

A. I. Nº - 002071.8420/10-6
AUTUADO - GDK S.A.
AUTUANTE - MARGARIDA MARIA MATOS DE ARAÚJO BRENHA CHAVES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 19.02.2014

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0027-04/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Refeitos os cálculos, reduziu o valor do débito. Infração elidida em parte. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Refeitos os cálculos, reduziu o valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO **a) DESTINADAS AO ATIVO IMOBILIZADO.** **b) DESTINADAS AO CONSUMO.** Infrações insubsistentes. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Efetuada correção no cálculo da multa cabível. Infração parcialmente caracterizada. Afastadas as arguições de nulidade e de decadência. Indeferida a solicitação de perícia e de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/10, exige ICMS, no valor de R\$ 345.682,01, e impõe multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$160.674,15, em razão de:

Infração 1 - Falta de recolhimento de ICMS, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no período de fevereiro de 2005 a janeiro de 2008. Foi lançado ICMS no valor de R\$225.967,80, mais multa de 50%.

Infração 2 - Recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS, no período de março a novembro de 2007. Foi lançado imposto no valor de R\$102.158,57, acrescido da multa de 60%.

Infração 3 - Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento, nos meses de maio de 2005, maio e junho de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$15.923,64, mais multa de 60%.

Infração 4 - Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e

destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, no mês de abril de 2005. Foi lançado imposto no valor de R\$1.632,00, mais multa de 60%.

Infração 5 - Ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, no período de fevereiro de 2006 a dezembro de 2008. Foi aplicada multa no valor de R\$160.674,15, equivalente a 10% do valor das mercadorias não escrituradas.

O autuado apresenta defesa (fls. 102 a 143) e referindo-se à Infração 1, afirma não se aplica a antecipação parcial de ICMS nas aquisições de mercadorias destinadas à execução de obra contratada por terceiro. Frisa que as mercadorias consignadas nas notas fiscais relacionadas na Tabela I (fl. 107) e detalhadas na planilha de fls. 168 e 169 não foram adquiridas para comercialização e, portanto, a elas não se aplica o regime de antecipação parcial. Diz que conforme os Pareceres nºs 1228 e 6923 (fls. 170 a 173), em relação às mercadorias e equipamentos adquiridos para prestação de serviços à Petrobrás, em razão dos Contratos nºs 0802.006547.04.2 e 185.2.001.03-2 (fls. 174 a 244), referentes às Ordens de Serviços nºs 168 e 329 (fls. 245 a 277), está desobrigado de efetuar o recolhimento da antecipação parcial. Aduz que a Petrobrás obteve do DESENVOLVE (Resolução nº 114/2003) o benefício para diferir o lançamento e pagamento do ICMS. Transcreve ementas de acórdãos deste CONSEF.

Assevera que não se aplica o regime de antecipação parcial do imposto nas aquisições interestaduais de produtos destinados à industrialização, conforme a Tabela II (fl. 114). Sustenta que, em relação aos produtos listados nas notas fiscais acostadas às fls. 286 a 298, está desobrigado de recolher a antecipação parcial, embora nesses documentos equivocadamente conste o Código Fiscal de Operação e Prestação (CFOP) 2102 – compras para comercialização – em vez do CFOP 2101 – aquisição para industrialização. Diz que a movimentação desses produtos é identificada pela “Ordem de Serviço - OS 300C”, nomenclatura interna utilizada relativamente à fabricação de “Pipe Rack’s”. Diz que os produtos constantes nessas notas fiscais são aço e tinta, cuja venda não integra o seu objeto social (fls. 147 a 156). Reitera que não adquiriu os referidos produtos para comercialização, mas sim para a fabricação de “Pipe Rack’s” - partes de módulos utilizados na construção de plataformas (fls. 443 a 455).

Argumenta que não se aplica a antecipação parcial nas aquisições de bens para o ativo imobilizado, conforme a Tabela III (fl. 116). Afirma que a autuação não pode prosperar quanto aos bens relacionados na Nota Fiscal nº 4779, pois essa aquisição foi destinada ao seu ativo imobilizado. Ressalta que, em relação a essa Nota Fiscal nº 4779, a autuante também exige a diferença de alíquota, porém o pagamento já foi realizado como prova o documento de fl. 334.

Sustenta que também não é devida a antecipação parcial relativamente às aquisições que foram objeto de devolução, conforme a Tabela IV (fls. 118 e 119). Diz que as mercadorias constantes nessa tabela foram devolvidas por meio das notas fiscais acostadas às fls. 335 a 358.

Argumenta que nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas há redução de base de cálculo, conforme previsto no Convênio ICMS 52/91 e no art. 77 do RICMS-BA/97. Diz que as operações relacionadas nas Notas Fiscais nºs 116283, 118912, 129668, 129666, 004968, 001322 e 001372 (fls. 359 a 364) enquadram-se nesse benefício.

Menciona que, quando se tratar de mercadorias sujeitas à redução de base de cálculo, esse fato deve ser considerado na apuração da antecipação parcial. Diz que, em relação à Nota Fiscal nº 116283, houve pagamento a mais do imposto. Explica como deve ser apurado o valor da antecipação parcial na hipótese de haver redução da base de cálculo e cita esclarecimentos constantes no site da SEFAZ-BA. Afirma que, fazendo-se a apuração do valor a recolher nessas operações (planilha às fls. 168 e 169), o valor devido já fora pago conforme DAE's às fls. 365 a 367.

Assevera que, em relação às Notas Fiscais nºs 129669, 129670 e 129667, os valores lançados pela fiscalização são os mesmos que apurou e recolheu, conforme a planilha (fls. 168 e 169), notas fiscais (fls. 368 a 370) e DAE (fl. 367) acostados ao processo.

Relativamente à Infração 2, diz que a exigência fiscal é fruto de equívocos da autuante ao deixar de considerar as determinações previstas no artigo 77 do RICMS-BA/97 e no Convênio ICMS nº 52/91, bem como nas orientações fornecidas pelo site da SEFAZ-BA.

Explica que, na apuração da antecipação parcial, deve ser aplicada a alíquota interna sobre o montante da operação e, desse valor, deve ser abatido o imposto destacado na nota fiscal, como diz ter efetuado, conforme a planilha (fl. 371) e notas fiscais (fls. 373 a 410). Realça que no valor total da operação estão incluídos o IPI, o valor do frete e todas as demais despesas acessórias.

Quanto às Infrações 3 e 4, afirma que a autuante, na apuração dos valores exigidos, limitou-se a apurar o equivalente a dez por cento (10%) do total de cada nota fiscal, desprezando os pagamentos efetuados (fls. 334 e 414 a 416), bem como a redução de base de cálculo de que se beneficiam as operações formalizadas através das Notas Fiscais nºs 68888 e 69196, tudo conforme as Tabelas V e VI (fls. 128 e 129).

Relativamente à Infração 5, reconhece que não foram escrituradas as notas fiscais relacionadas na Tabela XII (fls. 137 a 138). Quanto às demais notas, apresenta os seguintes argumentos:

- as notas fiscais discriminadas na Tabela VII (fl. 130) são de sua emissão (fls. 417 a 422) e, como tais, foram lançadas no livro Registro de Saídas (fls. 299 a 310);
- as mercadorias referentes às notas fiscais relacionadas na Tabela VIII (fl. 131) foram recusadas, sendo que os fornecedores emitiram as correspondentes notas fiscais de entrada (fls. 423 a 427);
- as mercadorias atinentes às notas fiscais listadas na Tabela IX (fls. 132 e 133) foram também recusadas, porém os fornecedores ainda não disponibilizaram a respectiva nota fiscal de entrada, requer que a SEFAZ-BA intime os fornecedores a apresentar esses documentos fiscais;
- as notas fiscais elencadas na Tabela X (fls. 134 e 135) foram escrituradas no seu livro Registro de Entradas (fls. 299 a 333);
- as notas fiscais arroladas na Tabela XI (fls. 136 e 137) foram emitidas para outra filial do estabelecimento autuado, conforme comprovam os documentos acostados às fls. 428 a 442;

Afirma que as multas indicadas na autuação são indevidas, pois não cometeu as infrações que lhe foram imputadas e, além disso, as referidas multas têm o caráter de confisco. Cita jurisprudência e doutrina acerca da aplicação de multa com caráter de confisco. Requer que, caso sejam ultrapassadas as questões suscitadas, seja reconhecido o caráter confiscatório das multas, com a sua exclusão ou, alternativamente, com a redução para 20% do valor do tributo devido.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente. Pede que as multas sejam excluídas ou reduzidas. Requer a realização de perícia.

A informação fiscal foi prestada pela Auditora Fiscal Sayonara Aguiar Pereira Rodrigues, conforme fls. 512 a 516.

Quanto à Infração 1, no que tange às mercadorias destinadas à aplicação na obra contratada pela Petrobrás, admite que, nos termos dos Pareceres nºs 1228 e 6923, o autuado estava desobrigado de efetuar o recolhimento da antecipação parcial. Diz que, das notas fiscais apresentadas, apenas em algumas constava que as mercadorias seriam entregues no local da obra. Afirma que estava consignado nas demais notas que os materiais seriam utilizados nas obras da Petrobrás, porém não havia comprovação de que as mercadorias seriam encaminhadas para lá. Menciona que, em muitas dessas notas, o local da entrega era o endereço do depósito da Gerdau. Foram excluídas da autuação as notas fiscais da Planilha I (fls. 517 a 519), uma vez que constava que as mercadorias seriam entregues no local da obra, ao passo que foram mantidas as demais.

No que tange às mercadorias destinadas ao processo industrial, afirma que não restou comprovado que os produtos relacionados na Tabela II foram utilizados na industrialização, pois não há documento que vincule tais produtos à industrialização de “Pipe Rack’s”.

Relativamente à aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, diz que a Nota Fiscal nº 4779 é referente à Infração 4.

Quanto às mercadorias que tidas como devolvidas, diz que não é devida a antecipação parcial relativamente às notas fiscais citadas na Tabela IV, pois foram apresentadas cópias das notas fiscais de devolução e, quando intimado, foram entregues as notas originais para comprovação.

No tocante às operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, diz que foi recolhida corretamente a antecipação parcial quanto às Notas Fiscais nºs 116283, 118912, 129668, 12966, 1322 e 1372, já que as mercadorias estão beneficiadas pela redução de base de cálculo prevista no Convênio 52/91. Quanto à Nota Fiscal 4968, diz que não ficou comprovado que o produto possuía redução de base de cálculo, assim, foi mantido o débito correspondente.

Quanto ao pagamento citado na defesa, diz que as Notas Fiscais nºs 129669, 129670 e 129667 estão relacionadas no DAE 801891113 e, portanto, os débitos serão excluídos da autuação.

No que tange à Infração 2, diz que os códigos NCM da maior parte das mercadorias estão relacionados no Convênio 52/91 e que, portanto, o cálculo da antecipação parcial deverá ser contemplada com a referida redução. Mantém a autuação quanto às notas fiscais constantes na Planilha II (fl. 520), já que os códigos NCM não constam no citado Convênio.

Relativamente às Infrações 3 e 4, afirma que o autuado escriturou o valor da diferença de alíquotas referente às Notas Fiscais nºs 54016, 68888, 69196 (Infração 3) e 4779 (Infração 4), procedendo conforme estabelecido no RICMS-BA/97. Menciona que as Notas Fiscais nºs 6888 e 69196 contêm mercadorias com redução de base de cálculo prevista no art. 77 do RICMS-BA/97 c/c item 64.1 do Anexo I do Convênio ICMS 52/91, sendo insubstintentes esses itens do lançamento.

No que tange à Infração 5, reconhece que as notas fiscais relacionadas na Tabela VII são referentes a operação de saída e, portanto, os débitos correspondentes devem ser excluídos da autuação. Acata o argumento defensivo quanto às notas fiscais discriminadas na Tabela VIII, tendo em vista que os fornecedores emitiram a nota fiscal de entrada correspondente. Mantém a autuação quanto às notas fiscais arroladas na Tabela IX, uma vez que o autuado não apresentou as notas fiscais de entrada emitidas pelos fornecedores. Reconhece a pertinência da defesa quanto às notas fiscais listadas na Tabela X, haja vista que os documentos fiscais foram escriturados no livro Registro de Entradas. Acolhe a assertiva do autuado em relação às notas fiscais elencadas na Tabela XI, pois ficou comprovado que esses documentos fiscais foram emitidos para a filial da GDK de Inscrição Estadual 43.491.711. Diz que os valores devidos na Infração 5 são os constantes nas planilhas V, VI e VII (fls. 524 a 529).

Quanto ao alegado caráter confiscatório e de inconstitucionalidade da multa, diz que procedeu de acordo com a Lei 7014/96 e no RICMS-BA/97, não cabendo tal discussão na esfera administrativa.

Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, no valor total de R\$ 107.590,14, porém à fl. 530 apresenta novo Demonstrativo de Débito, no qual constam os débitos de R\$ 86.853,99 (Infração 1), R\$ 38.945,06 (Infração 2) e R\$ 20.736,15 (Infração 5).

Notificado acerca da informação fiscal (fl. 532), o autuado se pronunciou (fls. 559 a 572) e, após fazer uma síntese da informação fiscal, diz que ficaram claras as evidências de fragilidade e improcedência da autuação, por tudo o que se viu e pela decadência configurada, que gerou a perda do direito do Fisco à realização do lançamento.

Menciona que os seus documentos ficaram em poder da Auditora Fiscal até o dia 19/04/2011 (fls. 610 a 614). Diz que solicitou prorrogação do prazo para pronunciamento (fl. 615) e, como seu pleito não chegou a ser atendido, está apresentando essa justificativa.

Quanto à Infração 1, relativamente às aquisições para aplicação em obras de terceiros, diz que está desobrigado do pagamento da antecipação parcial. Repete argumentos trazidos na defesa.

No que tange à parte da infração que foi mantida na informação fiscal, frisa que na maioria das notas fiscais (fls. 616 a 636) o fornecedor fez constar que se tratava de aquisição para a referida obra. Diz que, nos demais casos, existem registros feitos à época do recebimento da nota fiscal que comprovam o seu argumento. Realça que no seu livro Registro de Entradas (fls. 637 a 641) consta que essas aquisições foram destinadas a tais obras, e que o RICMS-BA/97, em seu artigo 544, §3º, prevê que não é obrigatória a remessa de mercadorias para canteiro de obra. Sustenta que, dessa forma, resta claro que as mercadorias foram utilizadas nas obras referidas, não sendo admissível que a ausência de indicação do local da obra como endereço de sua entrega seja critério decisivo na comprovação necessária para a improcedência da autuação.

Quanto às mercadorias destinadas à industrialização, repete que os registros fiscais atinentes às entradas e saídas das mercadorias estão identificados através da “Ordem de Serviço - OS 300C”, a qual se refere ao empreendimento que tem por objeto a fabricação de “Pipe Rack’s”. Salienta que os CFOPs de saída atinentes às notas fiscais em comento referem-se a operações de industrialização. Diz que o erro na indicação de que os produtos eram referentes à comercialização é evidente e, assim, está buscando a retificação de tais informações.

Relativamente às operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, diz que a Nota Fiscal nº 4968 (fl. 642) também se enquadra no Convênio ICMS 52/91 c/c art. 77, do RICMS-BA/97, pois se refere a operações com equipamentos industriais. Destaca que a classificação fiscal consta no Anexo I, item 64.2, do Convênio ICMS 52/91. Explica que a apuração da base da antecipação parcial deve ser feita considerando a citada redução da base de cálculo.

Quanto à Infração 2, diz que na Nota Fiscal nº 14538 consta o código NCM das mercadorias, embora a via entregue à fiscalização apresentasse dificuldades na sua visualização. Diz que solicitou a seu fornecedor (fl. 643) cópia na qual constava a indicação do código NCM e a sua abrangência pelo Convênio ICMS 52/91. Ressalta que o mesmo ocorreu com a Nota Fiscal nº 4408 (fl. 644), cujo código NCM encontra-se relacionado no Convênio ICMS 52/91.

No que tange às Notas Fiscais nº^{os} 834, 1068, 1169 e 1183 (fls. 657 a 660), diz que o fornecedor das mercadorias se equivocou na indicação dos NCM's (fl. 645 e 646), razão pela qual emitiu cartas de correção (fls. 647 a 650). Afirma que, desse modo, passaram a constar os códigos NCM's corretos, os quais se encontram relacionados no Convênio ICMS 52/91.

Relativamente à Infração 5, ressalta que não consta nos autos sequer a comprovação de que estas notas fiscais teriam sido efetivamente emitidas em nome da GDK S.A., o que diz ser suficiente ao reconhecimento da nulidade da autuação, ora requerida.

Afirma que as notas fiscais listadas na Tabela IX foram objeto de recusa, embora os seus fornecedores ainda não tenham disponibilizado a nota fiscal de entrada respectiva, exceto em relação às Notas Fiscais nº^{os} 127610, 124629 e 122275 (fls. 651 a 656).

Salienta que não dispõe de registros contábeis relativos às notas fiscais em referência, já que se trata de devoluções, de operações informais. Diz que o registro é feito apenas pelo fornecedor das mercadorias devolvidas, que escritura a operação no seu livro de entrada. Menciona que se trata de notas fiscais antigas, que alguns dos fornecedores já tiveram alterados os seus sistemas operacionais relativos à contabilidade, o que diz justificar a dificuldade de acesso que está tendo.

Diz que, não tendo ocorrido a entrada das mercadorias, a exigência fiscal não procede no tocante às operações ora comentadas. Menciona que a repartição fazendária pode intimar os fornecedores relacionados na Tabela IX, a fim de que forneçam as notas fiscais de entrada.

Ao finalizar, reitera os termos e pedidos constantes na impugnação apresentada.

Após apreciação em pauta suplementar, fls. 665 e 666, o processo foi convertido em diligência à IFEP COMÉRCIO, para o atendimento das seguintes solicitações: que a autuante se pronunciasse

sobre a manifestação de fls. 559 a 572 e os documentos de fls. 610 a 661; que fosse elaborado demonstrativo com o débito que remanesceria na Infração 1, caso necessário.

A diligência foi atendida pela Auditora Fiscal Sayonara Aguiar P. Rodrigues (fls. 669 a 672).

Inicialmente, a diligenciadora afirma que os documentos fiscais arrecadados quando da prestação da informação fiscal permaneceram na repartição fazendária à disposição do autuado. Prosseguindo, passa a repetir os termos da informação fiscal, conforme já relatado.

Mais adiante, ao se referir às operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, acrescenta que o débito referente à Nota Fiscal nº 4968 já foi excluído autuação, segundo a Planilha III (fl. 521). Diz que a Infração 1 deve ser mantida no valor de R\$86.853,99, como foi apurado na informação fiscal (fl. 530).

Quanto à Infração 2, reconhece que nas Notas Fiscais nºs 14538 e 4408 (fls. 643 e 644) foram consignados os códigos NCM's dos produtos, sendo que esses códigos constam no Convênio ICMS 52/91 e, portanto, os débitos correspondentes devem ser excluídos da infração em comento. Em relação às Notas Fiscais nºs 834, 1068, 1169 e 1183, não acata as cartas de correção apresentadas, pois se referem a dados que influenciam no cálculo do imposto, o que diz ser vedado pelo §6º do art. 201 do RICMS-BA/97. Afirma que, após a correção atinente às Notas Fiscais nºs 14538 e 4408, o valor devido na Infração 2 passa para R\$37.736,11.

No que tange à Infração 5, diz que o autuado não apresentou comprovação de que os fornecedores deram entrada às mercadorias referentes às Notas Fiscais nºs 127610, 124629 e 122275. Manteve a autuação conforme o valor apurado na informação fiscal.

À fl. 675, apresenta demonstrativo de débito, segundo o qual as Infrações 1, 2 e 5 subsistem parcialmente nos valores de, respectivamente, R\$ 86.853,99, R\$ 37.736,10 e R\$20.736,15.

Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, fls. 680 e 681, o autuado reitera os termos e pedidos constantes na defesa e demais pronunciamentos.

O autuado volta a se pronunciar às fls. 697 a 699. Nessa oportunidade, requer que sejam anexadas aos autos as notas fiscais de fls. 708 a 726, bem como cópia do Contrato nº 0802.0006547-04-2 (fls. 727 a 730). Assegura que esses documentos, juntos com as provas já apresentadas, confirmam que as mercadorias constantes nas notas fiscais mantidas na Infração 1 foram utilizadas nas obras da Petrobrás referentes aos Pareceres nºs 1.228 e 6.923, emitidos pela SEFAZ-BA. Também solicita que seja acostado ao processo o documento de fls. 731 a 1250, que indica o nome da Plataforma construída com os materiais objeto das notas fiscais mantidas na infração em comento: “P34”.

Protesta pela apreciação das provas produzidas, pede que seja acolhida a preliminar de decadência e requer que seja mantida apenas a parte reconhecida do lançamento.

Às fls. 1253 e 1254, a Auditora Fiscal Sayonara Aguiar P. Rodrigues declarou que estava ciente do pronunciamento do autuado.

Após apreciação em pauta suplementar, fls. 1257 e 1258, o processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, para o atendimento das solicitações relatadas a seguir.

Quanto à infração 1: a) que fosse verificado nas escritas fiscal e contábil do autuado se há como se comprovar que os produtos constantes nas notas fiscais relacionadas na Tabela II foram destinados à industrialização dos “Piper Rack’s”; b) que fosse verificado se o autuado também comercializa com os produtos de que tratam as notas fiscais relacionadas na referida Tabela II; c) caso restasse comprovado que os produtos foram utilizados em processo industrial, que fossem excluindo os débitos correspondentes.

Quanto à infração 5: a) que fossem anexadas ao processo as vias destinadas ao Fisco das notas fiscais elencadas nas Tabelas VIII e IX, haja vista a impossibilidade arguida pela autuante; b) caso não fosse possível obter esses documentos, que fossem excluídos os débitos correspondentes.

A diligência foi cumprida conforme o Parecer ASTEC 12/2013 (fls. 1261 a 1263).

A Auditora Fiscal encarregada do atendimento da diligência afirma, quanto à infração 1, que o autuado, após duas intimações apresentou cópias autenticadas das Notas Fiscais nºs 29629, 127321, 31049, 31283, 31667 e 31981, emitidas pela Comercial Gerdau, das Notas Fiscais nºs 46005, 46026, 46103, 46104, 47006 e 47007, emitidas pela Química Industrial União Ltda., bem como dos livros Diário nºs 47 e 48, comprovando o lançamento desses citados documentos fiscais. Frisa que, no entanto, não foi possível atestar que os produtos constantes nessas notas fiscais foram efetivamente utilizados na industrialização, haja vista a falta de comprovação por parte do autuado. Manteve inalterado o valor remanescente dessa infração, R\$86.853,99.

Relativamente à infração 5, diz que o autuado informou não ser possível obter dos seus fornecedores os documentos fiscais relacionados nas Tabelas VIII e IX, bem como sugeriu que a repartição fazendária atendesse essa solicitação. Afirmou que, como não foram apresentadas as notas fiscais solicitadas, excluiu apenas os débitos referentes às Notas Fiscais nºs 127610 e 124629, comprovados às fls. 653/654.

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuado se pronunciou às fls. 1303 a 1309 e, após historiar o processo, afirma que a diligência não foi cumprida conforme solicitada. Diz que esse fato torna evidente a fragilidade e a improcedência da autuação.

Requer a juntada de cópia de correspondência eletrônica interna enviada pelo engenheiro responsável pela fabricação dos “Piper Rack’s”, bem como planilhas de consumo de materiais (fls. 1336 a 1454). Apresenta às fls. 1307 e 1308 foto de secção e de montagem de “Piper Rack’s”.

Reitera o pedido de diligência, protesta pela apreciação das provas apresentadas e repisa os termos da impugnação e pronunciamentos posteriores. Pede a realização de perícia contábil.

Às fls. 1461 a 1467, foi anexada cópia de expediente da PGE/PROFIS informando que o autuado propôs, junto à 3ª Vara Cível da Comarca de Salvador-BA, Ação de Recuperação Judicial.

Considerando que a autuante não mais estava lotada na IFEP Comércio, foi designado o Auditor Fiscal José Roberto Oliveira Carvalho para se pronunciar sobre o resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF e os novos documentos apresentados pelo autuado.

Às fls. 1469 a 1471, o Auditor Fiscal José Roberto Carvalho afirma, quanto à infração 1, que os elementos apresentados pelo autuado não comprovam que as mercadorias em questão foram utilizadas na industrialização, já que não há documento que vincule tais produtos ao processo de fabricação de “Piper Rack’s”.

Relativamente à infração 5, diz que procurou em todo o PAF as notas fiscais que comprovassem a infração e, como não as localizou, excluiu do lançamento os débitos correspondentes.

Sintetiza a situação das infrações que compõem o lançamento da seguinte forma:

- quanto à infração 1, diz que foi constatada a procedência parcial das alegações defensivas, tendo sido excluídas as notas fiscais indevidas, subsistindo o débito no valor de R\$86.853,99, conforme o demonstrativo de fl. 694;
- relativamente à infração 2, afirma que foi constatada a procedência parcial dos argumentos defensivo, tendo sido efetuadas as retificações pertinentes, de forma que remanesce o valor de R\$37.736,10, segundo o demonstrativo de fl. 694;
- no que tange às infrações 3 e 4, sustenta que os argumentos defensivos foram acatados, de modo que esses itens do lançamento não subsistem;
- quanto à infração 5, diz que as alegações da defesa foram parcialmente acatadas, remanescendo o valor de R\$4.614,67, conforme os demonstrativos de fls. 1472 e 1473.

Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, no valor de R\$ 129.204,76, conforme demonstrativo de débito que apresentou à fl. 1474.

Notificado acerca do pronunciamento de fls. 1469 a 1471, o autuado voltou a se manifestar (fls. 1483 a 1491).

Após uma síntese dos fatos, o autuado reiterou todos os termos da defesa e dos pronunciamentos posteriores e, em seguida, referindo-se à infração 1, repete que os argumentos trazidos na defesa e em pronunciamentos posteriores, os quais já constam neste relatório.

Quanto à infração 2, também repisa os termos da defesa e pronunciamentos posteriores.

Ao finalizar seu arrazoado, o autuado protesta pela apreciação das provas apresentadas, reitera os termos constantes na impugnação, solicita a realização de perícia contábil e pede que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Instado a se pronunciar nos autos, o Auditor Fiscal José Roberto Oliveira Carvalho, às fls. 1510 e 1511, diz que o autuado não trouxe fato novo no seu pronunciamento de fls. 1483 a 1491. Dessa forma, mantém os termos da informação anterior e sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte no valor de R\$129.204,76.

Às fls. 1514 e 1515 dos autos, foram acostados extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária), referentes a pagamento de parte do Auto de Infração, no valor de R\$4.614,67 (principal).

VOTO

Em sua defesa, o autuado afirma que ficaram claras as evidências de fragilidade e improcedência da autuação, por tudo que diz ter sido visto e pela decadência configurada, gerando a perda do direito de o Fisco realizar o lançamento ora impugnado.

Ultrapasso a arguida nulidade da autuação por fragilidade do lançamento, uma vez que o Auto de Infração em comento está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação a nenhum dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal, nem aos ditames contidos no CTN – Código Tributário Nacional. Verifico, também, que o procedimento fiscal atende às determinações previstas no artigo 39 do RPAF/BA, e que o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos quem ensejaram a lavratura do Auto de Infração. Saliento que, especificamente, em relação à Infração 5 o vício existente no lançamento – a ausência nos autos das notas fiscais – foi sanado mediante diligência determinada por esta primeira instância. Quanto à suposta improcedência da autuação, tal matéria será abordada quando da apreciação do mérito da lide neste voto.

No que tange à citada decadência, também ultrapasso essa questão, pois o presente lançamento de ofício trata de fatos geradores ocorridos a partir de fevereiro de 2005. Conforme o disposto no art. 107-A, I, do COTEB, o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Dessa forma, a Fazenda Pública Estadual tinha até o dia 31/12/10 para constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos a partir de fevereiro de 2005. Tendo em vista que o crédito fiscal foi constituído em 29/06/10, quando foi lavrado o Auto de Infração, não houve a alegada decadência.

Com fulcro no art. 147, II, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de perícia contábil, pois a matéria envolvida na lide não depende de conhecimento especial de técnicos. Também não há necessidade do refazimento da diligência que foi efetuada pela ASTEC do CONSEF e nem de nova diligência, uma vez que os elementos já constantes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Ultrapassadas as preliminares acima, adentro ao mérito da lide.

Quanto à infração 1, relativamente às aquisições destinadas a execução de serviços prestados à Petrobrás, foi correto o procedimento adotado na informação fiscal e reiterados nos pronunciamentos posteriores, conforme passo a me pronunciar.

No que tange às operações relacionadas a aquisições de mercadorias destinadas a execução de serviços contratados pela Petrobrás (Tabela I), não se aplica o regime de antecipação parcial, conforme consta nos Pareceres DITRI nºs 1228 e 6923 trazidos aos autos na defesa. Todavia, a Auditora Fiscal encarregada de prestar a informação fiscal, de forma acertada, manteve a exigência fiscal relativamente às aquisições que não restaram comprovadas como destinadas à Petrobrás. As notas fiscais de fls. 708 a 726 e a cópia do Contrato nº 0802.0006547-04-2 (fls. 727 a 730), trazidas aos autos após a informação fiscal, não elidem a autuação quanto às operações remanescentes, pois não há como se correlacionar as notas fiscais ao contrato e ao local das entregas. Desse modo, mantenho o resultado da informação fiscal quanto a essas operações não comprovadas.

Relativamente às operações que segundo a defesa foram destinadas à industrialização (Tabela II), o livro Registro de Entradas acostado ao processo comprova que o próprio autuado lançava essas aquisições como sendo destinadas à comercialização. O autuado nega esse fato e sustenta que as mercadorias foram empregadas na industrialização de “Piper Rack’s” e, como prova frisa que venda não integra o seu objeto social, anexa cópia de notas fiscais e os documentos referentes ao contrato de construção da Plataforma P34.

O fato de que operações de venda não constem no objeto social do autuado não elide a acusação que lhe foi imputada, já que esse fato não impede a realização de eventuais vendas. Do mesmo modo, as notas fiscais anexadas ao processo e os documentos referentes ao contrato de construção da Plataforma P34 não se mostram capazes de desconstituir o que está consignado no livro Registro de Entradas do autuado, isto é, que as mercadorias em questão foram destinadas à comercialização. Corroborando esse entendimento, ressalto que na defesa o autuado admite que os DAEs de fls. 365 a 367 se referem ao pagamento de antecipação parcial, o que denota que o contribuinte também comercializava mercadorias.

Visando a busca da verdade material, o processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, sendo que mais uma vez os documentos apresentados pelo autuado não comprovaram que os produtos constantes nas referidas notas fiscais foram utilizados em processo de industrialização. Acolho o resultado dessa diligência, pois apesar de intimado o deficiente não apresentou prova capaz de demonstrar a veracidade da tese defensiva.

Ao se pronunciar acerca do resultado da diligência, o autuado apresentou cópia de correspondência eletrônica interna enviada pelo engenheiro responsável pela fabricação dos “Piper Rack’s”, de planilhas e fotos de secção e de montagem desses referidos equipamentos. Não há como se correlacionar as mercadorias consignadas nas notas fiscais listadas na autuação com os elementos trazidos pelo deficiente, assim, mais uma vez, as provas trazidas pelo autuado não se mostram capazes de desconstituir a autuação.

No que tange à aquisição relacionada na Tabela III (Nota Fiscal nº 4779), o argumento defensivo não se sustenta, pois essa nota fiscal trata da infração 4, na qual foi lançado ICMS referente a diferença de alíquota, no valor de R\$ 1.632,00, conforme se depreende do cotejamento dos demonstrativos de fls. 15 e 2.

Na informação fiscal, as notas que foram objeto de devolução foram excluídas do lançamento. Acolho essas exclusões, pois segundo a informação fiscal as devoluções ocorreram dentro dos respectivos meses e as notas fiscais originais foram apresentadas à Auditora encarregada de prestar a informação.

Quanto às notas fiscais referentes a aquisições de equipamentos industriais e implementos agrícolas e às notas fiscais cuja comprovação de pagamento foi apresentada, a Auditora Fiscal

encarregada de prestar a informação fiscal acatou o argumento defensivo. Foi acertado o procedimento da Auditora, pois os elementos probantes trazidos na defesa respaldam o argumento defensivo. Ressalto que, quanto à Nota Fiscal nº 4968, o débito correspondente foi excluído da autuação, conforme se pode verificar no demonstrativo retificado à fl. 521.

Em face ao acima exposto, a infração 1 é procedente em parte, no valor de R\$ 86.853,99, conforme apurado na informação fiscal e ratificado em pronunciamento posterior da fiscalização, ficando o demonstrativo de débito conforme o de fl. 1510.

Relativamente à infração 2, na informação fiscal o argumento defensivo foi admitido como válido e foi refeita a apuração do imposto devido, o qual passou de R\$102.158,57 para R\$37.736,10, conforme planilha às fls. 673 e 674. Não foram aceitas as cartas de correção atinentes às Notas Fiscais nº^{os} 834, 1068, 1169 e 1183, sob o argumento de que alteravam dados que influenciavam na determinação do imposto devido, afrontando, assim, o previsto no art. 201, §6º, I, do RICMS-BA/97.

Foi correto o procedimento da Auditora encarregada da informação fiscal, pois restou comprovado que parte das aquisições era referente a mercadorias que relacionadas no Convênio ICMS 52/91 e, portanto, faziam jus a redução da base de cálculo, o que influenciava na apuração do imposto originalmente lançado pela autuante. Também acertada foi a não admissão das cartas de correção que modificavam dados que alteravam a apuração do imposto devido, uma vez que expressa disposição regulamentar veda tal tipo de retificação.

Dessa forma, a infração 2 subsiste parcialmente no valor de R\$37.736,10, conforme apurado na informação fiscal, ficando o demonstrativo de débito de acordo com o de fl. 1510. Infração procedente em parte.

Trata as infração 3 e 4 da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições interestaduais destinadas, respectivamente, ao ativo fixo e ao uso e consumo do próprio estabelecimento.

Sustenta o autuado que não foram considerados os pagamentos efetuados e a redução da base de cálculo a que fazia jus.

Na informação fiscal, o autuante considera legítimos o argumento e provas apresentados e, em consequência, os débitos correspondentes foram excluídos da autuação.

Correto o resultado da informação fiscal, uma vez que os argumentos estão respaldados em comprovações trazidas na defesa e, além disso, foi ratificado por pronunciamento posterior de Auditor Fiscal estranho ao feito. Infrações 3 e 4 improcedentes.

Na Infração 5, o autuado foi acusado de ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Na informação fiscal, a Auditora designada excluiu da autuação os débitos correspondentes às notas fiscais emitidas pelo próprio autuado, referentes a devoluções comprovadas, registradas no livro Registro de Entradas e as que foram emitidas para outra filial. Em decorrência dessas exclusões, a multa passou de R\$160.674,15 para R\$20.590,14.

Considerando que o autuado tinha sustentado que desconhecia uma parte das aquisições e que as correspondentes notas fiscais não estavam acostadas aos autos, o processo foi convertido em diligência para que as notas fiscais em questão fossem juntadas aos autos, porém o atendimento de tal solicitação não foi possível.

Ao se pronunciar sobre a diligência, o Auditor Fiscal encarregado de tal incumbência excluiu da autuação as notas fiscais não apresentadas, reduzindo o valor da multa para R\$4.614,67, conforme planilhas às fls. 1472 e 1473.

Acolho o resultado apurado no demonstrativo de fls. 1472 e 1473, pois respaldado em documentos probantes acostados ao processo, bem como decorrente da devida exclusão das notas fiscais que não foram acostadas aos autos pela autuante, conforme exige a legislação.

Dessa forma, a infração 5 subsiste parcialmente, sendo cabível a multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor de R\$4.614,67, ficando o demonstrativo de débito conforme o de fl. 1510.

Ressalto que as multas indicadas no Auto de Infração são as previstas na Lei nº 7.014/96 para as infrações apuradas, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor de disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

No que tange ao pedido para que as multas sejam excluídas ou reduzidas, ressalto que em relação às Infrações 1 e 2, por se tratar de multas por descumprimento de obrigação principal, a apreciação de tal pleito ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal.

Quanto à multa indicada para a Infração 5, decorrente de descumprimento de obrigação acessória, efetivamente o disposto no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.0194/96 faculta a este colegiado a dispensa ou redução, desde que fique comprovado que as infrações que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto. No caso em tela, não há como se ter certeza que a infração não tenha acarretado falta de recolhimento de imposto, haja vista as infrações 1 e 2, nas quais o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$129.204,76, para julgar as infrações 1, 2 e 5 procedentes em parte e as infrações 3 e 4 improcedentes, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 002071.8420/10-6, lavrado contra **GDK S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$124.590,09**, acrescido das multas de 50% sobre R\$86.853,99 e de 60% sobre R\$37.736,10, previstas no art. 42, I, “a”, II, “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor de **R\$4.614,67**, prevista no inciso IX do artigo 42 da citada lei, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2014.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA