

**PROCESSO** - A. I. Nº 276468.0111/16-8  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BASF S/A.  
**RECORRIDOS** - BASF S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0049-02/18  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 22/03/2019

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF Nº 0039-12/19

**EMENTA:** ICMS. 1. MULTA. ENTRADA DE MERCADORIAS. **a)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS COMO TRIBUTÁVEIS. **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Efetuadas correções no cálculo das multas. Infrações 03 e 04 subsistentes em parte. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Nas aquisições interestaduais de bens destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento é devido o ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais. Infração caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidade. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PREJUDICADO devido ao reconhecimento e pagamento do valor julgado na Decisão de piso. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 2ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão Nº 0049-02/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 31/03/2016, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$800.248,78, relativos a quatro infrações distintas, sendo objeto dos presentes recursos às infrações a seguir especificadas.

...  
*INFRAÇÃO 02 - 16.01.02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014. Foi indicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$305.455,42, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas.*

*INFRAÇÃO 03 - 06.02.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de dezembro de 2013, abril a dezembro de 2014. ICMS: R\$64.360,93. Multa de 60%.*

*INFRAÇÃO 04 - 16.01.01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014. Foi indicada multa no valor de R\$ 388.731,27, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas.*

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 04/04/2018 (fls. 699 a 707) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

#### “VOTO:

*Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do lançamento de ofício sob a alegação de que o Auto de Infração foi mal elaborado, desconsiderando o princípio da verdade material e dificultando o exercício do direito de defesa. Em seguida, o autuado passa a citar equívocos que, no seu entendimento, estariam presentes no Auto de Infração.*

*Ressalto que a existência de equívocos na determinação de valor devido não constitui motivo para a decretação de nulidade, pois esse fato não impede que se determine a natureza das infrações, o autuado e nem o montante do débito tributário. Os equívocos que foram citados na defesa, caso confirmados na apreciação do mérito, podem ser sanados mediante diligência, com a comunicação das correções ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de dez (10) dias para manifestação. Saliento que os alegados equívocos que foram apontados na defesa como ensejadores da nulidade arguida são*

atinentes ao mérito da lide e, como questões meritórias, serão tratados mais adiante neste voto.

Ao analisar as peças que compõem o processo, verifico que as infrações apuradas foram descritas de forma clara e precisa, tendo o autuante acostado aos autos cópia impressa dos demonstrativos que embasaram o lançamento - fls. 10 a 98 -, dos quais o sujeito passivo recebeu cópia conforme recibo às fls. 10, 16, 49, 54 e 100. O Auto de Infração foi lavrado com a observância dos requisitos elencados no art. 39 do RPAF-BA/99, bem como se encontra revestido das formalidades legais previstas, não ensejando qualquer violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal. Na lavratura do Auto de Infração e no processo administrativo fiscal correspondente foi respeitado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizado pelos diversos aspectos abordados na impugnação.

A alegação de que o autuante não abriu procedimento de fiscalização não se sustenta, pois o Termo de Início de Fiscalização e Intimação de fl. 09 comprova que o deficiente foi cientificado do início da ação fiscal e que também foi, naquela oportunidade, intimado a apresentar livros, documentos e declarações. Conforme foi bem salientado pelo autuante na informação fiscal, não se pode olvidar que atualmente com a Escrituração Fiscal Digital (EFD) a aplicação dos roteiros de auditoria fiscal é efetuada com base em registros magnéticos apresentados pelos contribuintes.

A fundamentação legal utilizada pelo autuante nas infrações apuradas está correta, não havendo reparo a fazer, contudo, é relevante salientar que nos termos do art. 19 do RPAF-BA/99, um eventual equívoco no enquadramento legal não seria motivo para decretação de nulidade, desde que a descrição dos fatos deixasse evidente o enquadramento legal, como ocorre no caso em tela.

Dessa forma, o Auto de Infração e o correspondente processo administrativo fiscal não contêm vício capaz de maculá-los de nulidade. Afasto, portanto, as preliminares de nulidade suscitadas.

Adentrando ao mérito, observo que o autuado expressamente reconheceu a procedência da Infração 01. Em consequência, em relação a esse item do lançamento não há lide e, portanto, a Infração 01 é procedente.

Nas Infrações 02 e 04, o autuado foi acusado de ter dado entrada em seu estabelecimento de mercadorias, respectivamente, não tributáveis e tributáveis sem registro na escrita fiscal.

Visando elidir as acusações, o deficiente alega que dentre as notas fiscais citadas na autuação uma parte foi escriturada extemporaneamente e outra parte era referente a notas fiscais canceladas pelos remetentes.

O processo foi convertido em diligência para que o autuante excluisse das infrações em comento os débitos referentes às operações que foram escrituradas até o início da ação fiscal, bem como os valores que foram reconhecidos como indevidos pelo autuante. A diligência foi atendida, tendo o autuante refeito os demonstrativos das Infrações 02 e 04, conforme as planilhas gravadas no CD acostado à fl. 681. Notificado acerca do resultado final da diligência, o deficiente não mais indicou equívocos nessas duas infrações e solicitou que o Auto de Infração fosse julgado.

Acato o resultado da diligência realizada pelo autuante, pois os elementos trazidos na defesa e nos pronunciamentos posteriores comprovam a procedência das alegações defensivas.

Especificamente quanto ao montante da base de cálculo da multa indicada para o mês de março de 2014, na Infração 04, assiste razão ao autuado, pois, tanto na ação fiscal quanto no cumprimento da diligência, o autuante equivocadamente adicionou o valor da base de cálculo apurada no mês de fevereiro de 2014 ao montante do mês de março do mesmo exercício. Esse equívoco, além de estar comprovado nas planilhas, em Excel, gravadas nos CDs de fls. 99 e 681, pode também ser observado no demonstrativo de fls. 70 e 71, onde facilmente se percebe que o somatório dos valores do mês de março de 2014 não atinge o montante que foi indicado pelo autuante (R\$ 9.077.537,67).

Dessa forma, partindo da planilha retificada de fl. 681, a qual contém o mesmo tipo de equívoco, corrijo os valores da base de cálculo e da multa atinentes ao mês de março de 2014, os quais passam para, respectivamente, R\$ 657.391,30 e R\$ 6.573,91, conforme demonstrado a seguir:

Base de cálculo retificada apurada pelo autuante (CD anexado à fl. 681): R\$ 8.984.336,18

Base de cálculo correta (excluído o valor referente a fev/14): R\$ 657.391,30

Multa correta devida no mês de março de 2014: R\$ 6.573,91

Em face ao acima exposto, as Infrações 02 e 04 subsistem parcialmente nos valores de R\$ 241.124,50 e R\$ 179.530,47, conforme os demonstrativos abaixo:

DATA DE OCORRE.	DATA DE VENCIM.	INFRAÇÃO 02			INFRAÇÃO 04		
		B. CÁLCULO	MULTA	VALOR	B. CÁLCULO	MULTA	VALOR
31/01/13	09/02/13	44.474,86	1%	444,75	2.817,15	1%	28,17
28/02/13	09/03/13	21.926,99	1%	219,27	81.671,00	1%	816,71
31/03/13	09/04/13	89.993,16	1%	899,93	139.660,90	1%	1.396,61
30/04/13	09/05/13	910.353,95	1%	9.103,54	132.312,30	1%	1.323,12
31/05/13	09/06/13	2.327.034,40	1%	23.270,34	44.426,33	1%	444,26
30/06/13	09/07/13	51.438,97	1%	514,39	86.957,55	1%	869,58
31/07/13	09/08/13	48.170,73	1%	481,71	1.292.264,98	1%	12.922,65

31/08/13	09/09/13	2.933.253,57	1%	29.332,54	421.284,44	1%	4.212,84
30/09/13	09/10/13	2.102.397,36	1%	21.023,97	992.498,60	1%	9.924,99
31/10/13	09/11/13	110.235,33	1%	1.102,35	395.830,43	1%	3.958,30
30/11/13	09/12/13	1.135.668,80	1%	11.356,69	1.401.699,63	1%	14.017,00
31/12/13	09/01/14	215.568,11	1%	2.155,68	645.028,51	1%	6.450,29
31/01/14	09/02/14	58.113,50	1%	581,14	3.790.212,83	1%	37.902,13
28/02/14	09/03/14	308.411,32	1%	3.084,11	4.163.472,44	1%	41.634,72
31/03/14	09/04/14	504.619,88	1%	5.046,20	657.391,30	1%	5.573,91
30/04/14	09/05/14	261.864,74	1%	2.618,65	894.549,29	1%	8.945,49
31/05/14	09/06/14	1.225.302,82	1%	12.253,03	442.493,99	1%	4.424,94
30/06/14	09/07/14	599.940,89	1%	5.999,41	80.670,37	1%	806,70
31/07/14	09/08/14	459.190,14	1%	4.591,90	232.312,61	1%	2.323,13
31/08/14	09/09/14	182.028,86	1%	1.820,29	934.128,93	1%	9.341,29
30/09/14	09/10/14	6.939.134,59	1%	69.391,35	271.914,30	1%	2.719,14
31/10/14	09/11/14	1.408.716,99	1%	14.087,17	238.381,99	1%	2.383,82
30/11/14	09/12/14	377.449,49	1%	3.774,49	413.023,64	1%	4.130,24
31/12/14	09/01/15	1.797.160,16	1%	17.971,60	298.044,48	1%	2.980,44
		INFRAÇÃO 02		241.124,50	INFRAÇÃO 04		179.530,47

Cuida a Infração 03 de falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo.

Em sua defesa, o autuado alega que as mercadorias em questão não são destinadas ao seu uso e consumo, mas são decorrentes de transferências entre estabelecimentos, de contratos de empreitada, de recebimento de brindes ou de reposição de material faltante.

Esse argumento defensivo não merece acolhimento, pois os bens relacionados no demonstrativo de fls. 49 a 53 - tais como, lâmpada compacta, maçarico, cinto paraquedista, talabarte, união rosca, cartucho de toner, camisa social, duto flexível, fita adesiva, cabeça de impressora, luminária, fita isolante, etc. - não se integram aos produtos fabricados pelo sujeito passivo e nem se consomem no seu processo produtivo e, portanto, classificam-se como materiais de uso e consumo. Ademais, conforme foi bem salientado pelo autuante na informação fiscal, esses produtos são os mesmos que integraram a Infração 01, a qual foi expressamente reconhecidas como procedente pelo autuado.

Quanto à Nota Fiscal nº 309.777, o argumento da defesa não se mostra capaz de elidir a autuação, pois, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa, há incidência de ICMS, tanto é verdade que o art. 13, §4º, da Lei Complementar 87/96, prevê como será formada a base de cálculo nessas transferências interestaduais. A Súmula 166 do STJ aplica-se a operações internas ou a operações relativas a tributos cobrados de forma centralizada, o que não é o caso do ICMS, no qual vigora o princípio da autonomia dos estabelecimentos.

No que tange às Notas Fiscais nos 407.409, 399.920 e 594.221, também não se sustenta a tese defendida na defesa, uma vez que essas notas fiscais foram emitidas em nome da BASF S/A, e não do prestador do serviço. Ademais, o autuado utilizou o crédito fiscal atinente a essas notas e, posteriormente, reconheceu que o crédito fiscal era indevido, pois esses materiais eram destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento (Infração 01).

Relativamente às Notas Fiscais nos 060.135 e 006.133, as operações com brindes são tributadas pelo ICMS, ao passo que as saídas e recebimentos de amostra grátis são isentas de ICMS apenas quando se referirem a produto de diminuto ou nenhum valor comercial, o que não é o caso da operação citada na defesa, onde o próprio remetente da mercadoria destacou o imposto devido.

Quanto às Notas Fiscais nos 003.348 e 003.184, fls. 507 a 509, o autuado apresenta o Contrato de Prestação de Serviços nº 4907860171 (fls. 510 a 547), porém, as notas fiscais foram emitidas em nome da BASF S/A, a qual utilizou os créditos fiscais decorrentes dessas operações e, posteriormente, reconheceu que esses créditos eram indevidos, pois eram atinentes a materiais de uso e consumo. Além disso, conforme a Cláusula "1.2" do Contrato trazido na defesa (fl. 510), a empresa contratada forneceria todos os materiais a serem empregados na prestação de serviço, portanto, não há como se afirmar que esses citados materiais foram adquiridos pelo autuado em razão do referido Contrato.

Tendo em vista que as alegações trazidas na defesa não se mostram capazes de elidir a acusação imputada ao autuado, a Infração 03 subsiste em sua totalidade.

A multa de 60% indicada na autuação é a prevista no art. 42, II, "f", e VII, "a", da Lei nº 7.0145/96, para as irregularidades descritas no Auto de Infração, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade desse dispositivo legal, conforme prevê o art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB). Dessa forma, ultrapassou as alegações defensivas atinentes ao suposto caráter de confisco da multa indicada na autuação, bem como afastou a tese de que a referida penalidade afrontaria os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

No que tange à solicitação para que as intimações acerca do presente feito sejam realizadas em nome do advogado que subscreve a defesa, nada obsta o atendimento de tal pleito, porém ressalto que o não atendimento

*a esse pedido não prejudicará a validade da intimação, desde que feita em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99).*

*Em face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 527.717,07, conforme a tabela apresenta a seguir, devendo ser homologado o valor já recolhido:*

Infrações	A. Infração	Julgamento	Devido
01	41.701,16	Procedente	41.701,16
02	305.455,42	Proc. Parte	241.124,50
03	64.360,93	Procedente	64.360,93
04	388.731,27	Proc. Parte	179.530,47
<b>TOTAL</b>	<b>800.248,78</b>	--	<b>526.717,06</b>

A 2<sup>a</sup> JJF interpôs Recurso de Ofício de sua Decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 718 a 733, mediante o qual aduz as seguintes alegações.

Preliminarmente, alega que o auto de infração é nulo, pois o lançamento foi mal elaborado e desconsidera o princípio da verdade material.

Quanto às infrações 2 e 4, alega que a autuação merece ser cancelada, pois não houve falta de escrituração fiscal, mas apenas a desconsideração, por parte do Fiscal Autuante, do cancelamento das Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelos fornecedores.

Quanto á Infração 3, defende que as mercadorias adquiridas não tiveram por destino o uso/consumo, nem o ativo imobilizado, mas sim “outras remessas diversas”, razão pela qual não é devido o diferencial de alíquota.

As folhas 740/747 vieram aos autos extrato do Sistema SIGAT com comprovação de pagamentos por parte do Sujeito Passivo.

## VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 2<sup>a</sup> JJF (Acórdão JJF Nº 0049-02/18) desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$800.248,78 para o montante de R\$526.717,06, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, a redução do valor lançado decorreu da decretação da procedência parcial das infrações 2 e 4, sendo este o objeto do presente recurso.

Quanto à Infração 2, a conduta autuada foi descrita como “*Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, ...*”. O Sujeito Passivo alega que escriturou extemporaneamente parte das notas fiscais, motivo pelo qual a autoridade fiscal não localizou as notas nos meses de sua emissão.

Em sua informação fiscal, o Fiscal Autuante reconhece o registro extemporâneo dos documentos fiscais indicados, mantendo, contudo, a multa proposta ao argumento de que o registro se deu em mês distinto daquele em que a mercadoria foi adquirida. Baixado o feito em diligência para que fossem excluídas as notas fiscais registradas antes do início da ação fiscal. O Autuante cumpriu o quanto solicitado, tendo refeito os demonstrativos de débito, conforme folha 681. A 2<sup>a</sup> JJF acolheu os novos demonstrativos de débito e julgou a Infração 2 procedente em parte.

Entendo que não merece reparo a decisão de piso, pois a escrituração extemporânea dos documentos fiscais, ocorrida antes do início da ação fiscal, exclui a possibilidade de que se possa aplicar a multa de ofício pela falta de registro dos documentos. Mantida a decisão recorrida neste ponto.

Quanto à Infração 4, a conduta autuada foi descrita como “*Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, ...*”. Da mesma forma que o fizera para a Infração 2, o Sujeito Passivo alega que escriturou extemporaneamente parte das notas fiscais, motivo pelo qual a autoridade fiscal não teria

localizado as notas nos meses de sua emissão.

Igualmente ao que ocorreu em relação à Infração 2, o Fiscal Autuante reconhece o registro extemporâneo dos documentos fiscais indicados, mantendo, contudo, a multa proposta ao argumento de que o registro se deu em mês distinto daquele em que a mercadoria foi adquirida. Assim, a 2ª JJF deliberou por baixar o feito em diligência para que fossem excluídas as notas fiscais registradas antes do início da ação fiscal, tendo o Autuante refeito os demonstrativos de débito, conforme folha 681. A 2ª JJF acolheu os novos demonstrativos de débito e julgou a Infração 04 procedente em parte.

Considerando que a escrituração extemporânea dos documentos fiscais, ocorrida antes do início da ação fiscal, exclui a aplicação de multa de ofício, entendo que restou acertada a decisão de piso. Mantida a Decisão recorrida neste ponto.

Do exposto, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, a despeito da interposição de sua peça recursal, bem como de todo o arrazoado desenvolvido pelo Contribuinte às folhas 718/733, noto que a empresa BASF S/A tirou proveito da Lei de Anistia e efetuou a quitação da totalidade do valor da condenação contida na Decisão da 2ª JJF, conforme folhas 740/747.

Tendo promovido o pagamento dos valores contidos na Resolução JJF 0049-02/18, deverá ser extinta a lide naquilo que seja o objeto da quitação, nos termos do art. 122, Parágrafo único do RPAF, abaixo reproduzido.

*“Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal:*

...  
*Parágrafo único. Em caso de pagamento ou parcelamento do valor lançado, o julgamento não deverá prosseguir na esfera administrativa e o processo deverá ser retornado à unidade de origem para homologação e consequente arquivamento dos autos.”*

Por conseguinte, deixo de apreciar o recurso voluntário interposto, o qual restou prejudicado.

*Ex-positis*, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, restando PREJUDICADO o Recurso Voluntário devido ao reconhecimento e pagamento do valor julgado pela Primeira Instância.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 276468.0111/16-8, lavrado contra **BASF S/A.**, no valor de **R\$106.062,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$420.654,97**, prevista nos incisos IX e XI, redução em obediência à Lei nº 13.461/2015 c/c II, “c” e art. 106 da Lei nº 5.172/66 do CTN, do mesmo diploma legal citado, com os os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo os autos retornar à unidade de origem para homologação dos valores recolhidos e o devido arquivamento dos autos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS