

PROCESSO - A. I. N° 207150.0021/20-1
RECORRENTE - BRAGA AGUIAR MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0118-05/22-VD
ORIGEM - DAT NORTE/ INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.07.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0167-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Vedada a utilização do crédito fiscal. Infração 01 procedente. **b)** DOCUMENTOS LANÇADOS EM DUPLICIDADE. Esboço de livro Registro de Entradas de Mercadorias juntado não constitui prova legal. Infração 02 procedente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA OU SERVIÇO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações 7 e 8 procedentes em parte. Rejeitada a nulidade suscitada. Reduzida de ofício a multa referente à infração 4, uma vez que a partir de abril de 2012, houve alteração da legislação, portanto, a multa aplicada de 100% fica reduzida para 60% com previsão no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 5ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) N° 0118-05/22-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 30/09/2020 para formalizar a constituição de crédito tributário no montante de R\$ 131.656,23, sob a acusação do cometimento de 08 (oito) irregularidades, sendo objeto do apelo apenas as de números 01, 02, 07 e 08, assim discriminadas na instância de base:

“01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição (2018) - R\$ 98.650,46. Multa de 60%.

02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento em duplicidade de CTCR (2018) - R\$ 13.957,00. Multa de 60%.

(...)

07. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sujeitos à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor das operações (2016/2017) - R\$ 2.169,70.

08. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços tomados, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor das operações (2017/2018) - R\$ 4.216,22.”.

A JJF apreciou a lide no dia 17/10/2019 e julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, de forma unânime, nos seguintes termos (fls. 199 a 205):

“VOTO

O auto de infração acusa o cometimento de oito infrações, sendo que não foram contestadas as infrações 4, 5 e 6, na defesa apresentada e manifestação posterior. Portanto, nos termos dos artigos 142 e 143 do RPAF, considero correta a exigência fiscal e procedente estas infrações.

O sujeito passivo suscitou a nulidade do auto de infração sob alegações de que a fiscalização não considerou a escrituração de notas fiscais em livros próprios, preterindo o seu direito de defesa.

Observe que o auto de infração faz-se acompanhar dos demonstrativos que dão suporte às infrações, termos próprios cujas cópias foram entregues ao estabelecimento autuado (fls. 24 a 26), tudo em conformidade com o disposto nos artigos 39 e 41 do RPAF/BA, tendo o sujeito passivo apresentado defesa na qual indicou possíveis inconsistências nos demonstrativos e alegações sobre as acusações contidas nas infrações, inclusive sobre a informação fiscal.

Portanto, inexistente a preterição de direito de defesa alegado, motivo pelo qual rejeito a nulidade suscitada. As questões suscitadas sob alegação de nulidade serão apreciadas nas questões de mérito.

No mérito, quanto a infração 1 (crédito fiscal indevido/ST) em termos gerais o sujeito passivo alegou que considerou indevidos os créditos fiscais relativos a notas fiscais:

- i) De mercadorias oriundas dos Estados de Goiás, Pernambuco e Paraíba, relacionadas no Anexo 1 do Dec. 14.213/2012, que foi revogado;*
- ii) De mercadorias tributadas normalmente, que foram indicadas incorretamente como enquadradas na substituição tributária.*

O autuante afirmou que inexistente cobrança relativa ao Dec. 14.213/2012, e sim de mercadorias submetidas a ST e que em relação ao que a empresa indicou como tributação normal, refere-se ao código indicado pelo fornecedor, mas as mercadorias são enquadradas na ST, como registrado nas saídas.

Quanto a primeira alegação, constato que a fiscalização relacionou no demonstrativo gravado na mídia de fl. 25 as notas fiscais com indicação de produtos enquadrados no regime de substituição tributária. Por sua vez no doc. 4 juntado com a defesa (mídia de fl. 60), relaciona mercadorias originárias dos Estados de Goiás, Pernambuco e Paraíba, que constam reduções de base de cálculo por meio de concessão de benefícios fiscais, mas com indicação do débito com valor integral.

Porém, assiste razão à fiscalização, visto que a exigência fiscal recai sobre mercadorias enquadradas no regime de ST e não tem qualquer relação com a restrição de crédito prevista no Dec. 14.213/2012. Tomando por exemplo a primeira NFe de nº 89.968 emitida por contribuinte localizado no Estado de Goiás, relaciona “Reg. Pressão” e “Torneiras” que são produtos enquadrados no regime de ST, indicados no item 8.79 do Anexo 1 (Prot. ICMS 104/09 e Prot. ICMS 26/10) do RICMS/BA, vigente em 2018, cujo creditamento do ICMS é vedado (art. 9 e 29, § 4º, II da Lei 7.014/96 c/c art. 290 do RICMS/BA).

Quanto a segunda alegação, ressalte-se que o autuante indicou os produtos relacionados nas notas fiscais 029.351 – forro e complementos em PVC, item 8.5 do Anexo 1 do RICMS; 044.433 – pisos e azulejos, item 8.30 do Anexo 1; 060.877 – tubos e conexões, item 8.6 do Anexo 1; e 064.327 – tubos e conexões, que foi indicado na primeira informação fiscal e não foi contestado na manifestação do contribuinte.

Ressalte-se que o doc. 4 (fls. 182/185) juntado com a manifestação fiscal relaciona tubos de PVC, ralo, caixa de luz, telha, engate entre outros que são enquadrados no regime de ST.

Pelo exposto, restou comprovado que no demonstrativo elaborado pela fiscalização, foram relacionadas mercadorias enquadradas no regime de ST, cujo crédito fiscal é vedado pela legislação fiscal e improcede as alegações defensivas.

Infração 1 totalmente procedente.

No tocante à infração 2 (crédito fiscal/duplicidade), o defendente alegou que diversas notas fiscais que o autuante indicou como lançadas em duplicidade, foi escriturada apenas uma vez, a exemplo das notas fiscais de nºs 21601, 1029064 e 36131.

Na informação fiscal o autuante esclareceu que o exemplo relativo às três notas fiscais, indica escrituração no livro REM juntado com a defesa (Doc. 7) que foi emitido por processamento de dados e o levantamento fiscal tem como base o transmitido pela EFD.

Na manifestação acerca da informação fiscal o sujeito passivo juntou às fls. 116 a 180 (doc. 3) a cópia do livro REM emitido por processamento de dados.

Logo, assiste razão a fiscalização, tendo em vista que o demonstrativo gravado na mídia de fl. 25, cuja cópia foi entregue ao autuado (fl. 26) indica número da nota fiscal, a chave eletrônica e os lançamentos em duplicidade na EFD, a exemplo da NF 962.762 que foi escriturada em 10/10/2018 (ChvNfe 35180960620366000195550010009627621112705038) foi lançada em duplicidade, assim como a NFe 36.131 que foi lançada no mês 10/2018 e 11/2018.

Pelo exposto, o livro REM juntado às fls. 163 a 168, emitido por processamento de dados não faz prova da regularidade do crédito fiscal, considerando que o livro REM legal é o previsto nos artigos 247 a 253 do RICMS/BA, que foi o utilizado pela fiscalização no levantamento fiscal.

Infração 2 totalmente procedente.

No que se refere a infração 3, (crédito fiscal/superior ao documento fiscal) o sujeito passivo alegou que a fiscalização não considerou os créditos lançados relativos a aquisições de contribuintes optantes do Simples Nacional, com amparo na Res. 94 do CGSN.

O autuante reconheceu que a maior parte das aquisições são de contribuintes optantes do Simples Nacional, mas que a Res. 94 do CGSN foi revogada pela Res. 140, que prevê, no art. 60, aproveitamento do crédito consignado no campo das informações complementares.

Inicialmente ressalto que a Res. 140 do CGSN foi editada em 22/05/2018 e os fatos geradores relativo a esta infração ocorreram nos exercícios de 2016 e 2017.

Com relação ao aproveitamento dos créditos fiscais de empresas optantes do Simples Nacional, o art. 58 da Res. CGSN 94 previa que a ME ou EPP optante pelo Simples Nacional que emitisse nota fiscal com direito ao crédito estabelecido no § 1º, do art. 23 da LC 123/2006, “consignará no campo destinado às informações complementares” ou, “no corpo da nota fiscal”, indicando a alíquota aplicável que correspondesse ao percentual efetivo calculado com base na faixa de receita bruta.

Conforme Doc. 8 gravado na mídia juntada com a defesa (fl. 60) a maioria das notas fiscais foram emitidas pela empresa Calcário Rio Preto Ltda., situada no município de Palmeiras/BA, indica nas informações complementares a expressão: “Empresa do Simples Nacional, conforme art. 56 e 58 a 60 da Resolução CGSN 94”.

Tomando por exemplo o primeiro DANFE emitido por esta empresa, de nº 22.372 de 30/11/2016, indica nas informações complementares aproveitamento de crédito de ICMS de 3,51% e valor creditado de R\$ 25,03 (R\$ 713,00 x 3,51%).

Da mesma forma, o DANFE 1182 emitido em 03/11/2016, pela empresa Nivela a Certo, situada em Jaraguá/SC, indica nas informações complementares aproveitamento de crédito de ICMS de 2,33%, tendo utilizado R\$ 18,10 (R\$ 775,00 x 2,33%).

Pelo exposto, assiste razão ao defendente, tendo em vista que as notas fiscais objeto da autuação indicam o percentual aplicável da alíquota do ICMS devido pela empresa optante do Simples Nacional e correto o crédito fiscal escriturado pelo estabelecimento autuado.

Infração 3 improcedente.

Quanto as infrações 7 e 8 (multa de 1% sobre o valor das mercadorias ou serviços não registrados) o defendente apresentou uma relação de notas fiscais (fls. 30/31) que alegou estarem registradas no Livro REM.

Na primeira informação fiscal, o autuante afirmou que o livro juntado com a defesa emitido por processamento de dados não tem validade legal, mas confrontou a relação de notas fiscais com o livro REM da EFD e identificou que parte das notas fiscais foram efetivamente escrituradas.

Na manifestação acerca da informação fiscal (fls. 72/80) o sujeito passivo não contestou os demonstrativos refeitos, nem os esclarecimentos contidos na informação fiscal.

Pelo exposto, ao teor dos artigos 140 e 142 do RPAF/BA, não tendo o defendente contestado o demonstrativo refeito pela fiscalização, admito como verídico em razão da não apresentação de outras provas, tendo em vista que a acusação se refere a notas fiscais não lançadas na EFD, que o sujeito passivo dispõe e poderia ser juntado aos autos.

Dessa forma, acato o demonstrativo de débito refeito pela fiscalização, juntado à fl. 65, ficando reduzido o débito da infração 7, de R\$ 2.169,70 para R\$ 1.911,79 e da infração 8, de R\$ 4.216,22 para R\$ 3.968,12.

Por tudo que foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, mantendo a totalidade da exigência das infrações 1, 2, 4, 5 e 6, improcedência da infração 3 e procedência em parte das infrações 7 e 8, conforme demonstrativo resumo abaixo.

[Planilha de fl. 205]”.

Respalado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 216 a 224, por meio do qual inicia fornecendo endereço para correspondências processuais.

No mérito da infração 01, diz que as mercadorias arroladas são submetidas ao regime normal de tributação, motivo pelo qual não cabe a glosa dos créditos fiscais.

Quanto à infração 02, segundo alega que o Fisco não conseguiu demonstrar os lançamentos de entradas em duplicidade, pois os registros das mesmas foram efetuados apenas uma única vez, o que se constataria no documento 02, acostado ao Recurso.

Por fim, assinala, em referência às infrações 07/08, que os lançamentos foram devidamente efetuados nos livros próprios, o que seria possível verificar no documento 03 juntado com a peça de apelo.

Em seguida, passa a tecer considerações genéricas acerca dos dispositivos constitucionais, legais complementares, legais e regulamentares, bem como da doutrina que guarda relação com a matéria tratada nos autos.

Apresentando precedentes deste Conselho, afirma que não foi observado o princípio da busca da verdade material.

Encerra pugnando por nulidade ou improcedência.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões suscitadas na impugnação, o autuante e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveram as imputações, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico, que se mostra acertado, claro e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, da motivação, do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º do RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos minuciosos aspectos abordados na impugnação e no Recurso.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários para julgar estão contidos nos autos. Decido que não é o caso de realização de diligência, a teor do art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito da infração 01, o contribuinte mencionou em seu Recurso uma série de itens com CST (Código de Situação Tributária) 000, o que significaria que as mercadorias arroladas na autuação não estariam sujeitas ao regime da substituição tributária.

Ocorre que todos os produtos citados têm seus códigos da NCM especificada no Anexo 1 do RICMS vigente em 2018, a exemplo de SUPERCAL REFINADO 5kg (NCM/SH 2522; posição 8.1), FORRO DECOR 200MM (NCM/SH 3916; posição 8.5), TUBO ESG PRIM TIGRE (NCM/SH 3917; posição 8.6) e todos os outros.

Além desses acima exemplificados, aqueles referidos no Acórdão recorrido:

“Tomando por exemplo a primeira NFe de nº 89.968 emitida por contribuinte localizado no Estado de Goiás, relaciona “Reg. Pressão” e “Torneiras” que são produtos enquadrados no regime de ST, indicados no item 8.79 do Anexo 1 (Prot. ICMS 104/09 e Prot. ICMS 26/10) do RICMS/BA, vigente em 2018, cujo creditamento do ICMS é vedado (art. 9 e 29, § 4º, II da Lei 7.014/96 c/c art. 290 do RICMS/BA).

Quanto a segunda alegação, ressalte-se que o autuante indicou os produtos relacionados nas notas fiscais 029.351 – forro e complementos em PVC, item 8.5 do Anexo 1 do RICMS; 044.433 – pisos e azulejos, item 8.30 do Anexo 1; 060.877 – tubos e conexões, item 8.6 do Anexo 1; e 064.327 – tubos e conexões, que foi indicado na primeira informação fiscal e não foi contestado na manifestação do contribuinte.

Ressalte-se que o doc. 4 (fls. 182/185) juntado com a manifestação fiscal relaciona tubos de PVC, ralo, caixa de luz, telha, engate entre outros que são enquadrados no regime de ST”.

Relativamente à infração 02, o sujeito passivo argumentou que o Fisco não conseguiu demonstrar os lançamentos de entradas em duplicidade, pois os registros das mesmas foram efetuados apenas uma única vez, o que se constataria no documento 02, acostado ao Recurso.

Ocorre que o documento 02 é um esboço de livro Registro de Entradas elaborado por processamento de dados internos do contribuinte, não se trata da EFD. Portanto, não tem valor legal.

O demonstrativo gravado na mídia de fl. 25, cuja cópia foi entregue ao autuado (fl. 26), indica número da nota fiscal, chave eletrônica e os lançamentos em duplicidade na EFD. Por exemplo, a Nota Fiscal-e nº 36.131, que foi lançada nos meses de 10/2018 e 11/2018.

As infrações 07/08 resultam de entradas de mercadorias ou tomada de serviços sem o devido registro na escrita fiscal digital. Mais uma vez, o esboço colacionado pelo sujeito passivo não possui valor legal e não serve para dar respaldo às pretensões recursais, já que não constitui EFD.

Com respeito ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido contribuinte, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

§ 5º Constando dos autos pedido expresse para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.

Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF-BA/1999, especialmente aqueles atinentes ao Domicílio Tributário Eletrônico.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

Reduzida de ofício a multa referente à infração 4, uma vez que a partir de abril de 2012, houve alteração da legislação, portanto, a multa aplicada de 100% fica reduzida para 60% com previsão no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e de ofício, modificar a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207150.0021/20-1**, lavrado contra **BRAGA AGUIAR MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 119.295,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e “f” VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 5.879,91**, prevista no inciso IX do mesmo artigo e Lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. PGE/PROFIS