

**PROCESSO** - A. I. Nº 206946.0001/15-7  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FERROVIA CENTRO-ATLÂNTICA S.A.  
**RECORRIDA** - FERROVIA CENTRO-ATLÂNTICA S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JF nº 0006-06/16  
**ORIGEM** - IFEP NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 18/11/2016

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0153-12/16

**EMENTA:** ICMS. DESOBEDEIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DA TIPICIDADE CERRADA. Fatos geradores só podem decorrer da realização de todas as situações previstas e tipificadas nas normas de incidência, uma vez que as relações jurídicas tributárias devem ser pautadas pelos critérios de segurança e certeza, sendo defesos os lançamentos tributários que não observem os direitos à ampla defesa e ao contraditório ou louvados em suposições, em virtude dos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da tipicidade cerrada. Modificada a Decisão de origem. Recursos **PREJUDICADOS**. Auto de Infração **Nulo**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário e de Ofício contra Decisão proferida pela 6ª JF – Junta de Julgamento Fiscal em 09/05/2016 que julgou, por unanimidade, procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2015, com o objetivo de exigir da oro recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 430.948,94 (quatrocentos e trinta mil, novecentos e quarenta e oito reais e noventa e quatro centavos), em decorrência do cometimento de 2 (duas) infrações.

*Infração 01. RV e RO – 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Valor histórico: R\$ 132.098,67.*

*Infração 02. RV e RO - 06.01.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor histórico: R\$ 298.850,27.*

O autuado apresentou defesa administrativa em face do Auto de Infração mencionado (fls. 22 a 33), impugnando o lançamento fiscal. Alegou dentre outras coisas que havia divergência na auditoria realizada, refletida nas Infrações, no que tange ao valor do DIFAL escriturado no SPED e valor demonstrado no levantamento feito pelo autuante. Como prova, anexou as telas dos ajustes a título de “outros débitos - DIFAL” nas fls. 48 à 53.

O autuante em sua Informação Fiscal (fls. 95 a 99) percebendo o erro material apontado pelo defendente justificou que no momento da lavratura do Auto de Infração foram transcritos os valores de uma planilha intermediária, onde embora coincidam, os valores mensais não apresentam relação com o efetivo mês de lançamento e assim sendo foi feito um novo levantamento de débito, referente às duas infrações, ficando assim demonstrado:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO									
FERROVIA CENTRO-ATLÂNTICA S.A.									
INSCRIÇÃO ESTADUAL 044.843.719									
N. Ocorr.	Infração	Dt. ocorec.	Dt. Venc.	BC Anterior	BC (nova)	Alíquota	Débito Anterior	Débito (Novo)	Multa (%)
1	1	31/08/2012	09/09/2012	R\$ 3.255,00	R\$ 3.255,00	17%	R\$ 553,35	R\$ 553,35	60
2	1	28/02/2013	09/03/2013	R\$ 165.908,41	R\$ 55.941,94	17%	R\$ 28.204,43	R\$ 9.510,13	60
3	1	30/06/2013	09/07/2013	R\$ 80.223,64	R\$ 136.366,82	17%	R\$ 13.638,02	R\$ 23.182,36	60
4	1	31/08/2013	09/09/2013	R\$ 210.139,82	R\$ 134.278,65	17%	R\$ 35.723,77	R\$ 22.827,37	60
5	1	30/09/2013	09/10/2013	R\$ 224.494,70	R\$ 75.379,82	17%	R\$ 38.164,10	R\$ 12.814,57	60
6	1	30/10/2013	09/11/2013	R\$ 93.029,41	R\$ 57.712,59	17%	R\$ 15.815,00	R\$ 9.811,14	60
7	2	28/02/2013	09/03/2013	R\$ 850.480,41	R\$ 285.978,65	17%	R\$ 144.581,67	R\$ 48.616,37	60
8	2	30/06/2013	09/07/2013	R\$ 95.142,35	R\$ 21.319,41	17%	R\$ 16.174,20	R\$ 3.624,30	60
9	2	31/08/2013	09/09/2013	R\$ 32.889,88	R\$ 261.007,53	17%	R\$ 5.591,28	R\$ 44.371,28	60
10	2	30/09/2013	09/10/2013	R\$ 436.745,64	R\$ 274.649,47	17%	R\$ 74.246,76	R\$ 46.690,41	60
11	2	31/10/2013	09/11/2013	R\$ 342.684,47	R\$ 21.131,12	17%	R\$ 58.256,36	R\$ 3.592,29	60
				<b>R\$ 2.534.993,73</b>	<b>R\$ 1.327.021,00</b>		<b>R\$ 430.948,93</b>	<b>R\$ 225.593,57</b>	

O autuado apresentou manifestação às fls. 109 a 115 pela qual manteve o pedido de improcedência e cancelamento da autuação.

Ato contínuo a instrução fora concluída e os Autos remetidos à apreciação pela 6ª JF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração nos seguintes termos:

#### **VOTO**

*No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de mercadorias destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento (infração 1) e de bens destinados ao seu ativo imobilizado (infração 2).*

*Preliminarmente, foi suscitada nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que havia inconsistência nos critérios adotados para a apuração do crédito tributário, pois o autuante não considerou os valores constantes no SPED (Sistema Público de Escrituração Digital) do defendente. Diz que há divergências entre os valores da diferença de alíquota paga pelo autuado e os considerados pelo autuante.*

*Essa preliminar de nulidade não merece prosperar, pois a auditoria fiscal foi efetivamente realizada com base na escrituração fiscal digital do autuado, conforme se depreende dos demonstrativos que embasaram a autuação, dos quais o autuado recebeu cópia. Quanto às divergências entre os valores declarados pelo autuado e os considerados na auditoria fiscal, esse fato trata do mérito da lide e, como tal, será abordado neste voto, mais adiante.*

*Também foi arguida a nulidade do lançamento por ter sido utilizada a alíquota de 17%, apesar de a autuação ser referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais.*

*Afasto essa preliminar, uma vez que o imposto lançado não foi apurado à alíquota de 17%, como pode revelar uma análise perfunctória da questão. Os demonstrativos elaborados pelo autuante deixam claro que o imposto exigido no Auto de Infração em comento foi apurado considerando a diferença entre as alíquotas interna e interestadual, todavia, como foi bem explicado na informação fiscal, por uma limitação técnica do sistema automatizado de emissão de Auto de Infração, no demonstrativo de débito é consignada a alíquota de 17%.*

*Adentrando no mérito da lide e referindo-se às infrações 1 e 2, o autuado afirma que não incide ICMS e, portanto, não é devido o pagamento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa.*

*Não há como se acolher essa tese defensiva, pois a lei instituidora do ICMS no Estado da Bahia, Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu artigo 4º, inciso XV, expressamente prevê que ocorre o fato gerador do ICMS no momento “da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto”.*

*Ademais, há que se salientar que essa referida Lei Complementar, no seu art. 13, § 4º, expressamente dispõe sobre critérios de determinação da base de cálculo nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, pelo que se conclui que tais operações estão dentro do campo de incidência do ICMS. No mesmo sentido aponta a segunda parte do inciso I do artigo 12, ao informar que ocorre o fato gerador no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular.*

*Também há que se ressaltar que a Súmula 166 do STJ, à qual faz alusão o autuado em sua defesa, foi editada antes do advento da Lei Complementar nº 87/96. A meu ver, essa referida Súmula aplica-se, quanto ao ICMS, às transferências internas, cabendo também a sua aplicação a outros tributos cuja apuração seja feita de forma centralizada.*

*Tendo em vista o acima exposto, não há dúvida que a legislação tributária prevê que incide ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas nas transferências interestaduais efetuadas entre estabelecimentos de uma mesma empresa.*

*Ainda quanto à incidência da diferença de alíquotas nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa, não se pode olvidar que nos termos do art. 125, I e III, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei nº 3.956/81), não se inclui na competência deste órgão julgador administrativo a apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual e nem a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.*

*O autuado também argumenta que há divergências entre os valores do “DIFAL pago” constante em sua escrituração fiscal digital e os que foram considerados pelo autuante na fiscalização. O autuante, por seu turno, reconheceu a procedência desse argumento defensivo e fez a apuração do imposto, conforme os novos demonstrativos elaborados na informação fiscal. Ao ser notificado acerca da informação fiscal, o autuado não mais citou esse equívoco. Interpreto o silêncio do defendente quanto a esse argumento como um reconhecimento tácito da correção efetuada pelo autuante e, em consequência, mantenho as retificações efetuadas pelo autuante.*

Considerando que, em relação à infração 1, os argumentos defensivos são os tratados acima, esse item do lançamento tributário de ofício subsiste parcialmente no valor de R\$78.698,92, conforme o demonstrativo apresentado a seguir:

Data Ocorr.	Data Venc.	Débito
31/08/12	09/09/12	553,35
28/02/13	09/03/13	9.510,13
30/06/13	09/07/13	23.182,36
31/08/13	09/09/13	22.827,37
30/09/13	09/10/13	12.814,57
30/10/13	09/11/13	9.811,14
Total da Infração 1		78.698,92

Relativamente à infração 2, além dos argumentos citados acima, o defendente sustenta que a exigência fiscal não procede quanto às Notas Fiscais nºs 1002, 25031 e 25922.

Quanto à Nota Fiscal nº 1002, o documento fiscal não deixa dúvida que se trata de uma transferência de bem do ativo imobilizado entre estabelecimentos de uma mesma empresa. Tendo em vista que houve destaque do imposto, depreende-se que não se trata de hipótese em que o bem tenha permanecido mais de doze meses no ativo do estabelecimento remetente. Nessa situação, há incidência de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas conforme já demonstrado neste voto, mesmo tratando-se de transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa.

No que tange à Nota Fiscal nº 25031, restou comprovado que se tratava de transferência de bem que integrava o ativo imobilizado do estabelecimento remetente há mais de doze meses. Nessa situação, por força do disposto no art. 3º, VIII, da Lei nº 7.014/96, não há incidência de ICMS e, em consequência, não há o que se falar em diferencial de alíquotas. Assim, foi correto o posicionamento do autuante ao excluir da autuação o débito correspondente a essa operação.

Quanto à Nota Fiscal nº 25922, o autuado também argumenta que era referente a uma transferência de bem que integrava o ativo imobilizado do estabelecimento remetente há mais de doze meses e, portanto, não haveria incidência de ICMS. Na informação fiscal, o autuante rebate o argumento defensivo alegando que essa nota fiscal não constava na autuação.

Do exame da fotocópia da Nota Fiscal nº 25922, acostada à fl. 79, depreende-se que esse documento fiscal se referia a uma transferência de bem que integrou o ativo imobilizado do remetente por mais de doze meses e, portanto, nos termos do art. 3º, VIII, da Lei nº 7.014/96, naquela operação não havia incidência de ICMS e, em consequência, de diferença de alíquota.

O argumento do autuante na informação fiscal não merece prosperar, pois o exame do demonstrativo “2013 DIFAL\_ATIVO\_MENSAL”, deixa claro que a Nota Fiscal nº 25922 integrou a infração 2, no mês de ocorrência de fevereiro de 2013, tendo sido exigido diferença de alíquota no valor de R\$65.275,96, conforme sustentado na defesa. Dessa forma, impõe-se a exclusão do débito referente ao mês de fevereiro de 2013.

Considerando que após a informação fiscal, no mês de ocorrência de fevereiro de 2013, tinha remanescido o valor de R\$48.616,37, excludo da autuação o débito referente ao mês de fevereiro de 2013, ficando a infração 2 subsistente em parte no total de R\$98.278,28, conforme o demonstrativo apresentado a seguir:

Data Ocorr.	Data Venc.	Débito
30/06/13	09/07/13	3.624,30
31/08/13	09/09/13	44.371,28
30/09/13	09/10/13	46.690,41
31/10/13	09/11/13	3.592,29
Total da Infração 2		98.278,28

Por fim, ressalto que a multa indicada no Auto de Infração, no patamar de 60%, está prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, para as irregularidades apuradas, não cabendo a este órgão julgador apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, nos termos do já citado art. 125, I, do COTEB. A redução ou dispensa da referida multa ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal, uma vez que se trata de penalidade decorrente de descumprimento de obrigação tributária principal.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$176.977,20.

Da leitura deste julgamento, podemos extrair que o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, sendo mantido integralmente o novo cálculo realizado pelo autuante em relação à Infração 1 e reformado o novo levantamento da Infração 02, sendo desconsiderado o débito do mês de **fevereiro de 2013**, no valor de R\$ 48.616,37, restando o total da Infração 2 de R\$ 98.278,28 e o total do Auto de Infração de R\$ 176.977,20. Pelo valor exonerado ter ultrapassado a quantia de R\$ 100.000,00, com fulcros no artigo 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF-BA/99 a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF recorreu de ofício da presente Decisão.

Por sua vez, o sujeito passivo foi cientificado do resultado de Primeira Instância em 30/05/2016 e inconformado com essa Decisão, interpôs Recurso voluntário tempestivo (fls. 136 a 144).

Entende o oro recorrente que a Decisão de Primeira Instância deve ser reformada, no tocante ao

crédito tributário remanescente, conforme demonstrará.

Suscita preliminar de nulidade do Auto de Infração, pois ambas as infrações decorrem da equivocada aplicação da alíquota interna do imposto e não da diferença entre as alíquotas interna e interestadual (DIFAL). Como exemplo cita o mês de fevereiro de 2013, cuja base de cálculo do tributo é de R\$ 850.480,41, desta forma, fazendo uma simples conta aritmética, verifica-se que o valor histórico exigido corresponde exatamente à aplicação da alíquota interna de 17% sobre essa base de cálculo, que dá R\$ 144.581,67 de imposto, exatamente o valor cobrado referente à essa competência, conforme detalhado no quadro resumo da Infração 02.

No mérito, entende pela ausência de fato gerador do ICMS e do respectivo DIFAL, em operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica.

Transcreve o Inciso II do Art. 155 da Constituição Federal para invocar os conceitos de “circulação” e “mercadoria”. Segundo o recorrente, o termo “circulação” previsto na norma constitucional não apenas corresponde a uma movimentação física de determinado bem, mas sim, àquela movimentação qualificada pela transferência de titularidade do bem. Desta forma, aduz que somente pode ser objeto de exação a circulação jurídica da mercadoria. Já sobre a expressão “mercadoria”, foi escolhida pela norma constitucional, pois qualifica o bem objeto da operação como sendo aquele destinado a um ato de mercancia, ou seja, destinado ao comércio, não sendo os casos dos bens de uso e consumo e ativo fixo, que por não se enquadrarem neste conceito, não deveria ser cobrado o DIFAL sobre tais operações de transferências.

Por fim cita a Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça, que expressamente exclui a incidência do tributo sobre operações de transferências de bens para estabelecimentos do mesmo contribuinte, ressaltando que a aludida Súmula é aplicada ainda hoje, mesmo sendo anterior à Lei Kandir.

Reclama sobre a cobrança de crédito tributário sobre a Nota Fiscal nº 1002, que além de ser uma nota fiscal de transferência de ativo imobilizado e sendo assim sequer enseja incidência do DIFAL, foi emitida com a finalidade de regularização da escrita do recorrente, não se revelando uma efetiva operação de trânsito de mercadoria. Alega inclusive que nos dados adicionais desta nota fiscal consta a informação “nº 994 que refere-se à uma Nota Fiscal de saída emitida em 26/08/2013”. Por esta razão, solicita reforma da Decisão recorrida.

Conclui questionando a multa aplicada de 60% sobre ambas as Infrações, entendendo como imprópria e abusiva. Ressalta que a mesma não pode exceder o limite da razoabilidade, sob pena de violar, por conseguinte, o princípio da capacidade contributiva e o princípio da vedação do uso de tributo com efeito de confisco e de acordo com ele o ente tributante não pode subtrair mais do que uma parcela razoável do patrimônio do contribuinte, sob pena de incorrer em confisco, isto é, apropriação arbitrária do bem de propriedade do contribuinte.

Indica para atendimento às normas de regência do procedimento administrativo, o endereço eletrônico de seu patrono: joaorolla@gropen.adv.br.

Não houve Parecer da PGE/PROFIS.

## VOTO

Trata-se de empresa que têm como única atividade o transporte ferroviário de cargas e que oferece tributação ao ICMS pelo regime de conta corrente fiscal.

O Auto de Infração objeto desta lide traz 2 (duas) infrações, ambas pela suposta falta de recolhimento do Diferencial de alíquotas, referente as aquisições de fora do estado para uso e consumo (Infração 1), com fato gerador em 2012 e 2013 e ativo fixo (Infração 2), com fato gerador apenas em 2013.

O trabalho do Auditor parte das informações imputadas pelo contribuinte em seu SPED, a título de DIFAL e esse ajuste registrado como “outros débitos” é único, ou seja, apesar do autuante ter levantado os débitos de cada situação (consumo e ativo), os mesmos são colocados em confronto com apenas uma informação vinda do contribuinte, desta forma é descoberta a diferença registrada na planilha como “DIF. APURADAS” e depois segregada proporcionalmente para geração de cada infração, conforme demonstrado abaixo:

EXERCÍCIO 2013									
RESUMO DEMONSTRATIVO DA APURAÇÃO DO DIFAL - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA									
ATIVO E CONSUMO									
MesAno	TipoAjust	DescrComplementar	VlLanc.EFD	DIFAL CONS. AUDITADO	DIFAL ATIVO AUDITADO	DIFAL TOTAL AUDIT	DIF. APURADAS	DIFAL CONS. A REC.	DIFAL ATIVO A REC.
jan/13	OUTROS DÉBITOS	DIF. DE ALÍQUOTA	186.091,25	27.278,88	154.860,70	182.139,58	3.951,67		
fev/13	OUTROS DÉBITOS	DIF. DE ALÍQUOTA	110.191,34	46.191,32	236.786,12	282.977,44	-172.786,10	-28.204,43	-144.581,67
mar/13	OUTROS DÉBITOS	DIF. DE ALÍQUOTA	91.529,46	55.509,48	65.832,20	121.341,68	-29.812,22	-13.638,02	-16.174,20
abr/13	OUTROS DÉBITOS	DIF. DE ALÍQUOTA	100.406,25	50.897,55	32.378,30	83.275,85	17.130,40		
mai/13	OUTROS DÉBITOS	DIF. DE ALÍQUOTA	141.232,97	32.541,09	59.401,02	91.942,11	49.290,86		
jun/13	OUTROS DÉBITOS	DIF. DE ALÍQUOTA	94.691,54	117.600,44	18.406,15	136.006,59	-41.315,05	-35.723,77	-5.591,28
jul/13	OUTROS DÉBITOS	DIF. DE ALÍQUOTA	109.331,93	45.919,33	40.069,94	85.989,27	23.342,66		
ago/13	OUTROS DÉBITOS	DIF. DE ALÍQUOTA	95.959,42	70.742,85	137.627,43	208.370,28	-112.410,86	-38.164,10	-74.246,76
set/13	OUTROS DÉBITOS	DIF. DE ALÍQUOTA	85.465,24	34.062,72	125.473,88	159.536,60	-74.071,36	-15.815,00	-58.256,36
out/13	OUTROS DÉBITOS	DIF. DE ALÍQUOTA	123.773,36	76.530,37	28.074,73	104.605,10	19.168,26		
nov/13	OUTROS DÉBITOS	DIF. DE ALÍQUOTA	224.978,74	38.352,06	65.437,01	103.789,07	121.189,67		
dez/13	OUTROS DÉBITOS	DIF. DE ALÍQUOTA	188.698,47	43.125,64	138.593,99	181.719,63	6.978,84		
			1.552.349,97	638.751,73	1.102.941,47	1.741.693,20	-430.395,59	-131.545,33	-298.850,26

Acontece que na impugnação o contribuinte alegou divergências entre o valor declarado por ele no SPED a título de “DIFAL” com os valores apresentados pela auditoria.

Em sua Informação Fiscal, o autuante reconheceu que no momento da lavratura do Auto de Infração foram transcritos os valores de uma planilha intermediária, onde embora coincida, os valores mensais não apresentam relação com o efetivo mês de lançamento. Desta forma um novo levantamento foi feito, conforme segue:

MesAno	TipoAjust	DescrComPL	VlLancRegApur	Vlr. Lev. DIFAL Cons.	Vlr. Lev. DIFAL Ativo	Vlr. DIFAL total Auditado	Diferen. Apuradas	DIFAL Cons. Rec.	DIFAL Ativ. Rec.
jan/13	Outros débitos	DIFAL	186.091,25	27.806,47	154.860,70	182.667,17	3.424,08		
fev/13	Outros débitos	DIFAL	224.978,74	46.319,12	236.786,12	283.105,24	-58.126,50	-9.510,13	-48.616,37
mar/13	Outros débitos	DIFAL	123.773,36	55.509,48	65.832,20	121.341,68	2.431,68		
abr/13	Outros débitos	DIFAL	85.465,24	50.983,79	32.378,30	83.362,09	2.103,15		
mai/13	Outros débitos	DIFAL	95.959,42	33.111,43	59.401,02	92.512,45	3.446,97		
jun/13	Outros débitos	DIFAL	109.331,93	117.732,44	18.406,15	136.138,59	-26.806,66	-23.182,36	-3.624,30
jul/13	Outros débitos	DIFAL	94.691,54	46.376,45	40.069,94	86.446,39	8.245,15		
ago/13	Outros débitos	DIFAL	141.232,97	70.804,19	137.627,43	208.431,62	-67.198,65	-22.827,37	-44.371,28
set/13	Outros débitos	DIFAL	100.406,25	34.437,35	125.473,88	159.911,23	-59.504,98	-12.814,57	-46.690,41
out/13	Outros débitos	DIFAL	91.529,46	76.809,56	28.123,33	104.932,89	-13.403,43	-9.811,14	-3.592,29
nov/13	Outros débitos	DIFAL	110.191,34	38.650,65	65.437,01	104.087,66	6.103,68		
dez/13	Outros débitos	DIFAL	188.698,47	43.164,46	138.593,99	181.758,45	6.940,02		
			1.552.349,97	641.705,39	1.102.990,07	1.744.695,46	-225.040,22	-78.145,57	-146.894,65

O que podemos inferir na comparação de ambos os levantamentos é que houve alteração para maior no valor total da cobrança do DIFAL sobre uso e consumo, além de ter nascido cobranças em outras competências que não tinham sido demonstradas inicialmente, mostrando uma total falta de segurança da ação fiscal, o que já contemplaria a nulidade por força da alínea “a” do Inciso IV do Art. 18 do RPAF/BA, abaixo reproduzido.

Art. 18. São nulos:

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Além disso, verifico que as tipificações de ambas as infrações não condizem com as realidades dos fatos.

Foram imputados ao sujeito passivo as seguintes Infrações:

*Infração 01 – 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Valor histórico: R\$ 132.098,67.*

*Infração 02 – 06.01.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor histórico: R\$ 298.850,27.*

Ora, se o próprio autuante em seu demonstrativo informa a parte do valor declarado pelo autuado como ajuste de “Diferencial de Alíquota” em sua apuração do ICMS (via SPED) e com base nessa informação monta as duas Infrações levantas no AIMM em epígrafe, podemos interpretar que a Infração correta para esta situação seria “*recolhimento à menor de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas (...)*”.

Quanto a este ponto temos a seguinte situação prevista também no RPAF/BA:

Art. 18. São nulos:

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

Diante de todo exposto, levando em conta que por conta do erro no enquadramento da Infração ficou evidente o cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo, bem como pela insegurança

das Infrações, com fulcro nos Incisos II e IV, “a” do Art. 18 do RPAF/BA, respectivamente, voto para declarar a NULIDADE do lançamento de ofício, ficando PREJUDICADOS os Recursos de Ofício e Voluntário.

Recomendo que se verifique a possibilidade de renovação da ação fiscal, observando o prazo decadencial.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADOS** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206946.0001/15-7**, lavrado contra **FERROVIA CENTRO-ATLÂNTICA S.A.** Recomenda-se verificar a possibilidade de renovar a ação fiscal, observando o prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2016.

DANIEL RIBEIRO SILVA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TIAGO DE MOURA SIMÕES - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS