

A. I. Nº - 269132.0002/14-7
AUTUADO - ELEKEIROZ S/A
AUTUANTE - RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS e JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 05/08/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0166-03/14

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Ficou comprovado que o defendente não destacou o ICMS relativo às operações destinadas a contribuinte com o benefício do Programa BAHIAPLAST revogado em data anterior à operação realizada. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL DE SAÍDA. O documento fiscal emitido e não escriturado corresponde a operação de circulação de mercadoria sujeita ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração comprovada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Indeferido o pedido de diligência fiscal e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/03/2014, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$1.550.785,16, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$1.302.758,37. Multa de 60%.

Consta na descrição dos fatos, que a exigência fiscal se refere às saídas de mercadorias para o destinatário SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, CNPJ 14.807.945/0001-24. O autuado deixou de destacar nas notas fiscais e deixou de recolher ICMS sobre tais operações, alegando estar autorizado pelo disposto no art. 7º do Decreto 7.439/98. Entretanto, 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.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no mês de março de 2010. O contribuinte efetuou venda de sua produção a outro contribuinte cearense de CNPJ 89.850.341/0001-60, que se apropriou do crédito fiscal no valor de R\$1.400,86, devidamente destacado na Nota Fiscal nº 3864, de 08/03/2010. O autuado não se debitou do correspondente valor de ICMS em sua Escrituração Fiscal Digital. Valor do débito: R\$1.400,86. Multa de 60%.

Infração 03: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. O contribuinte deixou de escriturar em sua EFD notas fiscais de entradas de mercadorias sujeitas a tributação, conforme demonstrativos constantes nos Anexos III-A e III-B. Exigida multa de 10% do valor das mercadorias totalizando R\$240.464,98.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de dezembro de 2010 e junho de 2011. Consta, ainda, que esta infração se refere à parcela do ICMS devido referente à diferença de alíquota que deixou de ser recolhida em razão do desencontro entre os valores totais devidos mês a mês e os valores efetivamente lançados na escrita fiscal. Valor do débito: R\$6.160,95. Multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 100 a 118, alegando que as acusações fiscais não têm fundamento fático ou jurídico, razão pela qual o referido auto de infração deve ser julgado improcedente para desconstituir a cobrança nele contida e afastar as penalidades impostas.

Quanto à infração 01, alega que o autuante analisou operações comerciais havidas entre o impugnante e a empresa *Sansuy S/A Indústria de Plásticos*, que era favorecida por benefício fiscal representado pelo diferimento do recolhimento do ICMS de seus fornecedores na área de petroquímica, conforme as regras do *Bahiaplast*, instituído pela Lei nº 7.351, de 15 de julho de 1998, disciplinado pelo Decreto nº 7.439, de 17 de setembro do mesmo ano, e a autoridade fiscal argumenta que o benefício mencionado deixou de existir desde 11 de março de 2005, conforme Resolução do Conselho Deliberativo nº 2, publicado no Diário Oficial de 12 e 13 de março daquele ano.

Em sentido contrário, o impugnante alega que o presente auto de infração perde a sua sustentação em razão da existência de outro benefício fiscal, disciplinado pelo Decreto nº 6.734, de 9 de setembro de 1997, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia no dia 10 do mesmo mês, conforme seu artigo 2º, inciso XI, que transcreveu.

O impugnante afirma que já tinha o direito ao diferimento do ICMS nas saídas de seus produtos industriais identificados pelo código CNAE-Fiscal 2422-8/00, conforme determinação da legislação mencionada, desde 1997. Como o auto de infração levou em consideração as saídas ocorridas em 31 de março e 31 de dezembro de 2010 e 30 de junho de 2011, bem como entre 31 de janeiro e 31 de dezembro de 2011, entende que não poderia ter sido aplicado multa e exigido recolhimento do tributo em plena vigência do diferimento autorizado pelo Decreto nº 6.374/1997.

Outro argumento que o autuado considera relevante, consiste na informação contida no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência da *Sansuy S/A Indústria de Plásticos* (documento nº 5), em que o Fisco declara que aquela empresa teve o seu certificado de habilitação erroneamente cancelado, informando, ainda, que lhe fora concedido novo certificado sob o nº 7709.0004 para ser utilizado nas operações internas, deixando absolutamente claro que a *Sansuy* continuava com o direito de adquirir produtos petroquímicos intermediários do impugnante com diferimento do ICMS.

O defendente afirma que, mesmo que já não houvesse diferimento do ICMS concedido pelo Decreto nº 6.374/1997, não está obrigado a recolher o ICMS diferido, conforme exige 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 diferimento 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*.

Diz que o Sistema Tributário Brasileiro exige que a obrigação tributária seja disciplinada por legislação específica, inclusive com relação ao crédito, à forma de sua apuração e aos benefícios concedidos ao contribuinte (isenção, anistia, diferimento, parcelamento e renúncia fiscal) e, de

modo geral, a lei e o decreto devem dar as primeiras feições à obrigação tributária, discriminando os seus elementos constitutivos, as possibilidades de redução do tributo e as respectivas penalidades pelo descumprimento de seus ditames.

O impugnante entende que no caso concreto procedeu rigorosamente de acordo com a Lei nº 7.351, de 15 de julho de 1998, regulamentada pelo Decreto nº 7.439, de 17 de setembro do mesmo ano, subsidiados pelo Decreto nº 6.734, de 9 de setembro de 1997, que disciplinam a concessão do diferimento do recolhimento do ICMS quando o contribuinte promova saídas internas de produtos petroquímicos intermediários com destino a estabelecimento que os utilize na sua produção.

O defendente afirma que, inicialmente, o benefício do diferimento foi utilizado com base no Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica – BAHIAPLAST, instituído pela Lei nº 7.351/1998, transcrevendo seus artigos 3º. e 7º.

Com base nessa legislação específica, o impugnante informa que usufruía o diferimento mencionado nas vendas para a *Sansuy* dos produtos indicados nos incisos I a V, da norma transcrita, conforme consta em suas notas fiscais anexadas ao auto de infração. Que o autuante lavrou o auto de infração impugnado alegando que a *Sansuy* não tinha mais direito ao benefício do diferimento nas suas aquisições de insumos porque ele teria sido revogado pela Resolução do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST nº 2, de 11 de março de 2005 (documento nº 6). Entretanto, posteriormente, o Coordenador de Processos/DAT METRO, Sr. Edilson Meireles de O. Santos, lavrou informação no livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências da *Sansuy*, alertando que o certificado de habilitação de diferimento nº 004600.000-3 (BAHIAPLAST) fora erroneamente cancelado, razão pela qual foi emitido novo certificado para aquela finalidade, que tomou o nº 7709.0004 para ser utilizado nas operações internas, conforme Resoluções do programa DESENVOLVE nºs 35/2004 e 15/2005 (documento nº 5).

Diz que o novo certificado de habilitação de diferimento nº 7709.0004, emitido em 18 de dezembro de 2012, restaurou o benefício em questão, com efeito retroativo, aplicando as regras do Decreto nº 6.734/1997 (anterior ao programa BAHIAPLAST), que, em seu artigo 2º, inciso XI, alínea *a*, concede diferimento do ICMS para os produtos comercializados pelo impugnante.

Frisa que o diferimento usufruído tem fundamento no Decreto nº 6.734/1997, na Lei nº 7.351 e no Decreto nº 7.438, ambos de 1998, e embora tenha sido corrigido o cancelamento equivocado do deferimento concedido a *Sansuy* pelo programa BAHIAPLAST (documento nº 5), para efeito de fruição do benefício bastava a regra do Decreto nº 6.734/1997, que não foi impugnado pelo agente fiscal, ficando clara a regularidade de sua vigência e aplicação ao caso concreto.

Por essas razões, entende que não pode subsistir o auto de infração no que se refere à cobrança do ICMS, seja porque as operações elencadas pela fiscalização estão beneficiadas pelo diferimento do tributo, seja porque houve recolhimento posterior, como é comum nas hipóteses de diferimento, em que determinado contribuinte, ao realizar suas operações de saída, recolhe o tributo devido nas operações anteriores.

Assegura que o tributo foi recolhido em momento posterior. Que não se pode exigir novamente, o mesmo imposto, do impugnante, sob pena de enriquecimento injustificado do Estado, que pretende recebê-lo em duplicidade. Diz que neste particular, o auto de infração somente seria legítimo se o agente fiscal demonstrasse cabalmente que o ICMS nele exigido não foi recolhido na operação posterior e, mesmo assim, demonstrasse também que não há legislação autorizando o diferimento do tributo. Que não houve qualquer prova em relação ao não recolhimento posterior, e por isso, o auto não se sustenta neste ponto, especialmente porque aqui ficou demonstrada a existência de legislação válida autorizando o diferimento do ICMS que está sendo cobrado irregularmente no auto de infração impugnado.

Infração 02: Alega que comprovará na fase pericial que houve o débito correspondente ao valor do ICMS na escrituração regular, circunstância que retira o fundamento da infração mencionada.

Infração 03: Alega que demonstrará na fase pericial que as notas fiscais foram escrituradas na base de dados contábil da impugnante e revelam que a ausência do referido registro não gerou qualquer prejuízo para o Erário em razão de se referirem a notas de remessa para locação, retorno de armazenagem, devolução em consignação e retorno de conserto.

Infração 04: Também afirma que demonstrará na fase pericial, o ICMS foi recolhido adequadamente, levando em consideração a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, não havendo como manter a autuação fiscal também neste ponto.

Prosseguindo, o defendente comenta sobre a prova pericial e verdade material, ressaltando que o Regulamento ao Processo Administrativo Fiscal, estabelece, em seus artigos 123, § 3º, e 145, parágrafo único, as regras para que seja requerida a realização de prova pericial. Diz que no caso concreto, a necessidade de perícia reside no fato de ser impossível a apresentação de documentos isolados para relacionar fatos, números, além da decomposição de informações contidas em documentos digitais que as apresentam de forma sintética.

Entende que é absolutamente indispensável que o cotejo dessa documentação seja feito após diligência efetuada pelos peritos das partes para que fique validamente constatada a existência, a correlação e os efeitos decorrentes de seu conhecimento oficial, especialmente no que se refere à demonstração cabal de que não houve sonegação fiscal, ou qualquer outro prejuízo para o Erário.

Também afirma que a quantidade desses documentos é outro fator que dificulta a produção imediata da prova, considerando que cada nota fiscal gera inúmeras intercorrências no sistema de escrituração normal e digital, que exigem decomposição analítica de cada fase, para que se possa enxergar e provar os direitos do contribuinte e do Fisco.

Quanto ao dever de a autoridade administrativa buscar a verdade material, reproduz o posicionamento de Marcus Vinicius Neder e Maria Teresa Martinez López e transcreve ensinamento de Célio Armando Janczeski sobre o princípio da verdade real ou material.

Requer o deferimento de diligências e da efetivação da prova pericial sobre todos os documentos relacionados com as infrações apontadas nesse auto de infração, apresentando quesitos que deverão ser apreciados por perito indicado na fase de instrução. Indica como sua assistente pericial contábil a Sra. Wilma Parizotto, inscrita no CRC-ISP nº 152.226/O-1, com endereço profissional na Rua Dr. Edgardo de Azevedo Soares, 392, na Cidade de Várzea Paulista, no Estado de São Paulo, telefone: (11) 4596-8908.

Pede a anulação integral do presente Auto de Infração e da respectiva cobrança, tendo em vista as alegações jurídicas contidas na impugnação e no conteúdo da perícia que requereu.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 277 a 281 dos autos. Quanto à primeira infração, afirma que o texto descritivo já esclarece, por si só, a situação fática que ensejou o lançamento de ofício, qual seja, o autuado deixou de destacar e de recolher ICMS nas saídas para sua cliente SANSUY, registrando nas informações complementares das notas fiscais que tais operações estariam amparadas por um benefício do BAHIAPLAST. Ocorre que tal benefício fora revogado desde o exercício de 2005 (fl. 15 do presente processo).

Diz que o autuado, em sua peça de defesa, tenta arguir outras alternativas que autorizariam as vendas sem destaque de ICMS para a SANSUY. Diz que no primeiro momento (terceiro parágrafo na fl. 103), referindo-se à sua cliente SANSUY, o autuado afirma que “o Fisco declara que aquela empresa teve o seu certificado de habilitação erroneamente cancelado” e, para provar sua afirmação, anexou o que chamou de documento nº 5 (fl. 131 deste processo).

Assegura que tal documento não se refere a cancelamento de habilitação, mas sim a uma concessão errônea de habilitação. Reproduz o texto do Coordenador de Processos, dizendo que é bastante claro: “informo que foi concedido erroneamente o certificado de habilitação de diferimento nº 004600.000-3, que trata nas aquisições do exterior”. Registra que se trata de aquisições do exterior, o que nada tem a ver com os fatos geradores que ensejaram o

cometimento da infração 01, ou seja, aquisições pela SANSUY, junto ao autuado (ELEKEIROZ S/A), nas quais esta deveria ter destacado ICMS em tais operações e não o fez.

Diz que numa segunda tentativa, a peça de defesa volta a mencionar o mesmo fictício cancelamento errôneo de habilitação (1º e 2º parágrafos da folha 106) e afirma que, em operações internas, sua cliente SANSUY passaria a gozar de diferimento de ICMS com base no programa DESENVOLVE e que tal benefício teria efeito retroativo.

Nesse aspecto, observa dois quesitos separadamente: a alegada retroatividade de efeitos e o efetivo direito da empresa SANSUY em usufruir dos benefícios do DESENVOLVE. Quanto à alegada retroatividade do benefício ao qual a SANSUY foi habilitada em 2012, afirma que se trata de mais uma das alegações não provadas pelo impugnante.

Em relação ao efetivo direito da empresa SANSUY em usufruir dos benefícios do PROGRAMA DESENVOLVE, observa que o CONSEF, em seu Acórdão da 2ª CJF nº 0219-12/10 (cópia às fls. 44 e seguintes do presente processo), já consolidou seu entendimento de que “houve utilização indevida do incentivo” por parte da SANSUY (3º e 4º parágrafos da fl. 69 deste processo) e de que, embora os autuantes não tenham competência para cancelar benefício ou incentivo fiscal, “é correta a exigência do ICMS pela fiscalização quando ficar comprovado que o usufruto do benefício fiscal não pode ocorrer face ao não atendimento das condições estabelecidas” (primeiro parágrafo da fl. 70 do presente processo).

Para reforçar a tese já reiteradamente acolhida pelo Consef, transcreve a ementa do acórdão JJF Nº 0097-03/14, que julgou procedente o auto de infração 269132.0004/13-1, cuja infração 01 foi idêntica à infração 01 do presente auto, referindo-se apenas ao exercício de 2009, enquanto que o atual versa sobre o exercício de 2011.

Conclui que restou comprovado o descabimento de qualquer amparo legal às vendas para a cliente SANSUY sem destaque de ICMS, por isso, pugna pela procedência total desta infração.

Infração 02: Informa que na própria descrição desta infração já foram transcritas as linhas da EFD que mostram o valor 1.400,86 para o ICMS da nota fiscal 3864. E foi com base nesse valor que o contribuinte apurou seu ICMS no mês em questão.

Infração 03: Diz que o impugnante reconhece a falta de escrituração fiscal de notas fiscais elencadas na infração 03 e alega que tal fato não acarretou prejuízo ao Erário. Assim sendo, como o próprio autuado já reconheceu tratar-se de notas fiscais que não foram registradas na escrita fiscal (EFD), pugna pela procedência total desta infração.

Infração 04: Esclarece que da mesma forma como procedeu quanto à infração 02, também aqui o autuado abriu mão da oportunidade de apresentar impugnação e se limitou a dizer que “demonstrará na fase pericial” que “o ICMS foi recolhido adequadamente”.

Assegura que em todos os demais meses compreendidos no período fiscalizado, o contribuinte recolheu adequada e corretamente o valor do ICMS devido por diferenças de alíquotas. Entretanto, em particular para os meses de dezembro/2010 e junho/2011, o contribuinte debitou-se a menos em seu livro registro de apuração de ICMS: em dezembro/2010, foi debitado um ICMS de R\$23.680,87, quando o correto seriam R\$25.115,73, gerando uma diferença de R\$1.434,86 e, em junho/2011, foi debitado um valor de ICMS de R\$43.120,14, quando o correto seriam R\$47.846,23, gerando outra diferença no valor de R\$4.726,09, tudo conforme analiticamente demonstrado no Anexo IV-A. Pede a procedência desta infração 04.

Diz que o impugnante requer a realização de perícia para responder a questionamentos que, ou já foram esclarecidos na informação fiscal, ou foram comprovados pelo próprio impugnante com documentos anexados ao processo (embora façam prova contrária a seus interesses), motivos pelos quais entende não haver necessidade de novas diligências.

Finaliza, afirmando que a defesa não traz qualquer substrato capaz de elidir a autuação fiscal ou de apontar, de forma objetiva, qualquer vício, no auto de infração, que pudesse ensejar sua nulidade

ou improcedência. Ressalta que ficou provada a insubsistência do pedido de diligência, pelos motivos apresentados nos tópicos acima, não podendo a Administração aceitar práticas meramente procrastinatórias.

VOTO

Nas razões de defesa o autuado requereu o deferimento de diligências e da efetivação da prova pericial. Observo que o convencimento do julgador será formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no processo, apreciando as provas, e a deliberação para a realização de diligência ou perícia acontece quando essas providências forem necessárias à convicção dos julgadores, podendo ser indeferida quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Assim, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal ou perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

Vale salientar que o indeferimento do pedido de diligência ou perícia não pode ser considerado como cerceamento ao direito de defesa, haja vista que o entendimento doutrinário é de que o deferimento de diligência deve obedecer a uma série de requisitos estabelecidos na legislação e o não atendimento desses requisitos é causa de rejeição do pedido sem que isso signifique cerceamento de defesa. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi constatada qualquer dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante.

A primeira infração refere-se à falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, constando na descrição dos fatos, que a exigência fiscal se refere às saídas de mercadorias para o destinatário SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, CNPJ 14.807.945/0001-24., e o autuado deixou de destacar nas notas fiscais e deixou de recolher ICMS sobre tais operações, alegando estar autorizado pelo disposto no art. 7º do Decreto 7.439/98. Entretanto, 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.

O referido Decreto 7.439/98 aprovou o Regulamento do Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica - BAHIAPLAST, estando previsto no seu art. 7º o diferimento do lançamento e pagamento do ICMS devido nas saídas internas de produtos petroquímicos intermediários, de estabelecimentos onde sejam exercidas atividades enquadradas na Classificação Nacional de Atividades Econômicas/Fiscal (CNAE-FISCAL) sob os códigos indicados, desde que produzidos nesses estabelecimentos, com destino a contribuintes que os utilizem no processo de industrialização, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes do seu processamento ou industrialização.

Considerando 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, as operações realizadas após aquela data não poderiam utilizar o benefício fiscal. Neste caso, ficou caracterizado que foi efetuada operação tributável considerada pelo autuado como não tributável.

O impugnante apresentou o entendimento de que não está obrigado a recolher o ICMS diferido, conforme exige o auto de infração, afirmando que esse tributo foi pago em operações posteriores, tendo em vista que as notas fiscais foram emitidas com a informação do diferimento 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*. Entretanto, se trata de benefício sob condição, qual seja, saídas internas de produtos petroquímicos intermediários, de estabelecimentos onde sejam exercidas atividades enquadradas na Classificação Nacional de Atividades Econômicas/Fiscal (CNAE-FISCAL) sob os códigos indicados no Regulamento BAHIAPLAST, desde que produzidos nesses estabelecimentos, *com destino a contribuintes habilitados no referido benefício*. Dessa forma, sendo um benefício fiscal

condicionado a determinado requisito, se aquela condição não foi satisfeita, o tributo é considerado devido.

Quanto ao argumento do autuado de que o Fisco declarou que a SANSUY teve o seu certificado de habilitação erroneamente cancelado, o autuante esclareceu que tal documento não se refere a cancelamento de habilitação, mas sim a uma concessão errônea de habilitação. Disse que o texto do Coordenador de Processos é bastante claro: *“informo que foi concedido erroneamente o certificado de habilitação de diferimento nº 004600.000-3, que trata nas aquisições do exterior”*. Registra que, por se tratar de aquisições do exterior, nada tem a ver com os fatos geradores que ensejaram o cometimento da infração 01, ou seja, aquisições, pela SANSUY, junto à ora autuada ELEKEIROZ S/A, nas quais esta deveria ter destacado ICMS em tais operações e não o fez.

O defendente também alegou que o auto de infração impugnado perde a sua sustentação em razão da existência de outro benefício fiscal, disciplinado pelo Decreto nº 6.734, de 9 de setembro de 1997, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia no dia 10 do mesmo mês, transcrevendo seu artigo 2º, inciso XI.

Entendo que neste caso, como foram utilizadas as regras específicas do benefício estabelecido pelo Regulamento BAHIAPLAST, não cabe analisar a aplicabilidade às operações objeto da autuação das hipóteses genéricas constantes no dispositivo do RICMS/BA mencionado pelo defendente, haja vista que ficou comprovado que o defendente não destacou o ICMS relativo às operações destinadas a contribuinte com o benefício do Programa BAHIAPLAST revogado em data anterior à operação realizada. Mantida a exigência fiscal.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no mês de março de 2010. O contribuinte efetuou venda de sua produção a outro contribuinte cearense de CNPJ 89.850.341/0001-60, que se apropriou do crédito fiscal no valor de R\$1.400,86, devidamente destacado na Nota Fiscal nº 3864, de 08/03/2010. O autuado não se debitou do correspondente valor de ICMS em sua Escrituração Fiscal Digital.

Em sua impugnação, o defendente apenas alegou que comprovará na fase pericial que houve o débito correspondente ao valor do ICMS na escrituração regular, circunstância que retira o fundamento da infração mencionada.

Não acato as alegações defensivas, haja vista que deve ser comprovada a emissão dos correspondentes documentos fiscais pelas operações realizadas e o respectivo recolhimento do imposto; tal comprovação não depende da realização de prova pericial, como alegou o defendente. No presente Auto de Infração, o imposto foi apurado com base em documento fiscal emitido pelo autuado, fl. 16 do PAF, DANFE nº 003.864. Neste caso, não haveria necessidade de outros levantamentos fiscais para comprovar a falta de recolhimento do imposto, como alegou o defendente.

O documento fiscal emitido e não escriturado corresponde a operação de circulação de mercadoria sujeita ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido. Infração subsistente.

Infração 03: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. O contribuinte deixou de escriturar em sua EFD notas fiscais de entradas de mercadorias sujeitas a tributação, conforme demonstrativos constantes nos Anexos III-A e III-B. Exigida multa de 10% do valor das mercadorias totalizando R\$240.464,98.

Em relação às aquisições de mercadorias, a legislação estabelece que a escrituração deve ser efetuada no Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 322, do RICMS/97), sendo que a falta de escrituração constitui irregularidade por descumprimento de obrigação acessória, punível com multa calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no

estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, no percentual de 10% para mercadorias sujeitas a tributação, de acordo com o art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96.

O defendente não negou o cometimento da irregularidade apurada, tendo alegado nas razões de defesa que demonstrará na fase pericial, que as notas foram escrituradas na sua base de dados contábil e revelam que a ausência do referido registro não gerou qualquer prejuízo para o Erário em razão de se referirem a notas de remessa para locação, retorno de armazenagem, devolução em consignação e retorno de conserto.

Observo que embora o autuado tenha apresentado contestação a este item do presente lançamento, os valores apurados, constantes do demonstrativo de débito originalmente elaborado pela autuante, não foram comprovados mediante a apresentação de livros fiscais devidamente escriturados. Não acato a alegação do defendente, haja vista que a falta de registro de notas fiscais nos livros fiscais representa embaraço à fiscalização, impossibilitando os controles fiscais e inviabilizando a realização de verificações, a exemplo do tipo de mercadoria comercializada, e o regime de tributação dessa mercadoria. Portanto, houve prejuízo para os procedimentos fiscais, impondo-se a aplicação de penalidade por descumprimento da obrigação acessória. Dessa forma, concluo que é subsistente a exigência da multa constante no presente lançamento, com base no demonstrativo às fls. 17 a 20 do PAF.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de dezembro de 2010 e junho de 2011. Consta, ainda, que esta infração se refere à parcela do ICMS devido referente à diferença de alíquota que deixou de ser recolhida em razão do desencontro entre os valores totais devidos mês a mês e os valores efetivamente lançados na escrita fiscal.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96), conforme demonstrativo às fls. 26 a 34 do PAF.

O autuado não contestou os dados constantes no levantamento fiscal, alegando que demonstrará na fase pericial, que o ICMS foi recolhido adequadamente, levando em consideração a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, não havendo como manter a autuação fiscal também neste ponto.

Como se trata de apresentar apenas a comprovação do recolhimento do imposto, não há necessidade de prova pericial, como entendeu o defendente. Não acato as alegações defensivas e concluo pela subsistência deste item do presente lançamento.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269132.0002/14-7, lavrado contra **ELEKEIROZ S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.310.320,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$240.464,98**, previstas no art. 42, inciso IX, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA