

A. I. N° - 279464.0008/20-1
AUTUADO - BIRLA CARBON BRASIL LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO CARVAHO DE MATOS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/12/2022

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO JJF N° 0255-02/22-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Não comprovada a alegação defensiva de se referir a operações de retorno de mercadorias enviadas para industrialização e as mercadorias e bens constantes das notas fiscais se apresentam como itens de uso e consumo utilizados para reposição por desgastes em máquinas e equipamentos, sem direito a crédito fiscal pela aquisição. Infração subsistente. **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Alegação defensiva de se referir a notas fiscais complementares de aquisições não comprovada nos autos e as notas fiscais. Infração subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFAL. AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DESTINADOS AO USO/CONSUMO. Comprovado tratar-se de itens de uso e consumo utilizados pelo estabelecimento autuado e cálculo da exação efetuado na forma disposta em normativa específica. Infração subsistente. 3. LIVROS FISCAIS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEIS. Infrações reconhecidas, mas com valor reduzido mediante comprovação de escrituração de notas fiscais em períodos subsequentes em EFDs retificadoras enviadas antes do início da ação fiscal. Infrações parcialmente subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/09/2020, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 120.004,82, sob acusação do cometimento da seguinte infração:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. **Valor:** R\$ 4.633,84. **Período:** Março 2016. **Enquadramento legal:** Arts. 29, § 1º e 31, II e art. 53, III da Lei 7014/96. **Multa:** 60%, art. 42, VII, “a” da Lei 7014/96.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.40 – Uso indevido de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado

no(s) documento(s) fiscal(is). **Valor:** R\$ 1.239,75. **Período:** Janeiro e Março 2016. **Enquadramento legal:** Arts. 29 e 31, da Lei 7014/96 c/c art. 309, § 6º, do RICMS-BA. **Multa:** 60%, art. 42, VII, “a” da Lei 7014/96.

INFRAÇÃO 03 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento. **Valor:** R\$ 62.991,19. **Período:** Fevereiro, Março e Outubro 2016, Setembro a Dezembro 2017. **Enquadramento legal:** Arts. 4º, XV da Lei 7014/96 c/c art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS-BA. **Multa:** 60%, art. 42, II, “f” da Lei 7014/96.

INFRAÇÃO 04. 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de 1% sobre o valor das mercadorias. **Valor:** R\$ 29.669,06. **Período:** Janeiro 2016 a dezembro 2017. **Enquadramento legal:** Arts. 217 e 247, do RICMS-BA. **Multa:** 1%, art. 42, IX, “d” da Lei 7014/96.

INFRAÇÃO 05. 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (is) sem o devido registro na escrita fiscal. **Valor:** R\$ 21.470,98. **Período:** janeiro 2016 a dezembro 2017. **Enquadramento legal:** Arts. 217 e 247 do RICMS-BA/2012. **Multa:** Art. 42, XI da Lei 7.014/96.t

Em 04/12/2020, o autuado, apôs tempestiva defesa (fls. 92-113), via advogado legalmente constituído nos autos. Após sintetizar os fatos e reproduzir as infrações passa a tratar o mérito do Auto de Infração:

INFRAÇÃO 01

Conforme se verifica nas notas plotadas na defesa, diz tratar de operação de remessa de mercadoria para industrialização com suspensão de ICMS quando das remessas internas para tanto, conforme art. 280 do RICMS-BA/2012, transcreto.

Aduz que a suspensão também se aplica nas remessas e retornos de mercadorias ou bens para recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, desde que as mercadorias ou bens venham a ser destinados a posterior industrialização ou comercialização pelo autor da encomenda, nos termos do inciso II, do § 1º do art. 280 do RICMS-BA/2012, reproduzido.

Fala que a suspensão é condicionada ao retorno ao estabelecimento remetente no prazo de 180 dias, prorrogável até duas vezes por igual período, conforme os termos do inciso III, do § 1º do art. 280 do RICMS/BA.

Diz que por questão de logística, a empresa optou por destacar o imposto na nota fiscal de remessa (23322 e 23350) e retorno (448 e 449) e, apesar de não ter atentado para a legislação não houve prejuízo ao Erário, conduta que diz respaldada por jurisprudência do CONSEF, conforme ementa do Acórdão JJF N° 0250-03/15, bem como excertos doutrinários acerca do princípio da verdade material, de acordo com o art. 147, §§ 1º e 2º do CTN e Súmula n° 473 do STF, reproduzidos. Portanto, não há que falar em utilização indevida de crédito fiscal.

INFRAÇÃO 02

Fala que em 11/02/2016 a BRASKEM S/A emitiu a Nota Fiscal n° 159218 (Doc. 4), cuja venda era “Venda de energia elétrica para estabelecimento industrial”. Posteriormente, em 18/02/2016, emitiu a Nota Fiscal Complementar n° 159.575 (Doc. 04) indicando o fato no campo de “Informações Complementares”, ocorrendo o mesmo em 10/03/2016 quando a LIGNOTECH BRASIL emitiu a Nota Fiscal n° 1164 (Doc. 06), relativa a venda de mercadoria. Posteriormente, emitiu a Nota Fiscal n° 1167 em 11/03/2016 (Doc. 07).

Expressa que não se creditou indevidamente do ICMS, vez que escriturou o crédito válido e proveniente do destaque das notas fiscais principal e complementar, com base no art. 309, § 6º do RICMS-BA/2012, reproduzido, razão pela qual a autuação não procede.

INFRAÇÃO 03

Diz que os produtos objeto da exação são insumos indispensáveis no processo produtivo da empresa, não se sujeitando a ICMS-DIFAL. Ademais, diz, a apuração do ICMS-DIFAL prevista no RICMS-BA/2012 distorce a base de cálculo do imposto com efeito de confisco e “enriquecimento ilícito do Fisco”.

Reproduz o art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS-BA/2012 e demonstra o cálculo para uma hipotética operação de R\$ 100,00 para informar que num cálculo ICMS-DIFAL de 6% (18% - 12%) a diferença é R\$ 6,00, mas a apuração da SEFAZ seria R\$ 6,36, por incluir uma não autorizada inclusão do valor do imposto na sua base de cálculo, inclusive, contrariando o art. 13 da LC 87/96.

Fala que sobre o tema o CONFAZ editou o Convênio ICMS 152/2015 dizendo que a BC do ICMS interestadual e do diferencial “é única e corresponde ao valor da operação ou o preço do serviço”. Ademais, diz, a BC é matéria reservada à lei, a teor dos arts. 146, III, “a” da CF e 97, IV do CTN, não permitindo sua alteração mediante ato do poder executivo, conforme novos excertos doutrinários reproduzidos. Assim, se o lançamento for mantido, a cobrança será arbitrária e indevida.

INFRAÇÃO 04

Destaca que das notas fiscais objeto da autuação reconhece procedência relativa às notas fiscais indicadas no arquivo excel juntado à Defesa (Doc. 08), rechaçando as demais, pois grande parte da NFs foram escrituradas em períodos subsequentes aos considerados pelo fisco, a exemplo do DANFE nº 89883 que, embora emitido em 18/05/2016, foi escriturado em 01/08/2018 antes de qualquer procedimento fiscal, mas que na mídia indica todas as operações que foram escrituradas, conforme filtro “Lançamento Extemporâneo”.

Faz notar que são registros que a Administração Tributária tem pleno acesso e que dada à dificuldade para juntada da totalidade dos arquivos, pede diligência fiscal para confirmar o que informa, caso se entenda a insuficiência probatória dos elementos autuados.

INFRAÇÃO 05

Como na infração anterior, reconhece parte da exação e rechaça a penalidade sobre parte das notas, pois foram também escrituradas extemporaneamente antes da ação fiscal, tudo conforme indica nos arquivos que compõem o Doc. 08 – filtros “Providenciar o DAE do Auto de Infração” e “Lançamento Extemporâneo”.

SOLICITAÇÃO DE AFASTAMENTO/RELEVAÇÃO DAS PENALIDADES APLICADAS NA INFRAÇÕES 04 E 05

Disse que após digressão sobre o tema, reproduzindo o art. 158 do RPAF pede que as penalidades sejam afastadas ou reduzidas em face de sua boa-fé e princípio da razoabilidade.

MULTA APLICADA

Também, em item próprio, reproduzindo os arts. 42, II, “f” da Lei nº 7014/96 e 150, IV da CF, excertos de doutrina e jurisprudência a respeito, escreve sobre o caráter confiscatório e desproporcional da multa proposta.

PEDIDO

Conclui requerendo: **a)** realização de revisão (diligência) fiscal por preposto estranho ao feito; **b)** que o Auto de Infração seja julgado improcedente; **c)** que as intimações referentes ao PAF sejam encaminhadas aos patronos do contribuinte autuado.

O Autuante presta Informação Fiscal (fls. 149-169):

INFRAÇÃO 01

Após reproduzir as razões defensivas, preliminarmente esclarece que o critério para glosar o crédito dos itens escriturados no CIAP como itens do Ativo Imobilizado quando são itens de uso e

consumo foi a própria declaração da Autuada na escrituração digital enviada à SEFAZ/BA, cujo comprovante plota na Informação Fiscal. Informa que a Autuada se apropriou do crédito destacados nas NFs em desacordo com a legislação e que caso restem dúvidas, à fl. 74 se encontra cópia dos arquivos disponibilizados pela DITRI/SEFAZ e utilizados no procedimento fiscal, de modo que mantém a exação pela infração.

INFRAÇÃO 02

Diz que as Notas Fiscais nºs 159.575 e 1.167 indicadas pelo Impugnante como Docs. 05 e 07 NÃO CONSTAM dos arquivos magnéticos transmitidos à SEFAZ e usados no procedimento fiscal, o que pode ser constatado em consulta ao Anexo D da Infração 4 (fls. 35 – multa por falta de registro de NF no LRE) para ver que as NFs citadas ali foram lançadas. Pugna pela procedência.

INFRAÇÃO 03

Após reproduzir as razões defensivas, escreve:

1. Entender que os Demonstrativos C, C1 e C2 (fls. 19-23) demonstram de maneira clara e inequívoca a apuração da infração e a origem do débito que foi questionada de forma vaga;
2. Ressalta que utilizou na ação fiscal os arquivos transmitidos pela contribuinte autuada;
3. Não ter nada a comentar quanto à forma de cálculo estabelecida na legislação vigente.

Mantém a exação pela infração.

INFRAÇÕES 04 E 05 (multa por falta de registro de NFs no LRE)

Nada falando sobre a alegada escrituração extemporânea de parte das NFs, diz que os arquivos que lhe foram disponibilizados para fiscalizar compreendem o período 01/01/2017 a 28/02/2018 e que neles não há registros das NFs objeto da autuação.

Nas fls. 173/184, consta petição informando o reconhecimento parcial das infrações 04 e 05, como também comprovante da transação bancária, DAE do pagamento e extrato do SIGAT referente as imputações reconhecidas parcialmente.

À fl. 185 consta o seguinte pedido de diligência:

As Infrações 4 e 5 se referem a multa por falta de registros de NF-es no LRE contido da EFD.

Reconhecendo parte das exações (demonstrativo no CD de fl. 146), sem informar quando, diz que parte das NF-es objetos das infrações foram “escrituradas em períodos subsequentes àqueles considerados pela fiscalização”.

Por ocasião da Informação Fiscal, a Autoridade Fiscal autuante enfatiza que os arquivos que lhe foram disponibilizados para fiscalizar compreendem o período 01/01/2016 a 28/02/2018, nos quais as NF-es objeto da penalidade não constam registradas.

Assim, em privilégio do devido processo, ampla defesa e contraditório, bem como o disposto no art. 141 do RPAF (quando qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação), por unanimidade dos julgadores, esta 2ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para:

Autuante

- a) *Intimar o sujeito passivo para que no prazo de 10 (dez) dias prove documentalmente a alegação defensiva informando as datas em que registrou as NF-es e as EFDs periódicas transmitidas contendo os registros extemporâneos;*
- b) *Juntar aos autos nova mídia CD com os Anexos do AI;*
- c) *Caso o sujeito passivo comprove a alegação defensiva e os créditos extemporâneos*

sejam pertinentes, ajustar os valores das penalidades das Infrações 4 e 5, excluindo as eventuais NFs objeto das exações registradas antes do início da ação fiscal;

d) Produzir Informação Fiscal acerca da diligência.

Caso haja alteração no valor da exação, o sujeito passivo deverá ser notificado com entrega de cópia da Informação Fiscal e dos papéis de trabalho eventualmente produzidos.

Caso o sujeito passivo se manifeste, o Autuante deverá ser cientificado da manifestação.

Lembrando que sempre que houver alteração do valor da exação ou juntada de novos fatos ou documentos desconhecidos, a parte contrária deverá ser cientificada.

Concluída a diligência o PAF deverá ser retornado ao CONSEF para o prosseguimento processual.

Na conclusão da diligência solicitada, o autuante manifesta nas fls. 190-91, ressaltando que o período fiscalizado e objeto da autuação é de jan/2016 a dez/2017, no quais foram analisados, no entanto, foi também analisado os arquivos dos períodos jan/2018 a jul/2020. No atendimento da diligência e, de posse dos novos arquivos, foi refeito o roteiro de fiscalização de notas fiscais não escrituradas, referente às infrações 04 e 0, utilizando o programa SIAF e estendendo o período de análise para as notas fiscais não escrituradas originalmente, ressalvando que o início da ação fiscal ocorreu em 24/07/2020.

Destacou que os novos demonstrativos contendo a revisão estão nas fls. 192/2020 desse PAF. Apresenta quadro comparativo das referidas imputações, contendo os valores autuados originalmente, sendo considerados os arquivos magnéticos somente do período fiscalizados (jan/2016 a dez/2017) e, a nova análise, ou seja, considerando os arquivos entregues à SEFAZ referente ao período de jan/2016 a jul/2020.

Salientou que nas fls. 221-22, consta CD contendo as informações produzidas e revisadas por esta fiscalização.

Na fl. 226, consta petição da contribuinte, no qual apresentou os documentos comprobatórios dos registros extemporâneos das notas fiscais objeto das infrações 4 e 5, onde indicou as operações ainda não consideradas pela fiscalização. Pede pelo acolhimento.

O autuante ciente da manifestação do contribuinte, nas fls. 232-33, informa que foi atendido a solicitação da diligência, tendo novos demonstrativos de revisão (Anexo D, D1, E e E1). Assegura que todas as notas fiscais emitidas, escrituradas e informadas à SEFAZ até o final do mês de início dos trabalhos de fiscalização, a saber: julho de 2020, foram objeto de análise contempladas.

Presente na sessão de julgamento, o representante legal do sujeito passivo, Denis Costa Sampaio Sobrinho, OAB/BA 32078, concordando com os termos do relatório, informou somente acompanhar o julgamento do PAF.

É o relatório.

VOTO

Como acima relatado, contendo cinco infrações, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$ 120.004,82.

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 autuados (fls. 75 e 88), bem como do que se depreende das manifestações defensivas, 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, determinadas com segurança, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 05-74), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Quando necessárias para formar meu convencimento diligências fiscais foram deferidas e efetuadas, nada mais restando nesse sentido.

Como exposto no relatório, a Impugnação ao lançamento em juízo de revisão neste órgão administrativo judicante consiste em: a) Infração 01: Alegar que as operações são de remessa de mercadoria para industrialização e ainda que reconheça devam ocorrer com suspensão de incidência do ICMS, optou por destacar o imposto nas notas fiscais de saída; b) Infração 02: As notas fiscais 159218 e 1167, objeto da exação são notas fiscais complementares de fornecedores com destaque de ICMS; c) Infração 03: c.1) As mercadorias objeto da exação são insumos/material intermediário utilizados no processo produtivo da autuada; c.2) A forma de cálculo do ICMS DIFAL é inconstitucional por ter efeito de confisco e enriquecimento ilícito do Fisco; d) Infrações 04 e 05: Ainda que reconheça o cometimento parcial das infrações, alega que muitas das notas fiscais foram escrituradas em períodos subsequentes aos considerados pelo autuante, mas antes do início da ação fiscal; f) Caráter confiscatório das multas propostas no AI, razão pela qual pede cancelamento ou redução.

Não havendo preliminar a ser apreciada, passo ao mérito do Auto de Infração.

De pronto, observo tratar-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).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, ferramenta de auditoria de ICMS homologada pela SEFAZ, criado e desenvolvido por Auditores Fiscais da SEFAZ-BA, com apoio do Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia – IAF, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre do confronto dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

INFRAÇÃO 01 – 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Tem suporte probatório no demonstrativo analítico de fls. 09-10, onde as operações objeto da acusação fiscal constam detalhadas em Dta, UF, Série, NumDoc, ChvNfe, Item, Código, Descrição, NCM, AlíqOrig, AliqInt, VlBcIcms, VlCredAud, VlDifalAud.

Sem sentido lógico nem jurídico a alegação defensiva de que as operações objeto da exação seriam de remessa de mercadoria para industrialização e que ainda que reconheça devam ocorrer com suspensão de incidência do ICMS, optou por destacar o imposto nas notas fiscais de saída, senão vejamos:

A uma porque as mercadorias descritas no demonstrativo suporte (Junta Metaflex, Luva Aço Carbono, Red.Concentrica, Curva 90RL A/C, Estojo A-193, TE 90 A;C A-234, Curva 90 arl a-234, Válvulas, Falanges de Aço e Tubos) se apresentam como itens de uso e consumo utilizados para reposição por desgastes em máquinas e equipamentos, sem direito a crédito fiscal pela aquisição, conforme art. 29, § 1º, II e art. 53, III, da Lei 7014/96.

A dois, porque o critério utilizado para a glosa do crédito provém da própria escrita fiscal feita pelo autuado no CIAP, inadvertidamente como referentes a itens destinados ao Ativo Fixo do estabelecimento.

Infração subsistente.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.40 – Uso indevido de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is).

Refere-se às notas fiscais 159218 e 1164 detalhadas no demonstrativo suporte de fl. 16 e a alegação defensiva é que seriam notas de aquisição de fornecedores que, posteriormente, tiveram notas fiscais 159575 e 1167, complementares emitidas com destaque de crédito complementar, contudo isto não se encontra provado nos autos até porque as notas fiscais 159575 e 1167 não constam da EFD do contribuinte autuado e foram objeto da Infração 04 (Multa de 1% por entrada de mercadoria, bem ou serviço tomado sem registro do documento fiscal na EFD), como se vê no demonstrativo suporte original (fl. 35) e ajustados por diligência fiscal (fl. 193).

Infração subsistente.

INFRAÇÃO 03 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento.

Para essa infração as alegações defensivas são: a) As mercadorias objeto da exação são insumos/material intermediário utilizados no processo produtivo da autuada; b) A forma de cálculo do ICMS DIFAL é inconstitucional por configurar confisco e enriquecimento ilícito do Fisco.

Tem suporte probatório nos demonstrativos sintéticos e analíticos de fls. 19-33, onde, como os demais demonstrativos das outras infrações, listam e detalham as operações e correta forma em que se calculou a exação fiscal.

Da mesma maneira em que aprecie a Infração 01, também para essa infração as alegações defensivas são vazias de sentido lógico e jurídico, pois:

- a) As mercadorias descritas no demonstrativo suporte (Exemplos: Bicos, Conversores, Conexões plásticas, Injetores, Mangueiras, Aventais, Camisas, Adaptadores, Baterias, Lampadas, Reatores, Mochila, Pipetas volumétricas, Cabos extensores, Cabos para Notebooks, etc.) se apresentam como itens de uso e consumo utilizados para reposição por desgastes em máquinas e equipamentos, sujeitos, portanto, ao ICMS DIFAL, nos termos do art. 4º, XV, da Lei 7014/96, c/c art. 305, § 4º, III, “a”, do RICMS-BA;
- b) A penalidade proposta é a prevista na legislação para sancionar o cometimento da infração constatada e provada nos autos.

Infração subsistente.

INFRAÇÕES 04 e 05 (16.01.01 e 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos e não sujeitos a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal).

Têm suporte original nos demonstrativos de fls. 35-71, relacionando as notas fiscais que não constavam escrituradas na EFD que serviu de base para a auditoria e exação original.

Ainda que reconheça o cometimento parcial das infrações, o Impugnante alegou que muitas das notas fiscais foram escrituradas em períodos subsequentes aos considerados pelo autuante, mas

antes do início da ação fiscal. Isto motivou a diligência pedida à fl. 185, tendo por resultado a Informação Fiscal de fls. 190 que, tomando por base EFDs retificadoras com valor jurídico, relativas ao período janeiro 2016 a julho 2020, exclui-se notas fiscais que foram escrituradas em períodos subsequentes, mas antes do início da ação fiscal (24/07/2020), ajustando a exação pela Infração 04 de R\$ 29.669,06 para R\$ 13.835,69 e pela Infração 05 de R\$ 21.470,98 para R\$ 13.084,31, conforme demonstrativos refeitos aportados aos autos (fls. 193-218), com entrega de cópia ao contribuinte autuado, tanto da Informação Fiscal como dos demonstrativos suportes ajustados, conforme documentos de fls. 223-224.

Quando intimado para conhecer o ajuste procedido por conta da diligência o sujeito passivo se manifestou à fl. 226 dizendo ainda restarem notas fiscais registradas extemporaneamente, mas não consideradas pela Fiscalização, conforme demonstrativo em mídia magnética, inclusive contendo EFD, que aportou aos autos, as marcando na cor verde. Ocorre que, todas essas marcações se referem a registros posteriores ao início da ação fiscal e não podem ser consideradas (RICMS-BA: Art. 251, § 2º).

Assim, acolhendo o ajuste efetuado, tenho as infrações 04 e 05, como parcialmente procedentes.

Matéria de inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma vigente não pode ser apreciada em fórum administrativo (RPAF: Art. 167) e por falta de previsão legal para tanto, o pedido de cancelamento ou redução das multas propostas e legalmente previstas para as infrações, fica prejudicado.

As intimações acerca do PAF devem seguir as determinações regulamentares, mas nada impede que também sejam direcionadas à representante legal do sujeito passivo, especialmente se cadastrada no DT-e.

Ante ao 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 279464.0008/20-1, lavrado contra **BIRLA CARBON BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 68.864,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 26.920,00**, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2022

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS - JULGADOR

JOSE CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR