

PROCESSO Nº 0031632020-0

ACÓRDÃO Nº 0685/2021

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: LEO DISTRIBUIDORA DE MATERIAS DE CONSTRUÇÃO E COMÉRCIO DE TINTAS LTDA. EPP.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: KATHERINE BARROS MIGNAC DE OLIVEIRA

Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

NULIDADE - PRELIMINAR AFASTADA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS FISCAIS - INFRAÇÃO CARACTERIZADA - AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Não se caracteriza prejuízo ao administrado quando estão presentes, no caderno processual, todos os elementos imprescindíveis para garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

- Incorre em violação à legislação tributária o contribuinte que se apropria de créditos de ICMS em desconformidade com o que disciplinam as normas de regência.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000012/2020-23, lavrado em 7 de janeiro de 2020 contra a empresa LEO DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E COMÉRCIO DE TINTAS LTDA EPP, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 38.635,72 (trinta e oito mil, seiscentos e trinta e cinco reais e setenta e dois centavos), sendo R\$ 19.317,86 (dezenove mil, trezentos e dezessete reais e oitenta e seis centavos) de ICMS, por infringência ao artigo 106, do RICMS/PB, bem como aos dispositivos destacados na Nota Explicativa do Auto de Infração e R\$ 19.317,86 (dezenove mil, trezentos e dezessete reais e oitenta e seis centavos) de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

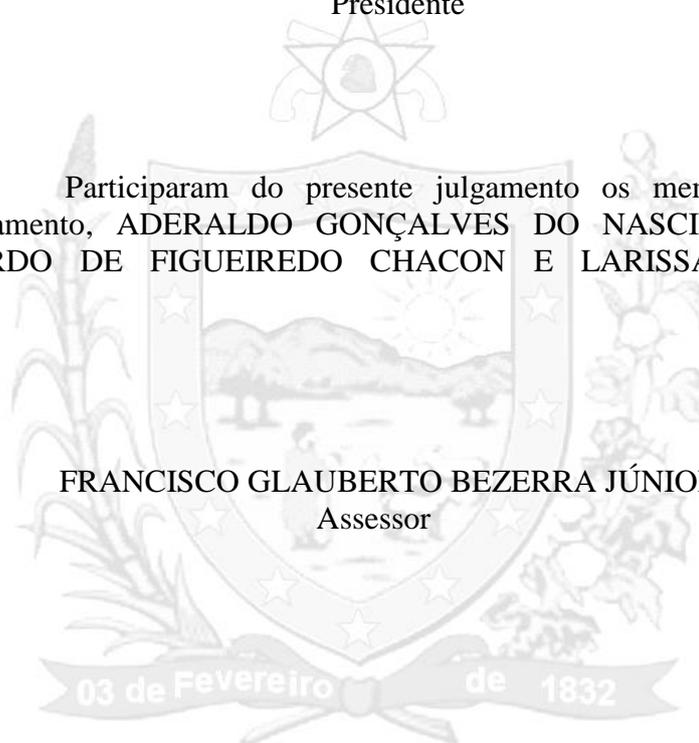
Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 15 de dezembro de 2021.

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, **ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR**, **PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON** E **LARISSA MENESES DE ALMEIDA**.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor



PROCESSO Nº 0031632020-0
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: LEO DISTRIBUIDORA DE MATERIAS DE CONSTRUÇÃO E COMÉRCIO DE TINTAS LTDA. EPP.
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA
Autuante: KATHERINE BARROS MIGNAC DE OLIVEIRA
Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

NULIDADE - PRELIMINAR AFASTADA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS FISCAIS - INFRAÇÃO CARACTERIZADA - AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *Não se caracteriza prejuízo ao administrado quando estão presentes, no caderno processual, todos os elementos imprescindíveis para garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa.*

- *Incorre em violação à legislação tributária o contribuinte que se apropria de créditos de ICMS em desconformidade com o que disciplinam as normas de regência.*

RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000012/2020-23, lavrado em 7 de janeiro de 2020 em desfavor da empresa LEO DISTRIBUIDORA DE MATERIAS DE CONSTRUÇÃO E COMÉRCIO DE TINTAS LTDA EPP, inscrição estadual nº 16.164.007-9, a auditora fiscal responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Normal nº 93300008.12.00006650/2018-93 denuncia o sujeito passivo de haver cometido a seguinte irregularidade, *ipsis litteris*:

0325 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL >> O contribuinte reduziu o recolhimento do imposto estadual, por ter utilizado crédito fiscal indevidamente.

Nota Explicativa:

TAL IRREGULARIDADE EVIDENCIOU-SE PELO FATO DE O CONTRIBUINTE, EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA PERTINENTE, UTILIZAR-SE INDEVIDAMENTE DE CRÉDITOS FISCAIS NAS SITUAÇÕES ABAIXO E CONFORME DEMONSTRATIVOS ANEXOS:

- CRÉDITO INDEVIDO (CRÉDITO MAIOR QUE O PERMITIDO): O CONTRIBUINTE REDUZIU O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL

AO UTILIZAR INDEVIDAMENTE O CRÉDITO FISCAL DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL, EM VALOR MAIOR DO QUE O PERMITIDO, CONFORME O DECRETO 34.691/2013.

ENQUADRAMENTO: ART 1º E ART. 2º DO DECRETO 34.691/2013.

- ICMS NORMAL EM OP. SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL, TENDO EM VISTA O CONTRIBUINTE TER APROVEITADO INDEVIDAMENTE COMO CRÉDITO FISCAL, O ICMS NORMAL DESTACADO EM DOCUMENTO(S) FISCAL(IS), ORIUNDO DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

ENQUADRAMENTO: ART. 391, §6º DO RICMS/PB, APROV. P/ DEC. 18.930/97.

- MERC. DESTINADAS AO USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO: CONTRARIANDO DISPOSITIVOS LEGAIS, O CONTRIBUINTE CREDITOU-SE DO ICMS DESTACADO EM DOCUMENTO(S) FISCAL(IS), CONSIGNANDO MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO, RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL.

ENQUADRAMENTO: ART. 72, §1º, I DO RICMS/PB, APROV. P/ DEC. 18.930/97.

- CRÉDITO INEXISTENTE: CONTRARIANDO DISPOSITIVOS LEGAIS, O CONTRIBUINTE UTILIZOU CRÉDITOS DE ICMS SEM AMPARO DOCUMENTAL (UTILIZAÇÃO DE CRÉDITOS DE ICMS EM VALOR MAIOR DO QUE O DESTACADO EM DOCUMENTOS FISCAIS, DE DOCUMENTOS FISCAIS COM CFOP 5929, DE LANÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL EFETUADO EM DUPLICIDADE NA EFD E DE DOCUMENTO FISCAL ONDE O CONTRIBUINTE FIGURA COMO DESTINÁRIO, SENDO, NO ENTANTO, DE OPERAÇÃO DE ENTRADA DO EMITENTE), RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL.

ENQUADRAMENTO: ART. 72 E ART. 73 C/C O ART. 77 DO RICMS/PB, APROV. P/ DEC. 18.930/97.

Em decorrência destes fatos, a representante fazendária lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 38.635,72 (trinta e oito mil, seiscentos e trinta e cinco reais e setenta e dois centavos), sendo R\$ 19.317,86 (dezenove mil, trezentos e dezessete reais e oitenta e seis centavos) de ICMS, por infringência ao artigo 106 do RICMS/PB, bem como aos dispositivos destacados na Nota Explicativa do Auto de Infração e R\$ 19.317,86 (dezenove mil, trezentos e dezessete reais e oitenta e seis centavos) de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios juntados às fls. 5 a 26.

Depois de cientificada da autuação em 29 de janeiro de 2020, a autuada, por intermédio de seu representante legal, protocolou, em 13 de fevereiro de 2020, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em tela, por meio da qual afirma, em síntese, que:

- a) As condutas infracionais indicadas na inicial foram feitas de maneira genérica, sem qualquer separação por tipo de autuação, dificultando o

contraditório e a ampla defesa do contribuinte, o que torna o Auto de Infração nulo de pleno direito;

- b) Quanto ao mérito, os valores relacionados pela auditoria como creditados a maior se referem aos impostos pagos a título de ICMS – Garantido/Antecipado;
- c) A totalidade dos créditos utilizado é referente a mercadorias cujos fornecedores são optantes pelo Simples Nacional e que, ao emitirem suas notas fiscais, destacam, no campo “observações”, que existe a permissão de utilização de crédito, discriminando, inclusive, a alíquota utilizada;
- d) Todos os créditos apropriados estão devidamente destacados nas notas fiscais de entrada;
- e) O relatório elaborado pela auditora fiscal referente aos valores de ICMS Substituição Tributária não possui clareza, vez que, no campo “observação”, consta, tão somente, a informação “mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária”;
- f) O que define se um produto é submetido à substituição tributária é a sua classificação NCM. Na listagem apresentada pela fiscalização, não consta nenhuma NCM ou informação do Anexo V do RICMS/PB;
- g) No caso dos créditos indevidos concernentes às mercadorias destinadas a uso e consumo, a alegação é totalmente descabida, uma vez que a empresa identificou corretamente as operações de acordo com a legislação vigente;
- h) Em relação às operações com CFOP 5929, não houve qualquer prejuízo ao Fisco, pois os lançamentos se referem a vendas realizadas por meio de cupons fiscais. Nestes casos, houve solicitação dos consumidores para que fossem emitidas NF-e;
- i) Quanto aos lançamentos em duplicidade, estes foram decorrentes de operações com produtos com tributação diferente, ou seja, dois lançamentos para a mesma nota fiscal, porém com valores de créditos distintos;
- j) Os casos que a auditora fiscal trata como duplicidade na EFD e de documento fiscal onde o contribuinte figura como destinatário, sendo, no entanto, operação de entrada do emitente, houve um pequeno equívoco formal, vez que, em algumas notas fiscais de devolução, foi indicado o CNPJ do próprio emitente em vez do CNPJ do destinatário.

Declarados conclusos, foram os autos remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal João Lincoln Diniz Borges, que decidiu pela procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

NULIDADE IMPERTINENTE. INEXISTÊNCIA DE DENÚNCIA GENÉRICA. CRÉDITO INDEVIDO. CRÉDITO MAIOR QUE O PERMITIDO. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. CRÉDITO INEXISTENTE. SEM AMPARO DOCUMENTAL. DUPLICIDADE DE REGISTRO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL.

- A lavratura do auto de infração foi procedida consoante às cautelas da lei, atendendo aos requisitos formais, essenciais à sua validade, oportunizando-se ao contribuinte o contraditório e o devido processo legal administrativo.

- Confirma-se a denúncia de crédito indevido (ICMS Substituição Tributária), visto que o recolhimento do imposto pelo regime de substituição tributária encerra a fase de tributação e não dá ensejo à utilização de crédito fiscal pelo adquirente, ressalvadas as hipóteses previstas na legislação de regência.

- De idêntico desfecho, procede à irregularidade fiscal constatada em apropriação de crédito indevido em mercadorias para uso e consumo e com crédito maior que o permitido, não se revelando a legitimidade necessária para usufruto creditício pela adquirente.

- A denúncia de crédito fiscal inexistente apresenta-se confirmada diante de elementos de prova que atestam a ocorrência de escrituração creditícia sem amparo documental de origem ou legitimidade para usufruto de crédito nos livros fiscais próprios, motivando a supressão do imposto.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada da decisão proferida pela instância prima em 30 de junho de 2021, a autuada interpôs, em 27 de julho de 2021, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, por intermédio do qual reprisa os mesmos argumentos apresentados em sua impugnação, requerendo, ao final:

- a) Que seja conhecido o recurso voluntário;
- b) O acolhimento da preliminar de nulidade arguida;
- c) No mérito, a extinção do crédito tributário em sua integralidade.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

A matéria em apreciação versa sobre a denúncia de falta de recolhimento do ICMS, formalizada contra a empresa LEO DISTRIBUIDORA DE MATERIAS DE CONSTRUÇÃO E COMÉRCIO DE TINTAS LTDA EPP, já devidamente qualificada nos autos.

De acordo com a autoridade fiscal responsável pelo lançamento, o contribuinte, no exercício de 2015, teria suprimido o recolhimento do imposto estadual ao se apropriar de créditos tributários em desacordo com a legislação tributária.

Consoante revelado na Nota Explicativa do Auto de Infração, as condutas infracionais teriam sido as seguintes:

- a) Apropriação de crédito fiscal destacado em documento fiscal em valor superior ao permitido;
- b) Lançamento de crédito fiscal (ICMS Normal) de operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;
- c) Creditamento de ICMS em operações com mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento;
- d) Utilização de crédito de ICMS sem amparo documental (crédito inexistente).

Antes de passarmos ao mérito, necessário se faz discorrermos acerca da preliminar de nulidade arguida pela recorrente.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR INDICAÇÃO GENÉRICA DOS FATOS DENUNCIADOS

A descrição genérica do fato infringente, assim como a carência de dados que possibilitem o contribuinte extrair as informações necessárias para compreender, de forma plena, a acusação que pesa contra si, são inadmissíveis em um lançamento de ofício e, portanto, não devem ser reconhecidas como válidas no Direito Tributário. O direito ao contraditório e à ampla defesa só pode ser exercido em sua totalidade quando, ao sujeito passivo, é dada a possibilidade de saber, com segurança, de que está sendo acusado.

A matéria tributável, sendo componente essencial para constituição do crédito tributário, deve estar claramente determinada no lançamento.

No caso em apreço, é fácil perceber que a autoridade fiscal delimitou corretamente a acusação, deixando patentes as irregularidades por ela evidenciadas.

Na Nota Explicativa associada à denúncia, a auditora fiscal teve a diligência de pormenorizar os fatos que deram azo à exação fiscal, dando os contornos necessários para o correto enquadramento legal do fato denunciado, demarcando a matéria de forma escorreita e precisa.

Em que pesem os argumentos esposados pela autuada com vistas ao reconhecimento de que a denúncia fora formulada de forma genérica, o fato é que a acusação fora plenamente compreendida, conforme se extrai da impugnação e do recurso voluntário apresentados pela defesa.

No que concerne às provas produzidas pela auditoria, também não se revela qualquer omissão, inconsistência ou inexatidão que possam produzir o efeito pretendido pela acusada, ou seja, o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração.

Na planilha acostada às fls. 13 a 23, estão catalogadas, analiticamente, todas as operações realizadas pela empresa durante o período descrito na inicial, cujos créditos a elas relativos teriam sido apropriados de maneira irregular pela denunciada, com o devido detalhamento no campo “observações”.

A alegação, portanto, não se sustenta, vez que, no processo administrativo tributário, não se verificou qualquer prejuízo à defesa do administrado, seja na formalização do Auto de Infração, seja quanto às provas anexadas pela agente fazendária.

Com estas considerações, é possível afirmar, de forma inequívoca, que o não houve qualquer violação aos artigos 14, III; 15; 16; 17; 32 ou 41, V, da Lei nº 10.094/13 que justifique o acolhimento da preliminar de nulidade arguida.

0325 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL

Por questão de melhor sistematização, procederemos ao exame do mérito de forma segregada, adotando, como critério, a sequência dos códigos¹ elencados na planilha inserta às fls. 13 a 23.

CRÉDITO MAIOR QUE O PERMITIDO CONFORME DEC. 34.691/2013 (Cód. 1)

Os valores considerados indevidos para a situação em tela foram decorrentes da operação acobertada pela nota fiscal nº 256397, emitida pela Tramontina Nordeste S/A., C.N.P.J. nº 15.205.628/0001-09, em 17/4/2015.

Inicialmente, faz-se necessário destacarmos que a fiscalização trouxe, como enquadramento legal para fundamentar a acusação, os artigos 1º e 2º do Decreto nº 34.691/2013:

Art. 1º A utilização de crédito fiscal relativo às entradas interestaduais de mercadorias, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975, somente será admitido até o limite do percentual de 3% (três por cento) efetivamente cobrado no Estado de origem dos estabelecimentos constantes do Anexo Único deste Decreto.

Parágrafo único. O disposto no “caput” deste artigo também se aplica ao cálculo do imposto devido por substituição tributária e por antecipação tributária.

¹ Trata-se da sétima coluna da planilha denominada “RELAÇÃO DE CRÉDITOS INDEVIDOS/INEXISTENTES DE ICMS”.

Art. 2º Tratando-se de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, o contribuinte deverá registrar, na coluna “Crédito do Imposto” do livro Registro de Entradas, a parcela do crédito do ICMS relativa ao imposto efetivamente cobrado na unidade federada de origem.

§ 1º Em substituição ao procedimento previsto no “caput” deste artigo, o contribuinte poderá se apropriar do valor do crédito fiscal destacado no documento fiscal e proceder, a cada período de apuração, ao estorno da parte correspondente ao benefício fiscal, mantendo, apenas, a parte do crédito efetivamente cobrado na unidade federada de origem.

§ 2º O lançamento do estorno, do valor do crédito a ser anulado, a que se refere o § 1º deverá ser efetuado diretamente no item "003 - Estorno de Créditos", do livro Registro de Apuração do ICMS, com a indicação do número deste Decreto.

§ 3º Caso o contribuinte ou responsável não atenda aos dispositivos contidos neste Decreto, será notificado para que, no prazo de 10 (dez) dias, efetue o recolhimento devido, sujeitando-se, em caso de descumprimento, à constituição do crédito tributário correspondente, na forma disposta no Regulamento do ICMS – RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930, de 19 de junho de 1997.

De acordo com o normativo acima reproduzido, à época do fato gerador, os créditos destacados nas notas fiscais emitidas pelas empresas arroladas no Anexo Único do Decreto nº 34.691/2013 – sendo esta a situação da Tramontina Nordeste S/A - estavam limitados a 3% (três por cento).

Neste norte, em observância ao que estabelecia o art. 1º do citado Decreto, a agente fazendária glosou parte do crédito tributário, porquanto o sujeito passivo não poderia lançar integralmente os valores de ICMS consignados no documento fiscal.

O procedimento fiscal está em conformidade com o que preceituava a legislação tributária então vigente, de modo que restou indevido o seguinte crédito tributário:

Descrição do Produto	Valor Total do Item (R\$)	Crédito de ICMS do Item Destacado na NF (valor apropriado) (R\$)	Crédito Permitido (3%) (R\$)	Crédito Indevido (R\$)
LIXEIRA INOX C/PEDAL BRASIL 20 LIT.	223,08	26,77	6,69	20,08
PASTA PARA POLIR SUPERF. ACO INOX	104,87	12,58	3,15	9,43
LIXEIRA INOX C/PEDAL D-SHAPE 8 LIT.	289,5	11,58	8,69	2,90

MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (Cód. 2)

Assim como fizera em sua impugnação, a recorrente assevera que os valores alusivos aos créditos de mercadorias que estariam sujeitas ao regime de substituição tributária não devem prosperar, haja vista a ausência de clareza no detalhamento dos produtos, mormente pelo fato de, na planilha elaborada pela auditoria, não terem sido apresentados os respectivos códigos NCM.

Com efeito, dentre as situações que ensejaram a autuação, o aproveitamento indevido de crédito tributário decorrente de aquisições de mercadorias submetidas ao regramento da substituição tributária é, sem dúvida, o de maior representatividade.

Constata-se, sem maiores esforços, que os itens listados pela fiscalização se enquadram como alcançados pelas regras estabelecidas nos Decretos nº 33.808/2013 e 33.809/13, que dispõem sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno e sobre a substituição tributária nas operações com materiais elétricos, respectivamente.

Destaque-se que o fato de não haverem sido explicitados os códigos NCM das mercadorias não tem o condão de invalidar o lançamento, pois, na relação elaborada pela representante fazendária, consta a descrição de todos os itens e as chaves de acesso das NF-e a eles associados.

Caberia, portanto, à recorrente, apontar quaisquer eventuais inconsistências no levantamento fiscal a partir da consulta à chave de acesso da NF-e.

Importante consignarmos que a denunciada não trouxe aos autos qualquer elemento de prova com vistas a demonstrar a insubsistência (ainda que parcial) da acusação.

Segundo Carnelutti, “*O ônus de provar recai sobre quem tem o interesse em afirmar*”². Assim, não importa a posição que o indivíduo ocupe na relação processual (autor, réu, etc.), pois, quando fizer uma afirmação da qual decorra seu próprio direito (em razão do fato ocorrido), terá de provar sua veracidade. Daí, a regra adotada pelo direito brasileiro: ao autor, caberá o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto, ao réu, restará a comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Este modelo também foi incorporado à Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, que dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária, no âmbito do Estado da Paraíba. Observemos o art. 56 da referida Lei:

Art. 56. Todos os meios legais, ainda que não especificados nesta Lei, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação, a impugnação ou o recurso.

Parágrafo único. O ônus da prova compete a quem esta aproveita.

Portanto, considerando as provas ofertadas pela fiscalização, bem como a fragilidade dos argumentos traazidos pela defesa, reconheço o acerto do procedimento fiscal que identificou o creditamento irregular de ICMS quando da aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária, em afronta ao que preconiza o artigo 391, § 6º, do RICMS/PB:

² CARNELUTTI, Francesco. Sistemas de direito processual civil, p. 22.

Art. 391. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto e respectivos acréscimos legais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao:

(...)

§ 6º O recolhimento do imposto pelo regime de substituição tributária encerrará a fase de tributação e não dará ensejo à utilização de crédito fiscal pelo adquirente, ressalvado o disposto no art. 72, incisos II, V e VI.

MERCADORIA DESTINADA AO USO E/OU CONSUMO DA EMPRESA (Cód. 3)

Advoga a recorrente que, *“nos casos dos créditos indevidos concernentes às mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo, a alegação é descabida, uma vez que a empresa teria identificado corretamente as operações de acordo com a legislação vigente.”*

Os itens, cujos créditos foram glosados pela auditora fiscal, estão consignados nas notas fiscais nº 804514, 69859, 55054, 55153, 760382 e 57542 e não são objeto de comercialização por parte da denunciada.

Trata-se de display, bobina térmica, memória, leitor código de barras, computador, monitor e *switch*.

Não bastasse este fato, nas notas fiscais nº 804514 e 760382, a natureza da operação está descrita como *“Remessa para Merchandising.”*

Também quanto à matéria em exame, agiu a fiscalização em conformidade com os comandos normativos, ao considerar que a conduta do contribuinte violou o artigo 72, § 1º, I, do RICMS/PB:

Art. 72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

(...)

§ 1º Na utilização dos créditos de que trata esta Seção, observar-se-á o seguinte (Lei nº 7.334/03):

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020;

Nova redação dada ao inciso I do § 1º do art. 72 pelo item 2 da alínea “e” do inciso I do art. 1º do Decreto nº 40.006/20 - DOE de 30.01.2020.

Republicado por incorreção no DOE de 31.01.2020.

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir da data prevista na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996;

NF COM CFOP 5929 (Cód. 4)

Os valores de ICMS destacados nas fiscais nº 11577, 11704, 20175 e 20634, emitidas com CFOP 5.929 (Lançamento efetuado em decorrência de emissão de documento fiscal relativo a operação ou prestação também registrada em equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF), foram lançados a crédito pela autuada e, por este motivo, a fiscalização considerou o procedimento irregular.

É cediço que a emissão de NF-e com o CFOP 5.929 não permite o registro contábil do valor da base de cálculo da operação e o destaque do ICMS correspondente. Sendo assim, não é permitido o lançamento a crédito em conta gráfica.

CRÉDITO MAIOR DO QUE O DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL (Cód. 5)

A matéria não exige maiores digressões, pois, conforme demonstrado no quadro abaixo, o sujeito passivo, de fato, registrou, a título de crédito de ICMS, valores superiores àqueles consignados nos seguintes documentos fiscais:

Nota Fiscal nº	Chave de Acesso nº	ICMS Destacado na nota fiscal (R\$)	ICMS Lançado no Livro Registro de Entradas – EFD (R\$)	Crédito Lançado a Maior (R\$)
1330772	35141297837181002190550010013307721844347057	115,08	128,62	13,54
1353646	35150297837181002190550010013536461678318921	97,03	100,66	3,63
106189	25150208592396000115550010001061891547931692	47,05	63,55	16,50

Sem mais a acrescentar, passemos adiante.

DOCUMENTO FISCAL LANÇADO EM DUPLICIDADE (Cód. 6)

Com vistas a demonstrar a regularidade dos lançamentos, a recorrente afirma que, quanto à indicação de que teriam sido realizados lançamentos em duplicidade, o que ocorrera foi o desdobramento do lançamento de algumas notas fiscais em função do tipo de tributação dos produtos por ela acobertados.

Na busca pela verdade material, realizamos o cotejo entre as informações das notas fiscais nº 312520, 290250, 56544 e 64685 com os seus respectivos lançamentos na EFD do contribuinte e constatamos a seguinte situação:

Nota Fiscal nº	Chave de Acesso nº	ICMS Destacado na nota fiscal (R\$)	ICMS Lançado no Livro Registro de Entradas – EFD (R\$)
312520	35150660872306004076550010003125201266018791	2,45	4,90
290250	35150643298975000150550010002902501002902500	130,16	260,32

56544	35150605393234000160550050000565441002278769	340,00	680,00
64685	2515062379737600300955000000646851735748821	82,36	164,72

Algumas observações se fazem necessárias sobre os dados apresentados na tabela acima:

- a) O montante de R\$ 2,45 (dois reais e quarenta e cinco centavos) relativo ao ICMS da nota fiscal nº 312520 se refere ao item “COADOR DE PAPEL COADOR (CAIXA C/ 50UN)”. Os demais produtos relacionados na nota fiscal nº 312520 não dão direito a crédito;
- b) Os demais valores representam, de fato, o total de ICMS de cada documento fiscal, tendo sido escriturados em duplicidade no Livro Registro de Entradas.

NÃO SE TRATA DE DOCUMENTO FISCAL DE ENTRADA DO CONTRIBUINTE (Cód. 7)

Em seu favor, a autuada argumenta que houve um pequeno equívoco de natureza formal, vez que, em algumas notas fiscais de devolução, teria sido indicado o CNPJ do próprio emitente em vez do CNPJ do destinatário.

O quadro descrito pela recorrente não retrata a realidade dos fatos. Senão vejamos:

Nota Fiscal nº	Chave de Acesso nº	Tipo de Operação	CNPJ Emitente	Natureza da Operação
444929	29150810921911000105550010004449291007188841	Entrada (emitente)	10.921.911/0001-05	Dev. Bonificação
4212	35150960872306004076550040000042121392541111	Entrada (emitente)	60.872.306/0040-76	Outras Entradas

Em se tratando de operações de entradas dos emitentes dos documentos fiscais acima relacionados, não poderia a autuada se apropriar dos créditos de ICMS.

Diante de todo o exposto, o que se vislumbra é que o lançamento de ofício foi procedido de maneira precisa, haja vista restarem configuradas as irregularidades indicadas pela fiscalização.

Em tempo: quanto às situações descritas nos códigos 4, 5, 6 e 7, é incontroverso que houve violação ao disposto nos artigos 72 e 73 do RICMS/PB:

Art. 72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

I - à entrada de mercadorias, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo fixo, ou ao recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, observado o disposto no § 1º deste artigo e § 4º do art. 85;

II - ao efetivamente recolhido a título de substituição tributária de operações anteriores e ao correspondente às entradas de mercadorias cujo imposto tenha sido retido pelo remetente, sempre que:

a) o contribuinte receber mercadoria não incluída no regime de substituição tributária, mas que, por qualquer circunstância, tiver sofrido cobrança antecipada do imposto;

b) não sendo o adquirente considerado contribuinte substituído, receber, com imposto pago por antecipação, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;

III - à repetição de indébito, quando autorizado por decisão final de autoridade competente;

IV - às mercadorias recebidas para emprego na prestação de serviços, na hipótese dos incisos IV e V do art. 2º;

V - ao ICMS destacado e ao retido, quando o estabelecimento industrial receber mercadoria sujeita a substituição tributária para utilização em processo industrial de produto cuja saída seja tributada;

VI - às mercadorias recebidas com substituição tributária, por estabelecimento industrial, na forma do art. 76;

VII - ao efetivamente recolhido a título de substituição tributária, nas operações interestaduais com açúcar, água mineral e gelo (Protocolos ICMS 31/91, 33/91, 41/91 e 29/96);

(...)

Art. 73. Fica ainda assegurado o direito ao crédito quando as mercadorias, anteriormente oneradas pelo imposto, forem objeto de:

I - devolução por consumidor final, na forma e nos prazos previstos no art. 88;

II - retorno, por não terem sido negociadas no comércio ambulante e por não ter ocorrido a tradição real, conforme disposto no art. 89.

Como medida punitiva para os fatos revelados, cabível, portanto, a penalidade insculpida no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

h) aos que utilizarem crédito indevido ou inexistente, desde que resulte na falta de recolhimento do imposto, sem prejuízo do estorno do crédito;

Por último, destacamos que as alegações de que os valores relacionados pela auditoria como creditados a maior se referem aos impostos pagos a título de ICMS – Garantido/Antecipado e de que a totalidade dos créditos utilizados é referente a mercadorias cujos fornecedores são optantes pelo Simples Nacional não se sustentam, pois, conforme demonstrado na planilha produzida pela fiscalização, os créditos glosados tiveram origens distintas.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000012/2020-23, lavrado em 7 de janeiro de 2020 contra a empresa LEO DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E COMÉRCIO DE TINTAS LTDA EPP, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 38.635,72 (trinta e oito mil, seiscentos e trinta e cinco reais e setenta e dois centavos), sendo R\$ 19.317,86 (dezenove mil, trezentos e dezessete reais e oitenta e seis centavos) de ICMS, por infringência ao artigo 106, do RICMS/PB, bem como aos dispositivos destacados na Nota Explicativa do Auto de Infração e R\$ 19.317,86 (dezenove mil, trezentos e dezessete reais e oitenta e seis centavos) de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 15 de dezembro de 2021.

Sidney Watson Fagundes da Silva
Conselheiro Relator