

**PROCESSO** - A. I. Nº 206984.0004/11-5  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VITALY FOODS NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**RECORRIDOS** - VITALY FOODS NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0122-03/16  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 16/02/2017

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0007-11/17

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Revisão efetuada pelo autuante, com base em comprovações carreadas aos autos pelo sujeito passivo, elidiu a autuação. Infração insubsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Revisão realizada em sede de diligência pelo autuante mediante comprovações carreadas aos autos pelo sujeito passivo reduz o valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. b) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração insubsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Aplicada multa de 1% nos termos da alínea “c”, inciso II do art.106 do CTN. Excluídas, na segunda instância, as notas fiscais já objeto de cobrança na Infração 02, por força da vedação ao *bis in idem*. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Exclusão pelo autuante de notas fiscais comprovadamente escrituradas e incluídas por equívoco no levantamento fiscal reduziu o débito apurado em ambas as infrações. Infrações parcialmente caracterizadas. Afastadas as arguições de nulidade. Indeferida nova solicitação de diligência. Reduzida, parcialmente, a multa relativa às notas fiscais 1539 e 1743. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 3ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão 3ª JJF Nº 0122-03/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 206984.0004/11-5, lavrado em 30/12/2011, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$140.378,39, relativos às infrações a seguir especificadas.

INFRAÇÃO 1 - 01.02.25. Utilização indevida de crédito de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto, nos meses de janeiro a agosto de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$29.680,53, acrescido da multa de 60%. Consta que “*Referente a produtos cujas saídas são beneficiadas com a dispensa do lançamento e o pagamento do imposto de acordo com o parágrafo 5º incisos II e III do Art. 353 do RICMS/97*”.

INFRAÇÃO 2 - 06.01.01. Falta de recolhimento do 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, nos meses de março, abril e de dezembro de 2008 e março e abril de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$43.776,26, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - 06.02.01. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no mês janeiro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$153,48, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - 16.01.01. Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a junho e agosto a dezembro de 2008, março a maio e julho de 2009. Foi indicada multa no montante de R\$64.865,43, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias.

INFRAÇÃO 5 - 16.01.02. Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a novembro de 2008, abril a agosto e novembro de 2009. Foi indicada multa no montante de R\$1.902,69, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 31/07/2013 (fls. 569 a 581) e decidiu pela Procedência em Parte, por unanimidade.

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, suscitando a nulidade da Decisão recorrida, ao argumento de que não fora apreciada a alegação contida no item 14 da sua peça defensiva.

Acolhendo o opinativo da Douta PGE, a 1ª CJF anulou a decisão de piso, determinando o retorno dos autos à primeira instância para que o colegiado se manifestasse acerca do ponto omitido.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) procedeu a um novo julgamento, tendo apreciado a lide no dia 15/06/2016 (fls. 1513 a 1578) e decidido pela Procedência em Parte, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

**“VOTO**

*No Auto de Infração em epígrafe é imputado ao autuado o cometimento de cinco diferentes infrações a legislação do ICMS.*

*Inicialmente, afasto qualquer hipótese de nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que o lançamento de ofício está revestido das formalidades legais previstas, tendo sido determinados, com precisão e clareza, as infrações, o sujeito passivo e o montante do débito tributário.*

*Quanto à alegação de que foi prejudicado o exercício de ampla defesa, pelo fato de os livros e documentos fiscais arrecadados pela fiscalização não foram devolvidos ao autuado com antecedência suficiente para elaboração da defesa, entendo que não deve prosperar uma vez que foi determinada a reabertura do prazo de defesa e foi oportunizado ao impugnante exercer plenamente seu direito de defesa. Por isso, entendo superado esse óbice.*

*Não acolho também a alegação de que a falta de numeração e aposição de rubrica pelo preposto fiscal nas peças processuais que foram entregues ao impugnante pela fiscalização inquinasse de nulidade o Auto de Infração. Entendo que esse fato não causou qualquer insegurança ou falta de clareza que pudesse prejudicar a compreensão dos fatos apurados, tanto é assim que a impugnante veiculou suas argumentações defensivas com total desenvoltura, não demonstrando qualquer óbice na apreensão das acusações que lhe foram impostas.*

*Descabe também a alegação de que na intimação em que fora noticiada a reabertura de prazo e não se fez acompanhar de documentação alguma, ora, a reabertura de prazo fora concedida para suprir a alegação do impugnante de que fora prejudicado na feitura de sua defesa, portanto, não visava adicionar informação alguma, mesmo assim, a 3ª JJF converteu os autos em diligência para cientificar o autuado da informação fiscal e a entrega da documentação questionada. Portanto, diante da superação de todos os óbices aventados, torna-se inócua a pretensão do autuado.*

*Em suma, remanesce evidenciado nos autos que foram propiciadas ao autuado as condições necessárias ao exercício do seu direito de defesa e do contraditório, inexistindo qualquer vício capaz de macular de nulidade o*

*Auto de Infração.*

*Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF-BA /99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Ademais, o defendente não comprovou de forma inequívoca a necessidade de realização de diligência, e as questões objeto da lide tratam todas de fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado que tivera oportunidade de carrear aos autos, por ocasião da defesa e nas subseqüentes manifestações, e não fizera de forma satisfatória.*

*Indefiro o pedido de nova diligência pleiteado pelo defendente, por entender que os elementos constantes dos autos são suficientes para o deslinde das questões em lide e com lastro no art. 147, inciso I, alínea "a" do RPAF-BA/99.*

*Adentrando no mérito da lide, depois de examinar os elementos que compõem a infração 01 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com não incidência do imposto, observo que o impugnante ao se defender asseverou que nunca mantém os créditos fiscais sobre mercadorias adquiridas para comercialização e que são vendidas com isenção, não incidência, ou redução de base cálculo e que somente se apropria dos créditos de forma definitiva dos correspondentes às saídas posteriores que não gozam de qualquer benefício que altere a carga tributária. Para comprovar sua alegação carrou aos autos cópias de seu LRAICMS, fls. 257 a 277, e exemplificou que no mês de junho de 2008, se creditou no valor de R\$12.112,96, fl. 269, dos quais estornou o valor de R\$10.659,91, fl. 270. Em síntese, esse foi o argumento aduzido pela defesa em todas suas manifestações nos autos.*

*Em diligência determinada por esta Junta, fls. 775 e 776 o autuante intimou o impugnante à apresentar para cada um dos meses arrolados no levantamento fiscal demonstrativo discriminando por nota fiscal a composição dos valores totais dos estornos de créditos escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS e declarados nas DMAs alegados na defesa e no Recurso como estando inclusas as notas fiscais elencadas no demonstrativo de apuração, fls. 10 e 11 e caso seja comprovado o efetivo estorno de crédito fiscal alegado na defesa excluir as correspondentes notas fiscais.*

*Depois de examinar a documentação apresentada pelo sujeito passivo, o autuante apresentou o resultado da diligência, fls. 1471 a 1475, informando que, em relação a esse item da autuação, mediante os esclarecimentos trazidos, nesta oportunidade, e após uma análise mensal e individualizada das notas fiscais e dos valores totais apresentados nos demonstrativos elaborados pelo contribuinte e o conseqüente confronto dos seus valores com os lançados nos campos Débito do Imposto - Estorno de Crédito, das DMAs e dos livros de Apuração do ICMS do período, concluiu por acatar as razões da impugnante, desconsiderando-se os valores anteriormente apurados na infração.*

*Nestes termos, acolho o resultado da diligência realizada pelo autuante e concluo pela insubsistência da infração 01.*

*As infrações 02 e 03 tratam da falta de recolhimento diferença entre as alíquotas interna e interestaduais na aquisição de mercadorias de outros Estados, destinadas ao ativo fixo - infração 01 e destinadas a uso e consumo do estabelecimento - infração 03.*

*Os demonstrativos de apuração do débito exigido nessas infrações, com as respectivas cópias das notas fiscais encontram-se, respectivamente, colacionados às fls. 37 a 50 e 51 e 52, discriminando cada uma das operações que não foram recolhidas as diferenças entre as alíquotas interna e interestadual.*

*Ao tratar da infração 02, em sede de defesa o impugnante alegou, que o autuante não considerou os pagamentos efetuados através de Denúncia Espontânea relativos às Notas Fiscais de n°s 14796, 941, 451, 4501. Asseverou também que as Notas Fiscais de n°s 149739, 149740, 149741, 149772, 149774 e 150663, referem-se tratar de equipamentos que foram devolvidos ao fornecedor por não ter conseguido quitar o financiamento e que algumas notas fiscais que serviram de base para a autuação foram equivocadamente escrituradas nos livros de sua filial.*

*Esta Junta converteu os autos em diligência, fls. 775 e 776, para que o autuante intimasse o defendente a apresentar demonstrativo discriminando a composição e a origem dos valores do débito tributário denunciado espontaneamente, bem como, a comprovar de forma inequívoca que nas devoluções realizadas não foram estornados os valores lançados nas entradas, devendo serem identificadas por nota fiscal com a correspondente discriminação das mercadorias, as operações de entrada e devolução da filial e a respectiva entrada correspondente no estabelecimento autuado, realizando, se necessário, novo demonstrativo de débito contemplando os ajustes cabíveis.*

*No atendimento da diligência, o autuante depois de examinar as comprovações carreadas aos autos pelo impugnante procedeu aos ajustes e correções conforme discriminado às fls. 1472 e 1475 e elaborou novo demonstrativo de apuração e de débito colacionado às fls. 1475 e 1486, reduzindo o valor do débito para R\$15.091,65.*

*O autuado, ao se manifestar sobre o resultado da diligência, protestou somente em relação às Notas Fiscais de nºs 149739, 149740, 149741, 149772 e 149774, observando que o autuante apesar de ter considerado as alegações da defesa apurou a existência de valores a recolher, pois o pagamento teria sido realizado com “redução indevida de base de cálculo”. Sustentou que, por isso, foi trazida nova fundamentação para a cobrança, o que implicou irregular alteração do fulcro do Auto de Infração, inclusive, sem garantia quanto ao prazo de defesa. Não acolho o argumento da defesa, uma vez que o autuante laborou corretamente ao considerar o pagamento realizado através da Denúncia Espontânea nº 600000.3345/08-7, entretanto, constatado o cálculo incorreto efetuado pelo defendente que considerou indevidamente o benefício previsto no Convênio 52/91, haja vista que, apenas a mercadoria de código NCM/SH 8418699 da Nota Fiscal nº 149739, está incluída no Anexo 1 do aludido convênio, foi procedida a correção. Portanto, a intervenção do diligente se constituiu em mero ajuste na apuração do diferencial de alíquota devido, constatado e comprovado nos autos o incorreto procedimento do defendente, cujo teor foi devidamente dado ciência ao defende, fl. 1494, que não apontou qualquer inconsistência. Logo, não há que se falar em cerceamento de defesa, e muito menos, em mudança de fulcro da autuação.*

*Verifico que no novo demonstrativo de apuração, foram contempladas as correções decorrentes das efetivas comprovações das alegações da defesa carreadas aos autos pelo impugnante.*

*Nesses termos, acolho o novo demonstrativo apresentado pelo autuante no atendimento da diligência solicitada, fls. 1475 e 1486, e concluo pela subsistência parcial da infração 02 no valor de R\$15.091,65.*

*Com relação à infração 03 a defesa alegou que a exigência é indevida pelo fato de que a Nota Fiscal de nº 146558, de 21/01/2009, que dá suporte a acusação fiscal fora emitida contra estabelecimento distinto do autuado.*

*O autuante ao proceder à informação fiscal o autuante esclareceu que na nota fiscal em questão, com exceção do CNPJ que pertence à filial do autuado, os demais dados cadastrais coincidem com os do estabelecimento acusado. Pontuou também que na DMA da filial do autuado no mês de janeiro de 2009, no campo destinado, não consta valor alusivo à diferença de alíquota.*

*Ao examinar a cópia da Nota Fiscal nº 146558, fl. 52, constato que somente o nome do destinatário coincide com autuado, já que os demais dados: endereço, CNPJ, I.E., telefone, e CEP, nenhum deles coincidem com os dados cadastrais do autuado. Assim, dirijo do entendimento do autuante tendo em vista que, diante da inexistência e incongruência dos dados constantes do documento fiscal não há como atribuir ao estabelecimento autuado de forma inequívoca a efetiva aquisição interestadual nela discriminada e a consequente exigência do ICMS relativo a diferença entre as alíquotas interna e interestadual.*

*Logo, nessas circunstâncias fáticas constantes dos autos, ante a impossibilidade de se poder determinar com segurança se o documento fiscal em questão fora efetivamente destinado ao estabelecimento autuado, considero insubsistente a infração 03.*

*No que concerne às infrações 04 e 05 são aplicadas sobre o valor das operações, respectivamente, multa de 10% e 1%, por terem sido dadas entradas no estabelecimento autuado de mercadorias sujeitas à tributação - infração 04 e não tributáveis - infração 05.*

*Constato ao compulsar os elementos que constituíram a exigência foram questionadas pelo impugnante em relação a algumas notas fiscais que, embora escrituradas não foram consideradas no levantamento fiscal pelo autuante. Alegou também que por se tratar de infração por descumprimento de obrigação acessória e algumas notas fiscais constarem também no levantamento fiscal da infração 02 deveria a exigência das infrações 04 e 05 serem absorvidas por aquela infração. Ponderou também o autuado que diversas mercadorias destinadas ao ativo fixo e ao consumo do estabelecimento, por se encontrarem com a fase de tributação encerrada deveria ser alcançadas pela multa de 1%, e não pela multa de 10%.*

*No que diz respeito à infração 04, depois examinar cada uma das ponderações do impugnante, verifico que somente deve prosperar a falta de inclusão no levantamento fiscal das Notas Fiscais de nºs 9172, 9173, 9741, 38519, 33683, 107112, 33817, 33825, 9002, 34312, 58457, 43717, 106510, 149739, 149740, 149741, 149772, 149774 e 30535, comprovadamente escrituradas no LRE e, equivocadamente, não consideradas pelo autuante. Constato que o novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante e acostado às fls. 478 e 481, contempla a exclusão das notas fiscais efetivamente escrituradas em relação reduzindo o valor do débito para R\$27.298,79.*

*Entretanto, entendo que deve ser aplicada a retroatividade benigna nos termos da alínea “c”, inciso II, do art.106, do CTN e considerando a alteração no inciso IX do art. 42 da Lei 7014/96, dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, o percentual de 10% da multa indicada no Auto de Infração em decorrência da entrada no estabelecimento autuado de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, deve ser reduzido para 1%.*

*Assim, concluo pela subsistência parcial da infração 04, passando o valor do débito para R\$2.729,88.*

*Já em relação à infração 05, do mesmo modo, constato que também devem ser excluídas as Notas Fiscais de nºs*

493, 510, 520, 549, 626, 10730, do levantamento fiscal, por restar comprovado nos autos que constam a efetiva escrituração desses documentos fiscais no LRE. Assim, acato o novo demonstrativo elaborado pelo autuante, fls. 479 e 480, remanescendo reduzido o débito desse item do Auto de Infração para R\$1.800,92.

No que diz respeito à solicitação para absorção pela infração 02 das notas fiscais arroladas também nas infrações 04 e 05 que cuidam de irregularidade por descumprimento de obrigação acessória, não vejo, no presente caso, como acolher o pleito da defesa, tendo em vista a natureza distinta das infrações envolvidas sem conexão alguma entre o cometimento de cada uma delas.

Por tudo isso, mantenho parcialmente a exigência da infração 05 no valor de R\$1.800,92, apurado no novo demonstrativo apresentado pelo autuante, fls. 481 e 482.

No tocante ao pedido de representante do autuado

Quanto ao pedido do autuado para que as intimações relativas ao presente processo sejam encaminhadas ao seu escritório dos profissionais regularmente constituídos, ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço requerido. Observo, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade das intimações, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF-BA/99.

Nos termos expendidos, concluo pela subsistência parcial da autuação, consoante demonstrativo comparativo.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

A 3ª JF interpôs Recurso de Ofício de sua decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 1538 a 1541, opondo-se ao decurso naquilo que se refere as Infração 2 e 4, aduzindo as seguintes alegações.

Com referência à Infração 2, ratifica os argumentos defensivos, rogando que a CJF deva analisar com isenção as explicações acerca das Notas Fiscais nºs 149739, 149740, 149741, 149 772 e 149774 (a Nota Fiscal nº 150663 já foi excluída da cobrança), todas da Heatcraft do Brasil Ltda, pois alega que houve o pagamento da diferença de alíquota sobre os ativos fixos, escriturados nos livros fiscais próprios.

Explica que os bens foram inicialmente adquiridos pela filial I.E. nº 73.903.640, sendo registradas no correspondente LRE (cópia já anexada ao processo). Assegura que as diferenças de alíquota devidas, foram pagas através da Denúncia Espontânea nº 600000.3345/08-7 em 09/12/2008. Prossegue, explicando que, tendo a Autuada obrigações com o seu fornecedor, eis que não conseguiu quitar os equipamentos comprados, realizou, junto à Heatcraft do Brasil, e bancos, contratos de créditos para o financiamento dos mesmos bens, ocasionando a devolução. Por conseguinte, houve, em janeiro de 2009, devolução de 90% dos equipamentos para a Heatcraft, com posterior emissão NF’s, em 03/2009, para fins dos financiamentos dos bens. Entretanto, a emissão dessas novas NF’s foi feita contra a Inscrição Estadual nº 73.903.640 (filial) e a liberação do financiamento só poderia ser feita pela Inscrição Estadual nº 40.118.637 (matriz/ autuada). Por força do erro, explica que nova devolução foi feita em 04/2009 (registradas no LRE da filial – já apresentado) e a Heatcraf, no mesmo mês, emitiu outras NF’s em nome da Inscrição correta (Matriz), tudo conforme documentos que diz ter apresentado com a defesa.

Alega, no entanto, que as últimas notas, justamente aquelas que serviram de base para a autuação, foram equivocadamente escrituradas nos livros fiscais da filial e, por via conexa, não apareceram nos livros do estabelecimento autuado. Assegura, contudo, que o pagamento da complementação da alíquota foi realizado de forma anterior, podendo ser apenas por erro formal, relativo à escrituração fiscal. Afirma restar claro que os pagamentos foram feitos e não há o porquê de se cobrar diferença de alíquota sobre os bens em questão, pois em circunstâncias semelhantes, o CONSEF, não obstante o princípio da autonomia dos estabelecimentos, tem decidido pela aplicação de multa formal. Reproduz ementa do Acórdão JF Nº 0189-02/06, em apoio ao seu ponto de vista.

Alega, também, que a questão da redução indevida de base de cálculo, apresentada no curso da ação, torna evidente a alteração da causa de pedir (negada pela JJF). Argumenta que, como a acusação não pode ser modificada, e considerando os pagamentos realizados pela Autuada, não poderia subsistir os valores residuais apresentados no demonstrativo da última diligência, pois tais montantes só aparecem se considerada a questão da redução de BC, caracterizando, como dito, a irregular modificação do pedido. Pleiteia que tais valores, de R\$3.504,82, R\$955,20, R\$8.924,80, R\$5.095,00 e R\$2.825,10, devem ser excluídos da autuação, sem prejuízo de nova cobrança (observado o período decadencial).

De referência à Infração 4, em relação às Notas Fiscais nºs 1539, 1743, 149739, 149740, 149741, 149772 e 149774, que foram utilizadas de forma concomitante para a cobrança da Infração 2, entende que deve ser aplicada a regra da absorção da pena acessória pelo descumprimento da obrigação principal, o que não foi analisado pela JJF, sendo consideradas também as circunstâncias que envolvem as mesmas, explicadas na defesa relativa a Infração 02, que denotam devoluções, financiamentos etc, segundo assegura.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos, pede pelo provimento do presente recurso, a fim de que sejam excluídas as parcelas acima identificadas, relativas aos itens 2 e 4.

Pede deferimento.

Não houve parecer da PGE.

## VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 3ª JJF (Acórdão Nº 0122-03/16) desonerou o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$289.444,12 para R\$43.444,27, em valores atualizados no dia 29/06/16 (vide folha 1530), o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, observo que a redução do valor lançado foi afeta a todas as cinco infrações, sendo amplo, portanto, o efeito devolutivo do presente recurso.

A infração 1 decorreu da conduta assim descrita, *“Utilização indevida de crédito de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto...”*. O Sujeito passivo negou a conduta que lhe foi atribuída, tendo alegado que promoveu os estornos de crédito no momento da saída subsequente com isenção, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça recursal, à folha 241, abaixo reproduzido.

*“Assim é que, de acordo com a documentação anexa, composta por do LRAICMS e de DMA’S, a Autuada, sempre estornou os créditos relativos a mercadorias vendidas (grifo acrescido) com afetação à carga tributária, inclusive pela redução da base de cálculo, ao passo em que, no tocante aos produtos normalmente tributados (linhças etc), os créditos foram mantidos. Não houve, portanto, manutenção indevida de crédito, o que se comprova com a documentação anexa e, se necessário, mediante diligência ou revisão fiscal, o que de logo fica expressamente solicitado.”*

Acostou documentos às folhas 257 a 277 para comprovação do quanto alega.

Em diligência determinada pela JJF, após examinar a documentação apresentada pelo sujeito passivo, o autuante acolheu a argumentação defensiva, tendo opinado pela improcedência da Infração 01, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça informativa, à folha 1472, abaixo reproduzido.

*“1. Infração 01 – 01.02.25. Mediante os esclarecimentos trazidos, nesta oportunidade, e após uma análise mensal e individualizada das notas fiscais e dos valores totais apresentados nos demonstrativos elaborados pelo contribuinte e o conseqüente confronto dos seus valores com os lançados nos campos Débito do Imposto - Estorno de Crédito, das DMAs e dos Livros de Apuração do ICMS do período. Concluimos, salvo melhores interpretações, por acatar as razões da impugnante, desconsiderando-se os valores anteriormente apurados*

*na infração (grifo acrescido)."*

A JJF acolheu o opinativo do autuante, tendo julgado improcedente este item da autuação.

Examinando as cópias do livro Registro de Apuração do ICMS, acostadas pelo sujeito passivo às folhas 257 a 277, é possível constatar que o contribuinte promoveu os estornos no período fiscalizado, tendo, efetivamente, feito prova do fato modificativo alegado.

Não há, portanto, reparo a ser feito à decisão de piso. Infração insubsistente.

A infração 2 decorreu da conduta assim descrita, *"Falta de recolhimento do 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..."*. O Sujeito passivo alega ter feito denúncia espontânea do débito exigido, bem como que efetuou o lançamento de algumas outras notas no seu LRE, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça recursal, à folha 241, abaixo reproduzido.

*"06. Com referência ao item 02, de logo cumpre observar que a autuação não levou em consideração os pagamentos efetuados através da Denúncia Espontânea nº 600000.2601/08-0, conforme cópia anexa, englobando as notas fiscais 14796, 941 e 451, respectivamente de março e abril de 2008. A NF de nº 14796, da Leon Heimer S/A, foi lançada no LRE, com seus reflexos no LRAICMS, em 02/2008. Entretanto, o digno Auditor fiscal fez a apuração considerando-a para o mês 03/2008, e não observou o lançamento no LRE mês 02/2008, bem como o parcelamento feito para complementar o ICMS do diferencial de alíquota da referida NF."*

Após o cumprimento de diligência fiscal, determinada pela JJF, o autuante acata parte das alegações defensivas, com base na documentação acostada ao processo, conforme considerações que tece às folhas 1474/1475, em trecho abaixo reproduzido.

*"As notas fiscais números 14796, 941 e 451, dos meses 02, 03 e 04/2008, respectivamente, o contribuinte diz que o diferencial de alíquota relativo a elas foi pago, pelo estabelecimento autuado, através da Denúncia Espontânea nº 600000.2601/08-0, fl. 279, de 16/09/2008.*

*Os argumentos defensivos não condizem com o fato ocorrido, basta verificar nas folhas do livro Registro e Apuração, dos meses 02, 03 e 04/2008, no quadro Débito do Imposto, item Outros Débitos, conforme determina o § 11 do Art. 69, acima citado, para perceber que não constam valores lançados a título de diferencial de alíquota, bem como nas DMAs dos referidos meses. Com relação aos meses citados, na Denúncia Espontânea referida acima, constam os valores do imposto a recolher apurado em cada um deles, porém, sem a inclusão em conjunto com os demais débitos, dos valores relativos ao diferencial de alíquota.*

*As notas fiscais números 4501 e 3378 do mês de dezembro de 2008, apesar de terem sido lançadas indevidamente no livro de entradas da filial, foi constatado que o valor do diferencial de alíquota alusivo a elas fora pago pela filial juntamente com os demais débitos através da Denúncia Espontânea nº 600000.0135/09-0 de 15/01/2009, conforme documentos juntados ao processo pelo contribuinte em atendimento ao solicitado na diligência fiscal.*

*Os referidos documentos fiscais foram excluídos da infração..*

*A nota fiscal nº 1539 foi lançada indevidamente na filial, porém, após a análise dos documentos apresentados pelo contribuinte, foi verificado que o valor de R\$ 375,00, relativo ao diferencial de alíquota, foi pago juntamente com os demais débitos lançados no Livro Registro de Apuração do ICMS, conforme documentos juntados ao processo pelo contribuinte em atendimento ao solicitado na diligência fiscal.*

*Nesta oportunidade, a nota fiscal foi excluída da infração..*

*Com referência as notas fiscais números 149739, 149740, 149741, 149772, 149774, todas do mês 04/2009, o contribuinte, nesta oportunidade faz o seguinte relato: "Houve a compra desses equipamentos no mês de julho setembro de 2008 pela filial, IE nº 73.903.640. Em sequência, houve a apuração e pagamento do diferencial de alíquota, através de DAES e parcelamento de débito, via denúncia espontânea nº 600000.3345/08-7 (anexo), em 09/12/2008 e a Vitaly Foods, ainda com obrigações a pagar à Heatcraft do Brasil, conseguiu em seus contatos creditícios um financiamento para a compra de tais equipamentos. Por conseguinte, houve em janeiro de 2009, devolução de 90% dos equipamentos para a Heatcraft, com posterior emissão NF's, em 03/2009, enquadradas para os financiamentos dos bens. Entretanto, a emissão dessas novas NF's foi feita com Inscrição Estadual 73.903.640 (ainda na filial) e a liberação do financiamento só poderia ser feita pela Inscrição Estadual nº 40.118.637 (empresa autuada). Por força do erro, nova devolução foi feita em 04/03/2009 e a Heatcraft, no mesmo mês, emitiu outras NF's em nome da Inscrição correta (Matriz). No entanto, essas NF's foram escrituradas nos livros fiscais da filial e não apareceram nos livros da autuada".*

*Após a análise dos documentos juntados ao processo e os esclarecimentos apresentados pelo contribuinte, concluímos por considerar as razões apresentadas, considerando-se que parte do pagamento do diferencial de alíquota das referidas notas fiscais, foi pago, juntamente os demais débitos, através da Denúncia Espontânea nº 600000.3345/08-7 de 09/12/2008. Contudo, concluímos que o diferencial de alíquota de todas as notas fiscais foi calculado, pelo contribuinte, com base de cálculo reduzida, levando-se em conta o benefício concedido pela Cláusula quinta do Convênio 52/91, quando, na verdade, apenas a nota fiscal nº 149739 com código NCM/SH nº 84.186.999, cujo produto está incluído no anexo I do referido acordo interestadual, está habilitado ao benefício da redução da base de cálculo. Os produtos constantes das demais notas fiscais, todos com código NCM nº 84.189.900, não estão incluídos no Anexo I, e, portanto, não fazem jus ao benefício.*

*Foi deduzido do valor devido o correspondente a R\$ 10.813,07 declarado no quadro Débito do Imposto - item Outros Débitos, do Livro de apuração do ICMS do mês 07/2008 da filial, constante da DE nº 600000.3345/08-7 acima citada.*

*Com referencia a nota fiscal nº 1743 de 06/04/2009, verificamos que o produto nela descrito com código NCM/SH 84.186.999, está inserido no Anexo I do Convênio 52/91, ou seja, goza do benefício da redução da base de cálculo estabelecida na Cláusula quinta do referido acordo.*

*Como os Estados de origem e destino das notas fiscais (PE e BA) estão na mesma região (Nordeste), a carga tributária total, conforme estabelece a Cláusula quinta do acordo, seria em ambos os estado no percentual correspondente a 8%, portanto não haveria diferencial de alíquota a cobrar.*

*A referida nota fiscal foi também excluída da infração..*

*Com referência a nota fiscal nº 150663, a entrada ocorreu em 11/05/2009 e não 28/04/2009 como consta no demonstrativo anterior. Constatamos que o diferencial de alíquota alusivo a ela no valor de R\$ 305,51, foi pago pela matriz juntamente com os demais débitos lançados no Livro Registro de apuração do ICMS do mês 05/2009..”*

A decisão de piso, mais uma vez, acolheu o novo demonstrativo de débito acostado pelo autuante, após tecer considerações acerca de cada uma das notas fiscais listadas. Entendo, por isso, que restou acertada e devidamente fundamentada a redução do valor lançado, não havendo reparo a fazer, neste aspecto.

Quanto à Infração 3, a acusação fiscal consistiu em “*falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento ...*”. O sujeito passivo nega que tenha feito a aquisição das mercadorias listadas no lançamento fiscal, tendo alegado que a nota fiscal acostada ao processo foi emitida contra estabelecimento diverso do autuado, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 244, abaixo reproduzido.

*“15. O item 03 é ineficaz, na medida em que a NF 146558, em anexo, foi emitida contra estabelecimento diverso, da própria Autuada.”*

Em que pese o autuante não acolha a alegação defensiva, noto que o julgador de piso decidiu de forma acertada, ao julgar improcedente a presente infração, pois os dados constantes da Nota Fiscal nº 146558 (folha 52) indicam que as mercadorias ali listadas não se destinaram ao estabelecimento autuado, mas a estabelecimento filial, situado na mesma cidade de Vitória da Conquista. Assim, não há reparo a ser feito à decisão de piso. Infração insubsistente.

Quanto à Infração 4, a acusação fiscal consistiu em “*Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal ...*”. O sujeito passivo suscita várias questões em sua defesa, as quais serão objeto de consideração quando da apreciação do Recurso Voluntário. A redução do valor lançado se relacionou, aqui, a dois fatores. O primeiro foi a aplicação retroativa da Lei nº 13.461/15, que reduziu o percentual da multa aplicável à conduta de falta de registro de mercadorias sujeitas à tributação na escrita fiscal, no que andou bem a JJF, pois tal entendimento deflui do disposto no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, cujo texto reproduzo abaixo.

*“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

*...*

*II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:*



...  
c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

O outro fator que levou à redução do débito foi a constatação de que o sujeito passivo escriturou os Documentos Fiscais nºs 9172, 9173, 9741, 38519, 33683, 107112, 33817, 33825, 9002, 34312, 58457, 43717, 106510, 149739, 149740, 149741, 149772, 149774 e 30535, conforme pontua a decisão de piso à folha 1527.

O exame das cópias do livro Registro de Entradas, acostadas às folhas 389 a 408, evidenciam que o contribuinte registrou, efetivamente, os documentos fiscais citados, não havendo reparo a ser feito à decisão da JJF, neste aspecto.

Assim, não dou provimento ao Recurso de Ofício no que se refere à Infração 4.

Quanto à Infração 5, a acusação fiscal consistiu em “*Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, ...*”. O sujeito passivo reconheceu, parcialmente, o lançamento, tendo alegado, contudo, que lançou, no seu LRE, as Notas Fiscais nºs 493, 510, 520, 549, 626 e 10730, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 246, abaixo reproduzido.

*“19. O item 5 é procedente em parte, e a Autuada já providenciou a devida quitação do valor reconhecido, estando as notas 493, 510, 520, 549, 626 e 107530 (na verdade é 10730), em consonância com o LRE anexo, devidamente lançadas.”*

Em sua informação fiscal, o autuante acata as alegações defensivas, tendo reduzido o valor lançado, com a exclusão das notas fiscais acima referidas, conforme folha 444, em trecho abaixo reproduzido.

*“Ao analisarmos os fatos citados pela defesa, concordamos com os argumentos apresentado lembrando que as notas fiscais acima citadas foram devidamente excluídas do levantamento, oportunidade em que elaboramos outro demonstrativo contendo os novos valores apurados.”*

O exame das folhas 425 a 436 é revelador de que as notas fiscais acima citadas foram objeto de lançamento na escrita fiscal da empresa autuada, sendo acertada a exclusão de tais documentos da autuação. Assim, decidiu corretamente a JJF ao acompanhar o opinativo do autuante, não havendo reparo a fazer neste ponto.

Assim, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, o contribuinte atacou a decisão de piso apenas naquilo que se reporta às Infrações 2 e 4. Limito, assim, a análise a essas duas infrações.

Quanto à Infração 2, a acusação fiscal consistiu em “*Falta de recolhimento do 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, ...*”. O Sujeito passivo alega ter feito denúncia espontânea do débito exigido, bem como que efetuou o lançamento de algumas outras notas no seu LRE, conforme já explicitado na análise do Recurso de Ofício.

Após o cumprimento de diligência fiscal, determinada pela JJF, o autuante acatou parte das alegações defensivas, com base na documentação apresentada pela empresa, conforme considerações que tece às folhas 1474/1475, em trecho já reproduzido. A decisão de piso acolheu o novo demonstrativo de débito acostado pelo autuante.

O sujeito passivo insurgiu-se contra a decisão de piso, tendo afirmado que houve o recolhimento do DIFAL relativamente às Notas Fiscais nºs 149739, 149740, 149741, 149742 e 149774, escriturados nos livros próprios.

Analisando a documentação acostada ao processo pelo sujeito passivo, folhas 1297 a 1441, é possível concluir que as notas fiscais acima citadas não foram escrituradas no livro fiscal do estabelecimento autuado, conforme confessa o próprio sujeito passivo, à folha 1539, em trecho destacado a seguir.

*“... No entanto, as últimas notas, justamente aquelas que serviram de base para a autuação, foram equivocadamente escrituradas nos livros fiscais da filial e, por via conexa, não apareceram nos livros do estabelecimento autuado. ...”*

Ora, se os documentos fiscais não foram escriturados nos livros do estabelecimento autuado, não podem ter ensejado qualquer recolhimento em benefício da matriz, cuja autonomia escritural está consagrada na legislação.

Os eventuais recolhimentos que, porventura, tenham sido feitos em nome de outros estabelecimentos não podem ser contabilizados em prol da autuada, sem que antes o sujeito passivo tenha adotado as providências devidas para corrigir as informações constantes do Documento de Arrecadação, conforme estabelece a Orientação Técnica OTE 1003/2000 em seu item “5”, abaixo reproduzido.

*“5. De acordo com a natureza dos erros cometidos, as unidades fazendárias deverão adotar os seguintes procedimentos:*

*...*

*b) Quando se tratar de documento preenchido com erro(s) pelo contribuinte e processado corretamente (do modo que foi preenchido) pelo banco:*

*...*

*b.2) Em caso específico de erro no preenchimento dos campos relativos a inscrição estadual, CNPJ/CPF, e nome da empresa, que acarrete em recolhimento do imposto para outro contribuinte, será necessário a declaração deste, confirmando que o recolhimento efetuado para sua empresa foi de fato indevido, ocasião em que a repartição fazendária fará constar parecer da fiscalização, com base na verificação dos livros fiscais da empresa requerente, bem como nos livros fiscais da empresa beneficiária, do equívoco no preenchimento do DAE. Encaminhar à GEARC somente os casos de contribuinte de outra circunscrição fiscal.*

*...”*

É importante destacar que o documento de arrecadação é, mais do que prova do recolhimento do imposto, um título representativo de crédito perante o Estado, consubstanciado no valor que foi transferido aos cofres públicos. Assim, é inaceitável que mais de um contribuinte/estabelecimento possa titularizar o direito cartulado pelo DAE, sob pena de se abrir possibilidades de prática de fraudes fiscais, na medida em que o recolhimento pudesse ser oposto ao Fisco, por qualquer um dos entes fiscalizados. Nesse sentido, a correção do erro se faz necessária para dar segurança jurídica ao Estado no exercício da ação fiscalizatória.

Ora, não tendo o contribuinte feito prova inequívoca da quitação do tributo devido (fato extintivo), não pode esse colegiado cancelar uma conduta manifestamente ilícita, após o início da ação fiscal. Assim, não acolho as alegações recursais no que se refere aos documentos fiscais Notas Fiscais n<sup>os</sup> 149739, 149740, 149741, 149742 e 149774, não lançados na escrita fiscal do estabelecimento autuado.

Ainda em relação à Infração 2, o sujeito passivo alega que a redução dos valores lançados relativamente às Notas Fiscais n<sup>os</sup> 149739, 149740, 149741 e 149772 teria resultado em alteração da fundamentação do lançamento, o que exigiria, segundo defende, a reabertura do prazo de defesa.

Não há como ser acolhida a alegação defensiva, pois a redução do lançamento foi fruto da dedução dos valores objeto do oferecimento de denúncia espontânea, pela empresa, sem que disso tivesse decorrido qualquer surpresa para o sujeito passivo.

De fato, o valor lançado se baseou na aquisição de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado, fato deflagrador do surgimento da obrigação tributária. Como não houve recolhimento no prazo regulamentar, o autuante constituiu o crédito tributário, mediante a exigência de todo o valor devido. A atividade probatória desenvolvida pela empresa autuada foi que noticiou da existência de pagamento parcial do crédito lançado. Se há razão jurídica para um recolhimento menor, basta que o sujeito passivo o mencione, sendo desnecessária a reabertura do prazo de defesa, em sessenta dias para tal.

Assim, não vislumbro qualquer prejuízo à autuada, devendo-se ressaltar que o tipo infracional

não restou alterado pela redução dos valores lançados, haja vista que o recolhimento de ICMS a menos é, também, uma conduta que se enquadra no tipo “falta de recolhimento”, previsto no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Como não houve prejuízo à defesa, não há de se falar em nulidade da infração. Mantenho a Decisão recorrida neste ponto, a qual não merece reparo.

Quanto à Infração 4, a acusação fiscal consistiu em “*Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, ...*”. Após o cumprimento de diligência fiscal, determinada pela JJF, o autuante acatou parte das alegações defensivas, com base na documentação apresentada pela empresa, conforme demonstrativo que acosta à folha 478. A decisão de piso acolheu o novo demonstrativo de débito acostado pelo autuante.

A recorrente alega que as Notas Fiscais nºs 1539, 1743, 149739, 149740, 149741, 149772 e 149774 não poderiam figurar no demonstrativo de débito da Infração 4, pois já foram objeto de lançamento na Infração 2, o que configuraria *bis in idem*.

Analisando as infrações 2 e 4, é possível constatar que se tratam de duas condutas autônomas, pois a falta de pagamento do difal (Infração 2) não é mera consequência da falta de registro das notas fiscais respectivas. De fato, é possível imaginar que o sujeito passivo tenha registrado os documentos fiscais e, ainda, assim, não tenha efetuado o pagamento do diferencial de alíquotas, numa prova inconteste de que estamos tratando de condutas autônomas. Assim, não acolho a alegação defensiva, neste ponto.

Acolho, contudo, a tese recursal parcialmente para reduzir a multa imposta na Infração 4 em 50%, tendo em vista que a falta de registro das notas fiscais decorreu de erro, inexistindo dolo por parte da empresa. Limito, contudo, a redução da multa às Notas Fiscais nºs 1539 e 1743, pois somente em relação a esses documentos foi feita a exigência fiscal do imposto na Infração 2.

Assim, reduzo a multa imposta na Infração 4 para R\$1.646,08, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.

NNF	Data	Valor Total	PERC	VALOR	MULTA 1%	RED. JULGAM.
9172	03/01/2008	1.263,58	10%	126,35	R\$ 12,64	R\$ 12,64
9173	03/01/2008	510,57	10%	51,06	R\$ 5,11	R\$ 5,11
	<b>TOTAL</b>	1.774,15	10%	<b>177,41</b>	R\$ 17,74	R\$ 17,75
9741	08/02/2008	339,53	10%	33,95	R\$ 3,40	R\$ 3,40
38519	11/02/2008	138,65	10%	13,87	R\$ 1,39	R\$ 1,39
	<b>TOTAL</b>	478,18	10%	<b>47,82</b>	R\$ 4,78	R\$ 4,78
8641	04/04/2008	3.968,72	10%	396,87	R\$ 39,69	R\$ 39,69
	<b>TOTAL</b>	3.968,72	10%	<b>396,87</b>	R\$ 39,69	R\$ 39,69
10278	15/05/2008	2.137,20	10%	213,72	R\$ 21,37	R\$ 21,37
71032	15/05/2008	1.184,50	10%	118,45	R\$ 11,85	R\$ 11,85
1534	26/05/2008	987,12	10%	98,71	R\$ 9,87	R\$ 9,87
8726	09/05/2008	6.625,38	10%	662,54	R\$ 66,25	R\$ 66,25
34179	09/05/2008	16.313,35	10%	1.631,34	R\$ 163,13	R\$ 163,13
	<b>TOTAL</b>	27.247,55	10%	<b>2.724,76</b>	R\$ 272,48	R\$ 272,48
31962	26/06/2008	16.290,60	10%	1.629,06	R\$ 162,91	R\$ 162,91
	<b>TOTAL</b>	16.290,60	10%	<b>1.629,06</b>	R\$ 162,91	R\$ 162,91
16205	11/08/2008	3.950,00	10%	395,00	R\$ 39,50	R\$ 39,50
	<b>TOTAL</b>	3.950,00	10%	<b>395,00</b>	R\$ 39,50	R\$ 39,50
1539	13/03/2009	7.500,00	10%	750,00	R\$ 75,00	R\$ 37,50
	<b>TOTAL</b>	7.500,00	10%	<b>750,00</b>	R\$ 75,00	R\$ 37,50
43067	03/04/2009	1.000,00	10%	100,00	R\$ 10,00	R\$ 10,00
1743	06/04/2009	209.260,25	10%	20.926,03	R\$ 2.092,60	R\$ 1.046,30
	<b>TOTAL</b>	210.260,25	10%	<b>21.026,03</b>	R\$ 2.102,60	R\$ 1.056,30
4180	25/05/2009	1.518,50	10%	151,85	R\$ 15,19	R\$ 15,19
	<b>TOTAL</b>	1.518,50	10%	<b>151,85</b>	R\$ 15,19	R\$ 15,19

<b>TOTAL</b>	R\$ 27.298,80	R\$ 2.729,88	<b>R\$ 1.646,09</b>
--------------	---------------	--------------	---------------------

*Ex-positis*, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

#### VOTO DIVERGENTE

Em que pese o brilhantismo do voto proferido pelo Ilustre relator, divirjo do seu entendimento em relação à infração 2 por entender que houve, de fato, um erro escusável por parte do contribuinte ao escriturar na LRE da filial as Notas Fiscais nºs 149739, 149740, 149741, 149742 e 149774 referentes à empresa autuada (matriz).

Por não conseguir cumprir com as obrigações perante os seus fornecedores, a recorrente financiou os bens adquiridos (objetos da autuação), procedendo com a devolução dos mesmos, realizando as devidas emissões das notas fiscais junto à empresa Heatcraf em 03/2009.

A emissão dessas novas NF's foi feita contra a Inscrição Estadual nº 73.903.640 (filial) e a liberação do financiamento só poderia ser feita pela Inscrição Estadual nº 40.118.637 (matriz/autuada). Por força do erro, houve nova devolução em 04/2009 (registradas no LRE da filial apresentado pela recorrente) e a Heatcraf, no mesmo mês, emitiu outras NF's em nome da Inscrição correta (Matriz).

Este equívoco ensejou no entendimento do Fisco de que a empresa não procedeu com o recolhimento da DIFAL. De fato, o Fisco não tinha como saber do pagamento realizado pela filial, já que a autuação se deu contra a empresa matriz.

Por este motivo, há razão de existir em relação à infração 2, todavia não há razão de prosperar, já que foi devidamente comprovado pela empresa recorrente que houve o pagamento do imposto cobrado. O que está claro aqui é que houve um erro na escrituração das referidas NF's.

A recorrente comprova o recolhimento da DIFAL, paga através da Denúncia Espontânea nº 600000.3345/08-7 (fls. 1297 e 1441), o que demonstra a ausência de dolo por parte da empresa autuada.

Entendo que, por toda alegação efetivamente comprovada pela empresa recorrente, não houve prejuízo para o Fisco, já que incontestemente o pagamento da DIFAL. Apesar do não cumprimento da Orientação Técnica OTE 1003/2000, item "5", como bem apontou o Relator Luiz Alberto Amaral, não se pode desconsiderar o recolhimento efetuado, sendo caso claro de aplicação de multa formal, estipulada em 50%, com base no art. 158 do RPAF/99 c/c art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, as quais preceituam que:

*Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.*

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.*

No pertinente à infração 4, a qual trata de "Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a junho e agosto a dezembro de 2008, março a maio e julho de 2009. Foi indicada multa no montante de R\$64.865,43, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias.", resta claro que, conforme o alegado acima, há que se proceder com o devido cancelamento da infração em relação às Notas Fiscais nºs 1539, 1743, 149739, 149740, 149741, 149772 e 149774.

Apesar das infrações 2 e 4 serem diferentes, o que mudaria a autuação, a mesma se deu de forma correta e possível. O Fisco procedeu de forma acertada ao imputar à empresa recorrente a infração 2, já que a autuada trata-se da empresa matriz e o pagamento da DIFAL foi realizado pela

empresa filial. Ocorre que, no decorrer da instrução processual, restou comprovado o pagamento da DIFAL através da empresa filial, o que foi justificado pela recorrente, caracterizando, desta forma, o erro de escrituração devida na LRE.

Assim, por todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser reformada a Decisão de piso.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para reformar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206984.0004/11-5**, lavrado contra **VITALY FOODS NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.091,65**, acrescidos da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$3.447,02**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário) – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral Oliveira, Eduardo Ramos de Santana e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Recurso Voluntário) – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Rodrigo Lauande Pimentel e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO DIVERGENTE  
(Recurso Voluntário)

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS