

PROCESSO - A. I. N° 276890.0007/22-7
RECORRENTE - REILUX COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0068-05/23-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/10/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0404-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Documentos juntados ao recurso interposto não demonstra que as mercadorias objeto da infração estavam enquadradas no regime de substituição tributária. Infração 3 caracterizada. Não apresentado provas quanto as demais infrações. Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. 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 26/09/2022, exigindo crédito tributário no valor de R\$ 29.417,19, em razão do cometimento de cinco infrações, que acusam:

Infração 01 – 01.02.02: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (2019/2020) - R\$ 62,83. Multa de 60%.

Infração 02 – 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária (2019/2020) - R\$ 231,20. Multa de 60%.

Infração 03 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (2019/2020) - R\$ 25.958,98. Multa de 60%.

Infração 04 – 06.02.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento (2019/2020) - R\$ 65,46. Multa de 60%..

Infração 05 – 16.01.06: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor das entradas não registradas (2019/2020) - R\$ 3.098,72.

Na decisão proferida (fls. 110/113), inicialmente foi apreciado que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do RPAF/BA.

No mérito foi apreciado que:

No mérito, em relação às Infrações 01 e 04, o Autuado afirmou que foram indevidamente incluídas no demonstrativo a mercadoria RATICIDA, o que foi reconhecido pelo Autuante, refazendo os demonstrativos para excluir as Notas Fiscais nº 172.557 e 172.584, relativas ao referido produto.

Assim, nas referidas Infrações 01 e 04, restou apenas a Nota Fiscal nº 192.462, escriturada com a descrição MATERIAL CONSUMO ESCRITÓRIO no mês de março de 2020, no valor de R\$ 527,50, sendo mantida apenas a exigência no referido mês de crédito fiscal indevido no valor de R\$ 36,93 e de ICMS relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual no valor de R\$ 58,02.

Diante dos fatos, entendendo que assiste razão ao Autuante, sendo parcialmente subsistentes as

Infrações 01 e 04, mês de março de 2020, nos respectivos valores de R\$ 36,93 e R\$ 58,02.

No tocante à Infração 05, somente ficou comprovada que não era devida a escrituração na Nota Fiscal nº 146.919, manifestada como desconhecimento da operação pelo Autuado mediante o Protocolo nº 891190143573828, reduzindo o valor da multa do mês 01/2019 para R\$ 38,16, sendo mantidos os demais valores.

Portanto, reputo parcialmente subsistente a Infração 05, no valor total de R\$ 2.969,37.

Ressalto que, conforme dispõe o Art. 143 do RPAF/99, “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Constato que existe razão ao Autuante em relação à subsistência da Infração 02, já que os produtos ali relacionados estão enquadrados nos itens 8.8, 8.9 e 8.13 do Anexo 1 do RICMS/12, por serem fitas adesivas utilizadas na construção civil e assento sanitário, sendo indevido o crédito fiscal escriturado.

Quanto a infração 3, o Autuado alegou que foram equivocadamente incluídas no levantamento produtos enquadrados no regime de substituição tributária, classificadas nas posições NCM que relacionou, mas não indicou em quais itens do Anexo 1 do RICMS/12 estes se enquadrariam.

Analisando os NCMs indicados, verifico que não assiste razão ao Autuado, conforme os seguintes exemplos:

NCM 2207.10.90: consta com este NCM o produto **ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO COMBUSTÍVEL**, o qual está enquadrado no regime de substituição tributária, conforme o item 6.1 do Anexo 1 do RICMS/12, mas consta no demonstrativo com este NCM o produto **ACENDEDOR ALLCHEM DE CHUR.100G EMB.01**;

NCM 4015.19.00: consta com este NCM o produto **LUVAS CIRÚRGICAS E LUVAS DE PROCEDIMENTO**, conforme o item 9.12 do Anexo 1 do RICMS/12, mas consta no demonstrativo com este NCM o produto **LUVA 954 LATEX AMARELA C/FORRO MED. EMB.01**;

NCM 8536.50.90: consta com este NCM o produto **STARTER**, o qual está enquadrado no regime de substituição tributária, conforme o item 7.4 do Anexo 1 do RICMS/12, mas consta no demonstrativo com este NCM os produtos **DIMER DESLIZANTE RIMA BIVOLT EMB.01** e **INTER.FAME HABITAT 2S 10A 2094 EMB.10**, entre outros interruptores.

Diante do exposto, reputo totalmente caracterizada a Infração 03.

Decidiu pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 29.254,50 (demonstrativo de fl. 113), julgando procedente em parte as infrações 1, 4 e 5 e procedente as infrações 2 e 3.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 124 a 127), inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre as infrações e afirma que “Após a Diligência detreminada pela colenda 5ª JJF, houve nova redução dos valores dos débitos”, indicando em demonstrativo de fl. 125, valores zerados para as infrações 2 e 3, e reduzidos das infrações 1, 3 e 4 que implicou em redução total do débito de R\$ 29.417,19 para R\$ 162,69:

INFRAÇÕES	VALOR DA INFORMAÇÃO FISCAL	VALOR DO AI	REDUÇÃO/AUMENTO
INFRAÇÃO 01	R\$ 62,83	R\$ 36,93	-R\$ 25,90
INFRAÇÃO 02	R\$ 231,20	R\$ 231,20	R\$ 0,00
INFRAÇÃO 03	R\$ 25.958,98	R\$ 25.958,98	R\$ 0,00
INFRAÇÃO 04	R\$ 65,46	R\$ 58,02	-R\$ 7,44
INFRAÇÃO 05	R\$ 3.098,72	R\$ 2.969,37	-R\$ 129,35
TOTAIS	R\$ 29.417,19	R\$ 29.254,50	-R\$ 162,69

Afirma sempre paga os seus compromissos fiscais em dia, dentro da legalidade e não se conforme com a exigência fiscal como sonegadora do ICMS, para demonstrar a insubsistência da autuação.

No mérito, quanto a infração 3, indica em quadro demonstrativo de fl. 126, as NCMs 3917 dos produtos que foram considerados no julgamento pela 5ª JJF e afirma que a suposta emissão [omissão] de ICMS “onde a tributação de entrada foi baseada na substituição tributária conforme item 8.6 do Anexo [1 do RICMS/BA]” que representa um valor de cobrança indevida de R\$ 1.244,86.

CFOP	Arq/Fls	Item	NCM	Código	Descrição	Vltm	VDcto	VltmDctd	AltDctd	VltmDctd	VltmDctd
5009	1001	001	39173229	24075	FRANGI-MANTAC JARDI 20M TRAN	179,84	0,00	0,00	0,00	179,84	
5009	1001	001	39173229	24076	FRANGI-MANTAC JARDI 20M FLEX	499,40	0,00	0,00	0,00	499,40	
5009	1001	001	39173300	24076	FRANGI-MANTAC JARDI 30M TRANFLEX	219,89	0,00	0,00	0,00	219,89	
5009	1001	001	39173300	24076	FRANGI-MANTAC JARDI 30M TRANFLEX	500,92	0,00	0,00	0,00	500,92	
5009	1001	001	39173300	24076	FRANGI-MANTAC JARDI 30M TRANFLEX	50,40	0,00	0,00	0,00	50,40	
5009	1001	001	39173300	24076	FRANGI-MANTAC JARDI 30M TRANFLEX	296,49	0,00	0,00	0,00	296,49	
5009	1001	001	39173300	24076	FRANGI-MANTAC JARDI 30M TRANFLEX	394,02	0,00	0,00	0,00	394,02	
5009	1001	001	39173229	24076	FRANGI-MANTAC JARDI 30M TRANFLEX	202,80	0,00	0,00	0,00	202,80	
5009	1001	001	39173229	24076	FRANGI-MANTAC JARDI 30M TRANFLEX	335,11	0,00	0,00	0,00	335,11	
5009	1001	001	39173300	24076	FRANGI-MANTAC JARDI 30M TRANFLEX	692,73	0,00	0,00	0,00	692,73	
5009	1001	001	39173300	24076	FRANGI-MANTAC JARDI 30M TRANFLEX	71,82	0,00	0,00	0,00	71,82	
5009	1002	001	39173300	24076	FRANGI-MANTAC JARDI 30M TRANFLEX	219,92	0,00	0,00	0,00	219,92	
5009	1002	001	39173300	24076	FRANGI-MANTAC JARDI 30M TRANFLEX	53,22	0,00	0,00	0,00	53,22	

[atualizado em 16 de Abr. 2019 do RICMS]					
MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E CONGÊNERES					
R.0	10.001.00	2522	Cal	Pro. ICMS 10409 BA + SP	45%
R.1	10.001.00	2522	Cal	Pro. ICMS 10409 BA + SP	45%
R.2	10.001.00	2522.01	Argamassas	Pro. ICMS 10409 BA + SP	45%
R.3	10.001.00	2522.01	Argamassas	Pro. ICMS 10409 BA + SP	45%
R.4	10.001.00	2522.01	Argamassas	Pro. ICMS 10409 BA + SP	45%
R.5	10.001.00	2522.01	Argamassas	Pro. ICMS 10409 BA + SP	45%
R.6	10.001.00	2522.01	Argamassas	Pro. ICMS 10409 BA + SP	45%

Indica outro exemplo dos produtos com NCM 3926.9 – Outras obras de plásticos para uso na construção - para reforçar o pedido de realização de diligência fiscal nos termos do art. 146 do RPAF/BA, para fazer as devidas correções na decisão proferida em Segunda Instância do CONSEF.

Reitera os argumentos apresentados quanto as demais infrações e não acolhida na decisão recorrida.

Registrada o impedimento do conselheiro Marcelo Mattedi e Silva no julgamento do PAF.

VOTO

Inicialmente, apreciando as alegações recursivas, indefiro o pedido de diligência fiscal requerida, com base no art. 147, I, “a” do RPAF/BA, tendo em vista meu convencimento sobre a presente lide.

No mérito, o Auto de Infração acusa o cometimento de cinco infrações, todas impugnadas e objeto da interposição de Recurso Voluntário.

No que se refere as infrações 1, 2 e 5 com valores pouco relevantes (R\$ 62,83, R\$ 231,20 e R\$ 3.098,72) os argumentos foram apreciados na decisão recorrida e acatados em parte.

Da mesma forma, com relação a infração 2 (R\$ 231,20) os argumentos foram apreciados e mantida a sua procedência.

Dessa forma, tendo o recorrente reiterado os argumentos defensivos com relação a estas infrações, sem apresentar qualquer fato ou argumento novo, aplico o disposto no Art. 142 do RPAF/BA que prevê que “*A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*”. Portanto, sendo o recorrente detentor dos documentos e livros fiscais em que a fiscalização coletou os dados e indicou o enquadramento das infrações na legislação do ICMS, fica mantida a decisão pela procedência da infração 2 e procedência em parte das infrações 1, 4 e 5.

No tocante a infração 3, que acusa ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, o recorrente apresentou quadro demonstrativo de fl. 126, indicando ter tributado as operações no momento da entrada das mercadorias com:

- i) NCM 3917 – enquadrado no item 8.6, do Anexo 1 do RICMS/BA, totalizando R\$ 1.244,86;
- ii) NCM 3926 – outras obras de plásticos para uso na construção.

Observo que na decisão proferida pela 5ª JF foram apreciados os produtos com NCM 2207.10.90: NCM 4015.19.00 e NCM 8536.50.90 que não foi contestado no recurso interposto.

Ressalto que os fatos geradores objeto da autuação reportam se aos exercícios de 2019 e 2020, cujo item 8.6, do Anexo 1 do RICMS/BA indica:

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</i> <i>Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES, MG e RJ</i>	<i>58,05% (Aliq. 4%)</i> <i>53,11% (Aliq. 7%)</i> <i>44,88% (Aliq. 12%)</i>	35%
-----	-----------	------	---	---	---	-----

Constato que embora no demonstrativo apresentado à fl. 126 (recurso) não tenha sido indicado as notas fiscais, constato que relaciona aquisições de MANG. MANTAC JARD, ou seja, mangueiras para jardins, com comprimentos de 10, 15, 20, 25 e 30 metros, traçadas, flexíveis, transparentes, adquiridas nos exercícios de 2019 e 2020, a exemplo do reproduzido abaixo.

31/01/2019	5405	1901	001	39173229	24015	MANG.MANTAC JARD 25M TRAN LARA.FLE.5926 5926
------------	------	------	-----	----------	-------	---

Assim sendo, assiste razão ao autuante e correta a decisão ora recorrida tendo em vista que apesar destes produtos possuírem a NCM 3917, não se enquadram como “*Tubos e acessórios de plásticos, para uso na construção civil*”, ou seja, não basta ter a NCM coincidente, mas também produtos utilizados na construção civil, indicados no Protocolos ICMS 104/2009 e 26/2010, que não é o caso do produto mangueira de jardim de tipo diversos.

Com relação aos produtos com a NCM 3926, o demonstrativo de fl. 126 relaciona:

347636	DESEMP.SENIOR DE PVC 7X16CM AZ C/RELEVO 0
--------	---

Por sua vez o item 8.20, do Anexo 1 do RICMS/BA indica:

8.20	10.020.00	3926.9	<i>Outras obras de plástico, para uso na construção</i>	<i>Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES, MG e RJ</i>
-------------	-----------	--------	---	---

Constatado que o item 16, do Anexo do Protocolo ICMS 104/2009 (item 8.20 do RICMS/BA) indica “*Outras obras de plástico, para uso na construção*”, cujo Protocolo dispõe sobre a substituição tributária nas operações com “materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno” a exemplo de tubo, telhas, argamassas, revestimentos, ladrilhos, caixa d’água, tijolos, vidros, espelhos, vergalhões, ..., mas não engloba desempenadeiras utilizados por profissionais que trabalham na construção civil.

Por tudo que foi exposto, constato que no recurso interposto não foi apresentada provas capazes de modificar a apreciação quanto à decisão recorrida em relação a Infração 3. Fica mantida a decisão pela procedência desta infração.

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 276890.0007/22-7, lavrado contra **REILUX COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 26.285,13**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de **R\$ 2.969,37**, prevista no inciso IX do mesmo Artigo e Lei, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS