

PROCESSO - A. I. Nº 299167.0013/22-8
RECORRENTE - R & BM COMERCIAL DE MATERIAIS HIDRÁULICOS EIRELI.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0068-05/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/04/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0091-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO. Não apresentado argumento. Mercadorias destinadas a consumo. Mantida a decisão. Infração procedente; **b)** MERCADORIAS SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA; **c)** OPERAÇÕES COM ALÍQUOTA DE 4%; **d)** OPERAÇÕES COM ALÍQUOTA DE 7%; **e)** OPERAÇÕES COM ALÍQUOTA DE 12%; **f)** OPERAÇÕES COM ALÍQUOTA DE 18%. Comprovado que as mercadorias objeto da autuação são enquadradas no regime de substituição tributária e consequentemente vedado a utilização do crédito fiscal do imposto. Mantido o afasamento da exigência no período que se materializou a decadência nas infrações 1, 2, 3 e 4. Não acolhida a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão da 5ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 30/09/2022, exigindo ICMS no valor de R\$ 82.617,76, relativo as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – 001.002.002 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para fins de uso e consumo. Período 2017 e 2018. Cópia do Incidente de Uniformização PGE nº 20161947100 entregue ao autuado. - R\$ 869,51. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 02 – 001.002.005 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Período 2017 e 2018. Cópia do Incidente de Uniformização PGE nº 20161947100 entregue ao autuado. Operações sujeitas à alíquota de 4% - R\$ 14.175,58. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 03 – 001.002.005 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Período 2017 e 2018. Cópia do Incidente de Uniformização PGE nº 20161947100 entregue ao autuado. Operações sujeitas à alíquota de 7% - R\$ 35.327,31. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 04 – 001.002.005 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Período 2017 e 2018. Cópia do Incidente de Uniformização PGE nº 20161947100 entregue ao autuado. Operações sujeitas à alíquota de 12% - R\$ 30.673,30. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 05 – 001.002.005 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Período 2017 e 2018. Cópia do Incidente de Uniformização PGE nº 20161947100 entregue ao autuado. Operações sujeitas à alíquota de 18% - R\$ 1.572,06. Multa de 60%.

Na decisão proferida (fls. 100/104) foi apreciado que:

Vamos às questões puramente procedimentais processuais: requer a autuada que as comunicações neste PAF sejam encaminhadas para o endereço dos advogados com procuração nos autos, assinalado no rodapé da defesa, sob pena de nulidade.

Pode o órgão de preparo facultativamente dar ciência dos atos processuais praticados aos i. profissionais constituídos nos autos. Tal providência é até benfazeja, mas jamais a sua falta pode causar nulificação do

processo. A obrigação vai apenas no sentido das comunicações e intimações serem encaminhadas via domicílio tributário eletrônico (DT-e), indicado pelo próprio contribuinte, conforme determina a legislação de regência, qual seja, o art. 129 do COTEB, c/c os arts. 108 e 109 do RPAF da Bahia.

Improcede o pleito.

Logo, o auto de infração atende aos requisitos formais.

Obedecidos os princípios processuais administrativos tributários.

Indefiro o pedido de diligência porque já presentes os elementos instrutórios necessários ao deslinde da questão.

A prejudicial parcial de decadência tem pertinência. A relação trazida à fl. 92 acusa que o contribuinte efetivou pagamentos de ICMS decorrentes da sua atividade comercial, ainda que equivocadamente, haja vista estar no regime do Simples Nacional apenas para os tributos federais. Mas os apontamentos a título de ICMS Simples Nacional deveriam ter despertado a iniciativa do Estado em investigar imediatamente tais ocorrências, ainda mesmo quando o surgimento dos fatos geradores, no sentido de levantar eventuais diferenças de imposto em função da condição de contribuinte normal do estabelecimento autuado. Neste esquadro, há de se aplicar o critério temporal contido no art. 150, § 4º, do CTN, excluindo-se do levantamento fiscal as cobranças alusivas aos meses de janeiro a setembro de 2017, considerando que a ciência do auto de infração sucedeu em 10.10.2022.

Decadência parcial admitida, de modo que os valores abaixo deverão ser excluídos dos demonstrativos de débito, por irregularidade:

Infr 01	Valor	Infr 02	Valor	Infr 03	Valor	Infr 04	Valor
jan/17	60,38	jan/17	620,27	jan/17	0	jan/17	0
fev/17	85,76	fev/17	590,25	fev/17	720,49	fev/17	0
mar/17	162,28	mar/17	75,48	mar/17	189,42	mar/17	2.760,17
abr/17	0	abr/17	1.211,42	abr/17	2.038,47	abr/17	1.802,88
mai/17	79,23	mai/17	0	mai/17	0	mai/17	0
jun/17	29,23	jun/17	809,02	jun/17	274,13	jun/17	0
jul/17	0	jul/17	0	jul/17	1.676,16	jul/17	0
ago/17	65,91	ago/17	252,59	ago/17	540,78	ago/17	2.233,43
set/17	5,14	set/17	1.011,06	set/17	6.623,63	set/17	1.247,03
Total	487,93	Total	4.570,09	Total	12.063,08	Total	8.043,51

A infração 05 não tem períodos fulminados pela decadência, eis que os fatos geradores começam em outubro de 2017.

No mérito propriamente dito, a articulação defensiva não merece prosperar. Em primeiro lugar, porque o fato de ter havido tributação integral antecipada pelo fornecedor faz encerrar a fase de tributação nas fases subsequentes, sem direito a apropriação de créditos por parte do adquirente autuado, conforme linha de cobrança adotada pelo fisco. As infrações 02 a 05 apenas divergem em função da alíquota incidente em cada caso, vale dizer, 4%, 7%, 12% e 18%, respectivamente. Mas todas se referem a uso indevido de créditos fiscais em operações com tributação encerrada por causa da antecipação total do imposto. A infração 01 não contou com contestação empresarial específica, devendo ser também considerada **subsistente**.

Ao compulsar os levantamentos fiscais, fls. 13 a 30, embora se veja neles indicação da descrição dos itens apontados na peça defensiva à fl. 44, (tubos, chapas, arruelas, porcas, flanges, parafusos etc.), as NCMs ali indicadas não foram relacionadas nas planilhas fiscais. Ditos produtos são dos mais diversos tipos, mas aqueles cuja classificação fiscal foi apontada pela impugnante, não foram arrolados pela fiscalização.

Por outro lado, nas referidas planilhas fiscais há outros produtos, a exemplo de joelhos, cotovelos, válvulas, uniões, reduções, curvas, buchas, tês, conexões, colarinhos, entre outros em menor número.

Irregularidade procedente em parte, no monte histórico de R\$ 57.453,15.

Fica assim o quadro demonstrativo entre o lançado e o considerado procedente por esta Junta:

	Lançado	Decadência	Procedente
Inf 01	869,51	487,93	381,58
Inf 02	14.175,58	4.570,09	9.605,49
Inf 03	35.327,31	12.063,08	23.264,23
Inf 04	30.673,30	8.043,51	22.629,79
Inf 05	1.572,06	-	1.572,06
	Total		57.453,15

Isto posto, o auto de infração é julgado **PROCEDENTE EM PARTE**, com acolhimento parcial da decadência, resultando no total histórico de R\$ 57.453,15, mais consectários.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 114 a 123) por meio das advogadas Jessica da Silva

Cordeiro, OAB/BA 52.763 e Maria Manuela de S. Sena Santos, de modo geral foram reapresentados os argumentos da defesa inicial.

Preliminarmente requereu que as comunicações processuais seja endereçadas aos patronos indicados no rodapé da peça defensiva, sob pena de nulidade, a teor do art. 272, § 5º do CPC;

Argumenta que os julgadores da 5ª JJF não apreciaram as provas apresentadas “e decidiram manter as supostas infrações” indo de encontro aos fatos e fundamentos:

1. Foi notificada do auto de infração no dia 10/10/2022, decaindo o direito da Fazenda Pública Estadual de exigir o imposto devido a caducidade atinente ao período de 01/01/2017 e “31/9/2017”.
2. Equívoco da fiscalização ao afirmar que as mercadorias “*não se sujeitariam a tributação, visto term sido as mesmas tributadas pelos remetentes*” conforme faz prova as notas fiscais de entrada (Doc. 01) que indicam o Código CST 000 – integralmente tributadas.

Em seguida transcreve a ementa de diversos Acórdãos do CONSEF que acolheram decadência (JJF 0141-01/19; CJF 0089-12/17; JJF 0042-04/17 e JJF 0052-04/17) para reforçar seu posicionamento de que parte dos valores exigidos decaíram nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

No mérito, argumenta que a autoridade fiscal está equivocada ao afirmar que tais mercadorias não se sujeitariam à tributação, visto terem sido as mesmas tributadas pelos remetentes, fato este comprovado nas Notas Fiscais de Entrada de nºs 4696, 4931, 6096, 5595, 5499, 16521, 15918, 15885, 16750, 119325, 17931, 6859 (Doc. 01), as quais apresentam as mesmas mercadorias constantes do demonstrativo fiscal e que possuem código CST 000 – integralmente tributadas.

Exemplifica as mercadorias que constam do demonstrativo fiscal como supostamente utilizados crédito indevido, mas que na verdade, se tratam de mercadorias tributadas integralmente: NCM 7305 – TUBO PEAD DRENPRO HDI, NCM 7715 - TUBO PEAD DRENPRO HD DN, NCM 7431 - TUBO PEAD DRENPRO HD DN, NCM 181886 – CHAPA PEAD PRETA, NCM 6938 - TUBO PEAD DRENPRO HD DN, NCM 6859 - TUBO PEAD DRENPRO HD DI, NCM 133225 – VEDA FITA PTFE, NCM 7723 – CHAPA PEAD, NCM 50055 – LUVA MISTA, NCM 6616 - TUBO PEAD DRENPRO HD DI, NCM 49576 – ADAPT, NCM 10143 – SOLDA FOSCOOPER, NCM 5874 - TUBO PEAD DRENPRO HD DN, NCM 17920 - FLANGE, NCM 17926 - ARRUELA, ARRUELA SEGURANÇA, JUNTA PLANA, PARAFUSOS, PRISIONEIRO, PORCA SEXTAVADA, NCM 17932 – FLANGE, ELETRODOS, ARRUELA, PORCA, ARRUELA, PORCA, JUNTA PLANA, NCM 10143 - SOLDA FOSCOOPER, NCM 49576 – ADAPT.

Afirma que o crédito fiscal seria indevido se as mercadorias fossem isentas, substituídas, com redução de base de cálculo, o que não ocorreu, visto que se submetem a TRIBUTAÇÃO INTEGRAL.

Neste contexto cita diversas ementas de julgados no CONSEF (CJF Nº 0030-11/21-VD; JJFs Nºs 0085-04/19; 0088-02/19; 0112-02/20-VD), discorre sobre a aplicação da lei impositiva, a administração fazendária, cobrança de tributos, a busca da verdade material como decidido pelo CONSEF nos Acórdãos JJFs Nºs 0150-05/16; 0117-04/14; CJF Nº 0013-11/15, motivo pelo qual deve ser reformada a Decisão de Primeira Instância que concluiu pela procedência parcial do Auto de Infração, dando provimento ao Recurso Voluntário.

Requer que decrete a nulidade do Auto de Infração e se assim não entender que seja julgado totalmente improcedente.

O conselheiro Marcelo Mattedi declarou impedimento no julgamento deste PAF por ter sido relator na Decisão de Primeira Instância.

Registrada a presença na sessão de videoconferência, Dra. Jéssica da Silva Cordeiro que exerceu o direito regimental da fala em defesa do contribuinte autuado.

VOTO

Inicialmente observo que o sujeito passivo arguiu a NULIDADE do Auto de Infração, porém não indicou ocorrência de qualquer situação que se enquadrasse no art. 18 e incisos do RPAF/BA.

Constato que o lançamento descreve as infrações com clareza, faz se acompanhar de demonstrativos tudo em conformidade com o disposto nos artigos 38 a 41 do RPAF/BA, motivo pelo qual fica rejeitada a nulidade suscitada.

O recorrente reapresentou o argumento de que foi notificada do lançamento em 10/10/2022 e decaiu o direito da Fazenda Pública Estadual de exigir o imposto do período de 01/01/2017 a 31/9/2017.

Constato que na Decisão recorrida foi reconhecido a decadência parcial dos valores exigidos no período de jan/2017 a set/2017 relativo as infrações 1, 2, 3 e 4 e fundamentando que não houve exigência de imposto na infração 5 relativo a período fulminado pela decadência, conforme quantificação nas fls. 102/103 e demonstrativo de débito de fl. 104, que implicou na redução do débito de R\$ 82.617,76 para R\$ 57.453,15.

Pelo exposto fica prejudicado a apreciação do pedido acerca da preliminar de mérito de decadência.

No mérito, o recorrente alegou equívoco da fiscalização ao acusar que as mercadorias não se sujeitam à tributação, tendo em vista que foram tributadas pelos remetentes.

Constato que as cinco infrações acusam utilização indevida de crédito fiscal.

A INFRAÇÃO 01 acusa aquisição de mercadorias destinadas a uso e consumo.

Tomando por exemplo o mês 01/2017 constato que o demonstrativo indica:

Nota Fiscal	Produto	Crédito indevido
308391	CINTA POLIE SLING 5TX4M 7:1 VERMELHA	32,82
308391	LONA POLIET LARANJA 4X4M 6128044000	6,98
308391	SAPATENIS MARROM 90WSPB400 N.41	12,23
308391	TOALHA PRALIM 29X29 CX C/100	8,35
Total		60,38

Portanto, em se tratando de utilização de crédito relativo a uso/consumo é vedado a utilização do crédito fiscal (art. 29, § 4º, I da Lei nº 7.014/1996). Logo, não procede o argumento.

Fica mantida a decisão pela procedência em parte da infração 1.

INFRAÇÕES 2, 3, 4 e 5, acusam utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, sendo que nos demonstrativos elaborados pela fiscalização no período 2017 e 2018, foi individualizado respectivamente:

- i) Operações sujeitas à alíquota de 4% - R\$ 14.175,58;
- ii) Operações sujeitas à alíquota de 7% - R\$ 35.327,31;
- iii) Operações sujeitas à alíquota de 12% - R\$ 30.673,30;
- iv) Operações sujeitas à alíquota de 18% - R\$ 1.572,06.

Quanto ao argumento de que as mercadorias são tributadas normalmente, observo que na Decisão recorrida foi apreciado que:

*No mérito propriamente dito, a articulação defensiva não merece prosperar. Em primeiro lugar, porque o fato de ter havido tributação integral antecipada pelo fornecedor faz encerrar a fase de tributação nas fases subsequentes, sem direito a apropriação de créditos por parte do adquirente autuado, conforme linha de cobrança adotada pelo fisco. As infrações 02 a 05 apenas divergem em função da alíquota incidente em cada caso, vale dizer, 4%, 7%, 12% e 18%, respectivamente. Mas todas se referem a uso indevido de créditos fiscais em operações com tributação encerrada por causa da antecipação total do imposto. A infração 01 não contou com contestação empresarial específica, devendo ser também considerada **subsistente**.*

Ao compulsar os levantamentos fiscais, fls. 13 a 30, embora se veja neles indicação da descrição dos itens apontados na peça defensiva à fl. 44, (tubos, chapas, arruelas, porcas, flanges, parafusos etc.), as NCMs ali indicadas não foram relacionadas nas planilhas fiscais. Ditos produtos são dos mais diversos tipos, mas aqueles cuja classificação fiscal foi apontada pela impugnante, não foram arrolados pela fiscalização.

Por outro lado, nas referidas planilhas fiscais há outros produtos, a exemplo de joelhos, cotovelos, válvulas, uniões, reduções, curvas, buchas, têes, conexões, colarinhos, entre outros em menor número.

Constato que os produtos relacionados na defesa (fl. 44) também foram no recurso (fl.119).

Tomando por exemplo o produto indicado com “NCM 7305 – TUBO PEAD DRENPRO HDI”, constato que a cópia da nota fiscal 4.696 juntada à fl. 125 indica a descrição do produto com a NCM 3917.72100.

Conforme fundamentado na decisão ora recorrida, as planilhas elaboradas pela fiscalização relaciona joelhos, cotovelos, válvulas, uniões, reduções, curvas, buchas, tês, conexões, colarinhos, entre outros, que são enquadrados no regime de substituição tributária, conforme indicação no Anexo 1 do RICMS/BA (2017/2018), como indicado na informação fiscal (fl. 94) a exemplo de:

8.6	10.006.00	3917	<i>Tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção</i>	<i>Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES, MG e RJ</i>
8.9	10.009.00	3919 3920 3921	<i>Veda rosca, lona plástica para uso na construção, fitas isolantes e afins</i>	<i>Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES, MG e RJ</i>
8.46	10.046.00	7307	<i>Acessórios para tubos (inclusive uniões, cotovelos, luvas ou mangas), de ferro fundido, ferro ou aço</i>	<i>Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES, MG e RJ</i>
8.58	10.058.00	7318	<i>Parafusos, pinos ou pernos, roscados, porcas, tira-fundos, ganchos roscados, rebites, chavetas, cavilhas, contrapinos, arruelas (incluídas as de pressão) e artefatos semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço</i>	<i>Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES, MG e RJ</i>

Dessa forma, como se trata de produtos enquadrados no regime de substituição tributária (art. 9º da Lei nº 7.014/1996) é encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes do Anexo I e vedado a utilização do crédito fiscal (art. 29, § 4º, II da Lei nº 7.014/1996 cc/ o art. 290 do RICMS/BA).

Pelo exposto, fica mantida a decisão pela procedência em parte das infrações 1, 2, 3, 4 e 5.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299167.0013/22-8**, lavrado contra **R & BM COMERCIAL DE MATERIAIS HIDRÁULICOS EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 57.453,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS