

PROCESSO	- A I Nº269132.0004/13-1
RECORRENTE	- ELEKEIROZ S.A.
RECORRIDO	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF Nº 0097-03/14
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
INTERNET	- 16.10.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0309-12/14

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado que as operações objeto da autuação estavam amparadas pelo diferimento, descabendo a exigência fiscal. Infração insubstancial. Modificada a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, sobre o valor comercial das mercadorias. O sujeito passivo alegou que as operações arroladas no levantamento fiscal tiveram suas notas fiscais eletrônicas canceladas pelo próprio emitente. No entanto não logrou trazer qualquer comprovação inequívoca aos autos. Infração subsistente. Indeferido o pedido de perícia. Negada por maioria, a redução da penalidade. Mantida a Decisão recorrida. Afastada a preliminar de nulidade suscitada. Decisão unânime. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, mantendo a integralidade da exigência fiscal no valor de R\$1.265.190,83, (infração 1) acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$43.393,08, (infração 2) prevista no inciso XI, do mesmo diploma legal e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 16/12/2013 decorre de duas acusações fiscais, ambas objeto do Recurso Voluntário que se apreciará, como segue:

Infração 01 - Falta de recolhimento nos prazos regulamentares do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no período de janeiro a dezembro de 2009. Exigido a valor de débito R\$1.265.190,83, acrescido da multa de 50%. Demonstrativo às fls. 05 a 08.

Esclarecido pelos autuantes que “Refere-se às saídas de mercadorias para o destinatário SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, CNPJ 14.807.945/0001-24. A autuada deixou de destacar nas notas fiscais e deixou de recolher ICMS sobre tais operações, alegando está autorizada pelo disposto no art. 7 do Decreto 7.439/98. Nas informações complementares das notas fiscais, o contribuinte registra o seguinte texto: ICMS DIFERIDO CONF. ARTIGO 7 DECRETO 7.439 DE 17/09/98. - BAHIA PLAST. Ocorre, porém, que o benefício do BAHIAPLAST a que a SANSUY fazia jus foi revogado pela RESOLUÇÃO Nº 02/2005 (Publicada no Diário Oficial de 12 e 13/03/2005). Conforme demonstrativos e publicação constantes dos anexos I-A, I-B e I-C.”

Infração 02 - Entradas de mercadorias não tributáveis no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro e junho a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$43.393, 08, decorrente da aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações. Demonstrativo às fls. 34 e 35.

Esclarecido que “O contribuinte deixou de escriturar em sua EFD notas fiscais de entradas de mercadorias não sujeitas a tributação, conforme demonstrativos constantes dos anexos II-A e II-B.”

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 3ª JJF, decidiu, por unanimidade, pela procedência da acusação fiscal com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

Inicialmente, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF-BA/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, além de desnecessária em vista dos elementos já constantes dos autos serem suficientes para a análise e conclusão acerca da lide instalada em torno da infração 02, indefiro o pedido de perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração refere-se à falta de recolhimento nos prazos regulamentares do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, referente às saídas de mercadorias destinadas à SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, nas quais o impugnante não efetuou o destaque do imposto nas notas fiscais, deixando de recolher ICMS sobre tais operações, alegando está autorizada pelo disposto no art. 7º do Dec. 7.439/98.

Inicialmente saliento que, apesar da infração indicar como fato imponível a falta de recolhimento do imposto, fica patente na descrição dos fatos se tratar de registro de operações tributáveis como não tributáveis realizadas, aliás, como bem se defendeu o sujeito passivo aduzindo serem as operações arroladas no levantamento fiscal não tributáveis pelo fato alegado de ser o destinatário detentor de benefício fiscal.

Em sede de defesa o impugnante refuta a acusação fiscal sob o fundamento de que a revogação da Habilitação da SANSUY através da Resolução Nº 02/2005, fl. 33, em que se sustenta a acusação fiscal, fora erroneamente cancelada, conforme despacho aposto pelo Coordenador de Processo /DAT-METRO, no livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência, em 18/12/2012, fl. 39, e que passaria a gozar de deferimento de ICMS com base no Programa Desenvolve com base nas Resoluções nºs 35/2004 e 15/2005.

Observo que não assiste razão ao autuado, uma vez que o referido despacho não se refere a cancelamento algum de habilitação, mas sim de concessão errônea de habilitação e se reporta a aquisições do exterior não afetando a eficácia da revogação da habilitação aos benefícios do BAHIAPLAST concedidos à destinatária das mercadorias, fl. 33. Portanto, resta patente nos autos que na data da ocorrência dos fatos geradores objeto da autuação o Certificado Habilitação de Diferimento nº 0046000.000-3 tratava de aquisições do exterior e que somente em 18/12/2012 com base nas Resoluções dos DESENVOLVE nºs 35/204 e 15/2005 é que fora concedido à SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS o Certificado de Habilitação de Diferimento nº 7709.0004 para ser utilizado nas operações internas, conforme expressamente explicitado no despacho do Coordenador de Processos/DAT METRO, fl. 139.

Em suma, não acato as alegações defensivas, tendo em vista que, efetivamente, prevalece os efeitos da revogação da habilitação dos Benefícios do BAHIAPLAST à SANSUY, de acordo com a Resolução Nº 02/2005, e o não acobertamento do Certificado Habilitação de Diferimento nº 0046000.000-3 concedido em 18/12/2012 com base nas Resoluções nºs 35/04 e 15/05 do Programa Desenvolve para as operações objeto da autuação.

No que tange à 50% prevista no inciso I “a” do art. 42 da Lei 7.014/96, equivocadamente sugerida, por se tratar de registro de operações tributáveis como não tributáveis deve ser adequada para 60%, conforme estatue a alínea “a” do inciso II do art. 42 da mesma lei.

Logo, concluo pela procedência do item 01 da autuação fiscal, com a adequação da multa.

A infração 02 trata da entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo colacionado às fls. 34 e 35.

O impugnante rebateu a acusação aduzindo que não registrou as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal em razão de terem sido canceladas pelos respectivos fornecedores.

Assim resta evidente nos autos que o deslinde da questão depende da inequívoca comprovação de que as notas fiscais objeto do lançamento foram efetivamente canceladas, ou seja, com essa situação devidamente registrada no ambiente de autorização de notas fiscais eletrônicas.

Constato, depois de compulsar os elementos que compõem o contraditório atinente a este item da autuação, que inexistem nos autos qualquer comprovação do efetivo cancelamento de qualquer das notas fiscais elencadas no levantamento fiscal, fls. 34 e 35, ao contrário do que alegou o deficiente, no ambiente de autorização de notas fiscais eletrônicas constam a “Situação Atual: Autorizada” em todas as notas fiscais constantes do demonstrativo “Notas Fiscais de Mercadorias Não-Tributadas que entraram no Estabelecimento sem o devido Registro na Escrita Fiscal”. Por isso, comungo com a assertiva dos autuante de que somente foram incluídas no levantamento as notas fiscais que não constam no sistema como canceladas. Ademais, a identificação das Chaves de Acesso Nota Fiscal Eletrônica, entregue ao impugnante colacionada aos autos às fls. 34 e 35, evidencia nitidamente a origem da apuração da exigência consubstanciada nesse item da autuação, e mesmo assim o autuado não conseguiu elidir a acusação fiscal.

Logo, a infração 02 é subsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Devidamente intimada, a Recorrente interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 487/500.

Em sua peça recursal, inconformada com o desfecho dado pelo julgamento de 1ª instância, o sujeito passivo inicia seu arrazoado afirmado que a decisão da Junta de Julgamento Fiscal violou o seu incontestável direito à utilização de créditos do ICMS decorrentes de incentivo fiscal.

Faz breve relato dos acontecimentos, e assinala que a controvérsia expressa nos presentes autos restringe-se à escrituração de notas fiscais em que havia deferimento do ICMS relativo às operações comerciais estabelecidas com a *Sansuy* no período compreendido entre 31/01/2009 e 31/12/2010, conforme indicação nos quadros das infrações 1 e 2, do ato fiscalizatório.

Aduz que a higidez do Auto de Infração em análise deixa de existir em razão da existência de outro benefício fiscal, previsto no Decreto nº 6.734/97 que, em seu artigo 2º, XI, concede deferimento de ICMS “nas saídas internas de produtos petroquímicos intermediários com destino a estabelecimento de contribuinte industrial que os utilize na sua produção, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes de sua industrialização, desde que remetidos e produzidos por contribuintes industriais estabelecidos neste Estado sob os códigos da Classificação Nacional de Atividades Econômicas/Fiscal (CNAE-Fiscal) seguintes... 2422-8/00 – fabricação de intermediários para resinas e fibras...”. Nessa esteira, entende que já tinha, desde 1997, o direito ao deferimento do ICMS nas saídas de seus produtos industriais identificados pelo código CNAE 2422-8/00, o que afasta a possibilidade de manutenção da acusação fiscal sob análise.

No contexto descrito, e fazendo remissão ao livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência da *Sansuy S/A Indústria de Plásticos* (documento nº 5), destaca que há no referido livro a declaração de que a *Sansuy* teve o seu certificado de habilitação erroneamente cancelado, e que fora concedido novo certificado sob o nº 7709.0004 para ser utilizado nas operações internas, entendido, portanto, que a empresa *Sansuy* mantinha o direito de adquirir produtos petroquímicos intermediários da ora recorrente com deferimento do ICMS.

Pelo que disse, conclui que “mesmo que já não houvesse deferimento do ICMS, concedido pelo Decreto nº 6.374/1997, como se demonstrará, a recorrente não está obrigada a recolher o ICMS deferido, conforme exige irregularmente o auto de infração, considerando que esse tributo foi pago em operações posteriores, tendo em vista que as notas fiscais foram emitidas com a informação do deferimento do ICMS, obrigando o seu receptor ao recolhimento do tributo pelas etapas anteriores, ainda que já não estivesse mais em vigor o benefício do Bahiaplast”.

Pra a infração 2, cuja acusação é de falta de escrituração, aduz que as notas em questão foram canceladas, justificando-se, portanto, a dita falta de escrituração, fato que se comprovaria com o deferimento do seu pedido de perícia fiscal. Diz da existência de incongruência observada na decisão recorrida.

Aduzindo fundamentos de direito, assevera que agiu absolutamente de acordo com a Lei nº 7.351/98, regulamentada pelo Decreto nº 7.439/98 (art. 7º), subsidiados pelo Decreto nº 6.734/97,

normas que disciplinam a concessão do diferimento do recolhimento do ICMS nas saídas internas de produtos petroquímicos intermediários com destino a estabelecimento que os utilize na sua produção, tudo também de acordo com o Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica – BAHIAPLAST (art. 3º, II, da Lei nº 7.351/1998).

Com base na legislação que menciona e transcreve, entende que estava apta a fruir do benefício do diferimento nas vendas para a *Sansuy* dos produtos indicados nos incisos I a V do art. 7º, do Decreto nº 7.439/98, em que pese os auditores terem entendido e consignado que a *Sansuy* não mais tinha direito ao benefício do diferimento nas suas aquisições de insumos, em razão da revogação do benefício pela Resolução do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST nº 2, de 11/03/2005.

Lembra e reitera que o Coordenador de Processos da DAT/METRO, Sr. Edilson Meireles de O. Santos, fez consignar no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências da *Sansuy*, que o certificado de habilitação de diferimento nº 004600.000-3 (BAHIAPLAST) fora “erroneamente cancelado”, o que ensejou a emissão novo certificado para aquela finalidade de nº 7709.0004 – Certificado, de efeito retroativo, emitido para contemplar as operações internas, conforme Resoluções DESENVOLVE nº^{os} 35/2004 e 15/2005, e em obediência às regras insculpidas no art. 2º, XI, “a”, do Decreto 6.734/97, que concede diferimento do ICMS para os produtos comercializados pela ora Recorrente. Tudo a denotar a regularidade das operações apontadas na acusação fiscal.

Registra também que benefícios fiscais concedidos por lei não podem ser revogados por mera resolução, como ocorreu no caso dos autos, sob pena de violação do *princípio da estrita legalidade*, entendimento expresso no art. 97 do CTN e constitucionalmente garantido pelo art. 150, § 6º, da Constituição Federal/88 que transcreve, arrematando que “*somente a lei específica pode conceder ou revogar os benefícios mencionados. Entretanto, neste caso concreto, o benefício fiscal em questão – diferimento – foi revogado por mera resolução, que para isso não tem competência, tendo em vista que havia sido concedido por meio da Lei nº 7.351/1998*”.

Concluindo, entende que não pode subsistir a infração 1, quer porque as operações elencadas pela fiscalização estão beneficiadas pelo diferimento do tributo, quer porque houve posterior recolhimento do tributo devido para as operações anteriores, hipótese em que mantida a infração, estar-se-ia a exigir imposto em duplicidade.

Lembra que os autuantes deveriam ter demonstrado que o ICMS que se exige não foi efetivamente recolhido na operação posterior, bem como deveria restar demonstrado que não há legislação autorizando o diferimento do tributo.

Quanto à escrituração das notas fiscais, infração 2, reitera que o fato de não terem sido escrituradas se deve ao cancelamento das mesmas, fato que somente poderia ser apurado mediante exame pericial, cujo pedido foi denegado pelos julgadores de primo grau sob os contraditórios fundamentos de que os elementos constantes dos autos eram suficientes para a análise e conclusão acerca da lide e de que inexiste nos autos qualquer comprovação do efetivo cancelamento de qualquer das notas fiscais elencadas no levantamento fiscal.

Conclui que a denegação do seu pedido de perícia fiscal enseja, *in fine*, cerceamento do seu direito de defesa, o que torna nula a decisão recorrida.

Por derradeiro, requer a reforma da decisão recorrida para que a Junta de Julgamento Fiscal determine a realização da perícia, conforme requerido em sede de defesa e, alternativamente, requer que seja acolhida a sua tese para que seja julgado improcedente o auto de infração, tendo em vista que o benefício fiscal, representado pelo diferimento do ICMS, estabelecido pela Lei nº 7.351/1998, foi revogado pela Resolução do Conselho Deliberativo BAHIAPLAST nº 2/2005, que não tem competência para modificar a lei mencionada, sob pena de violação ao *princípio da estrita legalidade*.

A Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, Procuradora da PGE/PROFIS, às fls. 515/517, exara parecer no qual assevera, de plano, que o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39, do RPAF/99.

Para a arguição de nulidade do Auto de Infração, opina no sentido de que deve ser rechaçada, conquanto o lançamento tributário não apresenta falhas capazes de gerar prejuízos ao contribuinte, atendendo tudo o quanto determinado na legislação de regência, bem como preservados os princípios da ampla defesa, verdade material e do devido processo legal.

Quanto ao indeferimento do pedido de perícia, afirma que está amparado no RPAF/99, lembrando que o julgador de piso, corretamente, motivou a rejeição da produção da prova declarando a desnecessidade da perícia, em face da matéria sob análise não depender de conhecimento especial de técnico (art. 147, II, “a”, do RPAF/Ba).

Lembra que cabe a Recorrente, no exercício do seu direito de defesa, colacionar aos autos as provas materiais que julgar pertinentes e capazes de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo erário estadual.

No mérito, afirma que a tese tracejada pelo Sujeito Passivo não é capaz de alterar as exigências fiscais descritas no presente lançamento de ofício. Aduz que a argumentação defensiva atinente ao cancelamento irregular da habilitação da empresa SANSUY não pode prosperar, vez que resta comprovado nos autos que, à época dos fatos geradores, objeto do lançamento de ofício, o Certificado de Habilidade de Diferimento nº 0046000.000-3 tratava de aquisições do exterior e que apenas em 18/12/2012, com base nas Resoluções nº 35/204 e 12/2005 é que fora, efetivamente, concedido à SANSUY o Certificado de Habilidade de Diferimento nº 77090004, contemplando as operações internas, conforme despacho do Coordenador de Processos/DAT METRO.

Quanto à infração 2, aduz que a elisão da acusação fiscal impõe que sejam carreados aos autos provas materiais capazes de comprovar o cancelamento das notas fiscais elencadas nos demonstrativos que integram o levantamento fiscal, fls. 34/35, o que não se fez.

Opina pelo improposito do Recurso Voluntário.

Mesmo após instrução, porém antes de ser pautado para julgamento o presente processo, a Recorrente atravessou nova peça aduzindo tratar-se de aditamento de argumentação, considerando a apresentação de fatos e documentos novos.

Para a infração 1, diz do processo de habilitação para o diferimento, menciona a legislação e os princípios da legalidade estrita e da segurança jurídica, asseverando que cabe à autoridade Fazendária a responsabilidade pela verificação de que a Sansuy tem e mantém os requisitos legais para ter e manter um CHD, pois, uma vez de posse deste certificado, os fornecedores de insumos da Sansuy passaram a ter a obrigação de vender seus produtos com o diferimento, como prevê o Regulamento do ICMS. Cita Pareceres DITRI/SEFAZ nºs 4006/2008 e 2234/2009.

Reitera que não lhe cabia verificar se o CHD 004600.000-3 teria sido concedido corretamente, muito menos se os investimentos teriam sido realizados pela empresa, se o número de empregados estaria de acordo com o que prevê o Protocolo de Intenções da Sansuy, ou mesmo se o processo produtivo previsto no projeto estaria de acordo com o que foi contratado com o Estado. Nessa esteira, registra que também não lhe cabe questionar se o trabalho do Conselho Deliberativo dos Programas ou mesmo a Inspetoria Fazendária procederam de forma a zelar pelos interesses estaduais.

Insiste que a Sansuy sempre esteve habilitada ao diferimento e que ela, Recorrente, checava mensalmente, se a habilitação estava ou ainda está em vigor, de maneira que antes de vender suas mercadorias, checava se o Certificado de Habilidade estava em vigor.

Reitera argumentos trazidos na primeira peça recursal, e faz digreções derredor dos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da verdade material e da boa-fé.

Para a infração 2, também reiterando os argumentos recursais, traz à baila o art. 322, do RICMS/Ba, registrando que para o LRE o legislador entendeu que para que se faça a escrituração, a empresa deve conhecer aquilo que adquiriu ou que deu entrada no seu estabelecimento, lembrando que nesse contexto foi dito que as mercadorias entradas no estabelecimento deveriam estar no estoque da empresa, no inventário de bens, ter sido consumido pela empresa ou ter saído. Nessa esteira, consigna que não tem como fornecer prova de algo inexistente, nem teria como defender-se de prováveis outros autos de infrações cuja acusação fosse de omissão de saídas.

Concluindo, assevera que não reconhece as operações envolvidas na infração 2, pois, não solicitou as ditas mercadorias, nem recebeu qualquer mercadoria vinculada às notas fiscais objeto da autuação, consignando que não procedeu com má-fé, dolo, tampouco causou prejuízo aos cofres do Estado.

Por fim, pugna pela conversão do feito em diligência para esclarecer se a Sansuy tinha, no período de 31/01/2009 a 31/12/2009, o benefício de diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas suas aquisições internas de insumos e qual a eficácia do Certificado de Habilitação de Diferimento da Sansuy, à época das operações contestadas.

Para a infração 2, requer que se proceda à análise dos seus argumentos, à luz de diligência fiscal/contábil, de maneira que se esclareça se as notas fiscais apontadas na infração acompanharam a circulação de mercadorias para o estabelecimento do contribuinte autuado.

Em mesa de julgamento, após sustentação oral por parte do representante do Sujeito Passivo e análise em mesa dos autos, a n. Procuradora, Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, manifestou-se no sentido retificar o seu entendimento expresso no parecer de fls. 515/517, aduzindo que merece reforma a decisão recorrida, entendendo que assiste razão à Recorrente quando assevera que a empresa Sansuy, à época dos fatos esta habilitada ao diferimento do ICMS.

VOTO (Vencido quanto à redução da multa da infração 2)

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, e com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o presente recurso à apreciação das razões recursais atinentes à decisão de primo grau que julgou procedentes as infrações que acusam o Sujeito Passivo de haver deixado de recolher nos prazos regulamentares o ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios e de haver dado entradas de mercadorias não tributáveis no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Por primeiro devo registrar que apesar de a Recorrente aduzir a juntada de documentos novos por ocasião do aditamento ao seu Recurso Voluntário, tal fato não ocorreu.

No Recurso Voluntário, de plano, aduz a Recorrente a nulidade da decisão recorrida, por cerceamento do seu direito de defesa, aduzindo que a negativa ao seu pedido de perícia compromete a demonstração de que as notas fiscais que deram azo à acusação fiscal contida no item 2, teriam sido canceladas.

Como dito alhures, o pedido de perícia fiscal feito pela Recorrente, em tese, serviria a demonstrar que as notas fiscais não escrituradas foram efetivamente canceladas, motivo pelo qual as escriturações correspondentes não foram feitas.

Para o caso dos autos, verifico que os julgadores de piso foram criteriosos na análise dos argumentos de defesa, fundamentando a negativa do pedido de perícia fiscal no fato de que inexistem nos autos qualquer comprovação do efetivo cancelamento de qualquer das notas fiscais elencadas no levantamento fiscal, fls. 34 e 35, sendo consignado pelo relator de piso que

no ambiente de autorização de notas fiscais eletrônicas constava a “*Situação Atual: Autorizada*” em todas as notas fiscais do demonstrativo, tudo a demonstrar, porque não houve prova em contrário, que houve entrada de mercadorias não tributadas no estabelecimento da Recorrente sem o devido Registro na Escrita Fiscal.

Isto posto, entendo que quanto à denegação do pedido de perícia fiscal, não há nada que macule a decisão que se pretende anular, haja vista que é fundamentada e derivou de elementos de fato não contestados da maneira devida pela Recorrente. Afasto a preliminar de nulidade da decisão recorrida.

No mérito, em essência, a tese recursal viaja no sentido de que a acusação fiscal da infração 1 é infundada porque a empresa *Sansuy*, à época dos fatos, apesar de ter tido cancelado o seu CHD - Certificado de Habilitação de Diferimento nº 0046000.000-3, teve concedido novo CHD de nº 77090004, tudo porque o primeiro Certificado foi cancelado erroneamente.

A análise da matéria remete, primordialmente, à fl. 139 dos autos onde são encontrados dois certificados de mesmo numero (004600.000-3), e cuja titularidade é da empresa *Sansuy S/A Industria de Plásticos*, o nº 002.082.206 e a inscrição *INSUM.M.PRIMA P/IND.FIAC,FAB.TECELAGEM*, tendo como únicas diferença as datas de emissão que no primeiro é 30/03/2005, enquanto que no segundo é 10/01/2007.

Também nessa mesma fl. 139, acha-se a inscrição firmada pelo Coordenador de Processos/DAT METRO, Sr. Edilson Meireles de O. Santos, que diz, textualmente:

Informo que foi cancelado erroneamente o certificado de habilitação de diferimento nº 004600.000-3, que trata nas aquisições do exterior.

Nesta data procedemos a baixa do referido certificado e concedido novo certificado de habilitação de diferimento nº 7709.004 para ser utilizado nas operações internas e conforme Resolução Desenvolve nº 35/2004 e 15/2005.

DAT METRO 18 de dezembro de 2012

De plano, pelo que se pode ler dos CHD's acima referidos, não há nenhuma referência a operações de importação, pois, a inscrição verificada diz, expressamente: *INSUM.M.PRIMA P/IND.FIAC,FAB.TECELAGEM*, ou seja, refere-se a operações com insumos e matérias primas para fabricação, fabricação e tecelagem.

Outro ponto que merece destaque é o fato de o Coordenador da DAT METRO referir-se ao cancelamento errôneo de determinado CHD que supostamente trataria de operações de aquisições do exterior e a concessão de outro CHD que contempla operações internas. Nesse ponto, primeiro, como consignado acima, não há qualquer registro das ditas operações de importação no CHD 004600.000-3, o que já causa espécie. Segundo, vê-se que um CHD foi cancelado de maneira indevida, sendo, na sequência, como sugere o Coordenador da DAT METRO, expedido novo CHD, desta feita contemplando operações internas, o que também causa espécie, haja vista que se um CHD substitui outro cancelado erroneamente, por certo haveria que contemplar as mesmas operações.

Demais disso, as Resoluções 35/2004, 15/2005 e até mesmo a Resolução 138/2011 atestam a veracidade das alegações recursais, conforme se pode verificar das transcrições feitas abaixo, tudo a determinar, incontestavelmente, que a empresa *SANSUY* jamais deixou de estar habilitada para o diferimento do ICMS, como segue:

Resolução nº 35/2004

O CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, ...

RESOLVE:

*Art. 1º Acolher o recurso apresentado pela empresa *SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS*, CNPJ nº 14.807.945/0001-24 e IE nº 02.082206 NO, para reconhecer o direito aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, concedidos originalmente através da Resolução nº 35/2004 para a empresa *VINIARTEFATOS - COMÉRCIO*,*

IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, e transferidos posteriormente através da Resolução nº 15/2005 deste Conselho para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, empresa proveniente do Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica - BAHIAPLAST, em virtude da incorporação da VINIARTEFATOS pela SANSUY.

Resolução nº 15/2005

O CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, ...

RESOLVE:

Art. 1º Transferir os benefícios concedidos à VINIARTEFATOS - COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, através da Resolução nº 35, de 19 de agosto de 2004, para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, CNPJ nº 14.807.945/0001-24 em face da sua incorporação, conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária da Sansuy S/A Indústria de Plásticos, de 17.12.2004, arquivada na Junta Comercial do Estado da Bahia sob nº 96583590, em 27.01.2005.

Resolução nº 138/2011

O CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, ...

RESOLVE:

Art. 1º Acolher o recurso apresentado pela empresa SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, CNPJ nº 14.807.945/0001-24 e IE nº 02.082206 NO, para reconhecer o direito aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, concedidos originalmente através da Resolução nº 35/2004 para a empresa VINIARTEFATOS - COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, e transferidos posteriormente através da Resolução nº 15/2005 deste Conselho para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, empresa proveniente do Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica - BAHIAPLAST, em virtude da incorporação da VINIARTEFATOS pela SANSUY.

Pois bem, à luz do quanto trazido aos autos, a conclusão a que chego é de que o CHD 004600.000-3 jamais contemplou apenas operações de importação como afirmam os autuantes, pois, pelos elementos trazidos aos autos, as operações contempladas faziam referência, indiscutivelmente a operações com insumos e matérias primas para fiação, fabricação e tecelagem, em que pese a anotação feita pelo Coordenador da DAT METRO.

Nesse sentido, considerando que o primeiro CHD foi cancelado erroneamente e foi substituído em seguida, entendo incontestável o fato de que os CHD's 004600.000-3 e 77090004, independentemente do interregno entre o cancelamento do primeiro e a expedição do segundo, acobertam o diferimento do ICMS nas operações realizadas pela Recorrente com a empresa Sansuy S/A Indústria de Plásticos, o que torna insubsistente a infração 1.

Para a infração 2, vejo que a tese recursal atinente ao cancelamento das notas fiscais que deram azo à acusação fiscal, de fato, carece de elementos de prova que possam elidir a acusação fiscal, sobretudo porque apurou a Junta de Julgamento Fiscal que no ambiente de autorização de notas fiscais eletrônicas constava a “*Situação Atual: Autorizada*” em todas as notas fiscais do demonstrativo, o que, em tese, demonstra que houve efetiva entrada de mercadorias não tributadas no estabelecimento da Recorrente sem o devido Registro na Escrita Fiscal, o que mantém hígida a acusação fiscal, não merecendo qualquer reparo a decisão recorrida.

Apesar de não reconhecidas as razões de defesa, repetidas em sede recursal e complementadas pelo aditivo à peça recursal, o pleito da Recorrente é no sentido de que se proceda à análise dos argumentos recursais, à luz de diligência fiscal/contábil, de forma a que se esclareça se as notas fiscais apontadas na infração acompanharam a circulação de mercadorias para o estabelecimento do contribuinte autuado. Quanto a este pedido, vejo que não há que ser atendido em razão dos fundamentos acima tracejados e que dão conta de que houve a entrada de mercadorias no estabelecimento autuado, além do fato de que não vieram aos autos quaisquer elementos que pudessem contrariar ou mesmo colocar sob suspeição a acusação fiscal. Denegado o pedido de perícia fiscal.

Apesar do acima exposto e da decisão que denega o pedido de perícia fiscal, na hipótese de ter ou vir a obter elementos de prova que possam fundamentar a tese recursal em relação à infração 2, pode a Recorrente, querendo, provocar a PGE/PROFIS, no controle da legalidade, dirigir Representação a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF para, eventualmente afastar, no todo ou em parte, a referida exigência fiscal.

Avançando, vejo que o caso dos autos revela o indiscutível cometimento da infração apontada na infração 2, falta de escrituração de entradas de mercadorias não tributáveis, bem por isso, considerar elidida a acusação fiscal apenas com base nos argumentos recursais não seria possível, entretanto, conforme disposto no §7º do art. 42 da Lei 7.014/96, que diz que *“as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto”*, e considerando que a presunção de inocência é pressuposto basilar do direito, e que não foram trazidos aos autos quaisquer elementos que indiquem que a Recorrente agiu com dolo, fraude ou simulação, ou mesmo que houve prejuízo ao erário, sobretudo porque entendo que a infração 1 é insubstancial, me valho da prerrogativa dada aos julgadores deste Conselho pelo dispositivo acima mencionado para reduzir a multa aplicada para 10% do valor inicialmente lançado, em caráter meramente educativo, devendo ser exigido da Recorrente a importância de R\$4.339,31 pelo cometimento da infração 2.

Nesses termos, afastada a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente, VOTO no sentido de PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário, declarando insubstancial a infração 1 e reduzindo, de ofício, para 10% do valor originalmente lançado o montante da multa da infração 2, mantido o julgamento da Junta de Julgamento Fiscal quanto à subsistência.

VOTO VENCEDOR (Não redução da multa da infração 2)

Peço vênia para discordar do nobre relator no que se refere à redução da multa indicada na infração 2.

Na infração 2, objeto do Recurso Voluntário, foi lançada multa (1%) por falta de escrituração de entradas de mercadorias não tributadas no estabelecimento do autuado.

Considero, ao contrário do que foi expresso no voto do relator, que não foram atendidos todos os requisitos previstos no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, para a redução da penalidade, como se verifica do dispositivo a seguir transcrito:

Art. 42

§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto. (destaque não original)

Isso porque, ao não escriturar diversas notas fiscais comprobatórias da entrada de mercadorias no estabelecimento, o recorrente poderia, em tese, deixar de registrar também as operações de saídas com as mesmas mercadorias, não se podendo afirmar, com segurança, se o descumprimento da obrigação acessória não implicou falta de recolhimento do imposto estadual.

Voto, portanto, pela manutenção integral da infração 2, no valor de R\$43.393,08 negando provimento ao Recurso Voluntário quanto a este item.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, quanto a infração 1, e por maioria, com o voto de qualidade do presidente, em relação a manutenção integral da infração 2, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269132.0004/13-1, lavrado contra **ELEKEIROZ S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$43.393,08**, prevista no art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (não redução da multa infr.2) - Conselheiros(as): Denise Mara Andrade Barbosa, Fernando Antonio Brito Araújo e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (não redução da multa infr.2) - Conselheiros(as): Daniel Ribeiro Silva, José Antonio Marques Ribeiro e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2014

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

(voto vencido infração 2)

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – VOTO VENCEDOR

(infração 2)

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