinte deixou de reter o ICMS sujeito a substituição tributária de tintas, massas para acabamento, rejuntas, argamassas, etc., nos termos dos incisos I, VIII e IX do artigo 937-A do Decreto 13.640/97-RICMS.

EMENTA

Falta de retenção do ICMS substituto em mercadorias sujeitas a substituição tributária, como tintas, massas para acabamento, vernizes, rejuntas e argamassas.

- 1- *Autuado requer benefício de redução da multa previsto no art. 341, § 2º do RICMS, mas não se enquadra na hipótese fática pleiteada, relativa apenas ao descumprimento de obrigações acessórias e prova do recolhimento do imposto.*
- 2- *Contribuinte alega que houve inclusão de notas fiscais destinadas a consumidor final, de transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte e de mercadorias não sujeitas a substituição tributária, mas não especifica nem junta documentos comprobatórios do que alega, ficando prejudicada a defesa.*
- 3- *Defesa alega também, indevidamente, que teriam sido juntadas mercadorias, como rejunte, gesso em pó, etc., que não seriam sujeitas a substituição, mas estas constam como incidentes do tributo e sua sistemática na NMC 32.14, nos termos da IN SRF 807/2008.*

4- **AÇÃO FISCAL PROCEDENTE**

O RELATÓRIO

1.1 A DENÚNCIA

Entende-se do Auto de Infração 0346, da 6ª URT, de 18 de novembro de 2010, que a firma acima epigrafada, bem qualificada nos autos, infringiu o artigo 150, incisos XII e XIII, c/c arts. 607 e 620, § 7º, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, conforme demonstrativos anexos, partes integrantes do auto de infração.

JAD



Ainda em concordância com a denúncia oferecida, a falta detectada ensejou a punibilidade prevista no artigo 340, inciso I, alínea “F”, implicando em multa R\$ 111.098,06 (cento e onze mil e noventa e oito reais e seis centavos), além do ICMS devido, de igual valor, totalizando o montante de R\$ 222.196,12 (duzentos e vinte e dois mil, cento e noventa e seis reais e doze centavos), com os acréscimos monetários previstos no artigo 133 do mesmo decreto.

Foram anexados demonstrativo, documentos de consulta e detalhamento da ação fiscal.

1.2 A IMPUGNAÇÃO

Contraopondo-se à denúncia, alega o contribuinte, sucintamente, o que se segue:

1- Preliminarmente, que por força do artigo 341, § 2º do RICMS, deve ser concedido benefício ao autuado, para pagamento da penalidade de multa com redução de 80% de seu valor, em se tratando de mercadorias sujeitas a substituição tributária, oportunidade não concedida ao contribuinte.

2- Que o art. 68, II, “e” do Decreto 13.796/98 determina que sejam anexadas à autuação todas as peças citadas, no caso as notas fiscais em que se funda a ação, o que não foi cumprido.

3- Que há inconstitucionalidade no Decreto 21.126/09, do art. 251-R do RICMS, que não estabelece nenhum crédito para o cálculo do imposto a ser substituído, apenas 7% a título de crédito presumido, reduzindo em 10% o crédito do contribuinte destinatário e aumentando indevidamente o imposto a pagar, sendo inaceitável que, em operação de substituição tributária, o contribuinte normal tem direito a deduzir o imposto total lançado na NF enquanto uma ME só tem direito à redução de uma parte, por força do art. 251-R, ferindo o disposto no art. 155, inc. II, § 2º da Constituição Federal, que prevê a não-cumulatividade do imposto.

4- E que na autuação foram incluídas 106 notas fiscais destinadas a consumidor final, sobre as quais na autuação foi cobrado o imposto substituto e a aplicação de multa indevidamente, uma vez que não se trata de mercadoria destinada a comercialização, conforme notas fiscais citadas à fl. 51, que perfazem o valor de R\$ 35.037,70, apresentando novo demonstrativo.

5- Alega ainda que a multa aplicada é confiscatória, não atendendo ao princípio da proporcionalidade, juntando jurisprudência nesse sentido.

Isto posto, requer: o cancelamento do auto de infração, pela não intimação para pagamento com redução; a extinção do auto em razão da não apresentação das NFs, a improcedência do auto pela inconstitucionalidade da fundamentação, arts. 937-A e 251-R, derivados do Dec. 21.126/09; a “inclusão” das mercadorias que não se incluem nos incisos I, VIII e IX do art. 937-A, a “inclusão” de 106 NFs vendidas a pessoas físicas que não se destinam a comercialização; a

Sílvio Amorim de Barros
Julgador Fiscal



inclusão de matérias-primas destinadas à industrialização, transferidas entre estabelecimentos da atuada em operação não tributada (calcário mineral) e a “inclusão” de mercadorias não sujeitas a substituição tributária (gesso em pó, areia lavada, bloco de gesso, placa de gesso, etc.), e erro na determinação da base de cálculo.

Termos em que pede deferimento.

1.3 A CONTESTAÇÃO

Intimado a apresentar, dentro do prazo regulamentar, contestação à impugnação aduzida pela atuada contra a peça de autuação, o atuante alega, sucintamente, o que se segue:

1 – Que a atuada foi intimada a apresentar o Demonstrativo de Contribuinte Substituto do ICMS – DSICMS, Livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência e NFs de saídas de mercadorias, dos exercícios de 2009 e 2010.

2- Que a análise dos produtos destacados nas NFs levou à pesquisa junto à legislação da Nomenclatura Comum do MERCOSUL –NCM, através da Instrução Normativa RFB nº 807/808, ficando claro os produtos sujeitos a substituição tributária, nos termos dos incisos I, VIII e IX do art. 937-A;

3- Que após a verificação ficou comprovado que a atuada deixou de recolher o imposto por substituição tributária de mercadorias sujeitas a este regime, nos termos dos incisos I, VIII e IX do art. 937-A do Dec. 13.640/97-RICMS, como tintas, massas para acabamento, rejuntes, vernizes e argamassas.

4- Que em face do exposto lavrou-se o auto de infração, a fim de que a atuada pudesse regularizar a situação fiscal junto à Secretaria de Tributação-RN, onde a mesma tomou ciência em 18/11/2010, tendo recebido na ocasião todos os documentos: demonstrativos, livro de ocorrência e NFs pertinentes ao lançamento.

5- Quanto à não concessão do desconto previsto n art. 341, § 2º do RICMS, que nem a atuada recolheu o imposto nem o objeto do lançamento é obrigação acessória, e sim falta de recolhimento do imposto.

6- Que em relação ao art. 68, II, “e” do Decreto 13.796/98, que é impossível sua interpretação literal, quanto à juntada, nos autos, de toda e qualquer peça citada, não impedindo a ampla defesa nem o acesso ao contraditório, sobretudo quanto à apresentação de todas as notas fiscais, pois a atuada é a detentora de tais documentos.

7- Que em relação à inconstitucionalidade do Decreto 21.126/09, pela transgressão do princípio da não-cumulatividade, há impossibilidade do julgamento com base na matéria suscitada.



8- Que em relação a supostas notas fiscais destinadas a consumidor final, não sujeitas a substituição-tributária, não houve a apresentação das notas nem provas do recolhimento do imposto referente às transações.

9- Quanto à alegação de inclusão indevida de mercadorias não sujeitas a substituição tributária, como calcário bruto, bloco de gesso, areia lavada grossa, rejunte e gesso em pó, que não foram trazidos aos autos os documentos capazes de ilidir a denúncia, além do fato de que os materiais elencados estariam sujeitos a substituição tributária, conforme NCM 32.14, nos termos da IN SRF 807/2008.

Finalizando com o entendimento da impossibilidade de apreciação da alegação de multa confiscatória, e juntando memorial descritivo das NMC, conforme IN SRF nº 807/2008, requer a total procedência do auto de infração.

É o que se cumpre relatar.

2. OS ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 101) que o coletado não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

3. DO MÉRITO

Foi o contribuinte autuado por deixar de reter o ICMS sujeito a substituição tributária de tintas, massas para acabamento, rejuntos, argamassas, etc., nos termos dos incisos I, VIII e IX do artigo 937-A do Decreto 13.640/97-RICMS, no período entre 01/01/2009 a 29/10/2010.

Consta às fls. 05 a 38 dos autos, a relação das notas fiscais, com o CGC do emitente, unidade de origem, as datas de emissão dos documentos, com os valores a elas relativos, base de cálculo, imposto retido e tributo que deixou de ser recolhido.

Consta também dos autos à fl. 43 o Termo de Documentos Recebidos, em que foi registrada a devolução dos livros fiscais recebidos e as notas fiscais de saída de mercadorias, dos exercícios 2009, de 01/01/2009 a 31/12/2009, e 2010, de 01/01/2010 a 29/10/2010.

Inicia o contribuinte sua defesa alegando que no demonstrativo e autuação não foi concedido o “desconto previsto no art. 341, § 2º, do RICMS”, a saber:

Art. 341. *Quando se tratar de infração referente à operação com mercadoria isenta ou não tributada, a multa será reduzida em oitenta por cento (80%) do seu valor, se o crédito tributário for pago integralmente, no prazo de cinco dias após a lavratura do termo de apreensão ou auto de infração.*

§ 2º *Quando se tratar, tão somente, de descumprimento de obrigações acessórias, o percentual de redução da multa regulamentar instituído pelo caput deste artigo será aplicado, também, às operações com mercadorias sujeitas ao*



regime de substituição tributária, desde que o contribuinte comprove que recolheu, integralmente, o ICMS substituto.

Ocorre, no entanto, que o presente caso não se inclui na hipótese fática pleiteada, porque além de não se tratar de obrigação acessória, e sim obrigação principal, o contribuinte também não recolheu, ou não conseguiu comprovar, que houve o “recolhimento integral do ICMS substituto”, condições para o aproveitamento do benefício requerido.

Quanto à não apresentação das notas fiscais, o contribuinte é o próprio detentor dos documentos, aplicando-se no presente caso a inversão do ônus da prova. O Fisco analisou os documentos e colheu os dados que geraram a autuação pela falta do recolhimento do tributo,

Verifica-se, pelo documento de fl. 42, que houve a regular intimação para apresentação dos documentos, entre eles as notas fiscais de saídas de mercadorias dos exercícios de 2009 e de 2010, neste exercício até 29 de outubro. Pelo Termo de Documentos Recebidos, docto. de fl. 43, verifica-se que foram recebidos os documentos e livros solicitados, inclusive as notas fiscais acima mencionadas, conforme ciência do auditor responsável pela fiscalização e também do contribuinte ora defendente. Consta também dos autos que os documentos foram devolvidos após a regular fiscalização e exame, conforme Termo de Documentos Devolvidos de fl. 46, logo, não faz sentido o contribuinte, que os possui, alegar a nulidade do auto sob a alegação de que não há a anexação de “todos os documentos citados nos autos”, o que caracteriza um pleito meramente protelatório. Se ele é o detentor das provas e documentos, ele que alegue e demonstre, especificando, qual documento teria sido utilizado com dados equivocados.

O mesmo procedimento e raciocínio se aplica com referência à alegação de que foram incluídas no levantamento 106 (cento e seis) notas fiscais destinadas a consumidor final, e que não estariam sujeitas a substituição tributária. Prejudicada fica a defesa pela falta de apresentação das notas fiscais e dos comprovantes dos pagamentos dos impostos, não havendo também citação do embasamento legal do pleito formulado.

Quanto à alegação de inclusão de notas fiscais de venda e transferência interna entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, de mercadorias que não estariam relacionadas no art. 937-A, como gesso em pó, areia lavada grossa, calcário bruto, bloco de gesso e rejunte, novamente, verifica-se que além da falta de anexação dos documentos relativamente ao que alega, neste caso sequer houve a menção aos referidos documentos, ou seja, há uma mera afirmação, genérica, de que “considerou-se”, indevidamente, “a totalidade das notas como sendo sujeitas a substituição tributária”, sem que tenha sido analisado o conteúdo ou mesmo as operações, “sendo MUITAS DELAS transferências internas não tributadas, outras a consumidor final e não sujeitas”...(?), o que a impediu de analisar o demonstrativo apresentado.

A mera alegação, de cunho totalmente genérico, em relação ao demonstrativo, que especifica, documento por documento, o valor, a natureza da operação (CFOP), data, base de cálculo, tributos envolvidos, etc., de que “muitas delas” foram equivocadamente arroladas, sem especificação e anexação dos



documentos comprobatórios do que alega, faz com que a defesa fique totalmente prejudicada, também nesse quesito, não podendo se alegar cerceamento à defesa ou falta de acesso ao contraditório.

Por fim, cita ainda o autuante NCM 32.14, nos termos da IN SRF 807/2008, onde se evidencia que materiais como rejunte, gesso em pó e outros estão plenamente qualificados como produtos sobre os quais incide a substituição tributária, ao contrário do alegado pelo contribuinte, ficando também completamente prejudicada a defesa nesse quesito.

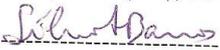
E deixa-se de apreciar alegação de que multa aplicada seria confiscatória, por não se incluir tal matéria na competência deste julgador singular.

DECISÃO

Fundamentado no exposto, levando-se em consideração que as razões de defesa do litigante revelam-se ineficazes para invalidar o lançamento tributário de ofício, JULGO PROCEDENTE o Auto de Infração de fl. 01, para impor à autuada à pena de multa de R\$ 111.098,06 (cento e onze mil e noventa e oito reais e seis centavos), além do ICMS devido, de igual valor, totalizando o montante de R\$ 222.196,12 (duzentos e vinte e dois mil, cento e noventa e seis reais e doze centavos), com os acréscimos monetários previstos no artigo 133 do mesmo decreto.

Remeto os autos à 6ª URT, para ciência das partes e demais providências legais cabíveis.

COJUP, Natal (RN), 04 de outubro de 2011



Sílvia Amorim de Barros

Julgador Fiscal, AFTE-7, Mat.151.238-2