

A. I. N° - 298616.0008/17-0
AUTUADO - VOTORANTIM SIDERURGIA S. A.
AUTUANTE - ANDRE LUIZ SOUZA AGUIAR
ORIGEM - IFEP - COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 01/02/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0259-03/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração 01 subsistente. **b)** AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADA NA COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS. Infração 02 subsistente. 2. ALÍQUOTA. VENDA DE MERCADORIAS A CONTRIBUINTES DO SIMPLES NACIONAL **a)** SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%. Infração 03 reconhecida. **b).** SUJEITAS AO REGIME NORMAL. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%. FALTA DE REPASSE AOS ADQUIRENTES DO BENEFÍCIO EQUIVALENTE À REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. O contribuinte não provou que concedeu o desconto na totalidade das notas fiscais emitidas para acobertar saídas internas de mercadorias destinadas a contribuintes do regime simplificado. Infração subsistente. Preliminares de nulidade não acatadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 23/11/2017, para exigir o crédito tributário no valor de R\$800.232,20, através das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.02. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento nos meses de janeiro, abril, julho e setembro de 2014 e fevereiro, junho e novembro de 2015. Exigido o valor de R\$3.948,27, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 74 a 96.

Consta como suplemento: “Refere-se ao estorno do crédito de ICMS proveniente do ingresso de mercadoria com o código 4.315.183, cuja descrição informa que é destinada ao consumo interno (FN 5,50 MM ANBT 1006 Consumo Interno). Nos exercícios de 2014 e 2015, não houve saídas das mercadorias que foram objetos deste lançamento”;

Infração 02 - 01.02.18. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, nos meses de janeiro a abril, junho a dezembro de 2014 e março a agosto de 2015. Exigido o valor de R\$287.745,61, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 99 a 138.

Consta como suplemento: “A Atividade Econômica Principal do Contribuinte é Comércio Atacadista de Ferragens e Ferramentas. Na filial localizada em Camaçari (BA), não existe nenhuma atividade vinculada ao processo de industrialização e, por isso, o creditamento do ICMS não está amparado pela legislação tributária em vigência”;

Infração 03 - 03.02.02. Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de

janeiro a dezembro de 2014 e janeiro a março de 2015. Exigido o valor de R\$401.110,62, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 141 a 193.

Consta como suplemento: “Refere-se às saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, a exemplo de tela, treliça e vergalhão, destinadas a contribuintes microempresa e de pequeno porte, com aplicação de alíquota de 7%, esta específica para saídas de mercadorias de tributação normal com desconto financeiro destacado em documento fiscal, conforme disposto no inciso I, alínea “c”, art. 16, Lei n. 7.014/1996”;

Infração 04 - 03.02.02. Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e janeiro a março de 2015. Exigido o valor de R\$107.427,70, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 275 a 260.

Consta como suplemento: “Nesta infração, o contribuinte, quando da comercialização de mercadorias com tributação normal, e destinadas a contribuintes microempresa e de pequeno porte, contrariando o disposto no Parágrafo Primeiro, art. 16, Lei nº 7.014/96, aplicou indevidamente a alíquota de 7%, mas sem a concessão do desconto financeiro destacado em documento fiscal”.

O Autuado apresenta peça defensiva, fls. 264 a 295, inicialmente, observa a tempestividade da impugnação e aduz os argumentos que se seguem.

Destaca que cientificada do termo de lançamento fiscal, surpreso com tal infração, iniciou um rigoroso levantamento de dados, informações e documentos relacionados ao período compreendido na fiscalização. Com isso, ao final da auditoria interna, pôde verificar que as infrações descritas não guardam pertinência com os documentos fiscais que consubstanciaram as citadas operações.

Observa que o Auto de Infração é pautado em meras presunções, sem a devida comprovação do fato impositivo, o que representa flagrante violação ao princípio da verdade material, uma vez que:

- (i) Na infração 01: a aquisição das mercadorias (NCM 7213.91.90) fora efetivamente destinada à comercialização, conforme se observa pelas próprias Notas Fiscais autuadas, declaradas no livro Registro de Entrada próprio sob o CFOP 2.152 (“transferência para comercialização”), o que, por si só, já confirma o direito ao crédito da Impugnante;
- (ii) Na infração 02: a aquisição de energia elétrica fora sim destinada ao processo de industrialização do estabelecimento filial, localizado em Camaçari-BA, sendo, inclusive, comprovado por meio de Laudo Técnico. Logo, o crédito de ICMS utilizado pela Impugnante fora perfeitamente lícito;
- (iii) Nas infrações 03 e 04: procedeu ao regular recolhimento do imposto estadual, não havendo que se falar no descumprimento de qualquer obrigação legal.

Frisa que, verificada a inconsistência dos fundamentos da autuação em referência não lhe restou alternativa, senão oferecer a impugnação ora ofertada.

Registra que cabe, exclusivamente, à autoridade administrativa o dever de apurar os fatos e provar as incorreções por ela apontadas, por força do disposto no art. 142, do CTN, o que não se verificou no caso concreto.

Diz que isso torna o Auto de Infração em exame nulo, porque aparenta decorrer, tão-somente, de presunções.

Menciona que, não se pode admitir que um agente fiscal proceda fiscalização e, na falta de elementos concretos para a lavratura do Auto de Infração, passe a presumir que determinados

fatos teriam ocorrido, deixando para o contribuinte o oneroso encargo de produzir prova que descaracterize o lançamento.

Assinala que o fato de a Fiscalização presumir que houve o recolhimento a menos do ICMS ou, ainda, a utilização indevida do crédito fiscal, sem diligenciar e verificar a efetiva ocorrência dos fatos, constitui ato manifestamente ilegal e em desacordo com o dever da Administração Pública de atentar ao princípio da verdade material.

Afirma que cabe ao sujeito ativo efetuar um levantamento completo, a partir de fatos indiscutíveis, inquestionáveis e bem definidos, não de meras presunções para a produção de autos de infração, sem a determinação da matéria tributável, na expectativa que o sujeito passivo a determine na Impugnação.

Sustenta que não pode o sujeito ativo proceder por “supor que”, na esperança de que a falha da defesa do sujeito passivo termine por tornar líquido e certo - pela omissão ou impossível prova negativa - a ilíquida, incerta e indeterminável matéria tributável.

Assevera que compete, ao sujeito ativo da relação tributária o ônus da prova de que a matéria tributável existe, e não ao passivo, pois que apenas a autoridade administrativa, de forma privativa, tem competência para determinar tais elementos. E tais elementos tem que ser tipificados por inteiro, através de trabalho de campo do agente e consequente levantamento da documentação que possa dar subsídio para a autoridade fiscal apurar a infração, caso seja realmente aplicada.

Diz não caber ao contribuinte, mas exclusivamente ao Fisco, a determinação da matéria tributável, sendo rigorosamente nula de pleno direito a autuação que não traduz esta determinação, por incúria do Fisco. Mais do que isto, sendo esta sua atividade privativa não pode, à nitidez, delegá-la ao contribuinte para que este, em defesa limitada, determine qual é a matéria tributável e o montante do tributo a ser calculado.

Sobre a questão da presunção e da busca da verdade material traz a colação trechos de ensinamentos dos juristas pátrios Ives Gandra da Silva Martins, Alberto Xavier e Luiz Martins Valero.

Registra que no caso concreto, as acusações fiscais se devem, em grande monta, pelo fato de a Autoridade Autuante não ter analisado a integralidade dos documentos e informações disponibilizados no curso do procedimento fiscalizatório; repita-se, em flagrante violação ao princípio da verdade material.

Desse modo, afirma restar justificada a nulidade do Auto de Infração ora combatido, tendo em vista que o Auto de Infração ora impugnado fora lavrado com base em meras presunções/indícios.

Revela que o auto de infração, assim como todo e qualquer ato administrativo, possui forma e conteúdo previamente definidos em lei. Consequentemente, sua lavratura está subordinada ao estrito cumprimento das exigências legais, cujo eventual descumprimento implica o imediato reconhecimento da sua nulidade ou anulabilidade.

Observa que o RPAF-BA/99, que regula o procedimento fiscal e a instauração do contencioso administrativo tributário no âmbito da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, listou os principais e indispensáveis requisitos para lavratura do ato formal de lançamento de ofício. Diz ser o que se observa da leitura do art. 39, cujo teor transcreve.

Afirma que as formalidades são estabelecidas pela legislação no intuito de concretizar e propiciar a perfeita atuação do princípio da legalidade, assim como viabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Sustenta que o descumprimento específico de qualquer dos pressupostos acima referidos, os quais devem obrigatoriamente constar no auto de infração, praticamente presume a ofensa ao direito do contribuinte de exercer a faculdade de se manifestar e, por conseguinte, de se defender frente à acusação fiscal.

Revela que nos casos em que a forma serve à mera exteriorização do ato, este é válido independentemente das diversas feições que possa ou venha a assumir. Já nas hipóteses em que a lei estabelece determinada forma e conteúdo indispensáveis à validade do ato, eventuais descumprimentos nesse sentido acarretarão inevitavelmente a nulidade ou anulabilidade deste.

Frisa que as citadas formalidades visam, justamente, garantir objetividade (qualidade de tornar real, precisão), segurança e clareza (qualidade de claro ou inteligível) no Auto de Infração, sem entrelinhas, rasuras ou emendas.

Quanto às regras disciplinadas pelo RPAF-BA/99, afirma ser indispensável a indicação expressa e com clareza da capitulação da suposta infração cometida à norma tributária. Todavia, da simples análise do Auto de Infração em epígrafe constata-se nulidades intransponíveis, que, por sua vez, feriram seu direito à almejada discussão do feito na esfera administrativa, ou seja, aos princípios da ampla defesa e ao contraditório.

A título exemplificativo, cita o caso da descrição apresentada pela Autoridade Fiscal na parte que trata das Infrações 03 e 04 do Auto de Infração.

Observa que na descrição feita no termo de lavratura do Auto de Infração, teria sido autuada com base na acusação de violação às regras disciplinadas pelos *artigos 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96*. Ou seja, afirma-se que teria deixado de recolher adequadamente – melhor dizendo, “recolhido a menor” – o ICMS, cuja regra de apuração e definição da base de cálculo estaria, segundo noticiado pela Autoridade Fiscal, descrita nos artigos 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96. Arremata frisando que, apenas, o citado “*art. 16, da Lei 7.014/96*” é constituído de sete incisos, diversas alíneas e quatro parágrafos, por meio dos quais são mencionadas, disciplinadas e regulamentadas situações oriundas das mais variadas relações jurídicas corriqueiramente ocorridas nas atividades comerciais e industriais.

Continua destacando que de igual forma acontece com o “*art. 15, da Lei 7.014/96*”, o qual é constituído por 3 incisos, diversas alíneas e sete parágrafos que tratam das mais diversas hipóteses de incidência do ICMS.

Observa que o Auto de Infração limitou a suscitar a ideia de que a conduta delitiva se enquadrava em alguma das tantas hipóteses disciplinadas pela legislação estadual, sem, contudo, especificar exatamente qual seria. Registra que sendo assim, uma indagação se sobressai da análise feita do Auto de Infração: qual teria sido a base de cálculo utilizada pela Autoridade Fiscal para composição do suposto crédito tributário devido.

Afirma que simplesmente não tem como saber ao certo qual hipótese teria sido utilizada no Auto de Infração, restando apenas a utilização de conjecturas e projeções para tentar identificar o critério adotado no lançamento fiscal. Ainda assim, mesmo que tenha - de boa-fé - despendido tempo e criatividade para descobrir os critérios utilizados pela Autoridade Fiscal, persiste a dúvida e a incerteza sobre a real metodologia aplicada pela fiscalização. Arremata frisando que isso, por si só, já é suficiente para identificar um ato de flagrante violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, ensejando a materialidade jurídica da nulidade prevista no RPAF-BA/99.

Salienta que o seu cerceamento de defesa é suficiente para ensejar a nulidade do auto de infração atacado, conforme expressamente previsto no citado dispositivo, haja vista a impossibilidade de o contribuinte visualizar - com segurança - a suposta infração cometida.

Revela que sobejam razões para que este CONSEF reconheça o vício que acomete o lançamento de ofício ora rechaçado, de modo a declarar, nos termos do art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, a nulidade do ato perpetrado pela Autoridade Autuante consistente na lavratura do presente Auto de Infração.

Destaca que, conforme detalhado nos fatos, a autuação ora refutada tem como pressuposto legal o descumprimento de obrigações tributárias, algumas delas relacionadas ao recolhimento do imposto estadual - ICMS - em montante menor do que o efetivamente devido e, outras, relacionadas a utilização indevida de crédito fiscal.

Afirma que as citadas infrações não ocorreram de fato, eis que, ao contrário das conclusões lançadas no termo de autuação, todas as obrigações fiscais foram cumpridas em estrita observância à legislação tributária do Estado da Bahia.

Sustenta não haver que se falar em eventual pagamento a menor da exação e, muito menos, na utilização de crédito fiscal de forma indevida.

Assinala que os documentos que serão anexados a presente defesa, são suficientes para dirimir qualquer dúvida quanto à regularidade dos atos praticados no período fiscalizado.

Infração 01 - advoga a licitude do crédito fiscal utilizado. Diz que entre os exercícios financeiros de 2014 e 2015, adquiriu mercadorias – ferro fundido e aço - NCM 7213.91.90, para fins de comercialização/revenda, tomando, assim, o respectivo crédito da operação mercantil, o qual fora formalizada pelas 07 notas fiscais autuadas, arroladas no levantamento fiscal.

Frisa que apesar da inequívoca destinação das mercadorias supracitadas (revenda), - por mero equívoco na escrituração das notas fiscais aludidas – terminou registrando, no campo de “descrição do Produto/Serviço”, que as mercadorias seriam destinadas ao consumo interno da empresa, o que, em tese, não daria direito ao crédito de ICMS. Arremata destacado que, por esta única e exclusiva razão, o Autuante a glosou o crédito fiscal de ICMS utilizado sem sequer realizar qualquer tipo de diligência, a fim de averiguar a efetiva destinação das mercadorias adquiridas, lavrando, portanto, a presente infração, conforme discrimina à fl. 278.

Afirma que todas as mercadorias adquiridas foram efetivamente destinadas à revenda/comercialização, conforme se observa pelo próprio livro Registro de Entrada, cujas cópias foram anexadas no processo pela própria Autoridade Fiscal, de onde é possível observar a indicação do código CFOP 2.152 (“transferência para comercialização”).

Sugere a título exemplificativo, a conferência das informações relacionadas à Notas Fiscais nº 140.294 e nº 228.421, cujos dados de aquisição foram regularmente declarados no livro Registro de Entrada sob o CFOP 2.152 (“transferência para comercialização”) - fls. 93 e 110.

Frisa que dúvidas não restam quanto à efetiva destinação das mercadorias adquiridas - “ferro fundido, ferro e aço” (NCM 7213.91.90) -, qual seja: a comercialização. Como consequência, destaca que o crédito fiscal de ICMS utilizado é indiscutivelmente lícito, devendo esta infração ser julgada improcedente.

Infração 02 – Assinala que, de acordo com a fiscalização seu estabelecimento ao adquirir energia elétrica, teria se creditado – de forma indevida - do ICMS, uma vez que a aludida energia não fora consumida em processo de industrialização, violando a legislação de regência. Diz que essa infração decorreu da premissa de que a atividade econômica exercida pela empresa – “Comércio atacadista de Ferragens e Ferramentas” – não estaria relacionada ao processo de industrialização.

Frisa que seguindo este raciocínio, a aquisição de energia elétrica registrada sob o CFOP 1.252 - compra de energia elétrica por estabelecimento industrial não lhe daria direito a crédito e por isso o Autuante glosou o crédito fiscal de ICMS utilizado e exigiu a monta de R\$287.745,61, como discriminado à fl. 279.

Destaca que a presente autuação é pautada em meros indícios - decorrentes, unicamente, da sua atividade principal - que não se coadunam com a verdade material dos fatos.

Afirma que a energia elétrica adquirida foi sim utilizada no seu processo de industrialização, principalmente na atividade de corte e dobra de ferro, conforme consta no Laudo Técnico (Doc. 03), o que corrobora ainda mais a plena aplicabilidade da regra prevista no art. 309, inciso IV, alínea “b”, do RICMS-BA/12.

Assinala que a documentação juntada aos autos – Laudo Técnico (Doc. 03) - não deixa quaisquer margens para dúvidas quanto (i) a efetiva utilização da energia adquirida no processo de industrialização e, por conseguinte, (ii) ao direito ao crédito de ICMS, no presente caso.

Continua aduzindo que para confirmar ainda mais este fato – a efetiva utilização da energia elétrica adquirida no processo de industrialização da empresa -, bastaria à Autoridade Fiscal, apenas, averiguar a sua atividade secundária, registrada na Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Diz restar evidente que a atividade mercantil realizada está sim relacionada ao processo de industrialização.

Arremata mencionando que, dessa forma, outra alternativa não resta a presente infração ser julgada improcedente.

Infrações 03 e 04 - Ato contínuo, prossegue a fiscalização afirmando que teria recolhido a menos o débito fiscal de ICMS, ao aplicar alíquota diversa (7%) da prevista na legislação do Estado da Bahia (17%) nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

No caso concreto, sendo mais preciso, a autoridade fiscal constatou que a empresa autuada aplicou a alíquota de 7% - prevista no art. 16, I, “C”, da Lei nº 7.014/1996 -, mas sem destacar o desconto financeiro no documento fiscal, violando, assim, o disposto do §1º, do próprio art. 16, da Lei nº 7.014/1996.

Destaca que a Autoridade Administrativa ao observar que o desconto financeiro não estava destacado no documento fiscal, simplesmente presumiu - de forma automática - que o valor do benefício fiscal não fora repassado aos adquirentes sob forma de desconto, sem realizar qualquer tipo de diligência para averiguar a verdade material dos fatos.

Afirma que o desconto fora sim repassado aos adquirentes da mercadoria, sendo comprovado por meio do controle de preços interno anexado à presente peça impugnatória (Doc. 04), que, inclusive, ainda foi utilizada pelo seu próprio departamento de vendas/comercial.

Frisa que, apenas com o simples cotejo entre as Notas Fiscais autuadas e sua escrita fiscal é possível constatar a completa insubsistência das infrações ora combatidas, o que será demonstrado, por amostragem, diante da imensa quantidade de notas fiscais autuadas.

Destaca a Nota Fiscal nº 15.108, onde fora concedido um desconto de, no mínimo, 30% sobre o preço básico da mercadoria - o que corresponde a bem mais do que benefício fiscal concedido, fl. 283 a 286.

Destaca que, após a juntada da tabela de preços-base (Doc. 04), resta evidente que o benefício fiscal concedido - aplicando a alíquota de 7% em vez de 17% - fora sim repassado ao adquirente das mercadorias sob forma de desconto financeiro, sendo inclusive, registrado na Nota Fiscal.

Registra que em casos análogos, este renomado e respeitado Conselho de Fazenda Estadual do Estado da Bahia, rechaçou por completo as autuações fiscais que desconsiderava a aplicação da alíquota de 7%, quando comprovado que os descontos financeiros foram efetivamente repassados aos adquirentes.

Destaca que o mesmo entendimento foi aplicado em um caso praticamente idêntico da Impugnante, este tombado sob o número de processo 293872.0002/15-5, tendo sido reconhecido – naquela ocasião – a regularidade do procedimento adotado pela Impugnante.

Frisa que, além da Autoridade Fiscal ter presumido - equivocadamente - que o desconto não fora concedido aos adquirentes das mercadorias, ainda realizou o cálculo do imposto estadual de forma incorreta, tendo em vista que incluiu o IPI na base de cálculo do ICMS, em divergência com o art. 13, § 2º, da Lei Complementar nº 87/96.

A título exemplificativo, diz ser válido trazer à vista as Notas Fiscais nº 11.082 e nº 14.018, em que o valor total dos produtos mais a importância referente ao IPI, resulta, exatamente no valor da base de cálculo do ICMS exigido, fl. 288.

Diz restar patente a insubsistência do procedimento adotado pela Fiscalização de cobrar suposto crédito tributário, seja porque:

- o desconto financeiro - positivado no §1º, do próprio art. 16, da Lei nº 7.014/1996 - fora, de fato, repassado ao adquirente da mercadoria, comprovando, assim, a licitude do benefício fiscal, previsto na alínea “c”, do inciso I, do art. 16, da Lei nº 7.014/1996, e, por conseguinte, a inexistência de saldo devedor de ICMS. Ou, ainda;
- o cálculo do tributo ora exigido fora realizado de forma indevida, com a inclusão equivocada do IPI, aumentando, portanto, o valor do crédito tributário exigido.

Afirma não haver dúvidas quanto ao necessário cancelamento do Auto de Infração em referência.

Frisa que na remota hipótese de não ser integralmente acolhida a presente Impugnação, caberá o afastamento da multa imposta no patamar de 60% sobre: (i) a utilização hipoteticamente indevida de crédito fiscal de ICMS (Infrações 01 e 02) e (ii) o valor do ICMS supostamente recolhido a menos (Infrações 03 e 04), sob pena de violação aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do não-confisco.

Assinala que a cominação de multa encontra-se intimamente relacionada à ideia de sanção, repreensão, apenamento de alguém que termina por praticar ato típico em desacordo com o dever imposto pelo ordenamento jurídico.

Diz ser princípio basilar de direito que toda e qualquer penalidade deve guardar correspondência, ser razoável e proporcional ao ilícito cometido pelo autor, sob pena de invalidade. Isso porque, na seara do Direito Tributário Brasileiro, a tributação se reveste de limites que não podem ser transgredidos pelo legislador ordinário.

Registra que dentre os mencionados limites destaca-se o princípio do não-confisco, previsto no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, o qual é de importância basilar na defesa da integridade do patrimônio dos contribuintes. Prossegue registrando que de acordo com este princípio, o ente tributante não pode subtrair mais do que uma parcela razoável do patrimônio do contribuinte, sob pena de incorrer em confisco, isto é, apropriação arbitrária do bem de propriedade deste. Ressalta ser esse princípio é de extrema relevância, haja vista que, por se tratar de direito e garantia fundamental, que guarda consonância com o art. 5º, da CF/88, é defeso ao Estado instituir penalidade que onere demasiadamente o sujeito passivo da obrigação, tributária ou não.

Assevera que a multa deve guardar proporção com o “dano” causado por este mesmo descumprimento, não podendo desvirtuar sua natureza, sob pena de se tornar mero instrumento arrecadatório por parte do Estado.

Revela que a aplicação de multa tributária sem a observância de tais princípios – vale dizer, sem verificar o efetivo dolo e o eventual intuito fraudatório do contribuinte, ou ao menos, a extensão do ato cometido pelo contribuinte (nos moldes do art. 136 do CTN - configura confisco de bens

por parte do Governo, ato este absolutamente incompatível com a ordem constitucional atualmente vigente, que tem como alicerce o Estado Democrático de Direito.

Sustenta que a imposição da multa no patamar em que foi fixada extrapola inteiramente os limites constitucionais, sendo tal penalidade, assim, evidentemente confiscatória, situação veementemente rechaçada pelo ordenamento jurídico pátrio e que, inclusive, é desestimulada no âmbito deste CONSEF, nos termos dos arts. 157 e 158 do RPAF-BA/99.

Revela que sobre esse aspecto, o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já se manifestou no sentido de afastar a imposição das multas por descumprimento de obrigações tributárias que restem por violar o princípio do não-confisco.

Cita como exemplo, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, a Corte Suprema condenou incisivamente legislações que pretendiam aplicar multas abusivas e desarrazoadas, conforme ementa que reproduz.

Registra que, em conformidade com o entendimento assinalado pelos julgados citados, conclui-se que a multa aplicada no caso em tela mostra-se absolutamente desarrazoada e desproporcional, desrespeitando todos os princípios tributários em comento e impondo a anulação integral da autuação, consoante o disposto nos arts. 157 e 158, do RPAF-BA/99.

Pleiteia a conversão do feito em Diligência/Perícia Fiscal para apuração mais concreta das informações fiscais relacionadas ao período autuado.

Afirma almejar obter resposta conclusiva sobre a insubsistência do crédito tributário lançado no Auto de Infração, por ser todo ele indevido.

Frisa que o RPAF-BA/99 autoriza a realização de perícia/diligência quando presentes fundamentos suficientes que demonstrem erros no lançamento do crédito tributário, conforme assim preconizam os artigos 123, §3º, e 145, do RPAF-BA/99.

Cita que a realização da diligência se faz necessária para que o Autuante possa revisar o lançamento fiscal por ela perpetrado, inclusive com a revisitação dos documentos analisados no curso da fiscalização e demais informações que possa julgar necessárias, as quais estarão à sua disposição para consulta/conferência em seu estabelecimento.

Frisa que, considerando a existência de autorização legal para produção de provas periciais (perícia e diligência), complementado pelo fato de ter comprovado, no curso dos presentes autos, a total insubsistência do lançamento em referência, faz-se necessário deferimento do pleito com base na literalidade das regras contidas nos art. 123, §3º, e 145, do RPAF-BA/99.

Apresenta no Anexo 01, fl. 296, os quesitos a serem respondidos pelo Diligente no atendimento da Perícia/Diligência Fiscal.

Protesta pela sustentação oral das suas alegações quando do julgamento da Impugnação, requerendo-se desde já a sua intimação para tanto, na forma do Regimento Interno deste CONSEF.

Requer que as intimações relativas ao presente feito sejam efetuadas em nome do advogado Luiz Gustavo A. S. Bichara, inscrito na OAB/SP sob o nº 303.020, sob pena de nulidade.

Conclui requerendo que:

- i) Preliminarmente, determinem ao órgão preparador que, quando do recebimento da presente Impugnação, proceda imediatamente ao seu cadastro no sistema, fazendo o mesmo em relação ao registro da suspensão da exigibilidade do suposto débito constituído pelo 298616000817-0, ora impugnado, nos termos dos arts. 151, inciso III, 205 e 206 do CTN, a fim de não impedir a Impugnante de exercer normalmente suas atividades e obter Certidão Positiva de Débito com Efeito de Negativa - CPDEN;

- ii) Ainda preliminarmente, que seja deferido o pedido de realização de Perícia Fiscal, ou Diligência, nos termos dos art. 123, §3º, e 145 do RPAF-BA/99. Para tanto, requer a Juntada do Anexo 01, através do qual relaciona os questionamentos a serem respondidos pela fiscalização;
- iii) Ainda em prejudicial de mérito, requer seja acolhida a presente Impugnação para que seja integralmente cancelado o Auto de Infração, como medida de rigor, eis que demonstrada a nulidade da autuação;
- iv) No mérito, caso não sejam acolhidos os pedidos preliminares, requer que, após realizada a diligência fiscal, seja julgado integralmente insubsistente o crédito tributário lançado, o que deve ser feito com base nos argumentos apresentados na presente peça de defesa;
- v) Subsidiariamente, caso o entendimento não seja pela invalidação do lançamento do crédito tributário, o que se admite apenas em homenagem ao princípio da eventualidade, requer seja acolhida a presente Impugnação para que as multas aplicadas sejam readequadas a patamares compatíveis com as supostas infrações cometidas pela Impugnante, sob pena de violação aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 364 a 374, reproduz a descrição das infrações e passa a contrapor os argumentos defensivos.

Inicialmente destaca que autorizado pela Ordem de Serviço nº 502.831/17, iniciou, em 03 de julho de 2017, o processo de fiscalização da empresa mencionada, cuja atividade principal é o Comércio Atacadista de Ferragens e Ferramentas. Afirma não existir, conforme dados fiscais disponibilizados pela SEFAZ-BA, registro algum de que o Contribuinte exerça, em seu endereço oficial, qualquer atividade vinculada ao processo de industrialização de mercadorias. Registra que qualquer alusão a um processo fabril, em qualquer das suas fases de transformação de matéria-prima em mercadorias para revenda, não condiz com as atividades que são praticadas no endereço autorizado pelos órgãos competentes.

Destaca que o simples registro de atividade secundária na Receita Federal do Brasil como “Serviço de Confecção de Armações Metálicas para a Construção” não tem o poder de transformar um comércio atacadista em indústria, sobrepondo a limitação determinada pela Lei Complementar 87/96 quanto ao direito ao uso do crédito de ICMS proveniente de energia para as atividades comerciais antes de 2020.

Informa que o contribuinte, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico - DT-E, tomou ciência do Início de Fiscalização em 05 de julho de 2017. Destaca que em função do volume de dados e da complexidade da fiscalização, a mencionada Ordem de Serviço foi prorrogada em 02 de Outubro de 2017, para conclusão dos trabalhos de auditoria até dezembro de 2017, com ciência do contribuinte em 16 de outubro de 2017. Diz que por meio dessa sistemática de comunicação, durante todo o período de fiscalização, diversos contatos foram realizados, inclusive na solicitação de documentos e esclarecimentos sobre procedimentos adotados pelo Contribuinte em sua escrituração fiscal.

Registra ser de notório conhecimento, a Escrituração Fiscal Digital - EFD é um arquivo digital, que se constitui de um conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos estaduais. Com base nesses dados eletrônicos, em Notas Fiscais Eletrônicas de Entrada e Saída (NFe), e Conhecimento de Transporte Eletrônico (CTe), todos disponibilizados pela SEFAZ-BA, utilizou, para a realização dos Roteiros de Auditoria Fiscal dos Exercícios de 2014 e 2015, o SIAF (Sistema Integrado de Auditoria Fiscal), e também o SPED (Sistema Público de Escrituração Digital), que permite a visualização e a captura, em *PDF* (*Portable Document Format*), dos Registro Fiscais dos Documentos de Entradas e Aquisição de Serviços; Registros Fiscais dos Documentos Fiscais de Saídas e Prestação de Serviços; Registros

Fiscais da Apuração do ICMS (operações próprias); Registros Fiscais da Apuração do ICMS (Substituição Tributária); Registros Fiscais de Controle de Créditos de ICMS do Ativo Permanente (CIAP); Registros Fiscais de Inventário (Inicial e Final de cada exercício).

Informa que com base no Sistema Integrado de Auditoria Fiscal - SIAF, que analisa os dados fiscais gerados pelo próprio Contribuinte a partir da sua movimentação fiscal diária, efetuou todos os Roteiros de Auditoria Fiscal pertinentes para apurar, em seguida, as irregularidades fiscais, que são objeto desse Processo Administrativo Fiscal. Assinala que as práticas de fiscalização de empresas adotadas pela SEFAZ, obviamente, são pautadas em normas fiscais, tributárias e contábeis, atendendo critérios previamente determinados pelo setor de planejamento fiscal, em consonância com a área de estudos tributários e CONSEF.

Observa que ao contrário do apontado pela defesa, os Roteiros de Auditoria Fiscal não são realizados de forma aleatória, e nem de forma especulativa, mas derivados de uma análise criteriosa e rígida de validação de dados e informações, em sua totalidade, que são geradas pelo próprio Contribuinte, em confronto com o disposto em legislação estadual de ICMS.

Afirma que a integralidade dos documentos e informações fiscais, portanto, é inerente ao modelo de Auditoria Fiscal adotado pelo Estado da Bahia a partir da Escrituração Fiscal Digital (EFD), o que nos leva a afirmar que os Roteiros Fiscais que realizamos, a exemplo da Auditoria do Conta Corrente do ICMS; em Documentos e Lançamentos Fiscais, do Crédito Fiscal do ICMS; da Substituição e da Antecipação Tributária, de Estoques, das Aquisições de Bens de Uso e Consumo; Bens destinados ao Ativo Imobilizado; da Situação Cadastral do Contribuinte; dos Documentos e Informações Econômico-Fiscais; e das Informações do Arquivos Eletrônicos, contemplaram todos os dados fiscais disponibilizados pelo Contribuinte em 2014 e 2015.

Diz repudiar toda e qualquer tentativa por parte da defesa em desqualificar os trabalhos de Auditoria Fiscal, visto que estes foram realizados com muito rigor técnico, cuja robustez dificilmente será abalada por meras especulações de representantes legais, inclusive aquelas genéricas como a nulidade desse Processo Administrativo Fiscal.

Frisa que as Infrações objeto da autuação não são meras suposições, e sim fatos reais, e devidamente comprovados, todos surgidos a partir da escrituração fiscal do Contribuinte dos exercícios de 2014 e 2015. Para a sua compreensão, não há dúvida, é necessário ir além do campo do direito, em seus pressupostos

Registra que o presente PAF contém, além da documentação probante das infrações, termos, intimações, ordem de serviço, dados cadastrais, arrecadação, documentos encaminhados pelo contribuinte no decorrer da fiscalização, bem como um *CD Compact Disc* com todas as planilhas eletrônicas que foram objeto de autuação, livros fiscais, incluindo a movimentação fiscal e mensal do contribuinte e inventários inicial e final de cada exercício.

Infração 01 - diz que se refere ao estorno do crédito de ICMS proveniente do ingresso de mercadoria com o código 4.315.183, cuja descrição informa que é destinada ao consumo interno (FN 5,50 MM ANBT 1006 Consumo Interno). Afirma que a indicação, pelo próprio contribuinte, de que aquelas mercadorias eram destinadas ao consumo interno, quando da parametrização das mercadorias, demonstra que tais produtos não foram adquiridos, em tese, para comercialização.

Assegura que nos exercícios de 2014 e 2015 não houve saídas das mercadorias que foram objeto deste lançamento, o que significa dizer que trata de aquisições para consumo interno e não comercialização. Assinala que quando da análise dos Inventários, inicial e final de cada exercício, as mercadorias também não foram registradas, o que confirma seu consumo imediato e interno, visto que não houve vendas efetivas para outros contribuintes.

Revela que a Defesa assevera que “a aquisição das mercadorias (NCM 7.213.91.90) fora efetivamente destinada à comercialização, conforme se observa pelas próprias notas fiscais

autuadas, declaradas no livro Registro de Entrada sob o CFOP 2.152 (transferência para comercialização), o que, por si só, já confirma o direito ao crédito da impugnante.

Afirma que a sua compreensão é de que o simples registro em livro Registro de Entradas não é garantia do direito ao crédito fiscal do ICMS, deve prevalecer a destinação da mercadoria, sim. Por isso, revela que há limitações como aquelas previstas em lei estadual e lei complementar, a partir dos parâmetros definidos na Constituição Federal, ou seja, se é para consumo, não se fala em creditamento de ICMS, razão pela qual efetuamos o estorno dos tais créditos fiscais.

Acrescenta que o contribuinte afirma ainda que “entre os exercícios financeiros de 2014 e 2015, adquiriu mercadorias (NCM 7.213.91.90), para fins de comercialização/revenda, tomando, assim, o respectivo crédito da operação mercantil, o qual fora formalizada pelas 07 notas fiscais autuadas, quais sejam: 140.294, 151.087, 162.811, 170.601, 183.976, 205.712, 228.421”. Diz que tal assertiva confirma o levantamento fiscal.

Pondera que, se o contribuinte informou a destinação das mercadorias adquiridas em 2014 e 2015 para consumo interno, em 2017, vários anos depois, como a fiscalização teria condições de verificar *in loco* se tal informação era inverídica. Afirma que sua análise, em fatos fiscais e contábeis pretéritos, está vinculada a documentação fiscal produzida pelo contribuinte, que nos direcionou para a irregularidade que é objeto de cobrança do ICMS neste PAF.

Observa que, conforme a defesa, “única e exclusivamente por esta razão, a Autoridade Administrativa glosou o crédito fiscal de ICMS utilizado sem sequer realizar qualquer tipo de diligência, a fim de averiguar a efetiva destinação das mercadorias adquiridas!”. Indaga que se em 2017, teríamos condições efetivas, por meio de diligência ao estabelecimento, de verificar a destinação das mercadorias adquiridas pelo contribuinte em 2014 e 2015. Revela que em Auditorias Fiscais, a análise se restringe a documentação gerada pelo contribuinte em sua Escrituração Fiscal Digital. Afirma que esse procedimento foi efetuado com rigor técnico.

Menciona que, para sustentar sua tese quanto a este fato, a Defesa aponta “que todas as mercadorias adquiridas foram efetivamente destinadas à revenda/comercialização, conforme se observa pelo livro Registro de Entradas da Impugnante”. Nesse ponto, observa que o Contribuinte demonstra o óbvio, o que corrobora o estorno de crédito de ICMS efetuado. Indaga por que o contribuinte não apresentou cópias de notas fiscais de saídas das tais mercadorias. Assinala que não foi apresentado porque não existe nenhuma movimentação de saídas dessas mercadorias para outros contribuintes. Destaca que houve um único registro na escrita fiscal, aquele lançado, de forma equivocada no livro Registro de Entradas como se destinadas à comercialização, com o propósito de burlar o fisco. Frisa que nessas condições, as argumentações apresentadas pelo Contribuinte não possuem nenhuma substância porque desprovidas de qualquer justificativa para amparar o seu direito ao crédito fiscal do ICMS. Portanto, não se fala em presunções, e sim em utilização indevida, e concreta, do crédito do ICMS quando da entrada dessas mercadorias, que foram destinadas ao consumo interno. Observa que o *equivoco administrativo*, conforme afirmado pela defesa, é motivo para rever seus atos internos e não para justificar o creditamento do ICMS sem respaldo legal.

Declara que a arguição dessa Infração, por parte da defesa, é desprovida de conhecimento tributário, fiscal e contábil, pois tenta apelar para um suposto erro administrativo para justificar o uso indevido do crédito de ICMS de aquisições de bens destinados ao uso e consumo.

Revela que de acordo com a Lei 7.014/96, o direito aos créditos de ICMS de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento ocorrerá a partir de janeiro de 2020, conforme determinado em Lei Complementar 87/96. Prossegue destacando que não se fala em usufruto de crédito de ICMS de mercadorias destinadas ao consumo interno em 2014 e 2015. Como já anunciado, o lançamento efetuado pelo contribuinte não tem respaldo legal. Por isso, assevera não ser uma mera especulação, como sugerido pela defesa. Reafirma também que não houve, nos

dois exercícios, saídas de mercadorias com a mesma codificação e, se houve, o contribuinte não emitiu os documentos fiscais pertinentes.

Registra que a documentação anexada a essa Infração contém elementos suficientes para lhe dar sustentação e, por isso, pede pela sua manutenção.

Infração 02 - inicialmente destaca que a atividade econômica principal do contribuinte é comércio atacadista de ferragens e ferramentas. Afirma que na filial localizada em Camaçari (BA), não existe nenhuma atividade vinculada ao processo de industrialização e, por isso, o creditamento do ICMS não está amparado pela legislação tributária em vigência. Trata-se, portanto, de contribuinte inscrito como comércio e não indústria, prerrogativa permitida pela legislação para uso de ICMS oriundo de energia.

Lembra que a defesa argui que a aquisição de energia elétrica fora sim destinada ao processo de industrialização do estabelecimento filial, localizado em Camaçari (BA), sendo, inclusive, comprovado por meio de Laudo Técnico. Logo, o crédito de ICMS utilizado fora perfeitamente lícito.

Revela que, para a defesa, “a energia elétrica adquirida foi sim utilizada no seu processo de industrialização, principalmente na atividade de corte e dobra de ferro, devidamente comprovado por Laudo Técnico (Doc. n. 03), ora anexado”. Argumenta ainda que “a Unidade de Camaçari também atua no ramo de serviços de confecção de armações metálicas para a construção, que, de acordo com o código CNAE está compreendida nas atividades das indústrias de transformação, as quais fabricam produtos de metal, exceto máquinas e equipamentos”.

Afirma o Autuante não haver dúvida, e sim certeza de que, naquele espaço físico, não há industrialização como sugere o contribuinte. Observa que seu questionamento é: A realização de serviço de corte e dobra de ferro pode ser considerada como indústria para fins de usufruto de crédito de ICMS? Diz acreditar que não. Frisa que de acordo com o atual Regulamento do IPI (Dec nº 7.212/2010), em seu art. 4º, “a industrialização se caracteriza por qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo”. Indaga se corte ou dobra do ferro, anteriormente industrializado, ao ser comercializado em pedaços configura nova industrialização.

Observa que ao analisar o Laudo Técnico anexado pelo Contribuinte, verifica que tal documento foi elaborado em 2013, com o propósito de analisar o consumo de energia elétrica para definição do índice de aproveitamento de ICMS, de acordo com a LC 87/96.

Menciona que, além do Laudo Técnico, e da tentativa de considerar serviço como industrialização, e configurar um comércio atacadista também como indústria, concretamente, o usufruto de crédito de ICMS de energia para comércio não tem amparo legal, baseado na Lei Complementar 87/96, que estabelece essa prerrogativa apenas para a indústria.

Conclui requerendo que esta Infração seja mantida em sua integralidade.

Infração 03 - observa que se refere-se às saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, a exemplo de tela, treliça e vergalhão, que foram destinadas a contribuinte microempresa e de pequeno porte, com aplicação de alíquota de 7%, esta específica para saídas de mercadorias de tributação normal com desconto financeiro destacado em documento fiscal, conforme disposto na alínea “c”, do inciso I, art. 16, da Lei 7.014/96.

Assinala que a defesa, apesar de ter unificado as argumentações desta Infração 03 com a Infração 04, demonstrou não entender a sua ocorrência em nenhuma das duas situações fáticas. Frisa não ser algo tão difícil assim, mas nem todos têm capacidade para entender o processo de autuação. Registra que são Infrações que envolvem a cobrança indevida de alíquota de 7% para contribuintes microempresa e de pequeno porte, mas totalmente diferentes daquela que compõe a Infração 04. Destaca que a Infração 03, trata exclusivamente da tributação de mercadorias sujeitas

à substituição tributária a 7%. Revela que a Lei 7.014/96, quando estabelece as condições desta alíquota para microempresa e de pequeno porte, exclui as mercadorias sujeitas à substituição tributária. Diz que as mercadorias como vergalhão, treliça, mesmo com desconto financeiro destacado em nota fiscal, que não é o caso das vendas realizadas nos dois exercícios, quando destinadas a contribuinte microempresa e de pequeno porte não podem ser tributadas com a alíquota de 7%. Por isso, na Infração 03 é exigido o complemento do valor do ICMS recolhido anteriormente a menos. Afirma que a Defesa não apresentou nenhuma argumentação válida para essa Infração.

Pugna pela manutenção da Infração porque está devidamente comprovada a irregularidade por parte do contribuinte quando da realização de comercialização daquelas mercadorias. Ou seja, com ou sem desconto financeiro, toda mercadoria elencada como sujeita à substituição tributária não pode ser tributada em alíquota inferior a 17% (inciso I, alínea “c”, art. 16, Lei n. 7.014/96) quando da sua comercialização para contribuintes microempresa e de pequeno porte no Estado da Bahia.

Infração 04 - Observa que nesta Infração, o contribuinte, quando da comercialização de mercadoria com tributação normal, e destinadas aos contribuintes microempresa e de pequeno porte, contrariando o disposto no §1º, do art. 16, da Lei 7.014/1996, aplicou indevidamente a alíquota de 7% aos adquirentes de mercadorias, porém sem a concessão do desconto financeiro destacado em documento fiscal.

Menciona que dentre as mercadorias comercializadas, cita as barras, cantoneiras, vigas, todas com tributação normal, e fora da incidência de substituição tributária. Frisa que neste caso, como já citado, houve descumprimento de condição essencial para a tributação a 7%. Ou seja, o desconto financeiro não foi destacado em nenhum documento fiscal quando das vendas dessas mercadorias para contribuintes microempresa e de pequeno porte.

Quanto a alegação da defesa de que houve a unificação da discussão, das Infrações 03 e Infração 04, afirmando, previamente, de que procedera ao regular recolhimento do imposto estadual, não havendo que se falar no descumprimento de qualquer obrigação legal, assevera que isso não é verdade, e não restou comprovado pelo Contribuinte em sua defesa.

Revela que para a defesa, as duas infrações tratam da completa inexistência de recolhimento a menor de ICMS. De acordo com o seu posicionamento, “a Autoridade Administrativa, ao observar que o desconto financeiro não estava destacado no documento fiscal, simplesmente presumiu - de forma automática - que o valor do benefício fiscal não fora repassado aos adquirentes sob a forma de desconto, sem realizar qualquer tipo de diligência para averiguar a verdade material dos fatos.

Registra que para a defesa, “o desconto fora sim repassado aos adquirentes da mercadoria, sendo comprovado por meio de controle de preços internos anexado à presente peça impugnatória (Doc. 04), que inclusive, ainda foi utilizada pelo seu próprio departamento de vendas/comercial.

Destaca que não se trata, portanto, nesta Infração, de presunção automática, como sugerido pela defesa, porque somente uma lei específica poderá dispensar o valor do ICMS devido por um contribuinte. Observa que o cotejamento de preços, nesta situação, não é atribuição da fiscalização.

Observa que os representantes legais optaram por um caminho tortuoso e ofensivo porque são incapazes de entender o alcance da Lei 7.014/96 quando condiciona a prerrogativa de uma tributação a 7% ao desconto financeiro destacado em documento fiscal. Assinala que o objetivo dessa lei, em relação ao benefício à microempresa e o pequeno porte, é favorecer o adquirente da mercadoria e não o vendedor em seus custos de mercadorias.

Afirma que as relações comerciais travadas em um mercado competitivo levam em conta a oferta e a procura de uma mercadoria e vão além dos componentes fixos e variáveis da contabilidade de custo da mesma mercadoria. Destaca que a aquisição de mercadorias por microempresários e de pequeno porte com o pagamento a menos dos seus valores, em termos financeiros, tem o propósito da sobrevivência do pequeno comerciante em um mercado altamente predador. Assinala ser este o propósito da lei, em sua compreensão.

Sustenta que o controle interno de preços, neste caso, não foi e nem poderá ser analisado pela Autoridade Fiscal. Diz tratar-se, em sua interpretação, de mais uma tentativa de burlar o fisco por meio de dados que são meramente contábeis, e com validade apenas interna. Registra que nas operações de vendas de mercadorias a 7% sem o desconto financeiro destacado em documento fiscal, operações essas que subsidiaram a Infração 04, houve um descumprimento a uma norma tributária. Assevera que as justificativas baseadas em análise custo de mercadorias, nesta situação, não têm validade jurídica, e não podem alterar um dispositivo de uma lei estadual.

Observa que a Defesa, para subsidiar sua tese, afirma que “em casos análogos, este CONSEF, rechaçou por completo as autuações fiscais que desconsiderava a aplicação da alíquota de 7%, quando comprovado que os descontos financeiros foram efetivamente repassados aos adquirentes”.

Afirma que a simples leitura da citação apensada pelo contribuinte pode, à primeira vista, achar que os fatos são idênticos e que merecem o mesmo tratamento por parte dos julgadores. Frisa que a defesa inclusive advoga nesse sentido e, por isso, sentiu-se bem poderoso em seus argumentos.

Menciona que a citação é interessante porque leva a outro questionamento: indaga se pode um julgador do CONSEF analisar uma infração dessa natureza e considerá-la improcedente porque uma análise de custo o levou a crer que o desconto foi concedido na redução do preço da mercadoria e que houve, portanto, o benefício financeiro ao adquirente daquela mercadoria conforme preconizado pela Lei 7.014/96.

Assinala que o dispositivo legal é bem claro. A tributação de mercadoria, não sujeita à substituição tributária, a 7% é condicionada ao desconto financeiro destacado em documento fiscal.

Quanto alegação da defesa de que “ademais, além da Autoridade Fiscal ter presumido - equivocadamente - que o desconto não fora concedido aos adquirentes das mercadorias, ela ainda realizou o cálculo do imposto estadual de forma incorreta, tendo em vista que incluiu o IPI na base de cálculo do ICMS, em divergência com o art. 13, §2º, da Lei Complementar 87/96”, assinala que, de novo, outro equívoco por parte dos representantes legais. Frisa que não está sendo cobrado ICMS de indústria e sim de comércio atacadista. Por isso, afirma não proceder tal arguição porque a base de cálculo do imposto, de acordo com o inciso I, art. 17, Lei 7.014/96, é o valor da operação. Portanto, nesse caso, há inclusão do valor do IPI e outras despesas acessórias.

Pugna, mais uma vez, pela manutenção da Infração em sua integralidade.

Solicita que sejam desconsiderados os seus pleitos da Defesa quanto ao pedido de diligência ou perícia fiscal, bem como aquele da Nulidade e Cancelamento do presente Processo Administrativo Fiscal.

Conclui requerendo a manutenção do Auto de Infração em sua Totalidade.

Às fls. 378 e 379, o representante do Autuado informa que efetuou o pagamento parcial do débito quitando a exigência relativa à Infração 03, mediante adesão ao Programa Concilia Bahia instituído pela Lei nº 14.016/2018.

Essa 3ª JJF decide converter os autos em diligência, fl. 384 para que o Autuante adotasse as seguintes providências: intimasse o Autuado à apresentar as comprovações, - Infração 01 - as

operações de saída das mercadorias Ferro Fundido e Aço - NCM 7213.91.90, através da emissão de documentação fiscal; Infração 02 – que o estabelecimento realiza operações industriais com a efetiva utilização de energia elétrica descrevendo em quais operações fabris e a proporção do consumo total em relação a efetiva utilização no processo industrial e nas áreas administrativas.

O Autuante informa à fl. 390 acusando a impossibilidade de intimar o Impugnante pelo fato de o estabelecimento autuado encontrar-se inativo, e que, diante de tal situação não poderá também ser verificado in loco a efetiva utilização no processo produtivo de energia elétrica, uma das razões da diligência.

Em nova diligência, essa 3ª JJF, fl. 397, solicitou que fosse intimado o Autuado através do endereço de seu patrono constante da peça defensiva, fls. 378 e 379, a apresentar as seguintes comprovações:

Infração 01 - de que as mercadorias ferro fundido, ferro e aço - NCM 7213.91.90, foram adquiridas para revenda através das respectivas notas fiscais de saídas;

Infração 02 - de que nos exercícios de 2014 e 2015 o estabelecimento realizou atividade industrial através do livro Registro de Controle da Produção, bem como explicitando as operações de transformação e a documentação fiscal de mercadorias que foram utilizadas no processo de industrialização relacionando com os correspondentes produtos acabados;

Infração 04 - de todas as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal que constem efetivamente a informação relativa ao desconto financeiro destacado expressamente no documento fiscal, consoante previsão estatuída no §1º, art. 16, da Lei 7.014/96.

O Autuado, às fls. 409 a 415, se manifesta nos seguintes termos.

Quanto à Infração 01 - A fim de comprovar o alegado, diz ter anexado em sua defesa o livro Registro de Entrada de seu estabelecimento localizado em Camaçari, por meio do qual é possível observar a indicação do código CFOP 2.152 (“transferência para comercialização”).

Apesar disso, na solicitação fiscal ora respondida, foi solicitada a apresentação das Notas Fiscais de saída dos referidos bens (NCM 7213.91.90), de modo a evidenciar que, de fato, as mercadorias foram adquiridas com o propósito de revenda.

Diante disso, de modo a corroborar as informações constantes do livro Registro de Entrada apresentado na peça impugnatória, informa que junta, à presente manifestação, as Notas Fiscais de Saída nºs 30206 e 30209 (Doc. 03), ambas registradas em 07/05/2018, as quais comprovam a revenda das mercadorias de NCM 7213.91.90, conforme requisitado.

Diz restar indene de dúvidas quanto à efetiva destinação das mercadorias adquiridas - “ferro fundido, ferro e aço” (NCM 7213.91.90) -, qual seja: a comercialização. Como consequência, o crédito fiscal de ICMS utilizado é indiscutivelmente lícito, devendo a infração combatida ser julgada totalmente improcedente.

No tocante à Infração 02 - destaca que em relação ao livro Registro de Controle da Produção, esclarece que, em virtude da incorporação e posterior baixa da unidade de Camaçari em 14/11/2018, os registros mais antigos concernentes a essa filial (o que engloba o período autuado - exercícios de 2014 e 2015) foram extraviados após o encerramento de suas atividades, razão pela qual não será possível juntá-los à presente manifestação.

Observa que para demonstrar a sua boa-fé e seu absoluto ímpeto colaborativo na condução dos trabalhos fiscalizatórios instaurados no presente Termo de Intimação Fiscal, foram levantados os últimos registros das operações realizadas na filial antes de sua baixa (2017-2018), os quais, por óbvio, poderão ser aproveitados para os exercícios autuados, ante a ausência de modificação do processo produtivo e da planta industrial instalada em Camaçari dentro de curtíssimo período de tempo.

Dito isso, observa que conforme detalhado no Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA, anexo (Doc. 04), a atividade industrial desempenhada compreende: a) A produção de estribos, esquadros e barras dobradas, através de processo de corte e dobra de matérias primas provenientes das usinas que compõem a empresa; b) Na central de Corte e Dobra (Galpão B), são recebidas as matérias primas (vergalhão em barra ou rolo), as quais serão submetidas ao processo de endireitamento, corte e dobra de aço, gerando estribos e esquadros de diferentes bitolas e formas geométricas; c) No Setor Filial/Centro de Distribuição, são igualmente recebidas e estocadas as matérias primas das usinas. Destaca que os vergalhões são submetidos ao processo de dobra, gerando barras dobradas. Na sequência, o material é fracionado para entrega ao cliente. d) O próximo passo consiste na amarração do produto, formando feixes amarrados com arame recozido, com a respectiva separação por pedido de clientes para programação da entrega. e) Por fim, o produto acabado é separado, conferido, identificado e carregado em veículos que transportam carga até o local designado e programado com o cliente.

Assinala que esses esclarecimentos corroboram o Laudo Técnico anexado à Impugnação (Doc. 03 da Impugnação), o qual ilustra *i*) a efetiva utilização da energia adquirida no processo de industrialização e, por conseguinte, *ii*) ao direito ao crédito de ICMS, no presente caso.

Além disso, ainda em cumprimento à intimação fiscal, afirma que resgatou a Base de Ativos Imobilizados referentes à filial de Camaçari (Doc. 05), na qual é possível verificar a aquisição de uma série de máquinas, instrumentos e utensílios próprios da planta industrial, evidenciando a característica fabril das atividades realizadas no estabelecimento.

Arremata frisando que, aliado às alegações já tecidas em sua Impugnação, resta definitivamente demonstrado que a energia elétrica utilizada fora, de fato, destinada ao processo de industrialização, consoante se confirma pelo processo produtivo por ela realizado, sustentado pelo PPRA ora anexado (Doc. 04, *cit*) e pelo Laudo Técnico acostado à Impugnação (Doc. 03 da Impugnação).

Em relação à Infração 04 - observa que o Autuante constatou que a empresa autuada aplicou a alíquota de 7% - prevista na alínea “c”, do inciso I, do art. 16, da Lei nº 7.014/96, mas sem destacar o desconto financeiro no documento fiscal, violando, assim, o disposto do §1º, do próprio art. 16, da Lei nº 7.014/96.

Revela que, na peça impugnatória, oportunamente, a empresa já ofertou documentação suficiente, demonstrando que o desconto fora sim repassado aos adquirentes da mercadoria, consoante tabela de preços-base anexada ao Doc. 04 da Impugnação, a qual, inclusive, foi utilizada pelo seu próprio departamento de vendas/comercial.

Assim, entende não restar qualquer comprovação adicional, além do que já fora detalhadamente trazido à Impugnação, sendo insubsistente o procedimento adotado pelo Autuante acerca da cobrança de suposto crédito tributário, seja porque: *i*) o desconto financeiro - positivado no §1º, do próprio art. 16, da Lei 7.014/96 - fora, de fato, repassado ao adquirente da mercadoria, comprovando, assim, a litude do benefício fiscal, previsto no art. 16, inciso I, alínea “c”, da Lei 7.014/96, e, por conseguinte, a inexistência de saldo devedor de ICMS. Ou, ainda; *ii*) porque o cálculo do tributo, ora exigido fora realizado de forma indevida, com a inclusão equivocada do IPI, aumentando, portanto, o valor do crédito tributário exigido.

Conclui reiterando todas as razões expendidas em sua Impugnação.

O resultado da diligência foi apresentado pelo Autuante às fls. 431 a 438, informando que:

Infração 01 - destaca que o Impugnante juntou como comprovação de que a mercadoria Ferro fundido - NCM 7231.91.90 de código 4315183, teve saída regular, as chaves de acesso das Notas Fiscais de Saída nºs 30206 e 30209 (Doc. 03).

Registra que as tais notas fiscais apresentadas como prova documental de que houve saída

tributada das referidas mercadorias, foram emitidas em 07/05/2018, decorridos, aproximadamente, quatro anos da ocorrência do lançamento do crédito tributário, configurado na Infração 01, do Auto de Infração em tela.

Assinala que diante de tal fato, para verificar a veracidade ou não da comprovação apresentada pelo Autuado neste item da diligência, necessário seria a realização de uma Auditoria Fiscal de todo o exercício de 2018, para que pudesse analisar o estoque inicial, estoque final, as entradas e as saídas deste item durante o transcorrer do exercício e assim verificar qual o tratamento tributário que o autuado adotou para a movimentação do item em questão. Fato este que está fora do escopo da diligência, até porque o Autuado encerrou suas atividades em outubro de 2018.

Aponta outro fato curioso é que o Autuado foi incorporado pela empresa ARCELORMITTAL SUL FLUMINENSE S.A. em abril de 2018 (cf. tela do INC que colaciona) e a destinatária das duas Notas Fiscais apresentadas pelo Autuado como prova de saída da mercadoria questionada (também cf. tela que colaciona - espelho da NF) foi a ARCELORMITTAL DO BRASIL S.A, estabelecimento do mesmo grupo da incorporadora, evidenciando que não houve uma efetiva operação de venda e sim uma transferência entre empresas do mesmo grupo.

Por isso, diz entender que o argumento do Impugnante de que “face ao exposto, resta indene de dúvidas quanto à efetiva destinação das mercadorias adquiridas - “Ferro fundido, ferro e aço” (NCM 7213.91.90), qual seja: a comercialização”, não restou comprovado, o que corrobora o acerto da autuação, porquanto ficou patente que não houve a efetiva saída das aludidas mercadorias entradas no estabelecimento do Autuado, durante os exercícios auditados.

Infração 02 - observa que o Patrono do Impugnante em sua Manifestação apresentou as seguintes comprovações e considerações sobre este item da Diligência:

Quanto ao livro Registro de Controle da Produção, a Impugnante informa que, em virtude da incorporação e posterior baixa da unidade de Camaçari em 14/11/2018, os registros mais antigos concernentes a essa filial (o que engloba o período autuado – exercícios de 2014 e 2015) foram extraviados após o encerramento de suas atividades, razão pela qual não foi possível juntá-los à presente manifestação.

Frisa que em relação às demais solicitações, o Impugnante informa que de modo a demonstrar a sua boa-fé e seu absoluto ímpeto colaborativo na condução dos trabalhos fiscalizatórios instaurados no presente Termo de Intimação Fiscal, foram levantados os últimos registros das operações realizadas na filial antes de sua baixa (2017-2018), os quais, por óbvio, poderão ser aproveitados para os exercícios autuados, ante a ausência de modificação do processo produtivo e da planta industrial instalada em Camaçari dentro de curtíssimo período de tempo.

Destaca que amparado em um manual de Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA anexo (Doc. 04), o Autuado informa a atividade industrial desempenhada pela mesma, ou seja, a produção de estribos, esquadros e barras dobradas, através de processo de corte e dobra de matérias primas provenientes das usinas que compõem a empresa.

Ressalta que o Autuado argumenta que os esclarecimentos apresentados corroboram o Laudo Técnico anexado à Impugnação (Doc. 03), o qual ilustra *i*) a efetiva utilização da energia adquirida no processo de industrialização e, por conseguinte, *ii*) ao direito ao crédito de ICMS, no presente caso.

Menciona que o Autuado apresentou uma tabela de itens de Ativo Imobilizado, a qual denominou de resgate da Base de Ativos Imobilizados referentes à filial de Camaçari, anexo (Doc. 05), segundo a qual é possível verificar a aquisição de uma série de máquinas, instrumentos e utensílios próprios da planta industrial, evidenciando a característica fabril das atividades realizadas no estabelecimento.

Quanto ao primeiro item da comprovação solicitada na diligência, ou seja, a apresentação do livro Registro de Controle da Produção, o Autuado alegou que foi extraviado após o encerramento das atividades. Ora, o Livro Fiscal que poderia comprovar os argumentos defensivos da mesma, neste item da diligência, não foi apresentado, sob a pífia alegação de extravio.

Assim sendo, registra que ficou impossibilitado (prejudicado) de proceder à verificação se houve ou não atividade industrial, supostamente afirmada pelo Autuado, quando a própria deixou de apresentar o livro fiscal de Registro de Controle e Produção, solicitado na diligência.

Afirma ter ficado também prejudicado a análise deste item da citada Diligência, porque também não foi apresentado pelo Autuado, explicitação sobre as operações de transformação bem como a documentação fiscal das aquisições de mercadorias que foram utilizadas no processo de industrialização relacionando com os correspondentes produtos acabados.

Revela que o livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, previsto no art. 220, do Regulamento do ICMS, Dec. nº 13.780/12, é de uso obrigatório pelos estabelecimentos industriais ou a eles equiparados pela legislação federal, conforme estabelecido em seu §1º.

Quanto ao manual de Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), anexado pela Autuada (Doc. 04), assinala que se trata de um documento genérico sobre prevenção de risco ambiental que não tem o condão de comprovar de forma efetiva a realização de atividades industriais pelo Autuado.

Observa também que o referido manual (PPRA) foi elaborado em 30 de abril de 2017, conforme recorte do texto que anexa, ao passo que se estar tratando de fatos ocorridos nos exercícios de 2014 e 2015, ou seja, no período da auditoria, o Autuado não estava amparada pelo tal Programa de Prevenção de Risco apresentado como prova de suas alegações defensivas.

Infração 04 - assinala que o Autuado foi Intimado para apresentar a comprovação de todas as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal que constem efetivamente a informação relativa ao desconto financeiro expressamente destacado no documento fiscal, consoante previsão estatuída no §1º, do art. 16, da Lei 7.014/96.

Registra que o Autuado informou que em sua Defesa já ofertou documentação suficiente, demonstrando que o desconto fora sim repassado aos adquirentes da mercadoria, consoante tabela de preços-base anexada ao Doc. 04 da Impugnação, a qual, inclusive, foi utilizada pelo seu próprio departamento de vendas/comercial.

Assinala que o Autuado concluiu informando que quanto à solicitação referente à Infração 04, não resta qualquer comprovação adicional, além do que já fora detalhadamente trazido na Impugnação, sendo insubsistente o procedimento adotado pela Autoridade Autuante acerca da cobrança de suposto crédito tributário.

Observa que o Autuado, embora intimado com prazo bastante elástico para atendimento da solicitação formulada pela 3ª JF, qual seja, apresentar todas as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal que constem efetivamente a informação relativa ao desconto financeiro destacado expressamente (grifo nosso) no documento fiscal, consoante previsão contida no §1º, do art. 16, da Lei 7.014/96, não apresentou, limitando-se a informar que tal comprovação já constava de sua Impugnação, no Doc. 04, anexado, ao PAF.

Assinala que conforme pode-se observar do levantamento fiscal realizado pelo Autuante e das Notas Fiscais de vendas (Danfe), anexado às fls. 195 a 206, emitidas para contribuintes enquadrados no Simples Nacional (MP e EPP), com a utilização da alíquota de 7%, não foi concedido desconto financeiro algum para o adquirente, em completo desrespeito à previsão estatuída no §1º, do art. 16, da Lei 7.014/96 (abaixo colado), cujo teor reproduz.

O Auditor designado conclui o resultado da diligência nos seguintes termos:

Infração 01 - O Autuado não apresentou comprovação alguma de que a mercadoria Ferro fundido, ferro e aço - NCM 7213.91.90, foram adquiridas para revenda através das respectivas Notas Fiscais de saídas;

Infração 02 - O Autuado não apresentou o livro Registro de Controle e Produção, sob a alegação de extravio, o qual poderia comprovar que nos exercícios de 2014 e 2015 o estabelecimento realizou atividade industrial. Também não explicitou de forma convincente as operações de transformação efetuadas pelo estabelecimento que pudessem caracterizar atividade industrial, notadamente sendo a mesma classificada no cadastro do ICMS deste estado (mediante própria declaração) como atividade principal “Comércio Atacadista de Ferragens e Ferramentas”. Também não apresentou a documentação fiscal das aquisições de mercadorias que foram supostamente utilizadas no processo de industrialização relacionando com os correspondentes produtos acabados;

Infração 04 - O Autuado não apresentou nenhuma das Notas Fiscais arroladas no levantamento fiscal que constem efetivamente a informação relativa ao desconto financeiro expressamente destacado no documento fiscal, consoante previsão estatuída no §1º, do art. 16, da Lei 7.014/96.

O Autuado volta a se manifestar às fls. 442 a 447, reiterando seus argumentos alinhados na manifestação anterior e conclui pugnando pela insubsistência do Auto de Infração.

À fl. 462, o Auditor fiscal designado informa que nada mais tem a acrescentar, uma vez que o Autuado apenas reiterou em sua manifestação informações já prestadas quando fora intimada para atendimento da diligência solicitada.

VOTO

Inicialmente, consigno que, depois de examinar as peças que compõem o presente PAF não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Observo que, o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudessem inquinar de nulidade as infrações do presente lançamento.

O Defendente alegou que o lançamento é nulo por ter sido pautado em meras presunções e que não fora observado o princípio da verdade material sob o fundamento de que não foi diligenciado e nem verificado a efetiva ocorrência dos fatos geradores relativos às infrações apuradas e objeto da autuação.

Exame nas peças que compõem os presentes autos demonstram o oposto da tese defensiva ao suscitar essa preliminar de nulidade. Eis que às fls. 15 a 24, constam as diversas intimações ao sujeito passivo para fornecimento de informações livros e documentos fiscais na tentativa inequívoca de buscar junto ao Autuado os elementos imprescindíveis para alicerçar o trabalho de auditoria realizado nas operações realizadas pelo estabelecimento autuado no período fiscalizado. Portanto, não há que se falar em ofensa ao princípio da verdade material. Diversas diligências também foram realizadas no transcurso da instrução que corroboram com a iniciativa sempre presente nos autos com o fito de dirimir eventuais dúvidas na interpretação dos elementos constitutivos da autuação. Logo, fica rechaçada essa preliminar de nulidade suscitada.

Do mesmo modo não deve ser acolhida, por total falta suporte fático, a alegação de que a apuração da acusação fiscal, relativa as irregularidades objeto da autuação, decorreu de presunção da ocorrência dos fatos apurados, uma vez que resta patente nos autos que, cada uma das exigências constantes do Auto de Infração, afiguram-se devidamente lastreada e fundamentada na documentação e escrituração fiscal do estabelecimento autuado e discriminada a origem da apuração em demonstrativos, analíticos e sintéticos, que explicitam de forma clara os valores apurados. Portanto, não ocorreu qualquer apuração indireta do débito exigido, haja vista

que decorrente das operações realizadas e documentadas pelo próprio autuado. Assim, refuto também essa preliminar de nulidade, ante a ausência de qualquer elemento objetivo que denote a presunção alegada.

O Defendente também alega falta de clareza e segurança na acusação fiscal pelo fato de constar na capitulação das infrações mais de um artigo, ou mesmo a não indicação do inciso, e alínea correspondente à irregularidade cometida. Entendo que esses aspectos não causaram qualquer dificuldade para a compreensão do que estava sendo acusado o sujeito passivo, uma vez que a descrição dos fatos e as circunstâncias da ocorrência narradas da irregularidade cometida, conjuntamente com os demonstrativos de apuração não deixam qualquer dúvida quanto à infração imputada. Tanto é assim que o Impugnante não apontou objetivamente que aspecto da capitulação, na forma como indicada, lhe causou específico óbice que lhe tolheu a compreensão do que lhe estava sendo imputado. Outro fato, que nos autos demonstra a plena compreensão da acusação fiscal pelo autuado é a desenvoltura com que apresenta suas razões de defesa apontando as incongruências que entendeu pertinentes.

Ademais, esse entendimento tem respaldo no que estabelece o art. 19, do RPAF-BA/99, “A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”.

Pelo expendido, rejeito as preliminares de nulidade arguidas pelo Autuado.

Em relação ao pedido de perícia fiscal formulado pelo Defendente, fica negado, com base nas alíneas “a” e “b”, do inciso II, do art. 147, do RPAF-BA/99, por entender que a prova dos fatos não depende do conhecimento especial de técnicos, bem como é desnecessária em vista de outras provas já produzidas nos autos.

No mérito, o Auto de Infração é constituído por quatro infrações a legislação do ICMS na forma enunciada pormenorizadamente no preâmbulo do relatório.

A Infração 03 foi reconhecida pelo Impugnante, tendo carreado aos autos, inclusive comprovante de recolhimento, fl. 381, quitado por ocasião do programa especial de quitação instituído pelo “Concilia 2018”, instituído pela Lei nº 14.016/18. Logo, fica mantida a autuação.

Infração 01 - apura a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$3.948,27, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, abril, julho e setembro de 2014 e fevereiro, junho e novembro de 2015, consoante demonstrativo às fls. 74 a 96.

O Defendente em suas razões de defesa alegou que apesar da inequívoca destinação das mercadorias arroladas no levantamento fiscal terem sido destinadas para revenda - por mero equívoco na escrituração das notas fiscais aludidas - terminou registrando, no campo de “descrição do Produto/Serviço”, que as mercadorias seriam destinadas ao consumo interno da empresa, o que, em tese, não daria direito ao crédito de ICMS. Sustentou que o Autuante glosou o crédito fiscal de ICMS utilizado sem sequer realizar qualquer tipo de diligência, a fim de averiguar a efetiva destinação das mercadorias adquiridas.

Ao proceder a informação fiscal o Autuante manteve a autuação asseverando que não houve saídas dessas mercadorias com a mesma codificação.

Na busca da verdade material essa 3ª JJF converteu os autos em diligência para que o Impugnante apresentasse a comprovação de que as mercadorias, objeto desse item da autuação, foram objeto vendas.

O resultado da diligência apresentado pelo Autuante, fl. 432, informa que o Defendente apresentou como prova de que a mercadoria ferro fundido - NCM 7231.91.90 de código 4315183 teve saída através das Notas Fiscais de nºs 30206 e 30209, emitidas em 07/05/2018, em transferência

para a empresa Arcelormittal do Brasil S.A, que incorporou o estabelecimento autuado em abril de 2018.

Depois examinar os elementos que compõem esse item da autuação, verifico que, mesmo após a diligência realizada, o Autuado não consegue elidir a acusação fiscal, haja vista que ao ser instado a comprovar sua alegação defensiva de que a mercadoria ferro fundido - NCM 7231.90.90 de código 4315183, constante das notas fiscais arroladas no levantamento como sendo destinadas a uso e consumo do estabelecimento foram destinadas a vendas.

Resta evidenciado que as notas fiscais apresentadas não se prestam a comprovar a alegação da defesa, uma vez que, além de serem emitidas depois da lavratura do presente Auto de Infração não se referem a uma efetiva operação de vendas e sim a “transferência” para outra empresa do grupo realizada quatro anos depois do ingresso das referidas mercadorias.

Pelo expendido, entendo que o Autuado não comprovou nos autos de forma inequívoca a comercialização da mercadoria arrolada no levantamento fiscal registrada como sendo destinada a consumo do estabelecimento autuado.

Concluo pela subsistência da autuação relativa à Infração 01.

A Infração 02 cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, nos meses de janeiro a abril, junho a dezembro de 2014 e março a agosto de 2015, exigido o valor de R\$287.745,61, demonstrativo às fls. 99 a 138.

Em sua Impugnação, o Autuado alegou que a energia elétrica adquirida por seu estabelecimento, cujo crédito fiscal foi glosado nesse item da autuação, foi utilizada em seu processo de industrialização principalmente nas operações de corte e de dobra de ferro no serviço de confecção de armações metálicas para construção, conforme sua atividade secundária que consta em seu código secundário CNAE (25.99-3-01 e Laudo Técnico que anexou aos autos.

O Autuante em sua informação fiscal manteve a autuação baseado na Lei Complementar 87/96, que somente estabelece essa prerrogativa para indústria, aduzindo que no espaço físico do estabelecimento autuado não há industrialização e que o Laudo apresentado pelo Autuado foi elaborado em 2013.

Mediante diligência solicitada por essa 3ª JF, foi solicitado ao Impugnante que comprovasse a realização de industrialização no estabelecimento autuado através do livro Registro de Controle da Produção, bem como explicitasse as operações de transformação e a documentação fiscal das aquisições e mercadorias que foram utilizadas no processo de industrialização que resultou nos apontados produtos acabados.

O Autuado não atendeu a solicitação informando que o livro Registro de Controle da Produção foi extraviado após o encerramento das atividades do estabelecimento e apresentou como prova de seu processo de industrialização o detalhamento de sua atividade industrial em seu Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA, datado de maio/2017 a maio de 2018, fls. 424 e 425, que afirmou corroborar com a sua alegação juntamente com o Laudo Técnico juntado à sua Defesa.

Depois de analisar os elementos carreados aos autos pelo Impugnante com o objetivo de comprovar seu processo de industrialização no estabelecimento autuado para fins de legitimação da utilização dos créditos fiscais na aquisição de energia elétrica, constato que logrou êxito em sua pretensão. A ausência dos registros comprobatórios de seu processo de industrialização escriturados no livro Registro de Controle da Produção não permite afirmar de forma inequívoca a atividade industrial alegada como desenvolvida no estabelecimento. Do mesmo modo que a falta de apresentação de notas fiscais de saída dos produtos ditos industrializados e das notas fiscais das aquisições das correspondentes matéria prima utilizada impede a comprovação da

aludida industrialização.

Entendo também que, tanto o Laudo Técnico, como o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA, expedidos em períodos distintos do autuado não se prestam para alicerçar a comprovação de que exercia a atividade industrial proclamada em sua defesa no período fiscalizado, uma vez que não carrega aos autos comprovação inequívoca de ter realizado qualquer operação de comercialização com os produtos ditos como industrializados pelo estabelecimento autuado.

Por isso, resta evidenciado nos autos que o Defendente não consegue comprovar sua alegação defensiva, portanto, a acusação fiscal afigura-se corretamente erigida e caracterizada a indevida utilização de crédito fiscal decorrente da aquisição de energia elétrica, consoante preconiza a legislação de regência.

Assim, concluo pela subsistência da Infração 02.

A Infração 04 imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e janeiro a março de 2015, exigido o valor de R\$107.427,70, consoante demonstrativo às fls. 196 a 260, em decorrência da não concessão do desconto financeiro destacado em documento fiscal na comercialização de mercadorias com tributação normal, e destinadas a contribuintes microempresa e de pequeno porte, contrariando o disposto no Parágrafo Primeiro, art. 16, Lei nº 7.014/96, aplicando indevidamente a alíquota de 7%.

Em sua Impugnação, o autuado alegou que repassou o desconto aos adquirentes, que diz comprovar por meio o controle de preços interno utilizado por seu departamento de vendas apresentando como prova espelhos de notas fiscais de seu sistema de controle interno. Sustentou que a fiscalização “ao observar que o desconto financeiro não estava destacado no documento fiscal, simplesmente presumiu - de forma automática - que o valor do benefício fiscal não fora repassado aos adquirentes sob a forma de desconto, sem realizar qualquer tipo de diligência para averiguar a realidade material dos fatos”.

Na busca da verdade material essa 3ª JJF, converteu os autos em diligência para que o Impugnante carresse aos autos a comprovação de todas as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal que constem, efetivamente, a informação relativa ao desconto financeiro expressamente destacado no documento fiscal, consoante prevê o §1º, do art. 16, da Lei 7.014/96.

O Impugnante não atendeu a solicitação da diligência, eis que não carrega aos autos as cópias das notas fiscais comprovando a exigência preconizada na legislação de regência.

Os documentos cujas cópias foram apresentadas pela Defesa oriundos de seu controle interno não se prestam a comprovar o efetivo repasse fiscal do benefício fiscal para o adquirente, consoante expressa determinação legal

É patente que o estabelecimento autuado, nas vendas realizadas a microempresas, empresas de pequeno porte, inscritos como tais no cadastro estadual, é obrigado pela legislação, a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, da redução da carga tributária, resultante da adoção da alíquota de 17% para 7%, devendo a redução constar, expressamente, no respectivo documento fiscal, conforme consta no §1º, do art. 16, da Lei 7.014/96, *in verbis*:

“§ 1º A aplicação da alíquota de 7% (sete por cento), prevista na alínea “c” do inciso I do caput deste artigo, fica condicionada ao repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal.”

Portanto, o contribuinte não provou que tivesse concedido o desconto na forma expressamente prevista na legislação de regência, uma vez que o benefício destina-se à microempresa, empresa de pequeno porte, e deveria a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal, nas

operações de vendas a essas empresas.

Concluo pela subsistência da Infração 04.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelecido expressamente nas alíneas “a”, dos incisos VII e II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

No que concerne a alegação da defesa de que a multa aplicada é exorbitante e viola o princípio do não-confisco, saliento que de acordo com o inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual posta. No tocante ao pedido para atenuação da multa, ressalto que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa. Assim, ficam mantidas.

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF-BA/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do Autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber intimações relativas ao presente feito.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298616.0008/17-0**, lavrado contra **VOTORANTIM SIDERURGIA S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$800.232,20**, acrescido da multa 60%, prevista, respectivamente, nas alíneas “a”, dos incisos VII e II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2020.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA