

PROCESSO	- A. I. N° 022581.0004/14-1
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VKB ARTEFATOS DE LATÉX LTDA. (LATOY ARTEFATOS)
RECORRIDOS	- VKB ARTEFATOS DE LATÉX LTDA. (LATOY ARTEFATOS) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0041-01/15
ORIGEM	- INFRA VALENÇA
INTERNET	- 14/09/2015

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0232-11/15

**EMENTA:** ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. OPERAÇÕES SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Feita prova de que foram incluídas no lançamento Notas Fiscais destinadas a outro contribuinte, bem como Notas Fiscais de operações não tributáveis, em relação às quais a multa é outra. Não foram trazidos elementos para elidir as notas fiscais subsistentes. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. 2.a) AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. O contribuinte agiu de acordo com a regra do art. 96, XXVIII, do RICMS/97, que autoriza a utilização de crédito presumido aos contribuintes do regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas. 2.b) CRÉDITO INDEVIDO POR NÃO TER ENTRADO A MERCADORIA NO ESTABELECIMENTO OU POR NÃO TER SIDO PRESTADO O SERVIÇO. Crédito indevido, mas não caracterizada a situação agravante de que a mercadoria não tivesse entrado no estabelecimento ou de que o serviço não tivesse sido prestado. Mantido o lançamento, porém com a adequação do percentual da multa de acordo com a previsão legal específica: art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. 2.c) IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTOS FISCAIS. Lançamento compreendendo várias situações. Afastada a glosa dos créditos em face da prova de que parte dos documentos continha o destaque do imposto. Afastada também a glosa de parte dos créditos relativos ao imposto retido ou antecipado indevidamente, tendo em vista a previsão do art. 369, III, do RICMS/97, c.c. o art. 356, § 3º. Também afastada a glosa de créditos presumidos, em face da previsão do art. 96, XXVIII, “b”, do RICMS/97. Mantida autuação quanto à glosa de créditos não destacados em documentos fiscais. 2.d) FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO DIREITO AO CRÉDITO. Juntada parte dos documentos em questão. Afastada a glosa de créditos presumidos, em face da previsão do art. 96, XXVIII, “b”, do RICMS/97. Também afastada a glosa dos créditos destacados nos

documentos fiscais. Mantida a glosa dos créditos dos documentos não apresentados. 2.e) OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM BASE DE CÁLCULO FIXADA PELA UNIDADE FEDERADA DE ORIGEM EM VALOR SUPERIOR À ESTABELECIDA EM LEI COMPLEMENTAR. O contribuinte agiu de acordo com a regra do art. 96, XXVIII, do RICMS/97, que autoriza a utilização de crédito presumido aos contribuintes do regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0041-01/15, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99 e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do mesmo regulamento.

O Auto de Infração lavrado em 27/08/14, acusa o sujeito passivo do cometimento das seguintes irregularidades, sendo objeto de Recurso de Ofício as infrações 1, 2, 3, 5, 6 e 7 e de Recurso Voluntário as infrações 1, 5 e 6:

INFRAÇÃO 1 - Falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação [leia-se: mercadorias relativas a operações sujeitas a tributação pelo ICMS], sendo por isso aplicada a multa de R\$ 2.766,41, equivalente a 10% das entradas não registradas;

INFRAÇÃO 2 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, sendo glosado crédito no valor de R\$ 244.036,80, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, “por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado” [sic], sendo glosado crédito no valor de R\$ 10.481,94, com multa de 150%;

INFRAÇÃO 5 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais, sendo glosado crédito no valor de R\$ 10.866,33, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 6 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, assim considerado em virtude da falta de apresentação ao fisco dos documentos comprobatórios ao direito ao crédito, sendo glosado crédito no valor de R\$ 10.762,47, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 7 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior à estabelecida em “lei complementar, convênios ou protocolo” [sic], sendo glosado crédito no valor de R\$ 174,46, com multa de 60%.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 1ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 241/253):

*O presente Auto de Infração compõe-se de 7 lançamentos.*

*O autuado suscitou a decadência dos créditos tributários anteriores a setembro de 2009. Toma por fundamento a regra do art. 150, § 4º, do CTN, argumentando que neste caso a suposta utilização indevida do crédito fiscal glosado não gerou ausência total de pagamento do imposto no período de janeiro a agosto de 2009, devendo a contagem do prazo decadencial ser feita a contar da ocorrência do fato gerador.*

*Não acato a preliminar de decadência suscitada pela defesa, haja vista que, nos termos do art. 173 do CTN, ainda não havia ocorrido a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo ao exercício de*

2009. O prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Os débitos que segundo a defesa já teriam sido alcançados pela decadência – os relativos a janeiro a agosto de 2009 – já poderiam ter sido lançados no exercício de 2009. O primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 2010. Por conseguinte, o lançamento do período em discussão poderia ser feito até 31 de dezembro de 2014. O procedimento fiscal foi formalizado em 27.8.14, e no dia 9.9.14 o sujeito passivo foi intimado.

Passo à abordagem do mérito.

O item 1º deste Auto acusa falta de registro, na escrita fiscal, da entradas no estabelecimento de relativas a operações sujeitas a tributação pelo ICMS.

O autuado, na defesa, observou que as Notas Fiscais nos 2939, 2991 e 14174, conforme cópias anexas (fls. 68/70), não foram emitidas em nome do seu estabelecimento. Quanto às demais Notas, reclamou que, de acordo com as cópias anexas (fls. 72 e ss.), a fiscalização aplicou multa de 10% sobre o valor da operação, capitulada no art. 42, IX, da Lei nº 7.14/96, porém as Notas Fiscais materializam operações sem destaque do imposto, que não ensejam aproveitamento de crédito fiscal, pelo que deve ser reduzida a multa aplicada para 1%, conforme determina o art. 42, XI, da referida lei.

O fiscal autuante, ao prestar a “informação”, utilizando linguagem telegráfica cheia de reticências, limitou-se a dizer “contestamos e sustentamos a autuação”.

A informação fiscal não foi prestada como manda o § 6º do art. 127 do RPAF, segundo o qual a informação fiscal deve ser prestada abrangendo todos os aspectos da defesa, com fundamentação. O termo “fundamentação” indica que é dever da autoridade autuante, ao prestar a informação, abordar todas as questões suscitadas pela defesa, inclusive as provas. O fiscal autuante tem um compromisso com o lançamento por ele efetuado. O que é interesse legítimo do Estado deve ser defendido sem qualquer transigência, em função do princípio da vinculação. Por outro lado, o que não é devido não pode ser cobrado do contribuinte, em face dos princípios da estrita legalidade e da moralidade.

No caso deste item 1º, o contribuinte juntou cópias das Notas Fiscais para provar que algumas têm como destinatário outra empresa. Além disso, juntou cópias de Notas Fiscais para provar que as operações não eram tributadas, e por conseguinte a multa seria outra. O contribuinte indicou inclusive o dispositivo legal pertinente. Essas provas e argumentos teriam de ser analisados, para confirmar ou negar a alegação da defesa. O interesse do Estado é no sentido de que seja cobrado apenas o que for devido. Quando se cobra o que não é devido, tal conduta não atende ao interesse do Estado.

Enfim, o fiscal tem a obrigação de refazer os demonstrativos fiscais, excluindo as parcelas consideradas indevidas e indicando os valores remanescentes. Como, porém, assim não procedeu, farei eu mesmo as correções. Isto, em princípio, não é tarefa do julgador. Faço-o, contudo, em nome do princípio da economia processual, para evitar que o processo seja devolvido em diligência ao autuante em diligência, atrasando o desfecho da lide, em prejuízo do Estado e do contribuinte.

Faço o registro de que o demonstrativo à fl. 2 está fora de ordem (o mês de janeiro de 2009 encontra-se entre os meses de abril e maio de 2010).

Além disso, estão erradas as Datas de Vencimento (“Data Vecto”). É evidente que no caso de falta de registro de entradas de mercadorias a data do fato é a da entrada da mercadoria no estabelecimento, e a “data do vencimento” não é o dia 9 do mês seguinte.

É de bom alvitre que em casos futuros a autoridade fiscal atente para o mandamento do § 6º do art. 127 do RPAF, segundo o qual a informação fiscal deve ser prestada abrangendo todos os aspectos da defesa, com fundamentação.

Das provas apresentadas pelo contribuinte, a Nota Fiscal nº 14173 à fl. 78 não faz parte do levantamento objeto do item 1º.

O demonstrativo do débito do item 1º deverá ser ajustado com base nas seguintes indicações:

Data Ocorr.	Multa lançada	Multa de 10% remanescente	Multa de 1%	Demonstr. fiscal	Prova da defesa
31.01.09	126,78	24,86 (**a)	9,97 (**a)	Fl. 6	NF 2939, fl. 69; NF 9734, fl. 81
28.02.09	21,50	-0-	2,15 (**b)	Fl. 6	NF 48686, fl. 72
31.03.09	193,44	193,44	-0-	Fl. 6	
30.04.09	12,04	12,04	-0-	Fl. 6	
31.05.09	138,64	138,64	-0-	Fl. 6	
30.06.09	20,88	6,60 (**b)	-0-	Fl. 6	NF 2991, fl. 70
31.07.09	39,49	39,49	-0-	Fl. 6	
30.09.09	17,63	17,63	-0-	Fl. 6	
31.10.09	9,40	-0-	0,94 (**c)	Fl. 6	NF 51966, fl. 73
31.12.09	239,10	-0-	23,91 (**d)	Fl. 6	NF 53018 e 132, fls. 74 e 88
31.01.10	346,26	-0-	34,62 (**e)	Fl. 7	NFs 7 e 188, fls. 79 e 82

28.02.10	23,10	-0-	2,31 (**f)	Fl. 7	NF 53572, fl. 75
31.03.10	96,89	53,30 (*c)	2,52 (**g)	Fl. 7	NF 53835 e 27742
30.04.10	6,00	6,00	-0-	Fl. 7	
31.05.10	8,74	8,74	-0-	Fl. 7	
31.07.10	23,10	-0-	2,31 (**h)	Fl. 7	NF 574, fl. 77
30.11.10	518,35	20,00 (*d)	49,84 (**i)	Fl. 7	NF 25247, fl. 80
31.12.10	925,07	925,07	-0-	Fl. 7	
<b>Totais</b>	<b>2.766,41</b>	<b>1.445,81</b>	<b>128,57</b>		

(\*a): abatido o valor de R\$ 2,25, referente à NF 2939, fl. 69, em nome de terceiro. Abatido também o valor de R\$ 99,67, ref. NF 9734, ref. Operação não tributável. Remanesceu a quantia de R\$ 24,86, ref. NF 2930.

(\*b): abatido o valor de R\$ 14,28, referente à NF 2991, emitida em nome de terceiro fl. 70.

(\*c): abatidos os valores de R\$ 25,20 e R\$ 18,39, referentes à NF 53835 (operação não tributável), fl. 76, e à NF 14174 (emitida em nome de terceiro), fl. 68. Mantido o valor ref. à NF 27742.

(\*d): abatido o valor de R\$ 498,30, ref. à NF 25247, relativa a operação não tributável, fl. 80.

(\*\*a): operação não tributável, cf. NF 9734, fl. 81.

(\*\*b): operação não tributável, cf. NF 48686, fl. 72.

(\*\*c) operação não tributável, cf. NF 51966, fl. 73.

(\*\*d): operações não tributáveis, cf. NFs 53018 e 132, fls. 74 e 88.

(\*\*e): operações não tributáveis, cf. NFs 7 e 188, fls. 79 e 82.

(\*\*f): operação não tributável, cf. NF 53572, fl. 75.

(\*\*g): operação não tributável, cf. NF 53835, fl. 76.

(\*\*h): operação não tributável, cf. NF 574, fl. 77.

(\*\*i): operação não tributável, cf. NF 25247, fl. 80.

Em suma, a multa do item 1º remanesce em duas situações, nos seguintes valores:

falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias relativas a operações sujeitas a tributação pelo ICMS: multa de R\$ 1.445,81, equivalente a 10% das entradas não registradas – Lei nº 7.014/96, art. 42, IX;

falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias relativas a operações não sujeitas a tributação pelo ICMS: multa de R\$ 128,57, equivalente a 1% das entradas não registradas – Lei nº 7.014/96, art. 42, XI.

O item 2º deste Auto diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante.

O contribuinte alegou e provou que agiu de acordo com a regra do art. 96, XXVIII, do RICMS/97, que autoriza a utilização de crédito presumido aos contribuintes do regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas. De fato, prevê o art. 96, inciso XXVIII, do RICMS/97:

“Art. 96. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher:

.....  
XXVIII - aos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas, em opção ao crédito fiscal informado no documento fiscal nos termos do art. 392, nos percentuais relacionados a seguir, aplicáveis sobre o valor da operação, observado o disposto nos §§ 6º e 7º:

a) 10% (dez por cento) nas aquisições junto às indústrias do setor têxtil, de artigos de vestuário e acessórios, de couro e derivados, moveleiro, metalúrgico, de celulose e de produtos de papel;

b) 12% (doze por cento) nas aquisições junto aos demais segmentos de indústrias.”

O autuado é do regime normal de apuração. Os créditos referem-se a operações internas. Os remetentes são microempresas ou empresas de pequeno porte industrial optantes pelo Simples Nacional, estando provado que são industriais em face do CFOP 5.101 (venda de produção do estabelecimento) indicado nas Notas Fiscais (fls. 94/186). Foi utilizado crédito presumido de 12%, conforme a alínea “b” do dispositivo acima transcrito. A alegação da autoridade fiscal de que as Notas Fiscais estão sem destaque do imposto não faz sentido, pois a previsão regulamentar é de crédito presumido, e se fosse para ser utilizado o crédito destacado nos documentos, como pretende o autuante, então não seria “crédito presumido”.

O lançamento do item 2º é portanto insubstancial.

No 3º lançamento, a imputação é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, “por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado” [sic].

A descrição do fato foi feita de forma vaga e ambígua. O autuado alega que a multa de 150% é desproporcional porque ocorreu simples erro contábil. O fiscal autuante, na informação, nada esclarece, apenas repetindo a alegação de que o fato teria decorrido de simples erro contábil. Na sustentação oral, foi explicado que se trata de energia elétrica compartilhada com outro estabelecimento que ocupa as mesmas instalações. Ou seja, a

energia entrou no estabelecimento., que é uma indústria, porém a conta de energia é compartilhada com outro estabelecimento, em cujo nome vem a conta. Sendo assim, o crédito fiscal é indevido, mas a multa não é de 150%, e sim de 60%, pois não se trata de documento falso ou inidôneo. O fiscal autuante escolheu o código do SEAI errado, e por isso o “sistema” descreveu o fato de acordo com o código que foi escolhido de forma inadequada. Ele escolheu o código 01.02.10 (crédito indevido por não ter entrado a mercadoria). O código adequado seria 01.02.13 (crédito indevido – destinatário diverso), para o qual a multa é de 60%, sendo a infração tipificada no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, ou, mais apropriadamente, no art. 42, II, “f”, que prevê:

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

.....  
II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente;

.....  
f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;”

O lançamento do item 3º é procedente, porém com a adequação do percentual da multa de acordo com a previsão legal específica.

O débito do item 4º foi reconhecido pelo contribuinte.

O item 5º acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais.

Este item deve ser analisado em função de quatro situações. A primeira situação diz respeito às Notas Fiscais nos 174392, 215470 e 15640 (fls. 188/190). O art. 369, III, do RICMS/97, e o art. 356, § 3º, preveem a possibilidade de creditamento do imposto que tiver sido retido ou antecipado indevidamente. Este é o caso, pois o imposto não deveria ter sido antecipado, pois se trata de aquisições de insumos por parte de um estabelecimento industrial (art. 355, III, do RICMS/97). Os valores do imposto retido estão indicados nos documentos. O direito ao crédito do imposto neste caso é previsto expressamente no art. 369, III, e no art. 356, § 3º, do RICMS/97.

A segunda situação envolvida neste item 5º diz respeito à Nota Fiscal nº 20821 (fl. 192). A autoridade fiscal equivocou-se ao acusar utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais, pois o imposto se encontra devidamente destacado na Nota (fl. 192).

A terceira situação diz respeito às Notas Fiscais às fls. 194/202. A situação é a mesma da do item 2º. O autuado agiu de acordo com a regra do art. 96, XXVIII, do RICMS/97, que autoriza a utilização de crédito presumido aos contribuintes do regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas. Já transcrevi esse dispositivo regulamentar ao decidir a questão do item 2º deste Auto. O autuado é do regime normal de apuração. Os créditos referem-se a operações internas. Os remetentes são microempresas ou empresas de pequeno porte industrial optantes pelo Simples Nacional, estando provado que são industriais em face do CFOP 5.101 (venda de produção do estabelecimento). Foi utilizado crédito presumido de 12%, conforme a alínea “b” do inciso XXVIII do art. 96 do RICMS/97. A alegação da autoridade fiscal de que as Notas Fiscais estão sem destaque do imposto não faz sentido, pois a previsão regulamentar é de crédito presumido, e se fosse para ser utilizado o crédito destacado nos documentos, como pretende o autuante, então não seria “crédito presumido”.

A quarta situação envolvida no item 5º diz respeito às Notas Fiscais nº 2 e 3 (fls. 204-205). Essas Notas Fiscais foram emitidas pela própria empresa para acobertar saídas de mercadorias que não foram realizadas. Alega que as Notas Fiscais eletrônicas não puderam ser canceladas e, diante disso, a empresa registrou as mesmas Notas como de entrada, para fins de neutralizar a operação. Neste caso o autuante está certo. As Notas Fiscais não têm destaque de imposto. Não foi provado o cancelamento das Notas a que supostamente se referem os documentos às fls. 204 e 205. Por isso, mantenho no item 5º a glosa dos créditos da Nota Fiscal nº 2 (R\$ 4.119,84) e da Nota Fiscal nº 3 (R\$ 5.208,48), totalizando R\$ 9.328,32 (fl. 18), relativa ao mês de julho de 2010.

O item 6º acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, assim considerado em virtude da falta de apresentação ao fisco dos documentos comprobatórios ao direito ao crédito.

O contribuinte, na defesa, apresentou parte dos documentos (fls. 207/218 e 220-221). As Notas Fiscais às fls. 208-209 e 220-221 contêm o destaque do imposto, e por conseguinte há que se reconhecer a legitimidade dos créditos.

Quanto às demais Notas apresentadas (fls. 207 e 210/215 e 217-218), os emitentes são todos do Simples Nacional. Isso foi checado no sistema INC (Informações do Contribuinte) durante a sessão de julgamento: na Nota à fl. 207, consta expressamente que se trata de empresa de pequeno porte, e as demais Notas às fls. 210/215 e 217-218 são da empresa AMB Artefatos de Látex Ltda., que de acordo com o INC é fabricante de

artefatos de borracha inscrito como empresa de pequeno porte (EPP). A situação no caso dessas Notas é a mesma da do item 2º deste Auto. O contribuinte agiu de acordo com a regra do art. 96, XXVIII, do RICMS/97, que autoriza a utilização de crédito presumido aos contribuintes do regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas. Já transcrevi esse dispositivo regulamentar ao decidir a questão do item 2º deste Auto. O autuado é do regime normal de apuração. Os créditos referem-se a operações internas. Os remetentes são empresas de pequeno porte industrial optantes pelo Simples Nacional, estando provado que são industriais em face do CFOP 5.101 (venda de produção do estabelecimento). Foi utilizado crédito presumido de 12%, conforme a alínea "b" do inciso XXVIII do art. 96 do RICMS/97. Não faz sentido a objeção de que as Notas Fiscais estão sem destaque do imposto, pois a previsão regulamentar é de crédito presumido, e se fosse para ser utilizado o crédito destacado nos documentos, então não seria "crédito presumido".

Resta, porém, dentre os documentos apresentados pela defesa, a Nota Fiscal 867 de Comercial de Tambores Dantas Ltda. (fl. 216). Embora o emitente seja empresa de pequeno porte e se trate de operação interna, a situação não se enquadra na previsão do inciso XXVIII do art. 96 do RICMS/97 porque deixou de ser preenchido um requisito essencial, haja vista que a mercadoria não foi produzida pela Comercial de Tambores Dantas Ltda., conforme se depreende do CFOP indicado na Nota: CFOP 5.102 – venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros. Sendo assim, fica mantida a glosa do crédito relativo à referida Nota Fiscal nº 867.

Também ficam mantidas as glosas dos créditos relativos aos documentos que deixaram de ser apresentados: Notas Fiscais de nos 27946, 27947, 28073 e 28074 ainda estão em processo de localização e serão oportunamente juntadas aos autos, para fins demonstração do crédito respectivo.

O demonstrativo do débito do item 6º deverá ser ajustado com base nas seguintes indicações, tomando por fonte o demonstrativo às fls. 19-20:

Mês	Valor lançado	Nota Fiscal	Valor mantido	Nota Fiscal
Abril/2009	276,73	2032 e 1791	0,00	
Abril/2010	501,48	27946 e 27947	501,48	27946 e 27947
Maio/2010	62,77	28073 e 28074	62,77	28073 e 28074
Julho/2010	134,40	253	0,00	
Agosto/2010	8.548,93	56, 58, 83, 104, 111, 867 e 126	109,80	867
Setembro/2010	100,45	780	0,00	
Novembro/2010	1.035,83	326	0,00	
Dezembro/2010	101,88	978	0,00	
<b>Total</b>	<b>10.762,47</b>		<b>674,05</b>	

O valor do imposto remanescente do item 6º é de R\$ 674,05.

Quanto ao item 7º, a acusação é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior à estabelecida em "lei complementar, convênios ou protocolo" [sic]

Acredito que o fiscal autuante se equivocou ao declarar na descrição do fato que se trataria de "operações interestaduais". Certamente o equívoco decorreu do fato de o endereço do emitente da Nota ser situado na "Rua João Pessoa", levando a autoridade fiscal que se trataria da cidade de João Pessoa, Paraíba. Ocorre que a referida rua fica em Feira de Santana, e por conseguinte não se trata de operação interestadual, pois o adquirente fica em Camamu, Bahia (fl. 223).

Em princípio, o lançamento do item 7º seria nulo, pois a descrição do fato nada tem a ver com o fato real. Porém, analisando a questão em face dos esclarecimentos aduzidos pela defesa, concluo que o lançamento é improcedente. Nos termos do parágrafo único do art. 155 do RPAF, quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, o órgão julgador não deve pronunciar a nulidade, devendo julgar o mérito.

A situação no caso da Nota Fiscal em questão – Nota Fiscal nº 1724, de Arpel Indústria e Comércio Ltda. – é a mesma da do item 2º deste Auto. O contribuinte agiu de acordo com a regra do art. 96, XXVIII, do RICMS/97, que autoriza a utilização de crédito presumido aos contribuintes do regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas. Já transcrevi esse dispositivo regulamentar ao decidir a questão do item 2º deste Auto. O autuado é do regime normal de apuração. O crédito refere-se a uma operação interna. O remetente é empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, estando provado que é industrial em face do CFOP 5.101 (venda de produção do estabelecimento). Foi utilizado crédito presumido de 12%, conforme a alínea "b" do inciso XXVIII do art. 96 do RICMS/97. Não faz sentido a objeção de que as Notas Fiscais estão sem destaque do imposto, pois a previsão regulamentar é de crédito presumido, e se fosse para ser utilizado o crédito destacado nos documentos, então não seria "crédito presumido". Lançamento indevido.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já paga.

De ofício, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 267/284, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

No mérito da infração 1 pontua que a fiscalização se pautou exclusivamente nos registros de terceiros do SINTEGRA, fazendo o "cruzamento" com as entradas registradas pelo recorrente no mesmo período.

Entende que houve presunção de que todas as entradas de mercadorias eram relativas a operações sujeitas a tributação do ICMS, pois fora aplicada indistintamente multa de 10% por descumprimento de obrigação acessória.

Pontua que 84% da infração foi desonerada em primeira instância, seja porque não foram emitidas contra o recorrente, seja porque decorrem de operações não tributáveis.

Considerando o percentual de redução, presume que as notas fiscais que não foram encontradas deveriam seguir a mesma sorte das anexadas na impugnação, ou seja, a multa correspondente à 1% da operação.

Para a infração 5 esclarece que a autuação foi mantida no tocante à glosa dos créditos da Nota Fiscal nº 2 (R\$ 4.119,84) e da Nota Fiscal nº 3 (R\$ 5.208,48), totalizando R\$ 9.328,32 (fl. 18), relativa ao mês de julho de 2010.

Aduz que as referidas notas fiscais de entrada foram emitidas pelo recorrente para acobertar saídas de mercadorias que não foram realizadas, dada a impossibilidade de cancelamento.

Menciona que registrou as mesmas notas como de entrada para neutralizar a operação, encontrando guarda no art. 92, §1º do RICMS.

Argui que as notas fiscais mantidas na infração 6, que não foram apresentadas oportunamente estão em processo de localização e serão juntadas para demonstração do crédito respectivo.

Por fim, requer o Não Provimento do Recurso de Ofício.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, fls. 288/290, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pelas razões a seguir expostas:

No que tange à infração 1 ressalta que o recorrente não trouxe qualquer refutação específica que assentasse suas alegações, aduzindo, tão somente, que as notas que não foram localizadas pela empresa não podem ser entendidas na sua integralidade como operações tributáveis.

Em relação à infração 5 observa que as notas fiscais não possuem qualquer destaque do imposto, não estando provado o cancelamento das notas que se referem a suposta neutralização, como impõe a legislação de regência.

Quanto à infração 06 destaca que o recorrente não se desincumbiu de fazer qualquer prova, podendo ser acolhida a pretensão em sede de controle de legalidade, caso sejam encontrados os respectivos documentos.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário interpostos contra o Acórdão nº 0041-01/15, prolatado pela 1ª JJF, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, em razão do suposto cometimento de sete infrações, sendo objeto de Recurso de Ofício as infrações 1, 2, 3, 5, 6 e 7 e de Recurso Voluntário as infrações 1, 5 e 6:

Início a análise pelo Recurso de Ofício.

A infração 1 acusa o sujeito passivo da falta de registro na escrita fiscal, da entrada no

estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação.

Em sua defesa, o contribuinte demonstrou que parte das notas fiscais não foram emitidas em nome do seu estabelecimento, bem como que outras notas fiscais serviram para acobertar operações sem incidência do imposto, requerendo a redução da multa aplicada para 1%, conforme preceitua o art. 42, XI do RICMS/1997.

Apesar do autuante, injustificadamente e sem qualquer fundamentação não ter acolhido os argumentos defensivos, a JJF com amparo na documentação trazida pelo contribuinte, na legislação em vigor e no princípio da economia processual, refez os demonstrativos originais, demonstrando a desoneração de cada ocorrência, com a indicação das folhas dos documentos correspondentes, o que reduziu a infração em parte.

De fato, o percentual da multa por descumprimento de obrigação acessória deve variar de acordo com o potencial lesivo da conduta do Sujeito Passivo.

Isso porque, quando o sujeito passivo deixa de escriturar uma mercadoria tributável a probabilidade de que ele cause dano ao Fisco é muito maior, haja vista uma possível omissão de receita tributável, diferentemente das mercadorias não tributáveis, quando não há imposto a recolher e a obrigação de escriturar deriva tão somente da necessidade de manter seus livros de acordo com a sua realidade fática.

Pautado nessa premissa, o legislador estadual estabeleceu que a multa pela falta de escrituração de mercadoria tributável seria de 10%, enquanto a multa pela falta de escrituração de mercadoria não tributável seria de 1%.

Restando demonstrado que parte das notas fiscais acobertaram operações sem incidência de imposto, correta a Decisão de piso que julgou a infração Procedente em Parte.

A infração 2 decorre da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante.

No entender do autuante, a glosa do crédito decorreu da ausência de destaque do imposto nas notas fiscais de entrada.

Em sua defesa, o contribuinte de forma bastante detalhada discorre sobre a diferença do crédito fiscal decorrente da não cumulatividade para o crédito presumido, do qual faz jus.

Demonstrou que as aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, destinadas à comercialização ou industrialização dão direito ao crédito presumido, sendo equivocado o entendimento da fiscalização de que o crédito deveria estar destacado no documento fiscal correspondente.

Merece transcrição o art. 96, inciso XXVIII, do RICMS/97, citado pelo sujeito passivo:

*“Art. 96. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher:*

.....  
*XXVIII - aos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas, em opção ao crédito fiscal informado no documento fiscal nos termos do art. 392, nos percentuais relacionados a seguir, aplicáveis sobre o valor da operação, observado o disposto nos §§ 6º e 7º:*

- a) 10% (dez por cento) nas aquisições junto às indústrias do setor têxtil, de artigos de vestuário e acessórios, de couro e derivados, moveleiro, metalúrgico, de celulose e de produtos de papel;
- b) 12% (doze por cento) nas aquisições junto aos demais segmentos de indústrias.”

Desta forma, considerando que as notas fiscais (fls. 94/186) demonstram que os remetentes são microempresas ou empresas de pequeno porte industrial optantes pelo Simples Nacional, bem como que a operação foi venda de produção do estabelecimento (CFOP 5.101), a empresa faz jus ao crédito presumido.

Correto o entendimento da JJF de que se fosse para ser utilizado o crédito destacado nos documentos, como pretende o autuante, então não seria “crédito presumido”.

Desta forma, não há reparos a fazer na Decisão recorrida que julgou Improcedente a infração.

A infração 3 deriva da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, “*por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado*”.

A JJF esclareceu que se trata de energia elétrica compartilhada com outro estabelecimento que ocupa as mesmas instalações. Ou seja, a energia entrou no estabelecimento, que é uma indústria, porém a conta de energia é compartilhada com outro estabelecimento, em cujo nome vem a conta.

Na própria descrição dos fatos o autuante indicou que foi destacado o ICMS de notas fiscais emitidas para terceiros.

Desta forma, não se trata de documento falso ou inidôneo, muito menos de falta de entrada da mercadoria, mas sim crédito indevido por destinatário diverso, com no SEAI 01.02.13 (crédito indevido – destinatário diverso) e multa é de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, abaixo transcrita:

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

*II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:*

*f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;”*

Mantida a Decisão de base.

A infração 5 imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais, sendo a desoneração ocorrida em primeira instância, pautada em três fundamentos:

O contribuinte demonstrou que a Nota Fiscal nº 20821 (fl. 192) encontra-se com o imposto destacado.

Quanto às Notas Fiscais de nºs 174392, 215470 e 15640 (fls. 188/190), os arts. 369, III e 356, §3º do RICMS/97 permitem o creditamento do imposto que tiver sido retido ou antecipado indevidamente.

Por fim, do mesmo modo que a segunda infração, as notas fiscais emitidas pela Eco-System Etiquetas Adesivas Ltda. (fls. 194/202), o art. 96, XXVIII, do RICMS/97, possibilita a utilização de crédito presumido aos contribuintes do regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas.

Correta a Decisão *a quo*.

A infração 6 acusa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, assim considerado em virtude da falta de apresentação ao Fisco dos documentos comprobatórios ao direito ao crédito.

Em defesa, o sujeito passivo colacionou parte dos documentos, demonstrado que as Notas Fiscais nºs 2032, 253, 978 e 780 (fls. 208, 209, 220 e 221) contêm o destaque do imposto, devendo ser reconhecida a legitimidade dos créditos.

Para as outras notas fiscais apresentadas (fls. 207, 210/215, 217 e 218), o relator atestou que os emitentes são todos do Simples Nacional, sendo conferido no sistema INC (Informações do Contribuinte) durante a sessão de julgamento.

Do mesmo modo que as infrações anteriores o art. 96, XXVIII, do RICMS/97, legitima os créditos fiscais glosados, de modo que, não há reparos a fazer na Decisão recorrida.

Por fim, a infração 7 imputa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior à

estabelecida em “lei complementar, convênios ou protocolo”.

A JJF verificou que o autuante se equivocou pois o emitente está localizado em Feira de Santana/BA e é Empresa de Pequeno Porte, (Nota Fiscal nº. 1724, à fl. 223), restando preenchido, portanto, os requisitos do 96, XXVIII, do RICMS/97.

Desta forma, nada a reformar na Decisão recorrida.

Passo a análise do Recurso Voluntário.

Em seu Recurso, para a infração 1 o recorrente se insurgue quanto a aplicação de 10% para as notas fiscais remanescentes.

Não merece guarida o apelo recursal, pois compete ao recorrente, a demonstração de forma específica de equívocos na planilha feita pela JJF, que acolheu todas as suas alegações apresentadas na impugnação inicial.

Foram mantidas as operações interestaduais de aquisições de material de uso e consumo, que é considerado operações tributadas pois é devido o diferencial de alíquota.

Para a infração 5, as notas fiscais objeto de insurgência, não restou comprovado o cancelamento das notas que se referem a suposta neutralização, como impõe a legislação de regência.

Por fim, considerando que até o presente momento, não foram apresentadas as notas fiscais mantidas na infração 06, caso as mesmas sejam encontradas, poderá o recorrente elidir a imputação em sede de controle de legalidade.

O RPAF/BA no art. 123, garante ao sujeito passivo tributário o direito de impugnar o lançamento decorrente de ação fiscal, com supedâneo em provas, documentos, levantamentos e demonstrativos, que entenda necessários à comprovação das suas alegações.

Ocorre que, no caso presente, o Recorrente nada trouxe ao processo que comprovasse suas alegações, configurando-se a presunção de veracidade da imputação, pois alegações desacompanhadas de provas documentais se apresentam como insuficientes para desautorizar a legitimidade da autuação fiscal.

Neste caso já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve em parte Auto de Infração.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **022581.0004/14-1**, lavrado contra **VKB ARTEFATOS DE LATÉX LTDA. (LATOY ARTEFATOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.526,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “e” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$1.574,38**, previstas nos incisos IX e XI, do art. 42, da supracitada lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS