

**PROCESSO** - A. I. N° 293575.1207/05-6  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CHECON DISTRIBUIDORA E TRANSPORTADORA LTDA.  
**RECORRIDOS** - CHECON DISTRIBUIDORA E TRANSPORTADORA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0402-03/06  
**ORIGEM** - INFRAZ EUNÁPOLIS  
**INTERNET** - 16/12/2009

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0354-12/09

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL. Infração não caracterizada. Configurado o descumprimento de obrigação acessória. Aplicada a multa prevista no artigo 42, XX, “a”, da Lei nº 7.014/96. **b)** ESTORNO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Excluído da exigência fiscal os valores relativos a aquisições de veículos usados, sobre os quais não há incidência do ICMS a título de diferença de alíquota. Infração parcialmente subsistente. Reduzido o valor do débito. Modificada a Decisão recorrida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração parcialmente subsistente. Reduzido o valor do débito. 4. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS, REGISTRO DE ENTRADAS, DMA E OS ARQUIVOS DO SINTEGRA. MULTA. Item Nulo. A infração imputada não contém elementos para se determinar com segurança o ilícito fiscal indicado. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0402-03/06, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/2005, exigiu ICMS no valor total de R\$ 153.335,92, com aplicação da multa de 60%, e penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 15.006,47, pelas irregularidades abaixo descritas:

INFRAÇÃO 1- Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Total do débito R\$ 48.746,58, com aplicação da multa de 60%.

INFRAÇÃO 2- Efetuou estorno de débito de ICMS, em desacordo com a legislação deste imposto. Total do débito R\$52.368,79, com aplicação da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3- Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas, internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Total do débito R\$ 35.368,22, com aplicação da multa de 60%.

INFRAÇÃO 4- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Total do débito: R\$ 16.852,33, com aplicação da multa de 60%.

INFRAÇÃO 5- Divergência entre os dados informados nos arquivos do SINTEGRA e os dados constantes nos livros Registro de Entradas, Registro de Apuração do ICMS e DMA's, sendo aplicada a multa de 5% sobre o valor das mercadorias. Total do débito R\$ 15.006,47.

No Recurso interposto a empresa se insurge contra as infrações apontadas como 2 e 3 do Auto de Infração, o que restringe o campo da lide quanto a este Recurso. E, quanto ao Recurso de Ofício, toda a matéria pertinente ao Auto de Infração foi devolvida a esta 2<sup>a</sup> Instância, com exceção da infração 02.

Em sua impugnação inicial, o autuado protestou contra a exigência de ICMS relativa à infração 1, acostando aos autos notas fiscais referentes à utilização de crédito fiscal do ICMS, no valor de R\$48.746,58 e informando que elas encontram-se registradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias nº 13. Quanto à infração 02, disse que foram transferências de ativo fixo da matriz para a filial. No que tange à infração 03, pediu revisão em razão do valor apurado pelo autuante não ter considerado recolhimentos efetuados. Em relação à infração 04, declarou, de igual forma, não terem sido considerados recolhimentos efetuados. Discriminando as mercadorias autuadas, elaborou demonstrativo apresentando valor de R\$265,04 a ser exigido.

O autuante, por sua vez, informou que o defendanté é empresa distribuidora de bebidas, com ênfase na marca SCHINCAROL, possuindo créditos fiscais acumulados de alta monta, fato incomum neste segmento. Em seguida, reportou-se à infração 1. Observou que das cópias das notas fiscais acostadas à peça defensiva constatou-se que as aquisições objetivaram o ativo imobilizado (caixas plásticas, divisórias, balcões, garrafas, refrigerantes, luminárias, portagarrafas) da empresa, inclusive tal fato, consta na maioria das notas fiscais apresentadas. Afirmando que tais aquisições devem ser escrituradas no livro CIAP, e permitem o crédito fiscal à razão de 1/48 avos por mês, pois parcela das aludidas notas fiscais é oriunda de outros Estados, cabendo neste caso, a exigência do diferencial de alíquotas, elaborou nova planilha da diferença de alíquotas correspondente ao exercício de 2005, com a inclusão das referidas notas fiscais (fl. 14) e mantendo integralmente este item do Auto de Infração. Com relação à infração 02, argüiu que caso ficasse comprovado que as operações se trataram de transferências de ativo, o ICMS é suspenso e não deve ser destacado no documento fiscal, logo, não há que se falar em estorno de débito. Com relação à infração 3, afirmou não assistir razão ao autuado, tendo em vista que a planilha elaborada levou em consideração os valores recolhidos (fls. 12/14), sendo consolidada mensalmente. No que tange à infração 04, reconheceu que alguns documentos de arrecadação apresentados pelo impugnante não foram considerados e, por isso, refez a planilha (fl.15), reduzindo o valor reclamado.

O autuado contestou a informação fiscal (fls. 71/74), dizendo que, com relação à infração 1, as notas fiscais apresentadas se referiam às aquisições de mercadorias para comercialização, pois de acordo com o seu objeto social, elas fazem parte das suas atividades comerciais. No que tange à infração 02, disse que adquiriu, ao longo de suas atividades, bens que foram incorporados ao ativo fixo, e que somente a partir de 01/01/2005 passou a adquirir caixas plásticas, garrafas,

refrigeradores, portas garrafas, mesas para comercialização. Assim, as transferências de ativo fixo da matriz para a filial foram aquisições anteriores à data mencionada, sendo que, mesmo destacando o ICMS nas notas fiscais de transferências, não utilizou o crédito e o débito do imposto, conforme livro Registro de Apuração do ICMS. Concernente à infração 3, voltou a declarar que os recolhimentos efetuados não foram considerados. Esclareceu, ainda, que o autuante incluiu no seu levantamento fiscal, aquisições de bens para o ativo imobilizado (caminhões usados), como também, veículo novo com alíquota diferenciada de 12%. Salientou ser possuidor de saldo credor de ICMS nos referidos meses, e não apurou ICMS a recolher. Quanto à infração 04, aduziu que acostou cópias dos recolhimentos efetuados e que mesmo assim não foram considerados pela fiscalização. Conclui, requerendo a procedência parcial do Auto de Infração.

A 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal converteu o PAF em diligência à ASTEC, para que o diligente visando esclarecer as infrações 1, 3 e 4, adotasse as seguintes providências:

INFRAÇÃO 1- Verificasse se o autuado comercializa os produtos objeto da exigência fiscal.

INFRAÇÃO 3 - Intimasse ao impugnante para apresentar os documentos relativos aos recolhimentos efetuados, segundo suas alegações defensivas, como também, as notas fiscais correspondentes à aquisição de veículo usado e veículo novo (tributado pela alíquota de 12%). Verificasse se procedia a alegação do defendant de que o autuante não considerou os recolhimentos efetuados (fls. 12/14). Em caso positivo, elaborasse novo demonstrativo de débito.

INFRAÇÃO 4 - Solicitasse os documentos originais relativos aos valores recolhidos a título de antecipação tributária (Notas fiscais e DAEs). Analisasse se foram deduzidos no Auto de Infração os valores efetivamente recolhidos pelo autuado, conforme suas alegações à folha 72. Em caso negativo, elaborasse novo demonstrativo de débito, excluindo os valores indevidamente exigidos.

Foi dado prazo de 10 dias para que, querendo, a empresa se pronunciasse a respeito da diligência solicitada.

Através do Parecer ASTEC 0173/2006 (fls. 100/104), o diligente informou, quanto à infração 1, que as notas fiscais referiam-se às aquisições de garrafas, caixas plásticas, refrigeradores, guarda-sol, porta garrafas e mesas e que não localizou documentos que comprovassem a comercialização destes produtos. Concernente à infração 03, informou que as notas fiscais relativas à aquisição de veículos, de nº 19.742, emitida em 18/10/2004 no valor de R\$ 236.039,00 e a de nº 104.514, emitida em 27/10/2004 no valor de R\$ 62.010,00 (fls. 105/106), foram consideradas pelo autuante com alíquota interna de 17%, e o autuado sustenta que a alíquota a ser aplicada deveria ser de 12%, com o valor da diferença de alíquotas de R\$ 14.902,45. Salientou que entendendo o julgador de que deva haver retificação no demonstrativo elaborado pelo autuante, o valor do débito referente ao mês de outubro de 2004 seria reduzido para R\$1.319,37. Com relação à infração 04, aduziu que os documentos originais referentes aos recolhimentos da antecipação tributária estavam de acordo com cópias apresentadas pelo autuado. Confirmou que os valores relativos à esta infração foram deduzidos pelo fiscal autuante conforme demonstrativo à fl. 65, entretanto houve equívoco no cálculo do imposto devido na aquisição de aguardente correspondente às Notas Fiscais de nºs 3871, 8793, 53.987, 48475, 49.620 e 361.334 (fls. 78, 82, 94, 87, 91, 93), cuja alíquota imputada de 25%, contraria disposições legais que atribuem a esta mercadoria a alíquota de 17%. Acrescentou que também não foi considerada a redução da base de cálculo em 30%, prevista no artigo 87, XXVI, do RICMS-BA, a partir de 04/11/2004. Elaborou novo demonstrativo de débito (fl. 104), concluindo que a infração 04 deveria ser reduzida para R\$1.230,42. Concluiu elaborando novos demonstrativos (fl. 103), mantendo os valores da infração 01, reduzindo o valor da infração 03 para R\$20.465,77, como também da infração 04 para R\$1.230,42.

O autuado, intempestivamente, interpôs impugnação contra a infração 5 (fl. 102/113), apresentando cópias das DMAs do período de 01/2005 a 12/2005, bem como do livro Registro de Apuração do ICMS. Entendeu não proceder a imputação fiscal, uma vez que as DMAs estavam de acordo com os livros fiscais.

Manifestando-se em relação ao Parecer ASTEC 0173/2006 (fls. 153/154), reafirmou que as notas fiscais encontravam-se registrado no livro Registro de Entradas de Mercadorias nº 13 e foram adquiridas para comercialização. Quanto à infração 03, disse concordar parcialmente com o diligente relativamente aos meses de janeiro/04 a outubro/04 e junho/05 e julho/05. Entretanto com relação ao item correspondente ao mês de novembro/04, no valor de R\$14.544,05, afirmou que se tratou de aquisição de bem para o ativo imobilizado com mais de um ano de uso, portanto, isento do imposto, nos termos do artigo 6º, VIII e 7º, III, “a” do RICMS-BA. Declarou reconhecer o valor do débito de R\$ 5.921,72, com a ressalva que estes valores estavam lançados a débito no livro de apuração do ICMS, e, por conseguinte, não era objeto de infração. No que tange à infração 04, reconheceu o débito no valor de R\$1.230,42, constante no demonstrativo elaborado pela diligente, e requereu o crédito de R\$247,86, relativo a R\$12,67 no mês 12/2004 e R\$235,19 referente ao mês 06/2005, consequentemente o débito passava a ser de R\$982,56.

A 3ª JJF prolatou a seguinte Decisão.

*INFRAÇÃO 1 - o autuante agiu corretamente quando exigiu o imposto por utilização indevida de créditos fiscais à época da fiscalização, tendo em vista que o autuado não as apresentou apesar de intimado. Todavia, quando da impugnação o impugnante acostou aos autos as notas fiscais correspondentes aos créditos fiscais utilizados, por conseguinte, o fulcro da autuação restou prejudicado e a infração imputada não está caracterizada. No caso de comprovação de que as aquisições das mercadorias (caixas plásticas, divisórias, balcões, garrafas, refrigerantes, luminárias, porta-garrafas), são destinadas ao ativo imobilizado, deverá ser escriturado o livro CIAP, e o sujeito passivo terá direito ao aproveitamento dos referidos créditos fiscais, na proporção de 1/48 avos. No caso em apreço, entendo que deve ser aplicada a multa de R\$ 90,00, prevista no artigo 42, XX, “a”, e represento à autoridade competente para renovar o procedimento fiscal, para verificação de créditos fiscais utilizados indevidamente.*

*INFRAÇÃO 2 - constato que nos termos do disposto no artigo 112 do RICMS-BA, o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal, e o § 4º do mencionado diploma legal, preleciona que o débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não admissível o estorno ou anulação, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no RPAF. Ademais a escrituração fiscal do estorno ou anulação de débito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será “Estorno de Débito”. Portanto, julgo procedente este item do Auto de Infração, tendo em vista que o impugnante procedeu ao estorno de débito fiscal, descumprindo mandamento legal.*

*INFRAÇÃO 3 - acolho o relatório elaborado pela diligente da ASTEC através do Parecer ASTEC nº 0173/2006, com relação às notas fiscais de aquisição de veículos, de nº 19.742, emitida em 18/10/2004 no valor de R\$ 236.039,00 e a de nº 104.514, emitida em 27/10/2004 no valor de R\$ 62.010,00 (fls. 105/106), que foram consideradas pelo autuante pela alíquota interna de 17%, e a alíquota a ser aplicada deveria ser de 12%, consequentemente, o valor da diferença de alíquotas seria de R\$ 14.902,45. Por conseguinte, julgo parcialmente procedente a infração imputada relativa a este item do Auto de Infração, devendo ser reduzido o valor do débito para R\$20.465,77, conforme demonstrativo à folha 103.*

*INFRAÇÃO 4 - acato o relatório elaborado pela diligente da ASTEC através do Parecer ASTEC nº 0173/2006, tendo em vista que a redução da base de cálculo no percentual de 30%, prevista para bebidas alcoólicas nas aquisições feitas diretamente de indústria ou importadas do exterior, passou a ter vigência a partir de 05/11/2004, No que tange a aplicação da alíquota de 17% para aguardentes, concordo com o referido Parecer, uma vez que obedece dispositivo regulamentar previsto no art. 51, II, “b”, do RICMS-BA. Com relação ao pedido de crédito fiscal no valor de R\$247,86, no caso de recolhimentos efetuados a mais, a restituição de indébito deverá ser feita através de petição dirigida à Inspetoria Fazendária da sua circunscrição fiscal. Ante o exposto, considero parcialmente procedente a infração 04 devendo ser reduzido o débito fiscal para R\$1.230,42, conforme demonstrativo à folha 102 valor este acatado pelo autuante (fl. 153).*

*INFRAÇÃO 5 - apesar da peça defensiva relativa a este item, ter sido interposta fora do prazo previsto no RPAF, sendo apresentada após a elaboração do relatório da diligência realizada*

*pela ASTEC, em face do princípio da informalidade e da verdade material previstos no seu artigo 2º, que regem o julgamento do processo administrativo fiscal, passarei a analisá-la. Consultando aos autos, verifico que a acusação fiscal se refere a divergência entre os dados informados nos arquivos do SINTEGRA e os dados constantes nos livros Registro de Entradas, Registro de Apuração do ICMS e DMAs. Todavia, a multa aplicada insculpida no art. 42 XIII-A corresponde a 5 % (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes. Entendo que a fundamentação da multa aplicada não guarda coerência com o dispositivo legal citado pelo autuante, uma vez que a divergência prevista se refere a documentos fiscais. Ademais o artigo 708-B do RICMS-BA, preleciona que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contado da data do recebimento da intimação e deverá ser intimado para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, sendo fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas. A partir da intimação, o autuado terá o prazo de 30 dias, para corrigir o arquivo magnético apresentado com inconsistência. Por conseguinte, considero nula a infração imputada por falta de certeza e segurança quanto à infração exigida, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração no lançamento de ofício, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo de falhas e incorreções, nos termos do artigo 21 do RPAF.*

Diante destas razões o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JJF no que concerne às infrações 02 e 03, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 173/175).

INFRAÇÃO 2 - em relação ao mês de agosto de 2004, os estornos se referiam à emissão de notas fiscais de devolução de mercadorias (CFOP 111), devolução de empréstimo (CFOP 5.909) e outras saídas (CFOP 5949), nos valores de R\$307,14, R\$412,15 e R\$8.907,90 respectivamente. Por problema do sistema de emissão de nota fiscal, estas operações foram tributadas. O estorno, a elas se refere. Nos meses de novembro e dezembro de 2004, houve a emissão de notas fiscais de transferências do ativo fixo da matriz para a filial, destacando indevidamente o imposto. Assim, tendo lançado a débito o imposto destacado nas referidas notas fiscais, procedeu ao estorno lançando a crédito, conforme Livro Registro de Apuração do ICMS. Destaca, ainda, que não houve prejuízo ao fisco já que o mesmo não era devido, bem como não houve utilização do crédito pela filial, conforme demonstrado no Livro Registro de Apuração do ICMS.

INFRAÇÃO 3 – relativamente ao mês de novembro de 2004 questiona os valores de R\$72.720,48 e R\$72.720,00, referentes às Notas Fiscais nºs 925.228 e 925.239, pois aquisições de veículos usados de outra unidade da Federação. Afirma que o art. 72, I do RICMS/BA dispõe que quando determinada operação for tributada com redução da base de cálculo, na apuração da diferença de alíquota deve ser aplicado o mesmo percentual de redução. Desse modo, como a redução foi de 100% (art. 76, § 4º do RICMS/BA) este percentual deve ser aplicado também para efeito de apuração da diferença de alíquota, não resultando a imposto a ser recolhido. E, em relação ao valor restante de R\$5.921,72, no mês de sua ocorrência era possuidor de crédito tributário, portanto não haveria motivo para o seu recolhimento, conforme demonstrado no Livro Registro de Apuração do ICMS.

Solicita a improcedência dos referidos itens da autuação.

Em sua manifestação, exarada pela Dra. Maria Dulce Baleiro Costa (fls. 221/222), a PGE/Profis, observa, em relação à infração, que as Notas Fiscais de nºs 925228 e 925239 se referem a aquisições interestaduais de automóveis usados, o que leva à redução da base de cálculo da operação, redução esta aplicada, de igual forma, ao diferencial de alíquota, nos termos do art 72, I e art 76, § 4º, do RICMS/BA, que transcreveu. Ressalta que esta matéria já foi tratada pela SEFAZ que exarou Parecer nº 14029/2006 da SAT/DITRI (fls. 217/218), acostado aos autos. Entende que tais notas fiscais devem ser excluídas da autuação.

Quanto à infração 2, o recorrente apresentou novas explicações para o débito do imposto, anexando cópias dos LRAICMS. Por ser matéria eminentemente fática e como não foi objeto de análise da ASTEC, entendeu que os autos deveriam ser encaminhados em diligencia para que fossem apreciadas as provas e alegações produzidas

Acatando a solicitação da PGE/PROFIS, esta 2<sup>a</sup> CJF encaminhou o processo à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito analisasse os novos documentos apresentados e elaborasse, caso necessário, novo demonstrativo de débito relativo à infração 2 (fl. 227).

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 029/2008, o diligente fiscal informou, inicialmente, que fez contato com o contribuinte inteirando-o do trabalho, da necessidade da presteza nas informações, intimando-o para apresentação de documentos fiscais, livros e demais papéis, planilhas etc. utilizados na instrução dos trabalhos. Ainda solicitou que durante as discussões e análise das divergências, pudessem estar presentes pessoas envolvidas no processo, tais como o responsável legal pelo estabelecimento, contadores, advogados, possibilitando a pronta apuração dos pontos controversos.

Que após análise da documentação exibida e visita IN LOCO, discussão com seu Administrador, objetivando os esclarecimentos das dúvidas que deram origem a presente diligência fiscal, observou que a simples anexação de cópia do Livro de Registro e Apuração de ICMS não tem o condão de justificar a regularidade dos estornos ou anulação de débitos, cuja escrituração fiscal deve ser feito mediante emissão de documento fiscal válido, a teor do art. 113, RICMS/ BA.

E, com relação ao estorno procedido no mês de agosto de 2004 (R\$12.017,47), o mesmo consta do Livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 233), na DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) do mês respectivo (fls. 237), e, segundo a impugnante, refere-se à emissão de notas fiscais de devolução de mercadorias, de empréstimos e outras saídas que, tendo sido tributada, anteriormente, indevidamente, estaria agora sendo alvo do estorno. Entretanto, apesar de regularmente intimado para fazer prova de tais alegações (fls. 231), mesmo visitada a sede do estabelecimento e ainda após vários contatos através de telefones e de e-mails, o contribuinte disponibilizar variada documentação, inclusive os arquivos magnéticos dos períodos onde houve os estornos aludidos (fls. 240/257), o recorrente não conseguiu juntar quaisquer meios de provas e documentos fiscais que deram origem à saída tributada que possibilitasse a consequente anulação do débito anteriormente feito. Com referência ao período de novembro e dezembro (estorno de da transferência do ativo imobilizado da Matriz para a Filial), intimado a fazer prova de suas alegações, o recorrente enviou algumas cópias de notas fiscais (fls. 258/269) relativa a remessa de vasilhames para outra empresa do grupo, sem destaque de ICMS, respaldada pela isenção prevista no artigo 19 do RICMS/BA. Nesta situação, tais documentos não têm qualquer conexão com a alegada transferência de ativos.

Objetivando permitir ao recorrente a apresentação de provas que sustentassem suas alegações a diligência foi feita no local. Mesmo não sendo concretizada a prévia intimação realizada, foram dadas novas oportunidades para apresentação dos documentos fiscais e os lançamentos fiscais que justificassem o estorno, ora em questão e, por cautela, com o fito de facilitar a produção de provas capazes de dirimir as dúvidas ainda existentes, nova intimação foi feita em 21/11/07, discriminado as etapas que o recorrente deveria percorrer para determinar com precisão o fato ou a verdade por ele pretendida. E, após nova intimação, a empresa enviou, via sedex no dia 03/01/08, novos documentos (fls. 258/296), que, também, não foram capazes de comprovar o acerto na anulação do débito.

Manifestando-se o recorrente (fls. 302/305) informa que concordava com o diligente fiscal, Sr. José Raimundo Conceição no que diz respeito às provas, ou seja, que parte das notas fiscais que foram emitidas com o destaque do imposto não foram apresentadas. Disse que este fato decorreu da mudança de endereço da empresa, quando os seus arquivos ficaram de forma desordenados. Que estava ciente de sua falha com relação ao arquivamento dos documentos fiscais, mas como podia ser observado nos anexos informava:

Em relação aos documentos fiscais de agosto de 2004 (indicados), que geraram um débito de R\$9.320,05, o próprio CFOP demonstrava que a operação não gera nenhum prejuízo ao fisco, pois ao assim serem emitidas geraram crédito de imposto e, na atual fase tecnológica, quando as fiscalizações são realizadas praticamente através de arquivos em vez de livros, toda a escrituração foi realizada de forma correta, como pode a própria SEFAZ comprovar. Disse, ainda, que na comparação do livro Registro de Entradas como o Livro Registro de Apuração do ICMS os valores não são compatíveis.

Quanto aos meses de novembro e dezembro de 2004, após indicar todas as notas fiscais com seus respectivos CFOP's, ressalta que elas geraram um débito fiscal de R\$14.845,94, em novembro e R\$25.505,38 em dezembro, sendo que o próprio CFOP já indica que a operação não gera nenhum prejuízo ao Estado. Afora que na atual fase tecnológica, quando as fiscalizações são realizadas praticamente através de arquivos em vez de livros, toda a escrituração foi realizada de forma correta, como pode a própria SEFAZ verificar. Reafirma que devido à um problema de sistema houve o destaque do imposto, e por este motivo houve o estorno do débito. Entende que no caso somente deve ser aplicada uma penalidade acessória, pois não teve a intenção de gerar nenhum tipo de prejuízo ao fisco.

Em nova manifestação, a PGE/PROFIS (fl. 335) considerando que a diligência não cumpriu o seu objetivo, por falta de apresentação pelo contribuinte, dos documentos necessários, e que esses, supostamente, se encontravam, agora, nos autos, entendeu que em respeito aos princípios da verdade material e ampla defesa, os autos deveriam retornar a ASTEC. No mais, reiterou os termos do Parecer de fls 221/222.

Mais uma vez esta 2<sup>a</sup> CJF (fl. 337), em atenção à solicitação do Órgão Jurídico, encaminha os autos à ASTEC/CONSEF para que o diligente manifeste-se a respeito do “novo documento” apresentado pelo contribuinte às fls. 302/222 do processo.

A ASTEC/CONSEF, através do Parecer nº 228/2008 (fls. 339/342) informa, inicialmente, que o recorrente foi intimado (fl. 342) a apresentar os documentos comprobatórios dos lançamentos efetuados no Livro de Registro de Apuração do ICMS, referentes aos meses de agosto/2004, novembro/2004 e dezembro/2004, bem como, outros elementos indispensáveis para elucidação dos fatos.

Em resposta ao solicitado, foram apresentadas algumas notas fiscais do mês de dezembro/2004 (Notas Fiscais nºs 214083, 214323, 214905, 213909, 215574, 215768, 216048, 216708 e 216924), as quais foram excluídas do demonstrativo de débito. Em assim sendo, o valor do imposto a ser exigido neste mês era de R\$13.632,41 ao invés de R\$25.505,38.

Em relação aos meses de agosto e novembro de 2004, apesar de intimado várias vezes, o recorrente nada apresentou.

Em seguida, relacionou a documentação apresentada, ou seja:

1. Folhas do Livro de Registro de Saídas de Mercadorias (fls. 343/345), referentes ao mês de novembro/2004, os quais complementam os de fls. 310/312, totalizando R\$14.845,94;
2. Folhas do Livro de Registro de Apuração do ICMS, (346/348), referentes ao mês de novembro/2004, onde constam o crédito e o débito no valor de R\$14.845,94;
3. Folha do Livro de Registro de Saídas de Mercadorias, referente ao mês de dezembro/2004, (fl. 349), que complementa os de fls. 313/331, totalizando R\$25.505,38;
4. Folhas do Livro de Registro de Apuração do ICMS, referentes ao mês de dezembro/2004, (fls. 350/353), onde constam o crédito e o débito no valor de R\$25.505,38;
5. Xerox do Livro de Registro de Entradas de Mercadorias e do Livro de Registro de Apuração do ICMS, referente aos meses de novembro/2004 e dezembro/2004 (fls. 354/370), onde estão lançadas as notas fiscais que serviram de base para a transferência de Ativo da empresa, (Eunápolis x Porto Seguro), onde fica comprovado que não houve o aproveitamento do crédito fiscal de ICMS.

6. Xerox de notas fiscais de “Transferência de Ativo Fixo”, da matriz em Eunápolis, para a filial em Porto Seguro, fls. 371 / 379.

Novamente intimado para apresentar os documentos comprobatórios dos lançamentos efetuados no Livro Registro de Apuração do ICMS, em 06/01/2009 e 13/01/2009 (fls. 380/385) o recorrente em resposta (fls. 386/387) informa que devido à mudança de endereço e a “bagunça” no estabelecimento, não foi possível localizar os documentos solicitados.

Manifestando-se a respeito do último Parecer da ASTEC/CONSEF, o recorrente (fls. 392/394) informa que concordava com o diligente fiscal, Sr. Edgar Ferreira Pessoa Pereira no que diz respeito às provas, ou seja, que parte das notas fiscais que foram emitidas com o destaque do imposto não foram apresentadas. Disse que este fato decorreu da mudança de endereço da empresa, quando os seus arquivos ficaram de forma desordenados. Que estava ciente de sua falha com relação ao arquivamento dos documentos fiscais, mas como podia ser observado nos anexos informava:

Em relação aos documentos fiscais de agosto de 2004 (indicados), ressalta que, conforme cópia do e-mail de 06/01/2009, estornos lançados se deram por motivo de erro de importação do sistema contábil de notas fiscais que não são da empresa, como podia ser verificado pelas numerações das referidas notas e comprovadas pelos arquivos magnéticos que constam no sistema. E, caso fosse do desejo do fisco, poderia enviar ou imprimir a relação de notas fiscais emitidas.

Quanto aos meses de novembro e dezembro de 2004, após indicar todas as notas fiscais com seus respectivos CFOP's, ressalta que elas geraram um débito fiscal de R\$14.845,94, em novembro e R\$25.505,38 em dezembro, sendo que o próprio CFOP já indica que a operação não gera nenhum prejuízo ao Estado. Afora que na atual fase tecnológica, quando as fiscalizações são realizadas praticamente através de arquivos em vez de livros, toda a escrituração foi realizada de forma correta, como pode a própria SEFAZ verificar. Reafirma que devido à um problema de sistema houve o destaque do imposto, e por este motivo houve o estorno do débito.

E, conforme cópias do livro de saída da matriz e de entrada da filial, anexados ao processo, restava comprovado que o imposto não foi creditado na filial. Por este motivo foi realizado o estorno, para que a empresa não fosse penalizada com débitos inexistentes.

Entende que no caso somente deve ser aplicada uma penalidade acessória, pois não teve a intenção de gerar nenhum tipo de prejuízo ao fisco.

A PGE/PROFIS exara Parecer (fl. 403/404), concorda com a última diligência realizada já que a questão em discussão se trata de matéria fática. Reitera os termos do Parecer de fls. 221/222.

A procuradora, Dra. Sylvia Maria Amoedo Cavalcante (fl. 406), ratifica o Parecer da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa.

## VOTO

Passo a apreciar o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de o desonerar do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração relativo às infrações 2 e 3 no valor decidido pela 1<sup>a</sup> Instância deste CONSEF.

A infração 2 exige o imposto tendo em vista que o recorrente lançou no seu livro Registro de Apuração do ICMS – RICMS estorno de débito em desacordo com a legislação deste imposto.

O recorrente afirma que tais estornos decorreram da emissão de notas fiscais de devolução de mercadorias, devolução de empréstimos, transferências de ativos da matriz para filial, cujas saídas foram, equivocadamente, indicadas como tributadas.

Inicialmente ressalto que este Conselho de Fazenda, apoiando a PGE/PROFIS, buscou incessantemente a verdade material dos fatos. Foram realizadas diversas diligências para que o contribuinte entregasse documentos que, por obrigação legal, estão na sua posse.

Entretanto, para o deslinde da matéria, é necessário que se atente para as determinações dos art. 112 e 113, do RICMS/BA, abaixo transcritos.

*“Art. 112. O débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em ACÓRDÃO CJF N° 0354-12/09*

documento fiscal.

**§ 1º** Se o imposto já houver sido recolhido, far-se-á o estorno ou anulação mediante utilização de crédito fiscal, nos termos do inciso VIII do art. 93, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação.

**§ 2º** É vedada a restituição ou a autorização para aproveitamento como crédito fiscal, ao estabelecimento remetente, do valor do imposto que tiver sido utilizado como crédito pelo estabelecimento destinatário, a menos que se comprove que o mesmo procedeu ao estorno do respectivo valor.

**§ 3º** No caso de devolução de bens adquiridos para uso, consumo ou ativo permanente, já tendo sido paga a diferença de alíquotas, o estorno do débito atenderá ao disposto no § 2º Do art. 652..

**§ 4º** O débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação nos termos deste artigo, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

**Art. 113.** A escrituração fiscal do estorno ou anulação de débito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será "Estorno de Débito", consignando-se o respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro "Crédito do Imposto - Estornos de Débitos".

Por tais determinações, três são as condições básicas para que se possa estornar ou anular um débito fiscal:

1. quando não se referir a valor constante em documento fiscal.
2. Deve ser emitido documento fiscal, com natureza da operação de "Estorno de Débito" para que possa ser lançado no RICMS no último dia do mês, no quadro "Crédito do Imposto - Estornos de Débitos".
3. O débito fiscal lançado a mais, ou indevidamente, quando não puder ser estornado, será objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

No caso dos autos, o contribuinte lançou os estornos no LRICMS sem apresentar as notas fiscais emitidas conforme determina o art. 113 da norma regulamentar. O fato de terem sido operações, como dito, sem destaque do imposto, não tem o condão de desconstituir o que determina a legislação. De igual forma, sem pertinência o fato de que nas transferências do ativo imobilizado a sua filial não utilizou o crédito fiscal. Observo, neste momento, que o apurado foi a forma errônea da utilização de estorno de débito, acarretando a sua falta de comprovação.

De igual forma, sem pertinência o argumento de que a Secretaria da Fazenda, através dos arquivos magnéticos e dos documentos a ela enviados poderia apurar o equívoco, dito gerado pelo seu sistema informatizado de emissão de nota fiscal. Em primeiro, as informações são geradas pelo contribuinte. Cabe a Secretaria da Fazenda, em tempo posterior, verificar a veracidade das informações. Em segundo, a base destas informações são os documentos fiscais que pertencem ao contribuinte e cuja posse é dele, sendo obrigado a guardá-los pelo prazo de cinco anos.

Não sendo disponibilizados ao fisco, como feito, não se pode dar veracidade ao argumento apresentado. Observo que a apresentação dos livros fiscais, nada acrescenta, pois a acusação é exatamente esta: estornos de débitos lançados na escrita fiscal do recorrente em desacordo com a norma legal.

E, por fim, todas as notas fiscais apresentadas ao último auditor diligente, e relativas ao mês de dezembro de 2004 (fls. 371/379), não poderiam ter sido incluídas no estorno realizado já que nelas consta o destaque do imposto. No específico caso caberia pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Assim, não posso acompanhar o Parecer da ASTEC/CONSEF de nº 228/2008, nem, tampouco, entender que apenas houve descumprimento de uma obrigação acessória como entende o recorrente.

Pelo exposto, mantendo em sua totalidade a acusação relativa a este item no valor de R\$52.368,79 e nego provimento ao Recurso Voluntário.

A infração 3 trata da exigência do ICMS relativo a diferença de alíquota (interna e interestadual) sobre aquisições de mercadorias para compor o ativo imobilizado do estabelecimento.

O recorrente se insurge contra a cobrança do imposto em relação às Notas Fiscais nºs 925.228 e 925.239, que trataram das aquisições de veículos usados em outra unidade da Federação. Neste caso, razão assiste ao recorrente. Ao analisar os referidos documentos fiscais (fls. 215/216) as mercadorias neles constantes tratam de veículos modelos 2001/2002, vendidos pela Shincariol ao recorrente em 19/11/2004.

No caso, as disposições regulamentares são expressas, como abaixo transcrevo:

*“Art. 72. Para fins de pagamento da diferença de alíquotas relativo a operações ou prestações com redução da base de cálculo, observar-se-á o seguinte:’*

*1 - tendo a operação ou prestação sido tributada com “redução da base de cálculo decorrente de convênio, a apuração do valor a pagar será feita em função do mesmo valor resultante daquela redução;*

*Art. 76. Nas operações com veículos automotores, as hipóteses de redução da base de cálculo, os prazos, os critérios e as condições para fruição do benefício são os disciplinados neste artigo.*

*§ 4º É reduzida em 100% a base de cálculo do ICMS das operações de saídas de veículos usados, observado o disposto no art. 83*

*Art. 83. É reduzida a base de cálculo nas saídas de máquinas, aparelhos, veículos, móveis, motores e vestuário usados, bem como nas operações decorrentes da desincorporação de bens do ativo imobilizado, calculando-se a redução em 100% do valor da operação, tratando-se de veículos, em 95%, tratando-se de máquinas e aparelhos, e de 80% nos demais casos, observando-se o seguinte (Convs. ICM 15/81):”*

Diante do exposto, o imposto relativo ao mês de novembro de 2004 passa a ser de R\$182,72, conforme demonstrado a seguir:

MÊS/ANO	NF nº	DIF ALIQ A RECOLHER	DIF ALIQ RECOLHIDA	ICMS EXIGIDO
nov/04	343036	470,00		
	3760	147,70		
	666	107,00		
	59341	2.714,05		
	925228	0,00		
	925239	0,00		
	201615	74,24		
	201616	29,40		
<b>TOTAL</b>		<b>3.542,39</b>	<b>3.359,67</b>	<b>182,72</b>

E o imposto a ser exigido neste item da autuação, após os ajustes acima realizados é de R\$5.921,72, como abaixo demonstrado.

#### DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 3

DATA OCORRÊNCIA	ICMS	MULTA (%)
31/1/2004	99,09	60
28/1/2004	368,5	60
31/3/2004	541,71	60
30/4/2004	72,27	60
31/5/2004	53,11	60
30/7/2004	896,06	60
31/8/2004	199	60
30/9/2004	1255,3	60
31/10/2004	1.319,37	60
30/11/2004	182,72	60
30/6/2005	904,03	60
31/7/2005	30,56	60
<b>TOTAL</b>		<b>5.921,72</b>

Quanto ao entendimento do recorrente de que, por ser possuidor de créditos fiscais estaria desonerado de recolher o imposto ora exigido, é entendimento parcialmente equivocado. Se existirem tais créditos, pode o ICMS cobrado através do presente lançamento ser pago com os mesmos. Porém deve o recorrente dirigir-se à Inspetoria de sua circunscrição fiscal para fazer tal solicitação.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário em relação à infração 3.

O Recurso de Ofício diz respeito às infrações 1, 3, 4 e 5.

Quando de sua defesa inicial, o autuado trouxe aos autos as notas fiscais motivadoras da exigência fiscal da infração 1, que diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS,

sem a apresentação ao fisco, após intimação, do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Em assim sendo, a infração restou descharacterizada. A Decisão de 1<sup>a</sup> Instância é mantida.

Em relação à infração 3 (diferença entre as alíquotas, internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento), corretamente a JJF, através de diligência realizada pela ASTEC deste CONSEF, solicitou o refazimento, e o acolheu, do demonstrativo de débito relativo ao mês de outubro de 2004, já que o autuante havia calculado o imposto sobre as aquisições de caminhões novos aplicando a alíquota de 17% em vez de 12%, como previsto no art. 51, III, “a”, do RICMS/BA. Neste mês o ICMS passou de R\$16.221,82, originalmente cobrado, para R\$1.319,37. Mantida a Decisão de 1º Grau.

Quanto à infração 4 (falta de recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação), com acerto, a JJF acolheu a diligente da ASTEC através do Parecer ASTEC nº 0173/2006, com os ajustes procedidos pelo autuante quando de sua informação fiscal, uma vez que a redução da base de cálculo no percentual de 30%, prevista para bebidas alcoólicas nas aquisições feitas diretamente de indústria ou importadas do exterior, passou a ter vigência a partir de 05/11/2004. Afora que, pelas determinações inseridas no art. 51, II, “b”, do RICMS-BA a alíquota a ser aplicada sobre o aguardente é de 17% e não de 25% como aplicou o autuante. E em relação ao pedido da empresa crédito fiscal, de fato, tal pedido deve ser dirigido à Inspetoria Fazendária da sua circunscrição fiscal. Decisão mantida.

Por fim, no que diz respeito à infração 5 (divergência entre os dados informados nos arquivos do SINTEGRA e os dados constantes nos livros Registro de Entradas, Registro de Apuração do ICMS e DMAs), entendo correta a Decisão prolatada. No caso em apreço, deveria o autuante se pautar, antes de autuar, nas determinações do art.708-B, do RICMS-BA. Não o fazendo, a acusação não contem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a irregularidade tributária atribuída ao sujeito passivo. Em assim sendo, mantenho a Decisão recorrida.

Solicita-se ao órgão Competente desta Secretaria de Fazenda que sejam homologados os valores efetivamente recolhidos.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 293575.1207/05-6, lavrado contra **CHECON DISTRIBUIDORA E TRANSPORTADORA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$59.520,93**, acrescido de multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alíneas “d”, “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$90,00**, prevista no artigo 42, XX-A, da mencionada Lei, com acréscimos moratórios de acordo com o previsto na Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS