

**A. I. N.º** - 269283.0010/10-7  
**AUTUADO** - PAREX DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARGAMASSAS LTDA.  
**AUTUANTE** - DILSON MILTON DA SILVEIRA FILHO  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 24.08.2011

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0232-04/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL. Documentos fiscais juntados com a defesa comprovam que parte do crédito fiscal utilizado corresponde ao valor do imposto debitado por ocasião das saídas das mercadorias destinadas a não contribuintes. Não é cabível a utilização do crédito fiscal integral relativo a imposto destacado a mais que o devido em documento fiscal. Refeitos os cálculos o que implicou em redução do débito. Infração elidida em parte. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infração reconhecida. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 30/09/10, para exigir ICMS no valor de R\$13.009,47, acrescido das multas de 60% e 70% em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior em documento fiscal. Consta na descrição dos fatos que utilizou crédito fiscal de 17% em aquisições interestaduais quando deveriam ser de 7% e 12% - R\$11.415,71.
02. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis (2008) - R\$1.593,76.

O autuado na defesa apresentada (fls. 250/260) inicialmente discorre sobre as infrações e informa que apesar da convicção da correção dos procedimentos, por razões econômicas optou pelo pagamento da infração 2.

Transcreve os dispositivos indicados como infringidos na infração 1 e diz que de início verifica-se que o art. 124, XI do RICMS/BA não existe e com base na descrição da infração, todas as notas fiscais relacionadas indicam operações interestaduais de devolução sob os CFOPs 2201 e 2202.

Afirma que diante de tal situação não há aplicabilidade dos artigos 93, §5º, I e 97, VIII do RICMS/BA, prejudicando a análise dos fatos e lhe transfere o ônus da prova. Transcreve texto de doutrinadores, acerca da produção de provas por parte do Fisco e que não lhe cabe produzir prova negativa. Aduz que se tratando de aquisições, o crédito fiscal seria de 7%, mas se tratando de operações de devolução podem incidir alíquotas de 7%, 12% ou 17% a depender da natureza das operações originárias. Entende ser nula a infração pela ausência de elementos necessários à demonstração do crédito fiscal indevido, nos termos dos artigos 130, II e art. 18, II do RPAF/BA.

No mérito, diz que do exame das dez páginas que compõem o levantamento fiscal constata que todas as operações objeto da glosa de crédito referem-se a devoluções de mercadorias, cujo procedimento obedeceu ao disposto no art. 651 do RICMS/BA o qual no seu parágrafo único estabelece que a alíquota a ser aplicada é a mesma consignada no documento original.

Transcreve os arts. 93, VII e 50, I, “b” do RICMS/BA que tratam do crédito fiscal na devolução de mercadoria e alíquota aplicada nas operações destinadas a não contribuintes do ICMS, e diz que procedeu em conformidade com o que determina a legislação do imposto.

Apresenta quadro à fl. 258 no qual relaciona clientes e notas fiscais, bem como as atividades econômicas exercidas para tentar demonstrar não serem contribuintes do ICMS, conforme indicado no campo de dados adicionais das notas fiscais cujas cópias junta às fls. 299/318.

Argumenta que o autuante se equivocou ao tratar as operações como sendo de aquisições interestaduais as operações de devolução praticada por não contribuintes do imposto. Requer nulidade e caso não acolhida a improcedência da infração 1.

O autuante presta informação fiscal (fls. 321/322) e ressalta que foi reconhecida a infração 2. Quanto à nulidade suscitada por indicação de enquadramento equivocado por indicar o inciso XI (que não existe) ao invés do inciso I do art. 124 do RICMS/BA, ressalta que o próprio contribuinte indicou o inciso correto demonstrando a intenção do enquadramento e não é justo pedir a nulidade por este motivo.

No mérito, na infração 1, quanto ao argumento de que se tratam de devoluções de vendas, constatou que na sua maioria não possui como destinatários de devolução de vendas contribuintes especiais ou não inscritos nos cadastros dos seus respectivos estados.

Reconhece que o autuado tem razão em parte de suas alegações, motivo pelo qual refez o demonstrativo original, mantendo as notas fiscais relativas a contribuintes cujo percentual deveria ser tributado a 12%, percentual que deveria ter sido utilizado como crédito fiscal.

Argumenta que o fato de ter debitado 17% quando deveria debitar 12% não justifica direito de crédito integral na devolução efetivada relativo a contribuintes regularmente inscritos. Ressalta que neste caso, caberia ao contribuinte requerer a restituição do indébito à repartição fiscal.

Requer a procedência parcial desta infração, conforme demonstrativo de débito à fl. 322, reduzindo o débito para R\$3.132,84 com suporte nas planilhas juntadas às fls. 323/329.

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado afirma que persiste nos demonstrativos refeitos, a manutenção de operações com não contribuintes (fls. 344/351).

Cita como exemplo as empresas Rodovic Bahia Empreendimentos Ltda, Rima Instalações Ltda, AWM Engenharia Ltda, Condomínio Residencial Magnus e SVM Cavalcante ME, que exercem atividades respectivas de compra e venda de imóveis, construção de instalações esportivas, construção de edifícios, condomínio predial e hospedagem, conforme documentos do SINTEGRA que junta ao processo. Entende ser legítimo o crédito fiscal das operações correspondentes.

Com relação à afirmação do autuante de que tendo destacado o imposto errado, deveria solicitar restituição do indébito e não poderia se creditar do valor destacado no documento fiscal de devolução argumenta que tal afirmação constitui excesso de formalismo, visto que neutralizou o débito da operação de venda com a devolução nos termos do art. 93, VII do RICMS/BA.

Conclui requerendo a retificação do débito remanescente de acordo com os argumentos expostos.

O autuante presta a segunda informação fiscal (fls. 362/363) e esclarece que não fez a exclusão das notas fiscais das empresas RIMA, AWM e Condomínio Residencial Magnus na primeira informação fiscal, em vista de defeito no sistema de consulta do SINTEGRA. Acata os documentos relativos a estas empresas no demonstrativo refeito à fl. 363.

Diz que não acata o pleito relativo aos contribuintes RODOVIC Bahia Empreendimentos e AWM Cavalcanti por estarem regularmente inscritos com apuração pelo regime Normal e não se enquadrarem como não contribuintes ou na condição de Especial.

Apresenta demonstrativo à fl. 363, no qual reduziu o débito de R\$3.132,84, apurado na informação fiscal anterior, para R\$2.863,49.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento da nova informação fiscal (fls. 367/371), porém não se manifestou no prazo legal concedido.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 373/374 detalhamento de pagamento de parte do débito.

## VOTO

O autuado suscitou a nulidade da infração 1, sob argumento de que foram indicados dispositivos regulamentares inexistentes no enquadramento da infração e não aplicabilidade de outros artigos culminando em ausência de elementos necessários à demonstração do crédito fiscal indevido.

Efetivamente foi indicado no Auto de Infração como infringido o art. 124, XI do RICMS/BA que não existe, tal erro de enquadramento foi esclarecido pelo autuante de que se tratava do inciso I e não XI na primeira informação fiscal, tendo sido cientificado o autuado e concedido prazo para se manifestar o que ocorreu. Portanto, tal inconsistência foi saneada em conformidade com o disposto no art. 18, § 1º do RPAF/BA. Além disso, o contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado, indicando erros materiais na defesa e na manifestação acerca da informação fiscal, motivo pelo qual não acato a nulidade pretendida.

Com relação à nulidade sob o argumento da não [há](#) aplicabilidade dos artigos 93, §5º, I e 97, VIII do RICMS/BA, entendo que se trata do mérito da lide, o que será apreciado a seguir.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal e omissão de saídas de mercadorias, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque.

Quanto à infração 1, na defesa apresentada o autuado alegou que parte das operações refere-se a devoluções de mercadorias, tendo utilizado o crédito fiscal de acordo com o disposto no art. 651, Parágrafo Único do RICMS/BA, o que foi acatado em parte na primeira informação fiscal.

O autuado contestou a primeira informação fiscal alegando que persistia no demonstrativo refeito operações com não contribuintes, o que foi acatado em parte na segunda informação fiscal, cujos demonstrativos remanescentes não foram contestados.

Verifico que conforme documentos juntados com a defesa, a exemplo da nota fiscal de entrada 871, se trata de devolução das mercadorias da nota fiscal 1825 (fls. 50/51) relativa à venda ao Colégio São Francisco localizado no Estado do Maranhão cuja alíquota destacada tanto na nota fiscal de saída como de entrada foi de 17%, por se tratar de operação de venda e de devolução a não contribuinte do ICMS de acordo com o disposto no art. 50, I, “b” e 651, Parágrafo Único tudo do RICMS/BA.

Da mesma forma, as notas fiscais destinadas e o retorno por devolução das empresas Rima Instalações Ltda, AWM Engenharia Ltda e Condomínio Residencial Magnus com atividades de construção de instalações esportivas, construção de edifícios e condomínio residencial. Portanto, assiste razão por parte da empresa em relação a estas operações e correta a revisão do autuante.

Quanto às operações remanescentes destinadas a RODOVIC Bahia Empreendimentos (CNPJ 02.665.343/0001-09) e AWM Cavalcanti (CNPJ 08.686.373-70), o autuante afirmou na segunda informação fiscal que são inscritas no cadastro de contribuintes, apuram o ICMS pelo regime Normal e não se enquadram como não contribuintes ou na condição de Especial. Este fato não foi contestado pelo impugnante.

Observo que o art. 50, I, “b” do RICMS/BA prevê que é aplicável a alíquota de 17% nas operações em que os destinatários das mercadorias estiverem localizados em outra unidade da Federação e “não sejam contribuintes do imposto”. Logo, não tendo o autuado provado que as citadas empresas não são contribuintes do ICMS e nem contestado a afirmação do autuante de que são contribuintes do imposto, deveria ter sido aplicada sobre as operações de venda e de devolução a alíquota prevista para as operações interestaduais de 12% e não de 17% e correto o procedimento fiscal.

Com relação ao argumento de que o valor creditado pela devolução corresponde ao valor que foi debitado pela venda, em obediência ao disposto no art. 93, VII do RICMS/BA, não pode ser acolhido tendo em vista que o art. 97, VIII do citado diploma legal veda a utilização do crédito fiscal nas situações do art. 93, §5º que determina só admissão de crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado. Ressalte-se que art. 651, Parágrafo Único do RICMS/BA estabelece:

Na devolução, devem ser tomadas como base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário, a não ser que tenha sido emitido de forma irregular, com imposto destacado a mais, hipótese em que a base de cálculo e a alíquota a serem aplicadas serão aquelas que deveria ter sido utilizadas corretamente.

Dessa forma, tendo destacado o imposto a mais que o devido na operação de saída, o mesmo pode ser objeto de pedido de restituição de indébito (artigos 73/78 do RPAF/BA), entretanto não é cabível utilizar o crédito fiscal em relação ao imposto destacado a mais indevidamente no documento fiscal original da remessa das mercadorias, grafado na nota fiscal de devolução.

Por tudo que foi exposto, acato o demonstrativo de débito juntado pelo autuante com a segunda informação fiscal à fl. 363, com o ajuste relativo das planilhas às fls. 323/329, ficando reduzido o valor original exigido de R\$11.415,71 para R\$2.863,49. Infração elidida em parte.

Relativamente à infração 2, a mesma foi reconhecida e paga pelo impugnante. Logo, inexistindo lide, a mesma deve ser mantida na sua totalidade. Infração procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269283.0010/10-7**, lavrado contra **PAREX BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARGAMASSAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.457,25**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.863,49 e 70% sobre R\$1.593,76, previstas no art. 42, VII, “a” e III da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR