

<b>PROCESSO</b>	- A. I. N° 206892.1201/14-1
<b>RECORRENTE</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PROGAS COMÉRCIO E ASSISTÊNCIA TÉCNICA LTDA.
<b>RECORRIDOS</b>	- PROGÁS COMÉRCIO E ASSISTÊNCIA TÉCNICA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSOS</b>	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3º JJF nº 0047-03/22-VD
<b>ORIGEM</b>	- DAT METRO / INFRAZ ATACADO
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET: 21/12/2022

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0316-12/22-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas, na forma prevista no inciso V, do art. 7º do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos. Autuante acatou as alegações defensivas. Infração insubstancial. Mantida a Decisão recorrida neste item. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa. Excluído do débito, valor referente à aquisição de ativo imobilizado. Infração subsistente em parte. Mantida a Decisão recorrida neste item. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, calculada sobre o valor comercial das mercadorias ou bens que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Os cálculos foram feitos para excluir as notas fiscais comprovadas pelo autuado. Mantida a Decisão recorrida neste item. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Ainda que não tenha havido a prova incontestável da devolução simbólica pela empresa recorrente dos bens remetidos à BAHIANA DE GÁS, por certo que o ônus do ICMS recairá à empresa remetente, caso reste comprovado que a devolução não tenha ocorrido dentro do prazo sinalizado. Deve ser observado a hipótese de não incidência, caso a saída destes bens integrados no ativo permanente tenham sido objeto de uso, no estabelecimento por mais de um ano, antes da desincorporação. Com efeito, o fato de que o valor da multa de 1% esteja previsto de forma objetiva e expressa na Lei nº 7.014/96, deve-se ser considerado que a multa redundou em valor extremamente relevante, para o fato do contribuinte ter comprovado que a prática omissiva não trouxe ou implicou em qualquer prejuízo ao erário estadual, que restou comprovado

ausência de dolo ou fraude e, que os elementos probatórios acostados sinalizam para erro na base de cálculo utilizada pelo autuante, em razão da ausência de balizas específicas acerca da relação proporcional entre o fato punível e o critério de redução a ser aplicável. Reduz em 90% do valor original da infração 08, conforme disposição expressa do § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/1996 vigente à época da referida impugnação. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida neste item. **c) SERVIÇO TOMADO.** Mantida a Decisão recorrida neste item. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos de Ofício e Voluntário, respectivamente, em razão do acórdão proferido pela 3ª JJF sob nº **0047-03/22-VD** que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 20/12/2014, para exigir crédito tributário no valor total de R\$ 630.905,91, em decorrência das seguintes irregularidades objeto dos presentes Recursos:

**Infração 05 – 06.02.01:** *Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de abril a dezembro de 2010; janeiro a março, maio a setembro e novembro de 2011. Valor do débito: R\$ 18.433,34. Multa de 60%.*

**Infração 06 – 07.15.05:** *Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de abril, maio, agosto a outubro e dezembro de 2009; janeiro de 2010 a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$ 96.323,53.*

**Infração 07 – 16.01.01:** *Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de novembro de 2009; janeiro a novembro de 2010; janeiro a dezembro de 2011. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 99.948,67.*

**Infração 08 – 16.01.02:** *Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro de 2009 a dezembro de 2011. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 392.519,00.*

O autuado apresentou impugnação às fls. 2684 a 2689 (VOLUME IX) do PAF.

O autuante presta informação fiscal às fls. 2805 a 2808 dos autos, alegando resumidamente o que segue:

INFRAÇÃO 05: Demonstrativo às fls. 38 a 55. Diz que o Autuado alega que estava cadastrado como EPP, citando o art. 7º, V do RICMS-BA/97, Decreto nº 6284/97, e que não é devido o diferencial de alíquotas. Informa que reconhece como indevido o débito apurado no período fiscalizado.

INFRAÇÃO 06: Demonstrativos às fls. 56 a 58. Informa que nos demonstrativos contém todas as aquisições interestaduais do Autuado, e que foram considerados os recolhimentos efetuados, não podendo a alegação do contribuinte de que teria a Fiscalização considerado como pagamento apenas as Notas Fiscais citadas no demonstrativo de DAE, que comporta apenas 15 notas fiscais.

INFRAÇÃO 07: Demonstrativo às fls. 89 a 455 (com as respectivas notas fiscais). Diz que o Autuado alegou sem comprovação, que algumas notas fiscais estariam registradas no mês de sua emissão ou no mês seguinte e alegou que a falta de registro não foi uma forma de tentar burlar o Fisco.

INFRAÇÃO 08: Demonstrativo às fls. 456 a 2.422 (com as respectivas notas fiscais). Informa que o contribuinte afirmou sem comprovação que algumas notas fiscais estariam escrituradas no mês

da entrada, e que em sua maioria se trata de notas de remessa para conserto.

Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, sendo o valor originalmente apurado, de R\$ 630.905,91 reduzido para R\$ 612.462,57.

O Autuante apresentou Segunda Informação Fiscal às fls. 2952 a 2960 do PAF. Informa que apresenta informações fiscais analisando a manifestação do Autuado, que se fixou apenas nas Infrações 06, 07 e 08.

Quanto à Infração 06, diz que o Defendente alegou que parte das notas fiscais citadas no levantamento fiscal não são mercadorias para comercialização (apresentando uma relação desses materiais). Discorda da alegação defensiva afirmando que não se trata de produtos inerentes prestação de serviços, uma vez que se configuram como mercadorias. A empresa mantém contratos com grande maioria de seus clientes oferecendo a reposição de diversas mercadorias, que fogem da condição de materiais de uso no serviço.

Sobre as notas fiscais emitidas pela SICAP LTDA. e DRAVA LTDA., com natureza de operação “INDUSTRIALIZAÇÃO EFETUADA PARA OUTRA EMPRESA”, informa que o Autuado enviou peças de mercadorias que define em sua manifestação como sucata, e após o processo de industrialização desenvolvido pelas empresas mencionadas, as mesmas retornam como mercadorias a serem comercializadas, sendo os valores constantes nos documentos fiscais aqueles cobrados pelas indústrias localizadas em outros Estados, cabendo o pagamento da antecipação parcial.

Em relação ao argumento defensivo de que em algumas notas fiscais o crédito indicado no levantamento fiscal foi zero (R\$ 0,00), afirma que não procede a alegação do Autuado, por se tratar de empresa que apura o imposto por meio de conta corrente do ICMS com direito ao uso do crédito fiscal destacado no documento fiscal emitido pelo seu fornecedor. Dessa forma, foram concedidos nos demonstrativos os créditos ali destacados e não concedido o crédito para aqueles documentos que não apresentavam créditos fiscais, procedimento aplicado na forma da lei.

Também não concorda quanto ao argumento de que há impossibilidade de aplicação da multa pela falta de recolhimento da Antecipação Parcial, afirmando que a multa é prevista na legislação.

**INFRAÇÃO 07:** Diz que o Defendente apresentou o Anexo III, onde destaca diversas notas fiscais que se encontram devidamente escrituradas nos livros fiscais Registro de Entradas, que foram desconsideradas no levantamento fiscal.

Informa que, de fato, as notas fiscais citadas no Anexo III apresentado pelo Contribuinte se encontram devidamente registradas, dessa forma, os valores mensais ficam reduzidos, conforme demonstrativo que elaborou às fls. 2957/2958.

Quanto ao pedido do Defendente para exclusão das notas fiscais de retorno de peças enviadas para industrialização, sob o argumento de não se tratar de mercadoria, não concorda, afirmando que são mercadorias comercializadas pelo Autuado.

Em relação ao pedido para que seja aplicado o benefício da alteração da multa de 10% para 1%, não concorda, apresentando o entendimento de que se deve manter o percentual de multa prevista na legislação quando da auditoria fiscal.

Considerando a exclusão das notas fiscais lançadas indevidamente como não registradas, informa que a Infração 07, que era de R\$ 99.948,67, fica reduzida para o valor de R\$ 70.776,53.

**INFRAÇÃO 08:** Destaca a alegação defensiva de que houve preenchimento incorreto das notas fiscais emitidas pela BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS (Docs. 05-A a 05-D) e outras notas fiscais emitidas pela mesma empresa (Doc. 06), além de outras notas fiscais emitidas pelo próprio Autuado (Docs. 07, 08 e 09).

Entende que os documentos fiscais emitidos pela BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS são totalmente idôneos, e nas oportunidades em que foram emitidos não ocorreu qualquer

manifestação contrária aos valores ali destacados, não cabendo ao Autuante motivos ou razões para excluir os documentos citados ou ignorar os valores ali consignados.

Diz que o Defendente apresenta o Anexo VI, no qual destaca diversas notas fiscais que se encontravam devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas, que foram desconsideradas no levantamento fiscal.

Informa que, de fato, as notas fiscais citadas no Anexo VI se encontram devidamente registradas, dessa forma, os valores mensais ficam alterados, de acordo com o demonstrativo que elaborou às fls. 2958/2960.

Considerando a exclusão das notas fiscais lançadas indevidamente como não registradas, informa que a Infração 08, que era de R\$ 392.519,00 fica reduzida para R\$ 390.490,81.

Quanto ao pedido do Autuado para cancelamento ou redução das multas aplicadas nas Infrações 07 e 08, informa que não cabe ao Autuante se manifestar.

Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, considerando que o valor original de R\$ 630.905,91 foi reduzido para R\$ 581.262,24.

O Defendente apresentou nova manifestação às fls. 2966 a 2979 do PAF.

O Autuante presta 3<sup>a</sup> Informação Fiscal à fl. 2985, registrando que já se manifestou às fls. 2952 a 2960, e a nova manifestação do Autuado não apresenta nada de novo. Pede que seja encaminhado o PAF para o devido julgamento.

A 3<sup>a</sup> JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando por unanimidade Procedente em Parte o presente Auto de Infração:

#### VOTO

*O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS e penalidade por descumprimento de obrigação acessória, conforme descrição dos fatos efetuada de forma comprehensível, tendo sido indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas. Não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do lançamento.*

*Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, "a" do RPAF/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou a necessidade de diligência fiscal por Auditor Fiscal estranho ao feito, por isso, indefiro o pedido formulado pelo autuado em sua impugnação.*

*Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, constando que foram apuradas 8 (oito) infrações à legislação tributária deste Estado, conforme descrição dos fatos e demonstrativos elaborados pelo Autuante.*

*Em sua impugnação, o Autuado informou que após conferência do Demonstrativo de Apuração do ICMS Antecipação Parcial, cuja exigência sem os acréscimos tributários totaliza R\$ 4.188,12, constante da Infração 01 e da Infração 04, reconhece o erro cometido e já providenciou o parcelamento do débito junto à SEFAZ.*

*Dessa forma, são procedentes os itens não impugnados, considerando que não há lide a ser decidida, devendo ser homologados os valores já recolhidos.*

*Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de abril, julho e setembro de 2009 e maio de 2010.*

*O Defendente alegou que a acusação fiscal não procede, porque as notas fiscais foram escrituradas com as alíquotas constantes nas mesmas.*

*Na informação fiscal, o Autuante disse que o Impugnante não observou as regras legais de utilização do crédito fiscal, e como ele mesmo declara, escriturou com as alíquotas constantes nos documentos fiscais. Ou seja, não teve o cuidado de observar que as notas constantes nos demonstrativos anexados às fls. 24 a 33 do PAF, foram emitidas com aplicação das alíquotas e valores do ICMS superior ao de direito.*

*Em relação ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, inclusive os limites ou condições para utilização de créditos fiscais.*

*Quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar pelo remetente ou prestador, vedada a utilização para esse fim, de “carta de correção”, e somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal (Art. 93, §§ 4º e 5º, I do RICMS-BA/97). Mantida a exigência fiscal.*

**Infração 03:** Utilização a mais de crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra Unidade da Federação, nos meses de maio, outubro e novembro de 2009; março, abril, junho e novembro de 2011.

O Autuado alegou que a acusação fiscal não procede, porque a antecipação parcial foi calculada e recolhida, considerando que é empresa de pequeno porte, tendo a possibilidade de recolher o imposto em três parcelas, conforme Decreto nº 9.075, de 23/04/2004. Demonstrativo anexo ao PAF.

O Autuante informou que o demonstrativo à fl. 34 apresenta os valores mensais recolhidos a título de Antecipação Parcial e os valores utilizados indevidamente como créditos fiscais.

No demonstrativo elaborado pelo Autuante à fl. 34, consta a informação de que o Contribuinte utilizou metodologia própria de pagar a antecipação parcial, e se creditou de valor pago ou a pagar (parcelamento próprio).

Observo que o lançamento do crédito na escrita fiscal importa e enseja o início da sua utilização, sendo necessário que comprove a regularidade do lançamento. Neste caso, trata-se de condição imposta pela legislação, que estabelece as providências para a hipótese de utilização do crédito, quando destacado corretamente no documento fiscal ou quando recolhido no caso de antecipação parcial. Portanto, o crédito fiscal relativo à antecipação parcial, somente pode ser utilizado após o recolhimento do imposto. Infração subsistente.

**Infração 05 – 06.02.01:** Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de abril a dezembro de 2010; janeiro a março, maio a setembro e novembro de 2011.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra Unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96).

O Defendente afirmou que a acusação fiscal não procede, tendo em vista que é empresa de pequeno porte, e conforme o RICMS-BA, no art. 7º, inciso V, não é devido diferença de alíquota.

O Autuante ressaltou que o Defendente alegou que estava cadastrado como EPP, citando o art. 7º, V do RICMS-BA/97, Decreto nº 6284/97, registrando que não é devido o diferencial de alíquotas. Disse que reconhece como indevido o débito apurado no período fiscalizado:

Art. 7º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas

...  
V - por parte das microempresas, das empresas de pequeno porte e dos ambulantes devidamente inscritos como tais no cadastro estadual, a partir de 01/01/99;

A redação do inciso V do art. 7º foi dada Alteração nº 9 (Decreto nº 7466, de 17/11/98, DOE de 18/11/98), efeitos a partir de 01/01/99.

Considerando a previsão constante no inciso V do art. 7º do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos e a informação do Autuante, quando prestou informação fiscal, acatando as alegações defensivas, não há mais lide a ser decidida. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo defendente, tendo sido acolhidos pelo autuante, constato que não subsiste a exigência fiscal deste item do presente lançamento. Infração insubsistente.

**Infração 06:** Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de abril, maio, agosto a outubro e dezembro de 2009; janeiro de 2010 a dezembro de 2011.

Observo que a exigência de ICMS a título de antecipação parcial foi instituída na legislação do Estado da Bahia a partir de 01/03/2004, por meio da Lei 8.967, de 29/12/2003, e consiste na aplicação da alíquota interna

sobre valor da operação interestadual constante na Nota Fiscal de aquisição, deduzindo-se o valor do imposto destacado no mencionado documento fiscal, salientando-se que em relação à antecipação parcial, é obrigado a recolher o imposto, o adquirente neste Estado, independentemente do regime de apuração do imposto, em relação às mercadorias adquiridas para comercialização.

Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa.

O Defendente alegou que desenvolve, dentre outras, atividades de manutenção e reparação de válvulas industriais (CNAE 33.14-7-03), instalação de máquinas e equipamentos industriais (CNAE 33.21-0-00), bem como de instalações hidráulicas, sanitárias e de gás (CNAE 43.22-3-01), além de serviços de engenharia (CNAE 71-12-0-00). Em razão da natureza das diversas atividades que exerce, parte das notas fiscais lançadas no demonstrativo do Autuante não diz respeito a compra de mercadorias com escopo comercial, pois, na verdade, os materiais foram adquiridos para emprego na execução dos serviços prestados pela empresa.

Citou itens como canos de cobre (NFs 32 e 38270), molas espirais (NFs 28, 50 e 82), tubos dryseale (NF 3273), porcas 3/8 (NFs 676,882, 953), fita veda rosca (NF 228), compressor (bem do ativo imobilizado – NF 47849).

Vale ressaltar, que o levantamento fiscal foi efetuado em relação aos exercícios de 2009 a 2011, quando estava em vigor o RICMS-BA/97, estabelecendo no art. 352-A, § 3º, II, abaixo reproduzido, a cobrança de antecipação parcial do ICMS em relação às aquisições interestaduais de mercadorias efetuadas por contribuinte que desenvolva atividade sujeita ao ICMS e ao ISS:

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

...  
§ 3º Para os efeitos deste artigo, também serão consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por:

...  
II - contribuinte que desenvolva atividade sujeita ao ICMS e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS.

Deve-se acrescentar, que foram apresentadas pelo Defendente Notas Fiscais de Prestação de Serviços, com a indicação dos serviços, sem informação de que os mencionados serviços foram realizados com fornecimento de peças. Portanto, dos itens mencionados pelo Impugnante, deve ser excluído compressor (bem do ativo imobilizado – NF 47849 – R\$ 16.000,00).

O Autuado também alegou que algumas das notas fiscais mencionadas no levantamento fiscal dizem respeito ao retorno simbólico de peças ao estabelecimento do contribuinte, as quais, por apresentarem alto nível de degradação, inviabilizando o seu reparo pela empresa, foram remetidas pelo Autuado para terceiros, localizados fora do Estado da Bahia, notadamente as empresas Sicap Indústria e Comércio Ltda. e Drava Metais Ltda., a fim de que fossem derretidas e fundidas.

Esclareceu que embora as válvulas P13 fossem enviadas por inteiro às referidas empresas, apesar de inservíveis, o produto industrializado devolvido ao estabelecimento da PROGAS era apenas resultado da fundição, ou seja, o corpo das válvulas, conforme demonstram, por amostragem, as cópias anexas das NFs 5174, 5212 (emitidas em maio/2011 pela Sicap), 11378 e 11379 (emitidas em outubro/2011 pela Drava Metais).

Disse que as notas fiscais emitidas pela Sicap (Doc. 04-A – fls. 2880/2881), consta no campo natureza da operação a informação de que se tratava de “industrialização para outra empresa”. As notas fiscais emitidas pela Drava Metais (Doc. 04-B – fls. 2883/2884), foram preenchidas com as informações “industrialização efetuada para outra empresa” (NF 11378) e “retorno de mercadoria utiliz industrialização p/ encomenda” (NF 11379).

Afirmou que nestes casos inexistiu operação de aquisição de mercadorias com objetivo comercial, mas apenas o envio de sucata para processo de industrialização e o seu retorno ao estabelecimento do contribuinte, com a emissão e notas fiscais para documentar o retorno dos corpos de válvula P13 e o serviço de industrialização.

Na Informação Fiscal, o Autuado manteve a cobrança da antecipação parcial quanto a este item, sobre as notas fiscais emitidas pela Sicap Ltda. e Drava Ltda., com natureza de operação “INDUSTRIALIZAÇÃO EFETUADA PARA OUTRA EMPRESA”, esclarecendo que o Autuado enviou mercadorias que define como sucata, e após o processo de industrialização desenvolvido pelas empresas mencionadas, as mesmas retornam como mercadorias a serem comercializadas, sendo os valores constantes nos documentos fiscais aqueles cobrados pelas indústrias localizadas em outros Estados, cabendo o pagamento da antecipação parcial.

Observo que a explicação para a manutenção da cobrança do imposto em relação aos mencionados itens industrializados, é de que é devido o imposto, relativamente ao valor acrescido dos produtos industrializados que retornaram ao estabelecimento de origem, relativamente à subsequente saída das mesmas mercadorias ou dos produtos resultantes de sua industrialização, e não ficou comprovado nos autos que se tratava de insumos.

O Defendente alegou ainda que houve erro no levantamento fiscal, em razão da apuração incorreta do crédito fiscal de ICMS para fins de cálculo da antecipação parcial.

Citou o § 8º do art. 352-A e o art. 386, VII, “b” do RICMS-BA/97, alegando que o Autuante deixou de obedecer às determinações do RICMS-BA/97, tendo adotado de maneira indiscriminada, a regra geral prevista no caput do art. 352-A, aplicando a alíquota interna sobre o valor das notas fiscais e deduzindo apenas o valor do imposto destacado nos referidos documentos de aquisição, ao invés de calcular a antecipação parcial com base na diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Conforme art. 12-A da Lei 7.014/96, “nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

Portanto, a antecipação parcial do ICMS consiste na aplicação da alíquota interna sobre valor da operação interestadual constante na Nota Fiscal de aquisição, deduzindo-se o valor do imposto destacado no mencionado documento fiscal, não assistindo razão ao defendente, haja vista que a fórmula de cálculo adotada pelo Autuante está conforme estabelece o mencionado art. 12-A da Lei 7.014/96.

Em relação ao argumento defensivo de que em algumas notas fiscais o crédito indicado no levantamento fiscal foi zero (R\$ 0,00), o Autuante informou que se trata de empresa que apura o imposto por meio de conta corrente do ICMS com direito ao uso do crédito fiscal destacado no documento fiscal emitido pelo seu fornecedor. Dessa forma, foram concedidos nos demonstrativos os créditos ali destacados e não concedido o crédito para aqueles documentos que não apresentavam créditos fiscais, procedimento aplicado na forma da lei. Dessa forma, entendo que o Autuante efetuou os cálculos aplicando a previsão constante na Lei 7.014/96, já mencionada.

Também foi alegado nas razões defensivas, que constatou inconsistência no que diz respeito à NF 4011, referente ao mês de junho de 2010, porque embora o documento fiscal possua o valor de R\$ 19.404,00, somente foi abatida a título de crédito para fiscal de cálculo da antecipação parcial, a quantia de R\$ 247,96, o que é inferior à alíquota interna de 7% do Estado de origem, cuja aplicação geraria um crédito de R\$ 1.358,28.

Nos demonstrativos elaborados pelo Autuante constam os dados relativos ao valor da Nota Fiscal, as alíquotas, o crédito destacado na NF, o ICMS devido e o ICMS a recolher. Neste caso, em relação à NF 4011, foi consignado o crédito de R\$ 247,96, valor destacado no documento fiscal, comprovando-se que no levantamento foi deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, não assistindo razão ao Defendente.

O Autuado apresentou o entendimento de que a aplicação da multa de 60% carece de embasamento fático, afirmando que na prática, a falta de recolhimento da parcela do ICMS a título de antecipação parcial, não causa prejuízo de imediato ao Fisco.

O Contribuinte, ao apurar o imposto através do regime da conta-corrente fiscal e efetuar pagamento do saldo devedor encontrado, na data prevista na legislação, não anula a obrigação que se originou quando da entrada da mercadoria. Portanto, restando comprovado que é devido o imposto referente à antecipação parcial, na entrada das mercadorias neste Estado, e se o imposto não foi recolhido na forma prevista na legislação, deve ser exigido com aplicação da multa estabelecida no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

As multas e acréscimos tributários são decorrentes da autuação, e conforme estabelece o art. 39, V, “c” do RPAF/BA, o Auto de Infração deve conter a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária em que esteja tipificada a infração, com a multa correspondente. Portanto, considerando que o lançamento foi efetuado por falta de pagamento tempestivo do imposto, tal fato, implica exigência dos valores devidos com os acréscimos tributários.

A penalidade sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial encontra-se no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, que prevê aplicação da multa de 60% do valor do imposto não recolhido por antecipação, inclusive no caso de antecipação parcial.

Neste caso, a própria Lei 7.014/96, instituidora da obrigação tributária, estabelece a penalidade pelo descumprimento da obrigação principal, considerando que ao contrário do alegado pelo Defendente, foi constatado imposto não recolhido no prazo estabelecido pela legislação tributária, sendo efetuado o pagamento em outro momento.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que de acordo com o § 1º do mencionado art. 42 da Lei 7.014/96. “no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação,

inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”.

Portanto, não elide a imputação fiscal a alegação de que não houve prejuízo ao Tesouro Estadual, uma vez que houve descumprimento da legislação do ICMS, restando provado que o autuado não efetuou o recolhimento do imposto devido nos prazos regulamentares, caracterizando o prejuízo pelo não recolhimento tempestivo do tributo devido.

Vale salientar, que ao sujeito passivo cabe observar e cumprir as determinações previstas na legislação tributária, e não pode ser aceito que o contribuinte pretenda definir a forma de apurar e recolher o tributo devido.

Entendo que deve ser recolhido o débito na forma apurada no levantamento fiscal, haja vista que o defendente não comprovou o pagamento do imposto no prazo regulamentar, devendo ser excluído o valor referente ao compressor (bem do ativo imobilizado – NF 47849).

Dessa forma, o imposto referente ao mês 10/2009, fica reduzido para R\$ 2.407,52 (4.305,10 – 1.897,58). Consequentemente, a multa correspondente ao mencionado mês fica reduzida para R\$ 1.444,51, reduzindo o débito total desta infração para R\$ 95.184,98. Infração subsistente em parte.

**Infração 07:** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de novembro de 2009; janeiro a novembro de 2010; janeiro a dezembro de 2011. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 99.948,67.

O Defendente informou, que ao comparar o levantamento de notas fiscais do Autuante com o seu livro Registro de Entradas, observou que diversas notas fiscais relativas aos exercícios de 2010 e 2011 foram devidamente escrituradas, conforme mencionado na impugnação apresentada.

As notas fiscais registradas foram indicadas no demonstrativo Anexo III, as quais totalizam a quantia de R\$ 289.456,62. Aplicando-se a esta base de cálculo o percentual de 10%, relativo à multa combinada pelo Autuante, afirmou que deve ser deduzido do montante da Infração 07 o valor de R\$ 28.945,66.

À fl. 2957 do PAF, o Autuante informou que de fato as notas fiscais citadas no Anexo III apresentado pelo Contribuinte se encontram devidamente registradas, e dessa forma, os valores mensais ficam reduzidos, conforme demonstrativo que elaborou às fls. 2957/2958, o que atende aos argumentos defensivos.

No Tópico 2.1 da Manifestação apresentada, o Defendente ressaltou que diversas notas fiscais incluídas pelo Autuante em seu levantamento, dizem respeito ao retorno de corpos de válvulas P13 inservíveis, enviadas pelo contribuinte às empresas Sicap e Drava Metais para que, tendo em vista o seu avançado estado de degradação, pudessem ser submetidas a novo processo industrial de fundição.

Na informação fiscal, quanto ao pedido do Defendente para exclusão dessas notas fiscais de retorno de peças enviadas para industrialização, sob o argumento de não se tratar de mercadoria, o Autuante não concordou, afirmando que são mercadorias comercializadas pelo Autuado.

Não acato a alegação do defendente, considerando que ao determinar a necessidade de registro na escrita fiscal de toda e qualquer entrada de mercadoria no estabelecimento, a pretensão da legislação é de se manter os controles fiscais e o fluxo de mercadorias desde o ingresso, até a saída do estabelecimento. Neste caso, mesmo em relação a mercadorias não destinadas à comercialização, não se pode garantir um controle efetivo sem o necessário registro das entradas e saídas de mercadorias.

Em relação às aquisições de mercadorias, a legislação vigente à época (RICMS-BA97, art. 322), estabelece que a escrituração deve ser efetuada no Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias, bens ou serviços.

A legislação prevê a aplicação de multa calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, em relação a mercadorias sujeitas à tributação, bem como, mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96).

O Autuado ressaltou que a redação do inciso IX do art. 42 da Lei 7.014/96, foi modificada pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015, de maneira que o percentual da multa foi reduzido de 10% para 1%.

Citou o art. 106, II, “c” do Código Tributário Nacional, e considerando a superveniência da legislação mais benéfica ao contribuinte, e o fato de que ainda não houve sequer julgamento de primeira instância no presente feito, requereu a redução da multa combinada na Infração 07 de 10%, para 1%.

Quanto à falta de escrituração de notas fiscais correspondentes a mercadorias sujeitas à tributação, saliento que a partir da alteração do inciso IX do art. 42 da Lei 7.014/96, através da Lei 13.461, de 10/12/2015, publicada no DOE de 11/12/2015, o percentual de 10% da multa anteriormente estabelecido, foi reduzido para

1%.

Neste caso, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória, e com base na alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN, entendo que deve ser utilizado o percentual da multa 1%, aplicando-se a retroatividade benigna prevista no mencionado dispositivo legal. O débito apurado pelo Autuante às fls. 2957/2958 fica reduzido, conforme quadro abaixo. Mantida parcialmente a exigência fiscal:

DATA <i>DE</i> <b>OCORRÊNCIA</b>	DATA <i>DE</i> <b>VENCIMENTO</b>	BASE <b>CÁLCULO</b>	MULTA %	VALOR DO <b>DÉBITO</b> <b>R\$</b>
30/11/2009	09/12/2009	10.088,80	1%	100,88
28/02/2010	09/03/2010	3.337,67	1%	33,38
31/03/2010	09/04/2010	1.257,50	1%	12,58
30/04/2010	09/05/2010	4.988,19	1%	49,88
31/05/2010	09/06/2010	8.618,97	1%	86,19
30/06/2010	09/07/2010	33.148,02	1%	331,48
31/07/2010	09/08/2010	68.797,65	1%	687,98
31/08/2010	09/09/2010	40.359,60	1%	403,60
30/09/2010	09/10/2010	18.168,40	1%	181,68
31/10/2010	09/11/2010	83.806,96	1%	838,07
30/11/2010	09/12/2010	27.334,51	1%	273,35
31/01/2011	09/02/2011	54.528,99	1%	545,29
28/02/2011	09/03/2011	25.978,90	1%	259,79
31/03/2011	09/04/2011	4.800,44	1%	48,00
30/04/2011	09/05/2011	27.095,21	1%	270,95
31/05/2011	09/06/2011	71.527,06	1%	715,27
30/06/2011	09/07/2011	7.947,29	1%	79,47
31/07/2011	09/08/2011	95.764,84	1%	957,65
31/08/2011	09/09/2011	14.189,93	1%	141,90
30/09/2011	09/10/2011	12.980,95	1%	129,81
31/10/2011	09/11/2011	24.027,48	1%	240,27
30/11/2011	09/12/2011	27.225,62	1%	272,26
31/12/2011	09/01/2012	41.792,15	1%	417,92
<b>T O T A L</b>		-	-	<b>7.077,66</b>

*Infração 08: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro de 2009 a dezembro de 2011. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 392.519,00.*

*O Defendente alegou que embora as válvulas para botijões de gás de 13kg possuam custo unitário de R\$ 1,00, as NFs 78728 e 78729 foram equivocadamente preenchidas com o inverídico valor de R\$ 915,82. O mesmo vale para as notas fiscais 84395 e 84396 (Docs. 05-C e 05-B), referentes ao mês de maio de 2011, com o valor de R\$ 8.462.176,80.*

*Disse que deve ser corrigido o erro de interpretação do Autuante e que seja abatido do total da infração 08 o valor de R\$ 343.240,06, correspondente ao excesso da multa cometida sobre as notas fiscais nº 78728,78729, 84395 e 84396 (fls. 2886, 2888, 2890, 2891, respectivamente).*

*O Autuante apresentou o entendimento de que os documentos fiscais da Bahiana Distribuidora de Gás, na oportunidade em que foram emitidos não houve qualquer manifestação contrária aos valores ali destacados, não cabendo ao Autuante motivos ou razões para excluir os documentos citados e ignorar os valores ali consignados.*

*Observo que as operações mencionadas pelo Defendente foram realizadas com emissão de Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF 07/05).*

*A transmissão do arquivo digital da NF-e deverá ser efetuada via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia, com utilização de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pelo fisco, e a referida transmissão implica solicitação de concessão de Autorização de Uso da NF-e.*

*Após a concessão da Autorização de Uso, o emitente somente poderá alterar a NF-e para sanar erros que não estejam relacionados no § 1º-A do art. 7º do Conv. SINIEF S/Nº de 1970 (abaixo reproduzido), por meio de Carta de Correção Eletrônica - CC-e:*

*§ 1º-A Fica permitida a utilização de carta de correção, para regularização de erro ocorrido na emissão de documento fiscal, desde que o erro não esteja relacionado com:*

*I - as variáveis que determinam o valor do imposto tais como: base de cálculo, alíquota, diferença de preço, quantidade, valor da operação ou da prestação;*

*II - a correção de dados cadastrais que implique mudança do remetente ou do destinatário;*

*III - a data de emissão ou de saída.*

No caso em exame, não há como acatar o argumento defensivo para que sejam corrigidos os erros alegados nas Notas Fiscais 78728,78729, 84395 e 84396 (fls. 2886, 2888, 2890, 2891 do PAF). Os referidos documentos fiscais foram emitidos em março de 2011, inexistindo qualquer possibilidade de retificação ou de se desconsiderar os valores consignados nas referidas NF-e.

Em razão das circunstâncias alegadas, tendo o Defendente anexado cópias de outras notas fiscais emitidas pela Bahiana Distribuidora de Gás Ltda. nos meses de março e maio de 2011 para comprovar o valor de cada unidade de válvulas para botijões de gás de 13kg, corretamente preenchido como sendo de R\$ 1,00, o que se poderia decidir era pela redução da multa.

Entretanto, esta Junta de Julgamento fiscal não tem competência para redução ou cancelamento de multa por descumprimento de obrigação tributária.

O Autuado também alegou que houve erro no levantamento fiscal em relação às notas fiscais devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas. Apresentou a mesma argumentação do Tópico 4.1 referente à Infração 07 e disse que deve ser abatido do saldo remanescente da Infração 08, já considerando a exclusão das notas fiscais 78728,78729, 84395 e 84396, o valor de R\$ 28.590,92.

Quanto às notas fiscais registradas, na Informação Fiscal o Autuante revelou, que de fato as notas fiscais citadas no Anexo VI se encontram devidamente registradas, e dessa forma, os valores mensais ficam alterados de acordo com o demonstrativo que elaborou às fls. 2958/2960.

Considerando a exclusão das notas fiscais lançadas indevidamente como não registradas, informou que o débito da Infração 08 fica reduzido de R\$ 392.519,00 para R\$ 390.490,81.

Quanto ao erro alegado pelo Defendente, entre a soma dos valores dos documentos fiscais lançados no Anexo IV da manifestação e o total apurado pelo Autuante após a dedução das notas fiscais escrituradas, observo que a mencionada dedução foi realizada nota a nota, e não se constatou erro de soma no demonstrativo do Autuante.

O Autuado alegou ainda, que há necessidade de exclusão das notas fiscais de válvulas P13 para conserto por inadequação ao conceito de mercadoria, afirmando que diante da inexistência de finalidade de comércio das peças quando da sua entrada no estabelecimento Autuado, não se pode atribuir a tais bens a característica de mercadorias.

Comentou que a incompatibilidade com a noção de mercadoria também afeta as aquisições interestaduais de veículos para o ativo immobilizado da empresa, sendo estes bens, que ao adentrar o seu estabelecimento perderam a finalidade mercantil, razão pela qual, é indevida a sua inclusão na base de cálculo da infração, que tem por objeto mercadorias não tributáveis.

Conforme já mencionado neste voto, a legislação vigente à época (RICMS-BA97, art. 322), estabelece que a escrituração deve ser efetuada no Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias, bens ou serviços.

A legislação prevê a aplicação de multa de 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenha entrado no estabelecimento, ou que por ele tenha sido utilizado sem o devido registro na escrita fiscal (art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96). Portanto, não há como ser acatada a alegação defensiva quanto às válvulas P13 e aquisições de veículos para o ativo immobilizado.

A par dos argumentos ventilados anteriormente, o Impugnante alegou que as penalidades cominadas através das Infrações 07 e 08 revelam-se excessivas e desproporcionais, razão pela qual deverão ser canceladas, ou ao menos, ter os seus valores reduzidos.

Citou o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, e disse que não é possível afirmar, que na hipótese em comento o cumprimento da obrigação acessória de escrituração das notas fiscais culminou na ausência de recolhimento do ICMS.

Quanto à multa decorrente da autuação (Infrações 07 e 08), que foi objeto de contestação pelo Defendente, a sua aplicação é consequência do descumprimento de obrigações acessórias, e esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos:

INFRAÇÃO N°	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
-------------	-----------	---------	-------

01	PROCEDENTE	1.712,95	-
02	PROCEDENTE	3.447,40	-
03	PROCEDENTE	16.035,86	-
04	PROCEDENTE	2.475,16	-
05	IMPROCEDENTE	-	-
06	PROCEDENTE EM PARTE	-	95.184,98
07	PROCEDENTE EM PARTE	-	7.077,66
08	PROCEDENTE EM PARTE	-	390.490,81
<b>TOTAL</b>	-	<b>23.671,37</b>	<b>492.753,45</b>

Esta Junta de julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para a 2ª Câmara do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a” item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

A recorrente interpôs Recurso Voluntário aduzindo as seguintes teses de defesa em relação às infrações 06 e 08, como segue:

**DA IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 08 – DA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL.** Sinaliza que os débitos relativos às competências de março/2011 e maio/2011 possuem valores muito superiores aos outros meses, quais sejam de R\$ 177.115,34 e R\$ 170.893,23, respectivamente. Explica que tais valores decorrem das Notas Fiscais nºs 78728 e 78729, referentes ao mês de março/2011, as quais possuem o valor de R\$ 8.718.606,40 cada. O mesmo ocorre com as Notas Fiscais nºs 84395 e 84396, ambos referentes ao mês de maio de 2011, com o valor de R\$ 8.462.176,80 cada.

Contesta que os exorbitantes valores mencionados acima não refletem a realidade, uma vez que os documentos fiscais acima indicados possuem grave erro no preenchimento cometido unilateralmente por terceiro, ou seja, o emitente das aludidas notas fiscais.

Salienta que as Notas Fiscais nºs 78728, 78729, 84395 e 84396 foram emitidas para documentar a mera circulação de válvulas para botijões de gás de 13kg, enviadas à PROGÁS pela empresa BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA, a fim de que esta Recorrente promovesse a reparação das mesmas.

Aponta que a operação executada pela recorrente é uma mera prestação de serviço sujeita ao ISS. No entanto, embora as válvulas possuíssem o custo unitário de R\$ 1,00, as notas fiscais foram equivocadamente preenchidas inadequadamente com o desnorteado valor de R\$ 915,82.

Conclui que a falha no preenchimento das quatro notas fiscais criou uma grave distorção no valor da Infração 08, haja vista que apenas quatro documentos fiscais foram responsáveis por produzir uma insensata base de cálculo de R\$ 34.361.566,40, sobre a qual foi aplicada a multa de 1%, resultando na absurda quantia de R\$ 343.615,66.

Ressalta que anexou aos autos um imenso conjunto de provas documentais, as quais seguem relacionadas abaixo:

- 1) cópias de outras notas fiscais emitidas pela BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. nos meses de março/2011 e maio/2011, relativas à entrada, no estabelecimento da PROGÁS, do mesmo produto descrito nas Notas Fiscais nºs 78728, 78729, 84395 e 84396 (válvulas para botijão de gás remetidas para conserto), nas quais o valor de cada unidade foi corretamente preenchido como sendo de R\$ 1,00;
- 2) cópias de duas notas fiscais de saída, emitidas pela PROGÁS, com destino à BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. (meses de abril/2011 e maio/2011), referentes à devolução das referidas válvulas devidamente consertadas, cujo valor de cada unidade é exatamente R\$ 1,00;
- 3) cópias de notas fiscais de prestação de serviço de recuperação de válvulas, emitidas pela PROGÁS em face da BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. nos meses de janeiro/2011 a junho/2011, nas quais se verifica que o valor do serviço prestado variou entre R\$ 0,40 e R\$ 0,43, demonstrando a impossibilidade de se atribuir àquelas peças usadas e danificadas o valor unitário de R\$ 915,82;

- 4) cópias de notas fiscais de aquisição de válvulas novas para botijões de gás de 13kg, pela própria PROGÁS, relativas aos meses de março e maio de 2011, cujo valor de mercado, à época, sem qualquer uso, estava entre R\$ 5,50 e R\$ 6,00.
- 5) declaração (confissão expressa de reconhecimento de erro) emitida pela própria BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA e devidamente assinada pela representante da empresa. Por meio da referida declaração, a empresa emitente das Notas Fiscais nºs 78728, 78729, 84395 e 84396 confirmou que estes documentos foram preenchidos com erro técnico no valor unitário das válvulas P13 remetidas para conserto, por motivo de equívoco na identificação do código do produto, sendo registrada a cifra de R\$ 915,82, embora o valor correto fosse de R\$ 1,00 por unidade.

Repisa a recorrente que os documentos fiscais sinalizados acima dizem respeito a válvulas danificadas, inservíveis, as quais não são (ou foram) posteriormente comercializadas (não ocorre circulação econômica, mas mero trânsito pelo estabelecimento da empresa prestadora de serviço ora Recorrente para que sejam (ou fossem), se possível as condições, reparadas.

Justifica que somente tomou conhecimento do erro no valor das válvulas (decorrente de equívoco no preenchimento do código do produto) quando do recebimento da intimação do Auto de Infração, momento em que se surpreendeu com as surreais quantias cobradas através da Infração 08.

Invoca o princípio da verdade material. Diz que o órgão julgador de Primeira Instância fugiu ao enfrentamento da matéria fática e da aplicação da melhor interpretação sob o pretexto de inexistente incompetência formal.

Pugna por diligência. Afirma que qualquer Auditor Fiscal estranho ao feito, ou até mesmo algum dos integrantes da ASTEC/CONSEF, poderiam facilmente, de modo imparcial, confirmar que uma válvula de botijão de gás quebrada (usada, danificada, etc.) jamais poderia custar R\$ 915,82 em 2011, valor infinitamente superior a um botijão de gás de cozinha cheio, nos preços atuais, percepção que não demanda mais do que a utilização do bom senso.

Relata que este ilustre Conselho já teve a oportunidade de se valer dos princípios da verdade material e do informalismo para afastar a cobrança de ICMS contra contribuinte que utilizou código de receita incorreto na DMA (o qual não era passível de reconhecimento pelo sistema da Sefaz/BA), tendo este, inclusive, sido revel no processo administrativo fiscal.

Requer a insubsistência de multa decorrente do erro de fato no preenchimento das Notas Fiscais nºs 78728, 78729, 84395 e 84396 em discussão, eis que a base de cálculo está comprovadamente fora da realidade.

**DA NECESSIDADE DE JUSTIÇA FISCAL EM RELAÇÃO Á MULTA APLICADA EM VIRTUDE DO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.** No que diz respeito à multa aplicada através da Infração 08, cumpre demonstrar no presente tópico que a referida penalidade se revela excessiva e desproporcional, razão pela qual deverá, ao menos, ser mitigada em seus efeitos, especialmente financeiro e patrimonial.

Transcreve lição do eminentíssimo Min. Luiz Fux, adotando entendimento consagrado por Celso Antônio Bandeira de Mello, consignada no julgamento do REsp 728999/PR pelo Superior Tribunal de Justiça.

Salienta que não foi constatado dolo e sequer falta de recolhimento do ICMS. Ou seja, esclarece que a Fazenda Estadual não verificou qualquer irregularidade, por parte do contribuinte, no que diz respeito à apuração e ao pagamento do imposto em virtude da ausência de escrituração daquelas notas fiscais da Infração 08 em seu Livro Registro de Entradas.

Traz acórdãos do CONSEF em que foram concedidas reduções significativas das multas aplicadas. Aduz que embora o § 7º, do art. 42 da Lei nº 7014/96 que possibilitava a redução de penalidades, tenha sido retirado do mundo jurídico, tendo em vista que os excessos da fiscalização continuam

sendo praticados, deverá pelo princípio da justiça fiscal existir uma alternativa para mitigar os efeitos nocivos da multa em % sobre o valor com erro de fato, como presente no Acórdão ora rebatido.

Subsidiariamente entende que esta Câmara de Julgamento poderia substituir a multa exigida por uma penalidade fixa (Lei nº 7014/96, art. 42, XV, “d” e XXII), adequando-a ao contexto fático destes autos e à situação econômica da empresa.

**DA IMPERIOSA APLICABILIDADE DO CTN AO CASO CONCRETO, INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE EM FACE DE DÚVIDA QUANTO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS MATERIAIS DO FATO, À AUTORIA, À PUNIBILIDADE, E À GRADUAÇÃO DA PENA (ART. 112), BEM AINDA, DA OBRIGAÇÃO DA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA REVER SEUS PRÓPRIOS ATOS (ART. 149).** Pede, pois, utilização obrigatória do art. 112 do CTN aos fatos observados na Infração 08, considerando a flagrante e comprovada dúvida existente sobre às circunstâncias materiais do fato, à autoria, à punibilidade, e à graduação da pena.

#### **DA IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 06**

Explica que, segundo o acórdão recorrido, a Recorrente apresentou “Notas Fiscais de Prestação de Serviços, com a indicação dos serviços, sem informação de que os mencionados serviços foram realizados com fornecimento de peças”. No entanto, em momento algum foi alegado pela empresa que o serviço de reparação de válvulas era prestado com o fornecimento de peças.

Explica que o argumento defendido pela Recorrente em primeira instância, e reiterado no presente recurso, é de que itens como canos de cobre (Notas Fiscais nºs 32 e 38270), molas espirais (Notas Fiscais nºs 28, 50 e 82), tubos dryseale (Nota Fiscal nº 3273), porcas 3/8 (Notas Fiscais nºs 676, 882, 953) e fita veda rosca (Nota Fiscal nº 228), dentre outros, foram adquiridos pelo contribuinte para uso e consumo no seu estabelecimento, tendo sido empregados na execução dos serviços prestados e incluídos no valor da prestação de serviço.

Frisa que não houve prestação de serviços com fornecimento de peças, mas apenas prestação de serviços, o que reforça a tese de que tais notas fiscais não dizem respeito à compra de mercadorias com escopo comercial, tendo a Junta de Julgamento deixado de examinar adequadamente este argumento.

Quanto às notas fiscais emitidas por empresas como a SICAP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e a DRAVA METAIS LTDA., afirma que o Relator de piso menciona o argumento do Autuante, em sede de Informação Fiscal, no sentido de que, após o processo de derretimento das válvulas, “*as mesmas retornam como mercadorias a serem comercializadas*” e conclui que “*é devido o imposto [...] relativamente à subsequente saída das mesmas mercadorias ou dos produtos resultantes de sua industrialização, e não ficou comprovado nos autos que se tratava de insumos*”.

Contesta, aduzindo que referido fundamento consiste em indevida inversão do ônus probatório, considerando que, se o Autuante imputa à empresa a falta de recolhimento da antecipação parcial na aquisição de mercadorias “com fins de comercialização”, é a autoridade fiscal que precisa fazer prova de que os corpos de válvulas que retornavam ao estabelecimento da Recorrente eram realmente comercializados, e não a Recorrente que precisa provar que eram utilizados como insumos incluídos no preço da prestação de serviços.

Entende que se o Auditor Fiscal não foi capaz de demonstrar a finalidade comercial dos corpos de válvulas devolvidos ao estabelecimento da Recorrente (não foi mencionada uma nota fiscal de venda sequer), não se pode exigir da empresa a produção de provas para contrapor um argumento que carece do ínfimo indício de veracidade.

Requer sejam excluídas da base de cálculo da Infração 06 todas as notas fiscais (constantes dos Anexos I e II da Manifestação apresentada em janeiro de 2019) referentes as operações de compra de materiais para uso e consumo no estabelecimento do contribuinte, bem como de retorno de sucata remetida para industrialização.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, o advogado Dr. José Carlos Garcia Landeiro – OAB/BA nº 15.110, no qual exerceu seu direito de sustentação oral.

É o relatório.

## VOTO

O referido apelo foi interposto em face de ter a Decisão recorrida desonerado o sujeito passivo do débito originalmente exigido nas infrações 5, 6, 7 e 8 do presente lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Inicialmente cumpre mencionar que a empresa recorrida exerce a atividade comercial e prestação de serviços assistência técnica na área reparos de botijões de gás e vendas de produtos para instalações de fogões, e que, trata-se de empresa de pequeno porte devidamente cadastrada no Estado como Empresa de Pequeno Porte na Secretaria da Fazenda Estadual.

Quanto à infração 05, concluiu a Junta de Julgamento pela improcedência da autuação, no particular. Isto porque, e conforme mencionado pelo relator de piso, há dispositivo no nosso ordenamento legal que prevê a dispensa do recolhimento do ICMS- Diferença de Alíquotas para os contribuintes inscritos no cadastro da Sefaz como ME/EPP.

Assim, em consonância com o disposto no inciso V, do art. 7º do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos geradores, e considerando que o recorrido comprovou seu porte junto ao Cadastro da Sefaz, ratifico a decisão recorrida que julgou insubsistente a infração 05.

A infração 06 foi parcialmente reduzida pela decisão de piso e é, também, objeto o presente Recurso. Referida infração reclama ICMS-Antecipação Parcial, todavia, constatou o relator de piso para a indevida exigência da antecipação do ICMS em relação à aquisição de bem do ativo.

Isto porque, a antecipação parcial do ICMS está disciplinada pelo art. 12A da Lei nº 7.014/96 que assim dispõe:

*“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”(grifo meu)*

Ou seja, o bem adquirido (compressor, conforme Nota Fiscal nº 47849) não será objeto de comercialização, sendo indevida a exigência do ICMS, quando da sua entrada no estabelecimento.

Em razão da exclusão da referida nota fiscal, o imposto referente ao mês 10/2009 foi reduzido para R\$ 2.407,52 (4.305,10 – 1.897,58).

Dito isto, considerando que o valor reduzido reflete exatamente o valor do referido ativo fixos, correta, pois, a exclusão realizada pela decisão de piso. Corroboro, pois, com o entendimento proferido pela decisão de piso ao retificar o lançamento originalmente realizado pelo autuante, ajustado o valor exigido do período de apuração 10/2009, excluindo do lançamento fiscal a nota fiscal de aquisição de ativo imobilizado.

Em referência à infração 07, têm-se a exigência da multa de 10% sobre o valor das mercadorias adquiridas e supostamente não registradas na escrita fiscal (Livro Registro de Entradas) do contribuinte.

Todas as notas fiscais lançadas foram devidamente demonstradas pelo fiscal autuante, tendo sido aplicado a esta base de cálculo o percentual de 10%, relativo à multa cominada pelo Autuante.

Ocorre que a empresa recorrida identificou algumas notas que, apesar de constar presente no referido lançamento de ofício, foram, em verdade, devidamente registradas em seu Livro de Entrada.

À fl. 2957 do PAF, o Autuante confirmou referida informação e concordou com a retificação do lançamento. Os valores mensais foram reduzidos, conforme demonstrativo elaborado às fls.

2957/2958.

Ademais, em razão da alteração da redação do inciso IX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 que foi modificada pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015, considero assertivo o posicionamento da junta de julgamento ao aplicar a retroatividade benigna, reduzindo o percentual da multa para 1%, em atendimento ao art. 106, II, “c” do Código Tributário Nacional.

Por último, quanto à infração 08, a empresa recorrida, assim como realizado na infração 07, restou comprovado que o autuante laborou em erro ao considerar no levantamento fiscal notas fiscais devidamente escrituradas no seu livro Registro de Entradas.

Considerando que a redução foi respaldada em elementos probatórios acostados pela empresa recorrida e, em razão do reconhecimento tácito realizado pelo fiscal autuante, conlúo subsistente a redução procedida na infração 08, conforme demonstrativo acostado às fls. 2958/2960.

Comungo, pois, do entendimento esposado pelo Juízo de base e sinalizo que não há reparo para ser efetuado na decisão a quo.

Voto pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Apreciando, por sua vez, as razões do Recurso Voluntário, reconheço de logo a presença dos pressupostos gerais e específicos de recorribilidade, de modo que conheço do presente Recurso, passando a apreciá-lo, por ordem das razões de defesa, qual seja, obedecerei à inversão trazida pela recorrente em razão da relevância do valor exigido na infração 08, motivo pelo qual irei abordar as teses recursais na mesma ordem trazida pela recorrente.

Diz a recorrente que os documentos fiscais que embasam a infração 08 sinalizam para operações de remessas de válvulas P13 (utilizadas em botijões de gás de 13kg) para o estabelecimento da recorrente (PROGAS), com a finalidade de conserto.

Aduz a recorrente que o valor unitário das válvulas foi incorretamente preenchido com a inverídica cifra de R\$ 915,82, quando o real valor era de apenas R\$ 1,00.

Aponta a recorrente para as Notas Fiscais nºs 78728 e 78729, 84395 e 84396 (Demonstrativo anexado as folhas 456 a 2.422). Diz que o vício na emissão das quatro notas fiscais mencionadas acabou por criar uma grave distorção no valor da infração 08, haja vista que apenas quatro documentos fiscais foram responsáveis por produzir uma base de cálculo de R\$ 34.361.566,40 sobre a qual foi aplicada a multa de 1%, resultando na quantia de R\$ 343.615,66.

Acosta cópias de outras notas fiscais emitidas pela BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. nos meses de março e maio de 2011 para comprovar o valor de cada unidade de válvulas para botijões de gás de 13kg, corretamente preenchido como sendo de R\$ 1,00. Junta aos presentes autos a declaração emitida pela própria BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA., assinada por sua procuradora, atestando erro na emissão dos referidos documentos fiscais.

Sinaliza ainda que se trata de válvulas de botijões e que um botijão de gás de 13kg cheio não possui o preço descrito nos referidos documentos fiscais. Conclui ser impossível que uma simples válvula utilizada em conjunto com este produto seja comercializada em um valor tão discrepante da realidade.

Eis, em suma, os documentos que alicerçam as razões recursais do contribuinte, no tocante à infração em apreço: 1) cópias de outras notas fiscais emitidas pela BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. nos meses de março/2011 e maio/2011, relativas à entrada, no estabelecimento da PROGÁS, do mesmo produto descrito nas Notas Fiscais nºs 78728, 78729, 84395 e 84396 (válvulas para botijão de gás remetidas para conserto), nas quais o valor de cada unidade foi preenchido como sendo de R\$ 1,00; 2) cópias de duas notas fiscais de saída, emitidas pela PROGÁS, com destino à BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. (meses de abril/2011 e maio/2011), referentes à devolução das referidas válvulas consertadas pela recorrente, cujo valor de cada unidade é R\$ 1,00; 3) cópias de notas fiscais de prestação de serviço de recuperação de válvulas, emitidas pela PROGÁS em face da BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. nos meses de janeiro/2011 a

junho/2011, nas quais se verifica que o valor do serviço prestado variou entre R\$ 0,40 e R\$ 0,43; 4) cópias de notas fiscais de aquisição de válvulas novas para botijões de gás de 13kg, pela própria PROGÁS, relativas aos meses de março e maio de 2011, cujo valor de mercado da peça nova à época estava entre R\$ 5,50 e R\$ 6,00, 5) declaração (confissão expressa de reconhecimento de erro) emitida pela própria BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA e devidamente assinada pela representante da empresa.

Após uma acurada análise dos documentos acima referidos, concluo que a recorrente produziu satisfatoriamente elementos probantes que nos levam a concluir pela verossimilhança nas alegações de defesa.

Não obstante, ainda que os elementos probatórios indiquem para erro na emissão dos documentos fiscais, não se pode afastar o fato que se trata de documentos fiscais eletronicamente emitidos e assinados digitalmente pelo remetente, sem qualquer manifestação negativa (denegação ou rejeição) do destinatário ora recorrente. O fato é que os referidos documentos fiscais foram emitidos em março de 2011, existindo, nesta oportunidade de defesa, qualquer possibilidade de retificação ou de desconsideração dos valores consignados nas referidas NF-e.

Por certo que à época dos fatos geradores, haveria uma gama de procedimentos para sanar o lapso incorrido pelo remetente, desde o cancelamento imediato do referido documento fiscal, emissão de carta de correção eletrônica (CC-e), emissão de nota fiscal de substituição, todavia, até a presente data, nenhum dos procedimentos acima citados foi realizado, seja pelo remetente (BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA) seja pelo destinatário (PROGÁS).

Explica a recorrente que apenas tomou conhecimento da omissão nos registros, assim como para o suposto erro no valor das mercadorias expresso nos documentos fiscais, após ciência do presente Auto de Infração.

Por todo o exposto, requer a recorrente a improcedência da referida autuação ou, subsidiariamente, a redução da multa aplicada com fundamento no art. 42, §§ 5º e 7º da Lei nº 7.014/96.

Não acolho o pedido de improcedência suscitado pela recorrente, em razão de a infração restar devidamente comprovada ante ao descumprimento da obrigação acessória relativa à infração 08. Não obstante, em razão das provas trazidas quanto a insubsistência da base de cálculo utilizada pelo autuante e, diante da plausibilidade no argumento exposto, assim como em observância à jurisprudência deste Conseg, sinalizo para o acolhimento do pedido subsidiário de acolhimento da redução da multa exigida na referida infração.

Registre-se que a jurisprudência desta Câmara tem se consolidado no sentido de considerar válido a competência prevista no § 7º da Lei nº 7.014/96, para as hipóteses em que a recorrente tenha apresentado sua impugnação na vigência do referido dispositivo, conforme Parecer PROFIS-NCA, subscrito pelo Procurador do Estado da Bahia, Dr. José Augusto Martins Júnior que assim dispõe: *“a alteração promovida pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19, que revogou o § 7º, do art. 42 da Le nº 7014/96 e do art. 158 do RPAF, não pode afetar o direito subjetivo do contribuinte de ter resposta ao pleito formulado ao Estado antes da modificação da lei. A recusa da Administração Pública em responder um pleito do administrado fere o direito constitucional de petição. Assim vem se posicionando a jurisprudência: [...] Neste sentido, entendo que tendo sido feito o pleito de redução ou supressão da penalidade referente a descumprimento de obrigação acessória antes da alteração legislativa, remanesce o direito subjetivo do contribuinte de ter resposta ao seu pedido pela Administração Pública”*,

Isto posto, sinalizo que o presente processo se amolda ao posicionamento externado pela Procuradoria do Estado da Bahia, assim como às circunstâncias previstas no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996 vigente à época da apresentação da impugnação da autuada 27/01/2015.

É de se concluir, portanto, que a conduta omissiva da autuada não resultou em falta de pagamento de tributo, assim como prejuízo ao erário. Da análise dos demonstrativos elaborados

pelo autuante, assim como dos documentos fiscais lançados no presente Lançamento de Ofício, é possível concluir que são operações classificadas sob os CFOPs 5915- Remessa de mercadoria ou bem para conserto, operações com suspensão do imposto. Referida operação está amparada pela suspensão do ICMS, desde que o retorno ocorra no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, contado a partir da efetiva saída, vedada a sua prorrogação.

Não há nos autos prova efetiva da devolução das referidas peças enviadas para conserto. A recorrente acostou 2 notas fiscais do retorno simbólico, não obstante referidas devoluções não corresponderem às operações efetivamente lançadas no presente Auto de Infração.

Ocorre que, e ainda que não tenha havido a prova incontestável da devolução simbólica pela empresa recorrente dos bens remetidos à BAHIANA DE GÁS, por certo que o ônus do ICMS recairá à empresa remetente, caso este comprovado que a devolução não tenha ocorrido dentro do prazo acima sinalizado, devendo ainda ser observado a hipótese de não incidência, caso a saída destes bens integrados no ativo permanente tenham sido objeto de uso, no estabelecimento por mais de um ano, antes da desincorporação.

Com efeito, e não obstante o fato de que o valor da multa de 1% esteja previsto de forma objetiva e expressa na Lei nº 7.014/96, mas considerando: **i)** que o valor da multa no presente lançamento redundou em valor extremamente relevante e, **ii)** considerando para o fato do contribuinte ter comprovado que a prática omissiva (falta de registro de notas de entrada) não trouxe ou implicou em qualquer prejuízo ao erário estadual, **iii)** considerando que restou comprovado ausência de dolo ou fraude, **iv)** considerando os elementos probatórios trazidos aos autos sinalizando para erro na base de cálculo utilizada pelo autuante, em razão da ausência de balizas específicas acerca da relação proporcional entre o fato punível e o critério de redução a ser aplicável, proponho a redução de 90% do valor original da infração 08, me valendo da competência expressa do § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/1996 vigente à época da referida impugnação.

Pelo exposto o valor da infração 08 resta reduzido para R\$ 39.049,08 (10% de R\$ 390.490,81), considerando, inclusive, a redução previamente concedida pela decisão de piso, em relação às notas fiscais apresentadas pela recorrente em que foram comprovados os registros em seus livros fiscais, conforme se demonstra abaixo:

Ocorrência	VI. Histórico	VI. Julgado-JJF	VI. Julgado-CJF (10%)
02/2009	260,70	260,70	26,07
03/2009	367,85	367,85	36,79
04/2009	731,37	731,37	73,14
05/2009	1.064,69	1.064,69	106,47
06/2009	919,90	913,96	91,40
07/2009	560,41	560,41	56,04
08/2009	1.038,46	996,41	99,64
09/2009	1.066,96	1.059,50	105,95
10/2009	406,70	376,60	37,66
11/2009	164,55	157,85	15,78
12/2009	586,11	562,01	56,20
01/2010	634,31	632,72	63,27
02/2010	892,29	892,29	89,23
03/2010	1.075,51	1.075,51	107,55
04/2010	1.280,23	1.280,23	128,02
05/2010	1.117,64	1.113,16	111,32
06/2010	996,10	996,10	99,61
07/2010	1.510,56	1.448,77	144,88
08/2010	1.356,99	1.158,38	115,84
09/2010	1.861,49	1.649,06	164,91
10/2010	2.262,24	2.147,90	214,80
11/2010	2.728,25	2.697,65	269,76
12/2010	1.179,60	1.179,61	117,96
01/2011	1.365,60	1.349,93	134,99
02/2011	2.434,36	2.390,41	239,04

03/2011	177.115,34	176.710,73	17.671,07
04/2011	1.412,78	1.282,66	128,27
05/2011	170.893,23	170.765,09	17.076,51
06/2011	1.612,56	1.599,94	159,98
07/2011	2.764,30	2.772,68	277,27
08/2011	3.263,48	2.545,93	254,59
09/2011	1.833,97	1.893,58	189,36
10/2011	2.067,58	1.967,20	196,72
11/2011	1.662,46	1.541,04	154,10
12/2011	2.030,43	2.348,89	234,89
<b>Total</b>	<b>392.519,00</b>	<b>390.490,81</b>	<b>39.049,08</b>

Em referência à infração 06, explica a recorrente que itens como canos de cobre (Notas Fiscais nºs 32 e 38270), molas espirais (Notas Fiscais nºs 28, 50 e 82), tubos dryseale (Nota Fiscal nº 3273), porcas 3/8 (Notas Fiscais nºs 676, 882, 953) e fita veda rosca (Nota Fiscal nº 228), dentre outros, foram adquiridos pelo contribuinte para uso e consumo no seu estabelecimento, tendo sido empregados na execução dos serviços prestados e incluídos no valor da prestação de serviço.

Frisa a recorrente que não houve prestação de serviços com fornecimento de peças, mas apenas prestação de serviços, o que reforça a tese de que tais notas fiscais não dizem respeito à compra de mercadorias com escopo comercial, tendo a Junta de Julgamento deixado de examinar adequadamente este argumento.

Quanto às notas fiscais emitidas por empresas como a SICAP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e a DRAVA METAIS LTDA., requer a recorrente sejam excluídas da base de cálculo da Infração 06 todas as notas fiscais referentes as operações de compra de materiais para uso e consumo no estabelecimento do contribuinte, bem como de retorno de sucata remetida para industrialização.

Para referida alegação, sinaliza o autuante que as notas fiscais emitidas respectivamente pelas empresas SICAP LTDA e DRAVA LTDA, com natureza de operação: industrialização efetuada para outra empresa, foi exigida a antecipação parcial por concluir que são mercadorias que serão objeto de comercialização.

Diz o autuante que a autuada enviou peças de mercadorias que define em sua manifestação como sucata e após o processo de industrialização desenvolvidos pelas empresas acima, as mesmas retornam como mercadorias a serem comercializadas, sendo os valores constantes dos documentos fiscais aqueles cobrados pelas indústrias localizadas em outros estados, cabendo, portanto, o pagamento da antecipação parcial.

Ressalta o fiscal autuante que a empresa recorrente mantém contratos com grande maioria dos seus clientes onde oferecem a reposição de diversas mercadorias, que fogem da condição de materiais de uso no serviço.

Da análise dos argumentos acima mencionados, importante ressaltar que a empresa recorrente exerce a atividade comercial e prestação de serviços com assistência técnica na área reparos de botijões de gás e vendas de produtos para instalações de fogões.

Os itens acima mencionados, por mais que possam também ser usados na prestação dos serviços executados, podem, no mesmo sentido, ser objeto de comercialização, se observadas as atividades desempenhadas pelo autuado.

Ressalte-se que para os contribuintes que exercem atividade mista a antecipação parcial do imposto, nos termos do § 3º, do art. 352-A do RICMS-Ba, também serão consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por contribuinte que desenvolva atividade sujeita ao ICMS e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS (atividade comercial e da prestação de serviços, respectivamente).

Para afastar a incidência da referida antecipação parcial, far-se-ia necessário a prova inconteste que referidos itens foram, de fato, registrados em seu ativo imobilizado e ou uso e consumo, o

que não restou evidente.

Também não foi acostado aos autos provas de que referidas mercadorias teriam sido devidamente classificadas em sua escrita fiscal e contábil com a natureza suscitada de materiais de uso e consumo.

Quanto ao item “compressor”, em razão de ser um autêntico ativo fixo, este foi devidamente excluído pela decisão de piso, não sendo objeto do presente Recurso Voluntário.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Recurso Voluntário, mantendo inalterado o valor exigido pela decisão de piso quanto a infração 06 e reduzido a infração 08 para R\$ 39.049,08, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL. Assim, o montante do Auto de Infração é conforme o quadro abaixo:

INFR. Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE	1.712,95	0,00
02	PROCEDENTE	3.447,40	0,00
03	PROCEDENTE	16.035,86	0,00
04	PROCEDENTE	2.475,16	0,00
05	IMPROCEDENTE	0,00	0,00
06	PROCEDENTE EM PARTE	0,00	95.184,98
07	PROCEDENTE EM PARTE	0,00	7.077,66
08	PROCEDENTE EM PARTE	0,00	39.049,08
<b>TOTAL</b>		<b>23.671,37</b>	<b>141.311,72</b>

Este é o voto.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206892.1201/14-1, lavrado contra **PROGÁS COMÉRCIO E ASSISTÊNCIA TÉCNICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 23.671,37**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 21.196,21, e 70% sobre R\$ 2.475,16, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas: percentual no valor de **R\$ 95.184,98** e por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$ 46.126,74**, previstas, respectivamente, nos incisos II, “d” e IX da mesma Lei e Artigo, com os acréscimos moratórios, de acordo com o previsto na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS