

PROCESSO - A. I. Nº 298576.0009/15*2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ROCHA & LEITE LTDA.
RECORRIDOS - ROCHA & LEITE LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0065-02/16
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/06/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0114-11/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. É vedada pela legislação tributária a apropriação de crédito fiscal quando o emitente se encontrar com a inscrição cadastral considerada irregular. Entretanto, restou comprovado que o emitente dos documentos fiscais estava na condição de contribuinte Ativo no período de emissão das notas fiscais, não tendo o autuante acostado nenhum outro elemento para comprovar a imputação. Infração não caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. 2. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não indique de forma clara a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação da infração. Infração nula. Mantida a Decisão recorrida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS PARA O ATIVO FIXO e MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente procedente. Mantida a Decisão recorrida. 4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE INVENTÁRIOS. Revisão fiscal realizada pelo Fisco em primeira instância. Nas circunstâncias das razões recursais, é cabível a redução da multa com base no artigo 158 do RPAF/BA, devido à natureza das mercadorias comercializadas. Portanto, reduz a multa em 50% sobre o valor julgado na Decisão de piso. Infração caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra o julgamento da 2ª JJF, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/08/2015, no valor de R\$749.777,65 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de 04 infrações, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.11 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$109.514,67, referente a documento fiscal falso ou inidôneo.

INFRAÇÃO 02 – 02.01.02 - Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Valor histórico atuado R\$24.147,30.

INFRAÇÃO 03 – 06.05.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Valor histórico atuado R\$22.847,09

INFRAÇÃO 04 – 16.04.09 - Deixou de escriturar o Livro Registro de Inventário. Valor histórico atuado R\$593.268,59.

Foram apresentadas tanto Defesa tempestiva por parte da Recorrente às fls. 422 a 449, bem como Informação Fiscal pelo Sr. Autuante às fls. 467 a 472, acatando parte dos argumentos recursais quanto a infração 03, e clamando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 2ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência Parcial da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir alinhavadas, *in verbis*:

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa por descumprimento de obrigações acessórias decorrente de 04 infrações.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Na infração 01 é imputado ao atuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$109.514,67, referente a documento fiscal falso ou inidôneo. Consta ainda no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração: “Verificamos que o Fornecedor São Marcos Construções, Inscrição Estadual nº 89.783.780, emitiu Notas Fiscais sem a correspondente saída de mercadoria, conforme verificamos no Relatório da DMA consolidada em anexo;”

O autuante embasou a imputação no Demonstrativo Auditoria do Crédito Indevido constantes do, fl. 15, no RELATÓRIO DA DMA CONSOLIDADA 2011, fl. 19, e das cópias de diversas notas fiscais, fls. 20 a 31.

O Regulamento do ICMS do Estado da Bahia em vigor à época dos fatos geradores, ao tratar a Vedação da Utilização do Crédito Fiscal, no seu artigo 97, estabelece que é vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, entre outras hipóteses, quando se tratar de documento fiscal falso ou inidôneo, nos termos do art. 209, admitindo-se, porém, a utilização do crédito depois de sanada a irregularidade, ou se, não obstante o vício do documento, houver comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado, conforme definido no inciso VII do citado artigo.

Por sua vez, o citado regulamento ao tratar do Documento Inidôneo, em seu artigo 209, em especial o inciso VII, alínea “a”, determina que será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do Fisco, o documento fiscal que, além de outras situações, for emitido por contribuinte fictício ou que não estiver mais exercendo suas atividades.

Logo, os dispositivos acima citados são cristalinos, condicionando o aproveitamento do imposto a título de crédito à idoneidade do documento fiscal.

Por sua vez, o sujeito passivo, em sua segunda manifestação defensiva, reitera que as notas fiscais objeto da glosa foram, de fato, emitidas, o que não justificaria a lavratura da presente infração. Frisa que não cabe aos adquirentes de mercadorias questionar a seus fornecedores de que forma as mercadorias revendidas foram adquiridas e se as mesmas foram ou não registradas. Destaca que, caso esse entendimento prevaleça estaremos diante de um caos operacional para todos os contribuintes do estado, que teriam de questionar seus fornecedores sobre a origem de suas mercadorias e se as mesmas foram ou não escrituradas. Frisa que essa obrigação não existe na legislação estadual, e, como tal, não poderia o Fisco glosar créditos da impugnante pelo fato desta não ter verificado a escrita fiscal do seu fornecedor. Ressalta que, como foi dito na defesa, o que cabe a impugnante é verificar se o seu fornecedor está ativo no cadastro da SEFAZ, se a nota fiscal de vendas apresenta todos os requisitos formais indicados corretamente, inclusive a sua validade, dentre outros, porém, não é seu papel solicitar a DMA ou os livros fiscais de entradas e saídas de seus fornecedores, isso é papel do Fisco.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, uma vez não resta dúvida que é vedada pela legislação tributária a apropriação de crédito fiscal quando o emitente se encontrar com a inscrição cadastral

considerada irregular. Entretanto, restou comprovado que o emitente dos documentos fiscais estava na condição de contribuinte Ativo no período de emissão das notas fiscais, não tendo o preposto fiscal acostado nenhum outro elemento para comprovar a imputação. Caberia ao fiscal acostar elementos comprovando que, efetivamente, não teria ocorrido a operação constantes dos documentos fiscais objeto da autuação.

Logo, à infração 01 não restou caracterizada.

Na infração 02, é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.

Em sua segunda peça defensiva, o sujeito passivo reiterou que, a fiscalização classificou uma infração relativa “falta de registro de documentos no Livro de Entradas” como sendo uma infração relativa “falta de recolhimento do ICMS próprio”, portando, a fiscalização incorreu em erro insanável, já que tanto os dispositivos legais indicados quanto a própria quantificação da infração ficaram comprometidos.

O sujeito passivo realça, ainda, que foi demonstrado na defesa que este equívoco cometido pelo Fisco no enquadramento da infração 02 gerou uma série de consequências irremediáveis sob a ótica formal, como, por exemplo:

- (i) **aumento no valor da autuação**, já que a penalidade relativa à falta de registro de documentos (1% ou 10% do valor da operação) é bastante inferior àquela relativa à falta de recolhimento do ICMS, onde são cobrados o valor principal e a multa de ofício; e
- (ii) **impossibilidade de solicitação da redução ou do cancelamento da multa**, previsão esta inserida no artigo 158, do RPAF, para as hipóteses de autuações relativas ao descumprimento de obrigações acessórias. Isso porque ao classificar uma infração relativa a descumprimento de obrigação acessória como sendo relativa à falta de recolhimento do imposto, o Fisco acaba privando a Impugnante de utilizar a prerrogativa do artigo 158, do RPAF, o que implica numa situação clássica de preterição da ampla defesa

A defesa, ressalta que, estranhamente, na Informação Fiscal, o auditor fiscal, embora tivesse a oportunidade de se redimir, preferiu banalizar e silenciar sobre as alegações defensivas, se limitando a informar que ‘não existe contestação sobre as notas fiscais não escrituradas’, como se a obediência ao rito administrativo, o qual este servidor deve obediência, não tivesse que ser seguido.

Destaca que, por todo o exposto, restando devidamente comprovado que o enquadramento da infração encontra-se em desacordo com a realidade dos fatos, e, ainda, considerando que a cobrança de multa de 100% não se aplica à hipótese de falta de registro de documentos fiscais, requer a Impugnante a nulidade desta Infração 02.

Entendo que os argumentos defensivos devem ser acolhidos, uma vez que, efetivamente, a imputa é de:

INFRAÇÃO 02 – 02.01.02 - Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Valor histórico autuado R\$24.147,30.

Por sua vez, no demonstrativo que embasou a infração, fl. 16 dos autos, conta:

Movimento de entradas de mercadorias, bens e serviços que não constam nos Livros Registro de Entradas do contribuinte

Pelo acima exposto, verifica-se a existência de vício insanável capaz de fulminar a infração em tela, qual seja, a falta de identidade entre o fato infracional descrito no lançamento e aquele ensejador da imputação, o que, por si só, geraria a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida.

Diante disto, considero nulo à infração 02, com fulcro no art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99.

Na infração 03, é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher 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 próprio estabelecimento.

Em sua defesa o autuado assegura que a data de referência utilizada como critério para cobrança do diferencial de alíquotas está equivocada, pois foi considerada a Data de Emissão da nota fiscal, quando o correto seria a Data de Entrada no estabelecimento. Verificou também no demonstrativo da fiscalização desconsiderou os valores lançados na escrita fiscal a título de diferencial de alíquotas do ICMS, ou seja, a fiscalização assumiu a premissa de que não ocorreu nenhum registro e recolhimento a este título, cobrando a totalidade do DIFAL devida em cada mês.

Quanto os argumentos defensivos acima o autuante acatou e revisou os levantamentos e demonstrativo, resultando na redução do valor autuado. Tendo o contribuinte não mais questionado essas falhas em sua

segunda manifestação, fato que comprovou o encerramento da lide em relação aos argumentos acima.

Entretanto, o autuante não acolheu o argumento defensivo de que deveria abater do montante devido a parcela de crédito fiscal que a Impugnante tem direito por se tratar de bens destinados. Logo, a lide persiste em relação ao referido argumento.

Entendo que o procedimento do autuante foi correto, pois não cabe, nos autos do presente PAF, considerar créditos fiscais extemporâneos. O contribuinte deve observar as regras específicas para utilização dos possíveis créditos fiscais.

Logo, a infração 03 fica parcialmente mantida, no valor de R\$6.855,97, conforme demonstrativos às folhas 477 e 478, abaixo resumido:

DATA DE OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
31/01/2011	32,04
28/02/2011	178,67
31/08/2011	5.884,47
31/01/2012	241,50
29/02/2012	324,29
31/05/2012	195,00
TOTAL	6.855,97

Na infração 04 é imputado ao ter deixado de escriturar o livro Registro de Inventário.

Em sua defesa o sujeito passivo reconhece que não escriturou os inventários referentes aos exercícios de 2011 e 2012, requerendo que a multa aplicada seja substituída pela multa acessória de R\$460,00, prevista no artigo 42, inciso XV, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, como ocorreu em autuação anterior, requereu. Ainda, o cancelamento da multa, na forma do artigo 158, do RPAF/99.

Por sua vez, o autuado opina pela manutenção do valor autuado, destacando que:

- 1) O autuado foi devidamente intimado para apresentar o Livro de Inventário, por duas vezes (folhas 11 e 12) e respeitado o prazo legal, não houve manifestação.*
- 2) O autuado foi intimado para apresentar Livro Controle da Produção e do Estoque, por duas vezes (folhas 13 e 14) e respeitado o prazo legal, não houve manifestação;*
- 3) O autuado é reincidente nesta infração. A Inexistência de escrituração do Livro Registro de Inventário, não é novidade para o autuado, como demonstra infrações dos seguintes processos:*

*2690940306098 – lavrado em 30/09/2009
2690940050140 - lavrado em 18/12/2009
2985760009152 – lavrado em 14/09/2015*

Observem: Nunca foi escriturado o Livro Registro de Inventário (ver folhas 125 à 141), apesar de diversas Intimações e Auto de Infrações.

- 4) Sem o Livro Registro de Inventário, Livro Controle da Produção e do Estoque e os Arquivos Magnéticos torna-se Impossível a execução de muitos roteiros de fiscalização, limitando, assim os trabalhos de auditoria fiscal.*

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo a infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, o autuado, reiteradamente, apesar de autuações anteriores, não escritura o livro Registro de Inventários, ao longo de diversos anos, fato que caracteriza a intenção de dolo, uma vez que a fiscalização fica impossibilitada de aplicar o Roteiro de Auditoria de Estoque, roteiro que considero indispensáveis antes as demais infrações imputadas.

Também não cabe acolhido o pedido de substituição da multa aplicada, uma vez que a consignada no presente autuado de infração é a específica para o caso em tela, conforme art. XII, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Portanto, fica evidente o prejuízo causado ao tesouro estadual pelo descumprimento da referida obrigação por parte do contribuinte. O autuado, reiteradamente, apesar de autuações anteriores, não escritura o livro Registro de Inventários, ao longo de diversos anos. Logo, não existe nenhuma dúvida quanto à infração praticada e os

prejuízos causados para o controle e fiscalização do ICMS, razão pela qual a multa aplicada deve ser mantida.

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

INFRAÇÃO	DATA DE OCORRÊNCIA CONSTANTE DO AUTO INFRAÇÃO	BASE CALCULO	1%	VALOR HISTÓRICO APÓS JULGAMENTO (R\$)
16.04.09	31/01/2011	561.835,36	0,01	5.618,35
16.04.09	28/02/2011	599.683,00	0,01	5.996,83
16.04.09	31/03/2011	924.856,80	0,01	9.248,57
16.04.09	30/04/2011	489.505,79	0,01	4.895,06
16.04.09	31/05/2011	537.250,21	0,01	5.372,50
16.04.09	30/06/2011	188.894,37	0,01	1.888,94
16.04.09	31/07/2011	158.393,63	0,01	1.583,94
16.04.09	31/08/2011	530.055,43	0,01	5.300,55
16.04.09	30/09/2011	234.774,35	0,01	2.347,74
16.04.09	31/10/2011	219.760,92	0,01	2.197,61
16.04.09	30/11/2011	25.236,31	0,01	252,36
16.04.09	31/12/2011	1.015.314,57	0,01	10.153,15
TOTAL DO EXERCÍCIO DE 2011				54.855,60
16.04.09	31/01/2012	922.254,58	0,01	9.222,55
16.04.09	28/02/2012	854.871,87	0,01	8.548,72
16.04.09	31/03/2012	351.024,51	0,01	3.510,25
16.04.09	30/04/2012	599.658,24	0,01	5.996,58
16.04.09	31/05/2012	391.635,35	0,01	3.916,35
16.04.09	30/06/2012	755.378,59	0,01	7.553,79
16.04.09	31/07/2012	987.864,87	0,01	9.878,65
16.04.09	31/08/2012	497.039,61	0,01	4.970,40
16.04.09	30/09/2012	165.188,08	0,01	1.651,88
16.04.09	31/10/2012	272.111,54	0,01	2.721,12
16.04.09	30/11/2012	507.264,21	0,01	5.072,64
16.04.09	31/12/2012	75.519,38	0,01	755,19
TOTAL DO EXERCÍCIO DE 2012				63.798,12

Saliento que o livro Registro de Inventário, modelo 7, destina-se a arrolar, pelos seus valores e com especificações que permitam sua perfeita identificação, as mercadorias, as matérias primas, os produtos intermediários, os materiais de embalagem, os produtos manufaturados e os produtos em fabricação existentes no estabelecimento na data do balanço (Conv. S/Nº, de 15/12/70). Sua utilização é obrigatória para por todos os estabelecimentos que mantiverem mercadorias em estoque.

Não resta dúvida que o contribuinte tem um prazo legal para escrituração do Livro do Registro de Inventário, por tal razão, devo ressaltar que cabe outra correção em relação ao demonstrativo de débito consignado na infração em tela, uma vez que, equivocadamente, o autuante apurou a infração mensalmente, como se a obrigação do contribuinte fosse de levantar as mercadorias, as matérias primas, os produtos intermediários, os materiais de embalagem e escriturar o inventário mensalmente, o que não é. Tal apuração é anual, conforme §§ 6º e 7º, do artigo 330, do RICMS/97 e reproduzido nos §§ 6º e 7º, do artigo 225, do RICMS/12, in verbis:

Art. 225. ...

§ 6º Se a empresa não mantiver escrita contábil, o inventário será levantado, em cada estabelecimento, no último dia do ano civil.

§ 7º A escrituração deverá ser efetuada dentro de 60 dias, contados da data do balanço referido no caput deste artigo ou, no caso do § 6º, do último dia do ano civil.

Assim, ao deixar de cumprir uma obrigação de fazer, no caso, de escriturar os inventários de 2011 e 2012, o contribuinte incorreu em infração, cuja data de ocorrência se deu no dia em que venceu os prazos 60 dias, contados do último dia do ano civil dos respectivos exercícios, ou seja, para o exercício de 2011, o prazo para escrituração é 01 de março de 2012, já para o exercício de 2012, o prazo é 01 de março de 2013.

Diante do exposto, deve o demonstrativo de débito ser corrigido, alterando-se a data de ocorrência desta infração para, apenas, duas datas, 02/03/2012 e 02/03/2013.

Diante de tais circunstâncias, a infração 04 é procedente, com a redução do valor autuado e correção das datas de ocorrência, conforme abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO DEVIDO
02/03/2012	54.855,60
02/03/2013	63.798,12
TOTAL	118.653,72

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	JULGAMENTO	VALOR APÓS JULGAMENTO
1	IMPROCEDENTE	0
2	NULA	0
3	PROCEDENTE EM PARTE	6.855,97
4	PROCEDENTE	118.653,72
TOTAL		125.509,69

Na Resolução do Acórdão, houve a interposição do Recurso de Ofício pela JJF, consoante previsão legal, ante a procedência parcial e a desoneração ocorrida em todo o Auto de Infração.

Por seu turno, irressignado com a Decisão proferida pela primeira instância, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega, após demonstração da admissibilidade do seu recurso e uma breve síntese dos fatos ocorridos na lide, que a Decisão recorrida merece ser reformada quanto à infração 4.

Sustenta que o correto enquadramento desta penalidade seria aquela prevista no artigo 42, inciso XV, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e não o inciso XII, do mesmo artigo 42, como assim entendeu a 2ª JJF.

Assevera que ao analisar o inciso XII, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, “*percebe-se que a aplicação da multa de 1% sobre as entradas das mercadorias somente se aplicaria se não houvesse outra forma de se apurar o imposto, fato que, efetivamente, não ocorreu, já que a empresa possui todos os demais livros fiscais devidamente escriturados e postos à disposição da fiscalização, principalmente o Livro Registro de Entradas, o Livro Registro de Saídas e o Livro de Apuração do ICMS*”.

Diz que possui livros fiscais e que não existe registro de falta de entrega de DMA dos períodos fiscalizados.

Assim, argumenta que o fato de não ter realizado a escrituração do livro de Inventário nos anos de 2011 e 2012 não autoriza a fiscalização aplicar a multa de 1% sobre os totais das entradas, pois os principais meios para apuração do ICMS. Pontua que este entendimento é tão evidente que numa fiscalização anterior, no Auto de Infração nº 269094.0050/14-0, relativo aos períodos de 2009 e 2010, o auditor fiscal aplicou a penalidade de multa acessória de R\$460,00, prevista no art. 42, inciso XV, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

Assim, pede pela converção da multa da infração 4, de 1%, para a multa de R\$460,00, do inciso XV, alínea ‘d’ do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

VOTO

Temos sob apreciação os Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra o decisum a quo, devido à desoneração ocorrida nas infrações 1, 2, 3 e 4, e, no apelo voluntário, quanto à decisão da infração 4.

Primeiramente, aprecio o julgamento interposto pela Fazenda Estadual.

A infração 1 fora lançada por suposta utilização indevidamente de crédito fiscal de ICMS, pelo uso de documento fiscal falso ou inidôneo. A JJF, após discorrer sobre as normas do antigo RICMS/BA-97, que versavam sobre a inidoneidade dos documentos fiscais, entendeu correto o argumento defensivo de que não cabia ao adquirente perquirir a origem e escrituração das mercadorias junto aos seus fornecedores.

Nesta senda, entendo correto o julgamento da 2ª JF, pois, realmente, não é dever do contribuinte fiscalizar a empresa fornecedora quanto à escrituração e procedência das mercadorias vendidas, mas sim do Estado. Aliás, se a empresa fornecedora estiver com o cadastro ativo junto a Secretaria da Fazenda, pode ela emitir o documento fiscal pertinente para acobertar a operação a ser realizada. Assim, é exatamente essa a única diligência que deve tomar o adquirente da mercadoria quando da emissão da nota fiscal.

Ademais, creio que não é o meio próprio para proceder esse tipo de fiscalização a verificação através da DMA do contribuinte ou de seu fornecedor.

Portanto, entendo correta o julgamento da primeira instância pela Improcedência da infração 1.

Passo a exame da 2ª exação, lançada pelo suposta falta de recolhimento do ICMS referente as operações não escrituradas nos livros Fiscais próprios.

A defesa arguiu o erro na capitulação da infração, cujos reflexos foram o aumento no valor da autuação e impossibilidade de solicitação da redução ou cancelamento da multa conforme o artigo 158 do RPAF.

Os julgadores de base acolheram o entendimento esposado pelo Contribuinte, apontando que a capitulação da infração (INFRAÇÃO 2 – 02.01.02 - Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Valor histórico autuado R\$24.147,30) não corresponde ao quanto informado no demonstrativo de fl. 16 referente ao registro de mercadorias (Movimento de entradas de mercadorias, bens e serviços que não constam nos livros Registro de Entradas do contribuinte).

Compulsando os autos, realmente percebo a existência de vício insanável que mortalmente afeta a infração 2, eis que, não há identidade entre o que é imputado e o que é cobrado, instaurando total incerteza sobre a base de cálculo e a nulidade prevista no artigo 18, IV, a do RPAF/BA.

Sendo assim considero também Nula a infração 2, conforme julgamento de piso.

A terceira infração versa sobre a falta de recolhimento do ICMS decorrente do diferencial de alíquotas. A empresa sustentou que o lançamento estava incorreto, já que foi considerada a data de emissão do documento fiscal, e não a data da efetiva entrada. Noutro ponto, aduz que foram desconsiderados alguns pagamentos de DIFAL efetuados pela empresa e registrados junto a SEFAZ.

Diante desses argumentos, o próprio Fiscal Autuante refez o demonstrativo original do débito, apurando um valor total de R\$6.855,97, não contestado pelo Sujeito Passivo em suas manifestações posteriores.

Nestes termos, atendida parte dos argumentos do contribuinte pela fiscalização, não vislumbro qualquer óbice a aceitação do novo demonstrativo trazido pelo Fisco e da desoneração ocorrida em sede de julgamento primário.

Logo, a infração 3 é Parcialmente Procedente, consoante o entendimento de *primo grau*.

A infração 4 está posta devido à falta de escrituração de mercadorias no livro de Registro de Inventários. A defesa do contribuinte requer a conversão da multa aplicada por aquela prevista no inciso XV da alínea 'd' do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, como já visto em autuações anteriores, bem como o cancelamento da multa, nos termos do art. 158 do RPAF/BA.

A Junta não concedeu a redução da multa com base no artigo 158 do RPAF/BA alegando que se trata de uma conduta reiterada e que inviabiliza a adoção do roteiro de fiscalização por Auditoria de Estoque e entendeu que a presente autuação do inciso XII é específica à situação apontada pela fiscalização.

Contudo, os julgadores de primeira instância apontaram a existência da alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito, a partir de 11 de dezembro de 2015, que alterou a

alíquota aplicada nestes casos de 10% para 1%. Desta forma, pela aplicação da retroatividade benigna prevista no artigo 106 do CTN, houve a redução correlata.

Nesses moldes, considero correta a redução de percentual aplicada pela 2ª JF.

Realizada a análise do apelo estatal, passo ao exame do Recurso Voluntário.

O cerne da irresignação do Contribuinte é a modificação da imputação lançada na infração 4. Quer a empresa que seja considerada a multa prevista no inciso XV, alínea 'd' do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, ao invés do inciso XII do mesmo artigo, eis que já foi assim lançada em outros Autos de Infração.

Pois bem. Em que pese os argumentos recursais, entendo que não merece guarida.

Entendo que a capitulação legal do inciso XII do artigo 42 é específica para os fatos apurados pela fiscalização, não sendo caso de alteração da indicação da penalidade, que é genérica e residual.

Entretanto, diante das circunstâncias do caso, entendo cabível a redução da multa com base no artigo 158 do RPAF/BA.

Primeiramente, trata-se de multa acessória e que não houve falta de recolhimento de imposto. Ademais, devido à natureza das mercadorias comercializadas pela empresa, postes para a Coelba, como também o próprio histórico da empresa, consoante se depreende da lista de pagamentos de ICMS jungido aos autos pela própria fiscalização, onde se constata o recolhimento regular do ICMS durante 2011 e 2012, refuto cabível a redução da multa em 50%, passando a cobrar a infração 4, o valor de R\$59.326,86, conforme demonstrativo abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	BASE CALCULO	1%	VLR JULGADO-JJF (R\$)	VLR JULGADO-CJF (R\$)
31/01/2011	561.835,36	0,01	5.618,35	2.809,18
28/02/2011	599.683,00	0,01	5.996,83	2.998,42
31/03/2011	924.856,80	0,01	9.248,57	4.624,28
30/04/2011	489.505,79	0,01	4.895,06	2.447,53
31/05/2011	537.250,21	0,01	5.372,50	2.686,25
30/06/2011	188.894,37	0,01	1.888,94	944,47
31/07/2011	158.393,63	0,01	1.583,94	791,97
31/08/2011	530.055,43	0,01	5.300,55	2.650,27
30/09/2011	234.774,35	0,01	2.347,74	1.173,87
31/10/2011	219.760,92	0,01	2.197,61	1.098,81
30/11/2011	25.236,31	0,01	252,36	126,18
31/12/2011	1.015.314,57	0,01	10.153,15	5.076,57
Total de 2011			54.855,60	27.427,80
31/01/2012	922.254,58	0,01	9.222,55	4.611,28
28/02/2012	854.871,87	0,01	8.548,72	4.274,36
31/03/2012	351.024,51	0,01	3.510,25	1.755,12
30/04/2012	599.658,24	0,01	5.996,58	2.998,29
31/05/2012	391.635,35	0,01	3.916,35	1.958,18
30/06/2012	755.378,59	0,01	7.553,79	3.766,89
31/07/2012	987.864,87	0,01	9.878,65	4.939,33
31/08/2012	497.039,61	0,01	4.970,40	2.485,20
30/09/2012	165.188,08	0,01	1.651,88	825,94
31/10/2012	272.111,54	0,01	2.721,12	1.360,56
30/11/2012	507.264,21	0,01	5.072,64	2.536,32
31/12/2012	75.519,38	0,01	755,19	377,59
Total de 2012			63.798,12	31.889,06

Aliais, vejo que a fiscalização não restou embaraçada em proceder outras auditorias fiscais, uma vez que foram apresentados os livros de Entrada e de Saída, bem como o de apuração. Também relembro que empresas desse ramo guardam em seus estoques, mercadorias já vendidas à Coelba, que só recebem mediante a emissão de nota fiscal e rigoroso acompanhamento da produção e envio da mesma, por força do seu ciclo operacional.

Assim, julgo a infração 4 Procedente, fazendo a redução em 50% do valor julgado em Primeira Instância.

Pelo tudo quanto acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir em 50% o valor julgado pela 2ª JF, para cobrar a quantia de R\$59.326,86.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **298576.0009/15-2**, lavrado contra **ROCHA & LEITE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.855,97**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$59.326,86**, prevista no inciso XII, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios, conforme norma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL - RELATOR

JOSÈ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS