

PROCESSO - A. I. Nº 206955.0024/14-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e WEATHERFORD INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDOS - WEATHERFORD INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0105-05/19
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/01/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0350-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. ATIVO FIXO E/OU CONSUMO. Infração 1 - Lide cuja discussão foi remetida para discussão perante o Poder Judiciário. Desistência por parte do contribuinte da impugnação interposta. Remessa dos autos para a Procuradoria (PGE) visando inscrição do débito em Dívida Ativa. Mantida a exigência fiscal com suspensão da exigibilidade. Infração 2 - Redução do débito com base em revisão da ASTEC. Item subsistente em parte. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAIS E INTERMUNICIPAIS. CONTRATAÇÃO DE FRETES EM OPERAÇÕES SUCESSIVAS INTERESTADUAIS. IMPOSTO DE CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. Infração 3 descaracterizada. Não configurada a prestação de serviço de transporte sucessiva pelo número de prestações realizadas ao longo de um ano. Inexistência de contrato formal. Revisão pela ASTEC. Item insubsistente. 3. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Item revisado pela ASTEC. Comprovado que parte das notas fiscais que compõem esse item da autuação foi submetida à tributação nas saídas subsequentes. Infração 4 subsistente em parte. 4. MULTAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. a) ENTRADA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. b) ENTRADA DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infrações também submetidas à revisão da ASTEC. Exclusão das notas fiscais em que houve comprovação de registro na escrita fiscal. Redução da multa de 10% para 1%. Fato enquadrado nas disposições do inc. XI, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, dispositivo já revogado pela Lei nº 13.816. A conduta de falta de registro de notas fiscais na escrita fiscal passou a ser tratada de forma unificada no inc. IX do mesmo artigo de lei, não havendo diferenciação para as operações e prestações tributadas e não tributadas, todas apenadas com multa de 1% (um por cento). Aplicação retroativa da norma mais benéfica. Infrações 5 e 6 subsistentes em parte. Rejeitadas as preliminares de nulidade do lançamento. Recurso de Ofício **NÃO PROVÍDO**. Recurso

Voluntário **PROVIDO PARCIALMENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e Recurso de Ofício interpostos contra Decisão proferida pela 5ª JJF em 05/07/2019 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$1.981.607,88, em decorrência do cometimento de seis infrações.

Infração 01. – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 28/02/2011 e 31/12/2013. *Valor:* R\$ 363.725,98

Infração 02. – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. (RV e RO).

Data da Ocorrência Entre 31/01/2011 e 31/12/2011. *Valor:* R\$ 29.599,90

Infração 03. – Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviço de transporte interestaduais e intermunicipais. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da contratação de fretes em operações sucessivas interestaduais nos exercícios de 2012 e 2013, na condição CIF, figurando como tomador dos serviços de transportes, sendo responsável pelo recolhimento do imposto, na qualidade de contribuinte substituto. (RO).

Data da Ocorrência Entre 31/01/2012 e 31/12/2013. *Valor:* R\$ 8.030,50

Infração 04. – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. (RV e RO).

Data da Ocorrência Entre 31/01/2011 e 31/12/2011. *Valor:* R\$ 380.070,75

Infração 05. – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. (RV e RO).

Data da Ocorrência Entre 31/01/2012 e 31/12/2013. *Valor:* R\$ 934.124,07

Infração 06. – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. (RV e RO).

Data da Ocorrência Entre 31/01/2012 e 31/12/2013. *Valor:* R\$ 266.056,68

Após a devida instrução processual, a referida Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial, por unanimidade, o que fez nos seguintes termos:

O Auto de Infração em lide é composto de 06 (seis) imputações conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Sobre a preliminar de Nulidade: Cabe consignar, inicialmente, que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido a multa aplicada e sua base de cálculo apurados e demonstrados em atendimento dos procedimentos previstos na legislação regente da matéria. Os valores se encontram contidos nos demonstrativos de débito (folhas 12 a 111 e CD anexo – fl. 115). Houve a indicação correta do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos. Registre-se ainda que a descrição das infrações na peça acusatória foi clara e determinada. Ausentes, portanto, razões a justificar a nulificação do procedimento administrativo fiscal, ainda que por ato de ofício, por inexistirem vícios que tenham impedido o contribuinte de exercer na plenitude o direito à ampla defesa e o contraditório. Nega-se provimento ao pedido de nulidade articulado na inicial.

Passemos então ao exame do mérito de cada uma das imputações que foram dirigidas ao contribuinte na peça de lançamento.

Importante registrar de forma antecedente que a empresa autuada desenvolve atividade de prestação de serviços de engenharia com fornecimento de equipamentos e ferramentas para a indústria de petróleo e gás, sendo que parte de suas atividades estão submetidas à incidência de ICMS, relativamente aos materiais fornecidos.

A Infração 01 envolve a movimentação de ativos fixos e outros bens entre estabelecimentos da autuada. Trata-se

de bens importados com admissão temporária (pagamento proporcional dos tributos) ou REPETRO (suspensão total dos impostos incidentes na importação). A defesa argumenta que não houve circulação jurídica apta a desflagrar obrigação tributária no âmbito do ICMS. Ajuizou ações declaratórias listadas à página 124 deste PAF (docs. 5 e 6 da peça de defesa) para obter pronunciamento judicial que acolhesse a sua pretensão no sentido da não incidência do ICMS nessas operações. A autuação por sua vez, exigiu o ICMS a título de diferença de alíquotas (DIFAL), nas remessas interestaduais desses bens para o estabelecimento do contribuinte localizado neste Estado, exigindo o valor principal de R\$363.725,98.

Trata-se de material que ingressou no estabelecimento da autuada proveniente de outras Unidades da Federação. Observo que a questão foi submetida à revisão da ASTEC para que fosse observado o tratamento dado posteriormente às mercadorias (saídas e retornos). Porém, não houve qualquer pronunciamento da revisora sob este aspecto. Independetemente dessa omissão é possível se fazer um juízo de mérito da referida cobrança.

A questão encontra-se sob exame do Poder Judiciário do Estado da Bahia através dos processos de Apelação nº 0502230-52.2014.8.05.0001 e nº 0004725-34.2011.8.05.0001 (cópias anexas, fls. 2.234 a 2.254), através dos quais a impugnante pleiteou o reconhecimento judicial, via ação declaratória, para não recolher ICMS nas operações envolvendo movimentação de ativos e materiais (mercadorias) entre seus estabelecimentos (aplicação da Súmula 166 do STJ), além do reconhecimento da não incidência nas movimentações e transferências de equipamentos de terceiros importados sob o regime adunheiro especial (admissão temporária), bem assim no que pertine ao diferencial de alíquotas sobre a entrada de bens dessa natureza neste Estado. O Auto de Infração foi lavrado em 2014 (23/12/14), e a medida judicial, em relação ao diferencial de alíquotas, tramita desde 2014. Aplica-se ao caso as disposições do art. 117, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que determina que “A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”.

O valor lançado nesse item da autuação fica preservado, visto que formalizado através de Auto de Infração, porém o exame de mérito da exigência fiscal fica prejudicado posto que a questão foi deslocada para a esfera judicial. Os autos, em relação a este item da autuação, deverão ser remetidos à PGE (Porcuradoria Estadual) para inscrição em dívida ativa, se for o caso, com a suspensão da exibibilidade do crédito tributário até decisão final da questão perante o Poder Judiciário.

Relativamente à Infração 2, a ocorrência está vinculada à cobrança do ICMS DIFAL pela entrada de bens de uso e consumo (bens consumíveis) que foram remetidos, segundo a defesa, em seguida, para seus clientes ou mesmo para filiais da impugnante. Sustenta a defesa, em igualdade com os argumentos expostos na infração 01, que não houve transferência de propriedade jurídica dos bens e que as operações autuadas se referem a equipamentos remetidos para testes em outros estabelecimentos e/ou clientes que firmaram contratos com a autuada. Acrescenta que as citadas remessas foram tributadas nas saídas (débito de ICMS) e no retorno também (crédito de ICMS), zerando o efeito fiscal.

A questão foi submetida à revisão da ASTEC/CONSEF. Destacou a diligente que, na infração 2, na planilha (fl. 2.255), apresentada no CD (fl. 2.266) e reproduzida na fl. 2.180 do parecer, onde informa os números das notas fiscais, datas, valores, natureza da operação, referentes às entradas e números das notas fiscais, datas, e natureza da operação das notas correspondentes às saídas. Aponta confronto das notas fiscais anexas, às fls. 893/1114, foi verificado que apenas as Notas Fiscais nos 709, 5586, 1030, 1280, 2532, 14765 e 235, foram comprovadas com as Notas Fiscais correspondentes aos nos 712, 75, 1163, 1079, 1338, 2501, 3267 e 180, sendo excluídos os valores correspondentes às citadas notas fiscais conforme o quadro indicado. Salienta que as demais notas fiscais informadas não constam nos autos, ou seja, não foi comprovada a destinação que afastasse a cobrança do ICMS/DIFAL.

Restou caracterizada, na diligência, em relação aos citados documentos fiscais, que as entradas estão relacionadas a compras para industrialização (NF 709/NF 712); compras para comercialização ou transferência para comercialização (NF 5586/NF 1163; NF 1030/NF 1079; NF 1280/NF 1338; NF 14765/NF 3267); retorno de mercadorias remetidas para testes ou assistência técnica (NF 2532/NF 2501); retorno de mercadorias de depósito fechado (NF 235/NF 180).

Após as exclusões dos valores correspondentes às notas fiscais demonstradas no quadro indicativo o valor da Infração 2 foi alterado de R\$29.699,90 para R\$25.932,87, de acordo com o demonstrativo de fls. 2.180-2.181.

No tocante a alegação de inexistência de circulação jurídica para caracterizar a incidência do imposto não vislumbra razões para acolher a tese defensiva visto que o ICMS, por ser tributo estadual, e considerando o princípio da autonomia dos estabelecimentos dos contribuintes determina que o imposto deverá ser recolhido em favor da Unidade federada ou se der a internalização ou consumo dos bens e materiais. Há uma certa incoerência na tese defensiva do contribuinte visto que este argumentou em seu favor ter tributado diversas saídas e se creditado nas entradas das mercadorias em retorno ao seu estabelecimento, não adotando, na sua escrituração, a tese da não incidência do ICMS nas operações.

Acato a revisão das ASTEC para manter a cobrança do ICMS DIFAL das demais operações de entradas, por

não ter sido demonstrado e provado pela defesa se tratar de operações que estivessem excluídas dessa específica exigência fiscal. Em decorrência, o Demonstrativo de Débito da Infração 02 passa a ter a composição detalhada na planilha abaixo, por período mensal:

Data Ocorr.	Data Venc.	Base de Cálculo	Aliq%	Multa	Valor ICMS
31/01/2011	09/02/2011	339,24	17%	60%	57,67
28/02/2011	09/02/2011	51.078,53	17%	60%	8.683,35
31/03/2011	09/04/2011	51.090,71	17%	60%	8.685,42
31/05/2011	09/06/2011	12.436,94	17%	60%	2.114,28
31/07/2011	09/06/2011	3.863,76	17%	60%	656,84
30/09/2011	09/10/2011	1.621,29	17%	60%	275,62
30/11/2011	09/12/2011	765,00	17%	60%	130,05
31/12/2011	09/01/2012	31.350,82	17%	60%	5.329,64
TOTAL					25.932,87

Na Infração 03 é reclamado ICMS, a título de substituição tributária, relativamente às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais, figurando o estabelecimento autuado na condição de tomador do serviço (prestações CIF), e responsável tributário pelo recolhimento do imposto.

A defesa disse ser imprescindível para a exigência do ICMS ST que restasse caracterizado o vínculo formal através de contrato firmado entre as prestadoras e o substituto tributário. Contestou também a multa de 150% por ser exigência não cabível para a situação concreta já que não houve retenção do ICMS e apropriação indevida por parte da autuada do imposto retido.

Essa questão foi submetida à revisão da ASTEC para que se verificasse a existência de contrato formal entre as partes envolvidas nas prestações; as repetidas contratações (prestações com idênticas transportadoras) e os itinerários (percursos) executados. A ASTEC em seu Parecer, atesta a inexistência de contrato formal entre a impugnante e as transportadoras, mas informa a ocorrência de repetidas contratações (prestações) junto a idênticas transportadoras.

De plano, verifico que a infração incidiu em vício insanável visto que a acusação foi de falta de recolhimento do imposto retido e o demonstrativo juntado à fl. 62, elaborado pela fiscalização, revela a existência de falta de retenção. Portanto, enquadramento, descrição fática e apenação estão incorretas no Auto de Infração. Não obstante esse aspecto há que se observar que as prestações objeto do presente lançamento se referem a 22 (vinte e duas) ocorrências realizadas ao longo do exercício de 2012, configurando uma média de 1,83 serviços por mês, não se podendo nessa circunstância se estabelecer a verificação de prestações sucessivas, conjugado com o fato de inexistir contrato formal entre as partes. Ademais as prestações não estão concentradas em um único transportador, havendo serviços prestados pelo CNPJ 40.470.684/0001-00 (16 prestações ao longo de janeiro, março, abril, agosto e novembro de 2012), e pelo CNPJ 92.954.593/0003-05 (06 prestações ao longo de junho e outubro de 2012). Caracterizada, portanto, a eventualidade dos serviços de transporte tomados junto a esses prestadores. Em decorrência, julgo a infração 03 totalmente IMPROCEDENTE.

Na Infração 4 a cobrança está vinculada à acusação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de materiais para uso e consumo do estabelecimento. A defesa, para elidir a infração, afirmou que as aquisições foram efetuadas com posterior revenda das mercadorias, incidindo ICMS nas etapas subsequentes de saídas (docs. 7, 8 e 12). Ou seja, as operações seguintes com as mercadorias teriam sido regularmente tributadas, devendo ser mantido o direito ao crédito fiscal nas entradas.

Essa questão também foi submetida à revisão da ASTEC/CONSEF, no sentido de certificar se, efetivamente, as mercadorias objeto da glosa dos créditos fiscais tiveram as saídas subsequentes submetidas à tributação pelo ICMS.

Asseverou a revisora fiscal que ao analisar e confrontar os dados da planilha apresentada, documentos 7, 8 e 12 da peça defensiva, e os dados da autuação (fls. 53/60), que as notas fiscais demonstradas à fl. 2.182, tiveram saídas subsequentes tributadas, entretanto a Nota Fiscal nº 234 não foi excluída, haja vista que a descrição do produto da Nota Fiscal nº 179 (fl. 976), não tem nenhuma correspondência com a Nota Fiscal nº 234, conforme demonstrativo fls. 54/55 dos autos. Destacou que após as exclusões dos valores correspondentes às notas fiscais demonstradas, foi alterado o débito de R\$380.070,75 para R\$362.643,86, conforme demonstrativos de fls. 2.183-2.184.

Ressalto ainda que a planilha juntada posteriormente pela defesa (doc. fls. 2.279/2.283), após a revisão fiscal, não é prova suficiente a elidir a infração 04 e também a infração 02. São folhas avulsas que não têm relação alguma com a escrituração fiscal do contribuinte. Ademais, o contribuinte teve largo prazo para proceder à instrução probatória visando eliminar ou reduzir o “quantum debeatur”.

Acato a revisão da ASTEC para declarar a procedência parcial desse item da autuação fiscal.

Data Ocorr.	Data Venc.	Base de Cálculo	Aliq%	Multa	Valor ICMS
31/01/2011	09/02/2011	50.426,47	17%	60%	57.464,35

28/02/2011	09/02/2011	711,59	17%	60%	16.378,45
31/03/2011	09/04/2011	18.471,35	17%	60%	24.347,10
30/04/2011	09/05/2011	39.582,24	17%	60%	694,18
31/05/2011	09/06/2011	44.708,82	17%	60%	82.154,18
30/06/2011	09/07/2011	56.387,71	17%	60%	32.326,36
31/07/2011	09/06/2011	66.585,00	17%	60%	39.428,27
31/08/2011	09/09/2011	51.392,71	17%	60%	1.349,93
30/09/2011	09/10/2011	7.015,06	17%	60%	876,47
31/10/2011	09/11/2011	40.178,06	17%	60%	2,11
30/11/2011	09/12/2011	8.120,18	17%	60%	7.287,00
31/12/2011	09/01/2012	67.649,88	17%	60%	100.335,46
TOTAL					362.643,86

As Infrações 5 e 6 serão abordadas em conjunto. Referem-se às multas por descumprimento de obrigações acessórias pela falta de registro na escrituração fiscal de notas fiscais de entradas de mercadorias, respectivamente, tributadas e não tributadas.

A defesa fez juntada de provas nos autos que compõem o doc. 13 da peça impugnatória (fls. 2.055 a 2.142). Contestou as multas aplicadas e pediu subsidiariamente a redução da penalidade lançada na infração 5, de 10% para 1%, considerando a retroatividade da norma mais benéfica.

Questão que também foi submetida à revisão da ASTEC para que fosse atestado o efetivo registro dos documentos fiscais. No seu parecer a revisora fiscal procedeu à retirada da autuação dos documentos fiscais com comprovação de registro e aqueles que foram objeto de cancelamento por parte dos emitentes, resultado nos demonstrativos de fls. 2.184 a 2.187 e nos novos Demonstrativos de Débito (fls. 2.188/2.189). A Infração 05 foi reduzida para R\$598.703,56 e a infração 06, para a cifra de R\$257.783,06.

Quanto à alegada impossibilidade de instituição de multa por descumprimento de obrigação acessória com base no valor da operação e os argumentos relacionados à sua excessividade ou onerosidade (efeito confiscatório), tratam-se de questões que tem previsão expressa na lei de regência do ICMS vigente no Estado da Bahia. Estabelece a norma apenadora, contida no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96, o seguinte comando:

Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas: (...)

IX – 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal.

Não há com o órgão julgador administrativo negar validade à norma legal e regulamentar posta no ordenamento jurídico, através de sua não aplicação ou via declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade, visto que essa prerrogativa é obstada pela disposição contida no art. 167, incisos I e III, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. O mesmo entendimento se aplica à incidência de juros sobre os valores das multas por descumprimento de obrigações acessórias, por ter previsão expressa no Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), que estabelece a incidência de juros moratórios, em seu art. 102, § 3º, sobre todos os débitos tributários exigidos mediante lançamento de ofício.

Aplicável nesta situação específica o contido no art. 18, § 1º, do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, que na segunda parte do dispositivo estabelece que o erro de enquadramento legal não nulifica o lançamento desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito. E o art. 19 do mesmo Regulamento prevê que não implica em nulidade o erro de indicação de dispositivo normativo, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Foi o que ocorreu no caso em exame, de forma que o pedido subsidiário de ajustamento da multa para o patamar de 1% em relação à infração 5 fica plenamente atendido.

Em decorrência, as infrações 5 e 6 passam a apresentar o Demonstrativo de Débito, por período mensal, apresentado nas planilhas abaixo reproduzidas:

Infração 5:

Data Ocorr.	Data Vendo.	Base de Cálculo	Aliq%	Multa	Valor ICMS	Reduzida p/1%
31/01/2012	09/02/2012	45.658,00	0%	10%	4.565,80	456,58
28/02/2012	09/03/2012	287.894,70	0%	10%	28.789,47	2.878,95
31/03/2012	09/04/2012	1.726,00	0%	10%	172,60	17,26
30/04/2012	09/05/2012	104.194,70	0%	10%	10.419,47	1.041,95
31/05/2012	09/06/2012	192.839,20	0%	10%	19.283,92	1.928,39
30/06/2012	09/07/2012	142.462,60	0%	10%	14.246,26	1.424,63
31/07/2012	09/08/2012	465.009,80	0%	10%	46.500,98	4.650,10
31/08/2012	09/09/2012	1.699.447,00	0%	10%	169.944,70	16.994,47
30/09/2012	09/10/2012	545.752,10	0%	10%	54.575,21	5.457,52
31/10/2012	09/11/2012	315,70	0%	10%	31,57	3,15
30/11/2012	09/12/2012	1.307.222,30	0%	10%	130.722,23	13.072,22

31/12/2012	09/01/2013	15.115,90	0%	10%	1.511,59	151,16
31/01/2013	09/02/2013	31.540,80	0%	10%	3.154,08	315,41
28/02/2013	09/03/2013	9.710,20	0%	10%	971,02	97,10
31/03/2013	09/04/2013	112.159,70	0%	10%	11.215,97	1.121,60
30/04/2013	09/05/2013	145.400,00	0%	10%	14.540,00	1.454,00
31/05/2013	09/06/2013	51.041,70	0%	10%	5.104,17	510,42
30/06/2013	09/07/2013	5.107,70	0%	10%	510,77	51,08
31/07/2013	09/08/2013	687.922,30	0%	10%	68.792,23	6.879,22
31/08/2013	09/09/2013	27.831,00	0%	10%	2.783,10	278,31
30/09/2013	09/10/2013	53.803,90	0%	10%	5.380,39	538,04
31/10/2013	09/11/2013	500,00	0%	10%	50,00	5,00
30/11/2013	09/12/2013	14.710,80	0%	10%	1.471,08	147,11
31/12/2013	09/01/2014	39.669,50	0%	10%	3.966,95	396,69
TOTAL					598.703,56	59.870,36

Infração 06

Data Ocorr.	Data Vencto.	Base de Cálculo	Aliq%	Multa	Valor ICMS
31/01/2012	09/02/2012	559.410,00	0%	1%	5.594,10
28/02/2012	09/03/2012	782.009,00	0%	1%	7.820,09
31/03/2012	09/04/2012	6.298.837,00	0%	1%	62.988,37
30/04/2012	09/05/2012	980.157,00	0%	1%	9.801,57
31/05/2012	09/06/2012	2.289.113,00	0%	1%	22.891,13
30/06/2012	09/07/2012	886.969,00	0%	1%	8.869,69
31/07/2012	09/08/2012	632.287,00	0%	1%	6.322,87
31/08/2012	09/09/2012	2.465.456,00	0%	1%	24.654,56
30/09/2012	09/10/2012	915.152,00	0%	1%	9.151,52
31/10/2012	09/11/2012	1.448.335,00	0%	1%	14.483,35
30/11/2012	09/12/2012	963.075,00	0%	1%	9.630,75
31/12/2012	09/01/2013	1.839.233,00	0%	1%	18.392,33
31/01/2013	09/02/2013	614.524,00	0%	1%	6.145,24
28/02/2013	09/03/2013	345.187,00	0%	1%	3.451,87
31/03/2013	09/04/2013	114.550,00	0%	1%	1.145,50
30/04/2013	09/05/2013	138.142,00	0%	1%	1.381,42
31/05/2013	09/06/2013	382.796,00	0%	1%	3.827,96
30/06/2013	09/07/2013	63,00	0%	1%	0,63
31/07/2013	09/08/2013	10.568,00	0%	1%	105,68
31/08/2013	09/09/2013	139.448,00	0%	1%	1.394,48
30/09/2013	09/10/2013	25.856,00	0%	1%	258,56
31/10/2013	09/11/2013	85.274,00	0%	1%	852,74
30/11/2013	09/12/2013	295,00	0%	1%	2,95
31/12/2013	09/01/2014	3.861.570,00	0%	1%	38.615,70
TOTAL					257.783,06

Ante o exposto, nossa conclusão e voto, é pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme tabela resumo abaixo:

INF	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	MANTIDA SEM EXAME DE MÉRITO – ESCOLHA DA VIA JUDICIAL PELO CONTRIBUINTE	363.725,98	363.725,98	60%
02	PROCEDENTE EM PARTE	29.599,90	25.932,87	60%
03	IMPROCEDENTE	8.030,50	0,00	0,0%
04	PROCEDENTE EM PARTE	380.070,75	362.643,86	60%
05	PROCEDENTE EM PARTE (C/Redução p/1%)	934.127,07	59.870,36	-----
06	PROCEDENTE EM PARTE	266.056,68	257.783,06	-----
Total		1.981.610,88	1.069.956,13	

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 2330/2353), com juntada de documentos em mídia digital, com base nas seguintes alegações:

Inicialmente a Autuada aduz que o Acórdão recorrido merece ser parcialmente reformado, na medida em que: **(i)** o Auto de Infração lavrado é nulo por erro na capitulação legal; **(ii)** a manutenção da cobrança do tributo exigido nas infrações 01 e 02 configura violação à decisão judicial; **(iii)** a manutenção da cobrança do tributo exigido na infração 02 configura violação à decisão judicial; **(iv)** com relação à infração 04 a Recorrente demonstra que não houve utilização de crédito indevido de ICMS; **(v)** com relação às infrações 05 e 06 parte das notas fiscais foram devidamente escrituradas e parte das notas fiscais foram canceladas, de forma que a multa

merece ser parcialmente revista.

Especificamente, no que se refere à nulidade apontada, esclarece que, apesar do Acórdão recorrido ter afastado a nulidade suscitada na defesa, sob o argumento de que o Auto de Infração teria apontado todos os dispositivos legais infringidos, tal entendimento não traduziria a realidade dos fatos. Destacou, a título exemplificativo, que a Recorrente demonstrou, na Infração 04, que nenhum dos bens autuados foram destinados a uso e consumo, mas sim que eram destinados à revenda e industrialização, conforme relatório anexado à defesa, que demonstra os CFOP'S utilizados nas notas físicas objeto da autuação.

Além disso, mencionou que as infrações 05 e 06, se baseiam apenas em relatórios extraídos do sistema SPED, que não são capazes de demonstrar a materialidade da infração, já tendo sido demonstrado nos autos que diversas notas foram canceladas.

Destacou que a tributação por presunção viola os princípios da legalidade, tipicidade e segurança jurídica, não sendo concebível que um agente de fiscalização opte por lavrar Auto de Infração com base em presunção, cabendo ao contribuinte, o oneroso encargo de produzir prova capaz de descharacterizar o lançamento, conforme dispõe art. 142 do Código Tributário Nacional.

Desse modo, concluiu pela nulidade da autuação por erro na capitulação legal pretendida e pela ausência de documentos que comprovem a subsistência da legalidade do Auto de Infração.

Com relação à infração 01, afirmou que não há necessidade de envio do Auto de Infração à Procuradoria Geral do Estado da Bahia, para aguardar decisão final dos autos dos Processos nºs 0004725-34.2011.8.05.0001 e 0502230-52.2014.8.05.0001, pois ambos os processos já foram analisados e julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que confirmou a impossibilidade da cobrança do ICMS, por ausência de circulação de mercadorias com transferência de propriedade. Observou que, por mais que os Acórdãos tenham sido objeto de Recurso pelo estado da Bahia, tais recursos, em regra, não possuem efeito suspensivo.

Com relação à infração 02, afirmou que o Acórdão recorrido manteve parcialmente a cobrança do ICMS sobre a movimentação de bens de consumo entre estabelecimentos da empresa, em razão do princípio da autonomia dos estabelecimentos. Porém a decisão administrativa viola decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que já confirmaram a impossibilidade de cobrança do ICMS na movimentação de bens consumíveis entre estabelecimentos da empresa, conforme é possível vislumbrar nas decisões constantes dos Processos nºs 0004725-34.2011.8.05.0001 e 0502230-52.2014.8.05.0001.

Pontuou que tanto na infração 01 quanto na infração 02, não há transferência jurídica de mercadoria, que possa justificar a incidência de ICMS, inclusive do DIFAL. Destacou que a decisão recorrida vai de encontro a entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que entende não ser possível a incidência de ICMS na mera transferência de bens entre estabelecimentos, ainda que situados em estados distintos, por ausência de circulação jurídica. Ressaltou que o entendimento foi fixado em julgamento sob a sistemática de recurso repetitivo, de modo que o Tribunal do Estado da Bahia está vinculado aos entendimentos firmados pelos Tribunais Superiores, conforme art. 927 do Código de Processo Civil.

Com relação a infração 04, afirmou que não houve utilização indevida de crédito de ICMS, tendo sido todas as operações regularmente tributadas. Pontuou que realizou uma revisão interna da documentação contábil, a fim de demonstrar que todas as operações foram regularmente tributadas, tendo verificado que as mercadorias foram adquiridas para posterior revenda ou industrialização, sendo possível o aproveitamento dos créditos na entrada e, posteriormente, abatimento com o débito na saída, conforme princípio da não cumulatividade. Observou que a referida exigência decorreu da impossibilidade do fisco de entender as operações realizadas pela Recorrente, limitando-se apenas à análise das informações constantes no SPED.

Afirmou que a movimentação dos bens ocorreu segundo dois cenários. Na operação 01, o processo de produção para revenda segue o seguinte fluxo: os bens são adquiridos e transferidos

para o armazém. Após receber ordem de serviço, a Recorrente utiliza os bens e os consome no processo de produção. Este novo produto retorna para o armazém da Recorrente e, posteriormente, é revendido ao cliente com a devida tributação do ICMS. Para exemplificar este primeiro cenário foi citada a Ordem de Serviço nº 001600, onde o item nº 1899008169, percorre o caminho descrito pela Autuada, tendo sido devidamente tributado, conforme demonstram Relatório de Entrada (FDC), Relatório de Inventário e, finalmente, Relatório de Saída (FDC).

Na operação 02 os bens são adquiridos armazenados e posteriormente revendidos aos clientes. Para esta operação foi usado como exemplo a LUVA PARA HASTE DE BOMBEIO 7/8 BOX FS SM 1.813OD PN-196230. O Relatório de Entrada (FDC) e o Relatório de Saída (FDC) demonstram que a mercadoria foi devidamente tributada, não havendo aproveitamento indevido de ICMS.

Com relação às infrações 05 e 06, pontuou que apesar de o Acórdão recorrido ter reconhecido parcialmente as alegações da Recorrente, deixou de considerar parte da documentação acostada pela empresa que demonstra a cobrança indevida de multa por notas fiscais canceladas e por notas fiscais que foram escrituradas pela empresa. Para demonstrar sua alegação, informa que anexou ao presente Recurso a EFD ICMS/IPI; a planilha com relação das notas fiscais escrituradas e das notas fiscais canceladas; os arquivos txt assinados que comprovam o envio; e, a DANFE das notas fiscais canceladas.

Destacou ainda que a multa possui caráter confiscatório, violando o inciso IV, do artigo 150 da Constituição Federal.

Pontuou ainda a impossibilidade da cobrança de juros sobre multa, uma vez que a multa é penalidade decorrente do descumprimento de obrigação prevista na legislação, e o juros é remuneração pelo capital que se encontra emprestado ou retido. Juros de more incidem por descumprimento de obrigação principal, não incidindo sobre aplicação de multa. Para ilustrar este ponto mencionou jurisprudência do CARF, Acórdão nº 101-96593, Acórdão nº 202-16.397 e ementa do Acórdão nº 101-98.008, da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Por fim, observou que ainda que se entenda pela aplicação de juros sobre multa, deve-se observar que o marco inicial dos juros, deve ser a data da lavratura do Auto de Infração, insto porque a penalidade nasceu apena com o lançamento.

Em sessão de julgamento realizada em 23/01/2020, considerando que as infrações 05 e 06 remanesceram parcialmente e que após a diligência realizada o contribuinte juntou documentos que apontam equívocos na diligencia, que deixou de considerar notas escrituradas extemporaneamente e notas canceladas, além de que, o então Relator identificou, por amostragem, o acerto das alegações da recorrente, tendo em vista que as notas fiscais 33696 e 33697, ambas mantidas pela ASTEC, foram canceladas pelo emitente no mesmo dia da emissão, e nota de julho de 2013 escriturada apenas em fevereiro de 2014, o processo foi convertido em diligência ao autuante.

Em resposta (fl.2487), apresenta planilha onde reconhece as notas fiscais que devem ser excluídas dos demonstrativos elaborados pela ASTEC, vez que os cancelamentos das notas fiscais destacadas foram comprovados.

Salienta que os valores referentes às notas fiscais relacionadas na planilha apresentada já constam no relatório elaborado pela ASTEC, fls. 2186/2187.

O contribuinte se manifesta, reforçando as razões de defesa das infrações 04, 05 e 06. Requerendo nova conversão em diligencia para a ASTEC se manifestar sobre toda documentação contábil referente às infrações 04, 05 e 06, o que comprovará: não houve utilização indevida de crédito de ICMS com relação à infração 04, na medida em que restou comprovado que todas as operações realizadas pela recorrente foram para revenda e, com isso, tributadas nas saídas dos bens; não foi considerada parte da documentação anexada que comprova que diversas notas de entrada foram escrituradas e que parte das notas fiscais foram canceladas pela recorrente, devendo ser cancelada a multa aplicada nas infrações 05 e 06.

Em sessão de julgamento realizada em 14/10/2020, esta 1ª CJF decidiu converter o feito em diligência ao autuante para analisar as seguintes questões:

1. *Em relação às notas fiscais das infrações 05 e 06, algumas já foram excluídas pela ASTEC diante da comprovação do efetivo cancelamento. Assim, solicita-se que o autuante verifique no CD apresentado pelo contribuinte, se as demais notas fiscais possuem a comprovação do cancelamento ou escrituração. Se sim, proceder com a devida correção e apresentar novos demonstrativos.*
2. *Em relação à infração 04, apure a documentação apresentada, levando em consideração as formas de operações realizadas pelo contribuinte, e verifique se, de fato, houve tributação dos bens na saída. Se sim, proceder com a devida correção e apresentar novos demonstrativos.*

Em resposta, quanto à infração 04, afirma a autuante que as notas informadas pela recorrente na planilha apresentada, não possui qualquer relação com as operações autuadas. Ademais, quanto aos outros pontos trazidos, a autuante requereu a apresentação de documentos, tecendo considerações acerca do procedimento a ser adotado pelo contribuinte para comprovar efetivamente as alegações apresentadas (fls. 2563/2565).

Entende ser necessário novo demonstrativo que retrate de forma clara e direta a relação FISCAL entre as notas fiscais de entrada de produtos e as notas fiscais de saída de produtos, vinculadas aos códigos pertinentes a cada produto conforme declarados nas folhas (53 a 60 do PAF).

Em manifestação, o contribuinte informa que traz parte das notas fiscais de entrada e saída e os respectivos códigos dos itens, requerendo um prazo de 10 dias para apresentar as demais, em razão da quantidade de documentos.

Mais uma vez a autuante responde, reforçando a falta de ligação entre as notas apresentadas, explicando como a recorrente deve realizar o cotejamento das informações para que se possa confirmar o alegado, ou seja, de que as operações de entrada geraram posterior saída tributada. (fls. 2601/2605).

A recorrente se manifesta (fls. 2620/2625), trazendo aos autos planilhas conforme determinações da autuante.

Na última manifestação, asseverou a autuante que:

A alegação da WETHERFORD INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA , apresentada no Recurso Voluntário, de que os valores apropriados na INFRAÇÃO 04 – CRÉDITO INDEVIDO , se referem às Operações de Revenda efetuadas pela Empresa no exercício de 2011, NÃO É VERDADEIRA , para parte significativa dos itens autuados , conforme está demonstrado NAS PLANILHAS EM EXCELL ANEXO, que contém os registros dos itens escriturados no cfop 2907 e que constam do total da infração 04.

Vários itens foram escriturados no CFOP 2907 (retorno de mercadorias enviada para depósito fechado). Não é um procedimento fiscal correto, a WEATHERFORD, receber os materiais em retorno de sua filial localizada no Estado de Sergipe (BORETS WEATHERFORD DO BRASIL LTDA), sem DESTAQUE DO ICMS, materiais que são por natureza de uso ou consumo e CALCULAR MEDIANTE A APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 12%, O ICMS NÃO DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADA.

(Cfop 6907 _ retorno simbólico de mercadoria enviada para depósito fechado ou armazém geral.)

Abaixo está destacado o valor total pertencente ao cfop 2907,correspondente ao valor autuado – Infração 04 –(AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2069550024148):

CRÉDITO INDEVIDO – 50.036,12

DIFAL – 19.292,93

As notas fiscais foram emitidas pela empresa BORETS WEATHERFORD DO BRASIL LTDA ,FILIAL DA WEATHERFORD localizada no Estado de Sergipe. A OPERAÇÃO FISCAL É O RETORNO DE DEPÓSITO FECHADO . NÃO HOUVE DESTAQUE DO ICMS PELA EMITENTE (BORETS) DAS NOTAS FISCAIS. Como não tem destaque do imposto não pode a Empresa tomar o crédito.

Ressalte-se que as quantidades expressas nas notas fiscais de entrada e saída, são diferentes.

RESSALTO QUE A PLANILHA EM ANEXO, REFERENTE ÀS OPERAÇÕES DE RETORNO – CFOP_2907, CONTÉM TAMBÉM REGISTROS DO CFOP 2949, REFERENTES NOTAS FISCAIS COM ITENS RETORNADOS DA PETROBRÁS E DE OUTRAS EMPRESAS(NFS: 3843,883,178,179,182,181).

NESSA PLANILHA TAMBÉM CONSTA NOTAS FISCAIS NÃO LOCALIZADAS NOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS ENVIADOS PELA WEATHERFORD (PEN DRIVES).

Com relação aos itens escriturados no cfop 3102 – Importação para Comercialização, é preciso que a WEATHERFORD , apresente os DAE'S REFERENTE O PAGAMENTO DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO DE ACORDO COM IDENTIFICAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS NA PLANILHA EM ANEXO.

É fundamental que seja vinculado o DAE À NOTA FISCAL DE AQUISIÇÃO (IMPORTAÇÃO) E QUE CORRESPONDA AO NÚMERO REGISTRADO NA PLANILHA DESCRITIVA DO CFOP 3102. Precisa ser relacionado o DAE COM A RESPECTIVA DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO E NOTA FISCAL, PARA QUE SEJA LEGITIMADA A ALEGAÇÃO APRESENTADA NO RECURSO VOLUNTÁRIO.

A RELAÇÃO ENTRE DI/NOTA FISCAL faz-se necessária, porque no DAE/ICMS IMPORTAÇÃO consta apenas o número da DI.

Intimada, a empresa se manifestou aduzindo que, ao analisar as notas fiscais informadas no termo de intimação, expedidas pela BORETS e demais empresas, verificou que houve o destaque do ICMS.

Diz que, das 37 notas mencionadas, se referem ao DIFAL devido e supostamente não recolhido. Neste ponto, a recorrente esclarece que apresentou à fiscalização EFD FISCAL do ano de 2011, cujo registro E111 confirma o recolhimento.

A autuante repisa as informações da manifestação fiscal anterior, salientando que a recorrente apresentou duas versões fiscais das mesmas notas fiscais, sendo que esta última não foi apresentada nas diligências anteriores.

Este é o relatório.

VOTO

O presente Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de seis infrações à legislação tributária, sendo quatro referentes à falta de recolhimento do ICMS ou da utilização indevida de crédito fiscal e outras duas infrações referentes à multa por descumprimento de obrigação acessória.

Em primeira instância administrativa, a autuação foi parcialmente elidida, tendo sido interposto Recurso de Ofício no tocante às Infrações 02, 03, 04, 05 e 06.

Relativamente à Infração 02, que trata do creditamento indevido do DIFAL devido na entrada de bens destinados ao uso e consumo, o valor desonerado decorre do reconhecimento de que parte da Notas Fiscais indicadas nos demonstrativos se referem, em verdade, a compras para industrialização, compras para comercialização ou transferência para comercialização, retorno de mercadorias remetidas para testes ou assistência técnica e, retorno de mercadorias de depósito fechado.

De fato, assiste razão à Junta, pois as Notas Fiscais de nºs 709, 5586, 1030, 1280, 2532, 14765 e 235, juntadas pelo sujeito passivo, correspondem às Notas Fiscais de nºs 712, 75, 1163, 1079, 1338, 2501, 3267 e 180, indicadas no demonstrativo que acompanha a autuação. Tais documentos, referentes a entrada e à saída das mercadorias, revelam que os produtos não se destinam ao uso e consumo do estabelecimento, permitindo, assim, a utilização do crédito e, consequentemente, zerando o efeito fiscal da operação, de modo que não há valor de DIFAL passível de cobrança nestas operações.

No tocante à Infração 03, foi julgada improcedente, em razão da verificação de vício insanável, pois o demonstrativo acostado pela fiscalização não corresponde à acusação que está sendo imputada ao sujeito passivo, bem como por ter constatado a eventualidade da prestação do serviço. Nesses termos se posicionou a Junta:

“De plano, verifico que a infração incidiu em vício insanável visto que a acusação foi de falta de recolhimento do imposto retido e o demonstrativo juntado à fl. 62, elaborado pela fiscalização, revela a existência de falta de retenção. Portanto, enquadramento, descrição fática e apenação estão incorretas no Auto de Infração. Não obstante esse aspecto há que se observar que as prestações objeto do presente lançamento se referem a 22 (vinte

e duas) ocorrências realizadas ao longo do exercício de 2012, configurando uma média de 1,83 serviços por mês, não se podendo nessa circunstância se estabelecer a verificação de prestações sucessivas, conjugado com o fato de inexistir contrato formal entre as partes. Ademais as prestações não estão concentradas em um único transportador, havendo serviços prestados pelo CNPJ 40.470.684/0001-00 (16 prestações ao longo de janeiro, março, abril, agosto e novembro de 2012), e pelo CNPJ 92.954.593/0003-05 (06 prestações ao longo de junho e outubro de 2012). Caracterizada, portanto, a eventualidade dos serviços de transporte tomados junto a esses prestadores.”.

Novamente me alinho com o entendimento esposado em primeira instância, pois a referida Infração está tipificada como “*deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviço de transporte interestaduais e intermunicipais*” e os demonstrativos juntados evidenciam, efetivamente, que a conduta do sujeito passivo foi, em verdade, a falta de retenção do imposto, de modo que não há correlação entre o enquadramento, descrição fática e penalidade aplicada e a conduta do sujeito passivo. Ademais, restou caracterizada a eventualidade na prestação do serviço de transporte, o que evidencia a improcedência da infração em comento.

Com relação à Infração 04, foram desonerados valores correspondentes a operações em que houve comprovação da posterior saída tributada. Verifico que as notas excluídas efetivamente foram tributadas na saída, a exemplo da Nota Fiscal nº 1163, que corresponde à Nota Fiscal de Entrada nº 5586, o que evidencia a legitimidade do crédito tomado, e, consequentemente, torna indevida a glosa realizada pela Fiscalização.

Por fim, nas Infrações 05 e 06, que tratam da falta de registro na escrita fiscal de mercadorias tributáveis e não tributáveis, respectivamente, foram excluídas diversas notas fiscais em que foi comprovado o registro e em que foi comprovado o cancelamento pelo emite, fato esse que verifico da análise da documentação juntada ao processo. A título de exemplo, as Notas Fiscais nºs 244 e 66 que foram escrituradas extemporaneamente, e notas nºs 2959 e 918, que foram canceladas pelo emitente.

Além disso, com relação à Infração 05, houve corretamente a redução da multa para o patamar de 1%, em razão da aplicação retroativa da nova redação do inciso IX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, nos termos do art. 106 do CTN.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

No tocante ao Recurso Voluntário afasto, de pronto, as preliminares de nulidade do Auto de Infração, mantendo em todos os seus termos a decisão de piso, ao afastá-las.

Com efeito, não vislumbro no presente PAF os vícios apontados na peça recursal. O auto de Infração encontra-se instruído com demonstrativos que evidenciam de forma clara os critérios de apuração do imposto objeto da exigência, bem como foram realizadas diligências, levando em consideração os argumentos e documentos acostados pelo Contribuinte na sua defesa, tanto em primeira instância quanto na segunda.

Em relação ao mérito, passo à análise conjunta das Infrações 01 e 02, tendo em vista que tratam da ausência de recolhimento do ICMS, com operações realizadas com materiais de uso e consumo.

A Recorrente alega que o julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos Autos de nºs 0004725-34.2011.8.05.0001 e 0502230-52.2014.8.05.0001, apesar de não terem transitado em julgado, deve ser observado por este Conselho, ante a ausência de efeito suspensivo dos Recursos Especiais interpostos pela Fazenda, e que assim, as Infrações deveriam ser julgadas improcedentes.

Inicialmente observo que as referidas ações já foram apreciadas pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia favoravelmente à Recorrente, e têm como objeto declarar a não incidência do ICMS nas operações envolvendo movimentação de ativos e mercadorias entre seus estabelecimentos, bem como nas movimentações e transferências de equipamentos de terceiros importados sob o regime aduaneiro especial (admissão temporária), e ao diferencial de alíquotas

sobre a entrada de bens dessa natureza neste Estado.

Analisando os demonstrativos acostados ao Auto de Infração, e os documentos juntados pela Recorrente, verifico que em ambas as infrações existem operações de transferência (objeto da Ação nº 0004725-34.2011.8.05.0001) e operações de aquisição. Tendo em vista que a matéria está sendo tratada na via judicial, descabe a este conselho administrativo qualquer apuração quanto à infração 01, restando sua análise prejudicada.

No pertinente à infração 02, em que pese alegue a recorrente a tese da ausência de ICMS nas transferências entre estabelecimento de um mesmo titular, observo a incongruência entre suas afirmações e as operações efetivamente realizadas, uma vez que este tributou diversas saídas e se creditou nas entradas das mercadorias em retorno ao seu estabelecimento, não adotando, na sua escrituração, a tese da não incidência do ICMS nas operações.

Assim, entendo pela manutenção parcial da infração 02 no valor de R\$25.932,87.

No tocante à Infração 04, o Recorrente alega que as mercadorias não foram adquiridas para uso e consumo como consta na autuação, mas sim que elas eram destinadas à revenda ou à produção. Nesse sentido, foram realizadas diligências que procederam à exclusão das Notas Fiscais que correspondem às alegações do Recorrente pela ASTEC.

Em sede de Recurso, o sujeito passivo discorre sobre a operacionalização das suas atividades, apresentando planilha e notas fiscais, no intuito de demonstrar que o crédito utilizado foi devido.

Em razão do que foi trazido aos autos, o processo foi convertido em diligência a autuante para que procedesse com o devido cotejamento dos documentos apresentados.

Após manifestações por parte da recorrente e informações apresentadas pela autuante, durante extensa dilação probatória, a autuante salienta que o crédito indevido autuado se refere às operações de revenda efetuadas pela empresa no exercício de 2011 não é verdadeira, para parte significativa dos itens autuados, conforme apresentado nas planilhas, onde contém o registro dos itens escriturados no CFOP 2907.

Assevera que vários itens foram escriturados no CFOP 2907 (retorno de mercadorias enviada para depósito fechado), sendo correto o procedimento da recorrente, que recebe os materiais em retorno de sua filial (BORETS), sem destaque do ICMS, de uso e consumo, calculando mediante aplicação de alíquota de 12%, tendo em vista que não há destaque nas notas fiscais de entrada.

Outros pontos observados pela autuante foram:

- a) Ausência de destaque do ICMS pela emitente (BORETS) das notas fiscais, o que impede a utilização de crédito pela recorrente;
- b) Quantidades diferentes nas notas fiscais de entrada e saída;
- c) Apresentação de notas fiscais não localizadas nos arquivos magnéticos da recorrente.
- d) Versões fiscais distintas, ou seja, o recorrente enviou em sua última manifestação arquivo XML, onde as notas fiscais aparecem com destaque de ICMS, sendo que até então as notas, apresentadas em PDF não continham destaque de ICMS.
- e) Quantos aos itens relativos a importação para comercialização (CFOP 3102), a recorrente, mesmo intimada para tal, não apresentou os DAES referentes ao pagamento do imposto de importação de acordo com identificação das notas fiscais na planilha, sendo necessária a vinculação do DAE à nota fiscal de aquisição.

Deste modo, em que pese a recorrente tenha empreendido esforços no intuito de demonstrar que faz jus aos créditos autuados, restou demonstrado que este não conseguiu fazer o devido cotejamento das notas e das operações, razão pela qual mantenho a decisão de piso.

Com relação às Infrações 05 e 06, que se referem à falta de escrituração de Notas Fiscais tributadas e não tributadas, respectivamente, após apuração do CD apresentado pela recorrente na

diligência solicitada, o autuante informa que todas as notas já foram devidamente analisadas, reforçando o trabalho realizado pela ASTEC.

Ademais, conforme diligência realizada à fl. 2478/2481, observou-se que ainda remanesceiam notas fiscais que tratavam, de fato, de notas canceladas pelo emitente, sendo retiradas pela diligente, conforme revisão à fl. 2487.

Procedendo com a análise, a autuante reconheceu que devem ser excluídas as Notas nºs 33697, 33696, 3700, 2959, 918, 1465, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 553 e 554, tendo realizado planilha com as exclusões, conforme consta no CD anexado à fl. 2571.

Assim, considerando que a recorrente não mais se insurgiu contra essas infrações e, tendo em vista o quanto disposto no art. 140 do RPAF/99, passa as infrações 05 e 06 a valorarem em R\$9.481,54 e R\$51.388,07, respectivamente.

Deste modo, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, alterando os valores das infrações 05 e 06, nos moldes da diligência realizada. Assim, o montante do Auto de Infração fica conforme o quadro abaixo:

INF	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	MANTIDA SEM EXAME DE MÉRITO – ESCOLHA DA VIA JUDICIAL	363.725,98	363.725,98	60%
02	PROCEDENTE EM PARTE	29.599,90	25.932,87	60%
03	IMPROCEDENTE	8.030,50	0,00	0,0%
04	PROCEDENTE EM PARTE	380.070,75	362.643,86	60%
05	PROCEDENTE EM PARTE (C/Redução p/1%)	934.127,07	9.481,54	-----
06	PROCEDENTE EM PARTE	266.056,68	51.388,07	-----
Total		1.981.610,88	813.172,32	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206955.0024/14-8, lavrado contra **WEATHERFORD INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$388.576,73**, acrescido das multas 60%, previstas no art. 42, incisos II, “f” e V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, mantida a exigência fiscal no valor de **R\$363.725,98**, com multa de 60%, com exigibilidade suspensa por ter o contribuinte escolhido a via judicial, renunciando o direito de impugnar o lançamento na instância administrativa e remessa dos autos para a procuradoria visando inscrição do débito na Dívida Ativa, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$60.869,61**, previstas nos incisos IX e XI do mesmo artigo e diploma legal citado, com a redução da multa em obediência à Lei nº 13.461/2015 e alínea ‘c’, do inciso II, do artigo 106 do CTN, além dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS