

PROCESSO - A. I. N° 269274.0002/18-0
AUTUADO - XIOLITE S/A.
AUTUANTE - JOSÉ LUIZ OLIVEIRA MACEDO
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/08/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0124-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. **a)** AQUISIÇÕES DESTINADAS AO ATIVO FIXO. **b)** AQUISIÇÕES DESTINADAS A USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Exações reduzidas no curso da instrução processual, em face de diligência fiscal destinada à exclusão de indevidas operações no procedimento fiscal original. Acolhida a arguição de decadência parcial com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, por se relacionar a operações escrituradas. Infrações parcialmente subsistentes. 2. MULTA FORMAL. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Cometimento de infração reconhecido pelo sujeito passivo. Com fundamento no art. 173, I do CTN, afastada a arguição de decadência por se relacionar a operações tributáveis não registradas no livro Registro de Entrada. Prejudicado o pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/2018, exige crédito tributário no valor histórico de R\$78.135,50 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 (06.01.01) - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor: R\$56.053,83. Período: Janeiro, Abril, Julho e Agosto 2013; Maio e Setembro 2014; Junho a Novembro 2015. Enquadramento legal: Art. 4º, XV da Lei 7.014/96 C/C o art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS/BA. Multa: 60%, art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Consta que o contribuinte recolheu a menos a diferença entre a alíquota interna e interestadual, provenientes das operações de aquisições de bens do ativo imobilizado para o estabelecimento, regularmente escrituradas em seus livros fiscais, conforme planilha anexa.

INFRAÇÃO 2 (06.02.01) - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor: R\$19.610,01. Período: Fevereiro, Julho a Dezembro 2013; Fevereiro, Abril, Junho, Julho e Agosto 2014; Fevereiro a Abril, Julho, Agosto e Dezembro 2015. Enquadramento legal: Art. 4º, XV da Lei 7.014/96 C/C o art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS/BA. Multa: 60%, art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Consta que o contribuinte recolheu a menos a diferença entre a alíquota interna e interestadual, provenientes das operações de aquisições de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento, regularmente escrituradas em seus livros fiscais, conforme planilha anexa.

INFRAÇÃO 3 (16.01.01) – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escruta fiscal, conforme planilha anexa. Valor:

R\$2.471,66. Período: Janeiro, Fevereiro, Abril a Novembro 2013; Janeiro a Março, Maio a Deembro 2014, Janeiro a Dezembro 2015. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 do RICMS-BA. Multa: 1%, art. 42, IX da Lei 7.014/96.

Às fls. 122-148, o sujeito passivo impugnou o Auto de Infração. Após reproduzir as infrações, em preliminar, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, juntando aos autos os acórdãos CJF 0304-11/16 e 0298-12/17, por ter tomado ciência do AI em 10/07/2018 argui a decadência de parte da exação fiscal, mais precisamente para as ocorrências 31/01 a 31/07/2013.

Seguindo, protesta o AI da seguinte maneira:

Infração 01

Reproduzindo as Resoluções DESENVOLVE 131/2013, ratificada pela 180/2013, alega ser beneficiário do deferimento do lançamento e pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação, nas aquisições de bens fora da Bahia, relativamente ao difencial de alíquotas. Por consequência, requer a improcedência da infração.

Quanto ao cálculo efetuado por “diferença”, alega não poder identificar, com clareza, quais itens foram, efetivamente, cobrados pela Fiscalização. A título de exemplo, reproduz a planilha relativa ao mês janeiro 2013, totalizando o R\$4.272,02 de DIFAL, e, posteriormente, abateu-se deste montante o valor de R\$3.664,08, lançado no LRICMS pela própria Impugnante a título de DIFAL, chegando, assim, ao valor cobrado de R\$607,94.

Aduz que o crédito demonstrado pelo somatório não lhe permite detectar sobre quais itens está sendo acusada, o que não lhe permite a análise individual dos itens, de modo a justificar o porquê da eventual falta de recolhimento. Diz que a falta de clareza sobre qual item do ativo foi lavrada a infração causa a nulidade do lançamento, conforme art. 18, IV do RPAF.

Reproduzindo o art. 93, V, “a”, § 12 e o art. 339, I, “b”, § 2º, II, “c”, item 6, ambos do RICMS-BA, diz que da leitura se percebe o direito de, mediante escrituração do CIAP, apropriar-se do ICMS nas aquisições de ativo imobilizado, inclusive do ICMS DIFAL e que a Fiscalização, ao efetuar o lançamento, não considerou no cálculo a parcela do ICMS devida à Impugnante, como crédito fiscal, em relação ao ICMS DIFAL, o que acabou por superavaliar o montante cobrado, pois deveria considerar a fração 1/48 do crédito, a qual tem direito, razão pela qual pede para que o PAF seja convertido em diligência para ajustar o valor devido pela infração.

Infração 02

Tal como a anterior, não concorda com a exação. Repete os argumentos relacionados ao cálculo efetuado por “Diferença”, no que diz respeito à não discriminação individualizada dos itens que lhe impede realizar a análise individual por item para justificar o porquê da eventual falta de recolhimento, razão pela qual, com fundamento no art. 18, IV, pede a nulidade da infração, pela preterição do direito de defesa.

Reproduzindo parte da planilha suporte da infração e conforme exertos doutrinários acerca do princípio da verdade material, reproduzidos, alega indevida inclusão de itens do ativo fixo que, em face do DESENVOLVE não se sujeitam a pagamento de ICMS por DIFAL, ainda que, reconhece, os tenha equivocadamente registrados na Escrita Fiscal como bem de uso e consumo, razão pela qual, reforça a necessidade da diligência solicitada, de modo a excluir os bens relativos ao ativo fixo.

Infração 03

Reproduzindo o art. 158 do RPAF, alegando a não ocorrência de dolo, fraude ou simulação nem implicação no recolhimento do ICMS, requer o cancelamento ou redução das multas cobradas.

Sobre o pré-requisito do recolhimento do tributo, diz que, conforme os extratos de recolhimento de fls. 219-226 (Doc. 4) demonstra o efetivo pagamento do tributo em todo o período fiscalizado e quanto à não ocorrência de dolo, fraude ou simulação pede levar em conta sua idoneidade e histórico fiscal; diz que sempre foi solicita aos pedidos feitos pela Autoridade autuante,

fornecendo informações, fato que, “por si”, demonstraria sua boa-fé. Reproduz Certidão Especial de Débitos Tributários (Positiva com efeito Negativo) expedida pela SEFAZ para demonstrar existência de apenas um AI ao longo de seus 50 anos de atividade.

Ademais, destaca que a falta de escrituração de NFs de aquisições mais lhe prejudica que favorece, já que, conforme a mercadoria, não registrou os créditos fiscais.

Também destaca existência de NFs de retorno simbólico de mercadorias, emitidas pelo fornecedor INTERMARÍTIMA PORTOS E LOGÍSTICA S.A., que não se conformaria com a disposição do art. 42, IX da Lei 7.014/96, por este se referir apenas a mercadorias que tenham entrado no estabelecimento ou por ele tenham disso transitadas.

Concluindo, pede: a) reconhecimento da decadência parcial; b) nulidade das Infrações 01 e 02 pela preterição do seu direito de defesa; c) conversão do PAF em diligência para que a Infração 01 seja refeita considerando as parcelas 1/48 do crédito tributário e para exclusão dos itens do ativo fixo contidos na Infração 02; d) improcedência da infração 01 em relação às ocorrências não decaídas em face do seu enquadramento no DESENVOLVE; e) exclusão das NFs de retorno simbólico de mercadorias da Infração 03, bem como o cancelamento ou redução das multas cobradas nesta infração.

Por sua vez, na Informação Fiscal de fls. 230-240, o autuante assim rebate a Impugnação:

01 – PRELIMINAR – DECADÊNCIA DE PARTE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS – INFRAÇÕES 01, 02 E 03

Com fundamento no art. 173, I, discorda do argumento defensivo, já que a decadência apenas ocorreria em 01/01/2018.

Quanto à análise das infrações, diz:

Infração 01

Listou itens que não se enquadram como participantes do ativo fixo ligados diretamente à produção da empresa, como: viga, chapa, barra roscada, cantoneira, ferro chato, vergalhão, escada, piso metálico, perfil, argamassa, disjuntor e trilho, que são bens por acessão física do imobilizado. Portanto, não são ativos fixos ligados à produção com direito ao benefício fiscal do DESENVOLVE.

Por outro lado, os itens como: tubo, parafuso, arruela, porca, filtro, válvula, flange, medidor de vazão, temporizador, sensor, transformador, sirene, chave comutadora, motoredutor e manômetro são “peças de reposição” dos ativos instalados. Portanto, devedores do ICMS DIFAL, não incluídos no benefício fiscal do DESENVOLVE.

CÁLCULO EFETUADO POR “DIFRENÇA”

Diz notar contradição nos argumentos defensivos porque primeiramente alega que a fiscalização não lhe permitiu identificar, com clareza, quais itens foram cobrados, mas, posteriormente, diz que a fiscalização, inicialmente listou os bem que entendia passíveis do pagamento do ICMS DIFAL. Ou seja, o Impugnante acabou confirmando que os itens foram listados e, desta forma, ratifica ser possível identificar os bens e, assim, poder calcular o valor do débito referente ao ICMS DIFAL da Infração 01.

Quanto à nulidade arguida, diz que a infração não se enquadra no art. 18, IV, “a” do RPAF, pois foi determinada com segurança, identificado o infrator e nos demonstrativos foram listados todos os documentos de aquisições dos bens objetos da autuação.

Ademais, o “DEMONSTRATIVO DO RECOLHIMENTO A MENOR DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTA DO ICMS NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE ATIVO IMOBILIZADO” (fls. 10-15) contém diversas colunas para identificar com clareza os dados dos respectivos documentos fiscais relacionados na infração, possibilitando a análise individualizada dos documentos fiscais. Aduz que apenas individualizou a diferença do imposto devido por DIFAL com somatórios mensais, não havendo falar em cerceamento do direito de defesa, pois apresentou todos os levantamentos realizados de forma detalhada e a apuração do imposto é por período mensal.

Quanto ao direito ao crédito nas aquisições do ativo, discorda do argumento defensivo porque a planilha suporte da infração demonstra a clareza do cálculo do ICMS DIFAL, seguindo o que preceitua o art. 4º, XV, da Lei 7.014/96 c/c o art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS-BA/2012, pois, quando se trata de ICMS DIFAL, por óbvio, leva-se em consideração o imposto já cobrado no estado de origem.

Infração 02

Como a autuada segue a mesma argumentação de defesa da Infração 01, também se aplica aqui a mesma informação dada à anterior infração, ou seja, que a nulidade suscitada não se aplica ao caso, pois, determinou a infração com segurança: recolhimento a menos do ICMS DIFAL por aquisição de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento, regularmente escrituradas nos livros fiscais. Identificou o infrator e listou os documentos de aquisição das mercadorias.

Aduz que, de igual modo, na planilha suporte da infração (fls. 16-111) constam diversas colunas identificando os dados dos respectivos documentos fiscais relacionados com a infração, suficientes para a autuada conferi-los individualmente com seus controles internos e em nada a prejudica, tendo em vista que a apuração do ICMS é por período mensal.

AQUISIÇÕES DE ATIVO FIXO NO LEVANTAMENTO FISCAL

Contra a alegação defensiva de haver diversos itens relativos ao ativo fixo que não estariam sujeitos ao pagamento do ICMS DIFAL por ser beneficiário do DESENVOLVE, reafirma que toda a lista de itens apresentados pela autuada e indicados como sendo ativo, são itens de reposição do ativo da empresa (manutenção), portanto, sujeitos ao ICMS DIFAL.

Infração 03

Fala que o Impugnante alega que a multa de 1% diz respeito apenas às mercadorias que tenha entrado no estabelecimento ou por ele tenham sido transitadas, não havendo menção às NFs de retorno simbólico de mercadorias, mas que no levantamento de NFs não escrituradas seguiu o que preceitua os artigos 217 e 247 do RICMS-BA.

Pede que o AI seja mantido integralmente.

Na fase de instrução, ao analisar os autos e verificado algumas incongruências, conforme pedido de fls. 257-259, o PAF foi baixado em diligência nos seguintes termos:

Analisando os autos verificamos:

Infração 01

- a) Existência de NFs indicadas com origem na Bahia que, teoricamente não se sujeitam a ICMS DIFAL (fl. 13);
- b) Aquisição de itens teoricamente enquadráveis como ativo fixo, tais como: computador, monitor, notebook, Projetor LCD, bebedouro industrial, furadeira base magnética;
- c) Arrolamento de operações de serviço de transporte sem indicação da “chave de acesso” dos CTRs nem indicação da UF de origem da operação.

Infração 02

- a) Arrolamento de operações de serviço de transporte sem indicação da chave de acesso do CTRs nem indicação da UF de origem da operação.

Em face das considerações acima, analisando os autos, esta 2ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para as seguintes providências:

Infração 01

- a) Caso isso se confirme, excluir as NFs com origem interna;
- b) Excluir os itens citados na letra “b”, acima;
- c) Indicar as “chaves de acesso” e UF de origem dos CTRCs arrolados;
- d) Com base no art. 305, §4º, incisos III, “b” e V, do RICMS-BA/2012, arrolar no procedimento fiscal apenas operações iniciadas fora da Bahia.

Infração 02

- a) Indicar as “chaves de acesso” e UF de origem dos CTRCs arrolados;
- b) Com base no art. 305, §4º, incisos III, “b” e V, do RICMS-BA/2012, arrolar no procedimento fiscal apenas operações iniciadas fora da Bahia.

Produzindo Informação Fiscal acerca da diligência, informar ao sujeito passivo do seu resultado com entrega de cópia da Informação Fiscal e papéis de trabalho produzidos para que, querendo, o sujeito passivo se manifeste em 10 (dez) dias. Caso haja manifestação do contribuinte, o autuante deverá ser cientificado. Após transcorrido o prazo pertinente, o PAF deverá retornar ao CONSEF para o prosseguimento processual.

Por consequência, o Autuante produziu a Informação Fiscal de fls. 265-266 dizendo:

Infração 01

Apresentando demonstrativo de débito ajustado, reduziu o valor da exigência fiscal para R\$53.753,15, à causa de:

- a) Exclusão das notas fiscais com origem interna;
- b) Exclusão de itens, como: computador, monitor, notebook, projetor LCD, bebedouro industrial e furadeira base magnética;
- c) Exclusão de CTRCs com origem interna (Erro na planilha);
- d) Foram arrolados no procedimento fiscal apenas operações iniciadas fora da Bahia, com base no art. 305, § 4º, III, “b” e V do RICMS-BA/2012.

Infração 02

Apresentando demonstrativo de débito ajustado, reduziu o valor da exigência fiscal para R\$6.408,12, à causa de:

- a) Exclusão de CTRCs com origem interna (Erro na planilha);
- b) Foram arrolados no procedimento fiscal apenas operações iniciadas fora da Bahia, com base no art. 305, § 4º, III, “b” e V do RICMS-BA/2012.

Intimado para conhecer o ajuste efetuado na diligência o sujeito passivo retorna aos autos (fls. 272-286). Diz concordar apenas em parte com os novos cálculos, já que algumas situações narradas na Impugnação não foram consideradas.

Infração 01

Manifesta-se contária ao novo cálculo relativo ao item “b” do pedido, porque remanesceram no novo demonstrativo elaborado, no período pós-DESENVOLVE, diversos itens considerados como sendo ativo fixo, e, como tal, não estariam sujeitos à cobrança do ICMS DIFAL. Plotando fotos, os itens são:

- 1 – Medidor de Vazão Tipo Rotâmetro – Referente à aquisição ocorrida em 17/11/2015, via NF 32002;
- 2 – Motoredutor – Referente à aquisição ocorrida em 24/11/2015, via NF 230421;
- 3 – Sensor Eletromagnético – Adquirido em 20/11/2015, via NF 656078;
- 4 – Vibrador Eletromagnético – Adquirido em 24/11/2015, via NF 10047.

Frisa que tais itens são bens sobressalentes ao bem principal, que é o misturador de talco, devendo serem alcançados pela dispensa no pagamento do ICMS DIFAL, prevista para os beneficiários do DESENVOLVE, porque a própria SEFAZ já se manifestou no sentido de considerar bens sobressalentes como sendo ativo fixo, para fins de aproveitamento de crédito e dispensa do ICMS DIFAL, conforme Parecer SEFAZ/BA nº 6.803, de 28/04/2009, parcialmente reproduzido.

Portanto, requer sejam excluídos não apenas os quatro itens listados como exemplo, mas todos os demais itens que sejam enquadrados no conceito de peças sobressalentes.

Adicionalmente, escreve que “já se manifestando sobre aquilo que não foi solicitado pela 2ª JJF, deve ser observado que na peça defensiva foram apresentados outros argumentos não considerados nos novos cálculos da Fiscalização, quais sejam: a) cálculos realizados por diferença; b) direito ao crédito nas aquisições de ativo”, pois, sobre tais itens reitera os argumentos já apresentados.

Aduz que a manutenção do novo demonstrativo fiscal sem considerar as parcelas de crédito a que faz jus a Impugnante contraria ao disposto no art. 93 do RICMS-BA/2012, que determina o direito de crédito do ICMS destacado na proporção 1/48, incluindo na sua base de créditos o imposto incidente na NF e respectivo CTRC, mais o imposto pago a título de ICMS DIFAL, de ambos documentos fiscais.

Fala que o argumento de haver outras formas de busca desse direito que não neste PAF, esbarra-se numa questão processual que implica na impossibilidade, criada pela legislação, de se buscar créditos retroativos que já foram autuados e que estão sendo discutidos administrativamente. Assim, diz, para evitar que as parcelas não sejam prescritas em virtude da ocorrência do prazo de 60 meses, “não existe outra forma de utilização dessas parcelas de créditos que não sejam no presente processo, através do refazimento do levantamento fiscal”, de modo que pede nova diligência para tal finalidade.

Infração 02

Como feito para a infração anterior, reitera os argumentos defensivos para: a) cálculos realizados por diferença; b) direito ao crédito nas aquisições de ativo. Quanto ao item “b”, diz ter-lhe causado estranheza o fato de a alegação não ter sido objeto da diligência requerida, pois, em que pese o equívoco de tê-los registrados como sendo materiais de uso e consumo, são bens do ativo fixo.

Afirma que a questão que envolve escrituração equivocada com o CFOP 2.556 não é nova no CONSEF e comum no cotidiano das empresas que, posteriormente, são constatadas em processos de fiscalização e que na maioria dos casos, as decisões são proferidas prestigiando a verdade material sobre os erros de escrituração, conforme exemplos: Acórdão JJF Nº 0244-03/16, confirmado pela instância recursal (Acórdão nº 0232-12/17), de modo que pede, também, nova diligência para seja realizada triagem no novo demonstrativo, para exclusão da totalidade dos bens relativos ao ativo imobilizado.

Concluindo, pede: a) Infração 01: a.1) Exclusão de itens do ativo fixo que remanesceram; a.2) Nova diligência para que sejam consideradas as parcelas de créditos de ICMS a que faz jus a Impugnante; b) Infração 02: Exclusão de itens do ativo, erroneamente escriturados como de uso e consumo; c) Reconhecimento de decadência parcial para as infrações 01, 02 e 03 (ocorrências do período janeiro a julho 2013); d) Declaração de nulidade para as infrações 01 e 02, pela preterição do direito de defesa em face da quantificação “por diferença”; e) Improcedência da Infração 01 em relação aos meses maio, setembro/2014, junho, julho, agosto, setembro, outubro e novembro/2015, pois já se encontram no período de abrangência do DESENVOLVE; f) Exclusão das notas fiscais do fornecedor INTERMARÍTIMA PORTOS E LOGÍSTICA S/A da Infração 03, por serem de retorno simbólico de mercadorias; g) Cancelamento ou redução das multas cobradas na Infração 03, já que os requisitos do art. 158 do RPAF foram atendidos.

Às fls. 322-325, o Autuante se apresenta em contra da manifestação defensiva acerca da diligência.

Infração 01

Ratifica que as peças citadas pela Autuada, como: Medidor de Vazão, Motoredutor, Sensor Eletromecânico e Vibrador Eletromagnético não são peças sobressalentes que são fornecidas juntamente com o bem principal, para garantia de sua operacionalidade, e são contabilizadas como parte do bem para fins de depreciação. Ao contrário, diz serem peças de reposição, portanto, sujeitas à cobrança do ICMS DIFAL nas aquisições interestaduais, de modo que estão fora do benefício do DESENVOLVE, conforme entendimento do CONSEF no Acórdão CJF Nº 0283-11/18, cuja ementa reproduz.

Infração 02

Discorda da alegação defensiva relativa a erro na classificação dos CFOPS, pois disso não trata, uma vez que a fiscalização também identificou a natureza da mercadoria adquirida como sendo para uso e consumo do estabelecimento.

Quanto ao Acórdão do CONSEF citado como exemplo para o argumento defensivo, diz perceber que a matéria alí tratada diverge da questão que se apresenta neste PAF, haja vista que o caso do acórdão é de insumo utilizado no processo produtivo e a deste AI se refere a itens de uso e consumo do estabelecimento lançados como se fossem do ativo fixo.

Conclui mantendo os dados e valores ajustados por ocasião da diligência fiscal e expostos na consequente Informação Fiscal.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz 03 (três) infrações pelas quais, originalmente, exige o valor de R\$78.135,50.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos de fls. 119-120, Impugnação de fls. 122-148, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (CD de fls. 117, demonstrativos de fls. 10-116); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise. Por considerar suficientes para a formação de minha convicção, os elementos contidos nos autos, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado.

As infrações 01 e 02 têm suporte nos demonstrativos de fls. 10-111 e para elas, com fundamento no art. 18, IV, “a” do RPAF, o Impugnante suscita a nulidade por sentir-se cerceado no direito à ampla defesa, tendo em vista que as exações fiscais foram apuradas por diferença entre os valores demonstrados devidos periodicamente e os valores recolhidos pelo sujeito passivo à título de ICMS DIFAL. Logo, não lhe teria sido permitido identificar, com clareza, quais itens foram efetivamente cobrados pela Fiscalização.

Contudo, considerando que além de o ICMS ser tributo que na situação é apurado periodicamente, os demonstrativos identificam os documentos fiscais objeto das exações individualizando seus dados (código, descrição da mercadoria, base de cálculo, alíquota de origem, soma mensal) deduzindo, periodicamente, o valor do ICMS DIFAL recolhido do ICMS DIFAL apurado devido, propiciando fácil possibilidade de serem confrontados com os registros internos e EFD do contribuinte com relação à obrigação fiscal devida nas operações objeto da exação, não há falar em cerceamento ao direito à ampla defesa, até porque, como oportunamente se verá e o próprio Impugnante argumenta, as diferenças exigidas resultam de diferentes tratamentos tributários que o contribuinte e a Autoridade Fiscal concedem às mercadorias operacionalizadas nas NFs relacionadas nos respectivos demonstrativos suportes das infrações. Rejeito, pois, a nulidade suscitada.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Dizendo somente ter conhecido o A.I. lavrado em 29/06/2018, quando da sua assinatura em 10/07/2018, o impugnante suscitou a decadência parcial dos créditos tributários reclamados, esses, relacionados às competências 31/01/2013 a 31/07/2013, sob o argumento que ao caso se aplica a regra de contagem do prazo decadencial exposta no art. 150, § 4º do CTN.

Por sua vez, discordando do Impugnante, a Autoridade Fiscal autuante entende aplicar-se ao caso a regra de decadência exposta no art. 173, I do CTN e, portanto, não há falar em incidência de decadência.

Assim, passo a apreciar essa preliminar de mérito.

De logo, observo que as acusações fiscais são: a) Falta de recolhimento de ICMS DIFAL (Infrações 01 e 02), relativa a operações escrituradas, apurado periodicamente, corretamente deduzindo, periodicamente, o valor do ICMS DIFAL recolhido do ICMS DIFAL apurado devido, conforme informam os respectivos demonstrativos suporte das infrações (fls. 10-111); b) Entrada de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) tributável (is) sem registro na escrita fiscal, punível com multa equivalente a 1% do valor das mercadorias (Infração 03).

Quando necessária à formação do meu convencimento acerca do caso, diligência fiscal foi pedida e por a essa altura já considerar suficientes os elementos contidos nos autos, com fundamento no art. 147, I, do RPAF, indefiro o pedido de diligência formulado pelo Impugnante em sua última manifestação defensiva (fl. 285).

Quanto à arguição de decadência, embora, o artigo 107-A do COTEB que dispunha como “*dies a quo*” da contagem do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento tributário poderia ter sido efetuado para qualquer situação, independentemente da conduta do contribuinte, tenha sido revogado pela Lei 13.199, de 28/11/2014, fundamentalmente, por força da Súmula Vinculante (SV) nº 08, de 12 de junho de 2008 do STF, que afastou a possibilidade de regulação desse instituto do direito em outra legislação que não seja Lei Complementar à Constituição Federal, como regra geral o CTN regula o prazo decadencial no art. 173 dispondo que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:^[1] I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

É fato que para o lançamento por homologação, que se dá quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, o § 4º do artigo 150 do CTN, dispõe que, se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

Expirando-se esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Esta regra decadencial, tida pela doutrina como “especial” se aplica ao ICMS nas regulares antecipações feitas pelo contribuinte.

Como havia divergentes interpretações entre os julgamentos do CONSEF e a jurisprudência dos órgãos superiores do Poder Judiciário baiano e nacional, a Procuradoria Geral do Estado, órgão de assessoramento jurídico do Estado, competente para formar, em última instância a jurisprudência administrativa do Estado (Constituição Estadual: Art. 140; Regimento Interno da PGE: Art. 2º, incisos I, V e XXI) foi instada a pronunciar acerca do tema. Por consequência, a PGE enunciou o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, abaixo transscrito, consolidando a jurisprudência administrativa acerca da decadência com relação ao ICMS.

Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Ressalva: O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

Nota I: Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação. (grifos meus)

Nota 2: As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, § 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador. Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação.

De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação.

Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que "o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

Pois bem, para o crédito tributário decorrente de lançamento de ofício - que pode ser aplicado a todos os tributos- e que é o caso-, a maior doutrina brasileira entende que sua constituição se completa com a ciência do devedor acerca da exigência tributária, pois esta lhe possibilita conhecer as condições em que deve adimplir a dívida, bem como exercer seu direito de contestá-la.

Para o lançamento de ofício, quanto aos tributos sujeitos originalmente ao lançamento por homologação, que pode ocorrer por lançamento de ofício ou por decurso de prazo, essa corrente doutrinária defende que a homologação tem por objeto o pagamento do tributo (Carvalho, Paulo de Barros, "Lançamento por homologação – Decadência e pedido de restituição", *Repertório IOB Jurisprudência*, nº 3/97, p. 73; Navarro Coelho, Sacha Calmon de. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Forense, Rio de Janeiro, 2006. p. 774).

Nesse caso, havendo declaração e pagamento do valor mensal que o contribuinte apura, a publicidade e a constituição definitiva do crédito, ocorre com a confissão da existência da obrigação tributária. Esta confissão é explicitada e primeiramente valorada pelo próprio contribuinte nas informações que passa ao fisco, por exemplo, em face da entrega da Declaração de Contribuições e Tributos Federais - DCTF ou de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, hoje DMA.

Quando o imposto é apurado, ainda que declarado ao ente tributante, mas não é recolhido, a jurisprudência não só é firme que a contagem do prazo ocorre pela regra do art. 173, I do CTN, como se configura crime contra a ordem tributária (HC 442494 SC 2018/0068488-5, DJ 03/04/2018, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz). Portanto, situação que se inclui na norma de exceção contida na parte final do § 4º, do art. 150 do CTN.

Nesse caso, ainda que o ente tributante tenha 5 (cinco anos) para cobrar o valor declarado, nem mesmo há necessidade de constituição do crédito fiscal por lançamento de ofício, podendo ser diretamente inscrito na Dívida Ativa (RPAF: Art. 54-A).

Ocorre que para tais tributos – como é o caso do ICMS – o legislador foi bastante claro ao afirmar na exceção expressa na parte final do § 4º do art. 150 do CTN que, apenas excepcionalmente se pode considerar a aplicação da regra geral de contagem de prazo contida no CTN (art. 173, I), ou

seja, “*salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*”, e é a isto que se refere o último parágrafo da parte acima reproduzida do *Incidente de Uniformização n° PGE 2016.194710-0*, que aqui não se faz demais repetir:

Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que "o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação. (grifos meus)

Pois bem, tratando de fato gerador com período de apuração mensal, a primeira observação a fazer é que todas as ocorrências de cada período se concentram na data de cada apuração para efeito de formação da relação jurídica obrigacional, data também em que se deve considerar a do fato gerador para cada bloco de operações mensais.

Segundo, tratando-se de tributo primeiramente apurável pelo contribuinte, em caso de auditoria posterior, muitas são as situações que podem ocorrer e que para efeito de contagem do prazo decadencial, podem enquadrar-se na regra do art. 150, § 4º, ou, por exceção, na regra do art. 173, I, ambos do CTN. Por exemplo:

- a) *Em caso de apuração de imposto devido por auditoria de levantamento quantitativo de estoque em que se constata imposto devido por omissão de saídas de mercadoria tributável (que não é o caso em tela), dúvida não há que as respectivas operações não foram registradas nos livros fiscais próprios; não foram declaradas; não tiveram o respectivo imposto pago e, então, dúvida também não há que o prazo decadencial deve ser contado com a regra do art. 173, I, do CTN;*
- b) *Do mesmo modo, em caso de uso indevido de crédito fiscal decorrente de operações com mercadorias cuja saída posterior ocorre sem tributação ou com BC reduzida e constata-se que isso ocorreu de fato, dúvida também não há quanto ao uso de crédito fiscal manifestamente ilegítimo, pois antecipadamente o sujeito passivo é consciente da situação e se assim procede, age inequivocamente com intenção de dolo, fraude ou simulação. Aplica-se, portanto, a regra geral do art. 173, I, do CTN, pois vejo corresponder ao entendimento exposto no segundo parágrafo da nota 2 do Incidente de uniformização da PGE, retro transcrito;*
- c) *Do mesmo modo (como na Infração 03 deste AI), são os casos das infrações em que, não registrando as NFs nos livros próprios, o sujeito passivo não declara as operações, não apura o imposto relativo a tais NFs, nem efetua pagamento de imposto relativo às saídas posteriores das respectivas mercadorias - Aplica-se a regra o art. 173, I, do CTN;*
- d) *De outro modo, conta-se o prazo decadencial pela regra especial exposta no art. 150, § 4º, do CTN, para, por exemplo:
 - d.1) *infrações em que o contribuinte escritura os documentos fiscais, apura o imposto nos livros próprios e declara o resultado dessa apuração levando o sujeito passivo a ter conhecimento das prévias providências com repercussão tributária a seu cargo, mas sujeitas à posterior homologação pelo fisco;*
 - d.2) *falta de recolhimento de ICMS ST, ICMS DIFAL provenientes de NFs escrituradas (como são os casos das infrações 01 e 02) e recolhimento a menos de ICMS ST, proveniente de NFs escrituradas, pois, além do fato de as operações terem sido registradas nos livros próprios, apurado o imposto via conta corrente fiscal - ainda que errado, não pago ou pago em valor menor que o devido -, tal informação foi passada ao fisco que, a partir do conhecimento da movimentação empresarial (DMA), teve 5 (cinco) anos para homologar o resultado da apuração declarada.**

Portanto: a) concluído o lançamento em revisão neste órgão administrativo judicante com a ciência do sujeito passivo em 10/07/2018; b) não estando configurando nos autos qualquer das situações de exceção contida no § 4º do CTN (dolo, fraude ou simulação), entendo que, para as infrações 01 e 02, as ocorrências até 30/06/2013 – e não até 31/07/2013, como alega o Impugnante -, em face da periodicidade mensal de apuração no regime de conta corrente fiscal, acham-se alcançados e extintas pela ocorrência da decadência (CTN: Art. 156, V).

Assim, observando que o entendimento consagrado tanto na doutrina como na jurisprudência, no caso do lançamento de ofício, a ciência do sujeito ativo sobre a exação fiscal, com seus efeitos de exigibilidade para pagamento ou sua suspensão pela apresentação da defesa administrativa, reconheço a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativos às competências/ocorrências 31/01/2013 e 30/04/2013, para a infração 01, bem como a de 28/02/2013, para a Infração 02, aplicando-se a elas a regra de contagem de prazo contida art. 150, 4º do CTN.

De modo contrário, a exação fiscal relativa à Infração 03 deve ser integralmente mantida em face da incidência da regra geral de contagem do prazo decadencial inserta no art. 173, I do CTN.

Quanto às demais questões de mérito, passo a individualizar as infrações:

Infração 01

Apresentando as Resoluções DESENVOLVE nº 131/2013 de 23/11/2013 e nº 180/2013, de 17/12/2013, a alegação defensiva contida na peça que inaugurou o contraditório (fls. 126-135) é que: a) sendo relativo a “bens do ativo” o lançamento e pagamento do ICMS DIFAL incidente sobre as aquisições estariam diferidos para o momento em que ocorresse a desincorporação (Art. 1º, III da Resolução 131/2013); b) plotando parte da planilha analítica concernente a janeiro/2013, a exação apurada por “diferença” seria nula por não lhe permitir análise individual por item.

Recordando que o argumento de nulidade contido no item “b”, já foi superado na apreciação preliminar, conforme pedido de fls. 257-259, observando-se: a) Existência de NFs indicadas com origem na Bahia que, teoricamente não se sujeitam a ICMS DIFAL (fl. 13); b) Aquisição de itens teoricamente enquadráveis como ativo fixo, tais como: computador, monitor, notebook, Projetor LCD, bebedouro industrial, furadeira base magnética; c) Arrolamento de operações de serviço de transporte sem indicação da “chave de acesso” dos CTRs nem indicação da UF de origem da operação, na fase de instrução o PAF foi baixado em diligência para: a) Caso isso se confirme, excluir as NFs com origem interna; b) Excluir os itens citados na letra “b”, acima; c) Indicar as “chaves de acesso” e UF de origem dos CTRCs arrolados; d) Com base no art. 305, § 4º, incisos III, “b” e V do RICMS-BA/2012, arrolar no procedimento fiscal apenas operações iniciadas fora da Bahia.

A diligência foi atendida e, conforme demonstrativo de fl. 265, a exação pela infração foi reduzida para R\$53.753,15, informação que foi dada a conhecer ao sujeito passivo, tendo ele se manifestado acorde com as exclusões pedidas nos itens “a”, “c” e “d”, mas discordando com a manutenção de itens como: 1 – Medidor de Vazão Tipo Rotâmetro – Referente à aquisição ocorrida em 17/11/2015, via NF 32002; 2 – Motoredutor – Referente à aquisição ocorrida em 24/11/2015, via NF 230421; 3 – Sensor Eletromagnético – Adquirido em 20/11/2015, via NF 656078; 4 – Vibrador Eletromagnético – Adquirido em 24/11/2015, via NF 10047, agora, aportando parte do Parecer SEFAZ/BA Nº 6.803, DE 28/04/2009, sob alegação de serem bens sobressalentes ao bem principal, ativos que estariam alcançados pelo benefício exposto na sua resolução do DESENVOLVE.

Ocorre que ao que aqui interessa, para que o exercício do direito alcance os efeitos desejados, o RPAF dispõe:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

§ 2º A defesa poderá referir-se apenas a parte da exigência fiscal, assegurando-se ao sujeito passivo, quanto à parte não impugnada, o direito de recolher o crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei.

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportunamente, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

§ 6º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior. (grifos meus)

Pois bem. Analisando os autos, constato:

a) Itens como: viga, chapa, barra roscada, cantoneira, ferro chato, vergalhão, escada, piso metálico, perfil, argamassa, disjuntor e trilho, são bens por acessão física do imobilizado e não são ativos fixos ligados à produção com direito ao benefício fiscal do DESENVOLVE, tampouco

possibilitam aproveitamento de crédito fiscal (RICMS-BA: Art. 310, VII);

b) Os itens do ativo fixo indevidamente contidos no original das infrações foram excluídos por ocasião da diligência deferida, não havendo, portanto, sentido na alegação defensiva para aproveitamento de crédito escriturados no Livro CIAP, via compensação neste AI, até porque o procedimento fiscal não serve para homologar os registros de créditos provenientes do CIAP e a apropriação destes pelo contribuinte autuado, o que, inclusive, seria objeto de recomendação ao órgão administrativo competente para procedimento fiscal no sentido de observar a legalidade de tais créditos e consequente aproveitamento, o que não mais é possível em face do transcurso do prazo decadencial a impedir a constituição de crédito fiscal, ainda que possa haver obrigação tributária decorrente de eventual irregularidade nos seus registros;

c) O Acórdão CJF 0224-03/16, cuja ementa o Impugnante reproduziu não serve ao seu interesse, pois a matéria alí tratada diverge da questão que se apresenta neste PAF, haja vista que o caso do acórdão é de insumo utilizado no processo produtivo e a deste AI se refere a itens de uso e consumo do estabelecimento lançados como se fossem do ativo fixo;

d) Ainda que ao caso, “peças sobressalentes” adquiridas no período de vigência das resoluções que outorguem benefício do DESENVOLVE ao contribuinte autuado, o próprio parecer que orienta a posterior alegação defensiva é claro ao distinguir “peças sobressalentes” como o Impugnante argumenta serem os itens objeto da exação e “peças de reposição”, como a Autoridade Fiscal autuante afirma serem os itens que restaram no contraditório.

Quanto à diferenciação indicada no item “d” retro, consta escrito no parecer reproduzido pelo Impugnante: *“As primeiras são fornecidas juntamente com o bem principal, para garantia de sua operacionalidade, e são contabilizadas como parte do bem, para fins de depreciação. Já as peças de reposição são as que suprem o desgaste que decorre do uso normal do equipamento ou máquina e que são contabilizadas como despesas, não compondo o conceito de ativo imobilizado. O CFOP a ser utilizado é 2.551, pois nesse código classificam-se as compras de bens destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento”.*

Consequentemente, deriva-se do exposto que sem aportar prova documental a corroborar o argumento defensivo, entendo que a mera alegação de os itens que restaram objeto de exação pela Infração 01 serem “peças sobressalentes”, conduz o caso às situações previstas nos artigos 141 e 143 do RPAF:

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Portanto, pelo exposto e parcialmente acolhendo o ajuste efetuado por força da diligência citada, vez que os valores das ocorrências 31/01 e 30/04/2013, embora devidos não podem ser objeto de lançamento de ofício em face da ocorrência decadencial sobre tais obrigações, tenho a Infração 01 como parcialmente subsistente no valor de R\$51.808,08, com o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data veneto	Base Calc	Alíq	Multa	ICMS dev
Infração 01					
31/07/2013	09/08/2013	4.868,10	10%	60%	486,81
30/06/2015	09/07/2015	112.114,10	10%	60%	11.211,41
31/07/2015	09/08/2015	26.745,10	10%	60%	2.674,51
31/08/2015	09/09/2015	86.563,80	10%	60%	8.656,38
30/09/2015	09/10/2015	26.599,90	10%	60%	2.659,99
31/10/2015	09/11/2015	154.907,80	10%	60%	15.490,78
30/11/2015	09/12/2015	106.282,00	10%	60%	10.628,20
Total Infração					51.808,08

Infração 02

Para essa infração, a Impugnação inicial alega: a) como na anterior, a nulidade já superada em face de o levantamento ter sido efetuado por “diferença” entre o devido e o reconhecido pela Impugnante a título de ICMS DIFAL; b) apresentando plotagem de parte do levantamento analítico suporte como exemplo, alega que os itens objetos da exação pela infração, a despeito de admitir tê-los escriturados com CFOP 2.556 legalmente determinado para bens de uso e consumo, seriam bens do ativo permanente, cujo CFOP legal é 2.551, argumento que manteve na manifestação em face do conhecimento do resultado da diligência que, pelos motivos apontados no pedido transcrita no relatório e pontuado na apreciação da Infração 01, excluindo CTRCs com serviços iniciados na Bahia - o que, expressamente o Impugnante acolheu -, reduziu-se o valor da exação de R\$19.610,01 para R\$6.408,12, valor que ajusto para **R\$6.075,47**, em face do reconhecimento da decadência para a ocorrência de 28/02/2013, como retro indicado.

Ora, também para esse caso, ao contrário do pretendido, tanto as provas autuadas como os itens indicados como exemplo na Impugnação que acertadamente o contribuinte autuado registrou na sua Escrituração Fiscal (EFD) como sendo adquirido para uso e consumo do estabelecimento com o correto CFOP 2.556 (ROTOR PARA BOMBAS, RELÊ, REDUTORES, PINHÃO DE ACIONAMENTO, VOLTA CENTRAL, MATRIZES, INVERSOR DE FREQUÊNCIA, ANEIS, ROLOS DE MOAGEM, MANDÍBULA, MOTORES ELÉTRICOS, DISJUNTORES, COROAS, MOTOREDUTOR, ROSCA DOSSADORA), provam em contra do argumento defensivo e apenas confirmam a acusação fiscal, uma vez que são partes e peças de máquinas e equipamentos que por desgaste no processo produtivo do estabelecimento se destinam à manutenção dos itens do ativo permanente. Portanto, quando adquiridos fora da Bahia, sujeita-se à incidência do ICMS DIFAL.

Ademais, assim, como pontuado para a infração anterior, como deveria fazer subsidiando a alegação defensiva, o Impugnante não aportou aos autos qualquer elemento documental de prova, como lhe impõe o art. 123 do RPAF, de modo que também aqui o argumento defensivo conduz o caso às situações previstas nos artigos 141 e 143 do RPAF, já reproduzidos no juízo acerca da Infração 01.

Portanto, pelo exposto e acolhendo o ajuste efetuado por força da diligência citada tenho a Infração 02 como parcialmente subsistente, com o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data vencto	Base Calc	Alíq	Multa	ICMS dev
Infração 02					
31/08/2013	09/09/2013	6.442,80	10%	60%	644,28
30/04/2014	09/05/2014	8.445,30	10%	60%	844,53
31/06/2014	09/07/2014	4.205,80	10%	60%	420,58
31/07/2014	09/08/2014	673,40	10%	60%	67,34
30/04/2015	09/05/2015	14.564,90	10%	60%	1.456,49
31/07/2015	09/08/2015	14.798,90	10%	60%	1.479,89
30/08/2015	09/09/2015	4.680,20	10%	60%	468,02
31/12/2015	09/01/2016	6.943,40	10%	60%	694,34
Total Infração					6.075,47

Infração 03

Refere-se à multa legalmente prevista por comprovado descumprimento de obrigação tributária acessória, especificamente a falta de registro de notas fiscais de entrada de mercadorias tributáveis em sua Escrita Fiscal, fato que o Impugnante reconhece na peça defensiva inalgorial do contraditório, mas requer o cancelamento ou redução com fundamento no art. 158 do RPAF, sob alegação de não ocorrência de dolo, fraude ou simulação, além de o fato não ter implicado no recolhimento de ICMS. Para essa Infração, também pede a exclusão de notas fiscais emitidas pelo seu forcedor INTERMARÍTIMA PORTOS E LOGÍSTICA S/A, por serem notas fiscais de retorno

simbólico de mercadorias e, com o mesmo argumento para as infrações anteriores, argui decadência com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, argumento este já afastado na pertinente apreciação preliminar de mérito.

Tratando-se de notas fiscais relativa a operações com mercadorias sujeitas a incidência de ICMS a afirmação defensiva de que o cometimento da infração não implicou em falta de recolhimento do imposto não pode ser acolhida, já que tal afirmativa só poderia ser constatada/confirmada via roteiro de fiscalização não aplicado no caso em apreço, à exemplo de levantamento quantitativo por espécie de mercadoria em exercício fechado, de modo que a comprovação de pagamento de ICMS do período janeiro 2013 a dezembro 2014 não podem ser homologados de ofício via roteiros de fiscalização aplicados no lançamento tributário carreados nestes autos. Por consequência, ainda que possível fosse, impediria aplicação do cancelamento ou redução de penalidade prevista para a infração que, em face da revogação do artigo 158 do RPAF, fica, também prejudicado.

Ao contrário do que alega, conforme dispõe o art. 217, I do RICMS-BA, o livro Registro de Entradas se destina à escrituração de entradas de mercadorias a qualquer título (real ou simbólica), de modo que tenho a Infração 03 como subsistente.

Art. 217. O livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A, destina-se à escrituração (Conv. S/Nº, de 15/12/70)":

I - das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269274.0002/18-0**, lavrado contra **XIOLITE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$57.883,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de **R\$2.471,66**, prevista no art. 42, inciso IX, do mesmo diploma legal e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR