

A. I. Nº - 281082.0034/15-0
AUTUADO - COPENOR - COMPANHIA PETROQUÍMICA DO NORDESTE
AUTUANTE - MARCOS ANTONIO MOURA CRISÓSTOMO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/05/2016

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0073-01/16

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADOS AO USOE/OU CONSUMO PRÓPRIO. FALTA DE PAGAMENTO. O sujeito passivo faz prova do registro como débito fiscal de parte dos valores relativos ao ICMS DIFAL, conforme orienta a legislação. Trata-se de equívoco fiscal a manutenção da exigência, em face da ausência de registro dos valores na Escrituração Fiscal Digital - EFD. Infração subsistente em parte. 2. OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O sujeito passivo faz prova da escrituração regular das respectivas notas fiscais eletrônicas no livro Registro de Apuração do ICMS. Trata-se de equívoco fiscal a manutenção da exigência, em face da ausência de registro dos valores na Escrituração Fiscal Digital - EFD. Infração descaracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NÃO INGRESSO DA MERCADORIA NO ESTABELECIMENTO. A utilização dos créditos fiscais relacionados às operações de "*retorno simbólico de mercadoria em armazém geral*" - CFOP 6907, não configura uma forma indevida, nem de trata de simulação de devolução. Regular foi o procedimento do autuado. A Lei nº 7.014/96 (art. 2º, I) prevê a incidência do ICMS, nas operações de remessa de mercadorias para armazém-geral situado em outra unidade da federação, com destaque à alíquota de 12%. O retorno simbólico se deu sob a mesma alíquota. Infração descaracterizada. Item reconhecido. Infração mantida. 4. RECOLHIMENTO A MENOS. DIVERGÊNCIA NOS VALORES ESCRITURADOS NO LIVROS REGISTRO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E O REGISTRO NO LIVRO DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Não foram juntados aos autos elementos comprobatórios da acumulação de créditos indevidos; a compreensão da matéria em litígio foi possível pela documentação apresentada pelo próprio autuado, em sua defesa. A acusação de recolhimento a menor de ICMS em razão da divergência entre os valores lançados no livro de entrada e o respectivo livro de Apuração de ICMS não se confirmaria, uma vez que o contribuinte autuado é detentor de significativo saldo de crédito de ICMS acumulado, em valor muito superior aos créditos tributários reclamados. Infração Nula. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO DE MERCADORIAS SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA

FISCAL. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS NÃO ESCRITURADAS NA EFD - ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Multas de 1% e de 10% do valor comercial das mercadorias não registradas. Apesar da incidência das multas, aplico a alteração à Lei nº 7.014/96, promovida pela Lei nº 13.461/15, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/15, que reduziu o percentual da penalidade prevista para a falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, de 10% para 1%. Penalidades caracterizadas com a redução retro aludida. Não acolhidas as arguições de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, foi lavrado em 30/06/2015 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$823.818,03 em decorrência de 06 (sete) infrações à legislação tributária estadual, conforme abaixo:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de recolher ICMS sobre a diferença entre alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias de outros Estados da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos períodos de agosto, setembro e dezembro de 2012; fevereiro e setembro de 2013. Valor total R\$30.623,11. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de agosto de 2012. Valor lançado R\$50.511,53. Multa de 100%

INFRAÇÃO 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não prestado, em janeiro de 2013. Valor R\$447.063,92. Multa 150%.

INFRAÇÃO 4 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro de Registro de Entradas de Mercadorias e escrituração no Livro de Registro de Apuração de ICMS, gerando um crédito em duplicidade, nos períodos de janeiro a abril de 2012; março a dezembro de 2013. Valor R\$200.845,47. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais eletrônicas não escrituradas na EFD - Escrituração Fiscal Digital. Demonstrativo Anexo VIII. Valor da multa R\$16.935,05 (1%). Art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais eletrônicas de entrada não lançadas na Escrituração Fiscal Digital. Demonstrativo Anexo IX. Valor da multa R\$77.838,96 (10%). Art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo entra com defesa (fls. 60/81), através de seu representante, Procuração (fl. 57). arguindo, inicialmente, a tempestividade da mesma, elabora uma síntese da autuação e, em seguida, informa o pagamento parcial das infrações 5 e 6 com relação às notas fiscais da GE WATERS, no total de R\$2.761,03 (DOC 02), impugnando as demais.

Suscita a nulidade das infrações 2 a 6 por cerceamento do pleno exercício do direito de defesa da Autuada, violando a garantia constitucional prevista no art. 5º, LV, da CRFB/88, bem como o quanto previsto no art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/BA. Diz que o enquadramento da infração é feito de forma genérica, sem especificar o inciso, a alínea ou parágrafo exatos em que se enquadraria a autuação, não permitindo a segura subsunção dos fatos à norma, haja vista que os dispositivos legais contêm inúmeras alíneas ou parágrafos, o que se repete em toda a autuação.

Exemplifica que na infração 2, indicou-se como fundamento da multa o art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, sem individualizar a alínea, possuindo o inciso 7 alíneas, cada uma delas prevendo infrações diversas, redundando em verdadeiro exercício de adivinhação para que o autuado identifique em qual dispositivo estaria enquadrada a multa aplicada.

Diz que também o art. 332, I e §6º do RICMS/BA de 2012 não precisa alínea e incisos.

Diz que nas infrações 4 a 6 indicou-se como fundamento o art. 217 do RICMS/BA, sem *individualizar* a alínea e o parágrafo, quando o artigo contém 3 alíneas e 8 parágrafos, dificultando a compreensão da Autuada quanto a infração que lhe foi imputada. Assim, também, os artigos 116, 124, 322 e 331 do RICMS/BA-97.

Aduz que, no entanto, na infração 1, os fiscais foram precisos, não deixando margem para duvidas ou digressões do Autuado quanto a infração que lhe estava sendo imputada, descrevendo pormenorizadamente tanto o fato quanto os dispositivos legais (incisos e alíneas).

Insiste que é dever da fiscalização individualizar/precisar/especificar as condutas da empresa, enquadrando-as nos dispositivos legais indicados, de forma a demonstrar a subsunção dos fatos à norma, sob pena da imprecisão dificultar a identificação segura da infração, comprometendo o pleno exercício da defesa, com violação ao art. 5º, LV, da CF/88. Citam nesse sentido, decisão desse Conselho. Pede que as infrações 2 e 6 sejam declaradas nulas.

No mérito, na infração 1, alega que a exigência não procede, porque desconsiderou o ICMS DIFAL lançado na escrita contábil da Autuada nos períodos de 09/2012, 02 e 09/2013, conforme documentação anexa (DOC.03), o que denota o excesso da exigência fiscal. Elabora tabela com os valores pagos.

Período	VIIItem	VIDesc	VIBcIcmsAud	VIDevidoAud	VILancEmpr	VIIcmsDevido
08/2012	113580,3	0	113.580,30	11.263,02	9.830,80	1.432,22
09/2012	105379,1	0	105.379,10	10.537,92	12.536,00	(1.998,08)
12/2012	139425,6	0	139.425,60	13.931,97	12.580,20	1.351,77
02/2013	76605,65	0	76.605,65	7.660,59	7.869,15	(208,56)
09/2013	96406,34	0	96.406,34	9.640,61	10.059,76	(419,15)

Explica que enviou os livros fiscais com os valores escriturados, que foram ignorados pelos fiscais. Ressalta que recolheu valor maior em alguns meses, 09/12; 02/13 e 09/13, redundando diferença a seu favor de R\$ 2.625,79, que deve ser compensado com as diferenças apuradas à menor para os meses de 08/2012 e 12/2012, não persistindo a autuação, visto que a compensação é causa de extinção do crédito tributário(art. 156, II, do CTN), especialmente no caso do ICMS, dada a sua natureza não-cumulativa, com a compensação de créditos e débitos.

Afirma que a busca da verdade material é dever da Administração Pública. Cita o Acórdão nº 101-92819, da 1ª Câmara do antigo Conselho de Contribuintes, que assegura a garantia da ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes também no âmbito administrativo(art. 5º, LV). Pede a compensação dos valores, o que fará cair por terra a Infração 1.

Com relação à infração 2, diz que também não procede, porque o referido valor foi devidamente apurado e debitado, constando tanto das notas de saída quanto do livro Registro de Saídas do ICMS, (DOC.04), estando todas as notas fiscais eletrônicas devidamente registradas na escrita fiscal do autuado. Diz, contudo, que não pode precisar porque tais documentos não foram registrados pelo sistema da Secretaria da Fazenda (DOC. 04). Questiona ainda que a ausência do registro de parte das NFs justifique a manutenção do imposto devido sobre as mesmas, porque além de devidamente recolhido o tributo, houve o registro físico das operações na escrita da empresa, o que deve ser reconhecido, em prestígio da verdade material e a ausência de dano ao erário, com o devido afastamento da infração.

Na infração 03, verifica que as Notas Fiscais nºs 56885 e 56887 foram emitidas em 03/01/13, pela empresa de armazenagem 'CATTALINI TERMINAIS MARÍTIMOS S.A', em retorno simbólico de mercadorias para armazenagem. Explica que em 14/12/12, procedeu à importação de Metanol

através das DI's 12/2323619-8 e 12/2342290-0, encaminhando a mercadoria para armazenagem na CATTALINI conforme DANFES de saída 10926 e 11006, emitidos em 14/12/12 e 21/12/12 (DOC.05). Diz que as notas foram emitidas com destaque de ICMS e alíquota de 12%. Todavia, antes de qualquer operação de venda, a alíquota do ICMS para o produto em questão foi reduzida para 4%, com vigência a partir de 01/2013, conforme Resolução do Senado Federal nº 13/2013. Transcreve trecho da norma.

Diz que, em decorrência, o CONFAZ editou o Convênio ICMS 123 de 07/11/12 que confirmou a incidência de ICMS nas operações interestaduais sob a referida alíquota, salvo no caso benefício fiscal mais vantajoso, vigorando a partir de 1º de janeiro de 2013. Transcreve trecho da norma.

Completa que o mesmo raciocínio foi adotado pelo Ajuste SINIEF 19 de 07/11/12 que manteve a redação da Resolução nº 13/2012 do Senado Federal, estendendo a alíquota beneficiada para os produtos que se encontravam armazenados/estocados (Cláusula Décima-Primeira). Transcreve.

Aduz que a regra do Ajuste SINIEF 19 aplica-se perfeitamente ao caso presente; a alíquota de 4% se aplicaria às mercadorias importadas que se encontravam estocadas em 31/12/2012, abrangendo, portanto, as mercadorias da Autuada, na CATTALINI em 12/2012.

Nesse sentido, a CATTALINI devolveu simbolicamente o saldo de metanol que se encontrava ali armazenado, emitindo em 03/01/13 as NF-e 56885 e 56887 de remessa SIMBÓLICA, à alíquota de 12%, dando ensejo à emissão pela COPENOR em 03/01/13, das NFs 11091 e 11092, de remessa SIMBÓLICA do metanol para armazenagem na CATTALINI, destacando ICMS sob a alíquota de 4%, validando e registrando a alíquota permitida pelas normas aplicáveis ao ICMS, conforme visto acima (DOC.05).

Diz que não houve qualquer simulação do contribuinte autuado ou da CATTALINI; buscou apenas atender à determinação do Ajuste SINIEF, adotando a alíquota legalmente permitida, não se podendo falar em utilização indevida de crédito de ICMS porque a devolução simbólica se deu sob a mesma alíquota (12%) utilizada para a remessa da mercadoria para armazenagem, como prevê a legislação aplicável. Explica que a remessa simbólica não é um procedimento usual; tais operações, via de regra, devem corresponder a efetiva transferência das respectivas mercadorias, todavia, o RICMS excepciona prevendo casos em que, dadas as circunstâncias e teor da operação, os documentos fiscais podem ser emitidos sem que correspondem a efetiva transferência/trânsito de mercadorias. Armazém Geral, é um desses casos excepcionais.

Reitera que a Lei nº 7.014/96 (art. 2º, I) prevê a incidência do ICMS, nas operações de remessa de mercadorias para armazém-geral situado em outra unidade da federação. Assim, tendo destacado o imposto na saída da mercadoria para a CATTALINI, à alíquota de 12%, a fim de atender ao Ajuste SINIEF procedendo à venda destas mercadorias à alíquota de 4%, caberia à Autuada operação reversa, no sentido de creditar-se do imposto anteriormente destacado, emitindo novo documento fiscal refletindo a correta alíquota de 4%, mas que nenhum prejuízo gerou ao fisco já que as operações se compensaram, não tendo ocorrido qualquer creditamento indevido do ICMS, como mesmo comprovam as Notas fiscais constantes do Anexo (DOC 05).

Diz ainda que procedendo à revenda das mercadorias à alíquota de 4%, foram todas as operações regularizadas, não havendo que se falar em qualquer creditamento à maior ou mesmo qualquer irregularidade no procedimento realizado, tendo em vista a excepcionalidade do caso, por se tratar de estoque mantido em armazém-geral, sobre o qual a legislação estadual permite a emissão de nota fiscal sem a correspondente circulação das mercadorias, como se dá de praxe pela própria natureza da operação.

Define que tais fatos por si só afastam a multa aplicada, comprovada a completa inocorrência de má-fé ou simulação por parte da autuada que justifique a aplicação da multa majorada. Insiste que as mercadorias entraram simbolicamente no estabelecimento do autuado, como permite a letra b do inciso V do art. 42. A multa somente se justificaria em caso de creditamento indevido, o que não se verificou, tendo em vista que a nota simbólica emitida pela CATTALINI refletiu o

mesmo imposto destacado na nota de remessa para o armazém, zerando a operação, sem qualquer creditamento à maior para o contribuinte autuado.

Pede a exclusão da infração e sua respectiva multa. Em mantendo-se a infração, pede o afastamento da multa no percentual excessivo de 150%.

Na infração 04, alega que não houve crédito fiscal em duplicidade referente ao acumulado na exportação, conforme a planilha de cálculo e o Livro de Apuração de ICMS Normal em anexo (DOC.06). Diz que com tal documentação restará provada a regularidade do crédito fiscal gerado na escrita fiscal, segundo sistemática adotada pela Companhia há anos e sempre validada pela SEFAZ.

Explica que na geração do crédito sobre exportações, a empresa inicialmente calcula o ICMS com base no valor das exportações e custo do produto. Depois, lança o valor total do crédito no Livro de Apuração de ICMS Normal, na coluna “Outros Créditos”. E, por fim, transfere o valor total para o Livro Especial de ICMS, na coluna “Outros Débitos”; conforme documentação do período de 2012, acostada por amostragem à sua defesa. Explica que em 01/2012, por exemplo, verificou que o valor total da planilha do crédito de exportação – R\$ 19.047,91 – consta no livro de apuração normal do imposto na coluna “006 - Outros Créditos”, precisamente como “crédito acumulado de exportação n/mês”, bem como na coluna “002 – Outros Débitos”, precisamente como “transf. do livro especial créd. manti. export. mês”.

Diz que o mesmo se verifica em 02/2012, com total da planilha do crédito de exportação – R\$ 8.746,27; sistemática que foi adotada pela empresa com relação a todos os períodos de apuração da infração. Diz ainda que essa era uma prática reiterada, consoante prevê os artigos 96 e 100, RICMS BA. Pede a exclusão da infração.

No que tange às infrações 5 e 6, repete que pagará os valores das multas relativas às notas fiscais da GE WATERS (DOC.02), já mencionado; as demais notas fiscais garante que estão registradas na escrita fiscal, conforme Livros de Registro de Entradas de 01 e 09/2014, em anexo que documentam as operações de 2012 e 2013 (DOC.07). Esclarece que as NFs emitidas por seus fornecedoras em 12/2013 constam registradas na escrita contábil da empresa em 01/2014 (DOC.07); e as demais emitidas em 2012 e 2013 constam registradas na escrita contábil de 09/2014 (DOC.07), porque foi quando as mercadorias entraram no estabelecimento da mesma.

Defende que, cumprida a obrigação acessória, que visa documentar a operação, a fiscalização não pode considerar inexistente o registro na escrita fiscal da Companhia, porque não encaminhado pelo sistema eletrônico, sob pena de priorizar o formalismo em detrimento da busca da Verdade Material. Transcreve uma Decisão da 1^a CJF do antigo Conselho de Contribuintes da Receita Federal. Insiste que o objetivo da NF-e é documentar a operação de circulação de mercadoria para fins fiscais e, através do registro da nota em sua escrita contábil física, este objetivo foi alcançado, ainda que de outra forma, o que deve ser considerado, sob pena de priorizar a forma em detrimento da substância.

Diz que não é razoável a punição de quem efetivamente promoveu o registro das notas fiscais em sua escrita, aplicando-lhe multas previstas apenas para a hipótese de não realização do registro. No caso, como a escrituração fiscal foi realizada e, apenas no momento de gerar os arquivos para o envio digital das informações, tais notas não constam, segundo informações da fiscalização, todavia, tal ausência não implica em dolo, fraude ou simulação. Cita Decisões do CONSEF.

Argumenta que nas infrações 2 a 4 foram aplicadas multas por suposto descumprimento de obrigação principal e, em face da regra de que o acessório segue o principal, afastando-se as infrações, afastar-se-ão, também, as multas, o que espera ocorrer, no caso em concreto.

Prezando pela concentração da defesa, requer, sucessivamente, em caso de manutenção das infrações 2 a 3, as seguintes ponderações: Diz que nas referidas infrações, foram aplicadas multas de 100% e 150% (art. 42, III e V, “b”, da Lei nº 7.014/96) que, embora previstas em lei, são inconstitucionais, porque excessivas e confiscatórias, conforme entende o Supremo Tribunal

Federal (RE: 748257 SE, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 06/08/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJE-162 DIVULG 19-08-2013 PUBLIC 20-08-2013). Pede suas exclusões.

No que tange à infração 3 (uso indevido de crédito fiscal), pede atenção que a legislação prevê multa INFERIOR, de 60%, MAIS BENÉFICA ao contribuinte, no art. 42, VII, “a”: Deduz se, o órgão julgador mantiver alguma multa na infração 3, deve, ao menos, substituir a aplicada pela mais benéfica, em prestígio da Legalidade Tributária e porque mais favorável ao contribuinte, nos termos do art. 112 do CTN.

Quanto às infrações 5 e 6, onde foram aplicadas multas por suposto descumprimento de obrigação acessória de 1 e 10%, respectivamente, a Companhia requer, também a título sucessivo, o cancelamento das mesmas, conforme Art. 42. [...] § 7º e art. 158 da Lei nº 7.014/96.

A redução da multa para aplicação de outra multa de R\$460,00 (art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96), porque em ambas as infrações, imputou-se multa por descumprimento da obrigação acessória de registro fiscal DIGITAL que, entretanto, não tem penalidade legal específica. Cita, novamente, decisão do CONSEF.

Com relação à multa da infração 6, pede que ao reduzir a multa de 10%, antes aplicada, seja imposta a multa de 5% do art. 47, XI, do COTEB, também porque mais favorável ao contribuinte (art. 112 do CTN).

Requer a realização de perícia para fins de complementar a comprovação das alegações veiculadas nesta defesa, em prestígio do art. 5º, LV, da CRFB88 que assegura a garantia da “ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. cita quesitos, indica assistente técnico

Por fim, pede a nulidade da autuação; sua improcedência; exclusão das multas ou substituição da multa de 150% para 60% prevista para o uso indevido de crédito fiscal, porque mais favorável; além do cancelamento das multas das infrações 05 e 06.

O autuante presta informação fiscal, fls. 258 a 267, destacando os fatos da autuação, descreve as infrações, sintetiza os termos da defesa. Diz que a autuação ocorreu dentro da legalidade e dos princípios éticos que norteiam a administração pública.

Ressalta que ao contrário do que afirma o autuado, as referidas infrações estão devidamente tipificadas, fundamentadas e documentadas, inexistindo o alegado cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, plenamente exercido, pois se insurgiu contra todas as exações que lhe foram imputadas, adenrando no mérito, quando lhe proveu.

Com relação à infração 1, afirma que o autuado está obrigado a Escrituração Fiscal Digital - EFD (Convênio ICMS 143/06) e dispensada da escrituração e impressão dos livros de Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário e Registro de Apuração do ICMS. Diz ainda que a empresa é acumuladora de crédito fiscal, não auferindo débito de ICMS nos meses fiscalizados.

Diz que analisando a EFD dos meses de 09/2012, 02 e 09/2013, verificou que no campo específico para lançamentos dos valores apurados da diferença de alíquota, dos referidos meses, inexistem lançamentos da DIFAL em outros débitos, de acordo os arquivos da escrituração fiscal digital, transmitidos pelo contribuinte, constante no CD em anexo. Frisa que a DMA DE 09/2013 também apresenta o campo para lançamento da DMA zerada (DOC 01).

Afirma que não houve valores recolhidos a maior e, caso existisse, o que não é o caso, o mesmo poderá ser objeto de restituição; nos meses 09/2012, 02 e 09/2013 os valores da diferença de alíquota na EFD, encontram-se zerados, devendo a infração ser julgada totalmente procedente.

Quanto a infração 2, diz que a empresa realizou operações de vendas de mercadoria, emitiu a respectiva nota fiscal eletrônica, destacou o ICMS devido, entretanto, não escriturou as NF- e na EFD, objeto da infração, não levando o ICMS destacado para apuração do imposto.

Sublinha que a EFD é preenchida e transmitida pelo próprio contribuinte sendo somente recepcionada pela SEFAZ. A infração deve ser mantida, pois o autuado não considerou na apuração do ICMS as NF- e constante no Demonstrativo fl. 20 do PAF.

A respeito da infração 3, informa que a empresa adquiriu do exterior mercadorias para revenda, remetendo imediatamente para armazéns gerais localizado em outra unidade da federação com incidências de ICMS à alíquota de 12%, haja vista a ocorrência do fato gerador, tudo em conformidade com a legislação.

No caso, quando da realização das vendas, o armazém geral emitirá NF- e com incidência do imposto para o futuro adquirente, ficando a tributação para o Estado da situação da entidade armazenante. Observa que em 01/2013, entrou em vigor a Resolução do Senado Federal nº 13/2013, reduzindo a carga tributária para 4%.

Argumenta que em janeiro de 2013, a autuada simulou erroneamente uma operação de devolução das mercadorias que estavam no armazém geral, repise-se sem circulação física das mercadorias, ocorrendo apenas uma troca de documentos fiscais, com intuito de se beneficiar de uma menor carga tributária. Aduz que a CATTANI TERMINAIS, situada no Estado do Paraná, emitiu as NF- e em 01/01/2013 às 10:56 horas e a COPENOR deu nova saída às 12:20 e 12:31 horas do mesmo dia. Diz que ficou evidenciado que a Defendente simulou uma operação que não ocorreu, com intuito de beneficiasse de uma mudança na legislação tributária.

Aduz que, em relação à infração 04 também não devem prosperar as alegações do autuado, tendo em vista que houve um creditamento em duplicidade das entradas com direito a crédito que, posteriormente, foram destinadas a exportação. Relata que a empresa adquire matérias primas, insumos, materiais de embalagem, serviços de transportes, etc., com direito a crédito, e efetua corretamente o creditamento do ICMS no momento das entradas, sem saber, nesta ocasião, se os produtos resultantes destas aquisições serão comercializados, no Brasil ou no exterior. Posteriormente, quando realiza as vendas, a empresa, mensalmente, com base no valor das exportações e do custo do produto, apura novamente o crédito de ICMS, lança em outros créditos e por fim transfere para o Livro Especial de ICMS.

Diz que fica claro que o autuado credita-se no momento da sua compra e, erroneamente, utilizando-se da sistemática confessada na própria defesa efetua novo creditamento, referente as mesmas mercadorias que já foram objeto de crédito fiscal, no momento da aquisição.

Ressalva que, no próprio cálculo de fl. 150 do PAF, o autuado informa que em 01/12, utilizou amônia e formol como matéria prima dos produtos exportados, calculando um suposto crédito sobre esses produtos. Ocorre que conforme as notas fiscais que demonstra, as aquisições de amônia já tinham sido utilizados o crédito do imposto no momento de sua entrada.

DATA	NFe	PRODUTO	BC	ICMS
06/12/2011	1302	AMÔNIA	13.754,78	1.851,00
20/12/2011	1321	AMÔNIA	162.351,01	1.965,79
03/01/2012	1342	AMÔNIA	13.687,87	1.965,80
20/01/2012	1379	AMÔNIA	129.561,10	1.732,59
02/02/2012	1423	AMÔNIA	91.333,21	1.732,58

Diz também que a legislação é clara, pois a mesma admite a não exigência do estorno do crédito fiscal de mercadorias exportadas(art. 103, I, "b", do RICMS/97) e não o crédito em duplicidade como quer o autuado.

Quanto as infrações 5 e 6 repisa que o autuado está obrigado à Escrituração Fiscal Digital - EFD (Convênio ICMS 143/06), dispensado da escrituração e impressão dos livros de Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário e Registro de Apuração do ICMS. Diz que não ficou provado nos fartos documentos acostados nos autos que o contribuinte registrou as notas fiscais constante na EFD (fls. 36 a 45 do PAF).

Afirma que as multas aplicadas são de natureza vinculante, previstas na Lei nº 7.014/96; não há necessidade de Perícia, pois as Infrações estão bem delineadas e fundadas na legislação e todos os dados para a sua correta compreensão estão presentes nos papéis de trabalho e na mídia anexa ao lançamento. Opina pela Procedência do lançamento fiscal.

VOTO

Lavrado o presente Auto de Infração para constituir crédito tributário, em relação às 6 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos. O autuado reconheceu apenas parcialmente os itens 05 e 06, que serão também objeto da apreciação, nas linhas seguintes.

Preliminarmente, suscita a nulidade das infrações, sob o argumento de cerceamento do pleno exercício do direito de defesa, com violação de garantia constitucional, prevista no art. 5º, LV, da CRFB/88, além do art. 18, II e IV, "a", do RPAF/BA. Alega que o enquadramento das infrações foi feito de forma genérica, sem especificar incisos, alíneas ou parágrafos exatos, nos quais estaria enquadrada a autuação, a multa aplicada, comprometendo a segura subsunção dos fatos à norma, em prejuízo à defesa do contribuinte e o devido processo legal.

Requer a realização de perícia fiscal, indicando quesitos e assistente técnico.

O direito não assiste ao autuado. Em primeiro momento, vejo que a descrição das infrações foram feitas de forma que possibilitou ao autuado o amplo entendimento das acusações que lhe estavam sendo imputadas, que apresentou razões da forma e como os elementos de provas de que dispunha, e ainda porque foram elaborados para cada infração demonstrativos analíticos que ofereceram todos os meios à prática segura da defesa.

Apesar da ausência de um enquadramento legal das infrações considerando os incisos, alíneas e parágrafos, de forma minudente, como questionou o autuado, tal fato não é motivo para se decretar a nulidade do Auto de Infração, à luz do que estabelece o Art. 19, do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia - RPAF/BA, *verbis*:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

O Auto de Infração contém os elementos necessários à sua lavratura e se apresenta formalmente em acordo com o art. 39, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Desta maneira, não acolho a preliminar de nulidade do Auto de Infração, pois não se concretiza nestes autos a previsão contida no Art. 18, "a", do RPAF/BA.

Indefiro o pedido de perícia formulado pelo autuado, com fulcro no art. 147, inciso II, letras "a" e "b" do RPAF/BA, visto que as questões debatidas nestes autos não necessitam de conhecimento especial de técnicos, enquanto que os elementos probatórios carreados aos autos são suficientes para a formação de minha convicção.

Adentrando ao mérito, na primeira infração, o autuado é acusado de deixar de recolher o ICMS sobre a diferença entre alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias de outros Estados da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, no valor total de R\$30.623,11.

O autuado alega que a exigência não procede porque a fiscalização desconsiderou o ICMS DIFAL lançado na sua escrita contábil; diz que recolheu valor maior que o devido em alguns meses, implicando diferença a seu favor de R\$ 2.625,79, que deve ser compensado com as diferenças apuradas à menor nos outros meses. Pede que tais valores sejam compensados.

O Auditor Fiscal informou que o autuado não fez o registro do ICMS diferencial de alíquotas na sua Escrituração Fiscal Digital - EFD. Nos meses da autuação, o campo específico na EFD encontra-se zerado, inclusive respectivos registros na DMA.

Verifico, antes, que o autuado encontra-se obrigado a apresentar os arquivos da EFD - Escrituração Fiscal Digital (EFD), desde 01.01.2011. Os contribuintes do Estado da Bahia obrigados à apresentação da EFD devem fazê-lo, até o dia 25 do mês subsequente ao fato gerador

A legislação tributária estadual estabelece que o sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária (Lei nº 7.014/96, art. 34). Entre as prestações positivas, encontra-se a obrigação de fazer a Escrituração Fiscal Digital - EFD, que substitui, em seu primeiro módulo, a escrituração e impressão dos livros fiscais: Registro de Entradas; Registro de Saídas; Registro de Inventário; Registro de Apuração do ICMS, Controle do Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP (art. 247,§ 1º, RICMS BA-12).

A Escrituração Fiscal Digital - EFD é, pois, um dos subprojetos do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED. Constitui-se em um arquivo digital, com um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Convênio ICMS 143/06) e substitui a escrituração dos livros fiscais.

No demonstrativo de débito, acostado aos autos, fls. 12/18, que instrue a exigência em debate, encontram-se relacionados diversos materiais, bens, equipamentos, que foram adquiridos de outros estados da federação, cujas operações que devem sujeitar-se à incidência do ICMS diferencial de alíquotas.

Convém mencionar que a tributação do Diferencial de Alíquota está tipificado na Carta Magna (artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII). No Estado da Bahia, instituída a exigência na Lei nº 7.014/96 (art. 2º inciso IV), norma regulamentada pelo Decreto nº 13.780/12 (art.305, §4º, III, "a" do RICMS/BA), vigente, na época dos fatos ocorridos, nos presentes autos. (*In verbis*):

Art. 305 No regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

(...)

§4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

(...)

III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:

a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;

b) nas utilizações de serviços de transporte ou de comunicação iniciados em outra unidade da Federação e não vinculados a operações ou prestações subsequentes sujeitas ao imposto;

Trata-se de uma regra de tributação em que o destinatário apura em benefício de seu Estado o ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interestadual e a interna, quando das aquisições de mercadorias, bens ou serviços oriundos de outros Estados e destinados ao seu uso, consumo, integração ao Ativo Permanente ou que não estejam vinculados a uma saída subsequente tributada.

Examinando a documentação de provas apresentada nas razões, constato que o sujeito passivo registrou como débito fiscal para cálculo do imposto a recolher, conforme orienta a legislação, os valores relativos ao período setembro de 2012, R\$12.536,00 (fl. 100); setembro de 2013, R\$10.059,76 (fl. 105); fevereiro de 2013, R\$7.869,15 (fl. 110).

Dessa forma, os valores acima mencionados devem ser reconsiderados e excluídas as respectivas exigências. Trata-se de um equívoco da fiscalização a manutenção da exigência, sob o argumento da ausência do registro dos respectivos valores na Escrituração Fiscal Digital - EFD. A realidade dos fatos é uma essência do direito tributário. A ampla possibilidade de produção de provas no curso do Processo Administrativo Tributário alicerça e ratifica a legitimação dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e da verdade material. As provas acostadas

aos autos atestam que o autuado efetuou os lançamento dos valores devidos. A ausência na EFD poderia ser punida formalmente, como descumprimento de obrigação acessória de fazer.

Por outro lado, o direito não assiste ao autuado no que se refere à compensação dos valores para os quais não apresentou provas da regularidade, com os valores supostamente pagos a maior, nos meses de setembro de 2012, setembro de 2013 e fevereiro de 2013, acima aludidos.

A compensação é uma modalidade de extinção do crédito tributário, prevista no art. 156, II, do Crédito Tributário Nacional - CTN, que visa extinguir obrigação tributária entre pessoas que, ao mesmo tempo são credoras e devedoras, uma das outras, relativamente à dívidas líquidas e vencidas. Por óbvio que o caso em questão não pode ser resolvido por via de compensação, em virtude da natureza das obrigações (dívidas ilíquidas) presentes no caso em concreto.

Ante o exposto, a exigência resta subsistente parcialmente nos valores de R\$1.432,22 (agosto de 2012) e R\$1.351,77 (dezembro de 2012), totalizando R\$2.783,99, conforme o quadro abaixo:

Período	VL. NF	VL DESC	BC ICMS	DIFAL APUR	DIFAL LANÇ	DIFAL DEVIDA
08/2012	113.580,30	0	113.580,30	11.263,02	9.830,80	1.432,22
09/2012	105.379,10	0	105.379,10	10.537,92	12.536,00	0,00
12/2012	139.425,60	0	139.425,60	13.931,97	12.580,20	1.351,77
02/2013	76.605,65	0	76.605,65	7.660,59	7.869,15	0,00
09/2013	96.406,34	0	96.406,34	9.640,61	10.059,76	0,00

Na infração 2, o autuado é acusado da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de agosto de 2012, no valor de R\$50.511,53.

O autuado impugna o feito, alegando que o referido valor foi devidamente apurado e debitado, o tributo recolhido; as notas fiscais foram registradas no Livro de registro de saídas (DOC.04). O Auditor reconhece que a empresa realizou as operações de vendas, emitiu os documentos fiscais, destacou o ICMS respectivo, mas não os escriturou as notas fiscais eletrônicas no sistema EFD.

O demonstrativo de débito acostado aos autos, fls. 20/28 discrimina as Notas Fiscais Eletrônicas n^{os} 9806, 9807, 9817, 9818, 9847, 9848, emitidas em agosto de 2012, operação de venda de produção do estabelecimento e que, segundo a fiscalização, não houve o recolhimento do ICMS incidente.

Nas razões, contudo, o autuado apresentou cópia do livro fiscal de saída, fls. 119/120; cópias do livro da apuração de ICMS, provando a escrituração regular dos respectivos documentos fiscais. Cópias das DANFE,s, também acostadas aos autos, fls. 135/141, atestam a emissão dos documentos eletrônicos no modo de "*contingência*", forma pela qual se permite a emissão de uma Nota Fiscal Eletrônica, mesmo quando o software emissor não conseguir efetuar conexão com os webservices da SEFAZ do Estado do contribuinte.

As provas acostadas aos autos atestam que o autuado efetuou os lançamento dos valores devidos. A ausência na EFD poderia ser punida formalmente, como descumprimento de obrigação acessória de fazer. Infração 2 descaracterizada.

A infração 3 acusa o autuado de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, em janeiro de 2013, no valor de R\$447.063,92.

Argumenta o autuado que procedeu à importação de Metanol através das DI's 12/2323619-8 e 12/2342290-0, em 14/12/12, encaminhando a mercadoria para armazenagem na CATTALINI (DANFES de saída 10926 e 11006, emitidos em 14/12/12 e 21/12/12 (DOC.05). Destaque de ICMS com alíquota de 12%. Diz que a alíquota do ICMS foi reduzida para 4%, conforme Resolução do Senado Federal 13/2012, vigência a partir de 01/2013; que o Convênio ICMS 123, de 07/11/12, confirmou a incidência; que o Ajuste SINIEF 19 de 07/11/12 manteve a alíquota beneficiada para os produtos em estoque.

Aduz que a regra do Ajuste SINIEF 19 aplica-se perfeitamente ao caso presente; a alíquota de 4% se aplicaria às mercadorias importadas que se encontravam estocadas em 31/12/2012, abrangendo, portanto, as mercadorias da Autuada, na CATTALINI em 12/2012.

Nesse sentido, a CATTALINI devolveu simbolicamente o saldo de metanol que se encontrava ali armazenado (NF-e 56885 e 56887, de 03/01/13 alíquota de 12%) e a autuada fez nova remessa - simbólica - do metanol para armazenagem na CATALINI (NFs 11091 e 11092, alíquota de 4%).

Contesta o Auditor Fiscal aduzindo que o contribuinte adquiriu do exterior mercadorias para revenda, em dezembro de 2012, remetendo de forma imediata para armazém geral em outro Estado, destacando ICMS com alíquota de 12%. Diz que o autuado simulou uma operação de devolução, ocorrendo apenas uma troca de documentos, a fim de aproveitar-se da alíquota de 4% prevista na Resolução nº 13/2012 do Senado Federal.

Verifico que o autuado importou metanol, através das DI 12/2323619-8, de 11.12.2012 e emissão da Nota Fiscal nº 10.916, de 14.12.2012 e através das DI 12/2342290-0, de 13.12.2012 e emissão da Nota Fiscal nº 10.997, de 21.12.2012. Efetuando remessas das mercadorias importadas para armazém geral, situado no Estado do Paraná, destacando ICMS com alíquota de 12% e através das Notas Fiscais Eletrônicas nºs 10.926 (R\$2.462.040,00 e ICMS R\$295.444,80) e 11.006 (R\$3.315.660,00 e ICMS R\$397.879,20).

Demonstrativo sintético do débito apurado foi acostado aos autos, fl. 30, relacionando as notas fiscais, objeto do crédito indevido, colhido pela fiscalização. Trata-se, em realidade, das Notas Fiscais nºs 56885 e 56887, cópias às fls. 145/146, emitidas em 03.01.2013, pela CATTALINI TERMINAIS MARÍTIMOS S.A, estabelecimento regularmente inscrito, no Estado do Paraná, com a atividade principal de Armazéns Gerais - Emissão de Warrant - CNAE FISCAL 5211/70-1, com natureza da operação para retorno simbólico de mercadorias para armazenagem - CFOP 6907.

Ensina a norma que, no momento do desembaraço da mercadoria importada, será utilizada a alíquota interna prevista no Regulamento do ICMS do Estado importador, de acordo com a LC 87/96, art. 12, IX. Com o objetivo de evitar a denominada "*guerra fiscal*", em que Unidades da Federação concedem benefícios fiscais para empresas instaladas em seus territórios sem respaldo em convênio ICMS, condição esta exigida pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei Complementar nº 24/1975, o Senado Federal editou a Resolução SF nº 13/2012 para fixar em 4% a alíquota interestadual do ICMS nas operações com bens e mercadorias importadas do exterior, a contar de 1º.01.2013. Portanto, a alíquota de 4% deverá ser aplicada às operações interestaduais com mercadorias importadas, ainda que adquiridas no mercado nacional, conforme o art. 1 da aludida Resolução.

Em 09.11.2012 foi publicado o Convênio ICMS CONFAZ nº 123, em vigor a partir de 1º de janeiro de 2013, que dispõe sobre a não aplicação de benefícios fiscais do ICMS em operações interestaduais com bens ou mercadorias importadas sujeitas à tributação prevista na Resolução do Senado Federal nº 13/2012. Excepcionou as situações i) de sua aplicação em 31.12.2012 resultar carga tributária menor que 4%, hipótese em que será mantida a carga tributária prevista naquela data; e ii) se tratar de isenção.

Nesse sentido, o Convênio ICMS 123/2012, a fim de desestimular a guerra fiscal, tornará sem efeitos os benefícios fiscais concedidos pelas unidades federadas dotadas de estrutura portuária que, para beneficiar-se de parcela da arrecadação do ICMS, incentivam a internação da mercadoria importada em seu território, ainda que este não seja o local de destino da mercadoria.

Nessa mesma data foi também publicado o Ajuste SINIEF nº 19 celebrado pelo mesmo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que dispõe sobre os procedimentos relativos à aplicação da Resolução do Senado Federal nº 13/2012, notadamente em relação à aplicação da alíquota unificada de 4% para as operações interestaduais com bens e mercadorias.

A cláusula décima primeira do ajuste estabelece que "*as disposições contidas neste ajuste aplicam-se aos bens e mercadorias importados, ou que possuam Conteúdo de Importação, que se encontrarem em estoque em 31 de dezembro de 2012*".

Diante dos pressupostos e da legislação atinente à matéria, entendo que a nova alíquota é aplicável na primeira operação interestadual com mercadorias importadas (isto é, promovida

pelo próprio importador) e em todas as operações interestaduais subsequentes que forem realizadas com tais mercadorias, por qualquer contribuinte. Apesar de as normas relativas à alíquota unificada de 4% produzirem efeitos a partir de 1º de janeiro de 2013, foi determinado que as mesmas regras devem ser observadas em relação aos bens e mercadorias importados ou que possuam Conteúdo de Importação, que estiverem no estoque do contribuinte em 31 de dezembro de 2012, nos termos da cláusula décima primeira do Ajuste SINIEF nº 19/2012.

No caso em concreto, as mercadorias importadas pelo Estado da Bahia foram remetidas para armazenagem, na CATTALINI TERMINAIS MARÍTIMOS S.A, situado no Estado do Paraná, através das Notas Fiscais Eletrônicas nºs 10.926, de 14.12.2012 e 11.006, de 21.12.2012. As mercadorias importadas, apesar de depositadas em Armazém Geral em outro Estado, permanecem nos estoques do contribuinte autuado. Comercialmente falando, armazém-geral é o estabelecimento que têm por objeto a guarda e a conservação de mercadorias e bens recebidos de terceiros, mediante cobrança de pagamento pelos serviços prestados, como despesas feitas na guarda e conservação das coisas e a própria armazenagem.

Cabível ressaltar que as alíquotas internas de cada estado, que são aplicáveis às importações (para pagamento no momento do desembarço) não foram alteradas pelo Senado Federal, portanto, no caso em concreto, já coube ao Estado da Bahia, o ICMS incidente na importação, de acordo com a alíquota interna de 17%, prevista no art. 15, I, "d" da Lei nº 7.104/96.

Dessa forma, entendo que a utilização dos créditos fiscais relacionados às Notas Fiscais Eletrônicas nºs 56.885 e 56.887, de 03.01.2013 (fls. 145/146) não configura uma forma indevida, muito menos, que se trate de simulação de uma operação de devolução. Todos os elementos e os fatos que envolvem a operação estão descritos no próprio documento fiscal, não há o que falar em simulação. Simulação é uma fraude e não se presume.

A natureza da operação constante do documento fiscal é "*retorno simbólico de mercadoria em armazém geral*" - CFOP 6907, que abrange os retornos simbólicos de mercadorias recebidas para depósito em depósito fechado ou armazém geral, quando as mercadorias depositadas tenham sido objeto de saída a qualquer título e que não devam retornar ao estabelecimento depositante.

Em síntese, foi regular o procedimento do autuado. A Lei nº 7.014/96 (art. 2º, I) prevê a incidência do ICMS, nas operações de remessa de mercadorias para armazém-geral situado em outra unidade da federação, com destaque à alíquota de 12%. O retorno simbólico se deu sob a mesma alíquota.

A mesma Lei de ICMS do Estado da Bahia recepcionou as regras da Resolução SF 13/12, do Convênio ICMS 123/12 e do Ajuste SINIEF 19/12, relacionada à mercadorias importados, conforme transcrito abaixo:

Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

(...)

III - 4% (quatro por cento).

(...)

b) nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior que, após seu desembarço aduaneiro:

1. não tenham sido submetidos a processo de industrialização;

2. ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação ou recondicionamento, resultem em mercadorias ou bens com conteúdo de importação superior a 40% (quarenta por cento).

Por derradeiro, o artigo 15, §1º da Lei nº 7.014/96 estabelece que, no retorno de mercadoria depositada por estabelecimento de outra unidade da Federação, a alíquota aplicável será a mesma adotada quando da remessa para depósito neste Estado. A norma indica que o procedimento do autuado está de acordo com a legislação de regência. Infração 3 descaracterizada.

A quarta infração aponta o recolhimento a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e escrituração no livro Registro de Apuração de ICMS, gerando crédito em duplicidade, no valor total de R\$200.845,47.

O fiscal elabora demonstrativo sintético do crédito, cuja utilização foi considerada irregular, fazendo referência ao período da utilização, valor, arquivos EFD onde os valores em duplicidade estariam registrados (fls. 35). Na mídia CD consta o mesmo demonstrativo (fl. 48).

A sujeito passivo, ao apresentar sua defesa, além da alegação que não houve crédito fiscal em duplicidade referente ao acumulado na exportação, acostou aos autos cópias dos seus livros fiscais e demais relatórios de controle do mencionado crédito fiscal (fls. 149/170).

A exportação de produtos industrializados é imune ao ICMS (CF/1988, artigo 155, § 2º, X, a). Constatou, a partir das peças acostadas aos autos que a empresa mantém créditos acumulados de ICMS decorrentes da exportação.

O contribuinte mobilizou esforços no sentido de demonstrar a forma encontrada para administrar os créditos gerados sobre suas operações de exportações. Calcula o ICMS com base no valor das exportações e custo do produto; lança o valor dos respectivos créditos no livro Registro de Apuração de ICMS Normal, na coluna “Outros Créditos”; por fim, transfere o valor total para o Livro Especial.

Por exemplo, no mês de janeiro de 2012, valor total da planilha do crédito de exportação, no valor de R\$19.047,91 (fl. 150), consta no livro de apuração normal do imposto na coluna “006 - Outros Créditos”, precisamente como “crédito acumulado de exportação n/mês” (fl.154). A transferência para o livro especial é feita mediante o débito do valor na coluna “002 – Outros Débitos” (fl. 153). O mesmo procedimento observo, nos demais meses, conforme documentos acostados nos autos.

A forma como laborou fiscalização contudo, não contribuiu para a elucidação dos fatos. Não juntou aos autos elementos comprobatórios da acumulação de créditos indevidos, limitando-se a elaborar uma planilha com os valores que considerou indevidos. A compreensão da matéria em litígio foi possibilitada pela documentação apresentada pelo próprio, em sua defesa, ainda que por amostragem, o que também impediu a análise da totalidade da autuação.

Mesmo a acusação de recolhimento a menor de ICMS em razão da divergência entre os valores lançados no livro de entrada e o respectivo livro de Apuração de ICMS Entrada não se confirmaria, uma vez que o contribuinte autuado é detentor de significativo saldo de crédito de ICMS acumulado, em valor muito superior aos créditos tributários reclamados.

Como se pode observar, não consta nos autos os dados que nos leve a conclusão de que o sujeito passivo houvesse, de fato, cometido o ilícito fiscal descrito na inicial dos autos. Em face de tais observações, sou pela nulidade da presente exigência, porque o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, nos termos do art. 18, IV, "a", do RPAF BA (Decreto nº 7.629/99). Infração Nula.

Quinta e sexta infração tratam de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória pela entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. 1% do valor comercial das mercadorias. Valor da multa R\$16.935,05 e pela entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. 10% do valor comercial das mercadorias. Valor da multa R\$77.838,96.

Consta ainda que os documentos não registrados são notas fiscais eletrônicas de entrada não lançadas na Escrituração Fiscal Digital. Infração contra os incisos XI e IX, art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Demonstrativos analíticos com a discriminação das notas fiscais não lançados, em relação ao item 5 (fls. 37/40) e item 6 (fls. 42/43).

Em sua defesa, a autuada reconhece a falta de registro das notas fiscais da GE WATERS, tendo feito, inclusive, respectivo pagamento. Com relação às demais notas fiscais impugna a exigência, uma vez que fez os registros no livro de Registro de Entradas, conforme faz prova a documentação apresentada (DOC 07). Esclarece ainda que as notas emitidas por seus fornecedores em dezembro de 2013, constam registrada na escrita contábil da empresa. As demais emitidas em 2012 e 2013 foram registrada na escrita contábil quando adentraram no estabelecimento, em 09/2014.

O Auditor Fiscal mantém as penalidades, por entender que a autuada não fez a escrituração das notas fiscais eletrônicas em Escrituração Fiscal Digital - EFD (Convênio ICMS 143/06), estando desobrigada do registros nos livros fiscais.

A infração trata, portanto, do descumprimento da obrigação acessória, que demandou a aplicação das penalidades previstas nos incisos IX e XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96: falta de registro pelo autuado na Escrita Fiscal Digital - EFD da entrada das suas mercadorias tributadas ou não.

Sabe-se que o autuado se encontra obrigado a apresentar os arquivos da EFD - Escrituração Fiscal Digital (EFD), desde 01.01.2011. Os contribuintes do Estado da Bahia obrigados à apresentação da EFD devem fazê-lo, até o dia 25 do mês subsequente ao fato gerador.

A relação jurídica obrigacional tributária é objeto essencial do direito tributário. As obrigações tributárias acessórias são os deveres instrumentais exigidos pelo sujeito ativo (obrigação de fazer) com o intuito de assegurar o interesse da arrecadação dos tributos e também para facilitar a atividade de fiscalização no sujeito passivo. A legislação tributária estadual estabelece que o sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária (Lei nº 7.014/96, art. 34). Entre as prestações positivas, encontra-se a obrigação de fazer a Escrituração Fiscal Digital - EFD, que substitui, em seu primeiro módulo, a escrituração e impressão dos livros fiscais: Registro de Entradas; Registro de Saídas; Registro de Inventário; Registro de Apuração do ICMS, Controle do Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP (art. 247,§ 1º, RICMS BA-12).

Caracterizadas, portanto, as multas por descumprimento da obrigação acessória, implicando as penalidade descritas na inicial dos autos, conforme os relatórios da fiscalização anexados nos autos. O registro dos documentos nos livros fiscais, aos quais não mais estava obrigado, o contribuinte, sobretudo, em razão de ter ocorrido a escrituração contábil das notas fiscais eletrônicas, afasta a presença de dolo, fraude ou simulação por parte do autuado, com o fito de eximir-se de pagamento de tributo. A própria escrituração contábil das operações afastou a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, como também entendeu o preposto do Fisco, ao aplicar as penalidades previstas nos aludidos incisos do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Contudo, apesar da incidência das multas, entendo que deva ser aplicada a recente alteração à Lei nº 7.014/96, promovida pela Lei nº 13.461/15, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/15, que reduziu o percentual da penalidade prevista para a falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, de 10% para 1%. Veja-se a nova redação do inciso IX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

IX - 01% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;”

Dessa forma, a multa por descumprimento de obrigação acessória, em face do presente Auto de Infração, resta caracterizada no valor de R\$16.935,05 (infração 5) e R\$7.783,89 (infração 6), totalizando R\$24.718,94, devendo ser considerado (homologado) em relação às parcelas das multas já admitidas e pagas pelo autuado, conforme DAE (fl. 91). Demonstrativo infração 5, no valor de R\$8,43 (fl.93); demonstrativo infração 6, no valor de R\$2.271,05 (fls. 94/95).

Em conclusão, sou pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, constituindo crédito tributário, no valor de R\$27.502,88, em face das modificações retromencionadas e a redução do percentual da penalidade do art. 42 da Lei nº 7.014/96 42, inciso IX, de 10% para 1%, na redação da Lei nº 13.461/15, que reduziu a exigência do item 6 de R\$77.838,95 para R\$7.783,89, além da recomendação para homologação dos valores já recolhidos pelo autuado e conforme quadro abaixo:

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO			
Infração	Valor lançado	Valor julgado	Resultado
1	30.623,11	2.783,99	Procedente em parte
2	50.511,53	0,00	Improcedente.
3	447.063,92	0,00	Improcedente
4	200.845,47	0,00	Nulo
5	16.935,05	16.935,05	Procedente/multa 1% - hom. parcela paga
6	77.838,95	7.783,89	Procedente/redução multa 1% - hom. parcela paga.
Total	823.818,03	27.502,93	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281082.0034/15-0 lavrado contra **COPENOR - COMPANHIA PETROQUÍMICA DO NORDESTE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto devido no valor de **R\$2.783,99**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multas por descumprimento de obrigações acessórias no montante de **R\$24.718,94**, previstas nos incisos XI e IX, do mesmo diploma legal já citado, as quais foram reduzidas com base na Lei nº 13.461/15, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento recorre, de ofício, da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, I, "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, em 26 de abril de 2016.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR