

A. I. Nº - 271148.0013/15-3
AUTUADO - ELEKEIROZ S/A
AUTUANTE - RICARDO MARACAJÁ PEREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.09.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0134-02/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. a) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 10%. Infração caracterizada com redução do valor da multa. Infração não elidida, porém, foi reduzido o valor da multa ante a sua modificação pela Lei nº 13.461/2015, e aplicação retroativa com base no artigo 106, II, “c” do CTN; b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 1%. Infração caracterizada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA PESSOA CONSIDERADA NÃO CONTRIBUINTE. Estando o destinatário localizado em outro Estado e não sendo contribuinte do ICMS, a alíquota aplicável é a prevista para as operações internas. Reduzido o débito por erro no seu cálculo. 3. CRÉDITO FISCAL. MATERIAL DE USO E CONSUMO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Infração parcialmente elidida. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infração não elidida. 5. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REMESSAS PARA CONserto SEM A COMPROVAÇÃO DO DEVIDO RETORNO. Argumento defensivo desacompanhado de provas não elide a imputação. Rejeitado o pedido de diligência fiscal, e não apreciada a alegação de confiscatoriedade da multa aplicada por faltar competência a esta instância de julgamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2015, reclama ICMS e MULTA, no valor total de R\$694.521,05, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

01 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, conforme demonstrativos às fls.13 a 24. Multa no valor de R\$160.907,33. Em complemento consta: Notas fiscais eletrônicas não lançadas na EFD – Escrituração Fiscal Digital – Anexo 1.

02 - 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, conforme demonstrativos às fls. 26 e 39. Multa no valor de R\$ 13.437,36. Em complemento consta: Notas fiscais eletrônicas não lançadas na Escrituração Fiscal Digital – Anexo 2.

03 – 03.02.07 - Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 72,11, em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra Unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, no mês de junho de 2012, conforme demonstrativos às fls.41 a 42. Em complemento consta: Notas fiscais de venda a não contribuinte com alíquota de 12% quando o correto seria 17% - Anexo 3.

04 - 01.02.02 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 256.232,35, referente a aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro e abril de 2013, conforme demonstrativos às fls.44 e 53 - Anexo 4.

05 – 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS no total de R\$ 5.847,97, decorrente da diferença de entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março e setembro de 2012, janeiro e abril de 2013, conforme demonstrativos às fls.55 a 56 - Anexo 5.

06 - 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS, no valor R\$246.768,75, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, conforme demonstrativos às fls.58 a 61. Em complemento consta: Notas fiscais de remessa para conserto sem a devida comprovação do retorno. Operações dentro do Estado – Anexo 6.

07 - 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS, no valor R\$11.255,18, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, nos meses de fevereiro a abril, setembro e outubro de 2012, janeiro, março, maio, setembro e novembro de 2013, conforme demonstrativos às fls.63 a 64. Notas fiscais de remessa para conserto sem a devida comprovação do retorno. Operações fora do Estado – Anexo 7.

O lançamento tributário foi cientificado através da intimação e AR dos Correios às fls.78 a 79, mediante a entrega de cópia do auto de infração, demonstrativo de débito fiscal, e de todos os demonstrativos, inclusive uma mídia digital contendo todos os levantamentos fiscais.

O sujeito passivo, através de advogados legalmente constituídos nos autos, em sua defesa às fls.82 a 91, após destacar a tempestividade na interposição de sua impugnação, esclareceu que é uma indústria química de produtos intermediários e está sediada no Polo Petroquímico de Camaçari, e por ser uma empresa legalista sempre cumpriu com as suas obrigações inclusive de ordem tributária.

Argui que a pretensão fiscal não pode prevalecer à luz do artigo 20 do RPAF/99, por cerceamento do direito de defesa e por insegurança na determinação da infração, por não conter os elementos constitutivos definido no artigo 142 do Código Tributário Nacional, pelo que suscita a nulidade do procedimento fiscal por considerar que o auto de infração não está revestido de liquidez e certeza.

Com base nisso, argumenta que no caso em tela, a nulidade do lançamento é evidente na medida em que o Auto menciona que é cobrado ICMS no período de 2012 e 2013 por suposta apropriação dos créditos nas entradas, falta de registro nas entradas, entretanto, *NÃO INFORMA (i) quais mercadorias foram identificadas pelo Agente Fiscal; (ii) quais os períodos específicos em que cada mercadoria foi identificada; (iii) a alíquota utilizada para cálculo do imposto creditado.*

Prossegue dizendo que tais irregularidades denotam a insegurança na determinação da infração em exame e, por conseguinte, justificam a sua improcedência, uma vez que retrata claramente uma tentativa de enriquecimento ilícito do erário, pois parte das entradas embalagens e fretes destinados a produtos que não pertencem ao regime de substituição tributária e são tributados normalmente.

Além disso, sustenta que a atividade de fiscalização, para ser válida, a imposição fiscal deve estar pormenorizadamente comprovada pelo Agente Fiscal, isto é, devidamente comprovada na forma prevista no artigo 333, I, do CPC, que atribui à fiscalização o ônus de provar fato constitutivo de seu direito.

Pelo acima alinhado, conclui que o lançamento se deu em verdadeira afronta ao art. 142 do CTN, o que justifica no seu entender o reconhecimento de sua nulidade, não podendo produzir qualquer efeito no mundo jurídico a fim de compelir a Impugnante a recolher aos cofres públicos os valores nele consignados.

No mérito, em relação às infrações 01 e 02, esclarece que as notas fiscais mantidas na autuação e emitidas pela BRASKEM foram canceladas pela própria BRASKEM, em razão de desacordo com os pedidos e contrato de fornecimento firmado entre as partes, não prevalecendo à autuação.

Ressalta que a empresa BRASKEM utiliza em todo Polo Petroquímico, do meio de transporte chamado **tubovia**, através de tubo interligado diretamente aos seus clientes, com medidores específicos instalados em cada cliente.

Diz que no caso de transporte feito por meio de **tubovia**, os produtos são bombeados para os tanques de produtos químicos dos seus clientes, de acordo com os pedidos, medições e posterior entrega física das notas fiscais emitidas, ou seja, que as notas fiscais não chegam, necessariamente, juntamente com os produtos adquiridos, como ocorre no caso de entrega de produtos por transportadoras.

Explica que recebe o produto 24 horas por dia através de tubovia, sendo entregue nota fiscal todos os dias no seu endereço, em razão do contrato de fornecimento firmado entre as partes, onde os preços são negociados constantemente pela área comercial e regime especial de ICMS que rege toda a operação entre as empresas.

No caso da Nota Fiscal nº 8152, emitida pela Braskem, no valor de R\$ 122.704,29, entende que a mesma não deve ser registrada na Elekeiroz, pois a operação não aconteceu e a Braskem cancelou a nota fiscal internamente por já ter sido ultrapassado o prazo de 24 horas, o que é plenamente comprovado pela declaração da Braskem informando o cancelamento da nota fiscal.

Observa que em razão do referido procedimento, quando recebe as notas fiscais na portaria da empresa, os produtos já foram bombeados (entregues) naquele dia pela BRASKEM, *o que significa dizer que somente é possível identificar qualquer erro no faturamento (emissão de nota fiscal em desacordo com o contrato), quando os produtos já foram entregues por tubovia.*

Sendo assim, assevera que por não ser possível a recusa da mercadoria no momento da entrega do produto, a recusa pela Recorrente ocorreu em momento posterior, e a própria BRASKEM por assumir o erro cometido, emitiu notas fiscais de devolução de venda de produção do estabelecimento e reemitiu as notas fiscais corretas, “como seguem abaixo e anexas”.

Esclarece, ainda, que foi exatamente em razão deste procedimento de transporte por tubovia, que foram apostos carimbos contendo a descrição (**recepção fiscal - Elekeiroz**) nas notas fiscais, pois num procedimento normal de entrega por transportadora, a Recorrente teria feito a recusa do recebimento da mercadoria em razão do pedido estar em desacordo com o preço acordado, o que neste caso, não é possível fazer, pois quando a Recorrente recebe as notas fiscais os produtos já estavam dentro dos tanques.

Afirma que de fato existiu a circulação (por tubovia) e a entrega dos produtos (bombeamento) nos tanques interligados entre a BRASKEM e a Recorrente, porém, destaca que para o caso específico, não é possível aplicar o mesmo procedimento utilizado em casos onde os produtos são entregues via transportadora, conforme fez os julgadores no referido acórdão.

Em sequência, passa a discorrer sobre a fabricação e a entrega pela BRASKEM por tubovia, destacando que a Braskem fatura o produto diariamente após a leitura do medidor, totalizando o produto que passa pelo tubo, na prática, parecido com o procedimento de medição por hidrômetro no fornecimento de água.

Explica que a apuração da quantidade enviada num determinado dia é obtida subtraindo a leitura das 6 horas de hoje da leitura das 6 horas de ontem, com entrega diária de documento fiscal.

Diz que todo o produto chega ao estabelecimento por tubo e que não tem estrutura física e tecnológica montada para proceder a devolução do referido produto por tubovia, até porque o produto que chega a sua esfera de armazenamento se mistura com produtos que já estão contidos nas suas esferas/tanques.

Destaca a importância da sua entrega por tubovia, ressaltando que não existe qualquer possibilidade do produto ser devolvido através de tubo como é feito o seu recebimento, pois na condição de cliente da BRASKEM, está preparada tecnologicamente apenas para receber produtos por tubovia, não sendo possível a sua devolução também por tubovia.

Desta forma, sustenta que se verificada a ocorrência de erro na fatura, quer por quantidade ou preço, não existe a menor possibilidade de devolução física do produto, e, também, importante destacar, que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, também não permite a emissão de nota fiscal de devolução pela Recorrente sem ocorrer de fato à devolução física do produto.

Alega que, ainda que a nota fiscal tivesse sido recebida pela Recorrente, a infração deve ser cancelada por todos os motivos amplamente justificados, levando em conta a particularidade da sistemática de remessa de mercadorias entre a Elekeiroz e a Braskem.

Em relação ao valor cobrado de R\$ 17.166,45, alega que efetuou uma venda para a empresa Madex através da NF nº 23928 em 24/09/12, a qual recusou o recebimento da mercadoria e manifestado no verso da nota fiscal, devolvendo com carga com a nossa própria nota fiscal.

Por sua vez, diz que emitiu a Nota Fiscal de Entrada nº 24033 em 28/09/12 para anular a operação, não havendo qualquer razão a Madex emitir a nota fiscal de devolução, já que a devolução ocorreu com NF da própria Recorrente, sendo portanto, indevido o lançamento conforme as cópias dos documentos.

Já em relação às Notas fiscais da empresa MM embalagens, informa que foram emitidas erroneamente contra a Elekeiroz e a própria MM emitiu a nota fiscal de entradas anulando a nota emitida erroneamente. Cita como exemplo, a NF 1247 que foi cancelada pela nota de Entrada 4921 emitida pela própria emitente; a NF 1623 que foi cancelada pela nota de Entrada 4922; a NF 1627 que foi cancelada pela nota de Entrada 4871 e a NF 1059 cancelada pela nota Entrada 4920, todas emitidas pela empresa MM, conforme cópias de todas as notas de entradas anulando as notas emitidas erradas para a nossa defesa.

Por conta disso, diz que o valor de R\$ 8.609,13 refere-se às notas da Massa Alimento - a empresa emitiu erroneamente a nota contra a Elekeiroz e emitiu nota fiscal de entrada- na sequência comunicou a Fazenda sobre o cancelamento, conforme cópia do protocolo de comunicado à Sefaz.

Em relação às infrações 04 e 05, o defendente destaca que a fiscalização considerou indevido o crédito, por considerar como material de uso e consumo, as mercadorias constantes das Notas Fiscais nº 3817 e 3880 emitidas pela empresa White Martins Gases Industriais NE Ltda.

Esclarece que se trata da aquisição de Nitrogênio, que é matéria prima utilizada no processo industrial da Recorrente, sendo o crédito legítimo em razão do princípio Constitucional da não-cumulatividade que rege a apuração do ICMS.

Esclarece que a operação foi registrada com CFOP 1.116 em razão de se tratar de Remessa de Venda Futura, com destaque do ICMS na Nota Fiscal, regularmente creditado pela Recorrente, mesmo porque, deve ser observado que anteriormente a empresa fornecedora da mercadoria emitiu a Nota Fiscal 3727 de 29/12/11 para entrega futura, da qual foi registrada sem destaque do imposto no dia 19/01/2012, e sem creditamento do ICMS pela Recorrente.

Diz, ainda, que a fiscalização também deixou de observar se tratar de matéria prima, considerando como uso e consumo, a aquisição de sal para transferência de calor utilizado no processo produtivo e a aquisição de filtro utilizado no processo produtivo no valor de **R\$926,85**.

Quanto aos demais valores cobrados neste item, informa que se referem a glosa de créditos de ativo imobilizado, apropriados de acordo com o que dispõe a Portaria CAT nº 41/2003, vejamos:

PORTARIA CAT 43/2003

Artigo 1º - O contribuinte, para efeito de lançamento do crédito decorrente da aquisição de bem destinado ao ativo permanente, deverá, em cada período de apuração:

1 - emitir, em seu próprio nome, uma única Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, englobando todos os valores apropriados mensalmente como crédito, no Quadro 5 do "Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP", modelo D, a qual deverá conter, além dos demais requisitos:

a) como natureza da operação: "Lançamento de Crédito - Ativo Permanente";

b) o Código Fiscal de Operação ou Prestação - CFOP 1.604; c) o valor da parcela do ICMS a ser creditado;

Nota que em momento algum, nos relatórios da fiscalização, é aventada a hipótese de desqualificação de ativos adquiridos pela empresa, tratando-se simplesmente de estorno do crédito mensal de ICMS apropriado pela Recorrente sobre os ativos que compõem seu ativo permanente e regularmente escriturados no CIAP.

Ante o exposto, alega que o libelo fiscal está eivado de vícios que padecem sua ilegalidade na integralidade, sob pena de não prevalecer a verdade material dos fatos, bem como, por não conter elementos suficientes para determinar com segurança a infração, devendo ser declarado nula a infração nº 04 com base no artigo 18, IV e 28, § 4º do RPAF.

Sobre as infrações 06 e 07, argumenta que a fiscalização glosou os créditos de ICMS, ante a suposta falta de comprovação do retorno das mercadorias remetidas para conserto.

Informa que os anexos dos demonstrativos elaborados pela Recorrente, comprovam que a grande parte dos itens listados no auto de infração, retornaram do conserto, cuja Nota Fiscal foi devidamente registrada na escrita fiscal, não sendo, portanto, devida a totalidade do crédito impingido.

Desta forma, sustenta que estes itens devem ser cancelados por não guardar legitimidade com a legislação vigente, devendo os autos serem baixados em diligência para averiguação da escrituração da Recorrente para comprovação do quanto alegado.

Relativamente à multa de 60% consignada no Auto de Infração, nas infrações 01 e 04, prevista no artigo 42, II, letra "a", da Lei 7.014/96, salienta que padece de flagrante confisco ao patrimônio do contribuinte, assim como a capacidade contributiva da Recorrente.

Comenta que a multa por infração não pode ter caráter indenizatório, mas tão somente finalidade coercitiva, para que não haja atraso demasiado nos recolhimentos dos impostos, não sendo condizente com os princípios de direito, pois a Constituição Federal veda o confisco em relação aos tributos e inclusive aos acessórios como no caso das multas.

Assim, suscita o cancelamento da multa em questão por entender que fere o princípio da proporcionalidade e a sua aplicação indevida caracteriza enriquecimento sem causa.

Diante do exposto, requer seja julgada totalmente improcedente a ação fiscal, cancelando-se, via de consequência, o auto de infração em comento, e protesta pela juntada de documentos posterior para a comprovação das alegações suscitadas.

Foram acostados pelo autuado na defesa cópias de documentos e planilhas com demonstrativos para dar suporte a suas argumentações (docs.fls.106 a 185).

Na informação fiscal às fls.188 a 190, em relação a alegação na página 84 que não foram identificadas as mercadorias, os períodos e as alíquotas, o autuante diz que os defendentes não observaram os anexos ou simplesmente copiaram texto de outra defesa, pois está tudo no material entregue à empresa, bem como nos autos. O preposto fiscal entende que na falta de

argumentos sobre as autuações, o escritório de advocacia da autuada procura ganhar tempo na arguição de nulidade.

Chamou a atenção que as folhas anexadas pelo contribuinte nas páginas 104 à 115 fazem referencia a outro AI, razão que as desconsiderou.

Quanto às infração 01 e 02, o autuante rebateu as razões defensivas na forma que segue.

- a) Quanto a alegação de que, em relação a Braskem - NFe 81.252, a empresa fornecedora não cancelou a nota, e que enviou uma carta à ELEKEIROZ dizendo que não cancelou atribuindo à SEFAZ uma falha numa tentativa de cancelamento em 2012, o preposto fiscal entende que a empresa teve tempo suficiente para resolver a situação e se não o fez, foi por que não era para cancelar. Argumenta que uma carta de intenções não cancela um documento fiscal, sendo assim não acatou a alegação defensiva. Assim, reafirma que a nota fiscal não foi registrada no livro de entradas da autuada e era obrigação sua tê-la feito;
- b) Sobre a nota fiscal da Madex, diz que a empresa emitiu a nota de devolução e esta não foi registrada no livro de entradas da autuada, razão da autuação;
- c) Referente a MM Embalagens, informa que as notas de devolução da MM foram emitidas em junho de 2015 após o envio pela fiscalização da relação de notas não registradas para a ELEKEIROZ em 2011 e 2012 e, só foram emitidas por conta disso. Sendo assim, entende que a cobrança é devida já que as notas fiscais de fato não foram registradas pela autuada;
- d) Em relação a Massa Alimentos, aduz que da mesma forma que a MM Embalagens, a empresa fornecedora entrou com o pedido de cancelamento em 10/06/2015, após o envio pela fiscalização da relação de notas não registradas para a ELEKEIROZ em 2011 e 2012 e, só aconteceram por conta disso e este processo encontra-se em análise. Sendo assim, entende que a cobrança é devida;

Manteve na integralidade os valores apurados no levantamento fiscal.

Quanto às infração 04 e 05, o autuante argui que o autuado apenas confirma o que já era de seu conhecimento, ou seja, que houve a utilização de crédito de produtos usados para o resfriamento e outros para uso e consumo. Salienta que em nenhum momento foi explicado pelo autuado a função no processo dos produtos.

Reconhece que algumas notas de crédito de Nitrogênio e CIAP foram glosadas por engano, e informou que está retirando-as do levantamento do período de 2011, conforme demonstrativo à fl.190.

Quanto ao ano de 2013, informa que não teve alteração, pelo que manteve o resultado na íntegra para esse ano.

Por último, em relação às infrações 06 e 07, informou que mantém na integralidade os valores cobrados, uma vez que nenhum documento foi apresentado na defesa.

Foram acostados à informação fiscal, fls.191 a 195, demonstrativos referentes às infrações 04 e 05.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.197 a 198, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls.188 a 190, sendo-lhe entregues cópias, inclusive os demonstrativos às fls.191 a 195, porém, no prazo estipulado o sujeito passivo manteve-se silente.

VOTO

A exação proposta no auto de infração, se refere a sete infrações, sendo que o sujeito passivo em sua impugnação silenciou em relação à infração **03 – 03.02.07** - Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 72,11, em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra Unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, no mês de junho de 2012, conforme demonstrativos às fls.41 a 42.

Desta forma, subsiste a citada infração.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação através da intimação e AR dos Correios às fls.78 a 79, mediante a entrega de cópia do auto de infração, demonstrativo de débito fiscal, e de todos os demonstrativos, inclusive uma mídia digital contendo todos os levantamentos fiscais.

Preliminarmente, não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Portanto, em momento algum constatei que ocorreu cerceamento do direito de defesa, bem como, que ocorreu insegurança na determinação das infrações, tendo em vista que os demonstrativos constantes às fls.13 a 64, identificam todos os dados dos documentos fiscais, notadamente a base de cálculo, os períodos e a alíquota utilizada para a apuração dos respectivos dos débitos lançados no auto de infração. O fato de não está especificada a mercadoria, considerando que os documentos fiscais estão identificados, ninguém mais que o autuado pode saber quais as mercadorias, haja vista que em sua defesa faz referência a todas elas. Além disso, no demonstrativo de débito às fls.06 a 11 estão identificados o documento fiscal, a data de ocorrência do fato gerador, base de cálculo, alíquota, inclusive os acréscimos legais.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhida a alegação de nulidade da autuação, vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide, pois o auto de infração está revestido de liquidez e certeza, e acompanhado das devidas provas representadas pelos levantamentos fiscais.

Sobre a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no citado dispositivo legal, 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.

Quanto ao pedido do autuado de diligência para revisão do lançamento, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além disso, o autuado já apresentou provas de suas alegações, e não justificou impossibilidade de trazer ao processo as demais provas.

Quanto às infrações impugnadas, o sujeito passivo visando elidir a autuação trouxe ao processo os documentos constantes às fls.106 a 185, os quais passo analisar, em confronto com os documentos que dão suporte às infrações e os esclarecimentos prestados na informação fiscal pelo autuante.

Infração 01 – 16.01.01

Trata da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$160.907,33, em decorrência da constatação de entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, apuradas com base em notas fiscais de entrada não escrituradas na EFD - Escrituração Fiscal Digital

Das notas fiscais objeto do lançamento tributário e relacionadas na planilha às fls.14 a 24, o autuado não concordou com a exigência fiscal em relação às seguintes notas fiscais.

a) NFe 1247, 12/04/2012, fls.14 e 118, emitida por MM Embalagens, a qual, segundo o autuado, foi anulada com a emissão da NF de Entrada nº 4921, emitida em 28/06/2015. Analisando o documento

de fl.117, constato que realmente consta no campo de observação o número da nota fiscal objeto da autuação, qual seja, a NF 1247. Apesar de constar tal observação, não considero cabível excluir a multa no valor de R\$ 867,00 do levantamento fiscal, pois a referida nota fiscal (1247) deveria ter sido lançada na EFD, não sendo razoável o cancelamento no curso da ação fiscal e após três anos da data de emissão do documento fiscal não escriturado no livro fiscal. Mantida a multa de R\$ 867,00.

b) NFe 81252, 28/05/2012, fl.15 e 122, emitida pela Braskem, para a qual, o autuado alega que a mesma foi cancelada através da declaração do fornecedor. Não acolho esta alegação, pois na cópia do e-mail e na declaração de fls.119 e 120, no documento ilegível à fl.121, não são capazes de elidir a falta de lançamento da nota fiscal 81252. Mantida a multa no valor de R\$122.704,29.

c) NFe 1623 e 1627, emitidas em 16 e 17/08/2012, fl.15, por M.M. Embalagens, canceladas, segundo o autuado, através das NFs 4922 e 4871, fls.123 e 125, respectivamente. Não acolho tais documentos para comprovar a alegação defensiva, visto que tais documentos fiscais foram emitidos em 16/06/2015 e 28/06/2015, no curso da ação fiscal, não sendo razoável o cancelamento no curso da ação fiscal e após três anos da data de emissão do documento fiscal não escriturado no livro fiscal. Portanto, entendo não cabível excluir a multa nos valores de R\$867,00 e R\$ 825,00.

d) NFe 9347, 01/10/2012, fl.16, emitida por Madex, foi alegado na defesa que se trata de NF de devolução de venda realizada através da NF 23928, fl.127, em 24/09/2012, no valor de R\$171.664,53, por está em desacordo com o pedido, tendo a mercadoria retornado ao seu estabelecimento, sendo emitida a NF 24033 em 28/09/2012, fl.129. Ocorre que esta NF foi cancelada, a empresa emitiu a nota de devolução e esta não foi registrada no livro de entradas da autuada. Correto o procedimento fiscal, pelo que mantenho o lançamento do débito da multa no valor de R\$17.166,45.

e) NF 1059, 08/02/2012, fl. 14 e 131, emissão de M.M. Embalagens e anulada pela NF de Entrada nº 4920, datada de 28/06/2015, fl.130. Não acolhida a exclusão da multa no valor de R\$825,00, pois a referida NF foi emitida no curso da ação fiscal, não sendo razoável o cancelamento no curso da ação fiscal e após três anos da data de emissão do documento fiscal não escriturado no livro fiscal.

f) Anexo 01, fl.21, mês de junho/13: do valor de R\$ 10.261,83, foi impugnado o valor de R\$8.609,13, sob alegação de que se refere a duas notas fiscais emitidas por Massa Alimentação, ou seja: NF 2118 e 2119, que foram canceladas pelos fornecedores junto à SEFAZ, conforme 3 Protocolos nº 109321/2015-2, 109429/2015-6, 192365/2013-2. O acima alegado encontra-se documentado às fls.133 a 147, porém, está caracterizado o não registro de tais documentos fiscais. Mantido o lançamento.

Cumpra observar que a legislação tributária do Estado da Bahia não dispensa em nenhum desses casos a responsabilidade do autuado do registro na sua escrita fiscal (EFD) de todos os documentos fiscais recebidos, bem como emitidos, pelo contrário exige o registro das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento, conforme artigo 217, inciso I, do RICMS/2012. Ocorre que, tratando-se de escrituração fiscal digital, a legislação é cristalina no sentido de que a EFD substitui os livros fiscais convencionais, consoante o disposto no artigo 248 do RICMS/Ba. No caso dos documentos acima especificados, considerando que os emitentes das notas fiscais não atenderam o previsto no § 1º do artigo 92, do RICMS vigente à época dos fatos geradores, não há como admitir que não ocorreram as operações.

Pelo acima alinhado, mantenho o lançamento tributário do item em comento.

Contudo, apesar de restar caracterizada parcialmente a infração deste item (01 – 16.01.01), cumpre observar de ofício que o percentual da multa utilizada para o cálculo do débito, constante no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, foi modificado para o percentual de 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito a partir de 11 de dezembro de 2015. Desta forma, o percentual da multa aplicada para o cálculo do débito do item em comento, cabe, com base no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica.

Infração subsistente em parte no valor de R\$ 16.090.73, conforme demonstrativo abaixo:

Data Ocor.	Data Vencto.	B. Cálculo	Dedução	BC Devida	Multa	Vr.do Débito	Multa 1 %
31/01/2012	09/02/2012	1.759,60	-	1.759,60	10	175,96	17,60
28/02/2012	09/03/2012	8.565,70	-	8.565,70	10	856,57	85,66
31/03/2012	09/04/2012	2.295,60	-	2.295,60	10	229,56	22,96
30/04/2012	09/05/2012	8.670,00	-	8.670,00	10	867,00	86,70
31/05/2012	09/06/2012	1.227.042,90	-	1.227.042,90	10	122.704,29	12.270,43
30/06/2012	09/07/2012	1.482,70	-	1.482,70	10	148,27	14,83
31/07/2012	09/08/2012		-	-	10	-	-
31/08/2012	09/09/2012	21.755,90		21.755,90	10	2.175,59	217,56
30/09/2012	09/10/2012	19,60	-	19,60	10	1,96	0,20
31/10/2012	09/11/2012	171.664,50	-	171.664,50	10	17.166,45	1.716,65
30/11/2012	09/12/2012	600,90	-	600,90	10	60,09	6,01
31/12/2012	09/01/2013	3.066,90	-	3.066,90	10	306,69	30,67
31/01/2013	09/02/2013	7.278,00	-	7.278,00	10	727,80	72,78
28/02/2013	09/03/2013	6.937,80	-	6.937,80	10	693,78	69,38
31/03/2013	09/04/2013	9.090,10	-	9.090,10	10	909,01	90,90
30/04/2013	09/05/2013	5.484,00	-	5.484,00	10	548,40	54,84
31/05/2013	09/06/2013	3.003,90	-	3.003,90	10	300,39	30,04
30/06/2013	09/07/2013	102.618,30	-	102.618,30	10	10.261,83	1.026,18
31/07/2013	09/08/2013	3.278,00	-	3.278,00	10	327,80	32,78
31/08/2013	09/09/2013		-	-	10	-	-
30/09/2013	09/10/2013	138,10	-	138,10	10	13,81	1,38
31/10/2013	09/11/2013	1.567,00	-	1.567,00	10	156,70	15,67
30/11/2013	09/12/2013	1.471,00	-	1.471,00	10	147,10	14,71
31/12/2013	09/01/2014	21.282,80	-	21.282,80	10	2.128,28	212,83
TOTALS		1.609.073,30	-	1.609.073,30	10	160.907,33	16.090,76

Infração 02 - 16.01.02

Neste item foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$13.437,36, em razão da falta de escrituração, no Registro de Entradas, de notas fiscais de aquisições de mercadorias não tributáveis, conforme demonstrativo às fls.21 a 22.

Ou seja, diz respeito a imputação de que o autuado deu entrada no estabelecimento de mercadorias não sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, apuradas com base em notas fiscais de entrada não escrituradas na EFD - Escrituração Fiscal Digital.

O lançamento foi impugnado em relação apenas aos valores referentes ao ano de 2012, sob alegação de que se referem a amostra grátis – ativo imobilizado, enviado por empresa prestadora de serviços, cujos documentos não foram entregues para registro; remessa de materiais de uso e consumo para utilização na prestação de serviços; e retorno de conserto.

Não merece acolhimento a pretensão do autuado, visto que, não restou comprovado o argüido na peça defensiva. Além do mais, a legislação tributária do Estado da Bahia não dispensa em nenhum desses casos a responsabilidade do autuado do registro na sua escrita fiscal (EFD) de todos os documentos fiscais recebidos, bem como emitidos, pelo contrário exige o registro das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento, conforme artigo 217, inciso I, do RICMS/2012. Assim, não acolho o pedido para a juntada posterior das provas que alegou possuir, com base no artigo 123, § 5º, do RPAF/99. Mantida a multa no valor de R\$13.437,36.

Infração 03 – 03.02.07

Na defesa fiscal o autuado silenciou sobre a imputação neste item de recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$72,11, em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra Unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, através das notas fiscais discriminadas no demonstrativo de fl.42.

Infração caracterizada.

Infrações 04 - 01.02.02 e 05 – 06.02.01

Tratam de apropriação indevida de crédito fiscal e de falta de pagamento da diferença de alíquotas sobre aquisições interestaduais de aquisição de material de uso e consumo, conforme demonstrativos às fls.44/53 e 55/63.

Inicialmente, não concordo com a alegação defensiva de que estas imputações estão eivadas de vícios que padecem sua ilegalidade na integralidade, por não conter elementos suficientes para determinar com segurança a infração, visto que, a conclusão fiscal está devidamente acompanhada dos demonstrativos acima citados que instruem tais itens, os quais, contém todos os elementos necessários e esclarecedores sobre as acusações fiscais, e permitiram o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Quanto à infração 04, constato que das notas fiscais relacionadas às fls.44 a 53, o autuado impugnou o lançamento das notas fiscais constantes no quadro abaixo sob as alegações especificadas.

MÊS	CRÉDITO INDEVIDO	VALOR EXCLUIR	VALOR JULGADO	NOTAS FISCAIS	OPERAÇÃO	FLS.
jan/12	61.343,03	61.075,63	267,40	3817, 3880 e 19331	Venda entrega futura (nitrogênio) e transf.ativo imobilizado	152, 153 e 155
fev/12	16.640,75	16.640,75	-	20059	Transferência de ativo imobilizado	156
mar/12	19.403,32	17.441,91	1.961,41	208595	Idem	157
abr/12	19.300,54	19.300,54	-	21154	Idem	158
mai/12	18.297,77	18.297,77	-	21728	Idem	159
jun/12	18.751,19	18.751,19	-	22211	Idem	160
jul/12	16.558,37	16.558,37	-	22831	Idem	161
ago/12	18.303,40	18.303,40	-	23538	Idem	162
set/12	18.201,54	18.107,04	94,50	24059	Idem	163
out/12	16.432,56	16.432,56	-	24717	Idem	164
nov/12	16.142,93	16.142,93	-	25271	Idem	165
dez/12	15.930,10	15.930,10	-	25770	Idem	166
TOTAL	255.305,50	252.992,19	2.323,31			

Considerando que o autuante na informação ao analisar os documentos apresentados na defesa concordou com o autuado, concluiu pela subsistência da infração 04, no valor de R\$ 3.250,16, sendo R\$ 2.323,31 referente ao ano de 2012 e R\$926,85, correspondente ao ano de 2013, que não foi impugnado pelo sujeito passivo.

Em relação à infração 05, de acordo com o levantamento fiscal às fls.46 a 49 e 51, consta que o autuado deixou de efetuar o pagamento da diferença de alíquotas referente às seguintes notas fiscais:

MÊS	VL.DIF.ALIQ.	N.FISCAL	MATERIAIS
jan/12	382,00	17289 e 12962	Débito direto
mar/12	2.802,01	1527	Mat.rec.de terceiros
set/12	135,00	60147	Material
jan/13	2.149,88	19138	Sal
abr/13	379,08	9003	Auxiliar de Filtração (Fluitem)
TOTAL	5.847,97		

O autuante consignou que na infração 04 o autuado não impugnou os débitos das notas fiscais acima referentes aos créditos indevidos, admitindo que realmente se tratam de bens de uso e consumo, e por isso, manteve o débito desta infração a título de diferencial de alíquotas, acima demonstrado, no total de R\$5.847,97.

Acolho estas informações prestadas pelo autuante, pois conforme intimação e AR dos Correios, fls.197 e 198, o autuado recebeu a informação e manteve-se silente, pelo que, cabe a aplicação do artigo 140 do RPAF/99.

Sendo assim, o item 04 é procedente em parte no valor de R\$3.250,16, enquanto que o item 05 é integralmente procedente no valor de R\$5.847,97.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO
INFRAÇÃO 04 – 01.02.02

Data Ocor.	Data Vencto.	B. Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/01/2012	09/02/2012	2.674,00	0,00	60,00	267,40
31/03/2012	09/04/2012	19.614,10	0,00	60,00	1.961,41
30/09/2012	09/10/2012	945,00	0,00	60,00	94,50
31/01/2013	09/02/2013	3.891,17	0,00	60,00	661,50
30/04/2013	09/05/2013	1.560,88	0,00	60,00	265,35
TOTAL					3.250,16

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO –
INFRAÇÃO 05 – 06.02.01

Data Ocor.	Data Vencto.	B. Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/01/2012	09/02/2012	3.820,00	0,00	60,00	382,00
31/03/2012	09/04/2012	28.020,10	0,00	60,00	2.802,01
30/09/2012	09/10/2012	1.350,00	0,00	60,00	135,00
31/01/2013	09/02/2013	21.498,80	0,00	60,00	2.149,88
30/04/2013	09/05/2013	3.790,80	0,00	60,00	379,08
TOTAL					5.847,97

Infrações 06 - 02.01.03 e 07 - 02.01.03

Tratam da imputação de que o autuado deixou de recolher ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, relativamente a notas fiscais de remessa para conserto sem a devida comprovação do retorno em operações dentro do Estado (item 06) e de fora do Estado (item 07), respectivamente.

O levantamento fiscal contendo a especificação das notas fiscais encontram-se nos Anexos 6 e 7, fls.58 a 61, e fls.63 a 64.

Consta na folha 168 um demonstrativo apresentado pelo autuado, no qual, do total de R\$246.768,75 lançado no auto de infração, foi impugnado o valor de R\$113.146,48, reconhecendo como devido o

valor de R\$ 133.622,27. No caso da infração 07, do total de R\$11.255,18, foi impugnado o valor de R\$ 4.884,44 e reconhecido o débito no valor de R\$8.880,74.

Na impugnação o autuado se limitou a informar que os anexos dos demonstrativos elaborados, fls. 169 a 185, comprovam que a parte impugnada dos itens listados no auto de infração, retornaram do conserto, cuja Nota Fiscal foi devidamente registrada na escrita fiscal, não sendo, portanto, devida a totalidade do crédito impingido, sem contudo, apresentar os respectivos documentos fiscais de retorno.

Analisando tais provas, constato que neles simplesmente foram feitas anotações desacompanhadas dos respectivos documentos fiscais. Desta forma, considero que não foi apresentado qualquer documento para elidir as infrações.

Ante o exposto, voto **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração no valor de R\$296.722,26.

INFRAÇÕES	VLS. AUTUADOS	VLS. JULGADOS
01 - 16.01.01	160.907,33	16.090,76
02 - 16.01.02	13.437,36	13.437,36
03 - 03.02.07	72,11	72,11
04 - 01.02.02	256.232,35	3.250,16
05 - 06.02.01	5.847,97	5.847,97
06 - 07.01.03	246.768,75	246.768,75
07 - 02.01.03	11.255,18	11.255,18
TOTAL	694.521,05	296.722,29

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 **271148.0013/15-3**, lavrado contra **ELEKEIROZ S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$267.194,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$29.528,12**, prevista nos incisos IX e XI do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ JULGADOR