

A. I. Nº - 269194.0001/18-0
AUTUADO - ETERNIT S.A.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOSA DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05.02.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0203-05/18

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO.

a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração 1 subsistente. b) VALOR DO DOCUMENTO SUPERIOR AO DESTACADO. Infração 2 parcialmente subsistente. c) FALTA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Infração 3 parcialmente subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) RECOLHIMENTO A MENOR. a.1) DESENCONTRO ENTRE O RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Infração 4 parcialmente subsistente. a.2) ALÍQUOTAS DIVERSAS. SAÍDAS DE MERCADORIAS. Infração 5 subsistente. a.3) IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. ERRO DA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE INCLUSÃO DAS DESPESAS ADUANEIRAS. UTILIZAÇÃO INCORRETA DA TAXA CAMBIAL. Infração 7 subsistente. b) DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. Infração 6 subsistente. 3. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS. a) OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL. Infração 8 parcialmente subsistente. b) OPERAÇÃO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração 9 subsistente. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração

PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 27/03/2018, para exigir crédito tributário com ICMS e multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$83.896,57, através das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 (01.02.02) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de original de R\$7.439,24, com multa de 60%;

Complemento: “*Esse material refere-se a uma série de itens tais como: brocas, régulas serigráficas, fitas, bolsas personalizadas, cabo de força, aparelho de barbear, freza metal, etc. Vide em anexo ÍNDICE DO PAF.*”

INFRAÇÃO 2 (01.02.40) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is), no valor de original de R\$6.277,08, com multa de 60%;

Complemento: “*Notas fiscais de entradas com lançamento no livro registro de entradas de crédito fiscal a maior que o constante nas próprias notas. Vide em anexo ÍNDICE DO PAF.*”

INFRAÇÃO 3 (010.02.42) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no valor de original de R\$4.232,39, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 (03.01.04) – O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, no valor de original de R\$1.228,89, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 (03.02.02) – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de original de R\$22.045,89, com multa de 60%;

Complemento: “*Houve saídas tanto internas quanto para outros estados com uso de alíquota de 4%, quando deveria ser de 17 e 12%, respectivamente. Ver em anexo ÍNDICE DO PAF*”.

INFRAÇÃO 6 (06.02.01) – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no valor de original de R\$8.349,20, com multa de 60%;

Complemento: “*Esta infração está diretamente relacionada à infração 01.02.02. - Aquisição de Material para Uso e Consumo, pois tem como objeto os mesmos itens. Vide em anexo ÍNDICE DO PAF*”.

INFRAÇÃO 7 (12.01.01) – Recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarque, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, no valor de original de R\$22.880,91 com multa de 60%;

INFRAÇÃO 8 (16.01.01) – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no valor de R\$8.002,66;

INFRAÇÃO 09 (16.01.02) – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal, no valor de R\$3.440,31.

O representante do autuado apresenta defesa de fls. 56/74, de início, relata quanto à tempestividade da impugnação, e sobre o histórico cronológico da empresa desde a sua fundação e as principais atividades de desenvolvimento, produção e comercialização, relacionadas à construção civil. Destaca a responsabilidade socioambiental, sendo um dos principais valores buscados ao desenvolver, fabricar e comercializar seus produtos. Reproduz as imputações e passa a arguir os fatos:

Impugna em relação às infrações 1 e 6 - aquisição de material e do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais – que não merece prosperar, pois a fiscalização nega o direito ao crédito do imposto devidamente recolhido. O trabalho fiscal desobedece a norma constitucional que assegura a não-cumulatividade do ICMS, conforme a reprodução do art. 155, II, §2º, I. Transcreve ainda, o art. 19 da LC nº 87/96 e destaca que, de acordo com o que enuncia o referido artigo, tem-se que o direito ao crédito de ICMS tem origem nas operações anteriores transacionadas pelo contribuinte.

Ademais, tendo em vista que as mercadorias não são alheias às atividades do estabelecimento, não há que se falar em ausência de direito ao crédito de ICMS. Reitera que para cálculo do valor histórico do ICMS, na infração foi utilizada apenas a alíquota interna de 17%, no entanto, o diferencial de alíquotas consiste na aplicação do percentual resultante da diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Destaca que a infração 6, está diretamente relacionada a infração 1, tem como objeto os mesmos itens, o trabalho fiscal considerou o diferencial de alíquotas, aplicando a alíquota de 10%.

Quanto às operações supostamente relacionadas à aquisição de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento, não se comprovou no trabalho fiscal que os bens tenham sido adquiridos para consumo. Acrescenta que ao verificar a planilha (doc. 3), o material adquirido foi utilizado em seu processo de produção, portanto imperioso o direito ao crédito conforme artigo 19 da LC Nº 87/96 e notas fiscais acostadas (doc. 4 - mídia digital), devendo ser totalmente cancelada a infração 1.

Assim as infrações 1 e 6 não devem prosperar. Subsidiariamente, requer a redução da alíquota aplicada na infração 1, para que conste a diferença de alíquota e não a alíquota interna.

Em relação às infrações 2 e 3 - não utilização de crédito a maior -, para infração 2 observou que

ao calcular o crédito de ICMS utilizado pela Impugnante, o trabalho fiscal, incorretamente, aplicou a base de cálculo reduzida, quando o correto seria utilizar o valor total da Nota Fiscal (doc. 5), visto que, a redução prevista no Decreto nº 7.799/2000 é facultada ao contribuinte, não podendo, portanto, ser imposta pelo fisco com o objetivo de reduzir o crédito a que o contribuinte faz jus.

Na infração 3, acosta as Notas Fiscais nºs 505, 117.161, 113.627, 176.322, 95.945 e 159.787 (doc. 6), assevera que são documentos hábeis a comprovar o crédito devidamente utilizado pelo autuado. A Nota Fiscal nº 2.507 foi cancelada e o valor foi devidamente estornado, conforme mostram os registros contábeis de 31/5/2016.

Sustenta que não há que se falar em utilização de crédito a maior e, portanto, as infrações nºs 2 e 3 não devem prosperar.

No que pertine à infração 4 - recolhimento do ICMS e registro contábil – declara que a Nota Fiscal nº 82.144, trata de uma venda com destino ao Estado do Ceará, portanto incide a alíquota de 12%, conforme disposto no inciso II do artigo 50 do RICMS/BA, devidamente registrada no Livro de Saída, no mês de Setembro/2014 (doc. 7).

Assinala que a Nota Fiscal nº 99.067, devidamente registrada no Livro de Saída do período de Julho/2015, trata-se de uma devolução de material de uso e consumo referente a Nota Fiscal 240.227 de 24/07/2015, devidamente registrada no Livro de Entradas do mês de Julho/2015 (doc. 8). Também verifica que a Nota Fiscal nº 106.692, devidamente registrada no Livro de Saída do período de Janeiro/2016, corresponde a uma devolução de material de uso e consumo, referente a Nota Fiscal nº 89.333, devidamente registrada no Livro de Entradas do período de Novembro/2015 (doc. 9).

Consigna que em relação à Nota Fiscal nº 100.996, devidamente registrada no Livro de Entradas e Saídas do mês de Agosto/2015 (doc. 10).

Afirma que está comprovado pelos documentos, não há que se falar em divergência entre o ICMS recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, sendo imperioso o cancelamento da infração 4.

A infração 5 relativa à correta aplicação da alíquota na saída de mercadorias regularmente escrituradas, aduz que não prospera a alegação da fiscalização, de que aplicou a alíquota de 4%, em operações sujeitas a alíquotas de 17% e 12%.

Esclarece que as mercadorias que constam nas Notas Fiscais (doc. 11 - mídia digital) são importadas e foram remetidas pela Eternit para outros estados da Federação, enquadrando-se na hipótese do artigo 1º da Resolução do Senado Federal nº 13, de 2012, conforme reproduzido.

Sustenta que as alíquotas de ICMS foram corretamente aplicadas pela Impugnante, portanto imperioso o cancelamento da infração 5.

Quanto à infração 7 - recolhimento do ICMS sobre as mercadorias importadas do exterior – afirma que a base de cálculo do ICMS nas operações de importação está determinada no artigo 13, inciso V da Lei Complementar nº 87/96 (transcreve). Salienta que a LC nº 24, de 07 de janeiro de 1975, autoriza que os Convênios celebrados e ratificados pelos Estados reduzam a base de cálculo do ICMS. Nesse contexto foi celebrado o Convênio ICMS 52/91 (doc. 12 – mídia digital), que concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais, nele está previsto que a base de cálculo do ICMS, nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais, arrolados no Anexo I deste Convênio, seja equivalente a 8,80%.

Verifica que as bases de cálculo utilizadas pela Impugnante, na Declaração de Importação nº 14/0911547-1 (doc. 13), na Declaração de Importação nº 15/0277190-1 (doc. 14) e na Declaração de Importação nº 15/0804294-4 (doc. 15) foram calculadas de acordo com o artigo 13, inciso V da Lei Complementar nº 87/96, bem como o Convênio ICMS 52/91.

Afirma que resta comprovado que a base de cálculo do ICMS utilizada obedeceu a legislação

vigente, devendo ser cancelada a infração 7.

Para as infrações 8 e 9, a realização de entradas de mercadorias, bens ou serviços tributáveis e não tributáveis sem a emissão de documentos fiscais e registro contábil – sustenta que não realizou entradas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais ou registro contábil, como é possível verificar pelas notas fiscais de mercadorias sujeitas à tributação (doc. 16 - mídia digital), acompanhadas de planilha com a explicação do que ocorreu com cada nota fiscal (doc. 17), nos Livros de Entradas de 2014 a 2016 (doc. 18 - mídia digital) e nos Livros de Saídas de 2014 a 2016 (doc. 19 - mídia digital). Refuta que as supostas divergências apuradas pelo trabalho fiscal resultam do fato de não haver se levado em conta as movimentações internas ocorridas nas fábricas da Impugnante.

Pede a anulação da referida autuação, sob pena de afronta aos princípios fundamentais que regem as relações entre a Administração Pública e os administrados, quais sejam, os princípios da segurança jurídica e da razoabilidade.

Roga pelo princípio da razoabilidade, tem-se que sua aplicação é fundamental para que sejam impostas limitações à discricionariedade da Administração Pública. Nesse sentido, espera-se da Administração que a orientação que ela tenha adotado em determinada situação também seja utilizada em outros casos semelhantes.

Ademais, diz que não pode-se aplicar como penalidade o inciso XI do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, que não tem efeitos no mundo jurídico desde 21/12/2017 devido a sua revogação. Sendo imperioso o cancelamento da infração 9.

Alega que as multas aplicadas nas infrações (1 a 7) de 60% é abusiva. Cita e reproduz o art. 150, IV, da CF, que diz ser a multas confiscatórias e restritivas, sendo cabível a aplicação por analogia. Acrescenta que o artigo constitucional em exame estabelece que a Administração Tributária deverá respeitar não só os princípios estabelecidos naquele dispositivo, como também as garantias asseguradas ao contribuinte existentes nas demais disposições da Constituição Federal. Acosta julgados do STF (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 882.461 - MG. Relator Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 16.04.2015; AgR ARE: 851059 RN. Relator: Min. Roberto Barroso. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Data de Julgamento: 01/03/2016; Recurso Extraordinário nº 935.324. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 15/02/2016. Publicado em 29/02/2016) que entende que as multas elevadas também têm caráter confiscatório.

Repete argumento de que dentre tais garantias, destaca-se o direito de propriedade preconizado no artigo 5º da Constituição Federal e que assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional a prerrogativa de não terem seu patrimônio dilapidado sem prévia indenização, ou, quando da atuação dos agentes tributários, sem a existência de arrecadação extremada, salvo em situações excepcionais onde for permitido o caráter extrafiscal do tributo, o que não corresponde à situação em tela.

Pede que as multas aplicadas sejam julgadas nulas.

Ao final requer e solicita:

- suspensão da exigibilidade do crédito tributário correlato, nos termos do art. 151, III, do CTN;
- cancelamento da infração 1, em virtude da ausência de créditos tomados indevidamente que justifiquem a cobrança, bem como cancelar a infração 6, tendo em vista a ausência de comprovação de que as mercadorias adquiridas de outras unidades da federação foram destinadas ao uso e consumo do estabelecimento. Na infração 1, subsidiariamente, requer a redução da alíquota aplicada, para que conste a diferença de alíquota e não a alíquota interna;
- cancelamento das infrações 2 e 3, em virtude da ausência de débitos de ICMS que justifiquem as cobranças;
- cancelamento da infração 4, em virtude da documentação comprovar que não há divergência entre o ICMS recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais;

- cancelamento da infração 5, em virtude da correta aplicação das alíquotas de ICMS;
- cancelamento da infração 7, em virtude da aplicação da base de cálculo do ICMS Importação conforme disposto no Convênio ICMS 52/91;
- cancelamento das infrações 8 e 9, em virtude da Impugnante comprovadamente não haver realizado entradas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais e os respectivos registros contábeis nos anos de 2014 a 2016. Subsidiariamente cancelamento da infração 9, fundamentada no inciso XI do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, revogado desde 21/12/2017.

Requer ainda que as penalidades de multa sejam julgadas nulas, pois distorcidas da realidade dos fatos, com nítido caráter confiscatório, o que é expressamente proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Informa que juntará à via física da presente impugnação, apenas os documentos de até 100 (cem) páginas legíveis e serão juntados apenas na mídia digital os documentos que não ficarem legíveis após impressão em folha A4 ou com 101 (cento e uma) páginas ou mais. Caso necessária a juntada da via física dos documentos entregues apenas em mídia digital, requer seja a Impugnante intimada para fazê-lo.

Solicita, sob pena de nulidade, sejam as publicações, intimações e correspondências referentes ao presente processo efetuadas exclusivamente em nome de GUSTAVO PINHEIROS GUIMARÃES PADILHA, inscrito na OAB/SP sob o nº 178.268-A e PAULO FRANCISCO MAIA DE RESENDE LARA, inscrito na OAB/SP sob o nº 250.257, ambos com escritório na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, 105, 15º andar - Cidade Monções - São Paulo/SP, CEP: 04571-010.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 195/204, informando que:

NAS INFRAÇÕES 1 E 6: conforme consta do demonstrativo apensado ao PAF – folhas 18 e 19 – a glosa de crédito, objeto da infração 1, incidiu sobre as entradas internas (provenientes do estado da Bahia), com alíquota de 17% (18% a partir de 10/03/16), e as interestaduais à 7 ou 12%, conforme o estado de origem.

Quanto à cobrança da diferença de alíquotas (infração 6) o cálculo está definido na coluna “DIFAL” onde se vê que o valor a cobrar é resultante da incidência da diferença entre as alíquotas interna e interestadual (“17-B”) sobre a base de cálculo (“A”).

Portanto, ao ver desta fiscalização, a forma de cálculo está claramente demonstrada, salientando-se que o demonstrativo, em apreço, serviu de base para a exigência constante nessas duas infrações.

Com relação à natureza dos materiais, objeto da glosa de crédito, resta clara a infração por tratar-se de itens que, pela própria descrição, deduz-se serem materiais de uso e consumo, tais como kit de brocas, réguas serigráficas, fitas, bolsas personalizadas, cabo de força, aparelho de barbear, aparelho de som, serra circular, reator de lâmpadas, etc. Fato este reforçado pela descrição da função no processo industrial – folha 102 do PAF - onde se vê que a utilização ocorreu em laboratório, como ferramentas, material de brinde, peça de manutenção, suportes, substituição de peças, etc.

Salienta que todo esse material adquirido foi objeto desta infração por não preencher as condições estabelecidas nos arts. 309 a 315 do RICMS/2012. Em virtude dos itens relativos às entradas interestaduais que compõem a infração 1 serem os mesmos da infração 6, o que vale para aquela, vale também para esta, ou seja, se há procedência para uma há também para a outra. Pugna pela procedência total das duas infrações.

INFRAÇÃO 2: segundo o art. 309 do atual RICMS/Ba, constitui crédito fiscal o valor do imposto cobrado (destacado no documento fiscal), portanto para as Notas Fiscais nºs 1475, 1610, 3787, 4712 e 302923, o valor a utilizar do crédito é o valor constante no documento fiscal, segundo base de cálculo adotada na operação, e não o valor total como alega a empresa.

Ressalta as Notas Fiscais nºs 87223, 87379, 87380 e 414466, após consulta ao site da SEFAZ-Ba no campo SPED/Nota Fiscal Eletrônica, destaca que o campo relativo ao valor do ICMS apresenta

valor zero (ver em anexo), e não há, no campo “informações adicionais”, referências a valores de imposto que pudesse ensejar análise quanto à possibilidade de uso. Portanto, a exigência da glosa de crédito é devida.

Para as demais notas, verificou que o campo “informações adicionais” carreia informações que justificam o uso do crédito. Essas notas serão retiradas da lista de cobrança, conforme o novo demonstrativo em anexo. Pugna pela procedência parcial desta infração.

INFRAÇÃO 3: destaca que esta infração é composta de sete notas fiscais de entradas, lançadas no livro de entrada, com uso do crédito fiscal sem comprovação de sua existência, sendo que para as Notas de nºs 113627 e 176322, o autuado não apresentou contestação. No entanto, com relação às demais Notas Fiscais nºs 505, 95945 e 159787, foram canceladas pelo emitente –anexo. Em relação a Nota Fiscal nº 117161, não foi encontrada no sistema SEFAZ, conforme seu código de acesso “52150361092037000505550010001171611374446184”. E quanto à Nota Fiscal nº 2507, no qual afirma a autuada que foi cancelada, e justifica que houve estorno em registros contábeis, não os apresenta. Além do mais, não foi visto lançamento de estorno de crédito deste mister no livro registro de apuração de ICMS. Pugna pela procedência da imputação.

INFRAÇÃO 4: informa que o contribuinte justifica as notas fiscais, envolvidas nesta infração, da seguinte forma:

- Notas Fiscais nºs 99067 e 106692: Por tratar-se de devolução de material de uso e consumo caberia o débito na nota fiscal de saída, no livro registro de saída e o respectivo crédito no livro de apuração de ICMS. Como esta última parte não ocorreu, não houve prejuízo ao estado. Apesar do descumprimento das formalidades exigidas pelo regulamento (art-452 do RICMS-Ba), serão aceitas as justificativas apresentadas.
- Nota Fiscal nº 82144: Conforme arquivos constantes em banco de dados da SEFAZ – EFD – o lançamento a débito de ICMS no livro de saídas aparece com valor zero.
- Nota Fiscal nº 100996: apresentou cópia da nota de saída, onde o campo débito ICMS normal não aparece. Porem, neste campo existe o débito de valor R\$ 378,18 que não se repete no lançamento efetuado no livro de saídas.

Acosta novo demonstrativo e pugna pela procedência parcial da infração.

INFRAÇÃO 5: salienta que esta infração baseia-se em saídas interestaduais e também internas. Para estas, não há qualquer previsão regulamentar de aplicação de alíquota de 4%. Para estes casos a autuada nada justificou.

Quanto às saídas interestaduais, verifica que a empresa justifica o uso da alíquota de 4%, por terem sido importados os itens em discussão e anexa como prova o Doc. 11 – mídia digital.

Analizando a mídia, observa que a impugnante apenas acostou cópias em PDF das notas fiscais de saída, objeto desta infração, onde normalmente consta no campo “informações complementares”, a menção à Resolução do SF de nº 13/2012, por pretensa importação de cada item.

Explica que somente essa informação nas notas fiscais não justifica o uso da alíquota de 4% ao invés de 12%, comumente utilizada em saídas interestaduais. Afirma ser imperioso que o autuado demonstre que houve efetiva importação dos itens que compõem esta infração, o que não ocorrerá.

Ressalta que verificou, para cada um dos itens autuados que, para quase todos não foram detectadas importações. Estes itens são: BRAÇO QUA LAT 90° 400MM CROM 1904E, CABIDE LATAO CROMADO 2060E44, CONJ ACESSORIO BANH CROM 5PCS 2005E31, DUCHA ABS 70 C/ DESV FLEX DUC MAN 4806E, DUCHA HIG C/FLX DUC MAN 2996E71, DUCHA HIG C/FLX DUC MAN 2996E73, DUCHA HIGIENICA C/ DERIV 1/2 1984E64, FILTRO AGUA TUBULAÇÃO 3/4 ETERCLEAN, MIST MONOC COZ C/SAÍDA P/FILTRO 2263E76, MISTUR MONOC ALTO P/LAV 2877E74, MISTUR MONOC COZ 2218E76, MISTUR MONOC COZ 2222E76, MISTUR MONOC COZ 2238E76, MISTUR MONOC COZ 2239E76, MISTUR MONOC COZ 2240E76, MISTUR MONOC COZ 2265E76, MISTUR MONOC COZ 2266E76, MISTUR MONOC COZ 2267E76, MISTUR MONOC P/COZ 2256E60, MISTUR MONOC P/COZ 2256E74, MISTUR MONOC P/COZ 2256E79, MISTUR MONOC P/DUCHA 2994E60, MISTUR MONOC

P/LAV 2875E60, MISTUR MONOC P/LAV 2875E70, MISTUR MONOC P/LAV 2875E73/74/75, MISTUR MONOC P/LAV 2877E70/73/75, MONOC LAV 2877E77, PAPELEIRA LATAO CROMADO 2020E44/63, PRAT VIDRO 50CM CROM 2030E44, ROLAMENTO 6230 2RS C3, SABONETEIRA LATAO CROM 2008E44, SABONETEIRA LATAO CROM 2010E63, TOALH ARGOLA LATAO CROM 2050E44/63, TOALH BARRA 60CM LAT CROM 2040E44, TORN COZ B MOV A/ART MESA 1167E64, TORN COZ B MOV A/ART PAR 1168E64, TORN FECH AUTOMATICO LAV 1/2 1171E55, TORNEIRA LAV BICA ALTA 1195E31, TORNEIRA LAV BICA ALTA MESA 1198E44/56, TORNEIRA TANQUE C/AREJ 1/2 1128E32/34, TORNEIRA TANQUE/JARDIM 1/2 1130E32/34, TORNEIRA TANQUE/MAQ 1/2 1131E32/34, VALV MICTORIO FECH AUTOMATICO 2571E55 e VÁLVULA DIR. MANUAL VHS.

Aduz que, apenas para o item TORNEIRA LAV MESA 1/2 1197E31, foram observadas importações, contudo, em quantidades insuficientes comparadas com as quantidades que saíram com a alíquota de 4%. Pugna pela procedência.

INFRAÇÃO 7: esclarece quanto à DI 1409115471, o que há de divergente entre os argumentos defensivos e os dados da fiscalização na composição da base de cálculo do ICMS sobre a importação é o valor da despesa aduaneira de armazenagem. Este foi obtido por meio de recibo de despesa de armazenagem, disponibilizado pelo autuado, para análise e que consta do processo de importação. Neste recibo, o valor que consta, salvo algum equívoco, é R\$ 60.522,93, diferente do que o autuado aponta (retirada de DI), ou seja, R\$ 6.500,00.

Registra que a outra divergência de informação, e aí reside a maior diferença, é o fato do autuado ao montar a base de cálculo ter incluído o valor de ICMS, baseado na carga tributária reduzida (8,8%), e não na carga efetiva de 17%. Reitera que esta matéria já fora julgada pelo CONSEF-Ba, com decisões favoráveis ao procedimento adotada por esta fiscalização. Ver acórdãos A-0412-11.14 da 1^a. CJF e A-0159-05.17 da 5^a. JJF.

Refuta que para a DI 1502771901, diz que esta fiscalização não entendeu o motivo da contestação, visto que os dados utilizados na montagem da base de cálculo são os mesmos, até o próprio valor da despesa de armazenagem coincide, R\$ 3.010,97 (ver recibo apresentado pela autuada em seu anexo – folha 172 do PAF). E para a DI 150802944, pontua que a única divergência aparente é o valor da armazenagem, já que a impugnante utilizou o valor de R\$ 1.500,00 (folha 182 do PAF) e esta fiscalização, R\$ 5.974,38 (obtido de recibo de despesa de armazenagem constante do processo de importação disponibilizado pela empresa). Deveria a empresa apresentar o recibo de armazenagem devido. Pugna pela procedência.

INFRAÇÕES 8 E 9: salienta que estas duas infrações têm por base, não a falta de emissão de documento fiscal, já que esses existem, mas a falta de escrituração desses documentos fiscais no livro Registro de Entradas. Declara que, embora o autuado tenha efetuado sua defesa em único tópico, por se tratarem de infrações de mesma natureza, cabe ressaltar que a mesma nada justificou acerca da infração 9, cujo demonstrativo possui título “*Notas fiscais de entradas em operações não tributadas não lançadas no livro registro de entradas – EFD*”.

Pugna pela procedência da infração 9. Em relação à infração 8, verifica que o defendente anexou cópia de diversas notas fiscais de entradas não registradas, e cópias de alguns lançamentos de notas de entradas no livro próprio, sendo que tenta justificar o não registro alegando tratar-se de nota fiscal de devolução, nota fiscal recusada, Industrialização, nota fiscal de venda, nota fiscal lançada, remessa de material para prestação de serviços, nota fiscal de cancelamento de NF de saída por devolução, nota complementar de ICMS, transferência, nota fiscal cancelada, Nota Fiscal de Remessa de SUCATA, nota substituta de outra nota fiscal e não recebimento de nota fiscal, tudo conforme documento 17 da mídia eletrônica.

Faz uma análise de todo tipo de situação das notas (recusadas, canceladas e lançadas).

Anexa novo demonstrativo com exclusão da Notas Fiscais nºs 6792 e 324552, e pugna pela procedência parcial desta infração, com a retirada, no demonstrativo, dessas Notas Fiscais.

Conclui pela Procedência Parcial do Auto de Infração, com as ressalvas já destacadas nas infrações 2, 4 e 8.

Em nova manifestação do contribuinte, fls. 235/244, o representante repete os mesmos argumentos da defesa inicial, com exceção das infrações 3 e 4.

Na infração 3, alega quanto às Notas Fiscais nºs 113627, 176322, 176322, 177161 e 2507, afirmando que foram contestadas e registradas nos livros de entrada, porém foram cometidos alguns equívocos no registro. Quanto a Nota nº 113627, refere-se a saída de produtos da Eternit Goiás para o cliente Sarkis e Sarkis Ltda., localizado no Distrito Federal, portanto foi equivocadamente inserida no Livro de Entradas da Impugnante. A Nota Fiscal correta é a 118627 (doc. 2) correspondente a entrada na fábrica de Simões Filho, de telha ondulada produzida na fábrica de Goiás.

Para a Nota nº 176322, refere-se a devolução de produtos da Casa da Construção para a Eternit S.A. de Simões Filho, portanto foi equivocadamente inserida no Livro de Entradas da Impugnante. A nota fiscal correta é a 176332 (doc. 3) correspondente a entrada na fábrica de Simões Filho da devolução de mercadoria realizada pela M.A. Frota e CIA Ltda.

Já a Nota nº 177161 não foi encontrada no sistema da SEFAZ/BA, pois a nota fiscal de entrada correta é a 117160 (doc. 4), que foi equivocadamente registrada no Livro de Entrada como Nota Fiscal nº 177161, correspondente a saída de produtos da fábrica de Goiás para o cliente A Borges Oliveira.

E a Nota nº 2507 foi cancelada e substituída pela Nota Fiscal 2509, a qual encontra-se devidamente escriturada no Livro de Entradas da Impugnante (doc. 5). O crédito tomado pela Impugnante corresponde ao valor do crédito da Nota Fiscal nº 2509.

Impugna para a infração 4 em relação às Notas nºs 82144 e 100996.

Diz que a Nota nº 82144, é possível verificar no Livro de Saídas de 09/2014, tem como ICMS debitado o valor de R\$ 323,19 (doc. 6). E a Nota nº 100996, afirma está registrada no Livro de Saídas e tem a natureza de anulação de valor relativo a aquisição de serviço de transporte relativo ao Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico nº 520, devidamente registrado no Livro de Entradas. Acrescenta que o ICMS de R\$ 378,18 não tenha sido debitado no livro de saídas, os documentos comprovam que a Impugnante não tomou este crédito e que esta operação foi anulada conforme a Nota Fiscal nº 100996. Portanto, não ocorreu prejuízo ao erário público.

Ao fim pede novamente pede pelo cancelamento do Auto de Infração referente às infrações reduzidas e igualmente para as infrações mantidas integralmente.

Requer novamente, sob pena de nulidade, que sejam as publicações, intimações e correspondências referentes ao presente processo efetuadas exclusivamente em nome de GUSTAVO PINHEIROS GUIMARÃES PADILHA, inscrito na OAB/SP sob o nº 178.268-A e PAULO FRANCISCO MAIA DE RESENDE LARA, inscrito na OAB/SP sob o nº 250.257, ambos com escritório na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, 105, 15º andar - Cidade Monções - São Paulo/SP, CEP 04571-010. Protesta, igualmente, pela juntada de documentos que venham a ser úteis à sua defesa, especialmente na defesa das infrações 7, 8 e 9.

Em nova informação fiscal, fls. 292/297, o autuante informa os mesmos argumentos para todas as infrações, com exceção das infrações 3 e 4.

Para a infração 3, aceita os argumentos defensivo e diz que as Notas Fiscais nºs 113627, 176322, 117161 e 2507, foram retirados da lista, remanescendo as Notas Fiscais nºs 95945, 159787 e 505, conforme explicado na informação fiscal anterior e não contestado pelo autuado. Anexa novo demonstrativo de débito.

Quanto à infração 4, informa que na Nota nº 82144 entende que deve ser considerado legítimo é o arquivo constante na base de dados da SEFAZ – EFD, que é informado pelo próprio contribuinte. Dessa forma, não serão aceitos os argumentos defensivos. Já a Nota nº 100996, aceitou os argumentos e retirou da lista.

Pede pela Procedência Parcial do Auto de Infração

VOTO

Destaco inicialmente que o Auto de Infração em análise, obedeceu às regras atinentes ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto 7.629/99, especificamente as ditadas no Cap. III “Do Auto de Infração”, Arts. 38 a 47, contêm a qualificação do autuado, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigação tributária principal, o demonstrativo de débito tributário, com a data de ocorrência dos fatos geradores do imposto exigível, e outros detalhes necessários para o perfeito entendimento da acusação fiscal.

Percebe-se que a descrição fática é suficiente para o entendimento da imputação que está sendo feita ao contribuinte, de forma clara e com a indicação de dispositivos legais dados como infringidos, o que permitiu o conhecimento da acusação fiscal e a apresentação da impugnação por parte do sujeito passivo.

Passo à análise do mérito da autuação.

Na infração 01 a acusação versa que o sujeito passivo utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Com relação à natureza dos materiais, objeto da glosa de crédito, resta clara a infração por tratar-se de itens que, pela própria descrição, deduz-se serem materiais de uso e consumo, tais como kit de brocas, réguas serigráficas, fitas, bolsas personalizadas, cabo de força, aparelho de barbear, aparelho de som, serra circular, reator de lâmpadas, etc. Fato este reforçado pela descrição da função no processo industrial acostado – folha 102 do PAF - pelo impugnante, onde se vê que a utilização ocorreu em laboratório, com ferramentas, material de brinde, peça de manutenção, suportes e substituição de peças, etc.

O defensor argui que não se comprovou no trabalho fiscal que os bens tenham sido adquiridos para consumo do estabelecimento, mas em contrário, sustenta que todo o material adquirido foi utilizado em seu processo de produção, portanto imperioso o direito ao crédito conforme artigo 19 da LC Nº 87/96, e notas fiscais acostadas (doc. 4 - mídia digital), devendo ser totalmente cancelada a infração.

Assim, todo esse material objeto desta infração não preenche as condições estabelecidas nos arts. 309 a 315 do RICMS/2012, os quais dispõe sobre as condições para a constituição de crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes, e para fins de apuração do imposto a recolher.

Especificamente o Art. 310, IX, Parágrafo Único, II do RICMS/2012, veda o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita, quando a mercadoria ou bem vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento, sendo que salvo prova em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento, os bens, materiais, mercadorias ou serviços não destinados à utilização na comercialização, na industrialização, na produção ou extração, na geração ou na prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação.

Conforme consta do demonstrativo apensado ao PAF – folhas 18 e 19 – a glosa de crédito, objeto da infração, incidiu sobre as entradas internas (provenientes do Estado da Bahia) com alíquota de 17% (18% a partir de 10/03/16) e as interestaduais a 7 ou 12%, conforme o estado de origem.

Não restou comprovado que os bens ou mercadorias, objeto da autuação, não foram destinados ao uso/consumo do estabelecimento.

Infração procedente.

A infração 06 relaciona-se com a infração 01, pois os itens de mercadorias e bens são os mesmos, portanto será analisada conjuntamente. Trata-se de falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação, e destinadas a consumo do estabelecimento.

Quanto à cobrança da diferença de alíquotas, o cálculo está definido na coluna “DIFAL”, onde se vê que o valor a cobrar é resultante da incidência da diferença entre as alíquotas interna e interestadual (“17-B”), sobre a base de cálculo (“A”).

Constatou que a forma de cálculo está claramente demonstrada, salientando-se que o demonstrativo em apreço serviu de base para a exigência constante nas infrações 01 e 06, e encontra-se às fls. 18 a 19.

Observo que os itens relativos a entradas interestaduais que compõem a infração 1, são os mesmos da infração 6, devendo ser pago o ICMS /DIFAL.

Infração procedente.

A infração 02 refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is), no valor de original de R\$6.277,08, com multa de 60%;

Na ação fiscal foi detectada a ocorrência de “*Notas fiscais de entradas com lançamento no livro registro de entradas de crédito fiscal a maior que o constante nas próprias notas*”.

O sujeito passivo refuta o cometimento da infração, sob o argumento de que há incorreção no cálculo do crédito fiscal, pois a fiscalização aplicou incorretamente a base de cálculo reduzida, quando o correto seria utilizar o valor total da Nota Fiscal (doc. 5), visto que a redução prevista no Decreto nº 7.799/2000 é facultada ao contribuinte, não podendo, portanto, ser imposta pelo fisco com o objetivo de reduzir o crédito a que o contribuinte faz jus.

Diante do argumento, o autuante, ao prestar a informação fiscal, pontua que segundo o art. 309 do atual RICMS/BA, constitui crédito fiscal o valor do imposto cobrado (destacado no documento fiscal), portanto, para as Notas Fiscais nºs 1475, 1610, 3787, 4712 e 302923, o valor a utilizar do crédito é o valor constante no documento fiscal, segundo a base de cálculo adotada na operação, e não o valor total, como alega a empresa.

Ressalta que para as Notas Fiscais nºs 87223, 87379, 87380 e 414466, após consulta ao site da SEFAZ-Ba, no campo SPED/Nota Fiscal Eletrônica, o campo relativo ao valor do ICMS apresenta valor zero (ver em anexo), e não há no campo informações adicionais, referências a valores de imposto que pudesse ensejar análise quanto à possibilidade de uso. Portanto, a exigência da glosa de crédito é devida.

Para as demais notas, verificou que o campo informações adicionais carreia informações que justificam o uso do crédito. Retira-as da lista de cobrança, conforme o novo demonstrativo em anexo.

Acompanho as correções efetuadas pelo auditor fiscal, infração procedente em parte, no valor de R\$3.883,15, conforme demonstrativo de fl. 206 do PAF.

O demonstrativo de débito assume a seguinte feição:

DATA OCORRÊNCIA	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	MULTA	VALOR HISTÓRICO
30.06.2014	971,88	17		165,22
30/10/2014	6.731,35	17		1.144,33
30/11/2014	3.975,35	17		675,81
31/01/2015	4.266,82	17		725,36
31/03/2015	1.122,35	17		190,80
31/07/2015	3.656,64	17		621,63
30/08/2015	2.117,64	17		360,00
TOTAL		17		3.883,15

A infração 03 decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do

competente de documento comprobatório do direito ao referido crédito, no valor original de R\$4.232,39, com multa de 60%;

O defensor acosta as Notas Fiscais nºs 505, 117.161, 113.627, 176.322, 95.945 e 159.787 (doc. 6), as quais seriam documentos hábeis a comprovar o crédito devidamente utilizado.

Argumenta ainda, que a Nota Fiscal nº 2.507 foi cancelada, e o valor foi devidamente estornado, conforme mostram os registros contábeis de 31/5/2016.

Verifico que esta infração é composta de sete notas fiscais de entradas, lançadas no livro Registro de Entradas com uso do crédito fiscal. O autuado não apresentou os documentos fiscais, para comprovar que faz jus à utilização dos créditos fiscais. Para as Notas de nºs 113627 e 176322, o autuado não apresentou contestação.

O autuante informa, com relação às demais Notas Fiscais nºs 505, 95945 e 159787, que foram canceladas pelo emitente. Em relação a Nota Fiscal nº 117161, não foi encontrada no sistema SEFAZ, conforme seu código de acesso “52150361092037000505550010001171611374446184”. Quanto à Nota Fiscal nº 2507, que foi cancelada, o sujeito passivo justifica que houve estorno nos registros contábeis, porém, não os apresenta.

Em nova manifestação, o contribuinte, fls. 235/244, alega quanto às Notas Fiscais nºs 113627, 176322, 177161 e 2507, que foram registradas nos livros Registro de Entrada, porém, foram cometidos alguns equívocos no registro. Quanto à Nota nº 113627, refere-se a saída de produtos da Eternit Goiás para o cliente Sarkis e Sarkis Ltda., localizado no Distrito Federal, portanto, foi equivocadamente inserida no Livro de Entradas da Impugnante. A Nota Fiscal correta é a de nº 118627 (doc. 2), correspondente a entrada na fábrica de Simões Filho, de telha ondulada produzida na fábrica de Goiás.

A Nota nº 176322, refere-se à devolução de produtos da Casa da Construção para a Eternit S.A. de Simões Filho, portanto, foi equivocadamente inserida no Livro de Entradas da Impugnante. A nota fiscal correta é a 176332 (doc. 3), correspondente a entrada na fábrica de Simões Filho, da devolução de mercadoria realizada pela M.A. Frota e CIA Ltda.

Já a Nota nº 177161, não foi encontrada no sistema da SEFAZ/BA, pois a nota fiscal de entrada correta é a 117160 (doc. 4), que foi equivocadamente registrada no Livro de Entrada como Nota Fiscal nº 177161, correspondente a saída de produtos da fábrica de Goiás, para o cliente A Borges Oliveira.

A Nota nº 2507, foi cancelada e substituída pela Nota Fiscal nº 2509, a qual encontra-se devidamente escriturada no Livro de Entradas da Impugnante (doc. 5). O crédito tomado pela Impugnante, corresponde ao valor do crédito da Nota Fiscal nº 2509.

Em nova informação fiscal, fls. 292/297, o autuante aceita os argumentos defensivos e retira da lista as Notas Fiscais nºs 113627, 176322, 117161 e 2507, remanescendo as Notas Fiscais nºs 95945, 159787 e 505, conforme explicado na informação fiscal anterior e não contestado pelo autuado. Anexa novo demonstrativo de débito.

Acompanho o resultado da infração, expresso no demonstrativo de débito de fl. 298, anexado pelo autuante. Infração procedente em parte, no valor de R\$368,60, com o seguinte demonstrativo de débito:

DATA DE OCORRENCIA	BASE DE CALCULO	ALIQUOTA	MULTA	ICMS
31/04/2014	760,29	17	60	129,25
30/07/2015	635,00	17	60	107,95
31/12/2015	772,94	17	60	131,40
Total				368,60

A infração 04, decorreu do fato de o contribuinte ter recolhido a menor ICMS, em função de

divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, no valor original de R\$1.228,89, com multa de 60%.

O sujeito passivo contesta a autuação, posto que a Nota Fiscal nº 82.144, trata de uma venda com destino ao Estado do Ceará, portanto incide a alíquota de 12%, conforme disposto no inciso II, do artigo 50 do RICMS/BA, e está devidamente registrada no Livro de Saída, no mês de Setembro/2014 (doc. 7).

Assinala que a Nota Fiscal nº 99.067, devidamente registrada no Livro de Saída, no mês de Julho/2015, trata-se de uma devolução de material de uso e consumo referente a Nota Fiscal 240.227 de 24/07/2015, devidamente registrada no Livro de Entradas no mês de Julho/2015 (doc. 8). Também verifica que a Nota Fiscal nº 106.692, está devidamente registrada no Livro de Saída no mês de Janeiro/2016. Trata-se de uma devolução de material de uso e consumo, referente à Nota Fiscal nº 89.333, devidamente registrada no Livro de Entradas do mês de Novembro/2015 (doc. 9).

Consigna que em relação à Nota Fiscal nº 100.996, está registrada no Livro de Entradas e Saídas do mês de Agosto/2015 (doc. 10).

Afirma que está comprovado pelos documentos, não há que se falar em divergência entre o ICMS recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, sendo imperioso o cancelamento da infração 4.

O autuante, na informação fiscal, ao analisar as razões de defesa modifica a infração, como segue:

- Notas Fiscais nºs 99067 e 106692: Por tratar-se de devolução de material de uso e consumo caberia o débito na nota fiscal de saída, no livro Registro de Saída e o respectivo crédito no livro Registro de Apuração de ICMS. Como esta última parte não ocorreu, não houve prejuízo ao estado. Apesar do descumprimento das formalidades exigidas pelo regulamento (art-452 do RICMS-BA), aceita as justificativas apresentadas pelo impugnante.
- Nota Fiscal nº 82144: Conforme arquivos constantes em banco de dados da SEFAZ – EFD – o lançamento a débito de ICMS no livro de saídas aparece com valor zero.
- Nota Fiscal nº 100996: apresentou cópia da nota de saída onde o campo débito ICMS normal não aparece. Porém, neste campo existe o débito no valor de R\$378,18 que não se repete no lançamento efetuado no livro de saídas.

Acosta novo demonstrativo e pugna pela procedência parcial da infração.

Em nova manifestação, o sujeito passivo argumenta em relação às Notas nºs 82144 e 100996:

Diz que a Nota nº 82144, no Livro de Saídas de 09/2014, tem como ICMS debitado o valor de R\$323,19 (doc. 6). A Nota nº 100996, está registrada no Livro de Saídas e tem a natureza de anulação de valor relativo à aquisição de serviço de transporte relativo ao Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico nº 520, devidamente registrado no Livro de Entradas.

Acrescenta que o ICMS de R\$378,18, embora não tenha sido debitado no livro de saídas, os documentos comprovam que a Impugnante não tomou este crédito e que esta operação foi anulada conforme a Nota Fiscal nº 100996. Portanto, não ocorreu prejuízo ao erário público.

O autuante, ao analisar as últimas razões de defesa apresentadas pelo contribuinte quanto à Nota nº 82144, entende que deve ser considerado legítimo o arquivo constante na base de dados da SEFAZ – EFD, que é informado pelo próprio contribuinte, e dessa forma, não aceita os argumentos defensivos. Com relação à Nota nº 100996, aceitou os argumentos e a excluiu do demonstrativo.

Acompanho as correções efetuadas pelo autuante. Infração procedente em parte, no valor de R\$323,19, com data de ocorrência de 30/09/2014.

A infração 05 é relativa ao recolhimento a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de original de R\$22.045,89, com multa de 60%.

O defensor aduz que está correta a aplicação da alíquota na saída de mercadorias regularmente escrituradas, portanto, não prospera a alegação da fiscalização de que aplicou a alíquota de 4%, quando em operações sujeitas às alíquotas de 17% e 12%.

Esclarece que as mercadorias que constam nas Notas Fiscais (doc. 11 - mídia digital), são importadas e foram remetidas pela Eternit para outros Estados da Federação, enquadrando-se na hipótese do artigo 1º da Resolução do Senado Federal nº 13, de 2012, conforme reproduzido.

Sustenta que as alíquotas de ICMS foram corretamente aplicadas, sendo imperioso o cancelamento da infração.

O autuante, na informação fiscal, salienta que esta infração baseia-se em saídas interestaduais e também internas. Para estas, não há qualquer previsão regulamentar de aplicação de alíquota de 4%. Para estes casos o autuado nada justificou.

Quanto às saídas interestaduais, verifica que a empresa justifica o uso da alíquota de 4%, por terem sido importados os itens em discussão, e anexa como prova o Doc. 11 – mídia digital.

Discorre o autuante, que analisando a mídia, observa-se que o impugnante apenas acostou cópias em PDF das notas fiscais de saída objeto desta infração, onde normalmente consta no campo “informações complementares” a menção à Resolução do SF de nº 13/2012, por pretensa importação de cada item. Contudo, somente essa informação em suas notas fiscais, não justifica o uso da alíquota de 4% ao invés de 12%, comumente utilizada em saídas interestaduais. Afirma ser imperioso que o autuado demonstre que houve efetiva importação dos itens que compõem esta infração, o que não ocorreu.

Efetivamente, a alíquota de 4% fixada pela Resolução do Senado Federal nº 13/2012, deve ser utilizada a partir de 1º de janeiro de 2013, nas operações interestaduais de bens e mercadorias importadas do exterior, e nas operações interestaduais de bens e mercadorias industrializadas no país, que tenham conteúdo de insumos importados superior a 40%.

Também na situação em que um contribuinte localizado em outro Estado faz uma importação no Estado da Bahia, mas o destino físico do produto é em outro Estado, deve ser aplicada a alíquota da importação e não a alíquota de 4%. Assim, nas operações de importação de mercadorias ou bens precedentes do exterior, quando destinados à unidade federada diversa daquela do domicílio do importador, sem que os mesmos transitem pelo seu estabelecimento, cabe o recolhimento do imposto sobre eles incidente, à unidade federada onde estiver situado o estabelecimento da pessoa jurídica em que ocorrer a entrada física das mercadorias ou bens, conforme artigo 13º, inciso I, alínea “d” da Lei Estadual nº 7.014/96.

Na Nota Fiscal Eletrônica, utilizada nas operações interestaduais, deverá ser informado em campo próprio o número da FCI (Ficha de Conteúdo de Importação), e o conteúdo de importação expresso percentualmente.

Nada disso restou comprovado pelo sujeito passivo.

Infração procedente.

A infração 07 decorre do recolhimento a menor do ICMS, devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarque, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, no valor original de R\$22.880,91, com multa de 60%.

O sujeito passivo afirma que a base de cálculo do ICMS nas operações de importação, está determinada no artigo 13, inciso V da Lei Complementar nº 87/96 (transcreve). Salienta que a LC nº 24, de 07 de janeiro de 1975, autoriza que os Convênios celebrados e ratificados pelos Estados

reduzam a base de cálculo do ICMS. Nesse contexto, foi celebrado o Convênio ICMS 52/91 (doc. 12 – mídia digital), que concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais, nele está previsto que a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I deste Convênio, seja equivalente a 8,80%.

Verifica que as bases de cálculo utilizadas pela Impugnante na Declaração de Importação nº 14/0911547-1 (doc. 13), na Declaração de Importação nº 15/0277190-1 (doc. 14) e na Declaração de Importação nº 15/0804294-4 (doc. 15), foram calculadas de acordo com o artigo 13, inciso V da Lei Complementar nº 87/96, bem como o Convênio ICMS 52/91.

Afirma que resta comprovado que a base de cálculo do ICMS utilizada, obedeceu à legislação vigente, devendo ser cancelada a infração 7.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, destaca os seguintes pontos:

Quanto à DI 1409115471, o que há de divergente entre os argumentos defensivos e os dados da fiscalização na composição da base de cálculo do ICMS sobre a importação, é o valor da despesa aduaneira de armazenagem. Este foi obtido pela fiscalização através de recibo de despesa de armazenagem disponibilizado pela autuada para análise, e que consta do processo de importação. Neste recibo, o valor que consta, salvo algum equívoco, é R\$60.522,93, diferente do que a autuada aponta (retirada de DI), ou seja, R\$6.500,00.

Registra que a outra divergência de informação, e aí reside a maior diferença, é o fato de o autuado ao montar a base de cálculo, ter incluído o valor de ICMS baseado na carga tributária reduzida (8,8%), e não na carga efetiva de 17%. Reitera que esta matéria já fora julgada pelo CONSEF-BA com decisões favoráveis ao procedimento adotado por esta fiscalização. Ver Acórdãos A-0412-11.14 da 1ª. CJF e A-0159-05.17 da 5ª. JJF.

Com relação à DI 1502771901, não entendeu o motivo da contestação, visto que os dados utilizados na montagem da base de cálculo são os mesmos, até o próprio valor da despesa de armazenagem coincide, R\$3.010,97 (ver recibo apresentado pela autuada em seu anexo – folha 172 do PAF). E para a DI 150802944, pontua que a única divergência aparente é o valor da armazenagem, já que a impugnante utilizou o valor de R\$1.500,00 (folha 182 do PAF) e esta fiscalização, R\$5.974,38 (obtido de recibo de despesa de armazenagem constante do processo de importação disponibilizado pela empresa).

Em razão desta infração decorrer especificamente de prova documental, as quais não foram apresentadas pelo defensor na impugnação, fica procedente a infração no valor originariamente exigido.

A infração 08 e a infração 09 resultam da multa por descumprimento de obrigação acessória, pois foi dado entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s), sujeito(s) à tributação e não sujeitos à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal.

O sujeito passivo sustenta que não realizou entradas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais ou registro contábil, como é possível verificar pelas notas fiscais de mercadorias sujeitas à tributação (doc. 16 - mídia digital), acompanhadas de planilha com a explicação do que ocorreu com cada nota fiscal (doc. 17), nos Livros de Entradas de 2014 a 2016 (doc. 18 - mídia digital) e nos Livros de Saídas de 2014 a 2016 (doc. 19 - mídia digital). Refuta, que as supostas divergências apuradas pelo trabalho fiscal, resultam do fato de não haver se levado em conta as movimentações internas ocorridas nas fábricas da Impugnante.

Destaca o autuante, que estas duas infrações têm por base não a falta de emissão de documento fiscal, já que esses existem, mas a falta de escrituração desses documentos no livro Registro de Entradas. Declara que embora a autuada tenha efetuado sua defesa em único tópico, por se tratarem de infrações de mesma natureza, cabe ressaltar que a mesma nada justificou acerca da infração 9 cujo demonstrativo possui título “*Notas fiscais de entradas em operações não tributadas não lançadas no livro registro de entradas – EFD*”.

Em relação à infração 8, o autuante verificou que o defensor anexou cópia de diversas notas fiscais de entradas não registradas, e cópias de alguns lançamentos de notas de entradas no livro próprio, e tenta justificar o não registro das notas fiscais de entradas, alegando tratar-se de nota fiscal de devolução, nota fiscal recusada, industrialização, nota fiscal de venda, nota fiscal lançada, remessa de material para prestação de serviços, nota fiscal de cancelamento de NF de saída por devolução, nota complementar de ICMS, transferência, nota fiscal cancelada, Nota Fiscal de Remessa de SUCATA, nota substituta de outra nota fiscal e não recebimento de nota fiscal, tudo conforme documento 17 da mídia eletrônica.

Quanto à obrigação acessória de escriturar os documentos fiscais, não há dispensa ao seu cumprimento, seja qual for a natureza da operação fiscal, quais sejam: nota fiscal de devolução, Industrialização, nota fiscal de venda, remessa material para prestação de serviços, nota complementar de ICMS, transferência e Nota Fiscal de Remessa de SUCATA.

O autuante modifica o demonstrativo da infração, e anexa novo demonstrativo com exclusão da Notas Fiscais nºs 6792 e 324552.

Com a exclusão dessas notas fiscais, restou modificada a base de cálculo nos meses de março de 2015, e de agosto de 2015, que totalizam R\$57.928,03 e R\$1.064,67, correspondendo à multa de 1% no valor de R\$579,28 e de R\$10,65.

Desse modo, a multa da infração 08 perfaz R\$7.921,74, prevista no Art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96, sendo que no período de fevereiro de 2014 a novembro de 2015, foi reduzida retroativamente, em obediência à Lei nº 13.461/2015, c/c a alínea “c”, do inciso II, Art. 106 da Lei 5.172/66 (CTN).

Quanto à infração 09, nada foi argumentado que pudesse modificar ou extinguir a exigência fiscal, a não ser a arguição de que está fundamentada no inciso XI, do art. 42 da Lei 7.014/96, revogado desde 21/12/2017.

De fato, o inciso XI do caput do art. 42, foi revogado pela Lei 13.816, de 21/12/2017, com efeitos a partir de 22/12/17, sendo que os fatos geradores da infração alcançam o período de janeiro de 2014 a dezembro de 2016.

Outrossim, o caput do inciso XI, previa àquela ocasião a multa de 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Na mesma Lei 13.816, de 21/12/2017, o caput do inciso IX, teve sua redação alterada, para englobar todas as operações quer tributadas, quer não tributadas, entradas no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal, e estabeleceu a alíquota de 1% para qualquer dessas hipóteses. Assim, não houve exclusão da penalidade prevista no inciso XI, mas esta foi englobada na previsão contida no inciso IX, no mesmo percentual. Portanto, não deixou de ser infração à legislação tributária, pelo que não cabe a retroação prevista no Art. 106, II do CTN.

Fica mantida a infração.

Infração procedente.

Quanto à arguição defensiva referente ao caráter confiscatório da multa aplicada, consigno que as penalidades impostas têm previsão no art. 42 da Lei nº 7.014/96, sendo vedado a este órgão julgador administrativo, apreciar matéria que envolva a declaração de constitucionalidade da norma aplicada, consoante determina o art. 167, inciso I do RPAF/99.

Por derradeiro, no que concerne ao pedido formulado pelo impugnante para cadastramento do nome dos advogados **GUSTAVO PINHEIROS GUIMARÃES PADILHA**, inscrito na OAB/SP sob o nº 178.268-A e **PAULO FRANCISCO MAIA DE RESENDE LARA**, inscrito na OAB/SP sob o nº 250.257, ambos com escritório na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, 105, 15º andar - Cidade Monções - São Paulo/SP, CEP 04571-010, para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade, na forma do artigo 272, § 5º do NCPC/15, aplicado subsidiariamente ao

processo administrativo, consigno que inexiste óbice para atendimento do pleito pelo órgão competente da repartição fazendária. Contudo, saliento que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte se encontram determinadas no artigo 108 do RPAF/BA/99.

Voto pela PROCEDENCIA EM PARTE do Auto de Infração.

INF	RESULTADO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE	7.439,24	7.439,24	60%
02	PROCEDENTE EM PARTE	6.277,08	3.883,15	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	4.232,39	368,60	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	1.228,89	323,19	60%
05	PROCEDENTE	22.045,89	22.045,89	60%
06	PROCEDENTE	8.349,20	8.349,20	60%
07	PROCEDENTE	22.880,91	22.880,91	60%
08	PROCEDENTE EM PARTE	8.002,66	7.921,74	-----
09	PROCEDENTE	3.440,31	3.440,31	-----
TOTAL		83.896,57	76.652,23	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269194.0001/18-0**, lavrado contra **ETERNIT S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$65.290,18**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$11.362,05**, previstas nos incisos IX (multa reduzida em obediência à Lei nº 13.461/2015 c/c o art. 106, II, “c” da Lei nº 5.172/66 do CTN) e XI do mesmo artigo e diploma legal citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR