

A. I. N° - 206830.0021/13-5
AUTUADO - BELGO BEKAERT NORDESTE S/A.
AUTUANTES - LUÍS CARLOS BRITO REIS NABUCO e CLÁUDIA LINS MENEZES LIMA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 27.05.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0070-02/15

EMENTA: ICMS. 1. ZONA FRANCA. SAÍDAS DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. FALTA DE ABATIMENTO, NO PREÇO DA MERCADORIA, DO VALOR EQUIVALENTE AO DESCONTO DO IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. O abatimento, na Nota Fiscal, do valor correspondente ao imposto excluído em virtude da isenção constitui condição para fruição do benefício. É devida a exigência fiscal. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração parcialmente caracterizada mediante a constatação de apropriação de crédito fiscal de mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento com se fosse para o ativo fixo. Reduzido o débito por erro na sua apuração. 3. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DO PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração parcialmente caracterizada após refazimento do levantamento fiscal com base em provas apresentadas na defesa. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DO IPI NAS OPERAÇÕES DE VENDAS À CONSUMIDOR FINAL. Compõe a base de cálculo do ICMS o valor do IPI, nas saídas efetuadas com destino a consumidor final. Infração não impugnada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os documentos não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente, sujeitas ao imposto. É devido o imposto. Infração não elidida. Rejeitada a arguição de nulidade da autuação e não acolhido pedido para redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/2013, exige o montante de R\$149.521,05, em razão do cometimento das seguintes infrações:

01 – 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS de R\$26.347,87, nos meses de março, maio, junho e agosto de 2011, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, quando efetuou saídas de mercadorias para Zona Franca de Manaus, sem destaque do imposto e sem a concessão correspondente ao imposto não destacado, condição estabelecida pelo art. 29, inciso II, do RICMS/97 para fruição da isenção do ICMS na operação interestadual, conforme demonstrativo à fl. 12.

02 – 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$69.187,22, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 2010 a janeiro de 2012, conforme demonstrativos às fls. 14 a 190. Foi consignado, ainda, que “Conforme livro CIAP baixado da EFD do contribuinte e demonstrativo do crédito indevido, onde consta a discriminação das mercadorias e parcelas apropriadas mensalmente. O contribuinte apropriou-se do crédito de mercadorias destinadas a uso e consumo, como se fossem ativo fixo. O total autuado somou R\$33.359,45 em 2011 e R\$2.743,44 em 2012 conforme demonstrativo analíticos e resumo anexado ao processo.”

03 – 03.08.04 - Recolhimento a menor do ICMS, no valor de R\$34.083,81, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a diliação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, nos meses de maio, setembro e dezembro de 2010, junho e dezembro de 2011, conforme demonstrativo do cálculo das parcelas dilatadas de 2011 e 2012, demonstrativos das mercadorias excluídas do benefício de 2011 e 2012, e demonstrativo Resumo, haja vista que o contribuinte errou quando incluiu no cálculo da parcela incentivada pelo DESENVOLVE a saída de sucatas, borra e cinza, que não fazem parte das Resoluções nºs 48/2008 e 30/2009 que concederam o benefício.

04 – 03.02.09 – Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$6.645,11, em decorrência da não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto, quando da venda de mercadorias a consumidor final, nos meses de janeiro a março, maio a julho, e outubro de 2010, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2011, conforme demonstrativos às fls. 210 a 219. Consta ainda que: “Referentes a saídas interestaduais de mercadorias destinadas a construtoras, condomínios e incorporadoras, à alíquota de 17%, sem a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, conforme demonstrativos e documentos de consulta cadastral dos destinatários, em anexo.”

05 – 02.01.02 – Deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS no valor de R\$13.257,04, referentes às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, referente a notas fiscais eletrônicas emitidas, no mês de março de 2010, conforme demonstrativo às fl. 221.

O autuado, às fls. 227 a 248 dos autos, apresenta impugnação administrativa, de acordo com as razões a seguir expostas.

Infração 01 - 02.01.03

Comenta que segundo determina o art. 29 do RICMS/BA as operações de remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus serão isentas do recolhimento de ICMS - interestadual caso o vendedor conceda ao adquirente, situado na área incentivada, desconto correspondente ao valor do ICMS que incidiria sobre a operação caso a isenção não existisse. E que o RICMS/BA também impõe que o desconto seja destacado na nota fiscal que documenta a operação interestadual.

Aduz que, embora não tenha realizado o destaque nas Notas Fiscais apontadas no Auto de Infração, o desconto do ICMS foi efetivamente concedido aos adquirentes situados na Zona Franca de Manaus.

Para comprovar sua alegação, informa que conforme notas fiscais anexas (doc. 3, fls. 486 a 501) é possível verificar que o mesmo tipo de mercadoria relacionada nas notas fiscais relacionadas pela Fiscalização Baiana, foram comercializadas – também em operações interestaduais – com preço bastante superior ao praticado pela Impugnante em relação às operações de remessa à Zona Franca de Manaus.

Reproduziu parcialmente os documentos fiscais Nota Fiscal nº 34942 (relacionado no Auto de Infração) e Nota Fiscal nº 35565 (doc. 3, fls. 486 a 501) em que demonstra a disparidade de preços entre as duas operações.

Observa que se trata da mesma mercadoria (cordoalha 7F ENGR E PLAST CP RB 190 12,7 2 ton – NCM/SH 73121090), mas que praticou preços maiores quando procedeu a remessa para contribuinte

situado em Estado para o qual o RICMS/BA não prevê a isenção do ICMS sobre a operação, como existe para a ZFM. Diz que o preço praticado para o Estado de São Paulo foi de R\$49.374,47 para 9.591 Kg de cordoalha, enquanto o preço praticado para a Zona Franca de Manaus foi de R\$29.866,79 para 9.212 Kg de cordoalha.

Diante disso, sustenta que atendeu ao disposto no art. 29, inciso II, do RICMS/BA, pois concedeu o desconto previsto na legislação apto a tornar isentas do ICMS as operações de remessa à Zona Franca de Manaus.

Argumenta que mesmo que não tenha destacado nas notas fiscais referidas pela autuação o desconto do ICMS, o Auto de Infração deve ser tido por insubstancial em relação a esta infração, pois a ausência do destaque do desconto configura mera infração de natureza formal, pois o desconto foi efetivamente concedido.

Reproduziu um julgamento de lavra da Primeira Câmara de Julgamento Fiscal da Bahia, qual seja: "*EMENTA: ICMS. ZONA FRANCA. REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. FALTA DE ABATIMENTO, NO PREÇO DA MERCADORIA, DO VALOR EQUIVALENTE AO IMPOSTO QUE SERIA DEVIDO SE NAO HOUVESSE A ISENÇÃO. Modificada a Decisão. O abatimento, na nota fiscal, do valor correspondente ao imposto excluído em virtude da isenção constitui condição para fruição do benefício. De acordo com as notas fiscais acostadas aos autos, restou demonstrada a diferença entre os preços praticados nas vendas à Zona Franca de Manaus e a outros Estados da Federação, que equivale à isenção do ICMS, valor que foi abatido dos preços de venda da mercadoria, não ocorrendo, portanto, infração à obrigação principal, mas, tão-somente, à obrigação acessória de não indicar esta condição, expressamente, na nota fiscal. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime. (Acórdão CJF nº 0217-11/03. Processo: A. I. nº 232902.0045/02-4)"*

Infração 02 - 01.02.02

Destaca que a autuação aponta infração referente a apropriação de créditos de ICMS referentes ao ativo imobilizado, quando – supostamente – estaria se apropriando de créditos inexistentes, pois referentes a bens de uso e consumo. Ou seja, que segundo o Auto de Infração epígrafado teria se apropriado de créditos de ICMS gerados por notas fiscais cujas mercadorias se referiam a bens de uso e consumo da empresa, tomando por base o CIAP (Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente) extraído da EFD/SPED da empresa.

Aponta que nos documentos anexos ao Auto de Infração em epígrafe, a Fiscalização Fazendária relaciona todos os documentos fiscais supostamente utilizados pela Impugnante para calcular seu crédito de ICMS previsto no art. 93, V, "b", do RICMS/BA, referente ao ativo imobilizado.

Considerou equivocada tal conclusão fiscal, pois não utilizou para o cálculo do seu crédito de ICMS todas as notas fiscais constantes do CIAP, mas apenas aquelas que efetivamente gerariam o crédito previsto no art. 93, inciso V, alínea "b".

Explica que no SPED as notas fiscais são agrupadas por CFOP, de tal maneira que todas aquelas referentes ao ativo imobilizado estão lançadas no CIAP, inclusive aquelas que não geram a possibilidade de creditamento nos termos do art. 93, inciso V, alínea "b", do RICMS-BA.

Sendo assim, diz que a fim de calcular com exatidão o valor do crédito de que trata o art. 93, V, "b", do RICMS/BA, faz o controle das notas fiscais mediante planilhas de EXCEL (doc. 4, fls. 503 a 513), alimentadas manualmente com informações extraídas do CIAP.

Observa que do exame dessas planilhas (doc. 4, fls. 503 a 513) nota-se que não foi calculado seu crédito utilizando todas as notas fiscais, mas apenas aquelas que se referiam ao ativo imobilizado, excluindo as referentes a bens/mercadorias de uso e consumo, ou mesmo aquelas que, referentes ao ativo imobilizado, não poderiam gerar crédito em razão das vedações contidas no art. 97 do RICMS/BA.

A título de exemplo, observou que em relação ao mês de agosto de 2010, o Auto de Infração apontou que o crédito do art. 93, V, "b", havia sido apurado pela Impugnante com excesso na ordem de R\$2.744,79, contudo, conforme demonstrado em planilha anexa (doc. 4, fls. 503 a 513), o valor total do crédito é de R\$2.368,59, em relação às Notas Fiscais n^{os} 2261; 9331, e 8206785.

Com base nisso, sustenta que não há que se falar em irregularidade no cálculo da parcela de ICMS que goza dos benefícios instituídos pelo DESENVOLVE. Isso porque, diz que realiza o recolhimento antecipado do ICMS referente à sucata (CFOP nº 5101), excluindo o respectivo imposto (já recolhido) do cálculo que determina a parcela do ICMS beneficiado pelo DESENVOLVE.

Infração 05 - 02.01.02

Discordou da autuação epigrafada de que teria deixado de escrutar nos livros fiscais próprios as Notas Fiscais n^{os} 18564 e 18565, arguindo que:

"Em 30/03/2010, às 17h37m15s, a Impugnante emitiu a NF 18564 para documentar a operação interestadual de remessa de 24.049 Kg de "FIO CP 170 RB 7 E – 1 TON" para a empresa Cassol Pré-fabricados Ltda. localizada em Araucária/PR. Ocorre que, por um erro no sistema a NF-e não foi registrada e a empresa emitiu, no mesmo dia 30/03/2010, às 17h52m23s, a NF-e 18565, que documentava a mesma operação.

Em razão de alguma instabilidade no sistema, a NF-e 18565 também não foi registrada nos sistemas da Impugnante, que, no dia seguinte (31/03/2010), às 15h08m00s, emitiu a NF-e 18628 (doc. 6, fl.545), para registrar a mesma operação interestadual de remessa de 24.049 Kg de "FIO CP 170 RB 7 E – 1 TON" para a empresa Cassol Pré-fabricados Ltda. localizada em Araucária/PR.

A NF-e 18628 foi registrada no sistema da Impugnante e devidamente lançada nos livros de registro de saída, cumprindo o que exige a legislação aplicável.

Contudo, fato é que a mesma operação de venda foi documentada por três NF-e diferentes! Razão pela qual a fiscalização de tributos do Estado da Bahia aponta ter a Impugnante infringido o RICMS-BA ao deixar de registrar as NF-e 18564 e 18565 (doc. 7, fls. 547 a 548) em seus livros de registro."

Destaca que ao comparar as três NF-e, emitidas um intervalo de tempo inferior a 24 horas, percebe-se a perfeita coincidência de quantidade e tipo de mercadoria, de preço e de destinatário, o que entende quer a operação ocorreu apenas uma vez.

Frisa que o registro da mesma operação por três NF-e distintas não passa de mero equívoco da Impugnante oriundo de instabilidade em seu sistema de registro de NF-e.

Alega que só teve conhecimento da existência de tais NF-e após notificação do presente Auto de Infração e só obteve o espelho dos mencionados DANFE porque a Fiscalização de Tributos do Estado da Bahia forneceu as chaves de acesso à Impugnante.

Traz como prova disso, os *print screen* (doc. 8, fls. 550 a 553) extraídos das telas dos sistemas de consulta da Impugnante que não apontam a existência das NF-e n^{os} 18564 e 18565, bem como a cópia do livro de Registro da empresa (doc. 9, fls. 555 a 556) em que as NF-e seguem a numeração contínua até a NF-e nº 18563 onde a numeração é interrompida e volta a seguir a partir da NF-e nº 18566.

Assim, ressalta que se justifica a ausência de registro das NF-e n^{os} 18564 e 18565 nos livros da empresa, razão pela qual, a infração não deve subsistir já que a operação foi realizada apenas uma vez, tendo sido documentada pela NF-e nº 18628, devidamente lançada no livro de registro da empresa.

Em sequência, quanto às multas aplicadas, aduz que, caso se entenda que a autuação deve prevalecer da maneira como posta pela fiscalização, requer a exclusão/diminuição das multas aplicadas pela Fazenda Estadual, por considerá-las desarrazoada ou desproporcional, e por não ter agido com dolo de lesar o Fisco Estadual, e por entender que tem caráter confiscatório,

conforme artigo 150, inciso IV, da CF/88, entendimento dos Tribunais Superiores (STF e STJ), e lição de renomados professores de direito tributário.

Por tais razões, assevera que as multas discutidas (100% do valor do tributo, nos termos do art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96 e 60% do valor dos tributos, conforme o art. 42, inciso II, "a" e art. 42, inciso VII, "f", da Lei nº 7.014/96) hão de ser excluídas, diante de seu nítido caráter confiscatório, desarrazoada e desproporcional quando cotejada com a do valor da exação fiscal.

Ao final, requer:

- a nulidade do Auto de Infração, diante da insubsistência das infrações que lhe foram atribuídas, devidamente demonstrada pelos documentos acostados a esta defesa;
- subsidiariamente, a redução/exclusão das multas aplicadas, caso subsista alguma infração elencada no Auto de Infração, tendo em vista a natureza confiscatória e desarrazoada das sanções;
- a juntada oportuna de outros documentos no curso do processo administrativo, em observância ao Princípio da Verdade Material e em observância ao art. 123, § 5º do RICMS/BA;
- a intimação seja feita em nome do advogado Daniel Vilas Boas, inscrito na OAB/MG sob o nº 74.368, sob pena de nulidade.

Os autuantes, em sua informação fiscal às fls. 563 a 571 dos autos, dizem que, no tocante à infração 01, aduzem que não foi provado o argumento do autuado de que, *Embora a Impugnante não tenha realizado o destaque nas Notas Fiscais apontadas no Auto de Infração, o desconto do ICMS foi efetivamente concedido aos adquirentes situados na Zona Franca de Manaus*, haja vista que o autuado também comercializa os mesmos produtos, com destinos para diversos Estados da Federação com preços iguais ou inferiores aos praticados nas notas fiscais destinadas à Zona Franca de Manaus.

Os autuantes apresentaram no corpo da informação fiscal, fls. 564 e 565, um demonstrativo de preço unitário, comparando alguns dos preços unitários praticados para a Zona Franca e para outros Estados, tomando por base notas fiscais de saídas interestaduais referentes a mercadoria cordoalha 7F engr e plastcp 190 12,7 2 ton, código do produto nº 40400069, para mostrar que os preços praticados para diversos estados da federação foram iguais ou inferiores aos praticados para a ZFM.

Assim, arguindo que o autuado não tendo cumprido a condição de concessão do desconto previsto no artigo 29, inciso II, do RICMS, condição indispensável para a fruição do benefício da isenção e não havendo prova inequívoca de que esse desconto foi concedido no preço da mercadoria, inclusive que tendo o autuado em algumas notas fiscais praticados para a ZFM preços iguais e até superiores aos praticados para outros Estados, fica caracterizado o descumprimento da obrigação principal, nos termos do art. 38 da Lei nº 7.014/96, que prescreve que quando a fruição do benefício depender de condição, se não for satisfeita esta condição o imposto será devido no momento em que ocorreu a operação.

Infração 02 - 01.02.02

Explicam que as planilhas do cálculo do crédito indevido foram extraídas da EFD do contribuinte, REGISTROS G125 e G130, onde constam os valores dos créditos do ICMS, discriminados, a serem apropriados no livro de Apuração, conforme cópia do CIAP de 01/2012, às fls. 550 a 599 dos autos.

Esclarecem que a partir do CIAP constante na EFD, com a discriminação das mercadorias, e seu centro de custo, eliminaram as mercadorias que não poderiam gerar crédito.

Aduzem que, a fim de provar sua alegação, o autuado teria que apresentar uma planilha contendo os números das notas, e as mercadorias, cujos créditos não foram utilizados, assim como todas as notas e mercadorias que foram utilizadas no cálculo.

Por fim, ratificam a autuação.

Infração 03 - 03.08.04

Concluem que cometem o equívoco de expurgar do cálculo do DESENVOLVE os valores de venda de sucata, valores estes que já haviam sido retirados através de estorno na apuração, assim como pagos via DAE. Assim, após serem retirados da exigência fiscal os débitos referentes à sucata, e continuarem os débitos referentes à *cinza de chumbo e mercadorias adquiridas de terceiros (código nº 40458461)*, mercadorias vendidas e que não fazem parte da Resolução do DESENVOLVE, os autuantes apuraram o valor remanescente a se exigir de R\$29.197,39, conforme demonstrativo às fls. 568/569 dos autos.

Infração 04 - 03.02.09

Destacam que o autuado não se manifestou sobre esta infração, referente a falta de inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, quando das saídas interestaduais de mercadorias destinadas a construtora, condomínios e incorporadoras.

Infração 05 - 02.01.02

Observam que este item corresponde à falta de escrituração nos livros fiscais próprios de notas fiscais eletrônicas de saídas de mercadorias emitidas em 30/03/2010, conforme demonstrativo anexo.

Aduzem que está provado através do demonstrativo à fl. 221, que o autuado emitiu as duas notas fiscais em 30/10/2010, fato não negado pelo autuado. Entendem que a emissão no dia seguinte de nota fiscal com os mesmos valores e destinatário, não invalida a omissão de registro das notas fiscais emitidas no dia anterior.

Frisam que o fato de não constarem dos seus controles internos o registro das referidas notas fiscais não descaracteriza as operações, em função de o contribuinte ter solicitado e obtido autorização para emissão das três notas fiscais.

Do exposto ratificam o procedimento fiscal e aguardam que seja julgado procedente.

Intimado a se manifestar sobre a informação fiscal, conforme Intimação e A. R. dos Correis, fls. 631 a 634, o autuado, às fls. 638 a 655 dos autos, se manifesta repetindo suas razões de defesa, com exceção do exemplo relativo ao mês de novembro de 2011 da infração 01, no qual diz que o aproveitamento de crédito no valor de R\$2.875,39 é composto da soma dos acumulados de créditos dos anos de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011, que, também, são formados pela soma das parcelas (01/48 – um quarenta e oito avos) de créditos titularizados pelo autuado, conforme demonstra às fls. 673 e 674 dos autos, e afirma que o mesmo ocorreu em relação às demais competências, cujas notas fiscais consideradas para cálculo do crédito foram informadas na impugnação e disponibilizadas novamente na sua manifestação. Assim, reitera que não merece prosperar a exigência de crédito indevido.

Conforme despacho de diligência à fl. 753, o processo foi convertido em diligência, por proposição do então Relator, para que os autuantes se manifestassem mediante informação fiscal, sobre os novos elementos acostados ao processo pelo sujeito passivo em sua última manifestação.

Em relação à segunda infração, considerando que o autuado, em sua defesa, alega que não utilizou para o cálculo do seu crédito de ICMS todas as notas fiscais constantes do CIAP, mas apenas aquelas que efetivamente gerariam o crédito previsto no art. 93, V, “b”, do RICMS/97, do que exemplifica que utilizou os créditos de R\$525,62 e R\$126,70 nos meses de maio e novembro de 2011, relativos apenas às Notas Fiscais nºs 53665, 97, 8968 e 368403 para cálculo dos referidos créditos fiscais, referentes ao ativo imobilizado.

Considerando que os autuantes, na informação fiscal, dizem que o valor do crédito aproveitado pelo autuado em novembro de 2011 não é R\$525,62 (R\$126,70) e sim R\$2.875,39, pois o autuado somente considerou em seu cálculo as mercadorias que entraram no estabelecimento em 2011, não computando as parcelas dos anos anteriores. Que caberia ao autuado provar sua alegação apresentando planilha contendo os números das notas fiscais e as mercadorias cujos créditos não foram utilizados, assim como todas as notas fiscais e mercadorias que foram utilizadas no cálculo.

Considerando que o autuado, ao se manifestar sobre a informação fiscal, afirma que, em relação à infração 01, no aludido mês de novembro de 2011, o aproveitamento de crédito no valor de R\$2.875,39 é composto da soma dos acumulados de créditos dos anos de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011, que, também, são formados pela soma das parcelas de um quarenta e oito avos de créditos por ele “titularizados”, conforme demonstra às fls. 673 e 674 dos autos, e afirma que o mesmo ocorreu em relação às demais competências, cujas notas fiscais consideradas para cálculo do crédito foram informadas na impugnação e disponibilizadas novamente na sua manifestação.

Considerando que os autuantes não tiveram a oportunidade de se pronunciar sobre a alegação e os novos documentos trazidos pelo deficiente, quando da sua última manifestação.

Na Pauta Suplementar do dia 27/06/2014 os membros desta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, decidiram converter o PAF em diligência à INFRAZ de origem para que os autuantes, nos termos do art. 137, I, “b”, c/c o seu parágrafo único, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, se pronunciem sobre os elementos probatórios apensados pelo sujeito passivo.

Um dos autuantes, fls. 757 a 763, atende ao pedido do órgão julgador, e quanto a alegação defensiva de que em sua defesa o autuado afirma que as notas são lançadas no SPED de acordo com o CFOP e que nele são lançadas todas as notas, inclusive aquelas que não geram direito ao crédito, e ainda, que a fim de calcular com exatidão o valor do crédito, a impugnante fez o controle das notas fiscais mediante planilha do Excel e que os créditos lançados no Apuração são formados pelos valores acumulados dos anos de 2006 a 2010 (no caso do mês de agosto de 2010), admite que de fato a impugnante faz o aproveitamento das parcelas 01/48 dos créditos de 2006 a 2011, como é de seu direito. Cita, a título de exemplo, que se tratar dos créditos lançados no CIAP de janeiro de 2012 (anexado ao PAF fl. 581), tem-se valores oriundos de entradas de fevereiro de 2008 a janeiro de 2012. Destaca que o aproveitamento dos créditos dos anos anteriores está correto, tanto nos demonstrativos do contribuinte, quanto no CIAP da EFD (que novamente anexou ao processo, agora em Excel). Observa que, quando se fala em creditamento da parcela 48 (por exemplo no CIAP janeiro 2012, pag. 621, REDE DE COMBATE A INCÊNCIO) esta se refere a compras efetuadas em fevereiro de 2008. Diz que não há questionamento quanto a isso.

Transcreveu o demonstrativo apresentado pelo contribuinte, com as notas creditadas em fevereiro de 2008 e a seguir as notas constantes do CIAP da EFD, e chama a atenção que o somatório dos créditos lançados na planilha do contribuinte totaliza R\$10.608,00, valor que, quando dividido por 48 parcelas tem-se o total do crédito a ser utilizado mensalmente conforme legislação, R\$221,00. Frisa que este é o mesmo valor do somatório das parcelas utilizadas no CIAP EFD.

Quanto ao agosto de 2009, diz que o contribuinte anexa memória de cálculo de com notas no valor de R\$2.368,59 (pag. 510), mas lança no demonstrativo resumo o valor de R\$132,58 (pag. 507), que multiplicado por 48 totalizará R\$6.363,84. Informa que o valor lançado na EFD, com a nomenclatura de aquisição de balança rodoviária, crédito da parcela 30, foi também R\$132,58. Observa que tal crédito não foi glosado.

Pelo acima alinhado, conclui o informante que:

O contribuinte diz que o crédito é formado por valores acumulados de anos anteriores, o que é correto e não foi questionado.

O controle em planilha Excel é necessário e é feito pela Autuada a fim de calcular o estorno relativo às saídas isentas e não tributadas.

O contribuinte quer provar que não se creditou das mercadorias discriminadas nos demonstrativos fls. 14 a 190, mas não o faz. Anexa demonstrativos resumos pags. 666 a 693 (anexamos novamente os demonstrativos fornecidos por eles, incluindo 2008, pois na impugnação eles somente anexaram janeiro de 2008) cujos valores são iguais aos do CIAP.

Ademais os demonstrativos analíticos anexados ao processo e enviados à fiscalização durante os trabalhos para comprovação dos créditos, contém valores, e numero de notas, sem a discriminação das mercadorias ou bens. O único documento a que a fiscalização teve acesso onde podem ser verificadas quais mercadorias foram utilizadas no creditamento foi a EFD, pois nela tal discriminação é obrigatória.

O contribuinte anexou apenas a discriminação de mercadorias do ano de 2007, cujos créditos não foram glosados!

Conclui pela manutenção total da infração número 02.

Conforme intimação e A. R. dos Correios, fls. 817 a 820, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal e dos documentos nela anexados, fls. 757 a 815, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls. 823 a 836, arguindo em relação à Infração 02, que inexiste a irregularidade apontada na apropriação de créditos de ICMS referentes a bens de uso e consumo.

Quanto a conclusão da diligência fiscal, (fls. 757-815), na qual, consta que os demonstrativos analíticos juntados pela Impugnante para a comprovação do crédito não discriminaram as mercadorias ou bens que davam origem aos créditos de ICMS referentes ao ativo imobilizado.

Considerando a argumentação fiscal acima, o autuado traz aos autos do processo administrativo em epígrafe novos demonstrativos analíticos (doc. 03, fls.) em que são discriminadas as Notas Fiscais, e descritas as mercadorias, bem como o projeto em que tais mercadorias foram empregadas, visando comprovar a higidez do seu crédito, que entende indevidamente glosado pela fiscalização.

Ressalta que todas as Notas Fiscais utilizadas pela empresa para calcular o crédito de que se apropriou se referem a mercadorias e a bens que foram empregados na construção de prédios e na montagem de máquinas e equipamentos que compõem o ativo imobilizado do estabelecimento, conforme planilha contendo o número das notas fiscais; as mercadorias/bens; e o emprego.

Argumenta que não procedem as alegações da fiscalização, pois os produtos e as mercadorias foram efetivamente empregados em prédios e em maquinário do ativo imobilizado da empresa.

Além disso, sustenta que também não procede a autuação, sob alegação de que utilizou para o cálculo do seu crédito de ICMS apenas as notas fiscais descritas nos demonstrativos analíticos anexos – que não correspondem a todos os documentos fiscais informados no CIAP –, mas apenas aquelas que efetivamente poderiam gerar o crédito previsto no art. 93, inciso V, alínea “b”.

Esclarece que no SPED as notas fiscais são agrupadas por CFOP, de tal maneira que todas aquelas referentes ao ativo imobilizado estão lançadas no CIAP, inclusive aquelas que não geram a possibilidade de creditamento nos termos do art. 93, inciso V, alínea "b", do RICMS-BA.

Sendo assim, aduz que a fim de calcular com exatidão o valor do crédito de que trata o art. 93, V, "b", do RICMS/BA, faz o controle das notas fiscais mediante planilhas de EXCEL (já anexadas aos autos deste processo administrativo), alimentadas manualmente com informações extraídas do CIAP.

Chama a atenção de que, do exame dessas planilhas, não calculou seu crédito utilizando todas as notas fiscais, mas apenas aquelas que se referiam ao ativo imobilizado, excluindo as referentes a

bens/mercadorias de uso e consumo, ou mesmo aquelas que, referentes ao ativo imobilizado, não poderiam gerar crédito em razão das vedações contidas no art. 97 do RICMS/BA.

A título de exemplo, cita que em no mês de agosto de 2010, houve o aproveitamento de crédito no valor de R\$27.713,45, e que este valor corresponde à soma de 1/48 (um quarenta e oito avos) de outros créditos titularizados pela empresa, conforme esquema apresentado no corpo da peça defensiva.

Afirma que o mesmo ocorreu em relação às demais competências dos anos de 2010 à 2012, conforme documentação já acostada aos autos epigrafados por ocasião da apresentação de Impugnação Administrativa.

Ademais, argumenta que poderia a Fiscalização analisar o Diário Geral onde a empresa contabilizou o registro de todas as notas fiscais mencionadas nos demonstrativos analíticos anexos, demonstrando que as mercadorias foram efetivamente usadas em projetos vinculados ao ativo imobilizado da empresa.

Por conta disso, sustenta que não merece prosperar a autuação em relação ao suposto creditamento indevido, vez que procedeu ao seu cálculo em estrita observância do que estabelece a legislação estadual sobre a matéria.

Subsidiariamente, aduz que caso se entenda que a autuação deve prevalecer da maneira como posta pela Fiscalização, requer a exclusão/diminuição da multa aplicada pela Fazenda Estadual, por entender confiscatória, nos termos dos artigos 150, IV, da CF/88, citando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, e lição de renomado professor de direito tributário, para arguir que as multas discutidas (100% do valor do tributo, nos termos do art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96 e 60% do valor dos tributos, conforme o art. 42, inciso II, a e art. 42, inciso VII, "f", da Lei nº 7.014/96) hão de ser excluídas, diante de seu nítido caráter confiscatório, desarrazoada e desproporcional quando cotejada com o valor da exação fiscal.

Ao final, em relação às demais infrações (01, 03 e 04), reitera as alegações apresentadas nas manifestações precedentes.

Subsidiariamente, requer:

- a redução/exclusão das multas aplicadas pela Fiscalização de Tributos do Estado da Bahia, caso subsista alguma infração elencada no Auto de Infração, tendo em vista a natureza confiscatória e desarrazoada das sanções;
- a juntada oportuna de outros documentos no curso do processo administrativo, em observância ao Princípio da Verdade Material e em observância ao art. 123, § 5º do RICMS/BA, especialmente do Diário Geral a fim de demonstrar a correição dos cálculos da Impugnante e, consequentemente, a higidez do crédito;
- que a intimação seja feita em nome do advogado Daniel Vilas Boas, inscrito na OAB/MG sob o nº 74.368, sob pena de nulidade.

Consta à fl. 897 um comunicado cientificando a autuante sobre a manifestação de fls. 823 a 895.

Às fls. 899 a 900 o sujeito passivo presta os seguintes esclarecimentos:

Informa que solicitados, em 02.09.2014, pela autuante no ofício anexo (doc. 2, fl. 905), relativos às mercadorias constantes nas planilhas CIAP dos exercícios de 2008 a 2011, no que diz respeito à sua utilização na manutenção de equipamentos; na substituição de peças; na aquisição de máquinas; na instalação de equipamentos novos; ou em outras hipóteses, junta aos autos do processo administrativo epografado as planilhas anexas – referentes aos exercícios de 2008 a 2011 – (doc. 3, fls. 907 a 918) nas quais são apresentadas as informações requeridas pela Fiscalização.

Reitera seu pedido de redução/exclusão das multas aplicadas, caso subsista alguma infração elencada no Auto de Infração, tendo em vista a natureza confiscatória e desarrazoada das sanções.

A autuante presta informação ao fiscal, fls. 922 a 923, registrando que a 2^a Junta de Julgamento Fiscal converteu este processo em diligência para que os Autuantes se pronunciassem sobre os elementos probatórios apresentados no Auto de Infração relativamente à infração 02.

Diz que:

Após a pronúncia destes fiscais, a Autuada apresentou em sua defesa a listagem com todas as notas lançadas no CIAP nos anos de 2008 a 2011, descriminando também, desta vez, as mercadorias e bens utilizados no cálculo.

O autuado foi intimado a esclarecer se as mercadorias/ bens foram utilizadas na substituição de peças, manutenção de equipamentos, instalação de equipamentos ou outra destinação.

Após a resposta da intimação, as planilhas apresentadas mostraram as mercadorias e os projetos de montagem de equipamentos aos quais se destinaram e a classificação: instalação ou modernização de equipamentos para aumento da produtividade.

Confirma que, de fato segundo o que foi demonstrado, a maior parte das mercadorias foi utilizada na montagem de equipamentos da planta industrial, com exceção de algumas mercadorias, claramente utilizadas em infraestrutura, pinturas ou instalação elétrica de máquinas ou prédios, conforme a própria Autuada afirma em sua defesa (pag. 828 e 829 p.p.).

Informa que, após a retirada das mercadorias utilizadas na montagem do maquinário restou a cobrança de créditos indevidos conforme planilhas anexadas, dos anos de 2008 a 2011 e o resumo do crédito consolidado, conforme novo demonstrativo do débito a seguir, que totaliza o débito de R\$6.183,81.

Conforme intimação e A. R. dos Correios, fls. 935 a 948, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls. 922 a 923, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls. 940 a 945, arguindo o seguinte.

Repete o contexto fático de todas as infrações, relata o andamento do processo, suas manifestações e informações fiscais dos autuantes, para argumentar que, mesmo diante da notável redução no valor da infração 02, ainda há ajustes a serem feitos pela fiscalização, conforme será demonstrado a seguir, razão pela qual o Auto de Infração epigrafado não merece ser mantido da forma como foi lavrado.

Assevera que, em que pese esta Manifestação se referir exclusivamente à infração nº 02, reitera todas as alegações apresentadas nas manifestações precedentes no sentido de que a autuação deve ser desconstituída em razão da inexistência de ofensas à legislação baiana, também no que se refere às infrações nºs 01, 03, 04 e 05.

No caso da infração 02, alega que ainda há ajustes a serem feitos em relação às Notas Fiscais nºs 44349 e 4088 (doc. 3), que se referem a CABOS ELÉTRICOS utilizados para a alimentação das MÁQUINAS referentes aos projetos que pertencem e, portanto, poderiam ser aproveitados como créditos.

Destaca a descrição que consta no Auto de Infração epigrafado para a Nota Fiscal nº 4088 (com valor de ICMS no importe de R\$17.592,00) é de CONJUNTO MATERIAIS LIMPEZA DIVERSOS. Entretanto, trata-se de evidente equívoco, que deve ter se originado quando o arquivo SPED foi gerado.

Aduz que tal conflito entre a descrição constante no SPED e a real natureza das mercadorias deve ter levado a Ilma. Fiscal a erro, razão pela qual manteve a referência a essas Notas Fiscais no demonstrativo de débito.

Contudo, afirma que os materiais referidos na Nota Fiscal nº 4088 – e também na Nota Fiscal nº 44349 – são cabos, cuja função é conectar as máquinas à rede de energia elétrica. Isto é, são espécies de “CABOS DE FORÇA” ou de “CABOS CARREGADORES” utilizadas como conexão entre a fonte de energia elétrica e a máquina, para que esta seja carregada ou posta em funcionamento.

Assim, argumenta que esses cabos teriam direito ao crédito do ICMS, razão pela qual não merece prosperar a autuação em relação ao suposto creditamento indevido, vez que a Impugnante procedeu ao seu cálculo em estrita observância do que estabelece a legislação estadual sobre a matéria.

Conclui reiterando as alegações apresentadas nas manifestações precedentes no sentido de que a autuação deve ser desconstituída em razão da inexistência de ofensas à legislação baiana; redução/exclusão das multas; e ainda, que a intimação seja feita em nome do advogado que subscreve a peça defensiva.

A autuante foi comunicada, fl. 968, sobre a manifestação de fls. 940 a 945 e 965 a 966, e prestou informação fiscal às fls. 971 a 973 dizendo que, apesar da conclusão na diligência fiscal, o autuado apresentou novamente esclarecimento, demonstrando, relação à infração 01 que seu arquivo SPED e planilhas apresentadas a fiscalização continham um erro relativo a Nota Fiscal nº 4088, que é na verdade, diz se referir a cabos elétricos usados para a instalação das máquinas compradas.

Quanto a Nota Fiscal nº 44349, verifica que também se referem a cabos utilizados na alimentação de máquinas novas na Empresa. Considerou que tais créditos são devidos ao contribuinte, e refez novamente o demonstrativo do débito, baseados nas planilhas anexadas a essa diligência reduzindo o montante cobrado no Auto de Infração para R\$883,08.

Conforme intimação e A. R. dos Correios, fls. 980 a 983, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls. 971 a 973, sendo-lhe entregues cópias, porém, não se manifestou no prazo estipulado.

VOTO

Inicialmente, há de ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, cujo lançamento tributário de todas as infrações contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante com base nos documentos fiscais do contribuinte autuado, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida em sua plenitude, não cabendo à arguição de nulidade do lançamento de ofício, visto que o defendant o exerceu em sua plenitude, trazendo aos autos todas as provas que entendeu necessárias, cuja análise será realizada quando do exame do mérito da lide.

Quanto ao pedido para redução ou cancelamento de todas as multas aplicadas pelo descumprimento da obrigação principal, ressalto a legalidade das mesmas, tendo em vista que estão previstas no artigo 42, II, “a” e “f”, e VII “a”, da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que as penalidades impostas estão vinculadas às infrações cometidas, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

No que concerne à redução da multa de que cuida a infração 04, o § 7º do art. 42 da Lei nº 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

No presente caso, considerando a inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, haja vista tratar de uma questão subjetiva, não há como contemplar o pedido do impugnante para redução ou cancelamento da multa. Ademais, no presente processo restou caracterizada a falta de recolhimento do imposto.

Sobre a alegação defensiva de confiscação da multa de 60%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista nos artigos 42, II, “a” e “f”, e VII “a”, da Lei nº 7.014/96, e estão em consonância com os fatos apurados pela fiscalização, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Sobre a juntada posterior de documentos requerida na peça defensiva, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que conforme artigo 123, § 5º, do RPAF/99, *in verbis*: “§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que: I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos”.

No que concerne ao pedido para intimação do sujeito passivo, também em nome do advogado Daniel Vilas Boas, inscrito na OAB/MG sob o nº 74.368, no endereço indicado na peça impugnatória, inexiste óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

No mérito:

Infração 01 – 02.01.03

Faz referência a falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, quando efetuou saídas de mercadorias para Zona Franca de Manaus, sem destaque do imposto e sem a concessão do desconto correspondente ao imposto não destacado, condição estabelecida pelo art. 29, inciso II, do RICMS/97 para fruição da isenção do ICMS na operação interestadual, conforme demonstrativo à fl. 12.

Reza o artigo acima citado, *in verbis*:

Art. 29. São isentas do ICMS as operações com produtos industrializados de origem nacional, nas saídas para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, exceto armas, munições, perfumes, fumo, bebidas alcoólicas, automóveis de passageiros e açúcar de cana, observado o seguinte (Convs. ICM 65/88 e 45/89, e Convs. ICMS 25/89, 48/89, 62/89, 80/89, 01/90, 02/90 e 06/90):

(....)

II - o estabelecimento remetente deverá abater do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicado expressamente na Nota Fiscal;

De acordo com o artigo acima transscrito, para usufruir da isenção do ICMS nas operações com produtos industrializados de origem nacional, nas saídas para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, é obrigatório que seja abatido do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicado expressamente na Nota Fiscal.

No caso, pelos termos da defesa, noto que o próprio sujeito passivo admitiu que não realizou o destaque nas notas fiscais, porém, afirma que o desconto do ICMS foi efetivamente concedido aos adquirentes situados na Zona Franca de Manaus.

Analizando as cópias das notas fiscais apresentadas na defesa, constato que não há como acolher apenas o argumento defensivo de que os valores comercializados de mercadorias idênticas às que foram apuradas pela fiscalização, em operações interestaduais, os valores contém preços superiores, uma vez que, tal argumento não encontra amparo no artigo art. 29, II, do RICMS/BA, pois não há prova de que foi concedido o desconto previsto na legislação apto a tornar isentas do ICMS as aludidas operações. Saliento que por se tratar de um benefício fiscal, a interpretação do

aludido dispositivo regulamentar tem que ser feita de forma literal, a teor do artigo 111 do Código Tributário Nacional. Portanto, considero não aplicável ao caso a jurisprudência citada na defesa.

Mantido o lançamento.

Infração 02 – 01.02.02

Trata da apropriação indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, tomando por base e o que consta no livro CIAP baixado da EFD do contribuinte e demonstrativo do crédito indevido, qual seja, a discriminação das mercadorias e parcelas apropriadas mensalmente, tendo em vista que foram apropriados crédito de mercadorias destinadas a uso e consumo, como se fossem ativo fixo, tudo em conformidade os demonstrativos às fls. 14 a 190.

O autuado, em sua defesa, alega que não utilizou para o cálculo do seu crédito de ICMS todas as notas fiscais constantes do CIAP, mas apenas aquelas que efetivamente gerariam o crédito previsto no art. 93, V, "b", do RICMS/97, do que exemplifica que utilizou os créditos relativos apenas às notas fiscais referentes ao ativo imobilizado, cujo controle, diz que é feito mediante planilhas de EXCEL (fls. 503 a 513), alimentadas manualmente com informações extraídas do CIAP, observando as vedações contidas no art. 97 do RICMS/BA.

A título de exemplo, observou que em relação ao mês de agosto de 2010, o Auto de Infração apontou que o crédito do art. 93, V, "b", havia sido apurado pela Impugnante com excesso na ordem de R\$2.744,79, contudo, conforme demonstrado em planilha anexa (fls. 503 a 513), o valor total do crédito é de R\$2.368,59, em relação às Notas Fiscais nºs 2261, 9331, e 8206785.

Os autuantes, por seu turno, na primeira informação fiscal confirmaram que a maior parte das mercadorias foi utilizada na montagem de equipamentos da planta industrial, com exceção de algumas mercadorias, claramente utilizadas em infraestrutura, pinturas ou instalação elétrica de máquinas ou prédios, conforme a própria Autuada afirma em sua defesa (fls. 828 e 829), pelo que, atendendo a diligência solicitada por esta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, após a retirada das mercadorias utilizadas na montagem do maquinário, refez o levantamento fiscal reduzindo o débito para o valor de R\$6.183,81.

O autuado tomando conhecimento da aludida conclusão fiscal, insiste que ainda haviam ajustes a serem feitos em relação às Notas Fiscais nºs 44349 e 4088, que se referem a CABOS ELÉTRICOS utilizados para a alimentação das MÁQUINAS referentes aos respectivos projetos, portanto, que poderiam ser aproveitados como créditos.

Desta feita um dos autuantes que prestou a informação fiscal, acaba por concordar com a defesa em relação a sua alegação de que seu arquivo SPED e planilhas apresentadas a fiscalização continham um erro relativo a Nota Fiscal nº 4088, que na verdade, diz se referir a cabos elétricos usados para a instalação das máquinas compradas, e que igualmente, relativamente à Nota Fiscal nº 44349, também se referem a cabos utilizados na alimentação de máquinas novas no estabelecimento.

Por conta disso, a autuante informante considerou que tais créditos são devidos ao contribuinte, e refez novamente o demonstrativo do débito, baseados nas planilhas anexadas à referida diligência, reduzindo o montante cobrado no Auto de Infração para R\$883,08.

Considero encerrada a lide em relação a este item, subsistindo em parte a infração no valor acima, visto que, o autuado, conforme intimação e A. R. dos Correios, fls. 980 a 983, foi cientificado da informação fiscal constante às fls. 971 a 973, e manteve-se silente.

Infração 03 – 03.08.04

Diz respeito a constatação de recolhimento a menor do ICMS, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

O débito no valor de R\$34.083,81, foi apurado nos meses de maio, setembro e dezembro de 2010, junho e dezembro de 2011, conforme demonstrativo do cálculo das parcelas dilatadas de 2011 e 2012, demonstrativos das mercadorias excluídas do benefício de 2011 e 2012, e demonstrativo Resumo, por considerar a fiscalização que o autuado cometeu equívoco quando incluiu no cálculo da parcela incentivada pelo DESENVOLVE a saída de sucatas, borra e cinza, que não fazem parte das Resoluções nºs 48/2008 e 30/2009 que concederam o referido benefício.

Na peça defensiva o autuado alegou que houve erro no levantamento fiscal referente a não inclusão da sucata na parcela de ICMS beneficiada pelo DESENVOLVE, uma vez que, em relação às operações com sucatas, sob CFOP 5101, realizava o pagamento antecipado do ICMS excluindo o respectivo imposto (já recolhido) do cálculo que determina a parcela do ICMS beneficiado pelo DESENVOLVE.

Os autuantes reconheceram que cometiveram o equívoco de expurgar do cálculo do DESENVOLVE os valores de venda de sucata, valores estes que já haviam sido retirados através de estorno na apuração, assim como pagos via DAE. Assim, após serem retirados da exigência fiscal os débitos referentes à sucata, e continuarem os débitos referentes à *cinza de chumbo e mercadorias adquiridas de terceiros* (código nº 40458461), mercadorias vendidas e que não fazem parte da Resolução do DESENVOLVE, os autuantes apuraram o valor remanescente a se exigir de R\$29.197,39, conforme demonstrativo às fls. 568/569 dos autos.

Mantenho este valor apurado pelos autuantes, visto que em suas manifestações posteriores o autuado não apresentou qualquer documento capaz de elidir a autuação, limitando-se a reiterar sua argumentação anterior.

Infração 04 – 03.02.09

A acusação diz respeito a recolhimento a menor do ICMS, em decorrência da não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto, quando da venda de mercadorias a consumidor final, conforme notas fiscais relacionadas nos demonstrativos às fls. 210 a 219.

No levantamento fiscal e nos documentos de consulta cadastral dos destinatários das notas fiscais, anexados ao processo pela fiscalização, estão evidenciadas as saídas interestaduais de mercadorias destinadas a construtoras, condomínios e incorporadoras, à alíquota de 17%, sem a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, tanto que o sujeito passivo em sua peça de defesa silenciou sobre este item da autuação caracterizando uma aceitação tácita da imputação.

Infração subsistente.

Infração 05 – 02.01.02

Refere-se a exigência de imposto pela constatação de operações de saídas não escrituradas nos livros fiscais próprios, referente a notas fiscais eletrônicas emitidas.

De acordo com o levantamento à fl. 221, consta que no mês de março o autuado deixou de escriturar nos livros fiscais próprios as Notas Fiscais nºs 18564 e 18565.

Do exame das peças processuais, do argumento defensivo e dos esclarecimentos prestados na informação fiscal, constato que o autuado não negou o fato apurado pela fiscalização, argumentando que foram emitidas outras notas fiscais no dia seguinte.

O argumento defensivo não elide a autuação, pois a emissão no dia seguinte de notas fiscais com os mesmos valores e destinatário, não invalida a omissão de registro das notas fiscais emitidas no dia anterior.

Ademais, conforme frisaram os autuantes, o fato de não constarem dos seus controles internos o registro das referidas notas fiscais não descaracteriza as operações, em função de o contribuinte ter solicitado e obtido autorização para emissão das três notas fiscais.

Item subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$76.330,49, alterando-se os demonstrativos abaixo:

INFRAÇÕES	VLS. INICIAIS	VLS. JULGADOS
01 - 02.01.03	26.347,87	26.347,87
02 - 01.02.02	69.187,22	883,08
03 - 03.08.04	34.083,81	29.197,39
04 - 03.02.09	6.645,11	6.645,11
05 - 02.01.02	13.257,04	13.257,04
TOTAL	149.521,05	76.330,49

INFRAÇÃO 02 – 01.02.02

Data Ocor.	Data Vencto.	B. Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/01/2011	09/02/2011	387,06	17,00	60	65,80
28/02/2011	09/03/2011	398,71	17,00	60	67,78
31/03/2011	09/04/2011	397,18	17,00	60	67,52
30/04/2011	09/05/2011	414,41	17,00	60	70,45
31/05/2011	09/06/2011	389,12	17,00	60	66,15
30/06/2011	09/07/2011	419,47	17,00	60	71,31
31/07/2011	09/08/2011	439,12	17,00	60	74,65
31/08/2011	09/09/2011	444,06	17,00	60	75,49
30/09/2011	09/10/2011	383,59	17,00	60	65,21
31/10/2011	09/11/2011	383,24	17,00	60	65,15
30/11/2011	09/12/2011	378,18	17,00	60	64,29
31/12/2011	09/01/2012	384,18	17,00	60	65,31
31/01/2012	09/02/2012	376,29	17,00	60	63,97
				TOTAL	883,08

INFRAÇÃO 03 – 03.08.04

Data Ocor.	Data Vencto.	B. Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/05/2010	09/06/2010	51.735,94	17	60	8.795,11
31/12/2010	09/01/2011	59.603,29	17	60	10.132,56
31/08/2011	09/09/2011	29.979,53	17	60	5.096,52
31/10/2011	09/11/2011	30.430,59	17	60	5.173,20
				TOTAL	29.197,39

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206830.0021/13-5, lavrado contra BELGO BEKAERT NORDESTE S/A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$76.330,49, acrescido das multas de 60%, sobre R\$63.073,45 e 100% sobre R\$13.257,04, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR