

PROCESSO - A. I. Nº 206907.0001/15-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DENVER IMPERMEABILIZANTES, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. - ME
RECORRIDOS - DENVER IMPERMEABILIZANTES, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. - ME e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0123-03/16
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 25/04/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C.J.F. Nº 0105-12/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias tributáveis. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Foi alterada a multa, de 10% para 1%, com fundamento na alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, aplicando-se a retroatividade benigna nos termos da alínea “c” do art. 106 do CTN. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. Foram excluídas as mercadorias empregadas no processo produtivo da autuada, bem como as destinadas ao seu ativo fixo. Infração parcialmente elidida. 3. ARQUIVO MAGNÉTICO. a) FALTA DE ENVIO; b) FALTA DE ATENDIMENTO DA INTIMAÇÃO SUBSEQUENTE. Infrações comprovadas. Ficou caracterizado o descumprimento da obrigação acessória, requisito regulamentar para exigência de penalidade prevista na legislação tributária. Reduzida a multa relativa à falta de atendimento da intimação. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo à material de consumo. Autuado recolheu o tributo exigido. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Não ficou comprovado nos autos o cometimento da infração apontada, por isso, não é devido o imposto exigido. Infração insubsistente. 6. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO FORA DO PRAZO REGULAMENTAR. Autuação foi efetuada em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada. Infração subsistente. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 3ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão JJF Nº 0123-03/16, que julgou Procedente em

Parte o Auto de Infração nº 206907.0001/15-2, lavrado em 24/03/2015, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$1.164.312,40, relativos às infrações a seguir especificadas.

Infração 01 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2012; janeiro a maio, julho a dezembro de 2013. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$155.251,23.

Infração 02 – 06.05.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2012; janeiro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$165.195,33. Multa de 60%.

Infração 03 – 16.12.15: Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações realizadas no período de maio de 2012 a janeiro de 2014, totalizando R\$273.656,30.

Infração 04 – 16.12.20: Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, ou sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação, nos meses de abril de 2012 a dezembro de 2013. Aplicada a multa de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$28.980,00.

Infração 05 – 01.02.02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de junho, agosto, outubro e novembro de 2012; abril, maio, julho, outubro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$1.464,65. Multa de 60%.

Infração 06 – 07.02.03: Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2012; janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$15.377,73. Multa de 60%.

Infração 07 – 03.08.03: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, nos meses de janeiro, abril, maio, julho, setembro e outubro de 2013. Valor do débito: R\$524.387,16. Multa de 60%.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 17/06/2016 (fls. 1314 a 1331) e decidiu pela Procedência em Parte, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

O primeiro item do presente Auto de Infração refere-se à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2012; janeiro a maio, julho a dezembro de 2013. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$155.251,23.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, para mercadorias sujeitas a tributação bem como em relação às mercadorias não tributáveis (art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96).

O autuado alegou que 54 (cinquenta e quatro) notas fiscais foram canceladas; 18 (dezoito) notas fiscais foram denegadas; 4 (quatro) notas fiscais estão devidamente registradas; 3 (três) notas fiscais referem-se a serviços prestados; 2 (duas) notas fiscais estão registradas, mas com erro de digitação quanto a um ou dois algarismos e 6 (seis) notas fiscais foram registradas no livro de Registro de Entradas da matriz.

Na informação fiscal, o autuante disse que foram excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais canceladas, denegadas e notas fiscais lançadas no livro Registro de Entrada, sendo mantidas as demais notas fiscais, inclusive as que o contribuinte alega que são NF de prestação de serviço, entradas com numeração errada, e os documentos registrados no livro fiscal da matriz, por que tais alegações não têm fundamentação legal. Diz que o valor apurado de R\$ 155.251,23, reduziu-se para R\$ 30.322,06, conforme novo demonstrativo de débito que elaborou à fl. 1183.

Nas manifestações apresentadas após as informações fiscais, o defendente alegou que a despeito da louvável exclusão das notas fiscais canceladas, denegadas e lançadas no livro de entrada, as notas com numeração errada e de prestação de serviços também haveriam de ser prontamente excluídas da autuação.

Disse que em relação às notas fiscais com numeração errada, está comprovado o equívoco; e, em relação às notas fiscais de prestação de serviços, a rigor do artigo 217 do RICMS, o livro Registro de Entradas se destina ao registro de ingresso de mercadorias no estabelecimento, não à tomada de serviços.

Analizando os documentos acostados aos autos, em relação às notas fiscais alegadas de prestação de serviço

(NF-e 75, 113 e 192 – fls. 1008 a 1015 dos autos), observo que a NF-e 75 consta destaque relativo ao valor de crédito de ICMS, a NF-e 113 se refere a tubo galvanizado e a NF-e 192 indica que se trata de tubo de cobre. Nestes casos, ao contrário do entendimento apresentado pelo defendente, os mencionados documentos fiscais deveriam ser lançados nos livros fiscais próprios.

Concordo com o posicionamento do autuante quanto à manutenção das notas fiscais alegadas com numeração trocada, bem como em relação às notas fiscais registradas na matriz, considerando a regra da autonomia dos estabelecimentos. Ou seja, devem prevalecer os valores apurados na informação fiscal, fl. 1183, quando foi reduzido o débito originalmente apurado para R\$30.322,06.

Sobre a irregularidade tratada neste item da autuação, relativamente à falta de escrituração de notas fiscais correspondentes a mercadorias sujeitas a tributação, saliento que a partir da alteração do inciso IX do art. 42 da Lei 7.014/96, através da Lei 13.461, de 10/12/2015, publicada no DOE de 11/12/2015, o percentual de 10% da multa anteriormente estabelecido foi reduzido para 1%.

Neste caso, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória, e com base na alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN, entendo que deve ser utilizado o percentual da multa 1%, aplicando-se a retroatividade benigna prevista no mencionado dispositivo legal, abaixo reproduzido:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

...
II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...
c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Concluo pela subsistência parcial desta infração, ficando a multa reduzida de R\$30.322,06 para R\$3.032,20, conforme quadro abaixo, elaborado com base no demonstrativo do autuante após a revisão por ele efetuada.

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	MULTA %	VALOR DO DÉBITO R\$
28/02/2012	08/03/2012	917,50	1%	9,18
30/04/2012	09/05/2012	15.472,44	1%	154,72
31/05/2012	09/06/2012	51.691,20	1%	516,91
30/06/2012	09/07/2012	3.007,58	1%	30,08
31/07/2012	09/08/2012	6.500,15	1%	65,00
31/08/2012	09/09/2012	31.010,76	1%	310,11
30/09/2012	09/10/2012	70.212,13	1%	702,12
30/11/2012	09/12/2012	4.819,46	1%	48,19
31/12/2012	09/01/2013	1.362,99	1%	13,63
31/01/2013	09/02/2013	200,00	1%	2,00
28/02/2013	09/03/2013	174,00	1%	1,74
31/03/2013	09/04/2013	193,87	1%	1,94
30/04/2013	09/05/2013	74.913,42	1%	749,13
31/05/2013	09/06/2013	11.626,55	1%	116,27
30/07/2013	08/08/2013	83,17	1%	0,83
31/08/2013	09/09/2013	1.386,40	1%	13,86
30/09/2013	09/10/2013	27.225,40	1%	272,25
31/10/2013	09/11/2013	104,05	1%	1,04
30/11/2013	09/12/2013	362,48	1%	3,62
31/12/2013	09/01/2014	1.957,08	1%	19,57
T O T A L				3.032,21

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2012; janeiro a dezembro de 2013.

O defendente alegou que é beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do estado da Bahia – DESENVOLVE, nos termos da Lei Estadual nº 7.780, de 12 de dezembro de 2001, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 8.205, de 03 de abril de 2002 e especificamente por força da Resolução nº 175/2011, que habilita a impugnante aos benefícios do DESENVOLVE, alterada pela Resolução nº 175/2011, cujas cópias seguem anexas (docs. 102 e 103 – fls. 1032/1034).

Como beneficiário do DESENVOLVE faz jus ao diferimento do lançamento do pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições, provenientes do Estado da Bahia e de outras unidades da Federação, relativamente à diferença de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação.

Também alegou que a autuação leva a efeito o lançamento do ICMS relativo à diferença de alíquota sobre operações que não estão sujeitas à incidência do imposto, quais sejam: transferências de material de embalagem; transferências de matéria-prima; transferências de produto acabado; transferências de amostras; Notas fiscais de cesta básica de Natal; Notas fiscais de devolução de venda; Nota fiscal de simples remessa de equipamento da EMBRATEL. Diz que as alegações são corroboradas pelas cópias das respectivas notas fiscais (docs. 104 a 188)

Ressalta que nas notas fiscais anexas à manifestação e que também são objeto da autuação, se referem a transferência de empilhadeiras, máquinas, esteiras, painéis elétricos, ensacadeira, plataformas para reatores, entre outros. São, portanto, bens que, por sua natureza, só podem ser integrados ao ativo imobilizado.

Nas informações fiscais, o autuante afirma que a alegação de que é "Transferência de Ativo imobilizado"; não é bastante para não sofrer a tributação, sendo necessário que este bem do imobilizado apresente os seguintes requisitos: a) seja para produzir os produtos objeto do benefício, os quais constam da resolução; b) seja efetivamente imobilizado, e não consumo ou peças de reposição; c) tenha integrado o ativo imobilizado, e que não tenha sido desincorporado, pois os que são desincorporados sofrem a devida tributação.

Informa que realizou verificação das escritas Fiscal e Contábil do contribuinte, analisou as informações e as operações que resultaram na cobrança do imposto. Em relação a tais itens não foi comprovado que são ativo imobilizado. afirmou que basta uma visualização na escrita contábil, para confirmar que os itens não constam do ativo permanente da empresa.

De acordo com o demonstrativo às fls. 49 a 77 dos autos foi efetuado o levantamento fiscal em relação a bens de consumo, a exemplo de cadeira giratória, apontador, extrator de grampo, catálogos régua, borracha, pallet, lixeira, eletroduto, peneira, extintor de incêndio, catraca eletrônica etc.

Observe que os materiais de consumo são empregados pelo estabelecimento fora do seu processo produtivo; é o caso dos materiais de limpeza e gastos gerais do escritório. Consideram-se também de uso ou consumo aqueles materiais que, embora empregados ou consumidos no setor de produção, não têm vinculação direta com o produto em elaboração, não integram o produto final, como é o caso de peças de reposição e manutenção, pallet, fardamento de operários, botas, luvas, capacetes, máscaras, etc.

Neste caso, embora esses bens participem do processo industrial não integram o produto final, sendo considerados materiais e uso ou consumo. Por outro lado, os materiais adquiridos para acessão física não são passíveis de creditamento, com vedação legal expressa neste sentido, conforme estabelece o art. 29, § 2º da Lei nº 7.014/96.

Pelo que consta nos autos, e considerando que na acusação fiscal foi indicado que a exigência do imposto se referida a bens destinados ao ativo fixo e/ou consumo, e não ficando comprovado que houve apuração de ICMS correspondente ao ativo fixo, tendo em vista que foi apurado que os materiais objeto da exigência contida nesta infração 02 se referem a materiais de consumo, não podendo ser considerados insumos, por isso, é subsistente o imposto lançado neste item do presente Auto de Infração, sendo correta a cobrança da diferença de alíquotas.

As infrações 03 e 04 serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que tratam da mesma matéria, relativamente à falta de entrega de arquivo magnético exigido mediante intimação.

Infração 03: Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de junho a dezembro de 2012. Aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações realizadas no período de maio de 2012 a janeiro de 2014, totalizando R\$273.656,30.

Infração 04: Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, ou sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação, nos meses de abril de 2012 a dezembro de 2013. Aplicada multa de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$28.980,00.

O autuado alegou que de acordo com a redação original do artigo 248 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (Decreto Estadual nº 13.780/2012), os contribuintes com faturamento anual inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), como foi o caso da impugnante no ano de 2011, só passaram a ser obrigados a promover a Escrituração Fiscal Digital a partir de 01/01/2014.

Salienta que o estabelecimento autuado é uma filial constituída em 2011 (vide doc. 218 anexo) e, naquele ano, nem sequer teve faturamento. Logo, não estava obrigado a entregar os arquivos magnéticos em 2012. E, no ano de 2012, só passou a ter faturamento a partir do mês de julho, sendo que o faturamento anual foi muito inferior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), razão pela qual a impugnante também não estava obrigada a entregar os arquivos magnéticos em 2013. Caso não seja o entendimento deste Órgão Julgador, o que admite apenas por hipótese, o impugnante pugna pelo cancelamento da multa imposta, nos termos do § 7º do mesmo artigo 42 da Lei Estadual nº 7.014/96.

Nas informações fiscais, o autuante esclareceu que foram acostadas ao presente processo: a) 1ª intimação para apresentação de informações em meio magnético de 22/01/2015 (fl. 16); b) 2ª intimação para apresentação de informações em meio magnético de 12/02/2015 (fl. 17); Relação dos Arquivos Recepcionados (fl. 18). Disse que

as intimações constantes das folhas 16 e 17 foram entregues ao contribuinte com o anexo da folha 18.

Também informou que o autuado, nas alegações defensivas, se confunde fazendo referência à Escrituração Fiscal Digital, apontando o artigo 248 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (Decreto Estadual nº 13.780/2012). Esclarece que o defendente fora penalizado pela falta dos arquivos magnéticos do SPED, que foram exigidos pelas intimações feitas, e que são mencionadas no auto de infração, fazendo o devido enquadramento legal.

Ressaltou que foram efetuadas duas intimações, com a necessária solicitação, e que o art. 259 do RICMS-BA/2012, de forma textual cita que o usuário de SEPDP está obrigado a enviar arquivo eletrônico à SEFAZ, atendendo as especificações técnicas estabelecidas no Conv. ICMS 57/95.

Para melhor entendimento da matéria em questão, são reproduzidos a seguir os dispositivos da legislação citados nas razões de defesa e informações fiscais:

Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - RICMS-BA/2012:

Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, observando-se os prazos estabelecidos a seguir, de acordo com o montante referente às operações e prestações sujeitas ao ICMS no ano imediatamente anterior:

I - a partir de 01/01/2011, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), observado o disposto no § 3º do art. 250;

II - a partir de 01/01/2012, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais) até o limite de R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), observado o disposto no § 4º do art. 250;

...

Art. 259. O usuário de SEPDP está obrigado a enviar arquivo eletrônico à SEFAZ, atendendo as especificações técnicas estabelecidas no Conv. ICMS 57/95, e mantê-lo pelo prazo decadencial, contendo as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos fiscais recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no período de apuração.

Conforme os dispositivos do RICMS-BA/2012 acima reproduzidos, está correto o posicionamento do autuante no sentido de que o defendente fora penalizado pela falta dos arquivos magnéticos do SPED, que foram exigidos pelas intimações feitas, e que são mencionadas no auto de infração, enquanto o artigo do RICMS-BA/2012 citado nas razões de defesa faz referência à Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Por outro lado, conforme art. 261 do mencionado RICMS-BA/2012, sempre que for intimado, o contribuinte fornecerá ao fisco o arquivo magnético no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação. Como o autuado foi intimado em duas oportunidades (fls. 15 e 16) para entregar os arquivos magnéticos e não o fez, sujeita-se à multa prevista na legislação, pelo descumprimento da obrigação acessória.

A partir de 28/11/2007, o art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei 7.014/96, prevê a exigência da multa de R\$ 1.380,00 pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo.

No caso em exame, estando comprovado nos autos que o autuante intimou o contribuinte para apresentar os arquivos magnéticos, e o contribuinte não apresentou os arquivos solicitados, ficou passível da penalidade prevista na legislação, em face da não entrega dos arquivos solicitados, ou seja, a multa de R\$1.380,00. Assim, concluo pela subsistência destes itens do presente Auto de Infração, relativamente às multas exigidas com base no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei 7.014/96, tendo vista que ficou caracterizado o descumprimento da obrigação acessória, requisito regulamentar para exigência de multa prevista no referido RICMS-BA/2012.

Não acato o pedido formulado pelo defendente para reduzir a multa exigida, tendo em vista que a falta de entrega dos arquivos magnéticos ou a sua apresentação incompleta impede a realização de auditorias fiscais e dos controles fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS.

Concluo pela subsistência destes itens da autuação fiscal, considerando que ficou caracterizado o descumprimento da obrigação acessória, requisito regulamentar para exigência de multa prevista na legislação mencionada neste voto, sem a redução da multa requerida pelo defendente, considerando a sua finalidade.

Infração 05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de junho, agosto, outubro e novembro de 2012; abril, maio, julho, outubro a dezembro de 2013.

O defendente informou que embora discorde da autuação, efetuou o pagamento deste item, conforme documento anexo (doc. 189 – fl. 1120), tendo em vista o diminuto valor do imposto lançado e valendo-se do desconto sobre a multa previsto pelo artigo 45 da Lei Estadual nº 7.014/96. Assim, concluiu pela subsistência deste item da autuação, por inexistência de lide a ser decidida.

Infração 06: Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2012; janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2013.

O autuado alegou que as vendas em causa foram feitas a construtoras e a outros destinatários finais das mercadorias transacionadas e, em tais circunstâncias, não há incidência de ICMS-ST, justamente porque não há operação subseqüente.

Informou que dentre as operações apontadas pelo Auto de Infração, verifica-se que isso ocorreu nas vendas feitas: a) à Vertical Engenharia Ltda., conforme nota fiscal nº 1141 (docs. 190 e 191); b) à Aterrel Auxiliar Técnica de Construções Ltda., conforme notas fiscais nº 1171 e nº 1710 (docs. 192 a 195); e c) à Cencosud Brasil Comercial Ltda., conforme nota fiscal nº 2399 (docs. 196 e 197).

Alegou que em outras sete operações, as vendas foram feitas a consumidores finais, que são isentos de inscrição perante a Secretaria da Fazenda Estadual, como estão a comprovar os documentos 198 a 211 anexos. Alguns desses destinatários finais são pessoas físicas.

O autuante informou que no levantamento fiscal foram utilizados os seguintes CFOPs: 5910: Remessa em bonificação, doação ou brinde; 5401: Venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto; 5102: Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros; 5949: Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado. Afirma que não prosperam as alegações defensivas, porque estas informações não constam dos documentos fiscais, constatando-se é o “oportunismo” do contribuinte, que busca aproveitar-se das circunstâncias, pois a devida identificação do contribuinte e da operação são informações que devem constar do documento. Ressalta que em outros momentos o contribuinte classifica estas operações como amparadas pelo benefício do Desenvolve.

Apresentou o entendimento de que o fato da venda ser feita a uma pessoa física, não desobriga o contribuinte de pagar o ICMS Substituição Tributária, pois o comprador pode revender, mesmo com CPF, a exemplo temos os contribuintes inscritos no MEI. Diz ser necessário a perfeita caracterização da operação no documento fiscal. Não acata as alegações do autuado.

A questão a ser decidida nos autos é quanto à responsabilidade do autuado pela retenção e recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária, na condição de substituto tributário.

A lei atribui ao remetente a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, em relação às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o que não ficou configurado no caso em exame.

Nas operações com mercadorias destinadas a contribuinte não inscrito ou desabilitado no cadastro, ou sem destinatário certo, deve ser efetuada a retenção do imposto. Entretanto, tal situação também não ficou comprovada nos autos.

Quanto às operações internas de vendas para consumidor final, não se fará retenção ou antecipação do imposto, considerando que a substituição tributária ocorre quando a lei atribui a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente e, neste caso, a lei elege uma terceira pessoa para cumprimento da obrigação tributária, em lugar do contribuinte natural.

Pelo que consta nos autos, entendo que não está comprovado o cometimento da infração apontada, por isso, não é devido o imposto exigido no presente lançamento, considerando as regras mencionadas neste voto. Infração insubsistente.

Infração 07: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, nos meses de janeiro, abril, maio, julho, setembro e outubro de 2013.

O autuado não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal, alegando que nos meses apontados no Auto de Infração, recolheu a parcela não sujeita a dilação de prazo no dia imediatamente subseqüente ao do vencimento, como comprovam os documentos 212 a 217. Disse que isso ocorreu por conta de um mero erro escusável da impugnante, a qual estava certo de que o vencimento ocorria no dia 10 de cada mês.

O autuante ressaltou que o legislador fixou um requisito para fruição do benefício: o pagamento do tributo, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo. Se o tributo não é pago ou é pago fora do prazo, não é preenchido aquele requisito.

Conforme estabelece o art. 3º do Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, “O Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 (setenta e dois) meses para o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

Vale salientar que o não pagamento no prazo previsto para o referido benefício implicará o vencimento imediato da parcela incentivada sem direito a qualquer desconto e, conforme estabelece o art. 18 do mencionado Regulamento, “A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês”.

A autuação foi efetuada em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada, fato não negado pelo defendente. considerando a previsão regulamentar acima mencionada.

Vale salientar, que à fiscalização cabe verificar os procedimentos adotados pelos contribuintes em cumprimento à legislação tributária e, sendo constatada qualquer irregularidade, deve ser efetuado o lançamento de ofício, como ocorreu no presente caso.

Não se trata de desenquadramento do Programa Desenvolve, haja vista que a exigência do imposto no presente Auto de Infração foi realizada apenas nos meses em que não houve recolhimento ICMS na data prevista pela legislação, sendo informados na descrição dos fatos os motivos que levaram o autuante a apurar o imposto exigido.

Não obstante as duas decisões citadas pelo defendente, observo que o presente lançamento não significa que o benefício fiscal foi cancelado pelo autuante, uma vez que no período seguinte, sendo preenchido o requisito regulamentar, a norma que prevê o benefício volta a incidir e o contribuinte retoma o gozo do benefício. Mantida a exigência fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	-	3.032,21
02	PROCEDENTE	165.195,33	-
03	PROCEDENTE	-	273.656,30
04	PROCEDENTE	-	28.980,00
05	PROCEDENTE	1.464,65	-
06	IMPROCEDENTE	-	-
07	PROCEDENTE	524.387,16	-
TOTAL	-	691.047,14	305.668,51

A 3ª JF interpôs Recurso de Ofício de sua Decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 1342 a 1358, opondo-se à decisão naquilo que se refere às Infração 1, 2, 3, 4 e 7 aduzindo as seguintes alegações.

Quanto à Infração 1, afirma que a decisão de piso não merece prosperar, na medida em que as notas com numeração errada e de prestação de serviços, inclusive aquelas registradas no estabelecimento da matriz, também devem ser excluídas da autuação. Argumenta que, no tocante às notas fiscais com numeração equivocada, está cabalmente comprovado o equívoco, sendo inequívoca a não ocorrência de infração à lei. Para elucidar a verdade material dos fatos, a Recorrente traz à baila, novamente, os documentos que embasam as suas alegações, quais sejam a Nota Fiscal nº 45, a qual teria sido devidamente registrada, afastando a acusação fiscal, com a numeração 46 (Doc. 04); e a Nota Fiscal nº 38208, afastando a acusação fiscal, com a numeração 38286 (Doc. 05). Alega que houve um equívoco meramente formal, não havendo a caracterização de qualquer infração cometida por parte da Recorrente para os dois casos acima perfilados.

Igualmente, no tocante as Notas Fiscais registradas no Livro de Entrada da Matriz, assevera ser de

rigor sua exclusão da autuação, tendo em vista que não há a ocorrência da conduta que a fiscalização imputou à Recorrente, conforme comprovado pelos documentos que lista, os quais instruíram sua Impugnação.

Argumenta que, uma vez que a Recorrente demonstra por meio de documentos idôneos e hábeis a escrituração fiscal das operações, não há como se imputar a falta delas, sendo de rigor sua exclusão pela falta de suporte fático.

Quanto à Infração 2, após reproduzir trecho do acórdão recorrido, afirma que o lançamento não merece prosperar, na medida em que a Recorrente faz jus ao diferimento do lançamento do pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições provenientes do Estado da Bahia e de outras unidades da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao seu ativo fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação. Isso porque, explica, é beneficiária do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia, denominado “DESENVOLVE”, previsto na Lei Estadual nº 7.780, de 12 de dezembro de 2001, o qual tem por objetivo de longo prazo, complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado mediante diretrizes que enumera.

Explica que o aludido Programa de Incentivo Fiscal dispõe que ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativos: a) nas aquisições de bens destinados ao Ativo Fixo, efetuadas por contribuintes habilitados mediante resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve, para o momento de sua desincorporação, nas hipóteses que enumera.

No presente caso, afirma que a autuação considerou o diferencial de alíquotas sobre operações que não estão sujeitas à incidência do imposto, tais como (i) transferência de material de embalagem; (ii) transferência de matéria-prima, (iii) transferência de produto acabado; (iv) transferência de amostras; (v) notas fiscais de cestas básicas de Natal; (vi) notas fiscais de devolução de venda; e (vi) nota fiscal de simples remessa de equipamento da Embratel, conforme se verifica dos documentos 104 a 188 anexados à Impugnação apresentada.

Alega que, nesses termos, surge evidente a falta de suporte fático para o lançamento tributário perpetrado contra a Recorrente, haja vista que, diferentemente do tipo em que enquadrada sua conduta, as operações por ela praticadas não estão sujeitas à incidência do ICMS relativo ao diferencial de alíquota, razão pela qual deverá ser cancelada relativamente ao item 2.

Quanto à Infração 3 e 4, tratou-as conjuntamente, tendo em vista que se referem à mesma matéria, ou seja, a falta de entrega de arquivo magnético exigido mediante intimação. Após reproduzir a decisão recorrida, Afirma que é inconcebível a manutenção das multas referente a falta de entrega de arquivos magnéticos relativas a EFD, disposta no artigo 248 do RICMS, assim como ao SPED, prevista no artigo 259 do referido texto legal. Isso porque, argumenta, a Recorrente somente fora obrigada a apresentar o SPED à SEFAZ/Bahia a partir de janeiro de 2014, conforme informações disponíveis no site da Receita Federal do Brasil, em endereço eletrônico que indica. Assim, entende que a partir da referida data de obrigatoriedade a Recorrente atendeu os termos da lei e efetuou a entrega do SPED tempestivamente, conforme recibo de entrega de escrituração fiscal digital do período de Janeiro de 2014 (Doc. 07).

Argumenta que não há dúvidas, portanto, de que havendo a obrigatoriedade de entrega do SPED somente a partir de janeiro de 2014, deve ser imediatamente afastada a multa aplicada pela falta de entrega do SPED atinentes aos períodos 01/04/2012 a 31/12/2013, conforme disposto na acusação fiscal do item 03 do AIIM, pois em tal período a Recorrente não estava obrigada a entrega de arquivos digitais, bem como, em relação à autuação de 01/2014, resta comprovada a sua entrega, sendo a rigor o cancelamento da multa aplicada pelo item 03 do presente AIIM.

Em linha ao exposto acima, afirma que a multa disposta no item 04 do presente AIIM deve ser igualmente cancelada por este E. Conselho, tendo em vista que a Recorrente ora comprovou a correta entrega de SPED a partir de janeiro de 2014, de modo que não houve qualquer prejuízo pelo não atendimento das intimações. Argumenta que, por corolário lógico, não se verifica

prejuízo ao Erário baiano a falta de cumprimento de obrigações acessórias das quais a Recorrente não estava obrigada. Destaca que não há suporte fático que dê azo à aplicação da multa disposta no item 04, uma vez que comprovada que o Recorrente não infringiu as regras dispostas no artigo 249 do RICMS, às quais não estava obrigada, devendo ser cancelada a multa aplicada pela acusação disposta no item 4 do presente AIIM.

Ademais, argumenta que está sendo duplamente punida pelo mesmo fato, tendo em vista que ambas as multas estão baseadas no mesmo dispositivo legal, qual seja, o artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei Estadual nº 7.104/96, o qual não prevê tal cumulação. Porém, caso ainda se entenda que a Recorrente praticou qualquer ato punível, apesar do cumprimento correto de suas obrigações, ainda assim, pugna pelo cancelamento das multas impostas, no termos do mesmo artigo 42, parágrafo 7º da Lei Estadual nº 7.104/96.

Ressalta que o referido dispositivo da legislação baiana tem como escopo evitar penalidades excessivas por infrações que não acarretam dano ao erário. Além disso, tal dispositivo outorga poderes ao órgão de julgamento em processo administrativo tributário para, diante da presença dos requisitos previstos na norma, proceder à moderação sancionatória, reduzindo ou relevando as penalidades a patamares razoáveis e proporcionais, os quais serão mensurados de acordo com o porte econômico da empresa e seus antecedentes. Alega que, no presente caso, não há comprovação de dolo, fraude ou simulação e falta de recolhimento do imposto, bem como o importe das multas exigidas pelos itens 3 e 4 da autuação de R\$302.636,30 (trezentos e dois mil, seiscentos e trinta e seis reais e trinta centavos) correspondem a mais de 50% (cinquenta por cento) da autuação, sendo, cristalinamente, desmedidas e desproporcionais.

Alega que a legislação da Bahia solicitava envios mensais de DMA, contendo o resumo da apuração de ICMS, as quais foram também todas entregues tempestivamente, restando comprovado o correto recolhimento, além de a Recorrente manter sua escrituração do ICMS hígida e correta, havendo porém, meios de assegurar o integral pagamento do imposto. Diante do exposto, assegura que não cometeu a infração do item 3, bem como o fato de que, da infração do item 04, não adveio qualquer prejuízo ao fisco, diante da correta demonstração de entrega dos arquivos na presente oportunidade, sendo impossível, ainda, admitir uma dupla condenação sobre o mesmo fato. Pede que as multas sejam relevadas ou ao menos reduzidas, em atenção ao artigo 42, parágrafo 7º da Lei Estadual nº 7.104/96.

Quanto à Infração 7, referindo-se à decisão da 3ª JFJ, afirma que o presente auto de infração deverá ser cancelado nesta instância pela análise detida dos fatos. Isso porque, explico, nos meses que compõe a autuação do referido item, resta inequivocamente comprovado que a Recorrente recolheu a parcela não sujeita a dilação de prazo no dia 10, isto é, no dia imediatamente subsequente ao vencimento, conforme denota-se da análise dos documentos acostados pelo Recorrente em sua Impugnação (vide docs. 212 a 217). Diante disso, e considerando que o adimplemento ocorreu antes mesmo do vencimento da parcela incentivada e muito antes do início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, afirma ser certo que a Recorrente faz jus ao benefício da denúncia espontânea, nos termos do artigo 138 do Código Tributário Nacional.

Argumenta que, partindo de dispositivo do CTN citado, devem ser rechaçadas as penalidades impostas à Recorrente, tanto a prevista no artigo 18 do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, quanto a prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.017/96 nos termos do item 7 da autuação. Ressalta que tais dispositivos referem-se às normas sancionatórias previstas na legislação baiana, as quais comportam relação direta com o recolhimento do imposto, sendo passíveis de afastamento pelo instituto da denúncia espontânea, o que, indubitavelmente, ocorreu no presente caso, conforme prova de pagamento que acosta aos autos.

Argumenta que, conforme exposto pelo i. Julgador a quo, a Recorrente não perdeu a condição de beneficiário dos incentivos fiscais dispostos no Desenvolve, contudo, a denúncia espontânea dos valores relativos ao item 7 da autuação deve ser reconhecida para afastar a exigência

complementar.

Frisa que esse é o entendimento deste Egrégio Conselho da Fazenda Estadual do Bahia (CONSEF), o qual reconhece que, uma vez efetuada a denúncia espontânea, estarão afastadas as penalidades pela falta do recolhimento do imposto incentivado pelo referido programa fiscal. Portanto, ao contrário do entendimento da decisão atacada, requer a aplicação dos benefícios da denúncia espontânea referente aos valores dispostos no item 07 da autuação, sendo de rigor a declaração de sua insubsistência das multas aplicadas.

Termos em que, pede deferimento.

VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 3ª JF (Acórdão 2ª JF Nº 0123-03/16) desonerou o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$691.047,14 para R\$ 305.668,51, em valores históricos (vide folha 1331), o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, observo que a redução do valor lançado foi afeta, apenas, às infrações 1 e 6, sendo este, portanto, o efeito devolutivo do presente recurso.

A infração 1 decorreu de conduta assim descrita, “*deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal...*”. O Sujeito passivo contestou o lançamento, tendo alegado que, dentre os documentos listados no auto de infração, há 54 notas fiscais canceladas, 18 denegadas, 04 devidamente registradas, 03 referem-se a serviços prestados, 2 foram registradas com erro de digitação quanto ao número, e 06 foram registradas no livro fiscal da matriz. Acosta documentos comprobatórios às folhas 928/1004.

Em sua informação fiscal, o autuante acolheu as alegações defensivas somente no que se refere às notas fiscais canceladas, denegadas e as lançadas no Livro registro de Entrada do estabelecimento autuado, tendo mantido o lançamento naquilo que se reporta às demais notas fiscais. O valor do débito foi reduzido para R\$30.322,06, conforme demonstrativo às folhas 1183/1184.

No julgamento, a decisão de piso acatou os novos demonstrativos de débito, refeitos pelo autuante, tendo, contudo, reduzido à multa imposta para R\$3.032,21 por força da alteração legislativa promovida pela Lei Estadual nº 13.461/15, a qual alterou o percentual de multa aplicável para 1%. Embora a alteração legislativa tenha se dado apenas em 2015, o julgador de piso aplicou o princípio da retroatividade benigna, previsto no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN. Entendo que não merece reparo a decisão recorrida neste ponto, pois a exclusão das notas fiscais constantes do demonstrativo de débito está coerente com o conteúdo dos documentos apresentados, os quais dão respaldo às alegações do contribuinte.

Relativamente à Infração 6, a acusação fiscal foi “*Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado...*”. O sujeito passivo alegou que as operações autuadas não se submetem ao regime de ST, pois foram realizadas com empresas construtoras e com estabelecimentos destinatários finais, sem que tenha ocorrido operação subsequente. A decisão recorrida, após examinar a documentação acostada ao processo, concluiu pela improcedência do lançamento fiscal.

Examinando a cópia dos documentos fiscais acostadas às folhas 1139/1152, é possível constatar que assiste razão ao sujeito passivo, pois tais notas tiveram como destino empresas de construção civil ou outros estabelecimentos consumidores finais, todos sem inscrição estadual. Assim, a exigência é insubsistente, não merecendo reparo a decisão de piso.

Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de ofício interposto.

Quanto ao recurso voluntário, noto que não foram suscitadas questões preliminares, tendo a recorrente se insurgido relativamente às infrações 1, 2, 3, 4 e 7.

Quanto à Infração 1, já reproduzida acima, o sujeito passivo revela-se inconformado com a decisão de piso que cancelou o demonstrativo de débito feito na informação fiscal, a despeito da substancial redução do valor lançado (mais de 98%). Alega que as Notas Fiscais nºs 45 e 38208 foram registradas com a numeração trocada, tendo sido feito o registro das Notas Fiscais nºs 46 e 38286, respectivamente. Alega, também, que registrou outras seis notas fiscais no Livro Registro de Entrada do estabelecimento matriz.

Examinando a cópia do documento fiscal constante da acusação, nº 45 (folha 1412) em cotejo com o lançamento efetuado na escrita fiscal da empresa, da Nota Fiscal nº 46, é possível constatar que o registro efetuado possui coincidência em todos os demais elementos descritos na cópia citada (folha 1412), tais como CNPJ do emitente, valor contábil e data do documento, respaldando a versão apresentada pela empresa.

Quanto ao Documento Fiscal nº 38208, constante também da acusação fiscal, embora exista coincidência em algumas outras informações, o registro efetuado refere-se a um documento emitido quatro dias depois da data constante da cópia à folha 1415, não sendo possível acolher a alegação recursal neste ponto.

Quanto às alegações de registro das demais notas fiscais no livro fiscal do estabelecimento matriz, é importante frisar que tal fato não tem o condão de elidir a acusação, pois prevalece, na legislação do ICMS, o princípio da autonomia dos estabelecimentos, os quais possuem escrituração apartada.

Assim acolho parcialmente o Recurso Voluntário no que se refere à Infração 1, para excluir a Nota Fiscal nº 45, no valor de R\$38.300,00, da base de cálculo do demonstrativo de débito acostado às folhas 1183/1184, reduzindo o valor total exigido para R\$2.649,14, conforme demonstrativo de débito abaixo.

MÊS	MULTA (R\$)
fev/12	9,17
abr/12	154,72
mai/12	133,91
jun/12	30,07
jul/12	65,00
ago/12	310,10
set/12	702,12
nov/12	48,19
dez/12	13,63
jan/13	2,00
fev/13	1,74
mar/13	1,93
abr/13	749,13
mai/13	116,26
jul/13	0,83
ago/13	13,86
set/13	272,25
out/13	1,04
nov/13	3,62
dez/13	19,57
TOTAL	2.649,14

Quanto à Infração 2, a acusação fiscal é “*Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento...*”. A empresa recorrente alega que o imposto indidente sobre as aquisições autuadas se encontra diferido para o

momento da sua desincorporação. Alega, também, que não incide diferencial de alíquotas sobre as operações de transferências.

Examinando o demonstrativo de débito relativo à Infração 2, acostado às folhas 49/84, é possível notar que assiste razão ao sujeito passivo, pois foram autuadas aquisições de bens destinados ao seu ativo fixo, bem como aquisições de itens destinados ao seu processo produtivo.

Considerando que a empresa autuada é beneficiária do Desenvolve, conforme cópias da Resolução nº 175/2011, acostadas às folhas 1032/1033, é forçoso reconhecer que o sujeito passivo faz jus ao benefício fiscal do diferimento, relativo ao diferencial de alíquotas incidente sobre as aquisições interestaduais de bens destinados ao seu ativo fixo. A Resolução citada não faz qualquer limitação quanto aos bens do ativo fixo, o que nos leva à compreensão de que se aplica à aquisição de todos os bens durante o prazo do benefício.

Quanto às operações de transferência, não assiste razão ao sujeito passivo, pois a Lei Complementar nº 87/96 previu, expressamente, a incidência do ICMS em tais operações, conforme se pode depreender da leitura do art. 13, § 4º, incisos I e II.

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

*...
§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:*

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

*II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;
...”*

Assim, a outra conclusão não se pode chegar senão à de que é devido o ICMS diferencial de alíquotas sobre as entradas interestaduais em transferência. Dou provimento parcial ao recurso para excluir as mercadorias destinadas ao ativo permanente da recorrente, bem como aquelas destinadas ao seu processo produtivo, conforme relação abaixo.

DESCRIÇÃO DA MERCADORIA	DESCRIÇÃO DA MERCADORIA	DESCRIÇÃO DA MERCADORIA
ANALISADOR DE UMIDADE	EMAIL MOLHADOR EM AC	MONITOR P/ MICROCOMP
APARELHO DET. SOLIDO	EMB INTERNA P/SHOPPI	MOTOR ELETRICO ONU:.
APARELHO TELEFONICO	EMPILHADEIRAS	MOVEIS E UTENSILIOS
APARELHO VISC. COPO	ENCERADO PVC LONA LE	MUFLA
ARMARIO	ENGATE	NIPLE
BALANCA ONU:.	ENGRENAGEM	NO BREAK
BANCADA ONU:.	ENSACADEIRA	PAINEIS
BANCOS CAPACITORES C	EQUIPAMENTOS PARA PI	PAQUIMETRO ONU:.
BASE	ESCADA ONU:.	PERFIL ONU:.
BATERIA	ESCOVA DE ACO 1777-0	PESTANA
BEBEDOURO ONU:.	ESGUICHO	PHMETRO
BICO ONU:.	ESPIGAO LATAO (EA) R	PICNOMETRO
BLOQUEADOR SOLAR ONU	ESTEIRA TRANSPORTADO	PISSETE
BOMBA ONU:.	ESTUFA	PLACA DE LATAO
BOTILHAO DE GAS C/20	ETIQUETAS	PLASTICO 4 FUROS CRI
BOTOEIRA	EXAUSTOR ONU:.	PLATAFORMA
C2811-V-PAYGEM/K9	Extensor Espiral com	POTE PLAST.D.IMPER 1
CADEIRAS	EXTENSOR ONU:.	RACK ONU:.
CAIXAS	EXTINTOR INCENDIO CO	RADIO ONU:.
CATRACA ELETRONICA	FECHADOR DE CAIXA	Reagente Ilquido rem
CHUVEIRO	FILME STRECH 500X0,0	REVESTIMENTO 25X7 CI
CILINDRO MESTRE DE	FONTE ONU:.	RIBBON 110MM*450M AZ
COFRE	Fotometro com Call C	SACO PLASTICO 25 X 3
COMPRESSOR ONU:.	FRASCO DE VID.TRANSP	SACO TERMORETRATIL 2
COMPUTADOR (XP) ONU:	Fundo Para Peneira G	Seladora 3000 c/ Sup
CONTAINER ONU:.	FURADEIRA ELETRICA M	SHOPPING BAG EARTH -
CONTROLADOR ONU:.	GALAO PLASTICO 3,6L	SILENCIADOR ONU:.
CPU	GRINDOMETRO BANDA LA	SIRENE ONU:.

CRONOMETRO DIGITAL	HELICE ONU:.	SOLUCAO KCL P/ PH 3M
D.MANTA ELASTIC TIVB	HIDROMETRO ONU:.	TALKABOUT MOTOROLA O
D.MANTA PRIMER ACQUA	HWIC-1T	TAMPA ONU:.
D-01 - 5 LITROS ONU:	IMPERMANTA PRIMER-IN	TAMPAO STORZ P/HIDR
DENVERFLEX POLIUR.33	IMPRESSORA	TECLADO ONU:.
DENVERIMPER BLACK IN	LACRADEIRA 2"	TECLADO P/ COMPUTADO
DENVERPOXI	LACRE C/ANEL MET C/L	TEE
DENVERPRIMER EPOXI C	LAVADORA DE ALTA PRE	TELA ONU:.
DISCO DISPERSOR	MANTA - ALUMINIO 4 M	TERMOMETRO ESC. -10
DISCO PARA COWLES ON	MAQUINA PARA LACRAR	THINNER PARA LIMPEZA
DISPERSOR SEMCO ONU:	MESAS	TINTAS
DOSADOR AUTOMATICO C	MICRO COMPUTADOR ONU	VISCOSIMETROS
EIXO DESENROLADOR HO	MISTURADOR	
ELEVA TAMBOR BASCULA	MOLHADOR ACO INOX C/	

Assim, reduzo o valor da exigência fiscal para R\$52.705,20, de acordo com o demonstrativo abaixo.

MÊS	DIFAL (R\$)
jan/12	21,87
fev/12	0,00
abr/12	17.123,21
mai/12	589,69
jun/12	19.391,71
jul/12	3.483,25
ago/12	2.265,73
set/12	1.086,63
out/12	122,63
nov/12	692,43
dez/12	265,11
jan/13	1.383,44
fev/13	166,05
mar/13	353,43
abr/13	47,72
mai/13	855,53
jun/13	293,61
jul/13	269,74
ago/13	1.549,97
set/13	370,29
out/13	735,68
nov/13	1.234,93
dez/13	402,56
TOTAL	52.705,21

As infrações 3 e 4 foram atacadas de forma conjunta pelo sujeito passivo.

A Infração 3 descreve a seguinte conduta “*deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas...*”. Já a Infração 04 refere-se a “*Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, ou sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação...*”. O sujeito passivo se opõe a ambos os lançamentos.

Relativamente à Infração 3, afirma que não se encontrava obrigada a entregar a EFD, pois seu faturamento anual era inferior a R\$3.600.000,00, o que fez com que somente se tornasse obrigada a partir de janeiro de 2014. Idêntica foi a alegação deduzida para se opor à Infração 4.

Noto que a recorrente confundiu-se, pois a multa imposta decorreu da falta de envio dos arquivos Sintegra relativos ao período de abril de 2012 a dezembro de 2013 (Infração 04), bem como à falta de atendimento da intimação posterior (Infração 3), conforme se encontra descrito na intimação acostada à folha 16. O comprovante à folha 18 revela que tais arquivos não foram entregues. Não

tem, portanto, qualquer relação com a EFD no período, a qual o contribuinte não se encontrava obrigado a entregar.

Como não houve defesa efetiva nesse item, entendo que as Infrações 3 e 4 restaram caracterizadas.

Altero, contudo, de ofício, as datas de ocorrência e de vencimento da Infração 3, em observância ao item “2.2” da IN 55/2014, abaixo reproduzido.

“2 – A multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, prevista também na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42, deve ser aplicada cumulativamente à multa de R\$ 1.380,00, quando o contribuinte que deixou de entregar o arquivo eletrônico ou entregou em desconformidade com a legislação, não atender a intimação subsequente para apresentação do mesmo ou atender sem a inclusão de todos os tipos de registros a que estava obrigado, sendo que:

...
2.2 – havendo lavratura de notificação ou auto de infração, os campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” deverão ser preenchidos com a data do primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para entrega do arquivo eletrônico ainda não apresentado ou apresentado de forma incompleta (grifos acrescidos); devendo ser anexados ao AI ou a notificação:
...”

Assim, considerando que o prazo concedido, pela intimação, expirou-se em 27/01/2015, a data de ocorrência e vencimento deve ser preenchida com o dia 28/01/2015. Assim, altero o demonstrativo de débito relativo à Infração 03, o qual passa a apresentar-se conforme abaixo.

DATA DE OCORRÊNCIA E VENCTO	MULTA
28/01/2015	R\$273.656,30
TOTAL	R\$273.656,30

A Infração 07 refere-se à *“Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve...”*. O sujeito passivo não nega o fato, tendo confessado que recolheu a parcela não dilatada no dia subsequente ao seu vencimento. Pede que seja reconhecido os benefícios da denúncia espontânea.

O autuante nada mais fez do que aplicar o disposto no caput do art. 18 do Regulamento do Desenvolve, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02, abaixo reproduzido.

“Art. 18 - A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.
...”

Ora, como o sujeito passivo não recolheu a parcela não dilatada, no prazo, conforme confessa, é forçoso concluir que perdeu o direito ao benefício naquele mês. Conforme bem salientou a decisão recorrida, tal efeito jurídico decorre da norma, não tendo qualquer relação com o desenquadramento, que não ocorreu.

Quanto ao pleito de acolhimento da denúncia espontânea, noto que o sujeito passivo incorre em equívoco, pois não houve incidência de multa de ofício sobre a parcela tempestivamente denunciada, mas apenas sobre aquele montante não adimplido, valores que foram objeto do presente lançamento. Percebe-se que a sua insurgência diz respeito, em verdade, à aplicação do art. 18 do decreto citado, em relação ao qual não é possível, a esse conselho, negar-lhe aplicação.

Assim, tenho a Infração 7 por procedente, mantendo a Decisão de piso.

Acolho o pedido de redução da multa relativamente à infração 3, pois as omissões existentes não prejudicaram a ação fiscal. Reduzo a multa aplicada em 85%, ficando o montante exigido em R\$41.048,44.

Do exposto, nego provimento ao recurso de ofício, ao tempo em que dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para reduzir o valor exigido, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.

INFRAÇÃO	ICMS (R\$)	MULTA FIXA (R\$)	MULTA
1	0,00	2.649,14	-
2	52.705,21	0,00	60%
3	0,00	41.048,44	-
4	0,00	28.980,00	-
5	1.464,65	0,00	60%
6	0,00	0,00	-
7	524.387,16	0,00	60%
TOTAL	578.557,02	72.677,58	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206907.0001/15-2, lavrado contra **DENVER IMPERMEABILIZANTES, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$578.557,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$72.677,58**, previstas nos incisos IX e XIII-A, “j”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS