

**A. I. N°** - 295902.0608/12-6  
**AUTUADO** - PWR MISSION INDÚSTRIA MECÂNICA S.A.  
**AUTUANTE** - JACI LAGE DA SILVA ARYEETAY  
**ORIGEM** - INFAZ ALAGOINHAS  
**INTERNET** - 25.05.2015

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF N° 0079-04/15**

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Não restou demonstrado nos autos que as mercadorias relacionadas na autuação eram destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Infração insubsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das operações não escrituradas. Infração caracterizada. Rejeitadas preliminares e indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/12, exige crédito tributário no montante de R\$222.961,12, em decorrência das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao uso e consumo do estabelecimento. Foi lançado ICMS no valor de R\$205.883,17, mais multa de 60%.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Foi imposta multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no total de R\$17.077,95, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas.

O autuado apresenta defesa (fls. 258 a 263) e, inicialmente, informa que é filial de estabelecimento matriz situado no Estado do Rio de Janeiro; que obteve inscrição municipal em Catu - BA para prestar serviços relacionados com extração de petróleo e gás, enquadrada na Lista de Serviços da LC 116/09 (item 7.21), em 31/07/03; que se inscreveu no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia em 11/07/11, com a atividade principal de serviço de usinagem, tornearia e solda; que anteriormente não possuía livros nem talonário de notas fiscais e, só a partir de junho de 2010, passou a usar livro Registro de Entradas; que não realizou operação sujeita ao ICMS, conforme se vê nas DMAs apresentadas sem movimento à SEFAZ-BA.

Quanto à infração 1, afirma que não é devedor do valores lançados pelos seguintes motivos: a) não está sujeito ao recolhimento de diferença de alíquota, por ser prestador de serviços tributáveis apenas pelo ISS; b) por ser filial, só recebe mercadorias como remessa ou conta e ordem de terceiros para utilização nos serviços que presta, não incidindo a diferença de alíquota referente aos materiais aplicados, conforme art. 7º do RICMS-BA/97; c) a maioria das notas fiscais relacionadas na autuação foi emitida pela matriz ou por empresas que já tinham emitidas as notas fiscais de fatura com pagamento dos impostos, como se vê no corpo das referidas notas fiscais.

No que tange à infração 2, também diz que não é devida a multa que lhe foi aplicada, pois: a) nos exercícios abarcados pela ação fiscal não possuía livro Registro de Entradas, já que não era contribuinte de ICMS e todas as suas prestações de serviços eram controladas pela matriz; b) não possuía depósito nem espaço para colocar os materiais adquiridos, sem incidência de ICMS, para serem aplicados no local dos serviços realizados e de propriedade do tomador dos serviços - vide seu endereço em uma sala empresarial na cidade de Catu; c) constam na coluna “observações” das notas fiscais informações como mercadoria recebida para conserto, demonstração, etc.

Ao concluir sua defesa, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

A autuante presta a informação fiscal (fls. 271 a 274) e, após resumir a defesa, passa a analisar o mérito da autuação conforme relatado a seguir.

Quanto à infração 1, diz que a diferença entre as alíquotas é devida ao Estado onde definitivamente permanecem ou são consumidos os bens objeto de compras ou transferências interestaduais que irão integrar o ativo permanente ou usados ou consumidos.

Afirma que o autuado recebeu as mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas nas fls. 13 a 17 e anexadas às fls. 21 a 40, cujas operações estão discriminadas na coluna relativa a cada operação, sendo que grande parte delas são de material enviado sem retorno, venda, conta e ordem de terceiros, etc., sem o devido recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais. Menciona que nos documentos não há dado identificando que os materiais ou mercadorias são de terceiros ou que foram tributados com alíquota para consumidor final (17%).

No que tange à infração 2, reitera que as notas fiscais não foram registradas. Diz que as cópias dos livros fiscais apresentados encontram-se anexadas às fls. 218 a 244. Menciona que constam nos autos os relatórios de DMAs consolidadas zeradas relativas aos exercícios de 2007 a 2011. Diz que o envio de DMA zerada corresponde à omissão de informações, bem como à falta de escrituração fiscal e de registro de documentos fiscais, o que configura descumprimento de obrigação acessória, já que nos autos há comprovação de operações de entradas e saídas de mercadorias ou bens no estabelecimento fiscalizado.

Menciona que, estando o autuado incluído na condição de contribuinte do ICMS, conforme o disposto no art. 36, §2º, X, XI e XIV, do RICMS-BA/97, submete-se ao cumprimento de obrigações principais e acessórias previstas na legislação tributária pertinente. Ressalta que o disposto no art. 220 do RICMS-BA/97 prevê emissão de documentação fiscal, inclusive antes da tradição real ou simbólica de mercadorias, mesmo quando não transitarem pelo estabelecimento do transmitente.

Quanto aos documentos fiscais recebidos com suspensão do ICMS, salienta que, conforme o art. 627, §4º, do RICMS-BA/97, decorridos 180 dias, salvo prorrogação autorizada pelo fisco, sem que ocorra a transmissão da propriedade ou o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem, é devido o ICMS por ocasião da saída originária, sujeitando-se o recolhimento, mesmo espontâneo, à atualização monetária e aos acréscimos moratórios.

Ao finalizar seu arrazoado, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Conforme pedido de fls. 278-279, o processo foi convertido em diligência à INFAZ ALAGOINHAS, para que a autuante atendesse às seguintes solicitações:

- a) inserisse no demonstrativo de fls. 13-17, uma coluna indicando a folha dos autos onde se encontra o correspondente documento fiscal;
- b) conforme identificação das operações das notas fiscais objeto da autuação e relacionadas na planilha de fls. 13-17, intimar o autuado concedendo-lhe o prazo de 30 dias para: descrever a aplicação das mercadorias objeto da autuação na prestação dos serviços alegados na defesa; apresentar as provas documentais relativas às alegações defensivas, quais sejam, os contratos

relativos à prestação do serviço no qual alega ter aplicado as mercadorias que recebeu; conforme o CFOP das operações e que o autuado diz constar na coluna “observação” das notas fiscais em questão, apresentar os documentos fiscais correspondentes a cada caso, conforme previsto nos arts. 599 a 631 do RICMS-BA/97, de modo a documentar a aplicação e destino final das específicas mercadorias objeto da autuação;

c) produzir informação fiscal sobre a diligência efetuada.

O autuado se pronunciou respondendo à intimação e apresentando documentos que a INFAZ ALAGOINHAS encaminhou ao CONSEF e que formam o volume II dos autos.

Por falha na tramitação interna da SEFAZ, o segundo volume só foi juntado fisicamente ao primeiro após despacho de pauta para julgamento à fl. 292-verso do primeiro volume, não tendo a autuante tomado conhecimento desses novos documentos. Além disso, foi observado que a intimação efetuada pela autuante (fl. 283) não continha data de expedição e nem ciência do autuado, bem como não fora efetuada conforme o pedido de diligência.

Dessa forma, o processo foi convertido em nova diligência, fls. 423 e 424, para que a autuante atendesse às seguintes solicitações: concedesse ao autuado o prazo de trinta dias para apresentação das provas conforme solicitado na diligência anterior; que os novos documentos que viessem a ser apresentados fossem analisados em conjunto com os já acostados ao processo, prestando, assim, nova informação fiscal; fosse elaborado novo demonstrativo de débito observando o período mensal das ocorrências. Foi determinado que, após cumprida a diligência, o autuado fosse notificado do seu resultado, para, querendo, se pronunciar no prazo de dez dias.

Cumprida a diligência (fl. 426), o autuado foi cientificado do seu resultado, mediante entrega de cópia dos novos demonstrativos, com indicação de prazo de 10 (dez) dias para, querendo, se pronunciar (fl. 427).

Às fls. 443-445, o contribuinte se manifesta e, nessa oportunidade, repete que recebeu produtos de sua matriz situada no Rio de Janeiro e da empresa Netsch do Brasil Ind. e Com. Ltda, situada em Santa Catarina, a título de transferência por conta e ordem de terceiros, para aplicação nos serviços da empresa Petrorecôncavo, inclusive para manutenções e garantias.

Afirma que, conforme §1º do art. 12 da Lei 7.014/97, tais entradas de mercadorias não se sujeitam à antecipação parcial de ICMS. Diz que também, em conformidade com o art. 7º do RICMS-BA/97, não é devido o pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias ou materiais por prestador de serviço para emprego ou aplicação, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolve atividades mistas. Frisa que já informou que recolhe ISS, com enquadramento na lista de serviços.

Argumenta que ocorreu a decadência com relação aos fatos de 2007, conforme art. 173 do CTN, cuja disposição consta também no RICMS-BA/97. Transcreve esses dispositivos legais.

Sustenta que não é plenamente possível a resposta ao pedido de diligência, pois a documentação (notas fiscais e contratos) referente aos exercícios de 2007 a 2011 não foi organizada de maneira a identificar cada operação para detalhar a afetação dos serviços a elas relacionados.

Aduz que a incidência do ICMS por diferença entre alíquotas se dá pelas entradas dos produtos aplicados e não pelas saídas dos serviços prestados pela empresa.

Dizendo “que o julgamento do auto de infração está com dúvidas sobre a cobrança da diferença de alíquota do ICMS”, solicita que preposto fiscal estranho ao feito faça um levantamento nos documentos da empresa para esclarecer o ocorrido.

Às fls. 451-454, a autuante presta informação fiscal. Nessa oportunidade, afirma que executou a diligência como foi pedida, ou seja, inserindo coluna nos demonstrativos de fls. 13-17, indicando a folha do PAF onde se acha o respectivo documento fiscal, colocando esta informação na última

coluna dos demonstrativos de fls. 428-440, vez que nos demonstrativos anteriores (fls. 13-17) a informação na 3ª coluna não tinha ficado bem visível. Diz que intimou o contribuinte (fl. 427) com entrega dos demonstrativos de fls. 443-448, como determinado no pedido de diligência. Afirmar que os documentos apresentados pelo autuado em atendimento à intimação realizada são contratos de prestação de serviços e notas fiscais não constantes dos demonstrativos que embasaram as infrações da autuação.

Sustenta que o argumento defensivo atinente à decadência não encontra respaldo na legislação, pois o Auto de Infração foi lavrado em 28/09/2012, tendo sido o contribuinte cientificado do lançamento em 04/10/2012.

Por fim, afirma que os documentos apresentados pelo contribuinte não invalidam as infrações e, assim, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Incluído o processo em pauta, na sessão de julgamento a 4ª JF decidiu convertê-lo em nova diligência à INFAZ ALAGOINHAS (fl. 565), para que a autuante verificasse e informasse qual, de fato, era a atividade empresarial do autuado no período abarcado pela ação fiscal.

Em atendimento à diligência, a autuante informou às fls. 468 e 469, que o autuado estava inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia (CAD-ICMS) sob o código de atividade 25390001 – Serviço de usinagem, tornearia e solda – desde 23/07/98 (fl. 470).

Afirmou que o autuado já tinha apresentado cópia do livro Registro de Entradas (fls. 218 a 244) e de DMAs zeradas (fls. 245 a 249).

Aduz que o autuado solicitou autorização para impressão de documentos fiscais (PAIDF) desde 18/11/98 (fls. 471 a 475).

Ratifica a informação fiscal de fls. 271 a 274, os demonstrativos de fls. 428 a 440, bem como a informação fiscal de fls. 451 a 454 e demonstrativos às fls. 455 a 461.

Salientou que o autuado no período fiscalizado não apresentou livros que refletissem suas operações comerciais. Diz que, no presente caso, os livros fiscais fazem prova contra o autuado.

O processo foi incluído em pauta e, na sessão de julgamento, decidiu a 4ª Junta de Julgamento Fiscal converter o processo em nova diligência à INFAZ ALAGOINHAS, para que o autuado fosse notificado acerca do resultado da última diligência realizada.

Atendida a diligência, o autuado se pronunciou às fls. 485 a 488, reiterando argumentos trazidos na defesa inicial e nos pronunciamentos posteriores e já constantes neste relatório.

## VOTO

Compulsando os autos, observo que as infrações estão claramente descritas, foram corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais contidos nos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Elas estão determinadas com segurança, bem como identificados o infrator e os valores devidos. O contribuinte exerceu o direito de ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no auto de infração. Portanto, não há vício que inquine o Auto de Infração de nulidade.

Em sua defesa, o autuado suscitou a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2007.

O art. 150, § 4º, do CTN, prevê que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador*”. Contudo, a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando a permissão contida no § 4º do art. 150 do CTN, fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 107-A, I, do COTEB).

A homologação tácita, prevista no art. 150, § 4º, do CTN, só ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária. No caso em comento, não houve pagamento antecipado e, portanto, não se pode aplicar o previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

Para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2007, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/12 para constituir o crédito tributário. No caso em tela, o crédito fiscal foi constituído em 28/09/12, quando foi encerrado o procedimento fiscal com a lavratura do Auto de Infração, tendo sido o autuado notificado do lançamento em 04/10/12. Portanto, não houve a alegada decadência.

Diligências ou perícias, em processos administrativos fiscais, servem a esclarecer eventual dúvida que o julgador tenha para decidir a lide. Como veremos na apreciação de mérito, o presente processo está saneado e pronto para julgamento. Por considerar os elementos existentes nos autos suficientes para a formação de minha convicção, com fundamento no art. 147, I e II, do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência para refazimento do levantamento fiscal.

O Auto de Infração exige ICMS referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, relativo a aquisições de mercadorias destinadas ao seu uso, consumo ou ativo fixo do próprio estabelecimento (infração 1) e a entrada de mercadoria não tributável no estabelecimento sem registro na escrita fiscal (infração 2).

Quanto à infração 1, ressalto que como foi informado pela autuante no atendimento da penúltima diligência realizada, o autuado está inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia sob o código de atividade 25390001 - Serviço de usinagem, tornearia e solda -, desde 23/07/98, fato também comprovado pelo documento acostado à fl. 470.

Efetivamente, o autuado não apresentou contratos de prestação de serviço relacionados às operações em tela, porém, os contratos e os documentos fiscais que foram trazidos na diligência realizada (fls. 309 a 419) comprovam de forma satisfatória que o autuado, no período abarcado pela presente ação fiscal, prestava serviços tributados pelo ISS, com o fornecimento de materiais. Nessa situação, esses materiais a serem empregados em prestações de serviços não são classificados como de uso e consumo do próprio estabelecimento.

Examinando as notas fiscais elencadas na autuação, constata-se que na sua grande maioria no campo natureza das operações está consignado “Remessa por Ordem de Terceiros”, o que reforça o argumento defensivo de que os corresponsáveis produtos eram destinados a prestações de serviços com fornecimento de materiais, o que reforça o entendimento de que tais produtos não são classificados como de uso e consumo do próprio estabelecimento.

Além do acima exposto, observo que diversas notas fiscais, a exemplo das de fls. 21 a 40, são referentes a bens que, pela natureza, valor e quantidade, não se classificam como de uso e consumo do próprio estabelecimento, tais como: “QUADRO ELETR. CONFORME DES. KMCC51073”, no valor unitário de R\$ 32.300,00; “SOFTWARE – SIDAR”, no valor unitário de R\$ 22.253,80; “ELIPSE MMI RUNTIME 300 – 32 BITS”, no valor unitário de R\$ 34.992,20.

Considerando o acima exposto, considero que não está demonstrado nos autos que os produtos relacionados na autuação eram destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento e, portanto, a infração 1 é improcedente.

A infração 2 trata de falta de registro de entrada de mercadorias não sujeitas e sujeitas à tributação no livro Registro de Entrada, conforme demonstrativos de fls. 18/19 e 460/461.

Embora reconheça não ter escriturado as notas fiscais relacionadas no lançamento, o autuado não aceita a acusação que lhe foi imposta, pois: a) não tinha livro Registro de Entradas por não ser contribuinte do ICMS no período da autuação; b) não possuía depósito ou espaço para colocar os materiais adquiridos, uma vez que está localizado em uma sala do Edifício Tio Quincas, no

Município de Catu, Estado da Bahia; c) que se tratava de mercadorias recebidas para conserto, demonstração, etc.

O caso em análise trata-se de uma mera questão de fato, cuja verdade material de irregularidade, de certa forma, o próprio autuado reconhece.

À fl. 271, a autuante informa que a empresa autuada se acha registrada no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, tendo iniciado as atividades em 23/07/1998; os demonstrativos da infração (fls. 18/19 e 460/461) informam fatos geradores da exigência fiscal no período fevereiro 2007 a abril 2010; às fls. 245/249 são relatórios de DMAs consolidadas dos exercícios 2007 a 2011, apresentadas pelo sujeito passivo. Tais elementos constituem suficientes provas de que no período objeto da ação fiscal, o autuado estava inscrito no CAD-ICMS e, portanto, tendo obrigação de possuir livro fiscal específico para o registro das notas fiscais de entradas.

O art. 322 do RICMS-BA/97, traduzindo normativa do Conv. SINIEF 06/89, obriga o contribuinte a escriturar no livro Registro de Entradas todas as notas fiscais de entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento. Portanto, as alegações defensivas não elidem a infração que está claramente caracterizada, até por confissão do autuado. Para tal infração, a legislação tributária da Bahia (Lei 7.014/96, art. 42, inc. XI) prevê a penalidade proposta no Auto de Infração.

A despeito de constatado o cometimento da infração, verifico que apesar de a irregularidade ter sido apurada mês a mês, foi consignado no demonstrativo de débito a data de ocorrência de 31 de dezembro de cada exercício. Não há, no entanto, como se ajustar o demonstrativo de débito para períodos mensais, pois haveria majoração do valor lançado.

Em face ao acima exposto, a infração 2 subsiste em sua totalidade.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar a infração 1 improcedente e a infração 2 procedente.

## 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 **295902.0608/12-6**, lavrado contra **PWR MISSION INDÚSTRIA MECÂNICA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor de **R\$17.077,95**, prevista no artigo 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “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, 14 de maio de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA