

**PROCESSO** - A. I. N° 113837.0012/11-8  
**RECORRENTE** - LIPARI MINERAÇÃO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0001-01/12  
**ORIGEM** - INFAS SERRINHA  
**INTERNET** - 15/02/2013

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0002-11/13

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE PAGAMENTO. Nas aquisições interestaduais de materiais destinados ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento, é devido o pagamento do ICMS referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Acolhida a improcedência relativamente às notas fiscais em que não houve comprovação da circulação e recebimento das mercadorias. Infração procedente em parte. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) NOTAS FISCAIS. a.1. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. a.2. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações não impugnadas. Indeferida a solicitação de redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigações, principal e acessória. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JJF, a qual, através do Acórdão n° 0001-01/12, que considerou Procedente a ação fiscal, exigindo ICMS, no valor de R\$69.780,34, acrescido de multa de 60% e penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, no importe de R\$14.821,49, decorrentes de quatro infrações, assim descritas:

INFRAÇÃO 1 - Deixar de recolher ICMS, no valor de R\$69.780,34, mais multa de 60%, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a abril e setembro de 2010.

INFRAÇÃO 2 - Dar entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de dezembro de 2010. Foi indicada multa no valor de R\$4.755,33, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias.

INFRAÇÃO 3 - Dar entrada no estabelecimento de mercadoria não sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de dezembro de 2010. Foi indicada multa no valor de R\$7.966,16, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias.

INFRAÇÃO 4 - Utilizar serviço de transporte sujeito à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de dezembro de 2010. Foi indicada multa no valor de R\$2.100,00, equivalente a 10% do valor do serviço de transporte.

Obedecidos os trâmites legais, o contribuinte, através de procurador, apresentou impugnação tempestiva (fl. 81) e o autuante prestou a informação fiscal de praxe (fl. 96).

Prosseguindo o feito, a Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente o Auto de Infração, proferindo Decisão de teor adiante reproduzido:

*“O Auto de Infração em análise é composto por quatro diferentes infrações. Em sua impugnação, o autuado não se defende das Infrações 2, 3 e 4. Em relação a essas infrações não impugnadas não há lide e, portanto, esses itens do lançamento são procedentes.*

*No que tange à Infração 1 – falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado –, o autuado questiona apenas os débitos atinentes às Notas Fiscais nºs 6017, 6173 e 4851.*

*Quanto às Notas Fiscais nºs 6017 e 6173, o autuado afirma que os bens foram devolvidos conforme comprovam as Notas Fiscais de Entradas nºs 6172 e 7278, emitidas pelo alienante. Como prova dessa assertiva, apresenta fotocópias dessas notas fiscais e do livro Registro de Entradas do estabelecimento fornecedor.*

*Na informação fiscal, o autuante acolhe o argumento defensivo e, para corroborar seu entendimento, acosta ao processo extrato do CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito), no qual não consta o trânsito das notas fiscais em comento.*

*Inicialmente, há que se diferenciar “devolução” de “retorno” de bens ou mercadorias.*

*Diz-se que ocorre devolução, quando o bem é recebido pelo estabelecimento destinatário e, em seguida, por algum motivo, é devolvido para o fornecedor com amparo em nota fiscal de devolução. Já o retorno ocorre quando o bem não chega a ser recebido pelo destinatário, retornando ao fornecedor acobertado pela própria nota fiscal que documentou a venda.*

*O caso em comento não se trata de uma devolução, pois o autuado, um estabelecimento inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS, não emitiu a correspondente nota fiscal de devolução, a qual serviria para dar trânsito aos bens, para respaldar o lançamento no Registro de Entradas do estabelecimento vendedor e para amparar a apropriação do crédito fiscal correspondente, nos termos do art. 651 do RICMS-BA.*

*Também não há como se afirmar que os bens retornaram, uma vez que não restou comprovada a apresentação da 1ª via da nota fiscal de venda com a indicação do motivo do retorno dos bens, conforme previsto no art. 654, §1º, do RICMS-BA. A simples apresentação de fotocópia da nota fiscal de entrada e do livro Registro de Entradas do estabelecimento fornecedor dos bens não serve como prova do retorno dos bens. Ademais, há que se observar que as fotocópias do livro Registro de Entradas do estabelecimento remetente não estão autenticadas. A apresentação da Fiscal nº 7283 (fl. 87) também não possui o condão de comprovar os retornos em comento.*

*Corroborando o entendimento acima, observo que o autuante trouxe ao processo um extrato do CFAMT, o qual não acusa o trânsito dos bens em tela.*

*Em face ao acima exposto, considero que não restaram comprovadas nem a devolução e nem o retorno dos bens relacionados nas Notas Fiscais nºs 6017 e 6173. Tendo em vista que os bens discriminados nessas notas fiscais eram destinados ao ativo imobilizado do autuado, é devido o ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.*

*Em relação à Nota Fiscal nº 4851, o autuado afirma que efetuou o pagamento do ICMS correspondente à diferença de alíquota e, como prova desse argumento, apresenta o DAE e o comprovante bancário de fls. 89 e 90.*

*A ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração em comento se iniciou em 04/08/11, com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização (fl. 4). Dessa forma, o pagamento efetuado pelo autuado em 12/08/11 não foi espontâneo e, portanto, não elide a autuação, conforme foi bem explicado pelo autuante na informação fiscal.*

*Pelo acima exposto, a Infração 1 subsiste integralmente.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor já recolhido.”*

Inconformado, o sujeito passivo, através de procurador, apresentou Recurso Voluntário, pugnando pela reforma da Decisão recorrida (fls. 116 a 125).

Na sua peça recursiva, o contribuinte, inicialmente, discorreu sobre o processo da autuação e analisou os entendimentos que fundamentaram a Decisão farpeada, embasada no descumprimento dos artigos 651 e 654 do RICMS/BA.

Em seguida, adentrando ao mérito, apresentou seus motivos para reforma da Decisão, concentrando-se na infração 1, com a tese de ausência de fato gerador do ICMS, posto que ausente o trânsito das mercadorias e, por consequência, impossível se exigir o tributo.

Aduziu que a formalidade descumprida não teria o condão de imputar responsabilidade tributária, já que a operação seguinte deixou clara a substituição dos documentos fiscais por outro, o qual teve o ICMS recolhido corretamente, tornando-se inaplicável o disposto no art. 651 do RICMS/BA, porquanto as mercadorias acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 6017 e 6173 jamais deram entrada no estabelecimento do recorrente, logicamente não lhe sendo aplicável o procedimento de devolução previsto no citado artigo.

Da mesma forma, entendeu ser impossível lhe ser imputado o desatendimento ao estabelecido no art. 654 do RICMS/BA, visto que as disposições ali previsionadas são oponíveis ao remetente das mercadorias que recebe em retorno e não ao adquirente, inexistindo no dispositivo legal qualquer obrigação oponível à recorrente, que na condição de adquirente, sequer recebeu as mercadorias, significando que não houve o retorno das mesmas, fato comprovado e reconhecido pelo autuante com base em outros documentos.

Ressaltou que de acordo com documentos apresentados pela própria remetente após intimação do Fisco, vê-se claramente que foi dada entrada nas mercadorias com observação que se tratava de mercadorias retornadas, confirmando que não foram entregues à recorrente.

Prosseguindo, asseverou que o recorrente registrou apenas a Nota Fiscal nº 7283 quando recebeu as mercadorias adquiridas, ocorrendo, em relação a tal operação, a única a que teve ciência, a devida escrituração em seu livro de Entradas (fls. 81/89).

Aduziu ser “*absurdo e inadmissível as justificativas lançadas na Decisão recorrida de que os documentos apresentados não estavam autenticados ou não foram entregues em 1ª via.*”

Disse da impropriedade de se falar em 1ª via de nota fiscal por se tratar de nota eletrônica. Além disso, inexistente qualquer exigência legal para que tais documentos fossem apresentados no original ou por cópia autenticada, a não ser que os registros fazendários apontassem o contrário ou que sua análise suscitasse alguma dúvida.

De outra parte, consta, à folha 20, a intimação à remetente das mercadorias sem qualquer ressalva de que os documentos deveriam ser entregues em cópia ou original. “À fl. 22, vê-se claramente e-mail do autuante pedindo o envio dos documentos ‘via correio eletrônico’, para que a fiscalização não atrasasse.”

Enfatizou que com a devida *vénia* ao entendimento externado na Decisão recorrida, a manutenção da autuação pelos fundamentos lançados no voto beira o absurdo, visto que as informações apresentadas pelo recorrente foram confirmadas pela administração fazendária, ao constatar que não houve, em momento algum, trânsito das mercadorias acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 6017 e 6173, e se não houve trânsito não há como se imputar qualquer responsabilidade tributária.

Em seguida o recorrente, arguiu o absurdo da manutenção da autuação mesmo quando o contribuinte comprova o pagamento do tributo antes da lavratura do Auto de Infração.

Asseverou que ao constatar durante a fiscalização que não havia pago o diferencial de alíquota da operação lastreada pela Nota Fiscal nº 4851, de 24/03/2010, providenciou o pagamento no dia 12/08/2011, antes do encerramento da fiscalização que resultou na lavratura do Auto de Infração.

Questionou que se houve pagamento, como se manteria, no montante do Auto de Infração, o que já foi pago? Assim, a manutenção da autuação mostrava-se insubstancial, devendo ser decotado do valor exigido aquilo que efetivamente não está inadimplido.

Por último, o sujeito passivo arguiu o caráter confiscatório das multas aplicadas, sustentando que a manutenção da penalidade prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 traduzia um percentual

por demais elevado (60%), inviabilizando a operação comercial de quem não teve dolo ou intuito de fraudar o Fisco.

Tangentemente às penalidades por descumprimento de obrigações acessórias previstas no art. 42, incisos IX e XI da citada Lei estadual, transcrita na peça de irresignação, disse inaplicáveis à recorrente, utilizando-se das mesmas alegações constantes em sua defesa inicial.

Requeru que mesmo que a multa por descumprimento de obrigação principal seja mantida, deve ser aplicado, *in casu*, o art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, uma vez que o recorrente não agiu com dolo, efeitos também estendidos a multa por descumprimento de obrigação acessória que, “*também por este motivo, ser cancelada.*”

Conclui o seu Recurso, reiterando a reforma da Decisão recorrida, uma vez que foi comprovado, inclusive reconhecido pelo autuante, que o diferencial de alíquota de ICMS das operações lastreadas nas Notas Fiscais nºs 6017 de 29/01/2010 e 6173 de 05/02/2010 não é devido por ausência de fato gerador do imposto.

Reiterou, também, em relação ao tributo pago antes da lavratura do Auto de Infração, o seu reconhecimento e a cominação da multa nitidamente confiscatória.

No que tange às penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, “*pede o recorrente o seu cancelamento, seja por serem inaplicáveis ao caso (não houve a entrada de nenhum ), seja por não ter havido fraude ou dolo, como reconhecido na capitulação da multa por descumprimento de obrigação principal.*”

A ilustre representante da PGE/PROFIS apresentou o seu Parecer (fls. 132/133), opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Asseverou que da análise do Recurso Voluntário apresentado, verifica-se que o recorrente apresenta as mesmas alegações constantes em sua defesa inicial, já apreciadas no julgamento recorrido, não trazendo prova nem argumentos jurídicos capazes de promover a modificação da Decisão de primeira instância, com a qual concordava integralmente.

Observou que: “*De fato, não restou comprovado nos autos a alegação do recorrente de que as mercadorias objeto das notas fiscais 6017 e 6173 foram devolvidas, pois não há notas fiscais de devolução nem a primeira via da nota fiscal de venda, nos moldes previstos no artigo 654, §1º do RICMS.*”

Na sessão de julgamento, a representante da PGE/PROFIS dissentiu do Parecer constante dos autos, manifestando-se pelo provimento parcial do apelo, para excluir a exigência relativa às Notas Fiscais nºs 6017 e 6173, da infração 1, tendo em vista a comprovação de que não houve circulação das mercadorias.

## VOTO

Consoante detalhadamente relatado, versa a proceduralidade, neste momento processual, acerca da irresignação do sujeito passivo em relação à Decisão proferida pela 1ª JJF no Auto de Infração epigrafado, a qual julgou Procedente todas as imputações constantes da ação fiscal.

O inconformismo do recorrente concentra-se na infração de nº 1, tendo reiterado os argumentos defensivos, enfatizando a ausência de fato gerador do ICMS no que se refere às notas fiscais, incluídas na autuação, de nºs 6017 e 6173, as quais não transitaram nem tampouco foram recebidas pelo sujeito passivo.

Sucede que, com a devida *vénia* dos membros de 1ª Instância, discordo do decisório, considerando ter ela incidido em equívoco ao considerar não ser plausível ou razoável o motivo alegado pelo autuado.

Com efeito, examinados os autos, constata-se ter procedência a tese do contribuinte de que as referidas notas fiscais não circularam, assim não adentraram no território do Estado da Bahia e,

consequentemente, não foram recebidas no estabelecimento autuado, logo impossível haver autuação por falta de recolhimento do diferencial de alíquota decorrente de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação.

Assim é que, a informação fiscal de fl. 96, acompanhada do documento de fl. 97, como também os documentos de fls. 20 a 22 e 83 a 90, que, respectivamente, instruíram o Auto de Infração e acompanharam a peça impugnatória, quando confrontados e analisados em conjunto, confirmam a necessidade de reforma do julgamento da Primeira Instância, no tocante à infração de nº 1, definida como falta de recolhimento do imposto ICMS relativo ao diferencial de alíquotas nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a ativo fixo do estabelecimento, pois o Fisco Estadual não consegue comprovar a circulação das referidas notas fiscais, muito menos o fato gerador para a exigência tributária.

Válida a rememoração da informação fiscal (fl. 96), dispondo expressamente:

*"Em suas primeiras alegações o autuado cita que as NF nºs 6017 e 6173 tiveram as suas mercadorias devolvidas através das Notas Fiscais nºs 6172 e 7278, respectivamente, fato que não tivemos conhecimento quando da lavratura do presente Auto de Infração.*

*De posse dessa informação e após observarmos as cópias das citadas Notas Fiscais e do Livro de Entradas respectivo, bem como a não constatação do trânsito desses Notas Fiscais através CFANT (anexo), entendemos que procede a alegação do autuado e somos pela exclusão dos valores lançados no presente AI referente as Notas fiscais acima referidas."*

Nesse contexto, entendo que não se trata de descumprimento do quanto previsionado na legislação que regulamenta a devolução de mercadorias, como se posicionou a instância de piso, porquanto não comprovada a existência do fato gerador, a saída das mercadorias do estabelecimento remetente, a circulação no território da Bahia, muito menos o ingresso no estabelecimento autuado.

Ainda na infração 1, o sujeito passivo sustentou o recolhimento, em tempo hábil, da exigência fiscal, no que tange à Nota Fiscal de nº 4851, incluída no demonstrativo de débito da imputação.

No específico, razão não assiste ao recorrente, pois, conforme se verifica nos autos e bem observou a Decisão guerreada, a ação fiscal que desencadeou a lavratura do Auto de Infração em discussão, se iniciou em 04/08/2011 (Termo de Início de Fiscalização, fl. 04), e o pagamento só foi efetuado em 12/08/2011 (docs. fls. 89 e 90), ou seja, a quitação ocorreu após instalada a ação fiscal, o que descaracteriza a espontaneidade, e, por consequência, não pode elidir a autuação.

Contudo, o valor efetivamente recolhido deve ser considerado na apuração final do valor total remanescente para a infração 1.

Em suma, a infração 1 se apresenta parcialmente procedente, devendo ser deduzidos do demonstrativo de débito da imputação de fl. 09, os valores de R\$16.758,80, referente à Nota Fiscal nº 6017 e R\$11.126,78 pertinente à Nota Fiscal nº 6173, remanescendo para a infração o valor total de R\$41.894,76.

No que pertine ao questionamento do recorrente em relação ao caráter confiscatório da multa de 60% aplicada sobre a imputação não pode ser apreciado por este Conselho de Fazenda, o qual não tem competência para apreciar a constitucionalidade que porventura possa existir na legislação do Estado da Bahia.

Por fim, tangentemente ao pleito de aplicação dos benefícios previstos no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, para as infrações 2, 3 e 4, que tratam de descumprimento de obrigação acessória, não pode prosperar, posto que o contribuinte, em 28/10/2011, antes inclusive do julgamento de primeira instância, efetuou o pagamento total de tais exigências tributárias, conforme se verifica dos documentos de fls. 101 e 102, nesse passo, não mais existindo discussão acerca das referidas imputações, ressaltado o aspecto de não se vislumbrar presente no caso em questão de requisito básico para a aplicação do benefício previsto na legislação, qual seja, a confirmação que o descumprimento da obrigação acessória não implicou na falta do recolhimento do imposto.

Concludentemente, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão proferida pela 1<sup>a</sup> JJF, passando a infração 1 a ter o valor de R\$41.894,76 e permanecendo íntegra a Decisão de Primeira Instância, no tocante às demais infrações, devendo ser homologados todos os valores já efetivamente recolhidos, inclusive o atinente à Nota Fiscal nº 4851 (infração 1), recolhido logo no início da ação fiscal.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **113837.0012/11-8**, lavrado contra **LIPARI MINERAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.894,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$14.821,49**, previstas no art. 42, IX e XI, da referida Lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de janeiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS