

PROCESSO - A. I. N° 271148.0013/15-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ELEKEIROZ S/A.
RECORRIDOS - ELEKEIROZ S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0134-02/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/05/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0068-11/18

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NO LIVRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 1. **b)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 2. A nota fiscal eletrônica (NF-e) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência digital, que tem como objetivo documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e pela autorização de uso da Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF nº 07/2005). 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. INFRAÇÃO 4. O nitrogênio é um gás inerte, que não reage com qualquer substância para formar outra, sendo impossível que se amolde aos requisitos de participar do processo fabril, nele se consumir ou de integrar o produto final na condição de elemento indispensável. Modificada a Decisão recorrida. 3. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REMESSAS PARA CONSERTO SEM A COMPROVAÇÃO DOS RETORNOS. **a)** OPERAÇÕES INTERNAS. INFRAÇÃO 6. **b)** OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. INFRAÇÃO 7. Comprovados os retornos de parte das operações autuadas. Não acolhidas as arguições de nulidade. Recursos PARCIALMENTE PROVIDOS. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª JJF nº 0134-02/16 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte com respaldo no art. 169, I, “b” do citado Regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado no dia 30/06/2015 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$694.521,05, sob a acusação do cometimento de 07 (sete) irregularidades, assim discriminadas pelo órgão julgador de Primeira Instância, *in verbis*:

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

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

Digital – Anexo 2.

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

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

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

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

A remessa necessária resulta da aplicação do princípio da retroatividade benigna na infração 1 e de ter sido julgada parcialmente procedente a infração 4. No Recurso Voluntário, o sujeito passivo contesta a Decisão atinente aos itens 1, 2, 6 e 7 do Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 18/08/2016 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade, nos seguintes termos (fls. 202 a 213):

"VOTO

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

Desta forma, subsiste a citada infração.

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

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

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

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

Sobre a alegação defensiva de confiscação de multa de 60%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no citado dispositivo legal, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RP AF/99.

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

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

Infração 01 – 16.01.01

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

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

a) NFe 1247, 12/04/2012, fls.14 e 118, emitida por MM Embalagens, a qual, segundo o autuado, foi anulada com a emissão da NF de Entrada no 4921, emitida em 28/06/2015. Analisando o documento de fl.117, constato que realmente consta no campo de observação o número da nota fiscal objeto da autuação, qual seja, a NF 1247. Apesar de constar tal observação, não considero cabível excluir a multa no valor de R\$ 867,00 do levantamento fiscal, pois a referida nota fiscal (1247) deveria ter sido lançada na EFD, não sendo razoável o cancelamento no curso da ação fiscal e após três anos da data de emissão do documento fiscal não escriturado no livro fiscal. Mantida a multa de R\$ 867,00.

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

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

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

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

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

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

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

Contudo, apesar de restar caracterizada parcialmente a infração deste item (01 – 16.01.01), cumpre observar

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

Infração subsistente em parte no valor de R\$ 16.090,73, conforme demonstrativo abaixo: [planilha de fl. 210]. Infração 02 - 16.01.02

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

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

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

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

Infração 03 – 03.02.07

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

Infração caracterizada.

Infrações 04 - 01.02.02 e 05 – 06.02.01

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

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

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

[Planilha de fl. 211].

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

Em relação à infração 05, de acordo com o levantamento fiscal às fls.46 a 49 e 51, consta que o autuado deixou de efetuar o pagamento da diferença de alíquotas referente às seguintes notas fiscais: [planilha de fl. 212].

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

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

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

[Planilhas de fl. 212].

Infrações 06 - 02.01.03 e 07 - 02.01.03

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

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

Consta na folha 168 um demonstrativo apresentado pelo autuado, no qual, do total de R\$246.768,75 lançado no auto de infração, foi impugnado o valor de R\$113.146,48, reconhecido como devido o valor de R\$ 133.622,27. No caso da infração 07, do total de R\$11.255,18, foi impugnado o valor de R\$ 4.884,44 e reconhecido o débito no valor de R\$8.880,74.

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

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

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

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, "a" do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), a 2^a Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorre de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF nº 0134-02/16.

Com respaldo no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 226 a 244, no qual inicia aduzindo a tempestividade, descrevendo os fatos, bem como suscitando a invalidade do Auto de Infração e das duas primeiras imputações. Na sua concepção, não é possível comprovar as irregularidades com a simples constatação da falta de escrituração de notas por meio de cruzamentos de informações. É necessário que a Fiscalização comprove as efetivas entradas, uma vez que as emissões dos documentos podem ter sido efetuadas de maneira dolosa ou equivocada pelos supostos remetentes.

Com isso, conclui não ter sido observado o art. 142 do CTN (Código Tributário Nacional), razão por que pleiteia a declaração de nulidade do ato administrativo como um todo e, subsidiariamente, das infrações 1 e 2.

No mérito das referidas imputações (1 e 2), informa que procurou alguns fornecedores para entender os motivos das emissões dos documentos fiscais. Juntou, por amostragem, provas de que parte das notas, de qualquer forma, não deveria ter sido escriturada no seu livro Registro de Entradas (RE), pois, ou foi cancelada ou deu ensejo a emissões de documentos fiscais de entrada nos emitentes (para tornar sem efeito as saídas).

Assinala que, em sede de defesa, impugnou todas as operações autuadas, e não apenas aquelas analisadas pela JJF (Junta de Julgamento Fiscal) no Acórdão que contesta.

Posteriormente, com fulcro no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996, pugna pelo cancelamento das penalidades por descumprimento das obrigações acessórias (infrações 1 e 2).

Quanto às infrações 6 e 7 (falta de recolhimento, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis; notas fiscais de remessa para conserto, sem as comprovações dos retornos; operações internas e interestaduais, respectivamente), ressalta que anexou à impugnação demonstrativo comprovante do retorno da maior parte dos bens enviados para conserto, com os respectivos lançamentos na escrita, motivo pelo qual os autos deveriam ter sido baixados em diligência.

A Junta de Julgamento (JJF), segundo alega, entendeu erroneamente que a impugnação das duas imputações foi parcial, quando na verdade foi total. O demonstrativo, não acatado pelo referido órgão julgador sob o argumento de não ter sido acompanhado de provas, foi colacionado a título de mera ilustração, com o fim de comprovar a necessidade de diligência para apurar os retornos relativos às demais operações.

Na verdade, foi o auditor que fez uso de simples planilha, com singelos números de notas fiscais eletrônicas, sem a apresentação de qualquer documento físico. Nesse contexto, para impugnar, utilizou demonstrativo idêntico, com a especificação das chaves eletrônicas dos documentos digitais, os quais não foram analisados pela autoridade autuante.

Pleiteando cancelamento, qualifica a multa de 60% de ilegal e confiscatória.

Por fim, conclui requerendo o provimento da irresignação.

No dia 30/05/2017, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal solicitou diligência ao auditor para que, em relação às infrações 6 e 7, intimasse o sujeito passivo a apresentar todas as provas que afirmou ter, elaborado, caso necessário, novos demonstrativos (fls. 489/490).

O autuante, na informação fiscal de fls. 494 a 496, após tecer considerações acerca da infração 01, assinala, no tocante às infrações 06/07, que o recorrente apresentou novos documentos (fls. 514 a 750), o que modificou os valores, respectivamente, para R\$ 145.250,27 (infração 06; demonstrativo de fls. 497 a 500) e R\$ 6.364,74 (infração 07; demonstrativo de fls. 501/502).

Intimado do resultado da revisão (fls. 752/753), o recorrente se manifesta às fls. 755 a 762, ratificando o inconformismo atinente às infrações 1 e 2, julgado do seguinte modo pelo órgão da instância "a quo":

"a) NFe 1247, 12/04/2012, fls.14 e 118, emitida por MM Embalagens, a qual, segundo o autuado, foi anulada com a emissão da NF de Entrada no 4921, emitida em 28/06/2015. Analisando o documento de fl.117, constato que realmente consta no campo de observação o número da nota fiscal objeto da autuação, qual seja, a NF 1247. Apesar de constar tal observação, não considero cabível excluir a multa no valor de R\$ 867,00 do levantamento fiscal, pois a referida nota fiscal (1247) deveria ter sido lançada na EFD, não sendo razoável o cancelamento no curso da ação fiscal e após três anos da data de emissão do documento fiscal não escriturado no livro fiscal. Mantida a multa de R\$ 867,00.

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

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

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

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

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

O tópico "f" não foi objeto de reiteração expressa na manifestação, mas consta do Recurso, motivo pelo qual será julgado no presente Acórdão.

Quanto à infração 6, entende que ainda remanescem valores indevidamente cobrados, pois comprovou os respectivos retornos, nos termos expostos nas planilhas de fl. 761 (Notas Fiscais nºs 22.224, 23.202, 24.855 e 28.743).

Em nova informação, de fls. 790 a 792, o autuante admite serem indevidos os valores concernentes às Notas Fiscais nºs 23.202 e 28.473.

No tocante à nota número 22.224, afirma que "*a nota de devolução 102 faz referência a duas notas - 2224 e 20705. A empresa no seu levantamento considerou o valor total da NF 102 para a devolução das duas notas. Apenas apropriamos um valor a cada nota, por isso o valor ficou assim: 2224 - R\$ 120,00 [e] 20705 - R\$ 4.170,00*".

Com relação à Nota Fiscal nº 24.855, "*a empresa considera o total da nota no valor de R\$ 3.300,00 quando na verdade o valor é de R\$ 3.330,00, por isso se equivocou no cálculo e valor lançado pela fiscalização está correto - vide NF na página 342 e 769 deste PAF*".

O imposto da sexta infração foi reduzido para R\$ 139.920,77 (demonstrativo de fl. 792).

Cientificado (fls. 794/795), o contribuinte não se manifestou.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões suscitadas na peça de Defesa, a Fiscalização e os julgadores da instância de origem expuseram com clareza o embasamento de fato e de Direito, descreveram as irregularidades, com a indicação dos documentos, demonstrativos, dados e cálculos, assim como apontaram o correto fundamento jurídico, de forma compreensível, clara e sem contradições.

Não foi constatada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º do RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nas minuciosas argumentações contidas no Recurso e nas demais intervenções processuais.

Indefiro o pleito de invalidação das infrações 1 e 2, pois dizem respeito à falta de escrituração de documentos eletrônicos.

Os remetentes emitem as notas eletrônicas com o uso de assinatura digital, obtida mediante certificação, cuja validade é jurídica garantida pela assinatura digital e pela autorização de uso da Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF nº 07/2005). Os vendedores declaram formalmente ter realizado os respectivos negócios jurídicos.

Imediatamente após as emissões, são disponibilizadas para os destinatários todas as informações sobre os documentos dos quais constam os seus nomes como adquirentes. Soa inverossímil a tese de não ocorrência das entradas (compras / aquisições), já que nenhuma providência jurídica foi levada a efeito pelo sujeito passivo contra os emitentes.

Nos termos do art. 82 do RICMS-BA/2012, a nota fiscal eletrônica (NF-e) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência digital, que tem como objetivo documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e pela autorização de uso da Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF nº 07/2005).

O § 12 do artigo 89 do RICMS-BA/2012 prevê, após a autorização de uso, o encaminhamento obrigatório do arquivo da nota ao destinatário pelo emitente (com o protocolo de autorização) ou a disponibilização para download.

Caberia ao fiscalizado consultar o banco de dados resultante dos sobreditos encaminhamentos obrigatórios e disponibilizações, a fim de conhecer as notas eletrônicas emitidas contra si, comunicando às autoridades competentes eventuais irregularidades, o que não fez.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, a remessa necessária resulta da aplicação do princípio da retroatividade benigna na infração 1 (106, II do CTN) e de ter sido julgada parcialmente procedente a infração 4. O sujeito passivo, ao recorrer, contesta a Decisão atinente aos itens 1, 2, 6 e 7 do Auto de Infração.

A multa da primeira imputação, fixada em 10% pelo autuante, com fundamento no art. 42, IX da Lei nº 7.014/1996, foi modificada para 1%. A redação atual do inciso IX do art. 42 foi dada pela Lei nº 13.816, de 21/12/2017, com efeitos a partir de 22/12/2017, que, por sua vez, alterou o texto estabelecido pela Lei nº 13.461/2015.

Correta, no que se refere à infração 1, a aplicação do princípio da retroatividade benigna de que trata o art. 106, II do CTN (Código Tributário Nacional).

Relativamente à infração 4 (utilização indevida de créditos de aquisições de materiais de uso e consumo), o autuante, ao prestar a informação fiscal, acolhendo as alegações de que se trata de "*matéria prima*" (fl. 88), deduziu do demonstrativo inicial os valores concernentes a duas operações com nitrogênio (notas fiscais 3.817 e 3.880; ICMS de R\$ 45.791,20), assim como a outras com bens do ativo imobilizado (fls. 189/190).

Ocorre que o nitrogênio é um gás inerte, que não reage com qualquer substância para formar outra, sendo impossível que se amolde aos requisitos de participar do processo fabril, nele se consumir ou de integrar o produto final na condição de elemento indispensável.

Com a modificação do levantamento de fl. 190 (apresentado na informação fiscal), dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Ofício para que a infração 4 seja julgada PARCIALMENTE PROCEDENTE, no montante de R\$48.114,51.

Infração 4

jan/2012 - R\$ 46.058,60

mar/2012 - R\$ 1.961,41

set/2012 - R\$ 94,50

Total - R\$ 48.114,51

Em relação ao Recurso Voluntário e às infrações 1 e 2, a nota (NF) nº 1.247, 12/04/2012, emitida por MM Embalagens, segundo o recorrente, teve seus efeitos anulados pela emissão da nota de entrada número 4.921, emitida em 28/06/2015 (mais de três anos depois da emissão da nota (NF) nº 1.247 e dois dias antes da lavratura do Auto de Infração), o que não justifica a falta de escrituração. Idênticas as situações dos documentos de números 1.059, 1.623, 1.627, 2.118 e 2.119. Quanto aos dois últimos (2.118 e 2.119), o recorrente apresentou protocolos de cancelamento de junho de 2015, que não acolho pelas mesmas razões.

Também não podem ser acatadas as pretensões atinentes à NF nº 81.252, emitida por BRASKEM S/A, em relação à qual o contribuinte alega ter sido cancelada por meio de declaração do fornecedor. Não existe previsão legal para tal procedimento.

Em referência à nota nº 9.347, de 01/10/2012, foi alegado tratar-se de documento de devolução da venda consignada na Nota Fiscal nº 23.928, de 24/09/2012, e que para documentar o retorno foi emitida a NF 24.033. Entretanto, esta última NF foi cancelada, motivo pelo qual seria necessário escriturar a primeira, de nº 9.347.

No que tange às infrações 6 e 7 (falta de recolhimento, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis; notas fiscais de remessa para conserto, sem as comprovações dos retornos; operações internas e interestaduais, respectivamente), o recorrente comprovou o retorno de parte dos bens enviados para conserto, com os respectivos lançamentos na escrita.

O autuante, ao prestar informações, acertadamente, reconheceu o fato e alterou os respectivos valores para R\$ 139.920,77 (infração 6; demonstrativo de fl. 792) e R\$6.364,74 (infração 7; demonstrativo de fls. 501/502).

Indefiro o pedido de redução das multas atinentes às infrações 1 e 2, porquanto ausente um dos requisitos do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996: que do descumprimento da obrigação acessória não tenha resultado falta de pagamento do imposto (obrigação principal). É que o art. 4º, § 4º, IV da citada Lei presume a omissão do registro e lançamento de saídas tributáveis, com falta de pagamento, sempre que se verificar, no mesmo exercício, o lapso no registro de notas fiscais de entrada nos livros próprios.

"§4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar: (...) IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas (...)"

Quanto às multas por descumprimento de obrigações principais, não há previsão legal para que este órgão reduza ou cancele, tampouco para que exerça controle de constitucionalidade (art. 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL dos Recursos de Ofício e Voluntário. Assim, o montante do débito do Auto de Infração fica o seguinte:

INF	VLR. LANÇADO	VLR. JULG.-JJF	VLR. JULG.-CJF	MULTA	RESULTADO
1	160.907,33	16.090,76	16.090,76	-----	N.PROVIDO/PROC. EM PARTE
2	13.437,36	13.437,36	13.437,36	-----	N.PROVIDO/PROCEDENTE
3	72,11	72,11	72,11	60%	RECONHECIDA
4	256.232,35	3.250,16	48.114,51	60%	P.PROVIDO/PROC. EM PARTE
5	5.847,97	5.847,97	5.847,97	60%	RECONHECIDA
6	246.768,75	246.768,75	139.920,77	60%	P.PROVIDO/PROC. EM PARTE
7	11.255,18	11.255,18	6.364,74	60%	P.PROVIDO/PROC. EM PARTE
Total	694.521,05	296.722,29	229.848,22		

VOTO DIVERGENTE (Infrações 1, 2, 4 e 6)

Peço vênia para discordar do posicionamento adotado pelo i. Relator em relação à procedência parcial dos Recursos de Oficio (infração 4) e do Recurso Voluntário (infrações 1, 2 e 6), pelas razões que passo a expor.

O relator deu Provimento Parcial ao Recurso de Oficio por desconsiderar, na infração 4, que o Nitrogênio seria “matéria prima” do processo produtivo da empresa recorrente. O autuante, em sede de informação fiscal, de forma acertada, deduziu do demonstrativo inicial os valores concernentes a duas operações com nitrogênio (Notas Fiscais nºs 3.817 e 3.880; ICMS de R\$45.791,20), assim como a outras com bens do ativo imobilizado (fls. 189/190).

Ora, incontestável que sem o Nitrogênio, o processo produtivo da empresa não seria viável, sendo este indispensável. Assim, entendo pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Passemos à análise do Recurso Voluntário.

Quanto às infrações 1 e 2, entendo que as mesmas preenchem os requisitos estipulados no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996, bem como do art. 158 do RPAF/99 para redução da multa aplicada, eis que a infração 2 trata de mercadorias não tributáveis, não havendo que se falar em prejuízo ao erário e a infração 1, em que pese a não escrituração, teve as operações canceladas pelo Sujeito Passivo junto a terceiros, o que demonstra, além do não prejuízo aos cofres públicos, a ausência de má fé por parte do Contribuinte.

Assim, entendo pela redução das multas aplicadas em 50% do valor efetivamente cobrado, eis que a mesma deve ter a sua função pedagógica bem como sancionatória (todavia, em valores razoáveis) junto ao Contribuinte que deixa de cumprir a obrigação que lhe é devida.

No pertinente à infração 06, acato as razões do recorrente, eis que, compulsando os autos, verifico que as operações que ainda remanescem após a diligência realizada por esta 1ª Câmara

são indevidas, uma vez que o recorrente comprovou os respectivos retornos, conforme planilhas de fl. 761 (Notas Fiscais nºs 22.224, 23.202, 24.855 e 28.743).

Assim, o gráfico aplicado seria:

INF	VLR. LANÇADO	VLR. JULG.-JJF	VLR. JULG.-CJF	MULTA	RESULTADO
1	160.907,33	16.090,76	8.045,38	-----	PROVIDO/PROC. EM PARTE
2	13.437,36	13.437,36	6.718,68	-----	PROVIDO/PROC. EM PARTE
3	72,11	72,11	72,11	60%	RECONHECIDA
4	256.232,35	3.250,16	3.250,16	60%	N. PROVIDO/PROC. EM PARTE
5	5.847,97	5.847,97	5.847,97	60%	RECONHECIDA
6	246.768,75	246.768,75	-----	60%	PROVIDO/IMPROCEDENTE
7	11.255,18	11.255,18	6.364,74	60%	P.PROVIDO/PROC. EM PARTE
Total	694.521,05	296.722,29	30.299,04		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271148.0013/15-3, lavrado contra **ELEKEIROZ S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$200.320,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$29.528,12**, previstas nos incisos IX e XI, do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios da Lei nº 9.837/2005, devendo ser homologados os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Infrações 1, 2, 4 e 6) - Conselheiros(as): Paulo Danilo Reis Lopes, Ildemar José Landin e Maurício Souza Passos.

VOTO DIVERGENTE (Infrações 1, 2, 4 e 6) – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Carlos Antonio Borges Cohim Silva e José Roservaldo Evangelista Rios.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO DIVERGENTE
(Infrações 1, 2, 4 e 6)

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. DA PGE/PROFIS