

A. I. N° - 276468.0201/14-0
AUTUADO - INDÚSTRIAS ANHEMBI S/A.
AUTUANTE - HEITOR PERRELLA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/12/2016

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0209-01/16

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Diligência realizada pela Assessoria Técnica da ASTEC (ASTEC/CONSEF), por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, apurou que apenas uma pequena parcela da exigência fiscal procedia. Cientificados da diligência tanto o autuado quanto o autuante acataram o resultado. Infração parcialmente subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. No regime de conta corrente fiscal o valor correspondente à diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo immobilizado do adquirente, constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher, consoante estabelece o art. 305, § 4º, III, “a”, do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12. No presente caso, verifica-se que o autuado adotou o procedimento estabelecido no RICMS/BA/12, ou seja, computou o débito referente à diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a consumo do estabelecimento, no cálculo do imposto a recolher. Diligência realizada pela Assessoria Técnica da ASTEC (ASTEC/CONSEF), por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, constatou que os valores referentes à diferença entre alíquotas interna e interestadual, compõem a apuração do ICMS normal do autuado, Código de Receita 806 - ICMS REGIME NORMAL - INDÚSTRIA. A acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento não restou caracterizada. Infração insubstancial. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a) MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** Autuado reconheceu parcialmente a autuação. Quanto à parte impugnada, afirma que amparado pela legislação do ICMS, apropriou-se devidamente dos créditos fiscais glosados. O próprio autuante na Informação Fiscal acertadamente admitiu assistir razão ao impugnante, quanto à legitimidade do crédito fiscal objeto de glosa não reconhecido, razão pela qual opina pela procedência parcial da autuação, acolhendo as alegações defensivas. Infração parcialmente subsistente. **b) MERCADORIAS NÃO ADENTRARAM NO**

ESTABELECIMENTO. Restou comprovado mediante diligência realizada pela Assessoria Técnica da ASTEC (ASTEC/CONSEF), por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, que as Notas Fiscais arroladas na autuação foram canceladas nas mesmas datas das respectivas autorizações de uso, portanto, não houve apropriação do crédito fiscal. O próprio autuante ao tomar ciência do resultado da diligência se pronunciou acatando os seus termos. Infração insubstancial. **4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA.** **a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. O autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração. Quanto à parte impugnada, as suas alegações não restaram comprovadas. As notas fiscais ditas canceladas não foram, conforme comprovação apresentada pelo autuante. Do mesmo modo, as alegações defensivas atinentes às mercadorias que não chegaram a sair do estabelecimento emitente das notas fiscais não restaram comprovadas, pois inexiste indicação de cancelamento ou outro procedimento de regularização. Retificada de ofício a multa de 10% para 1%, em face da nova redação do inciso IX do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, que passou a multa de 10% para 1%, 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. Retificação fundamentada no art. 106 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966, o qual estabelece que a lei aplica-se a ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. Infração parcialmente subsistente. **b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO.** Infração reconhecida. Não acolhida a nulidade arguida. Indeferido o pedido de diligência/perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$215.060,26, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado, nos meses de maio, julho, agosto, setembro e outubro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 126.565,89, acrescido da multa de 60%;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de maio a dezembro de 2012, janeiro a abril de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 29.957,60, acrescido da multa de 60%;

3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$35.015,45, acrescido da multa de 60%;
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado, nos meses de março e novembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.484,84, acrescido da multa de 150%;
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, junho a agosto e dezembro de 2012, abril a julho, setembro a dezembro de 2013, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$20.866,74, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias;
6. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de agosto de 2013, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$169,74, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.45 a 71). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que culminaram na autuação, reproduzindo as infrações que lhe foram imputadas. Esclarece que, após a análise do Auto de Infração e seus anexos, constatou que por lapso involuntário incorrido por seu departamento contábil-fiscal, de fato procedem parcialmente às imputações infracionais relacionadas nos itens 3, 5 e 6. Em face disso, requer a juntada da guia comprobatória do pagamento integral do item 6, bem como pagamento proporcional referente aos itens 3 e 5, com as reduções de multa estabelecidas em lei, conforme discriminado no ANEXO - B.

Observa que foi impossibilitado pela SEFAZ/BA de recolher os tributos referentes aos itens acima mencionados em guias separadas, segregadas por item de infração.

Diante disso, informa que: (i) referente ao item 3 foi recolhido o valor histórico de R\$ 6.265,33; (ii) quanto ao item 5 foi recolhido o valor histórico de R\$ 8.331,19; e (iii) quanto ao item 6 foi recolhido o valor histórico de R\$ 88,97. Ressalta que conforme guia expedida pelo SEFAZ/BA, tais valores foram corrigidos monetariamente, com incidência de multa com redução de 70%, o que perfaz o valor integral de recolhimento de R\$17.918,69.

No que tange às demais infrações, entende ser totalmente ilegal a exigência descrita no Auto de Infração, haja vista que as cobranças de ICMS abrangem débitos pautados em atos administrativos arbitrários, sem qualquer respaldo legal, fático e probatório, além de ser nulo, pois não obedece ao aspecto formal e o respeito exigido pelo devido processo legal, especialmente atinente à sumária e infundada desconsideração dos documentos e declarações que entregou eletronicamente, bem como quanto à ausência de comunicação por parte do autuante para possíveis esclarecimentos necessários à demonstrar a lisura dos procedimentos que adotou.

Consigna que antes de entrar no mérito, faz-se necessário tecer breve explanação quanto ao procedimento adotado para fiscalização.

Alega que não houve a lavratura de Termo de Início de Fiscalização, conforme preconizado no inciso II do art. 26 do Decreto nº 7.629/99 [RPAF/99]. Em face disso, protesta quanto à ausência do termo de início de fiscalização, pela flagrante insegurança jurídica que esta conduta lhe ocasionou de boa-fé, pois à sua revelia encontrava-se em processo de fiscalização, o que o impossibilitou de prestar esclarecimentos prévios, solicitar denúncia espontânea, causando prejuízos para o deslinde célere do processo de fiscalização e encerramento do contencioso administrativo.

Reporta-se sobre a infração 1. Afirma que descabe a exigência fiscal, haja vista que a suposta diferença de tributo resulta do cruzamento realizado pelo autuante apenas entre as declarações do SPED-Fiscal e DANFE- DOCUMENTO AUXILIAR DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA, contudo, não houve análise do valor apurado ou efetivamente pago.

Diz que após exame criterioso do relatório elaborado pela Fiscalização que fundamentou a infração, verificou-se a ocorrência de erro material do arquivo SPED-Fiscal, pois o valor destacado de ICMS que consta no referido arquivo não reflete àquele descrito no DANFE, por razões que ainda desconhece.

Sustenta, entretanto, que o erro material cometido não foi capaz de comprometer o valor devido de ICMS nas operações, não causando lesão ao Fisco ou prejuízos quanto ao recolhimento do imposto.

Aduz que a afirmação acima resta robustamente comprovada por meio dos próprios relatórios elaborados pela Fiscalização.

Observa que o demonstrativo intitulado “**Substituição tributária escriturada a menor em relação ao destacado na nota fiscal - Demonstrativo analí**” indica em sua coluna “**VIDebStMenor**” o valor apurado pela Fiscalização da suposta diferença entre o valor escriturado e efetivamente destacado na nota fiscal. Contudo, referido valor foi recolhido e consta devidamente escriturado na apuração fiscal e SPED-Fiscal na linha “Outros Débitos”.

Salienta que os motivos pelos quais houve a ocorrência desse erro material ainda estão sendo analisados.

Assinala como exemplo dos argumentos defendidos quanto ao erro material do arquivo SPED-Fiscal, a competência do mês de maio/2012, cuja diferença indicada no relatório retro mencionado perfaz o valor total de R\$22.871,90, montante este declarado no SPED conforme quadro que apresenta.

Diz que o valor foi incorretamente declarado sob a rubrica de “Outros Débitos Não Especificados Anteriormente”, por razões de ordem sistêmica ainda desconhecidas, mas que conforme apuração mensal e documento de arrecadação DAE, o valor apurado de ICMS no mês foi devidamente recolhido.

Reitera que mero erro material não foi capaz de macular o valor recolhido, fato este que poderá ser constatado pelo cruzamento da somatória do valor destacado nas notas fiscais dos períodos (relatório de apuração do imposto elaborado pela Fiscalização) versus o valor apurado e recolhido nos meses lançados no Auto de Infração, bem como com a análise dos livros de entrada (ANEXO D).

Diz que para comprovação de seus argumentos e busca da verdade real, preceito basilar constitucional da ampla defesa, protesta pela nova diligência fiscal ou caso não entendam necessário, coloca-se à inteira disposição para o fornecimento de documentos suplementares àqueles juntados com a peça defensiva.

Afirma que não pode ser punido com a exigência de ICMS em duplicidade, o que afronta o princípio do bis in idem, por mero erro material, haja vista que procedeu de forma correta com a apuração do ICMS nos meses de maio, julho, agosto, setembro e outubro de 2012.

Alega que ao ignorar os pagamentos realizados, o autuante acaba por compelir ao pagamento dos valores arbitrariamente não reconhecidos majorados com multa e acréscimos de juros, ferindo os Princípios fundamentais da tributação protegidos pela Constituição, entre eles o princípio da Igualdade e o da Capacidade Contributiva.

Aduz que o autuante ao não confrontar os valores destacados nas notas fiscais com o valor efetivamente pago, ignorou a realidade dos fatos, que poderiam ser esclarecidos por meio de notificação que certamente culminaria com a retificação do SPED-Fiscal.

Salienta que são inerentes aos atos da Administração e dos administrados o princípio da eficiência preceituado pelo artigo 5º inciso LXXVIII da CF, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, bem como, ao princípio da legalidade que no caso em tela encontra-se preconizado pelo RICMS-BA e pelo Decreto nº 7.629/99 [RPAF/99].

Alega que ao lançar supostos créditos de ICMS pautados em diferenças oriundas de erros materiais cometidos pelo sistema SPED-Fiscal, sem que fosse ao menos cientificado para retificação das declarações, a autuante obriga o deslinde moroso e dispendioso da continuidade do processo administrativo fiscal.

Assevera que o Fisco não pode ignorar o prejuízo que sofreu e tributá-lo exigindo ICMS apenas porque houve confusão pelo sistema dos valores destacados no SPED-Fiscal.

Invoca ao encontro desse entendimento a jurisprudência do E. Conselho de Contribuintes, que em decisão sobre matéria similar a presente, prezou pela verdade material em prejuízo dos rigores burocráticos, conforme reprodução que apresenta. No mesmo sentido invoca e transcreve ensinamento de Aliomar Baleiro. Acrescenta que juristas como Rubens Gomes de Souza, Gilberto Ulhoa Canto, defendem essa tese, que acabou vitoriosa nos Tribunais Superiores. Observa que segundo essa corrente dominante erro de fato resulta de inexatidão ou incorreção dos dados fáticos, situações, atos ou negócios que dão origem a obrigação. Erro de direito é concernente à incorreção de critérios e conceitos jurídicos que fundamentaram a prática do ato.

Conclui que resta amplamente comprovado que a ocorrência do erro material, que não foi capaz de macular o montante devido de ICMS nos meses objeto da autuação, de acordo com a apuração do ICMS (ANEXO C), frente ao recolhimento (ANEXO C) e os livros de entrada que comprovam o registro das respectivas notas com destaque correto do imposto.

No que concerne à infração 2, afirma que também deve ser considerada improcedente, pois houve o recolhimento do tributo.

Afirma que todas as entradas e saídas de mercadorias do seu estabelecimento estão amparadas por notas fiscais, bem como todos os recolhimentos de ICMS foram devidamente realizados.

Ressalta que de todas as infrações que lhe foram imputadas as que se demostram ainda mais injustas referem-se aos itens 1 e 2, pois a simples conferência das declarações de ICMS, bem como das notas fiscais, declarações do SPED-Fiscal e eventuais relatórios que se solicitados da ocorrência da fiscalização, caso tivessem sido analisados pelo autuante, certamente os créditos fiscais não seriam lançados, pois tais documentos são capazes de comprovar a insubsistência da infração arbitrariamente imposta.

Alega que o valor recolhido não foi considerado para a avaliação quanto a possíveis diferenças de ICMS, ao menos a apuração foi analisada em sua profundidade, pois certamente se houvessem diferenças de crédito de ICMS como sustenta a fiscalização, como explicar que a apuração final do tributo está correta e de acordo com as guias de pagamento. Certamente, pois: (i) o relatório fiscal não considerou algumas notas fiscais; ou (ii) o sistema por mais que contenha erros materiais relacionadas à linha do SPED-Fiscal da nota, calculou o imposto de forma correta.

Ressalta que não causou obstáculos quanto ao acesso aos documentos pelo autuante, contrariamente, não houve sequer a intimação para fornecimento de informações ou documentos. Destaca ainda que, para atendimento da Fiscalização, dispõe de mais quatro funcionários da equipe do departamento contábil/fiscal, que poderia reservar a documentação e tecer esclarecimentos.

Diz que após a análise dos relatórios apontados pela Fiscalização para sua decepção apurou que, mesmo diante de documentos eletrônicos que demonstram o recolhimento do tributo o autuante sem qualquer fundamentação simplesmente excluiu de seu relatório os documentos e notas fiscais escrituradas, que comprovam a inocorrências das supostas ausências de recolhimento do tributo.

Salienta que para corroborar suas alegações confrontou linha a linha o relatório elaborado pelo autuante, de forma a encontrar e demonstrar as divergências do relatório elaborado pela Fiscalização, procedendo novamente à inclusão dos itens e notas fiscais excluídas do referido relatório, que o faz com a juntada de documentos. Ressalta que em razão do excessivo volume de documentos e em consonância com os preceitos de sustentabilidade e praticabilidade dos atos

administrativos, foram impressos por amostragem os relatórios que justificam e comprovam o pagamento do diferencial de alíquota.

Observa que a amostragem foi realizada apenas para os documentos impressos, pois o disco eletrônico adunado com a defesa contém todos os relatórios e apurações que demonstram e justificam os pagamentos não localizados pelo autuante.

Destaca que o autuante, sem qualquer justificativa plausível ou comprehensível, simplesmente excluiu de seu relatório notas fiscais de entrada que foram escrituradas e possuem recolhimentos de ICMS, o que leva a crer que a exigência fiscal é arbitrária, sem qualquer amparo legal ou fático.

Consigna que, desse modo, amparado pelos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, requer seja realizada revisão da infração 2, nos mesmo termo do pleito quanto à infração 1, para que sejam analisados os documentos juntados com a defesa, de forma que não pairem dúvidas quanto à legalidade dos atos praticados, quanto aos erros materiais ocorridos no arquivo SPED-Fiscal, sendo que estes não lesaram o Fisco, que conforme debatido, ainda não foram possíveis a identificação dos motivos dos erros do SPED, presumindo-se que se trata de erro sistemático.

Frisa que como exemplo da legalidade de sua atuação, por amostragem utilizou o mês 12/2012, confrontando os valores lançados pela Fiscalização com a sua apuração. Nota que o valor acima referido foi devidamente recolhido, bem como se encontra legalmente escriturado na apuração conforme ANEXO D.

Conclui requerendo com base nos documentos anexados, a revisão desta infração, de forma a elucidar e comprovar a injusta imputação, com a consequente anulação do crédito tributário no respectivo valor histórico de R\$29.957,60.

Relativamente à infração 3, afirma que deve ser julgada totalmente improcedente, pois lavrada de forma arbitrária pelo autuante, que procedeu a glosa de créditos de ICMS oriundos de: Cestas Básicas - CFOP 1949; Produtos Essenciais para a Fabricação; e Produtos destinados ao Ativo Fixo.

Diz que para melhor entendimento do caso, passa a discorrer sobre a glosa dos créditos de cesta básica (CFOP 1949), onde houve um equívoco por parte do autuante quanto à interpretação da operação, ocasionando o indevido lançamento do tributo.

Esclarece que fornece benefício de cesta básica aos seus funcionários, sendo que em virtude da aquisição do referido bem, faz-se necessária à escrituração da entrada das correlatas notas fiscais com a escrituração das respectivas saídas.

Assinala que para melhor elucidação do caso, utilizará a primeira linha do lançamento fiscal demonstrada na infração 2, qual seja, data de ocorrência 31/01/2012:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Alíq %	Multa %	Valor Histórico
31/01/2012	09/02/2012	1499,94	17	60	254,99

Registra que demonstra abaixo a operação fiscal realizada que concede o efeito zero com relação aos supostos créditos de ICMS:

Data da Ocorrência	Nota de Entrada	Nota de Saída	Base de Cálculo	Emitente	Valor Histórico ICMS	Valor da Nota
09/01/2012	29.457		31,28	Supercesta Coml	2,93	87,48
09/01/2012	29.458		2690,3	Supercesta Coml	252,06	7523,28
17/01/2012		15929	1499,94	Ind Anhembi	254,99	7610,76
			Efeito Fiscal			

Esclarece que esta mesma operação poderá ser identificada para todos os itens identificados pelo CFOP 1949 (Cesta Básica) conforme demonstrativo elaborado pela Fiscalização denominado Crédito Indevido – Material de Uso e Consumo. Acrescenta que para corroborar suas alegações, junta as notas fiscais, livros de apuração de ICMS, de entrada e saída, bem como comprovante de recolhimento DAE que demonstra a ilicitude no cálculo do imposto e a ausência de

aproveitamento de créditos na rubrica acima aventada.

Aduz que superados os esclarecimentos quanto à improcedência da glosa relacionada ao CFOP 1949, o autuante também procedeu com o lançamento de diversos produtos utilizados em seu processo produtivo, conforme relação que apresenta.

Assegura que os produtos acima mencionados são empregados no seu processo produtivo e integram o produto acabado.

Esclarece que fabrica em sua unidade de produção localizada em Simões Filho/BA, produtos de higiene e limpeza, tais como clorados, alvejantes e amaciante que são submetidos aos rigorosos padrões de qualidade impostos pelos regulamentos e portarias expedidas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que asseguram a qualidade dos produtos colocados à disposição dos consumidores no País.

Diz que desse modo, utiliza diluentes, solventes e tintas para a inserção das datas de validade dos produtos, quando da fabricação das embalagens dos seus produtos. Afirma que as embalagens fazem parte de seu processo de fabricação e constituem a fase inicial da linha de produção, pois após a injeção o sopro das embalagens, inicia-se a fase de formulação e posterior envase.

Registra que, não obstante, para o processo fabril de amaciante, cujos testes estão em andamento, faz-se necessária à emulsão de silicone.

Sustenta que se torna essencial para o processo fabril dos produtos de higiene e limpeza a utilização dos bens acima especificados, de forma a garantir a identificação e desempenho dos produtos quanto a rotulagem e utilização, integrando-se ao produto produzido em sua unidade fabril.

Diz que de tal procedimento extrai-se a autorização para prosseguimento ou não da continuidade do processo produtivo, o que por si só demonstra a essencialidade da aplicação de tais produtos, não apenas para cumprimento das rígidas normas internas de garantia de sua qualidade, mas principalmente, reitera, para garantir a segurança sanitária dos consumidores exigida pela ANVISA, sendo certo que somente após a inserção das datas de validade, as embalagens estão aptas para o envase dos produtos e posterior comercialização.

Assegura que desse modo, caracteriza-se a essencialidade de aplicação dos citados materiais ao processo de fabricação, atributo esse que é facilmente perceptível pela iniludível relação de dependência entre o produto fabricado e o processo de fabricação, cuja ausência do material (produto), dada sua imprescindibilidade, causará a descontinuidade do processo de fabricação, por constatação da não conformidade técnica dos produtos.

Observa que não obstante, caracterizam-se os produtos intermediários como aqueles que não se incorporando ao produto final – eventualmente apenas seus resquícios e de modo indesejado – participam do processo produtivo de maneira intrínseca e essencial, nele se consumindo a cada participação. Acrescenta que, dessa forma, nada tem a ver com o conceito contábil que descreve os produtos gerados no decorrer de um determinado ciclo produtivo, diferenciando-os dos bens finais, pois participam de forma direta ao processo produtivo, porém não caracterizados como matérias-primas e os materiais de uso e consumo.

Afirma que sem sombra de dúvida os produtos em tela são aplicáveis e integram o produto final, pois se trata de matéria-prima, sendo essenciais ao processo produtivo e dele participam intrinsecamente e são consumidos a cada participação.

Reafirma que se trata de matérias-primas por comporem o produto final, não se confundindo com os materiais de uso e consumo pela não participação intrínseca desses no processo produtivo.

Registra que extraiu tal conceituação da leitura do inciso I do artigo 93 c/c a alínea “b” do inciso V do RICMS-BA, cuja redação reproduz.

Aduz que para garantia da ampla defesa e do contraditório, requer seja determinada perícia fiscal para aferição da utilização dos materiais acima listados, com fulcro no art. 145 do RPAF/99, para comprovação da improcedência da glosa dos créditos oriundos desses materiais, conforme objeto do item 3 do presente Auto de Infração.

Consigna que sendo deferida a perícia fiscal, apresenta os seguintes quesitos iniciais, sem prejuízo da oferta de quesitos suplementares quando da de sua realização:

- 1 - *Os materiais listados acima pela Impugnante são utilizados em que momento do processo produtivo?*
- 2 - *Encontram-se conectados direta ou indiretamente à linha de produção da Impugnante?*
- 3 - *Os produtos mantêm contato com os insumos dentro do processo produtivo?*
- 4 - *É possível a obtenção do produto final sem observância dos aspectos mencionados pela Impugnante?*

Salienta que não obstante, resta ainda a glosa indevida de créditos oriundos de materiais destinados ao ativo imobilizado, conforme relação que apresenta.

Diz que em conformidade com o que preceitua o art. 309, VII, do RICMS/BA, o contribuinte que adquire bem destinado ao ativo imobilizado faz jus ao crédito do imposto pago, inclusive quanto ao diferencial de alíquota. Reproduz o referido inciso VII.

Conclui que amparado pela legislação em comento, apropriou-se devidamente dos créditos fiscais relativos aos bens acima especificados, haja vista que todos constituem partes estruturais das máquinas do ativo imobilizado.

N respeitante à infração 4, assevera que deve ser considerada improcedente, em razão do cancelamento das notas fiscais, o que por consequência impede sua utilização para creditamento ou até mesmo base de cálculo para apuração do imposto.

Afirma que após análise do SPED-Fiscal e demais declarações, comprovou-se a ocorrência de equívoco pelo autuante que não identificou o cancelamento das Notas Fiscais nºs 17120 e 22148, solicitada pelo próprio emitente (ANEXO F).

Acrescenta que além da nota fiscal, corrobora a alegação o fato de que o próprio arquivo SPED-Fiscal traz em seu bojo a declaração que comprova o cancelamento.

Indaga como pode ser punido pela simples ocorrência do cancelamento de documentos fiscais, que sequer foram utilizados, haja vista o lapso temporal entre sua emissão e pedido de inutilização.

Conclui que não resta lógico ou crível que este procedimento seja julgado procedente, diante dos documentos fiscais colacionados que atestam mais uma vez a lisura de seus atos.

Quanto à infração 5, assevera que todas as entradas de mercadorias no seu estabelecimento estão amparadas por notas fiscais, bem como todos os recolhimentos de ICMS foram devidamente realizados. Reafirma que não houve o ingresso de mercadorias no interior de suas instalações sem a respectiva nota fiscal (DANFE).

Ressalta que sequer foi informado quanto aos critérios estabelecidos pelo autuante para a lavratura deste item da autuação, haja vista que procedeu com punição pautada em atos cometidos por terceiros.

Frisa que após análise das notas fiscais relacionadas no “DEMONSTRATIVO NOTAS FISCAIS DE ENTRADA TRIBUTADAS NÃO ESCRITURADAS”, elaborado pelo autuante, constatou que se tratavam de notas emitidas por seus fornecedores, que pelo mesmo lapso do SPED não constaram no referido documento, porém consta em livro de entrada. Acrescenta que, além disso, existem notas fiscais que após a realização de consulta ao sistema de validação de notas fiscais, constatou-se que estavam cancelados em virtude de requerimento do próprio contribuinte emissor, seus fornecedores, a exemplo das Notas Fiscais nºs 36.965 e 37.246. Observa que existem inclusive documentos fiscais que ao menos chegaram a sair do estabelecimento do fornecedor, a exemplo da Nota Fiscal nº 29337.

Assinala que, para melhor compreensão do caso, elaborou o demonstrativo que relaciona as

notas fiscais que retornaram ou foram canceladas pelo fornecedor, bem como as notas que não constam do SPED-Fiscal, mas foram lançadas no livro de entrada.

Consigna o seu inconformismo dizendo que não pode ser apenado por atos cometidos por terceiros ou erros materiais observados no SPED-Fiscal.

Reporta-se sobre a boa-fé de seus atos, para dizer que não podem ser desconsiderados pelo mero erro material, que escapam de sua alçada, já que a declaração do SPED-Fiscal é gerada pelo sistema Microsiga, que após a lavratura do Auto de Infração, verificou-se que no início do projeto apresentou incorreções.

Consigna que ainda não recebeu retorno quanto a estas falhas sistêmicas, porém pelo princípio da busca da verdade real e pelo princípio da legalidade e não confisco, requer a revisão do lançamento, com base nos documentos carreados, bem como livros de entrada e saída, que comprovarão a licitude de seus atos e a improcedência do presente Auto de Infração.

Continuando, diz que não obstante a plena comprovação de que o autuante pretendeu atuar na estrita proteção dos interesses da Fazenda Estadual, as multas aplicadas de 60%, 70% e 150% do tributo exigido, atingem elevado percentual do seu faturamento interno e externo no mês de outubro de 2014 e afiguram-se constitucionais, por afrontar aos Princípios Constitucionais da Razoabilidade, Proporcionalidade e de Proibição de Tributação com efeito de confisco. Neste sentido, invoca a doutrina e jurisprudência, inclusive reproduzindo textos de lições de renomados juristas e decisões dos tribunais.

Conclusivamente diz que as multas impostas nos percentuais de 60%, 70% e 150%, do montante lançado, se afiguram confiscatórias, desproporcionais e sem qualquer razoabilidade, aviltando, por conseguinte, princípio constitucional da capacidade contributiva, sendo medida de rigor, ante a inexistência de prejuízos à apuração dos tributos lançados, nem ao desenrolar da ação fiscal, bem assim a inexistência de dolo por parte da Impugnante, sua integral exclusão do contexto de questionado auto de infração, liberando a Impugnante de seu pagamento.

Salienta que evidou máximos esforços a fim de ofertar condições mínimas de trabalhos ao autuante, ofertando-lhe todos os livros, notas fiscais e arquivos magnéticos que continham diversas informações, planilhas com as movimentações, entre outros dados, para que os procedimentos tributários adotados pudessem ser aferidos pela Fiscalização.

Aduz que com base nesse raciocínio, entende ser desproporcional e, especialmente, desmedida a aplicação das multas nos patamares indicados pelo autuante, bem como nas infrações 1, 2 e 4, haja vista que não agiu com dolo, fraude ou simulação.

Assevera que não há qualquer indício de que tenha havido dolo por sua parte, quanto às supostas infrações 1, 2 e 4, razão pela qual, pugna pela aplicação do art. 158 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, cuja redação transcreve.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- a improcedência do Auto de Infração;
- a conversão do julgamento em diligência, para análise das declarações, notas fiscais e relatórios que se encontram nas suas instalações, bem como sejam aplicadas às multas reduzidas aos patamares mínimos previstos em lei, em consonância com os fundamentos de fato e direito acima aduzidos;
- provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela prova pericial técnica com a realização de laudo que consubstancie as alegações.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.524 a 527 – volume III). Registra, inicialmente, que o autuado declara reconhecer a procedência parcial das infrações 3 e 5 e integral da infração 6, contudo, informa que além de o item não haver sido contestado e, de o autuado ter afirmado que o pagamento de R\$88,97 tratava-se da quitação integral do item 6, remanescem ainda R\$ 80,77,

incontestes, pois conforme planilha de fl. 37, o valor do item é R\$169,74.

Quanto à alegação defensiva de ausência do Termo de Início de Fiscalização, esclarece que o referido Termo de Início de Fiscalização foi devidamente lavrado no livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências de número 2 do Contribuinte, cujas cópias encontram-se às fls. 9 e 10 deste auto de infração.

Contesta as alegações defensivas atinentes à infração 1. Afirma ser totalmente desnecessária qualquer diligência fiscal, pois não há fato controverso.

Diz que se trata de matéria de Direito. Ou seja, o contribuinte escriturou apenas uma parte do ICMS substituição tributária, retido nas notas fiscais eletrônicas emitidas por ele próprio sob a rubrica "VALOR DO ICMS RETIDO ST" e o restante sob a rubrica "VALOR DE OUTROS DÉBITOS DE ICMS". Observa que são tributos de natureza jurídica distintas. Afirma que o lançamento assim como feito pelo Contribuinte, caso não tivesse sido autuado, lhe asseguraria título jurídico hábil à repetição do indébito tributário contra a Fazenda Pública com referência à diferença entre os valores efetivamente pagos como ICMS RETIDO ST e o lançado na Escrituração Fiscal Digital na rubrica "VALOR DO ICMS RETIDO ST".

Assinala que o autuado clama ainda por um suposto direito a ser notificado antes de haver um procedimento fiscal. Diz que em sendo isso admitido se estará negando fé à EFD. Consigna que embora lavrada e registrada pelo Contribuinte goza de presunção de veracidade relativa, sendo de fé pública até prova em contrário. Ressalta que, assim sendo, o Contribuinte tinha, até a intervenção da Fiscalização, verdadeiro título contra a Fazenda Pública, por isso a necessidade de que o Auto de Infração seja julgado procedente e, eventuais pagamentos em excesso sejam compensados futuramente.

Quanto à infração 2, diz que a autuação abrange as notas fiscais que não foram classificadas pelo Contribuinte como de entrada de uso e consumo. Observa que o seu relatório é complementar ao do Contribuinte, haja vista que o do Contribuinte não contém todas as notas fiscais necessárias.

Esclarece que por esse motivo elaborou a planilha de fl. 20 e de fls. 22 a 32 dos autos. Explica que nelas discriminou detalhadamente os seus lançamentos como Diferencial de alíquotas que ainda não foram lançadas pelo Contribuinte. Afirma que por isso o relatório apresentado pelo Contribuinte de fls. 55 não infirma o seu levantamento de fls. 22 a 32. Registra que considerou todas as notas fiscais conforme os lançamentos da EFD. Acrescenta que não considerou as notas fiscais de entrada já escrituradas pelo autuado e que possuem "ICMS DIFAL" já recolhido, pois incorreria num "*bis in idem*" absurdo.

Conclui mantendo este item da autuação.

Relativamente à infração 3, diz que o autuado reconhece a procedência da exigência no valor histórico de R\$6.265,33, tecendo detalhada explicação sobre os bens adquiridos e suas aplicações no processo produtivo.

Consigna que se dá por convencido das alegações do impugnante, razão pela qual opina pela procedência parcial da infração 3, adotando as alegações defensivas.

No tocante à infração 4, diz que foi exatamente o cancelamento dessas notas fiscais que fundamentaram a glosa dos créditos fiscais. Observa que o autuado se creditou dessas duas notas fiscais cujas mercadorias não chegaram a entrar no estabelecimento. Mantém a autuação.

No respeitante à infração 5, observa que parte da infração já foi reconhecida pelo autuado no valor de R\$8.331,19.

No que concerne à alegação defensiva de que não houve entrada de mercadoria na empresa sem a respectiva nota fiscal, afirma que restou claro que as notas fiscais não foram registradas nos livros fiscais próprios. Salienta que no período o único registro de entrada admitido é a Escrituração Fiscal Digital.

Aduz que o autuado não comprova ter havido qualquer erro por parte de terceiros. Ao contrário, reconhece os fornecedores e admite haver escriturado em livro de registro de entradas, porém, à época, já considerado livro não oficial, já que só vale a EFD.

Diz que as Notas Fiscais nºs 36.965 e 37.246 que o autuado alega estarem canceladas, não foram canceladas, de acordo com a consulta realizada no dia 09/12/2014, conforme tela que apresenta.

Relativamente às alegações defensivas a respeito de mercadorias que não chegaram a sair do estabelecimento emissor, diz que os documentos existentes não registram esses fatos, seja por ter havido cancelamento de nota fiscal, seja por não haver emissão de qualquer outro documento regularizador. Afirma que essas afirmações são meras ilações do autuado, razão pela qual mantém integralmente este item da autuação.

Quanto à infração 6, observa que o autuado reconheceu, no entanto, recolheu apenas R\$88,97, restando ainda R\$ 80,77, conforme demonstrativo de fl. 37 dos autos.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência das infrações 1, 2, 4, 5 e 6.

O autuado se manifestou sobre a Informação Fiscal (fls. 537 a 543). Inicialmente esclarece que procede a afirmação do autuante quanto à diferença dos valores recolhidos referente à infração 6. Acrescenta que demonstrando a lisura de sua conduta, procederá o recolhimento no valor acima mencionado, pugnando pela juntada posterior.

Quanto à infração 1, afirma que não prospera a procedência da infração. Diz que conforme amplamente esclarecido em razões de defesa, demonstrou que houve erro meramente formal quanto ao preenchimento do demonstrativo de apuração do imposto a recolher, fazendo constar em campo diverso o valor do ICMS devido a título de ICMS ST.

Alega que este fato é facilmente comprovado pelo próprio relatório acostado pelo fiscal, ao passo que o valor apurado na EFD como ICMS devido é idêntico ao glosado pela Fiscalização. Acrescenta que, além disso, não foi possível compreender os fatos que levaram o autuante a concluir, após a leitura da impugnação, que caso sua tese fosse procedente, seria possível de buscar possível crédito por repetição e indébito.

Indaga como o mero erro material com declaração em campo diverso que não macula o imposto devido, o que caracteriza mero erro material relacionado a obrigação acessória (declaração), poderá ensejar o pagamento de imposto acima do limite imposto.

Sustenta que todas as notas fiscais foram lançadas de forma correta e isto pode ser aferido pela própria EFD, sendo que a diferença apurada encontra-se no fato de que a Fiscalização não se atentou que o valor está devidamente recolhido, porém a declaração do imposto recolhido foi equivocadamente declarada na rubrica “VALOR DE OUTROS DÉBITOS DE ICMS”. Alega que tanto é verdadeira a afirmação, que os valores são idênticos, conforme exemplos que apresenta.

Diz que dessa forma, reitera os argumentos de defesa e pugna pela improcedência do Auto de Infração, bem como da nova diligência fiscal para aferição da idoneidade do seu arquivo EFD, além da análise dos pagamentos realizados.

Quanto à infração 2, sustenta que também não prosperam as alegações da Fiscalização quanto ao fato de o relatório elaborado e juntado às fls.22 a 32 serem resultado de complementação daquele que elaborou em sua peça defensiva.

Afirma que com a análise mais cuidadosa, verifica-se que as notas da Fiscalização estão inseridas no seu relatório, porém, com notas complementares que estavam na EFD, que não foram consideradas pelo autuante.

Salienta que tão forte é está afirmação, que juntou com a defesa diversos relatórios extraídos do EFD, que demonstram que a apuração que efetuou está correta e o valor do imposto recolhido de acordo com a legislação, que tomou o cuidado de grifar as notas fiscais que foram consideradas pelo autuante e as que não foram o que justificaria a suposta diferença apurada.

Resume que a Fiscalização considerou apenas algumas notas fiscais para a apuração do imposto, em número inferior, enquanto recolheu o ICMS diferencial de alíquotas sobre: (i) as notas apontadas pela Fiscalização; e (ii) e demais notas não apontadas pela Fiscalização que se encontram apontadas em relatórios juntados com a defesa e que podem ser aferidas pelo SPED-Fiscal.

Aduz que dentro desta compreensão, a tese que sustenta como bem pontuada pelo autuante, é que houve realmente um “absurdo *bis in idem*”, fato este robustamente comprovado pelos relatórios que juntou com sua defesa (CD ROM), que demonstra didaticamente, inclusive grifado e com respectiva legenda, onde estão as diferenças.

Observa que da análise da sua planilha de apuração, elaborada com base nas notas fiscais escrituradas no SPED-Fiscal, verifica-se todas as notas que ensejaram o recolhimento do DIFAL no mês de agosto de 2012, conforme valor recolhido mediante DAE.

Esclarece que em verde estão as notas que o autuante não considerou para a apuração. Já em amarelo estão as notas fiscais que foram consideradas para a glosa do imposto enquanto que a soma das notas fiscais representa o valor apurado e recolhido. Ressalta que se somadas apenas às notas fiscais grifadas em amarelo chega-se ao valor apurado pela Fiscalização.

Assinala que o valor apurado e pago no mês perfaz R\$1.838,53, que é soma das notas fiscais descritas no primeiro quadro, onde já estão as notas fiscais descritas pelo autuante no relatório de fls. 22 a 32, conforme demonstrado.

Assevera que assim sendo, também deve ser considerada a improcedência deste item, pelos motivos descritos, bem como pelos argumentos de forma mais detalhada descritos na impugnação.

No tocante à infração 3, diz que diante do convencimento do autuante, pugna pela apreciação e procedência das alegações tecidas na peça contestatória.

Quanto à infração 4, reitera os argumentos tecidos em sede de impugnação, haja vista que o autuante não inovou em suas alegações, que pudessem macular o documentos comprobatório de cancelamento da nota fiscal, bem como do SPED-FISCAL que demonstra não ter havido qualquer aproveitamento dos referidos créditos.

Aduz que por essa razão, haja vista os documentos adunados com a defesa, pugna pela perícia contábil, principalmente pela aferição da página 91 do SPED-FISCAL, onde consta o cancelamento expresso da nota fiscal, o que justifica a ausência do creditamento, o que comprovará a improcedência desta suposta infração, conforme exemplo que apresenta.

No respeitante à infração 5, reitera seus argumentos, bem como pugna pela diligência fiscal aos fornecedores emissores das notas fiscais, para que se apure a verdade real e a ampla defesa, haja vista que se torna prova impossível demonstrar que houve a saída de mercadoria do pátio do fornecedor e que está não ingressou em seu estabelecimento.

Alega que escapa do seu controle impedir que terceiros emitam notas fiscais sem a sua aquiescência, utilizando seus dados e sem a sua permissão. Ressalta que parte dos emitentes não é mais seus fornecedores. Menciona como exemplo a empresa Moraes de Castro.

Aduz que sendo assim, em cumprimento ao princípio constitucional da ampla defesa e contraditório, requer que seja determinada a fiscalização dos fornecedores listados na nota fiscal, para comprovação de que tais mercadorias não lhe foram expedidas.

Finaliza a manifestação requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer também a conversão do julgamento em diligência, para análise das declarações, notas fiscais e relatórios que se encontram nas suas instalações, bem como sejam aplicadas às multas reduzidas aos patamares mínimos previstos em lei, em consonância com os fundamentos de fato e direito aduzidos. Por fim, requer provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela prova pericial técnica com a realização de laudo que consubstancie as

alegações.

O autuante se pronunciou (fl.549). Consigna que o autuado admite assistir-lhe razão quanto ao item 6, e que, só por um lapso, ainda não efetuou o pagamento.

Quanto à infração 1, basicamente mantém a linha de argumentação mantida nas alegações em sua defesa, reiterando-os. Mantém a autuação, nos termos em que se posicionou na Informação Fiscal.

Quanto à infração 2, consigna que o impugnante repete alegações já feitas em sua defesa. Mantém todos os termos da autuação, conforme demonstrado nas planilhas, documentos já apresentados e em nossa informação fiscal.

Quanto à infração 3, mantém os termos da Informação Fiscal.

No tocante à infração 4, afirma que a perícia contábil é desnecessária, pois não há fatos controversos. Acrescenta que, além disso, o autuado não apresentou nada que infirme os argumentos base da autuação. Mantém a autuação.

Quanto à infração 5, mantém os termos das informações fiscais já apresentadas.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF – ASTEC/CONSEF (fls.558 a 561), a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para que adotasse as seguintes providências:

“INFRAÇÃO 01”

Apesar de o autuado haver escriturado apenas uma parte do ICMS-ST retido nas Notas Fiscais eletrônicas emitidas por ele próprio sob a rubrica "VALOR DO ICMS RETIDO ST" e o restante sob a rubrica "VALOR DE OUTROS DÉBITOS DE ICMS" - conforme aduzido pelo autuante -, verifique e analise se é possível comprovar que a diferença apurada pela Fiscalização decorreu de equívoco incorrido pelo contribuinte ao declarar o ICMS-ST devido na rubrica "VALOR DE OUTROS DÉBITOS DE ICMS", conforme alegado pelo impugnante.

Caso se confirme o equívoco incorrido pelo contribuinte, ou seja, que os valores recolhidos dizem respeito aos valores do ICMS-ST exigido nesta infração, elaborar demonstrativo, se for o caso, contendo apenas os valores que porventura não guardem correspondência.

INFRAÇÃO 02

Verifique e analise se procede a alegação defensiva de que a Fiscalização considerou apenas algumas notas fiscais para a apuração do imposto, enquanto recolheu o ICMS diferencial de alíquotas sobre as notas fiscais apontadas pela Fiscalização, assim como sobre as demais notas fiscais não apontadas pela Fiscalização que se encontram apontadas em relatórios juntados com a defesa e que podem ser aferidas pelo SPED-Fiscal. Elabore demonstrativo, se for o caso, contendo apenas as notas fiscais arroladas na autuação que porventura não tenham o ICMS diferença de alíquotas recolhido.

INFRAÇÃO 04

Alega o impugnante que o SPED-FISCAL demonstra não ter havido qualquer aproveitamento dos créditos fiscais referidos pelo autuante. Pugna pela perícia contábil, principalmente pela aferição da página 91 do SPED-FISCAL, onde consta o cancelamento expresso da nota, o que justifica a ausência do creditamento. O autuante rechaça a alegação defensiva, afirmado que foi exatamente o cancelamento das notas fiscais aduzidos pelo impugnante que fundamentaram a glosa dos créditos fiscais. Observa que o autuado se creditou das duas notas fiscais cujas mercadorias não chegaram a entrar no estabelecimento.

Verificar e analisar no SPED-FISCAL se houve o creditamento ou não dos valores apontados na autuação.”

Nos termos do Parecer ASTEC N° 78/2016 (fls. 562 a 567), o ilustre Auditor Fiscal diligenciador esclareceu que, consiste em objeto da diligência, exclusivamente, a análise das operações fiscais lançadas relativas às infrações 1, 2 e 4.

Registra que inicialmente foi lavrado Termo de Intimação com a finalidade de obter o livro Registro de Apuração do ICMS do mês de fevereiro de 2013 e os Registros de Entradas dos lançamentos fiscais dos documentos arrolados no demonstrativo analítico do autuante, referente

à infração 4, fl. 568.

Consigna que após envio dessa documentação e análise daquela acostada aos autos pelo autuado, chegou a seguinte conclusão:

INFRAÇÃO 1

Data de ocorrência: 31/05/12 - À fl. 99, o documento "REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA" apresenta o valor de R\$22.870,90, no campo "VALOR DE OUTROS DÉBITOS ST", enquanto o valor histórico, no Auto de Infração, é de R\$22.871,90;

Data de ocorrência: 31/07/12 - À fl. 198, o documento "REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA" não apresenta valor no campo "VALOR DE OUTROS DÉBITOS ST", enquanto o valor histórico, no Auto de Infração, é de R\$0,30;

Data de ocorrência: 31/08/12 - À fl. 209, o documento "REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA" não apresenta valor no campo "VALOR DE OUTROS DÉBITOS ST", enquanto o valor histórico, no Auto de Infração, é de R\$451,21;

Data de ocorrência: 31/09/12 - À fl. 220, o documento "REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA" apresenta o valor de R\$32.494,55, no campo "VALOR DE OUTROS DÉBITOS ST", igual ao valor histórico lançado no auto de infração.

Data de ocorrência: 31/10/12 - À fl. 285, o documento "REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA" apresenta o valor de R\$32.494,55, no campo "VALOR DE OUTROS DÉBITOS ST", igual ao valor histórico lançado no Auto de Infração.

Conclui que os valores pagos, sob o código de receita 1.006 - ICMS CONTRIBUINTE SUBSTITUTO DO ESTADO, correspondem àqueles lançados nos "REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA", campo "VALOR DO ICMS ST A RECOLHER", sendo composto, inclusive, com os valores consignados no campo "VALOR DE OUTROS DÉBITOS ST".

Registra que à fl. 569, estão apresentados os "DEMONSTRATIVOS DA DILIGÊNCIA REFERENTES À INFRAÇÃO 1", nos quais estão indicados os valores recolhidos pelo sujeito passivo e comparativo entre os valores lançados no Auto de Infração e registrados pelo autuado.

INFRAÇÃO 2

Consigna que ao compulsar os documentos "RESUMO DA APURAÇÃO DO IMPOSTO", de fls. 329, 337, 345, 353, 361, 369, 377, 385, 393, 400, 409 e 572, constata-se que os valores, a título de diferença entre alíquotas interna e interestadual, compõem a apuração do ICMS normal do autuado, Código de Receita 806 - ICMS REGIME NORMAL - INDÚSTRIA.

Aduz, no entanto, que ao confrontar os valores lançados a recolher em favor do Estado da Bahia, verifica-se a falta de correspondência com aqueles efetivamente recolhidos. Ou seja, os valores pagos, nas mesmas datas de ocorrência do Auto de Infração, são inferiores aos declarados nestes documentos. Acrescenta que dessa forma, em que pese os valores lançados, a título de diferença entre alíquotas interna e interestadual, serem inferiores aos declarados pelo autuado, não se pode concluir sobre o pedido solicitado pelo Relator, acerca da procedência ou não da alegação defensiva, pois se faz necessária à execução de novo procedimento de fiscalização, na qual deverão ser analisados todos os lançamentos atinentes ao ICMS do Regime de Apuração Normal, inclusive, os pagamentos decorrentes de parcelamento de débito do imposto.

Manifesta o entendimento de que, salvo melhor juízo, tal situação ultrapassa o escopo da diligência solicitada.

Registra que à fl. 576 encontra-se o "DEMONSTRATIVO DA DILIGÊNCIA REFERENTE À INFRAÇÃO 2".

INFRAÇÃO 4

Assinala que às fls. 577/578, constam os Registros de Entradas que indicam as operações canceladas referentes às Notas Fiscais nºs 17120, de 15/03/2012 e 22148, de 09/11/2012, base para o

lançamento. Observa que nestes registros, verifica-se que não houve crédito do ICMS.

Registra que ao consultar as notas fiscais acima especificadas, no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, constata-se os cancelamentos daqueles documentos nas mesmas datas das respectivas autorizações de uso, conforme fls. 579/580.

Salienta que em atendimento ao pedido do Relator realizou verificação do SPED-FISCAL, disponibilizado pelo autuante, no qual podem ser constatados, também, os cancelamentos das notas fiscais acima descritas na forma estabelecida pelo Ato COTEPE nº 09, de 18/04/08, em virtude do código 02 da Tabela Situação do Documento e do campo numérico ou alfanumérico vazio - apresentados nos respectivos arquivos para comprovar a não utilização de crédito fiscal, conforme fls. 581 e 582.

Assinala que constam os demonstrativos, gravados em mídia, à fl. 583, elaborados para atendimento da diligência, além da documentação remetida pelo sujeito passivo.

O autuado cientificado do resultado da diligência se manifestou (fls.588 a 592). Quanto à infração 1, concorda com as diferenças apontadas pelo diligenciador. Diz que desse modo, restaria saldo a pagar no valor de R\$ 452,51, sendo este o valor residual da infração 1.

Quanto à infração 2, diz que o diligenciador concluiu que somente com a diligência realizada não seria possível aferir com precisão se as alegações defensivas quanto às supostas diferenças estariam corretas.

Reitera o pedido para que seja realizado novo procedimento fiscal, para que assim seja constatada e comprovada a improcedência do lançamento.

Diz que, conforme esclarecido na defesa, não prospera a alegação da Fiscalização de que o relatório por ele elaborado de fls. 22 a 32 é resultado de complementação daquele que elaborou em sua peça defensiva.

Salienta que com a análise mais cuidadosa, verifica-se que as notas da Fiscalização estão inseridas no seu relatório, porém como notas fiscais complementares que já estavam no EFD e que não foram consideradas pela Fiscalização.

Assevera que tão clara e transparente está à comprovação deste fato, que juntou com a defesa diversos relatórios extraídos do EFD, que demonstram que a sua apuração está correta e o valor do imposto recolhido encontra-se exatamente de acordo com a legislação.

Esclarece que para melhor visualização e apuração por parte dos julgadores adotou o procedimento de grifar as notas que foram consideradas pelo autuante e as que não foram o que justificaria a suposta diferença apurada.

Em resumo, diz que a Fiscalização considerou apenas algumas notas para a apuração do imposto, em número inferior, enquanto recolheu o diferencial de alíquota sobre: (i) as notas apontadas pela Fiscalização; e (ii) e demais notas não apontadas pela Fiscalização que se encontram destacadas em relatórios juntados com a defesa e que podem ser aferidas pelo SPED-Fiscal.

Diz que dentro desta compreensão, a tese que sustenta como bem pontuada pelo preposto fiscal, é que houve realmente um absurdo “*bis in idem*”, fato este robustamente comprovado pelos relatórios juntados com sua defesa (CD ROM), que demonstra didaticamente, inclusive grifado e com respectiva legenda, que demonstram onde estão as diferenças.

Apresenta tabela na qual diz demonstrar de forma prática suas alegações.

Diz que da análise de sua planilha de apuração, elaborada com base nas notas fiscais escrituradas no SPED-Fiscal, verifica-se todas as notas que ensejaram o recolhimento do DIFAL no mês de agosto de 2012 que está de acordo com o valor recolhido no DAE.

Observa que em verde estão as notas fiscais que o autuante não considerou para a apuração. Já em amarelo estão as notas fiscais que foram consideradas para a glosa do imposto. Acrescenta que a soma das notas fiscais representa o valor apurado e que recolheu.

Salienta que se somadas apenas as notas fiscais grifadas em AMARELO chega-se ao valor apurado pela Fiscalização. Porém, o valor apurado e pago no mês perfaz R\$1.838,53, que é soma das notas fiscais descritas no primeiro quadro, onde já estão as notas descritas pelo autuante no relatório de fls. 22 a 32.

Afirma que, em assim sendo, também deve ser considerada a improcedência deste item, pelos motivos descritos, bem como pelos argumentos de forma mais detalhada descritos na impugnação.

Ressalta que se verifica que mesmo diante da ausência de conclusão do Auditor Fiscal que cumpriu a diligência fiscal, resta claro que somente uma nova fiscalização seria passível de constatar suas alegações.

Salienta que à fl. 576, nota-se a juntada do relatório denominado demonstrativo da diligência fiscal, ao qual identificou que a coluna “Diferença 1” é o resultado da soma do valor apurado e descrito na DMA. Como exemplo, utiliza a competência de 05/2012. Observa que o valor da soma do ICMS Retido, Antecipado e Diferido pago no mês é idêntico ao lançado na coluna “Diferença 1”, ou seja, R\$ 25.397,51. Afirma que assim foram para todos os demais meses.

Conclui quanto à infração 4, diante do convencimento do autuante, pugnando pela apreciação e procedência das alegações tecidas na peça contestatória.

Finaliza a manifestação requerendo:

- a improcedência do Auto de Infração ou, não sendo isso possível;
- a conversão do julgamento em diligência, para análise das declarações, notas fiscais e relatórios que se encontram nas suas instalações;
- sejam as multas reduzidas aos patamares mínimos previstos em lei, em consonância com os fundamentos de fato e direito acima aduzidos;
- provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela prova pericial técnica com a realização de laudo que consubstancie as alegações.

O autuante cientificado do resultado da diligência se pronunciou (fls.597). Consigna que em relação à infração 1, houve uma verificação com pequena divergência em valores escriturados e os lançados no apuramento do contribuinte e o levantado no Auto de Infração. Acata o resultado apresentado na diligência. Quanto à infração 2, mantém os termos da Informação Fiscal de fl. 525 dos autos. No tocante à infração 4, acata os termos da diligência.

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de seis infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, entre as quais este reconheceu parcialmente as infrações 3 e 5 e totalmente a infração 6.

Inicialmente, cumpre observar que não procede a alegação defensiva atinente a inexistência do Termo de Início de Fiscalização. Na realidade, verifica-se que o referido termo foi devidamente lavrado pelo autuante no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências do autuado, conforme cópia acostada às fls. 9/10 dos autos, sendo o registro no referido livro fiscal previsto no art. 28, I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Vale registrar que a ausência de lavratura do Termo de Início de Fiscalização invariavelmente implica em nulidade do lançamento, o que, conforme visto, não ocorreu no presente caso.

No que concerne ao pedido de realização de diligência/perícia formulado pelo autuado, cabe consignar que esta Junta de Julgamento de Fiscal, em face das controvérsias existentes atinentes às infrações 1, 2 e 4, converteu o feito em diligência a Assessoria Técnica do CONSEF

(ASTEC/CONSEF), a fim de que Auditor Fiscal designado adotasse as providências solicitadas, o que foi cumprido, conforme será visto quando da apreciação do mérito.

Quanto às demais infrações impugnadas, no caso 3 e 5, por considerar desnecessária a realização de diligência/perícia, haja vista que os elementos atinentes a estas infrações se apresentam suficientes para formação do meu convencimento, indefiro o pedido com fulcro no art. 147, I, “a”, II, “a”, do RPAF/99.

No mérito, relativamente à infração 1, a diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal foi no sentido de que, o diligenciador verificasse e analisasse se era possível comprovar que a diferença apurada pela Fiscalização decorrera de equívoco incorrido pelo contribuinte ao declarar o ICMS-ST devido na rubrica “VALOR DE OUTROS DÉBITOS DE ICMS”, conforme alegado na peça defensiva. Foi solicitado ainda que, caso se confirmasse o equívoco incorrido pelo contribuinte, ou seja, que os valores recolhidos dizem respeito aos valores do ICMS-ST exigido nesta infração, o diligenciador elaborasse demonstrativo contendo apenas os valores que porventura não guardassem correspondência, se fosse o caso.

A solicitação foi atendida. O ilustre Auditor Fiscal diligenciador emitiu o Parecer ASTEC N° 78/2016, no qual esclareceu o seguinte quanto a cada período de ocorrência apontado no Auto de Infração:

DATA DE OCORRÊNCIA

- 31/05/12 - o documento "REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA" (fl.99) apresenta o valor de R\$22.870,90, no campo "VALOR DE OUTROS DÉBITOS ST", enquanto o valor histórico, no Auto de Infração, é de R\$22.871,90;
- 31/07/12 - o documento "REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA" (fl.198) não apresenta valor no campo "VALOR DE OUTROS DÉBITOS ST", enquanto o valor histórico, no Auto de Infração, é de R\$0,30;
- 31/08/12 - o documento "REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA" (fl.209) não apresenta valor no campo "VALOR DE OUTROS DÉBITOS ST", enquanto o valor histórico, no Auto de Infração, é de R\$451,21;
- 31/09/12 - o documento "REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA" (fl.220) apresenta o valor de R\$32.494,55, no campo "VALOR DE OUTROS DÉBITOS ST", igual ao valor histórico lançado no Auto de Infração;
- 31/10/12 - o documento "REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA" (fl.285) apresenta o valor de R\$32.494,55, no campo "VALOR DE OUTROS DÉBITOS ST", igual ao valor histórico lançado no Auto de Infração.

Conclusivamente, esclareceu o diligenciador que os valores pagos, sob o código de receita 1.006 - ICMS CONTRIBUINTE SUBSTITUTO DO ESTADO, correspondem àqueles lançados nos "REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA", campo "VALOR DO ICMS ST A RECOLHER", sendo composto, inclusive, com os valores consignados no campo "VALOR DE OUTROS DÉBITOS ST". Elaborou os "DEMONSTRATIVOS DA DILIGÊNCIA REFERENTES À INFRAÇÃO 1", fl. 569, nos quais indicou os valores recolhidos pelo contribuinte e comparativo entre os valores lançados no Auto de Infração e registrados pelo autuado.

Relevante registrar que tanto o autuado quanto o autuante ao tomarem ciência da diligência acataram o resultado.

Diante disso, acorde com o resultado apresentado pelo diligenciador esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$452,51, conforme demonstrativo elaborado pelo diligenciador acostado à fl. 569 dos autos.

No respeitante à infração 2, também foi objeto de diligência. Foi solicitado ao diligenciador que analisasse se procedia a alegação defensiva de que a Fiscalização considerou apenas algumas

notas fiscais para a apuração do imposto, enquanto recolheu o ICMS diferencial de alíquotas sobre as notas fiscais apontadas pela Fiscalização, assim como sobre as demais notas fiscais não apontadas pela Fiscalização que se encontram apontadas em relatórios juntados com a defesa e que podem ser aferidas pelo SPED-Fiscal. Elaborasse demonstrativo contendo apenas as notas fiscais arroladas na autuação que porventura não tivessem o ICMS diferença de alíquotas recolhido.

É certo que no regime de conta corrente fiscal o valor correspondente à diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente, constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher.

Neste sentido estabelece o art. 305, § 4º, III, “a”, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, abaixo reproduzido:

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;*

No presente caso, verifica-se que o autuado adotou o procedimento estabelecido no RICMS/BA/12, acima reproduzido. Ou seja, computou o débito referente à diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a consumo do estabelecimento, no cálculo do imposto a recolher.

Conforme observado pelo diligenciador e se verifica nos documentos "RESUMO DA APURAÇÃO DO IMPOSTO", os valores, a título de diferença entre alíquotas interna e interestadual, compõem a apuração do ICMS normal do autuado, Código de Receita 806 - ICMS REGIME NORMAL - INDÚSTRIA.

Relevante o registro feito pelo diligenciador no sentido de que ao confrontar os valores lançados a recolher em favor do Estado da Bahia, verifica-se a falta de correspondência com aqueles efetivamente recolhidos. Ou seja, os valores pagos, nas mesmas datas de ocorrência do Auto de Infração, são inferiores aos declarados nestes documentos. Registrhou, ainda, que, apesar de os valores lançados, a título de diferença entre alíquotas interna e interestadual, serem inferiores aos declarados pelo autuado, não se pode concluir sobre o pedido, acerca da procedência ou não da alegação defensiva, pois se faz necessária à execução de novo procedimento de fiscalização, na qual deverão ser analisados todos os lançamentos atinentes ao ICMS do Regime de Apuração Normal, inclusive, os pagamentos decorrentes de parcelamento de débito do imposto.

Os registros acima permitem inferir que a acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento não restou caracterizada.

Na realidade, o registro feito pelo diligenciador no sentido de que, *os valores pagos, nas mesmas datas de ocorrência do Auto de Infração, são inferiores aos declarados nestes documentos*, pode até implicar em exigência decorrente de imposto lançado e não recolhido, mas não falta de recolhimento da diferença de alíquotas.

Diante disso, este item da autuação é insubstancial.

Quanto à infração 3, observo que o autuado reconheceu parcialmente a exigência fiscal. No que tange à parte impugnada, afirma que amparado pela legislação do ICMS, apropriou-se devidamente dos créditos fiscais glosados.

Verifico que o autuante na Informação Fiscal admite assistir razão ao impugnante, quanto à legitimidade do crédito fiscal objeto de glosa não reconhecido, razão pela qual opina pela procedência parcial da autuação, acolhendo as alegações defensivas.

Diante disso, considerando que o autuado utilizou legitimamente o crédito fiscal objeto da glosa, haja vista que não se trata de material de uso/consumo do estabelecimento, conforme a acusação fiscal, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor reconhecido pelo autuado de R\$6.265,33, de fls. 94 a 96 e conforme demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR. LANÇADO	VLR. RECONHECIDO
31/05/2012	09/06/2013	1.400,56	201,60
30/06/2012	09/07/2013	1.102,97	19,25
31/07/2012	09/08/2013	4.635,08	440,47
31/08/2012	09/09/2013	653,90	153,06
30/09/2012	09/10/2013	1.137,25	510,81
31/10/2012	09/11/2013	2.929,03	523,98
30/11/2012	09/12/2013	3.536,77	317,48
31/12/2012	09/01/2014	6.806,50	3.496,82
31/01/2013	09/02/2014	2.484,31	601,86
TOTAL			6.265,33

No que diz respeito à infração 4, também foi objeto da diligência solicitada por esta Junta de Julgamento à ASTEC/CONSEF. Como o impugnante alegara que não utilizara os créditos fiscais glosados polo autuante, em face do cancelamento das notas fiscais, e o autuante afirmara que o autuado se creditara das duas notas fiscais cujas mercadorias não chegaram a entrar no estabelecimento, foi solicitado que o diligenciador verificasse e analisasse no SPED-FISCAL se houve o creditamento ou não dos valores apontados na autuação.

O ilustre diligenciador da ASTEC/CONSEF esclareceu que às fls. 577/578, constam os Registros de Entradas que indicam as operações canceladas referentes às Notas Fiscais nºs 17120, de 15/03/2012 e 22148, de 09/11/2012, base para o lançamento. Observou que nestes registros, verifica-se que não houve crédito do ICMS. Registrhou que ao consultar as notas fiscais acima especificadas, no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, constata-se os cancelamentos daqueles documentos nas mesmas datas das respectivas autorizações de uso, conforme fls. 579/580.

Salientou que em atendimento ao pedido do Relator realizou verificação do SPED-FISCAL, disponibilizado pelo autuante, no qual podem ser constatados, também, os cancelamentos das notas fiscais acima descritas na forma estabelecida pelo Ato COTEPE nº 09, de 18/04/08, em virtude do código 02 da Tabela Situação do Documento e do campo numérico ou alfanumérico vazio - apresentados nos respectivos arquivos para comprovar a não utilização de crédito fiscal, conforme fls. 581 e 582.

Efetivamente, não há o que discutir neste item da autuação. Restou comprovado que as Notas Fiscais nºs 17120, de 15/03/2012 e 22148, de 09/11/2012, arroladas na autuação, foram canceladas nas mesmas datas das respectivas autorizações de uso, portanto, não houve apropriação do crédito fiscal glosado.

Relevante registrar que o autuante ao tomar ciência do resultado da diligência quanto a este item da autuação se pronunciou acatando os seus termos.

Dessa forma, a infração 4 é insubsistente.

No tocante à infração 5, verifico que o autuado reconheceu parcialmente a autuação no valor de R\$8.331,19. Quanto à parte impugnada, observo que o autuante afirma que restou claro que as notas fiscais não foram registradas na Escrituração Fiscal Digital – EFD do autuado.

Aduz o autuante que o autuado não comprova ter havido qualquer erro por parte de terceiros. Ao contrário, reconhece os fornecedores e admite haver escriturado em livro de registro de entradas, porém, à época, já considerado livro não oficial, já que só vale a EFD.

Diz que as Notas Fiscais nºs 36.965 e 37.246 que o autuado alega estarem canceladas, não foram

canceladas, de acordo com a consulta realizada no dia 09/12/2014, conforme tela que apresenta.

Relativamente às alegações defensivas a respeito de mercadorias que não chegaram a sair do estabelecimento emissor, diz que os documentos existentes não registram esses fatos, seja por ter havido cancelamento de nota fiscal, seja por não haver emissão de qualquer outro documento regularizador.

De fato, constato que assiste razão ao autuante quando diz que o autuado estava obrigado a efetuar a Escrituração Fiscal Digital (EFD).

O RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, estabelece o seguinte quanto à EFD:

Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em 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 (Conv. ICMS 143/06).

§ 1º A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:

I - Registro de Entradas;

II - Registro de Saídas;

II - Registro de Inventário;

IV - Registro de Apuração do ICMS;

V - Livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP.

VI - Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.

§ 2º Consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

§ 3º Os contribuintes beneficiados com incentivo fiscal deverão registrar na EFD as informações relativas aos valores incentivados, nos termos previstos em portaria do Secretário da Fazenda.

§ 4º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências.

Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para o microempreendedor individual e para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional.

[...]

Art. 251. A retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.

Também assiste razão ao autuante quanto à alegação defensiva atinente às Notas Fiscais nºs 36.965 e 37.246, haja vista que a tela apresentada aponta que não foram canceladas. Do mesmo modo, as alegações defensivas atinentes às mercadorias que não chegaram a sair do estabelecimento emissor, não restaram comprovadas, pois inexiste indicação de cancelamento ou outro procedimento de regularização.

Dessa forma, a autuação se apresenta correta.

Entretanto, observo que a redação do inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, passou a multa de 10% para 1%, 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.

Nos termos do art. 106 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Assim sendo, como a alteração acima aduzida passou a multa de 10% para 1%, cabe à aplicação retroativa do novo dispositivo legal ao caso em exame, por se tratar de penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época de ocorrência dos fatos objeto da autuação.

Diante disso, retifico de ofício a multa imposta de 10% para 1%, passando a infração 5 do valor originariamente exigido de R\$20.886,74 para R\$2.086,67.

No que concerne à infração 6, conforme consignado acima, foi reconhecida pelo autuado,

inclusive com o pagamento do valor do débito reconhecido, sendo, desse modo, subsistente, cabendo a homologação do pagamento efetuado.

Por derradeiro, quanto à alegação defensiva de que as multas de 60%, 70% e 150% do montante lançado se afiguram confiscatórias, desproporcionais, sem qualquer razoabilidade, cumpre observar que referidas multas se encontram previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/BA. No que tange à aplicação do art. 158 do RPAF, conforme pretendido pelo impugnante, vale salientar que, por se tratar de multas por descumprimento de obrigação principal, a competência para tal apreciação é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante estabelece o art. 159 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado. Assim, o montante do débito fica o seguinte:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	126.565,89	452,51	60%
02	IMPROCEDENTE	29.957,60	0,00	-----
03	PROCEDENTE EM PARTE	35.015,45	6.265,33	60%
04	IMPROCEDENTE	2.484,84	0,00	-----
05	PROCEDENTE (com redução da multa)	20.866,74	2.086,68	-----
06	PROCEDENTE	169,74	169,74	-----
TOTAL		215.060,26	8.974,26	

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 276468.0201/14-0, lavrado contra **INDÚSTRIAS ANHEMBI S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.717,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “e” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.256,41**, prevista nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20.12.11.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR