

A. I. Nº - 269194.0065/16-1
AUTUADO - PARANAPANEMA S/A
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOZA DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 05.04.2017

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0025-01/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS CONTEMPLADAS COM BENEFÍCIO FISCAL Não acolhida a arguição preliminar de nulidade. Os equívocos quanto à capitulação legal dos fatos, neste caso, não constituíram cerceamento de defesa, pois a descrição das situações verificadas foi feita de forma satisfatória. No mérito, o sujeito passivo recebeu em operações de transferências de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75 e não promoveu corretamente o estorno de crédito devido consoante determinação expressa do Decreto nº 14.213 de 22/11/2012. Infração não elidida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Infração reconhecida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA DE 1% DO VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infrações parcialmente subsistentes. Autuado elide a autuação parcialmente ao apresentar elementos que comprovam as suas alegações. Autuante de forma escorreita acatou, em parte, as alegações defensivas. 4. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Ajustes efetuados pelo autuante em novo demonstrativo de débito reduz valor do imposto reclamado. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a arguição preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/06/2016, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$7.751.266,89, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1.“O contribuinte deixou de efetuar o estorno do crédito fiscal de ICMS referente ao serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento, oriunda de contribuinte industrial que goza de incentivo fiscal concedido por este estado, quando se verificar que o valor do imposto creditado é maior que o do imposto debitado. Obtendo-se o valor do estorno da diferença entre ambos e considerando as operações de entrada e da saída subsequente da mesma mercadoria – Com repercussão. Mercadoria entrada no estabelecimento da autuada provenientes de empresas atacadistas dos estados de MG e ES, que, segundo o decreto 14.213/2012, anexo único, o crédito permitido é limitado a 3 ou 1% do valor da base de cálculo da operação de entrada a depender do

estado de origem. Ocorre que a autuada não fez o devido estorno ou o fez a menor.” ICMS exigido no valor de R\$6.163.605,99. Período de ocorrência: dezembro de 2012, janeiro a outubro de 2013;

2. Utilizou alíquota indevida (interstadual) em operações cuja entrega efetiva das mercadorias ocorreu em estabelecimento localizado dentro do Estado da Bahia, nos meses de outubro de 2012, maio e junho de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$21.032,30, acrescido da multa de 60%;

3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$180.987,23, correspondente ao percentual de 1% do valor comercial das mercadorias. Consta se tratar de Notas Fiscais eletrônicas sem o devido registro na escrita fiscal – EFD;

4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$244.928,22, correspondente ao percentual de 1% do valor comercial das mercadorias. Consta se tratar de Notas Fiscais eletrônicas sem o devido registro na escrita fiscal – EFD;

5. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.140.713,15, acrescido da multa de 60%. Consta que se trata, na sua maioria, de operações de remessa para conserto ou para industrialização sem comprovação do retorno. Além dessas, existem também algumas saídas sem tributação não previstas na legislação baiana.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 107 a 135 - volume I). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos. Registra que reconheceu a infração 2, inclusive efetuando o pagamento do valor do débito reconhecido, conforme comprovante que anexa (Doc. 03). Quanto às demais infrações sustenta que a autuação se revela manifestamente improcedente.

No que tange à infração 1, argui preliminarmente a nulidade do lançamento por incorreto enquadramento da infração e penalidade. Alega que, com base na descrição da infração, o autuante enquadrou a suposta infração no art. 312, V, do RICMS/2012, que trata da obrigatoriedade do estorno de crédito em aquisições de contribuinte industrial que tenha obtido aprovação técnica para fruição de incentivo fiscal concedido por este Estado. Reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Salienta que há contradição entre a própria descrição da conduta e o dispositivo legal tido por infringido, não ficando claro se a glosa dos créditos se refere às aquisições de dentro ou de fora do Estado. Afirma que esta imprecisão ou incerteza quanto ao fato tributável demonstra, de logo, o equívoco e nulidade do lançamento neste ponto. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 39, III, V, “a” e “b”, e 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo (RPAF), aprovado pelo Decreto 7.629/99.

Conclui requerendo que seja declarada a nulidade deste item da autuação, já que não ficou clara a origem dos créditos autuados, bem como o fundamento legal da autuação, esclarecendo que irá tecer as suas considerações de defesa considerando exclusivamente o demonstrativo anexado ao Auto de Infração, onde constam relacionadas notas fiscais que acobertaram aquisições interestaduais.

No mérito, sustenta o impugnante a improcedência da infração 1. Consigna que na descrição da conduta o autuante explicitou que deu entrada de mercadorias provenientes de empresas atacadistas dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, em relação às quais, segundo o Decreto nº 14.213/2012 no seu anexo único, o crédito permitido é limitado a 3% ou 1% do valor da base de cálculo da operação de entrada, a depender do Estado de origem.

Diz que disto se conclui que o lançamento exige crédito tributário decorrente de suposto creditamento indevido de ICMS destacado nas notas fiscais de aquisições de mercadorias recebidas de estabelecimentos localizados em Minas Gerais e Espírito Santo, os quais se beneficiaram de crédito presumido concedido por normas daqueles Estados.

Assevera que a glosa perpetrada pela Fiscalização do Estado da Bahia, todavia, não merece subsistir porque a utilização do crédito foi realizada em estrita observância ao princípio constitucional da não-cumulatividade.

Observa que disciplinando o princípio da não-cumulatividade do ICMS, o art. 155, §2º, I, da Constituição Federal e o art. 19 da Lei Complementar 87/96, determinam que o ICMS será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Ressalta que, por esta razão, fundamental a determinação do sentido da palavra cobrado constante do texto constitucional. Registra que a doutrina estabelece diferenciação clara entre imposto cobrado e pago. Neste sentido, reproduz lição de Cléber Giardino.

Alega que o imposto devido é efetivamente o débito lançado em documento fiscal, o qual após a compensação com os créditos escriturais e outros créditos porventura concedidos pela legislação, resultará no imposto apurado e, por fim, pago em dinheiro após a liquidação com créditos escriturais. Ou seja, o imposto incidente é o imposto efetivamente destacado no documento fiscal, o qual reflete o aspecto quantitativo da relação obrigacional tributária surgida com a realização de operação relativa à circulação de mercadoria.

Afirma que o direito ao crédito decorrente do princípio da não-cumulatividade é pleno e não pode sofrer limitações não previstas no texto constitucional, de modo que, havendo incidência anterior, assegura-se ao destinatário o direito à compensação do valor destacado nas etapas que antecedem as suas operações.

Salienta que as únicas restrições ao princípio da não-cumulatividade previstas na Constituição Federal em relação ao ICMS são isenção e não-incidência, em relação às quais há a anulação do crédito.

Frisa que, no caso em análise, os créditos decorrem de operações tributadas, sobre as quais houve incidência do imposto, não havendo qualquer restrição constitucional à escrituração e aproveitamento dos créditos para compensação com débitos relativos a operações seguintes. Ou seja, o direito ao crédito do destinatário resguardado pelo princípio da não-cumulatividade independe do efetivo recolhimento do tributo na origem. Seja o saldo devedor não recolhido ou mesmo parcelado, estas circunstâncias não afetarão o direito ao crédito de terceiro de boa-fé que arcou com o imposto destacado no documento fiscal, efetuando ainda o pagamento do valor integral da operação.

Consigna que, diante de tais constatações, causa surpresa a autuação perpetrada pelo Estado da Bahia, fundamentada no Decreto nº 14.213/2012, o qual no § 1º do seu art. 2º estabelece que “*O crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no anexo único deste Decreto*”.

Acrescenta que, não bastasse a ofensa ao princípio da não-cumulatividade, de acordo com a própria Constituição Federal (art. 155, § 2, IV, da CF/88), as alíquotas das operações interestaduais foram fixadas pelo Senado através da Resolução nº 22/1989, nos percentuais de 7% e 12%, a depender da sua origem e destino, razão pela qual as alíquotas de 1% e 3% aplicadas pela Fiscalização são desprovidas de amparo legal.

Diz que, decorrendo este elemento do aspecto quantitativo da própria Constituição Federal, é incompatível com ela a previsão da legislação que determine o crédito mediante alíquota diferenciada, como a verificada no caso concreto.

Prosseguindo, reporta-se sobre a existência de decisões judiciais retirando a presunção de constitucionalidade das normas dos Estados de origem que concederam os incentivos questionados.

Ressalta que as normas instituidoras dos benefícios de crédito presumido usufruídos pelos remetentes das mercadorias não tiveram a sua constitucionalidade questionada pelo Estado da Bahia no Supremo Tribunal Federal, o qual poderia fazê-lo por meio do instrumento processual próprio - Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Observa que a Constituição Federal estabelece em seu artigo 2º, como princípio fundamental do Estado Brasileiro, a separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Cabe ao Poder Judiciário e, especificamente, ao Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição, julgar a constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual.

Diz que, no caso em apreço, apesar de não ter sido declarada a inconstitucionalidade dos Decretos dos Estados remetentes, o autuante considerou que as referidas normas seriam inconstitucionais, procedendo a glosa de valores que entendeu não teriam sido cobrados pelos Estados de origem. Acrescenta que, ao agir desta forma, o autuante fundamentou-se exclusivamente no Anexo Único do Decreto nº 14.213/2012, exigindo imposto supostamente não cobrado dos estabelecimentos remetentes das mercadorias.

Alega que a glosa unilateral de créditos de ICMS afronta também os princípios da tripartição de Poderes e da presunção de legalidade das normas jurídicas. Acrescenta que a declaração de inconstitucionalidade da norma estadual que concede incentivo fiscal sem observância dos critérios estabelecidos na Lei Complementar nº 24/75 é fundamento indispensável para a glosa de créditos pelo Estado de destino.

Afirma que a glosa procedida configura-se como verdadeira autotutela, onde o Estado da Bahia, considerando-se prejudicado pela legislação vigente e legitimamente instituída por outro Estado da Federação, defende-se através de procedimentos não amparados pela Constituição.

Registra que, nesse sentido e diante da ocorrência de múltiplas situações como a ora tratada, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a repercussão geral da matéria em análise, a ser apreciada no julgamento do RE nº 628.075, cuja ementa reproduz. Invoca, ainda, no mesmo sentido, decisões proferidas pela Exma. Min. Ellen Gracie e Rosa Weber, transcrevendo excertos dos votos. Acrescenta que, em caso em específico, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, ainda que o crédito presumido concedido na origem seja inconstitucional e contrarie a Lei Complementar nº 24/1975, a glosa do crédito pelo Estado de destino não é permitida pelo ordenamento. Observa que este mesmo posicionamento tem adotado o Superior Tribunal de Justiça, conforme decisões cujos excertos dos votos reproduz.

Conclui que, dessa forma, é inequívoca a impossibilidade de glosa de crédito pelo Estado destinatário, sob o fundamento de inconstitucionalidade de incentivo fiscal concedido unilateralmente pelo Estado de origem.

Continuando, reporta-se sobre o Convênio ICMS 42/2016 e a convalidação de benefícios sem a aprovação do CONFAZ.

Consigna que, além de toda a argumentação acima expendida, faz-se necessário apontar recente alteração nas normas do CONFAZ procedida pelo Convênio ICMS 42/2016, segundo o qual os Estados ficam autorizados a condicionar a fruição de incentivos e benefícios fiscais ou financeiros ao depósito, pelas empresas beneficiárias, de montante equivalente a, no mínimo, 10% do valor do benefício, em “fundo de equilíbrio fiscal”. Alternativamente, ficam os Estados autorizados a reduzir o montante dos referidos benefícios em igual proporção.

Alega que, como a referida norma não indica os benefícios fiscais atingidos pela condição por ela imposta, criando requisitos pretensamente aplicáveis a qualquer incentivo fiscal/financeiro, inclusive aqueles concedidos unilateralmente pelos Estados, interpreta-se que indiretamente o CONFAZ, ao editar o Convênio ICMS 42/2016, convalidou tacitamente todos os programas de

incentivos concedidos unilateralmente pelos Estados, inclusive aqueles instituídos por Minas Gerais e Espírito Santo, rechaçados através da autuação fiscal ora combatida.

Conclui requerendo a improcedência deste item da autuação.

No que concerne às infrações 3 e 4, consigna o seu inconformismo conjuntamente. Alega ausência de obrigatoriedade para que tenha que controlar notas fiscais emitidas contra seu nome antes de 01/01/2016.

Afirma que a imensa maioria das Notas Fiscais arroladas na autuação não foi escriturada tempestivamente pelo fato das operações não terem sido concretizadas, razão pela qual são objeto da presente irresignação, por entender ter procedido em completa observância à legislação do ICMS, já que não havia obrigatoriedade de checagem e aceite/não aceite de notas fiscais no período autuado, de forma que a autuação fiscal se revela manifestamente improcedente.

Diz que no período autuado não havia a obrigatoriedade de os contribuintes conferirem as notas fiscais eletrônicas emitidas a seu favor, promovendo o “aceite” ou “não aceite” das mesmas, a qual foi instituída apenas a partir de 01/01/2016, com a alteração ao RICMS promovida pelo Decreto nº 16.434, como se vê da leitura do art. 89, § 17, cujo teor reproduz.

Sustenta que, dessa forma, não estava obrigado a controlar as notas fiscais contra si emitidas e promover o “não aceite” das mesmas, até porque não havia sistema do Fisco nem da empresa hábeis para efetuar tal verificação e controle. Ou seja, havia total impossibilidade técnica de promover a conferência de todas as notas que foram emitidas em seu nome como destinatário.

Alega a impossibilidade de localização de justificativas para a não escrituração de mais de 1500 notas fiscais, emitidas a quatro anos atrás, quando não lhe era obrigatório realizar tal controle. Explica: na maioria das hipóteses sequer tinha conhecimento de notas fiscais que foram emitidas em seu nome, por fatores diversos, seja porque as operações não chegaram a se concretizar, seja porque as notas fiscais foram canceladas, ou por diversos outros motivos fáticos que fogem absolutamente ao seu controle.

Assevera que, desse modo, não pode subsistir autuação fundamentada em obrigação acessória que não existia na época dos respetivos fatos geradores. Acrescenta que é vedado aos Auditores Fiscais promoverem autuações fundamentadas em tentativa de retroatividade de norma instituidora de obrigação acessória que não existia nos períodos autuados.

Registra o seu protesto contra o tipo de autuação verificada, expondo a imensa dificuldade de, até quatro anos depois, localizar justificativas para a falta de escrituração de notas fiscais, conduta esta, ressalta, que, mesmo caracterizada, nenhum prejuízo causa ao erário.

Frisa que, mesmo ciente da não obrigação de conferência e não aceite das notas fiscais nos períodos autuados, imbuído da boa-fé que sempre demonstra em sua relação com o fisco, pôs-se a tentar identificar justificativas para o não recebimento das notas fiscais autuadas, na tentativa de regularizar algo que nem é de sua responsabilidade.

Esclarece que, nesse sentido, buscou os fornecedores que emitiram as notas fiscais autuadas, a fim de solicitar-lhes evidências de que as respectivas operações comerciais não aconteceram.

Observa que muitas de tais tentativas foram infrutíferas, seja porque existem empresas que já encerraram suas atividades, outras que se recusam a emitir documentos pois temem causar algum problema com a fiscalização, e tantas outras que possuem problemas administrativos, como mudança da contabilidade, de interna para externa, alterações de sistemas operacionais, etc.

Acrescenta que, além disso, existem antigos fornecedores com muitos dos quais não mais mantém contatos comerciais, e ainda diversos fornecedores que não podem ou não se dispõem a gastar seu tempo pesquisando tais justificativas/documentos para terceiros.

Diz que, dessa forma, e pelos fatores enumerados, mostra-se impossível, mesmo envidando todos os seus esforços, conseguir justificar a totalidade das notas fiscais autuadas.

Ressalta que a partir da instituição de instrumentos como o SINTEGRA, Escrituração Fiscal Digital e Nota Fiscal Eletrônica, os Auditores Fiscais passaram a realizar fiscalizações “virtuais”, como a ora combatida, apenas cruzando as informações entre os emitentes e destinatários de notas fiscais. Diz que simplesmente cruzando notas emitidas por determinado contribuinte com a escrituração fiscal do destinatário, identificam documentos que supostamente não estão registrados na escrita fiscal e de forma simplória autuam, injustamente, as empresas destinatárias em questão, como na situação em análise.

Conclui que exposta claramente a sua não obrigação de controlar notas fiscais emitidas contra o seu nome antes de 2016, passa a demonstrar minuciosamente as justificativas já identificadas para a não escrituração das notas fiscais indicadas nas infrações 3 e 4, as quais localizou em razão dos seus esforços e da sua boa-fé.

No tocante à infração 3, consigna que, após muita dificuldade e mobilização de inúmeros colaboradores de diferentes setores, conseguiu apurar que parte das Notas Fiscais autuadas não foi escriturada em razão de (i) mercadorias terem sido objeto de devolução/retorno, (ii) operações não terem sido efetivadas, tendo ocorrido a sua anulação, (iii) notas fiscais escrituradas com CNPJ incorreto, (iv) nota fiscal escriturada com número incorreto, o que evidencia a inocorrência de infração à legislação tributária.

Reporta-se sobre cada item conforme abaixo:

- Mercadorias devolvidas. Diz que identificou que dentre os documentos fiscais listados constam Notas Fiscais cujas mercadorias nelas indicadas foram devolvidas, fato provavelmente desconhecidos pelo autuante. Afirma que a devolução/retorno das mercadorias pode ser comprovada a partir da análise do demonstrativo e das notas fiscais de entrada emitidas pelos respectivos fornecedores (Doc. 04).

Aduz que, a partir disso, verifica-se que as mercadorias não ingressaram no estabelecimento, não havendo, neste caso, a obrigação de serem escrituradas as notas fiscais, portanto, não cabendo a incidência da multa descrita nesta infração em relação às Notas Fiscais listadas;

- Notas Fiscais emitidas equivocadamente e posteriormente anuladas pelos emitentes. Operações não efetivadas. Diz que verificou dentre as notas fiscais autuadas, algumas que foram emitidas equivocadamente pelos seus emitentes, os quais posteriormente anularam os citados documentos, no caso as Notas Fiscais nºs 333, 334, 1233, 1294, 1295, 1308, 1309, 1265, 11520, 1191, 1490, 1908 e 3746, conforme tabela que apresenta.

Alega que, justamente por conta da emissão indevida, tais notas sequer chegaram ao seu conhecimento, não devendo haver, portanto, exigência de sua escrituração. Acrescenta que, comprovando o alegado, anexou declarações dos fornecedores atestando a não efetivação dos negócios, bem como a adoção de providências de regularização (Doc. 05).

Conclui que em relação aos documentos fiscais acima relacionados deve ser afastada a multa imposta, tendo em vista que as mercadorias indicadas nos documentos listados não circularam, não ingressaram no seu estabelecimento, portanto, jamais poderia ter escriturado as correlatas Notas Fiscais.

- Notas Fiscais escrituradas com CNPJ de outro estabelecimento do remetente. Diz que identificou algumas notas fiscais que, por equívoco, foram escrituradas com indicação de CNPJ de outro estabelecimento da empresa remetente, no caso as Notas Fiscais eletrônicas nºs 5462, 9341, 5738, 14678, 5288, 14625, 5559, 16639 e 8069.

Assegura que referidas notas fiscais foram devidamente escrituradas, conforme mostram os *prints* de telas do programa SPED Fiscal anexados (Doc 06). Observa que a relação entre tais escriturações e as notas autuadas pode ser evidenciada através dos dados registrados no SPED, tais como chave de acesso, número da nota, valor, nome do fornecedor, etc.

Conclui que, dessa forma, os documentos acima listados também devem ser excluídos da autuação, tendo em vista a comprovação de sua escrituração;

- Nota Fiscal escriturada com número incorreto. Diz que identificou a Nota Fiscal nº 17943, que foi escriturada por equívoco, como se fosse de nº 103925. Acrescenta que tal equívoco pode ser comprovado mediante análise do lançamento do documento no livro Registro de Entradas (Doc. 07), onde constam dados da nota autuada, como valores, CNPJ do fornecedor, data do documento, etc.

Conclui que, também em relação ao documento fiscal acima relacionado, deve ser afastada a multa imposta nesta infração.

Registra que, apesar da legislação não trazer a obrigatoriedade de não aceite de notas fiscais para períodos anteriores a 01/01/2016, aliado ao fato da impossibilidade de efetuar tal controle, nos períodos autuados, continuará pesquisando e tentando levantar as justificativas para a não escrituração das demais notas fiscais autuadas, com vistas a demonstrar a sua boa-fé, protestando de logo pela juntada posterior de documentos.

Quanto à infração 4, afirma que não houve cometimento de infração no que se refere a grande parte das Notas Fiscais autuadas, tendo em vista que diversas das Notas Fiscais citadas neste item da autuação referiram-se a mercadorias devolvidas/retornadas.

Assinala que, da mesma forma verificada na infração 3, também dentro da infração 4 foram identificadas notas fiscais cujas mercadorias nelas indicadas foram devolvidas/retornaram ao estabelecimento remetente, fato provavelmente desconhecidos pelo autuante.

Salienta que a devolução/retorno das mercadorias pode ser comprovada a partir da análise do demonstrativo e das notas fiscais de entrada emitidas pelos respectivos fornecedores (Doc. 08).

Afirma que, a partir disso, verifica-se que as mercadorias não ingressaram no estabelecimento, não havendo, neste caso, a obrigação de serem escrituradas as notas sob exame, não cabendo, por conseguinte, a incidência da multa descrita na Infração 04 do Auto de Infração em relação às Notas Fiscais listadas.

Conclui que, em relação aos documentos fiscais acima referidos deve ser afastada a multa imposta, tendo em vista que as mercadorias indicadas nos documentos listados não ingressaram no seu estabelecimento, portanto, jamais poderia ter escriturado as correlatas Notas Fiscais.

Registra que, apesar da legislação não trazer a obrigatoriedade de não aceite de notas fiscais para períodos anteriores a 01/01/2016, aliado ao fato da impossibilidade de efetuar tal controle, nos períodos autuados, continuará pesquisando e tentando levantar as justificativas para a não escrituração das demais notas fiscais autuadas, com vistas a demonstrar a sua boa-fé, protestando de logo pela juntada posterior de documentos.

Prosseguindo, diz que demonstrada a insubsistência da autuação em relação à imensa maioria das Notas Fiscais autuadas através das infrações 3 e 4, informa que continua tentando localizar as justificativas para a não escrituração dos demais documentos fiscais, ao tempo em que requer o cancelamento ou a redução da multa imposta através do Auto de Infração em lide.

Frisa que tal cancelamento/redução da multa mostra-se plausível, tendo em vista que não agiu com dolo, má fé ou simulação e que a falta de registro das notas fiscais não implicou em qualquer prejuízo ao erário, pois não acarretou falta de recolhimento de imposto. Acrescenta que, nessa esteira, verifica-se que a legislação do ICMS do Estado da Bahia permite ao CONSEF a redução ou cancelamento da multa, conforme o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, cuja redação transcreve.

Registra que o CONSEF vem aplicando o dispositivo em tela em situações semelhantes à ora analisada, cancelando ou reduzindo penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, como se vê a partir da leitura das ementas que reproduz atinentes aos Acórdãos nºs CJF Nº 0250-11/10, CJF Nº 0188-12/08, CJF Nº 0433-13/13, ACÓRDÃO CJF Nº 0228-11/02, (ACÓRDÃO CJF Nº 0098-11/05. Transcreve ainda trecho de voto proferido em situação idêntica à ora tratada, onde o CONSEF,

abalizado pela Procuradoria do Estado, entendeu pela redução da penalidade imposta pela falta de escrituração de entradas de mercadorias para 5% do valor da multa inicialmente imposta. Não indica o número do Acórdão.

Conclui requerendo em relação à parte das Notas Fiscais autuadas cuja justificativa para a escrituração não foi identificada, o cancelamento ou redução da multa imposta, tendo em vista o atendimento das condições impostas pelo § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

No respeitante à infração 5, consigna que, analisando as notas fiscais autuadas, concentrou-se em tentar localizar as notas fiscais de retorno de conserto e de industrialização.

Assinala que, após envidar todos os esforços e mobilizar diversos setores, conseguiu identificar diversas notas de retorno de conserto/manutenção, as quais se encontram anexadas (Doc. 09), juntamente com o correlato demonstrativo, e elidem grande parte da autuação.

Acrescenta que localizou a Nota Fiscal nº 20622, emitida para acobertar a venda de sucata para a empresa Croma Reciclagem e Comércio de Metais Ltda., operação esta que goza de diferimento do ICMS, conforme previsão do art. 268, XVI, do RICMS/2012, cujo teor transcreve.

Salienta que a não tributação desta operação pode ser comprovada mediante análise da cópia da nota fiscal, onde consta a informação do diferimento no campo “dados adicionais”, bem como da Habilitação do destinatário para operar no regime de diferimento (Doc. 10).

Registra que localizou diversas notas fiscais, no caso as Notas Fiscais nºs 113842, 113848, 113999, 114001, 114003, 114110, 114150, 114244, 114276, 114356, 114357, 114358, 114426 e 194848, que, segundo diz, acobertaram operações de venda à ordem.

Observa que nestas operações, foi comercializado ácido sulfúrico para a empresa Anglogold Ashanti Corrego, localizada em Minas Gerais, sendo as mercadorias entregues na Suzano Papel e Celulose, localizada na Bahia. Acrescenta que as operações com ácido sulfúrico destinadas à Suzano são acobertadas por diferimento do ICMS, conforme art. 2º, III, “d” e XXVIII, do Decreto nº 6.734/97. Diz que para comprovar o alegado apresenta cópias de algumas das notas fiscais citadas, por amostragem (Doc. 11). Informa que muitas das operações autuadas não configuraram fatos geradores do ICMS, por tratar-se de movimentação de bens de sua propriedade.

Alega que, além disso, em relação a diversas remessas para conserto, o retorno dos equipamentos/peças se deu acobertado apenas por notas fiscais de serviço.

Conclui consignando que continua tentando localizar documentos comprobatórios da improcedência da infração, razão pela qual, pugna pela juntada posterior de documentos.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- preliminarmente, o reconhecimento da nulidade da infração 1, tendo em vista o equívoco na descrição da infração e no seu enquadramento legal e a decorrente impossibilidade de determinação, com segurança, do cometimento e natureza da infração;
- a improcedência das infrações 1, 3, 4 e 5;
- quanto à infração 2, cujo cometimento restou reconhecido, a homologação do pagamento efetuado;
- a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligências fiscais para constatação dos fatos alegados e análise dos documentos colacionados, nos termos dos artigos 123, § 3º e 145 do Decreto nº 7.629/99 [RPAF/99];
- que todas as publicações e intimações relativas ao presente feito sejam realizadas em nome dos patronos da causa, no endereço Av. Tancredo Neves, 1632, Torre Sul, Cjs. 2205/2212, Caminho das Árvores, Salvador – BA, CEP 41820-020.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 466 a 474 - volume II). Consigna que não vê motivos para nulidade da infração 1. Observa que a 2ª parte do enquadramento “*Mercadoria entrada no*

estabelecimento da autuada provenientes de empresas atacadistas dos estados de MG e ES, que, segundo decreto 14.213/2012, anexo único, o crédito permitido é limitado a 3 ou 1% do valor da base de cálculo da operação de entrada a depender do estado de origem. Ocorre que a autuada ou não fez o devido estorno ou o fez a menor.” não deixa dúvidas de tratar-se de operações de mercadorias provenientes dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, oriundas de estabelecimentos atacadistas com crédito utilizado a maior pelo autuado em seus registros fiscais, já que o creditamento permitido estaria limitado aos percentuais já indicados.

Diz que, assim sendo, o autuado teria dois caminhos, i.e., ou utilizaria somente a parte do crédito baseado nos percentuais de 1% e 3% previstos no Decreto nº 14.213/2012, ou lançaria o valor total do crédito pelas entradas e depois procederia ao necessário estorno do valor excedente.

Ressalta que, mesmo que tenha havido alguma margem de dúvidas na primeira parte do dispositivo legal infringido, a infração claramente é de crédito indevido (a maior) por entradas interestaduais de sucata com utilização de crédito a maior que o permitido pelo referido Decreto, onde a multa tipificada será sempre a mesma, ou seja, no percentual de 60%.

Observa que o próprio RPAF, no art. 18, § 1º e, principalmente, no art. 19 evidencia que não acarreta nulidade da infração erro de indicação quando da descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Afirma que os demonstrativos anexados a esta infração – folhas 16 a 29 do PAF – também demonstram que houve entradas de sucata de cobre dos estados já citados acima, com CFOP próprio de operações interestaduais de entradas, com CNPJ descriminado, ou seja, todos os elementos necessários ao entendimento e julgamento da procedência ou não da infração estão presentes neste PAF.

Assinala que o Decreto nº 14.213/2012, produziu efeitos a partir de 01/12/2012, entretanto, o autuado, de início, não procedera aos devidos estornos de crédito (ou uso apenas do percentual permitido deste crédito), por isso a autuação restringiu-se ao período de dezembro de 2012 a outubro de 2013. Acrescenta que, a partir de novembro de 2013, o autuado percebendo a restrição quanto ao uso destes créditos, conforme estabelecido pelo referido Decreto, passou a adotar os estornos devidos, regularizando a situação. Aponta os lançamentos constantes do livro de apuração de ICMS – SPED Fiscal anexado.

Assim, como a empresa passou a estornar o valor indevido dos créditos, subtende-se sua concordância e resta ainda mais fortalecido o acerto e consequente procedência desta infração. Acrescenta que, além do argumento de nulidade desta infração trazida preliminarmente, o autuado pugna pela improcedência em face de argumentos de âmbito constitucional, mormente o princípio da não cumulatividade que, segundo sua ótica estaria sendo descumprido, carreando algumas decisões de tribunais judiciários superiores.

Salienta que não cabe a Fiscalização análise dessa natureza em virtude de obediência à legislação baiana. Observa que, tendo o referido Decreto nº 14.213/2012 sido emanado da autoridade máxima do Poder Executivo estadual, e, em observância ao art.167, III, do RPAF/BA, é a esta instância legislativa que está atrelado.

Conclui mantendo integralmente este item da autuação.

Quanto às infrações 3 e 4, registra que os emitentes são os mais diversos possíveis, tais como Airlet Equipamentos de ar comprimido Ltda., Intermarítima Portos e Logística S/A, ADDN Assistência Técnica Comércio e Industria Ltda., Sapore S.A, São Marco Indústria e Comércio Ltda., CDPC – Centro de Distribuição de Produtos de Cobre Ltda., e o próprio estabelecimento matriz de sua empresa, a Braskem UNIB com CNPJ 42.150.391/0001-70.

Ressalta que muitos dos emitentes que constam dos demonstrativos referentes a essas duas infrações têm operações corriqueiras com o autuado, por isso as operações acobertadas pelas notas fiscais eletrônicas referidas nestas infrações deveriam ser do seu conhecimento.

Observa que, assim sendo, somente serão aceitas as justificativas do autuado quando houver a devida comprovação de que a mercadoria não foi a ele destinada ou a nota fiscal eletrônica foi cancelada ou outra razão plausível neste sentido.

Diz que analisando as informações concretas trazidas pela impugnante, tem o seguinte:

- para as Notas Fiscais eletrônicas nºs 5462, 9341, 5738, 14678, 5288, 14625, 5559, 16639 e 8069, cuja escrituração procura demonstrar a impugnante em seu anexo – Doc 06 – não há coincidência com as operações objeto de autuação, conforme explica:
 - a Nota Fiscal nº 5462 constante do demonstrativo da autuação – folha 41 do PAF – apresenta valor da mercadoria R\$ 8.369,18 e ICMS de R\$ 836,88, enquanto na tela – folha 361 do PAF – os valores são R\$12.549,40 e R\$ 0, respectivamente. Além do mais as chaves de acesso não coincidem já que a do demonstrativo é 29120416487878000303550020000054621701306621 e a da tela 29120416487878000133550020000054621701306621;
 - a Nota Fiscal nº 9341 apresenta divergência na chave, base de cálculo de ICMS e o próprio ICMS, conforme demonstrativo da autuação – fl. 47 – e tela apresentada na defesa – fl. 362;
 - para as demais Notas Fiscais ns 5738, 14678, 5288, 14625, 5559, 16639 e 8069, foram verificadas as mesmas divergências no número da chave, base de cálculo e valor do ICMS e, em alguns casos, também o valor da mercadoria;
 - diz que, dessa forma, para o Doc 06, acostado pelo impugnante, os seus argumentos não foram acatados;
 - para a NFe nº 17943 do demonstrativo da autuação, também os argumentos não foram aceitos, visto que a data não coincide com o informado pelo autuado na folha 371 do PAF e, principalmente, porque as chaves também são diferentes: 33120711216331000180550010000179431583627850 para o demonstrativo da autuação e 33120711216331000180550000001039254583627850 para a NF n. 103925 indicada pelo autuado.

Consigna que o autuado alega, através de tabela – folha 125 do PAF –, a anulação das notas fiscais pelos remetentes por terem sido emitidas equivocadamente e acosta declarações (Doc. 05) de fornecedores no sentido de que as mercadorias constante das notas não teriam circulado.

Sobre as alegações defensivas apresenta a seguinte análise, caso a caso:

- NFe nºs 333 e 334 - Declaração da KO-Metal Ind e Com de metais Ltda. com indicação de que operações não teriam ocorrido e tais notas teriam sido substituídas pela NFe 338 de 29/03/12. Diz que esta presumida nota fiscal substituta não faz qualquer referência às anteriores, podendo, em análise objetiva, ter sido apenas outra operação. Em face disso, não acata os argumentos defensivos neste particular;
- NFe nºs 1233, 1294, 1295, 1308 e 1309 - Declaração da Adcar Com de Metais Ltda de que operações não ocorreram sem apresentar qualquer outra justificativa. Argumentos não aceitos;
- NFe nº 1265 - Declaração da Renovar Reciclagem de Materiais Ltda., também sem outra justificativa. Argumentos não aceitos;
- NFe 11520 - Declaração da Vamtec Vitória S/A e cópia da NFe nº 23949. A NFe nº 11520 foi emitida em 11/04/13 e a NFe nº 23949 em 21/06/16 referindo-se em seu corpo à devolução da NFe 11520. Ocorre que a emissão desta teria ocorrido após início de ação fiscal, ainda mais, a partir da lavratura do Auto de Infração. Entende não caber razão aos argumentos defensivos;
- NFe nº 1191 e 1490 - Declaração da Koprump Ind e Com Ltda também sem outra justificativa. Argumentos não aceitos;
- NFe nº 1908 e 3746 - Declaração da Reciclar Ind e Com de Metais Ltda. e cópia das NFe 27722 e 27723. Estas duas notas foram emitidas em 16/06/16 referindo-se em seu corpo à devolução das NFes

nºs 1908 e 3746. Ocorre que a emissão destas teria ocorrido após início de ação fiscal. Entende não caber razão aos argumentos defensivos.

Salienta que o autuado apresenta uma série de notas fiscais eletrônicas em seu “Doc. 04” com o fito de elidir a imposição da multa incidente sobre as operações constantes da infração 3.

Apresenta análise sobre os argumentos defensivos conforme abaixo:

- NFe nº 1891: Operação desfeita pelo fornecedor através da NFe 4684. Diz que este caso parece coerente, inclusive pela proximidade entre as datas. Argumento acatado para essa nota fiscal. Acrescenta que o mesmo entendimento vale para as Notas Fiscais nº.s 48647, 204, 201, 198, 245, 254, 250, 276, 268, 289, 296, 309, 311, 314, 329, 332, 340, 343, 348, 344, 354, 323, 353, 363, 364, 371, 368, 376, 385, 386, 391, 388, 401, 393, 414, 419, 424, 432, 434, 456, 470, 472, 485, 478, 489, 504, 506, 511, 517, 524, 532, 534, 548, 546, 550, 557, 556, 562, 565, 570, 573, 575, 583, 588, 591, 594, 601, 612, 617, 619, 627, 629, 631, 638, 642, 652, 658, 655, 660, 668, 671, 675, 681, 683, 685, 687, 689, 696, 698, 706, 710, 714, 711, 720, 728, 730, 722, 725, 741, 739, 746, 748, 754, 756, 760, 15950, 17600, 17602, 178, 10577, 1092, 1131, 1179, 1178, 1159, 55277, 111357, 123261, 117738, 80132, 80480, 81375, 30165, 25237, 25238, 26247, 28351, 30163, 30164, 168136, 171916, 171915, 171914, 10181, 14261, 14542, 15456, 15354, 13180, 1092, 17370, 2138, 2280, 2281, 2067, 2226, 2227, 102425, 106774, 116160, 88721, 107182, 122029, 116159, 74470, 94034, 116174, 116169, 116840, 85762, 130956, 109835, 117080, 917, 7035 e 27250. Registra que referidas notas fiscais foram excluídas da exigência fiscal, conforme novo demonstrativo que elaborou.

Esclarece que, relativamente às demais notas fiscais não constantes da lista acima, não houve aceitação dos argumentos defensivos em face da fragilidade das evidências, ora pela nota de devolução ter sido emitida muito tempo depois e após início da ação fiscal, ora por não se referir a devolução ou retorno de venda, mas a uma simples entrada, ora por não fazer menção à qual nota de saída se referia.

Quanto às NFe nºs 980, 1018(16/08/12), 1427, 25723, 25724, 25786, 25787, 27917, 29262 e 52253, anexadas pelo autuado no Doc. 08, diz que os argumentos defensivos foram analisados e considerados procedentes. Entretanto, para as demais notas fiscais não houve justificativas. Apresenta novo demonstrativo, opinando pela procedência parcial da infração 4.

Salienta que o autuado, ainda durante o transcorrer da ação fiscal, teve conhecimento destas listas de notas fiscais sem o devido registro na escrita fiscal, não justificando o que teria acontecido. Daí, a lavratura do Auto de Infração.

No que diz respeito à infração 5, observa que o autuado apresenta três frentes de defesa na tentativa de elidir parcialmente a procedência desta infração. Na primeira anexa diversos documentos – Doc 9 – como sendo a comprovação do retorno das remessas para conserto, na segunda – Doc 10 - alega que a Nota Fiscal 20622 – em verdade é a nf 206220 - estaria acobertada pelo diferimento e aí não se sujeitaria à tributação e na terceira – Doc 11 – apresenta notas também sujeitas ao diferimento combinado com operações de venda à ordem.

Apresenta análise dos argumentos defensivos nos seguintes termos:

- Doc – 09, acostado pela impugnante – Diz que considerou procedentes os argumentos quanto às Notas Fiscais nºs 119410, 117710, 103017, 103620, 103340, 103811 (retorno parcial), 104073, 104083, 103485, 102567, 104625, 104962, 105053, 153666, 201870, 105177, 104756, 104960, 105055, 103811, 158063, 176261, 205492, 94762 (aceito apesar do erro no valor entre a saída e a entrada), 117353 (aceito apesar do erro no valor entre a saída e a entrada), 190654, 105610, 100180, 100642, 100764, 101069, 101934, 103086, 104279, 104774, 105213, 158338, 171044, 173905, 174065, 174548, 174856, 175223, 175931, 176859, 111053, 111045, 132559, 108113, 104963, 180137, 157455, 107267, 102525, 197943, 103539, 184797, 113388, 114119, 100799 (retorno parcial), 175936, 154821, 176883.

Faz as seguintes observações:

- Nota Fiscal Avulsa nº 2250182016, não considerou já que não faz menção a qualquer nota de saída;
- NF nº 4619 acostada – folha 444 do PAF – apresenta valor diverso da NF de saída 87154, por isso não foi considerada;
- NF nº 373 de 11/08/16 – folha 454 do PAF – não aceita como devolução da NF de saída nº 136346 já que aquela foi emitida não apenas após início da ação fiscal como da lavratura do Auto de Infração;

- NF nº 374 de 11/08/16 – folha 455 do PAF – não aceita como devolução da NF de saída n. 193050 já que aquela foi emitida não apenas após início da ação fiscal como da lavratura do Auto de Infração.

Ressalta que, para as Notas Fiscais nºs 113842, 113848, 113999, 114001, 114003, 114110, 114150, 114244, 114276, 114356, 114357, 114358, 114426 e 194848 remetidos para a Suzano Papel Celulose S/A, cabe realmente o benefício do diferimento pelas saídas conforme art. 2, III, “d”, do Decreto 6.734/97, a partir de 29/03/12. Registra que estas notas foram retiradas do demonstrativo.

Quanto à NF nº 206220 observa que o impugnante acosta documentos comprovando que o destinatário Croma Reciclagem e Comércio de Metais Ltda – ME estava devidamente habilitado a comprar sucatas de metais no período em que esta nota fiscal foi emitida, apesar de lapsos temporais de inaptidão demonstrados pelo histórico de habilitação de diferimento. Acatou o argumento defensivo e procedeu a retificação do demonstrativo de débito, conforme demonstrativo retificado anexado.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado se manifestou sobre a Informação Fiscal (fls. 535 a 555). Registra que o autuante acatou apenas as alegações relativas à parte das infrações 3, 4 e 5, pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração, entretanto, sustenta o impugnante que o Auto de Infração deve ser julgado totalmente improcedente.

No que tange à infração 1, reitera em todos os seus termos a defesa apresentada.

Quanto às infrações 3 e 4, reitera o que argumentara na defesa vestibular. Acrescenta que, apesar de ter reunido considerável volume de justificativas, as quais foram apresentadas na defesa, o autuante equivocadamente não acatou grande parte das suas justificativas, no que não deve ser seguido por essa Junta de Julgamento, a qual deve se orientar pelo princípio da verdade material na solução dos conflitos tributários sob sua apreciação. Discorre sobre o princípio da verdade material. Invoca posição doutrinária e dispositivo do RPAF/99 sobre o tema.

Assevera que, no caso em tela, verifica-se que o Fisco falhou nesta busca pela verdade material, uma vez que aplicou equivocadamente penalidade pela não escrituração de notas fiscais referentes a mercadorias que não ingressaram no seu estabelecimento, notas já escrituradas ou notas estornadas pelos emitentes, etc.

Alega que o autuante em sua Informação Fiscal, não acatou boa parte das suas alegações defensivas atinentes às infrações 3 e 4.

Observa que o autuante informou que só acataria justificativas quando restasse comprovado que a mercadoria não foi destinada ao autuado, quando a nota houvesse sido cancelada ou por alguma outra razão plausível. Entretanto, não acatou diversas justificativas plausíveis apresentadas e comprovadas na defesa apresentada, revelando excesso de rigor e formalismo que não se coadunam com o processo administrativo fiscal.

Refuta as justificativas exaradas pelo autuante para o não acatamento de parte dos documentos e justificativas apresentados, conforme abaixo:

- Notas Fiscais 5462, 9341, 5738, 14678, 5288, 14625, 5559, 16639, 8069 - escrituradas com CNPJ de outro estabelecimento do remetente. Diz que, em relação às notas citadas, aduziu o autuante não haver coincidência com as operações autuadas, em razão de supostas inconsistências de valores e números das chaves. Consigna que, analisando os documentos fiscais aludidos, identificou os seguintes fatos:

- Notas Fiscais ns 5462 e 5559 – Diz que tais documentos foram lançados com seus valores invertidos, como comprovam as cópias que apresenta (Doc. 01);
- Nota Fiscal 9341 - A diferença de valor constatada pelo autuante é de centavos, que deve ser desconsiderada pelos Julgadores. Anexa referido documento (Doc. 02);
- Notas Fiscais 5738, 14678, 5288, 14625, 5559, 16639, 8069 – Afirma que inexiste diferença de valores, apenas equívoco no lançamento das chaves. As cópias das notas fiscais atestam tal evidência, à luz da identidade com os itens das notas e respectivos lançamentos (Doc. 03);

- Nota Fiscal 17943 – Diz que a Nota Fiscal foi lançada com número 103925 e, portanto, com a chave errada. A cópia do documento fiscal comprova tal ocorrência, verificando-se a identidade entre itens da nota e seu lançamento (Doc. 04);
- Notas Fiscais 333 e 334 - Diz que foram substituídas pela Nota Fiscal nº 338. As cópias dos documentos comprovam a identidade entre os seus itens (Doc. 05);
- Notas Fiscais 11520, 1908 e 3746 - Notas Fiscais emitidas equivocadamente e posteriormente anuladas pelos emitentes. Operações não efetivadas – Afirma que estas notas não foram acatadas pelo fato de terem sido emitidas após a ação fiscal. Alega que não tinha conhecimento da falta de escrituração destas notas anteriormente. Assim que constatou a ocorrência, solicitou ao seu fornecedor que procedesse a regularização;
- Notas Fiscais 1233, 1294, 1295, 1308, 1309, 1265, 1191, 1490 - emitidas equivocadamente e posteriormente anuladas pelos emitentes. Operações não efetivadas – Diz que para as notas fiscais em tela, providenciou declarações dos fornecedores atestando que as operações não se concretizaram (Doc. 05 da Impugnação). Alega que o autuante simplesmente desconsiderou tais documentos, alegando apenas que os argumentos não foram aceitos em virtude de não haver justificativas. Pugna pela consideração das declarações válidas e legítimas, assinadas pelos representantes legais das empresas, que merecem fé e possuem poder probatório.

Reitera em todos os seus termos a sua defesa no que se refere ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta através do Auto de Infração, em relação à parte das Notas Fiscais autuadas cuja justificativa para a escrituração não foi identificada, tendo em vista o atendimento das condições impostas pelo § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Quanto à infração 5, consigna que o autuante na Informação Fiscal acatou grande parte das notas fiscais justificadas, deixando de fazê-lo, no entanto, em relação a alguns documentos, conforme listagem que apresenta, juntamente com as respectivas justificativas complementares:

- Nota Fiscal 2250182016 – Diz que este documento, nota fiscal avulsa, foi emitido por prestador de serviço para acobertar o retorno de bem que remetera para conserto através da Nota Fiscal nº 182.365. Observa que em relação a este documento, o autuante alega que não há referência à devolução. Afirma que, notadamente, a partir da comparação desta nota e da nota de saída da Paranapanema, verifica-se sem dificuldade a identidade entre o valor unitário e a descrição da mercadoria, o que de logo evidencia o completo excesso de rigor e formalismo do autuante ao não acatar o documento em tela;
- Nota Fiscal 4619 – Diz que esta nota fiscal acobertou o retorno das mercadorias remetidas através da Nota Fiscal nº 87159. Observa que referido documento não foi acatado pelo autuante sob alegação de diferença de valor entre as duas notas. Refuta a alegação do autuante, afirmando a diferença de valor constada decorre do fato do retorno ter sido parcial, fato que pode ser comprovado a partir da identidade do valor unitário dos itens (Doc. 012);
- Notas Fiscais 373 e 374 – Diz que as Notas Fiscais referidas não foram acatadas pelo autuante porque emitidas após o início da ação fiscal. Alega que não tinha conhecimento da falta de escrituração destas notas anteriormente. Assim que constatou a ocorrência, solicitou ao seu fornecedor que procedesse a regularização. Pugna pela exclusão das referidas notas fiscais, tendo em vista que restou comprovado o retorno das mercadorias remetidas para conserto/industrialização.

Ressalta que, além de tudo exposto, levando-se em conta a complexidade no levantamento dos documentos que instruem o presente processo, traz à baila novos documentos que comprovam a improcedência de parte da Infração 5.

Apresenta as seguintes justificativas:

- Notas Fiscais de Retorno de mercadorias para conserto ou reparação – Diz que em relação às Notas Fiscais nsº 208, 3381, 462 e 459, 333856 e 333857, 527 e 528, as quais seguem anexadas (Doc. 06),

verifica-se que estas acobertaram o retorno das mercadorias remetidas através das Notas Fiscais nsº 104.112, 104.113, 104.125, 144.491, 154.184, 188.690 e 212.549.

Quanto às Notas Fiscais nºs 208, 3381, 462 e 459, 333856 e 333857, 527 e 528, as quais seguem anexadas (Doc. 06), diz que se verifica que estas acobertaram o retorno das mercadorias remetidas por meio das Notas Fiscais nsº 104.112, 104.113, 104.125, 144.491, 154.184, 188.690 e 212.549.

Relativamente às Notas Fiscais constantes da tabela que apresenta, esclarece o seguinte:

- Nota Fiscal nº 100.799 – Diz que acobertada com o retorno por meio da Nota Fiscal de nº 95847 (Doc. 07), emitida pela empresa Magnesita Refratarios S/A, CNPJ 08.684.547/0015-60, referente ao produto “TIJOLO REFRAT BAISIC VN”. Informa que a divergência de valores decorreu de erro material de preenchimento do fornecedor que adicionou na nota de retorno o valor unitário equivocado do produto;
- Nota Fiscal nº 112.923 - Acobertada com o retorno através da Nota Fiscal nº 2599 (Doc.08), emitida pela empresa Quality Tool Mark Eireli – EPP, CNPJ 68.975.465/0001-00, relativa ao produto “FIEIRA DE TREFILAÇÃO”. Esclarece que o fornecedor errou ao confeccionar o documento fiscal na medida em que informou o valor total dos produtos faltando um “0”, indicando o montante de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), quando deveria ser R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- Nota 161.796 - Acobertada pelo retorno através da Nota Fiscal nº 10988 (**Doc.09**), emitida pela empresa Gel Divisão Elétrica, CNPJ 01.610.517/0005-99. Afirma que há diferença de valores tendo em vista que o fornecedor adicionou o valor unitário com uma casa decimal a menor, constando da nota o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), quando deveria constar R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);
- Nota Fiscal nº 166.003 - Acobertada pelo retorno através da Nota Fiscal 327 (**Doc.10**), gerada pela empresa Doppler Equipamentos Ltda., CNPJ 60.398.369/0004. Diz que registra o montante de R\$1.200,00 (mil e duzentos reais), em vez de R\$12.000,00 (doze mil reais), por equívoco material do fornecedor que colocou uma casa decimal a menor;
- Nota Fiscal nº 157.289 - Acobertada pelo retorno através da Nota Fiscal nº 3777 (**Doc. 11**), gerada pela empresa Thecsale Indústria, Comércio e Serviços Hidráulicos Ltda.. CNPJ 01.830.742/0001-07. Ressalta que a diferença de valores existente entre as referidas notas decorre do fato do retorno ter sido parcial. Isto é, a operação de venda do produto se referiu a dois bens, mas apenas um deles retornou para conserto ou reparação, fato que pode ser comprovado a partir da identidade do valor unitário dos itens;
- Notas Fiscais nsº 216.599 e 217.536 (Notas de anulação de Conhecimentos de Transporte). Alega que gerou estas notas fiscais com vistas a anular os valores constante dos Conhecimentos de Transporte nº 9587, bem como dos 15432, 15431, 15247, 15430, 15426, 15365, 15371, 15370, 15369, 15368, 15367, 15366, 15364, 15363, 15362, 15240, 15239, respectivamente, tendo em vista a presença de diversas inconsistências materiais nos referidos documentos. Salienta que tal fato pode ser comprovado pelo Código Fiscal de Operações - CFOP 5206 indicado nas NFs, o qual descreve a situação de “Anulação de valor relativo a aquisição de conhecimento de transporte”. Acrescenta que, além disso, os serviços de transporte efetivados são atinentes à operações realizadas internamente, dentro do próprio Estado, pelas quais não se exige o ICMS por conta de isenção. Dessa forma, pugna também pela exclusão das notas fiscais acima referidas da autuação.

Finaliza a manifestação reiterando em todos os termos a Impugnação apresentada, e requer seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração. Requer, ainda, caso esta Junta de Julgamento Fiscal não entenda pela improcedência total, o cancelamento ou redução da multa imposta em relação às notas fiscais cuja falta de escrituração não foi identificada e justificada, com fundamento no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante se pronunciou sobre a manifestação do autuado (fls. 599 a 602). Quanto à infração 1, diz que nada tem a acrescentar, em face de o impugnante ter trazido os mesmos argumentos apresentados na Defesa inicial e manifestação. Mantém a autuação.

No que tange às infrações 3 e 4, diz que analisando as alegações defensivas tem a consignar o seguinte:

- Notas Fiscais eletrônicas ns 5462, 5559 e 9341, 5738, 14678, 5288, 14625, 5559, 16639 e 8069. Acata os argumentos defensivos e exclui os valores da exigência, conforme novo demonstrativo;
- Nota Fiscal nº 17943. Não acata o argumento defensivo. Diz que a data de emissão que consta da referida Nota Fiscal é 04/07/12 e no lançamento no livro de entradas, 31/07/12. Acrescenta que, além disso, as chaves também são diferentes: 331207112163310001805500**100001794315**83627850 para o demonstrativo da autuação e 331207112163310001805500**000010392545**83627850 para a Nota Fiscal nº 103925 indicada pelo autuado;
- Notas Fiscais nºs 333 e 334. Não acata a argumentação defensiva. Diz que para estas Notas Fiscais valem os mesmos argumentos trazidos na 1ª Informação Fiscal. Ou seja, a presumida nota substituta, no caso Nota Fiscal n. 338 de 29/03/12, não faz qualquer referência às anteriores, podendo, em análise objetiva, ter sido apenas outra operação;
- Notas Fiscais nºs. 11520, 1908 e 3746. Não acata os argumentos defensivos, pelas mesmas razões expostas na 1ª Informação Fiscal;
- Notas Fiscais nºs 1233, 1294, 1295, 1308, 1309, 1265, 1191 e 1490. Não acata os argumentos defensivos, pelas mesmas razões expostas na 1ª Informação Fiscal.

Conclui opinando pela procedência parcial desta infração.

No tocante à infração 5, consigna o seguinte:

- Nota Fiscal nº 182365. Não acata o argumento defensivo. Alega que, além da suposta Nota de Entrada nº 2250182016 não fazer menção àquela, foi emitida após lavratura do presente Auto de Infração;
- Nota Fiscal eletrônica nº 87154. Acata o retorno parcial comprovado pela Nota Fiscal de entrada nº 4619 remanescente a diferença ainda existente, conforme novo demonstrativo;
- NFe 136346 e 193050. Segundo o autuado teria havido suposto retorno pelas Notas Fiscais de entradas ns 373 e 374. Argumentos não aceitos pelas mesmas razões da 1ª Informação Fiscal;
- Notas Fiscais eletrônicas nº.s 104112, 104113, 104125, 144491, 154184, 188690, 212549, 100799, 112923, 161796, 166003, 216599 e 217536 argumentos foram acatados e foram excluídas da autuação. Quanto à Nota Fiscal eletrônica nº 157289 o argumento foi acatado, sendo reduzido o valor de R\$14.875,14 do total do item 3 desta nota fiscal.

Conclui opinando pela procedência parcial desta infração com as exclusões acima referidas.

Finaliza o autuante o seu pronunciamento opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado cientificado do pronunciamento do autuante (fls. 624//625) não se manifestou.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que as infrações 1, 3, 4 e 5 foram impugnadas e a infração 2 reconhecida, inclusive com o pagamento do valor do débito reconhecido, conforme comprovante acostado aos autos.

Inicialmente, cabe consignar que este Órgão Julgador de Primeira Instância administrativa não tem competência para apreciar arguição de constitucionalidade, assim como para negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, no caso o Decreto nº 14.213/2012, consoante determina o art. 167, I, III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Quanto à preliminar de nulidade arguida pelo impugnante, atinente à infração 1, por incorreto enquadramento da infração e penalidade, não acolho a pretensão defensiva, haja vista que o equívoco quanto à capitulação legal dos fatos, neste caso, não constituiu cerceamento de defesa, pois a descrição das situações verificadas foi feita de forma satisfatória. Verifica-se que os elementos comprobatórios da ilicitude apontada neste item da autuação, materialmente, afastam qualquer dúvida sobre a conduta infracional imputada ao autuado.

No que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que as diversas intervenções do impugnante - Defesa inicial e manifestações posteriores - quanto do autuante – Informação Fiscal inicial e pronunciamentos posteriores - antes de o presente PAF ser encaminhado ao CONSEF, se apresentam suficientes para formação do meu convencimento sobre a decisão da lide, razão pela qual indefiro o pedido com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

No mérito, no que concerne à infração 1, constato que a Fiscalização glosou o crédito fiscal em observância ao Decreto Estadual nº 14.213/12, com efeitos a partir de 01/12/2012, que dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar 24/75.

Consoante o referido Decreto nº 14.213/12, o crédito fiscal do ICMS relativo a tais entradas somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme consta no seu Anexo Único e que o disposto se aplica ao cálculo do imposto devido por substituição tributária e antecipação parcial.

No caso em exame, o autuado adquiriu mercadorias provenientes de empresas atacadistas dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, que, nos termos do Decreto n. 14.213/2012, Anexo único, o crédito fiscal admitido para o adquirente é limitado a 1% ou 3% do valor da base de cálculo da operação de entrada a depender do Estado de origem.

Ocorreu que o autuado, indevidamente, utilizou o crédito fiscal de 12%, quando deveria ter utilizado o crédito fiscal de 1% ou 3%, no cálculo do imposto a ser recolhido, conforme determinado pelo Decreto Estadual nº 14.213/12. Em consequência disso, deixou de recolher uma parcela do imposto devido, cuja exigência foi feita mediante o lançamento de ofício em tela.

Observo que o autuado não em nenhum momento da impugnação se reportou sobre os valores apontados no levantamento levado a efeito pela Fiscalização como devidos.

Na realidade, em apertada síntese, pode ser dito que o impugnante consignou o seu inconformismo quanto à autuação aduzindo questionamentos sobre princípios constitucionais que limitam o poder de tributar; sobre a posição, hierarquia ou constitucionalidades das normas; que o Estado da Bahia, ao impor a alíquota de 1% 3% para os seus créditos fiscais, usurpou a competência do Senado Federal, prevista no art. 155, II, § 2º, IV, da Constituição.

No respeitante a tais alegações, vale reiterar que a Fiscalização fundamentou a autuação na legislação do ICMS, precisamente no Decreto Estadual nº 14.213/12, sendo vedada a esta Junta de Julgamento Fiscal a apreciação de arguição de inconstitucionalidade, assim como negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, no caso o Decreto nº 14.213/2012, consoante determina o art. 167, I, III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Quanto à alegação defensiva atinente ao Convênio ICMS 42/2016, no sentido de que, indiretamente o CONFAZ, ao editar o referido Convênio, convalidou tacitamente todos os programas de incentivos concedidos unilateralmente pelos Estados, inclusive aqueles instituídos por Minas Gerais e Espírito Santo, objeto da autuação, certamente, que também não pode prosperar.

Inexiste a aduzida convalidação. Na realidade, o mencionado Convênio ICMS 42/2016 apenas autoriza os estados e o Distrito Federal a cria condição para fruição de incentivos e benefícios no âmbito do ICMS ou reduzir o seu montante, portanto, não convalidando qualquer programa de

incentivos concedidos unilateralmente pelos Estados, inclusive os instituídos pelos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo de que trata este item da autuação.

Diante do exposto, este item da autuação é procedente.

No respeitante à infração 2, conforme consignado acima, foi reconhecida pelo autuado, inclusive com o pagamento do valor do débito reconhecido, conforme comprovante do documento de arrecadação estadual acostado aos autos.

Diante disso, resta evidente o acerto da autuação, sendo este item da autuação subsistente, cabendo, no caso, a homologação do pagamento efetuado e, consequentemente, a extinção do crédito tributário.

Quanto às infrações 3 e 4 foram objeto de impugnação conjuntamente, razão pela qual, o exame será feito também conjuntamente.

Verifico que na Informação Fiscal o autuante acatou parcialmente as alegações defensivas atinentes a estas infrações excluindo da exigência as Notas Fiscais cujas comprovações das alegações entendeu como comprovadas e manteve na autuação as demais Notas Fiscais originariamente arroladas no levantamento.

O autuado cientificado da Informação Fiscal se manifestou refutando as justificativas apresentadas pelo autuante para o não acatamento de parte dos documentos e justificativas apresentados na Defesa inicial, conforme abaixo:

- Notas Fiscais nºs 5462, 9341, 5738, 14678, 5288, 14625, 5559, 16639, 8069 - escrituradas com CNPJ de outro estabelecimento do remetente. Diz que, em relação às notas citadas, aduziu o autuante não haver coincidência com as operações autuadas, em razão de supostas inconsistências de valores e números das chaves. Consigna que, analisando os documentos fiscais aludidos, identificou os seguintes fatos;
- Notas Fiscais nºs 5462 e 5559 – Diz que tais documentos foram lançados com seus valores invertidos, como comprovam as cópias que apresenta (Doc. 01);
- Nota Fiscal nº 9341 - A diferença de valor constatada pelo autuante é de centavos, que deve ser desconsiderada pelos Julgadores. Anexa referido documento (Doc. 02);
- Notas Fiscais nºs 5738, 14678, 5288, 14625, 5559, 16639, 8069 – Afirma que inexiste diferença de valores, apenas equívoco no lançamento das chaves. As cópias das notas fiscais atestam tal evidência, à luz da identidade com os itens das notas e respectivos lançamentos (Doc. 03);
- Nota Fiscal nº 17943 – Diz que a Nota Fiscal foi lançada com número 103925 e, portanto, com a chave errada. A cópia do documento fiscal comprova tal ocorrência, verificando-se a identidade entre itens da nota e seu lançamento (Doc. 04);
- Notas Fiscais nºs 333 e 334 - Diz que foram substituídas pela Nota Fiscal nº 338. As cópias dos documentos comprovam a identidade entre os seus itens (Doc. 05);
- Notas Fiscais nºs 11520, 1908 e 3746 - Notas Fiscais emitidas equivocadamente e posteriormente anuladas pelos emitentes. Operações não efetivadas – Afirma que estas notas não foram acatadas pelo fato de terem sido emitidas após a ação fiscal. Alega que não tinha conhecimento da falta de escrituração destas notas anteriormente. Assim que constatou a ocorrência, solicitou ao seu fornecedor que procedesse a regularização;
- Notas Fiscais nºs 1233, 1294, 1295, 1308, 1309, 1265, 1191, 1490 - emitidas equivocadamente e posteriormente anuladas pelos emitentes. Operações não efetivadas – Diz que para as notas fiscais em tela, providenciou declarações dos fornecedores atestando que as operações não se concretizaram (Doc. 05 da Impugnação). Alega que o autuante simplesmente desconsiderou tais documentos, alegando apenas que os argumentos não foram aceitos em virtude de não haver

justificativas. Pugna pela consideração das declarações válidas e legítimas, assinadas pelos representantes legais das empresas, que merecem fé e possuem poder probatório.

Verifico que o autuante ao ser cientificado da manifestação do autuado, também se pronunciou conjuntamente sobre as infrações 3 e 4 nos seguintes termos:

- Notas Fiscais eletrônicas nºs. 5462, 5559 e 9341, 5738, 14678, 5288, 14625, 5559, 16639 e 8069. Acatou os argumentos defensivos e exclui os valores da exigência, conforme novo demonstrativo;

- Nota Fiscal n. 17943. Não acatou o argumento defensivo. Diz que a data de emissão que consta da referida Nota Fiscal é 04/07/12 e no lançamento no livro de entradas, 31/07/12. Acrescenta que, além disso, as chaves também são diferentes: 331207112163310001805500**100001794315**83627850 para o demonstrativo da autuação e 331207112163310001805500**000010392545**83627850 para a Nota Fiscal nº 103925 indicada pelo autuado;

- Notas Fiscais nºs 333 e 334. Não acata a argumentação defensiva. Diz que para estas Notas Fiscais valem os mesmos argumentos trazidos na 1ª Informação Fiscal. Ou seja, a presumida nota substituta, no caso Nota Fiscal nº 338 de 29/03/12, não faz qualquer referência às anteriores, podendo, em análise objetiva, ter sido apenas outra operação;

- Notas Fiscais nºs 11520, 1908 e 3746. Não acatou os argumentos defensivos, por entender que as notas fiscais de devolução foram emitidas após o início da ação fiscal;

- Notas Fiscais nºs 1233, 1294, 1295, 1308, 1309, 1265, 1191 e 1490. Não acatou os argumentos defensivos, porque não foram apresentadas justificativas sobre a não realização das operações.

A análise das alegações defensivas e pronunciamento do autuante permite concluir o seguinte quanto às Notas Fiscais acima aduzidas:

- Notas Fiscais eletrônicas nºs 5462, 5559 e 9341, 5738, 14678, 5288, 14625, 5559, 16639 e 8069. Assiste razão ao autuado. Correta a exclusão procedida pelo autuante;

- Nota Fiscal nº 17943. Apesar de o autuante não acatar a alegação defensiva, verifica-se que assiste razão ao autuado. Cabe a exclusão desta nota fiscal do levantamento. Considerando que o valor da referida Nota Fiscal é de R\$528.860,92, sendo o valor da multa de 1% de R\$5.288,60, apontada na infração 3, referente ao mês de julho de 2012, a exigência atinente ao referido mês fica reduzida de R\$6.711,78 para R\$1.423,18.

- Notas Fiscais nºs 333, 334, 11520, 1908, 3746, 1233, 1294, 1295, 1308, 1309, 1265, 1191 e 1490, assiste razão ao autuante. Mantidas na autuação.

Diante da análise acima, a infração 3 passa para o valor de R\$107.075,55, conforme novos demonstrativos elaborados pelo autuante de fls. 603 a 617, sendo parcialmente subsistente..

Quanto à infração 4, observo que o autuante na 1ª Informação Fiscal (fls. 466 a 474) acatou corretamente as alegações defensivas atinentes às Notas Fiscais nºs 980, 1018(16/08/12), 1427, 25723, 25724, 25786, 25787, 27917, 29262 e 52253, e não acolheu as demais alegações defensivas, acertadamente, tendo elaborado novos demonstrativos (fls. 475 a 507) passando o valor da multa imposta neste item da autuação para o valor de R\$211.269,91.

Diante disso, acolho o resultado apresentado pelo autuante na Informação Fiscal, sendo a infração 4 parcialmente subsistente.

Relativamente à infração 5, observo que o autuado alega que o autuante na Informação Fiscal acatou grande parte das notas fiscais justificadas, deixando de fazê-lo, no entanto, em relação a alguns documentos, conforme listagem que apresenta, juntamente com as respectivas justificativas complementares, na forma abaixo:

- Nota Fiscal nº 2250182016 – Diz que este documento, Nota Fiscal Avulsa, foi emitido por prestador de serviço para acobertar o retorno de bem que remetera para conserto através da Nota Fiscal nº 182.365. Observa que em relação a este documento, o autuante alega que não há referência à devolução. Afirma que, notadamente, a partir da comparação desta nota e da nota de saída da

Paranapanema, verifica-se sem dificuldade a identidade entre o valor unitário e a descrição da mercadoria, o que evidencia o completo excesso de rigor e formalismo do autuante ao não acatar o documento em tela;

- Nota Fiscal nº 4619 – Diz que esta nota fiscal acobertou o retorno das mercadorias remetidas através da Nota Fiscal nº 87159. Observa que referido documento não foi acatado pelo autuante sob a alegação de diferença de valor entre as duas notas. Refuta a alegação do autuante, afirmando que a diferença de valor constada decorre do fato do retorno ter sido parcial, fato que pode ser comprovado a partir da identidade do valor unitário dos itens (Doc. 012);

- Notas Fiscais nº's 373 e 374 – Diz que as Notas Fiscais referidas não foram acatadas pelo autuante porque emitidas após o início da ação fiscal. Alega que não tinha conhecimento da falta de escrituração destas notas anteriormente. Assim que constatou a ocorrência, solicitou ao seu fornecedor que procedesse a regularização. Pugna pela exclusão das referidas notas fiscais, tendo em vista que restou comprovado o retorno das mercadorias remetidas para conserto/industrialização.

Ressalta que, além de tudo exposto, levando-se em conta a complexidade no levantamento dos documentos que instruem o presente processo, traz à baila novos documentos que comprovam a improcedência de parte da Infração 5.

Apresenta as seguintes justificativas:

- Nota Fiscais de Retorno de mercadorias para conserto ou reparação – Diz que em relação às Notas Fiscais nsº 208, 3381, 462 e 459, 333856 e 333857, 527 e 528, as quais anexou (Doc. 06), verifica-se que estas acobertaram o retorno das mercadorias remetidas através das Notas Fiscais nsº 104.112, 104.113, 104.125, 144.491, 154.184, 188.690 e 212.549.

Relativamente às Notas Fiscais constantes da tabela que apresenta, esclarece o seguinte:

- Nota Fiscal nº 100.799 – Diz que acobertada com o retorno por meio da Nota Fiscal de nº 95847 (Doc. 07), emitida pela empresa Magnesita Refratarios S/A, CNPJ 08.684.547/0015-60, referente ao produto “TIJOLO REFRAT BAISIC VN”. Informa que a divergência de valores decorreu de erro material de preenchimento do fornecedor que adicionou na nota de retorno o valor unitário equivocado do produto;

- Nota Fiscal nº 112.923 - Acobertada com o retorno através da Nota Fiscal nº 2599 (Doc. 08), emitida pela empresa Quality Tool Mark Eireli – EPP, CNPJ 68.975.465/0001-00, relativa ao produto “FIEIRA DE TREFILAÇÃO”. Esclarece que o fornecedor errou ao confeccionar o documento fiscal na medida em que informou o valor total dos produtos faltando um “0”, indicando o montante de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), quando deveria ser R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

- Nota Fiscal nº 161.796 - Acobertada pelo retorno através da Nota Fiscal nº 10988 (Doc. 09), emitida pela empresa Gel Divisão Elétrica, CNPJ 01.610.517/0005-99. Afirma que há diferença de valores tendo em vista que o fornecedor adicionou o valor unitário com uma casa decimal a menor, constando da nota o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), quando deveria constar R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);

- Nota Fiscal nº 166.003 - Acobertada pelo retorno através da Nota Fiscal 327 (Doc. 10), gerada pela empresa Doppler Equipamentos Ltda., CNPJ 60.398.369/0004. Diz que registra o montante de R\$1.200,00 (mil e duzentos reais), em vez de R\$12.000,00 (doze mil reais), por equívoco material do fornecedor que colocou uma casa decimal a menor;

- Nota Fiscal nº 157.289 - Acobertada pelo retorno através da Nota Fiscal nº 3777 (Doc. 1), gerada pela empresa Thecsale Indústria, Comércio e Serviços Hidráulicos Ltda.. CNPJ 01.830.742/0001-07. Ressalta que a diferença de valores existente entre as referidas notas decorre do fato do retorno ter sido parcial. Isto é, a operação de venda do produto se referiu a dois bens, mas apenas um deles retornou para conserto ou reparação, fato que pode ser comprovado a partir da identidade do valor unitário dos itens;

- Notas Fiscais nsº 216.599 e 217.536 (Notas de anulação de Conhecimentos de Transporte). Alega que gerou estas notas fiscais com vistas a anular os valores constante dos Conhecimentos de

Transporte nº 9587, bem como de nºs 15432, 15431, 15247, 15430, 15426, 15365, 15371, 15370, 15369, 15368, 15367, 15366, 15364, 15363, 15362, 15240, 15239, respectivamente, tendo em vista a presença de diversas inconsistências materiais nos referidos documentos. Salienta que tal fato pode ser comprovado pelo Código Fiscal de Operações - CFOP 5206 indicado nas Notas Fiscais, o qual descreve a situação de “Anulação de valor relativo a aquisição de conhecimento de transporte”. Acrescenta que, além disso, os serviços de transporte efetivados são atinentes a operações realizadas internamente, i.e., dentro do próprio Estado, pelas quais não se exige o ICMS por conta de isenção. Dessa forma, pugna também pela exclusão das notas fiscais acima referidas da autuação.

O autuante ao se pronunciar sobre a manifestação do autuado apresentou as seguintes justificativas:

- Nota Fiscal nº 182365. Não acatou o argumento defensivo. Alega que, além da suposta Nota de Entrada nº 2250182016 não fazer menção àquela, foi emitida após lavratura do presente Auto de Infração;
- Nota Fiscal eletrônica nº 87154. Acatou o retorno parcial comprovado pela Nota Fiscal de entrada nº 4619 remanescendo a diferença ainda existente, conforme novo demonstrativo;
- NFe nºs 136346 e 193050. Segundo o autuado teria havido suposto retorno pelas Notas Fiscais de entradas ns 373 e 374. Não acatou o argumento defensivo, pois referidas Notas Fiscais foram emitidas após o início da ação fiscal;
- Notas Fiscais eletrônicas nºs 104112, 104113, 104125, 144491, 154184, 188690, 212549, 100799, 112923, 161796, 166003, 216599 e 217536 argumentos foram acatados e foram excluídas da autuação. Quanto à Nota Fiscal eletrônica nº 157289 o argumento foi acatado, sendo reduzido o valor de R\$14.875,14 do total do item 3 desta nota fiscal.

A análise das alegações defensivas e pronunciamento do autuante permite concluir o seguinte quanto às Notas Fiscais acima aduzidas:

- Notas Fiscais nºs 182365, 87154, 104112, 104113, 104125, 144491, 154184, 188690, 212549, 100799, 112923, 161796, 166003, 216599 e 217536. Coaduno com o acatamento por parte do autuante, haja vista que as alegações defensivas se apresentam pertinentes, portanto, sendo correta a exclusão da autuação;
- Nota Fiscal nº 157289 o argumento defensivo foi corretamente acatado, sendo reduzido o valor de R\$14.875,14 do total do item 3 desta nota fiscal;
- Nota Fiscal eletrônica nº 87154, correto o acatamento pelo autuante, haja vista que restou comprovado o retorno parcial mediante a Nota Fiscal de entrada nº. 4619 remanescendo a diferença ainda existente, conforme novo demonstrativo que elaborou;
- NFe nºs 136346 e 193050. O autuante não acatou a alegação defensiva. Entretanto, no caso, apesar de as Notas Fiscais de retorno 373 e 374 (fls. 454/455) terem sido emitidas após o início da ação fiscal, claramente, fazem menção às Notas Fiscais nºs 136346 e 193050. Desse modo, cabível a exclusão destas duas notas fiscais da autuação.

Assim sendo, cabe a exclusão do demonstrativo elaborado pelo autuante, no mês de março de 2013, (fl. 524 dos autos) do valor do ICMS de R\$1.193,40, referente à Nota Fiscal nº 136346, passando o imposto devido no referido período de março de 2013 para R\$2.633,42.

Do mesmo modo, cabe a exclusão do demonstrativo elaborado pelo autuante, no mês de junho de 2014, (fl. 525 dos autos) do valor do ICMS de R\$994,50, referente à Nota Fiscal nº 193.050, passando o imposto devido no referido período de junho de 2014 para R\$56.569,81.

Diante do exposto, a infração 5 é parcialmente subsistente no valor de R\$624.417,42, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante de fls. 522 a 528, com os ajustes acima aduzidos referentes aos meses de março de 2013 e junho de 2014.

No que concerne ao pedido do impugnante de cancelamento/redução das multas, vale consignar que a competência desta Junta de Julgamento Fiscal está adstrita à apreciação quanto às multas por descumprimento de obrigação acessória. Assim sendo, observo que a exigência fiscal de que cuida as infrações 3 e 4 não diz respeito a eventuais notas fiscais porventura não escrituradas, mas sim a falta de escrituração por um longo período – no caso, nos exercícios de 2012, 2013 e 2014 – de uma

quantidade substancial de notas fiscais. Por certo que a não escrituração regular dos documentos fiscais traz sim prejuízo ao erário pela impossibilidade de se apurar adequadamente o imposto efetivamente devido na realização de auditorias fiscais.

Dessa forma, não acolho o pedido de cancelamento/redução da multa.

Por derradeiro, quanto ao pedido do impugnante para que todas as publicações e intimações relativas ao presente feito sejam realizadas em nome dos patronos da causa, no endereço Av. Tancredo Neves, 1632, Torre Sul, Cjs. 2205/2212, Caminho das Árvores, Salvador – BA, CEP 41820-020, ressalto que inexiste óbice para o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço indicado. No entanto, cumpre salientar que, o não atendimento desta solicitação não caracteriza nulidade, uma vez que as formas de intimação estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269194.0065/16-1, lavrado contra **PARANAPANEMA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.809.055,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", "f", da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$318.345,46**, previstas no art. 42, incisos IX e XI do mesmo diploma legal, e demais acréscimos moratórios, de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "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, 21 de fevereiro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR