

**PROCESSO** - A. I. Nº 206955.0022/14-5  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - VESCON EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0014-01/17  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 07/08/2017

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0182-11/17**

**EMENTA. ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE CONTRATADA JUNTO À MICROEMPRESA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** No período objeto da autuação a transportadora não constava como optante pelo Simples Nacional. Inexistia qualquer restrição ou vedação na legislação do ICMS para que uma microempresa não optante pelo Simples Nacional destacasse o imposto no documento fiscal e, conseqüentemente, o tomador do serviço utilizasse o crédito fiscal. **Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DE USO/CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** Diligência fiscal comprova que parte das mercadorias estão contempladas com o benefício fiscal de redução de base de cálculo. Parte das mercadorias foram objeto de devolução. Reformulado o demonstrativo original o que resultou na redução do débito. **Infração parcialmente subsistente. Reformulada a Decisão recorrida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 10% DO VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS.** Comprovado que parte das notas fiscais foram canceladas pelos emitentes. Aplicado o princípio da retroatividade benéfica para corrigir o percentual da multa aplicada de 10% para 1%, em razão da alteração da redação do inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pela Lei nº 13.461, de 10/12/15. **Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão por maioria quanto à infração 3.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela R. 1ª Junta de Julgamento Fiscal com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Parcialmente Procedente a exigência fiscal. O lançamento de ofício foi lavrado em 26/06/2014, para exigir ICMS e multa no valor de R\$835.880,71, em razão do suposto cometimento de 06 infrações, das quais são objeto do apelo as infrações 01, 03, 04, a seguir transcritas:

*Infração 01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS e referente à aquisição de serviço de transporte junto à microempresa ou empresa de pequeno porte, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$87.950,90, acrescido da multa de 60%. Consta que a prestação dos serviços de transporte foi realizada pela empresa José da Cruz Negreiros – ME, que se encontrava na condição de microempresa desde 1984;*

*Infração 03. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinada a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho, novembro e dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$38.383,76, acrescido da multa de 60%;*

*Infração 04. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$650.309,90,*

*correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias. Período de ocorrência: 31/12/2011 e 31/12/2012;*

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 1ª JJF, que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração conforme os seguintes argumentos esposados no voto, reproduzido abaixo, *in verbis*:

### **VOTO**

*O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de seis infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.*

*Inicialmente, no que concerne a preliminar de nulidade do lançamento atinente à infração 3, por cerceamento do direito de defesa, observo que a alegação defensiva de que a autuante limitou-se a informar em planilha intitulada “Débito de Diferencial de Alíquota - Ativo imobilizado/Material de uso e consumo - Listas de notas/itens” , o valor que considerou devido por período, sem, contudo, identificar os documentos fiscais objeto da recusa, não merece prosperar.*

*Isso porque, contrariamente ao alegado pelo impugnante, as planilhas elaboradas pela autuante indicam sim os números das notas fiscais arroladas no levantamento, inclusive com detalhamento dos itens, permitindo plenamente o exercício do direito de defesa e do contraditório.*

*Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de invalidar o lançamento referente à infração 3.*

*No mérito, relativamente à infração 1, constato que não há como subsistir a autuação.*

*A acusação fiscal é de que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de serviço de transporte junto à microempresa. Precisamente, junto a microempresa José da Cruz Negreiros – ME, que se encontrava nesta condição desde 1984, conforme consta no Auto de Infração.*

*Ocorre que a empresa José da Cruz Negreiros – ME não constava como optante pelo Regime Simples Nacional no período objeto da autuação, i.e., janeiro de 2010 a dezembro de 2012, mas sim na condição de microempresa, portanto, sujeita ao regime normal de apuração.*

*Na realidade, conforme consta nos “Dados Cadastrais” do contribuinte existente na SEFAZ/BA, a opção pelo Simples Nacional foi realizada pela microempresa José da Cruz Negreiros – ME, apenas a partir de 01/01/2013, desse modo, fora do período objeto da autuação.*

*Assim sendo, no período objeto da autuação inexistia qualquer restrição ou vedação na legislação do ICMS para que uma microempresa não optante pelo Simples Nacional - reitere-se, como era o caso da empresa José da Cruz Negreiros – destacasse o imposto no documento fiscal e, conseqüentemente, o tomador do serviço utilizasse o crédito fiscal, haja vista que plenamente legítimo.*

*Vale consignar que, no presente caso, a questão suscitada pelo impugnante de se tratar de frete CIF razão pela qual faria jus ao crédito fiscal objeto da glosa não tem nenhuma relevância. Isto porque, conforme já explanado, inexistia qualquer vedação para que o prestador de serviço de transporte inscrito na condição de microempresa destacasse o imposto devido e o tomador do serviço - autuado - utilizasse o crédito.*

*A questão suscitada pelo impugnante de se tratar de frete CIF seria cabível se a acusação fiscal estivesse fundamentada na glosa do crédito fiscal por se tratar de frete FOB ou CIF, o que, certamente, não é o fulcro do lançamento em exame.*

*Diante disso, este item da autuação é improcedente.*

*(...)*

*Quanto à infração 3, cabe observar que, na busca da verdade material, o feito foi convertido em diligência em duas oportunidades. A primeira, dirigida à IFEP/INDÚSTRIA. A segunda, à Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC/CONSEF).*

*Na segunda diligência, conforme esclarecido pela ilustre diligenciadora no Parecer ASTEC Nº. 96/2016, após análises e confrontos dos documentos apresentados, verificou que constam no livro Registro de Apuração do ICMS do autuado, nos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho, novembro e dezembro de 2012, os valores de R\$39.040,86, R\$13.660,93, R\$42.222,97, R\$10.182,26, R\$35.202,56 e R\$42.689,94, correspondentes ao ICMS DIFAL, conforme Registro de Apuração do ICMS apresentado pelo autuado de fls. 2.697, 2.705, 2.694, 2.678, 2.728 e 2.733, nos respectivos meses.*

*Esclareceu a diligenciadora que, a partir dos dados demonstrados pela autuante à fl. 2.602, alterou os valores efetivamente lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, sendo apurada apenas no mês de julho de 2012, a diferença do ICMS DIFAL, no valor de R\$4.540,92, conforme demonstrativo que apresenta à fl. 2.650.*

*Registrou, ainda, que restou comprovado que o autuado lançou a débito o ICMS DIFAL e confrontou com os créditos existentes, resultando na apuração do valor do ICMS devido mensalmente no período objeto da autuação.*

*Entretanto, salientou a diligenciadora que, no confronto dos valores do ICMS DIFAL apurados no livro Registro de Entradas de Mercadorias com os valores lançados no livro Registro de Apuração do ICMS*

constatou a existência de diferenças conforme demonstrativo que apresenta à fl. 2.651.

No referido demonstrativo a diligenciadora apontou a existência de diferenças nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, julho, agosto, setembro e outubro, totalizando o valor de R\$19.652,24 referente ao ICMS DIFAL.

Ocorreu que, o autuado cientificado do resultado da diligência discordou da diferença apurada. Alega que a diligenciadora deixou de considerar “Devolução de Material Uso/Consumo,” referentes a aquisições de outros Estados, dentro de mês. Diz que, para tanto, deveria a diligenciadora analisar, além dos livros Registro de Entradas de Mercadorias e Registro de Apuração de ICMS, o livro Registro de Saída de Mercadorias.

Salienta que, uma breve análise do “Resumo do Livro de Saída de Mercadorias,” em especial as operações registradas com CFOP 6556 (devolução de compra de material de uso e consumo) e 6949 (outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado) é possível verificar os exatos números tidos pela Fiscalização como ICMS DIFAL supostamente devido.

Assinala que, com a finalidade de ilustrar os argumentos acima, apresenta o resumo apenas referente ao mês de janeiro/2012, entretanto, isto ocorre para todos os meses do ano de 2012.

Assevera que, desse modo, as diferenças que a Fiscalização entendeu se tratar de ICMS DIFAL não recolhido, correspondem justamente às devoluções, que são consideradas na DMA como deduções, pois o contribuinte tem direito a esse desconto.

Apresenta os arquivos digitais com os livros Registro de Saídas, Registro de Entradas de Mercadorias, Registro de Apuração de ICMS e recibos de DMAs, referentes ao ano de 2012, para fins de comprovação da regularidade da conduta adotada, bem como da inexistência de débito de ICMS DIFAL passível de cobrança.

Inicialmente, cabe observar que, apesar do esforço da ilustre diligenciadora da ASTEC/CONSEF em trazer aos autos elementos que permitissem chegar a verdade material, verifica-se que o resultado apresentado no Parecer ASTEC Nº. 96/2016 não pode prevalecer.

Primeiro, porque o período objeto da autuação abrange os meses de janeiro, fevereiro, maio, julho, novembro e dezembro de 2012, enquanto o resultado apresentado no demonstrativo de fl. 2.651, traz uma inovação, ou seja, acrescenta os meses de março, junho, agosto, setembro e outubro, além de manter os meses de janeiro, fevereiro e julho, originariamente apontados no Auto de Infração.

É certo que o lançamento originariamente realizado não pode ser modificado com a inserção de novos elementos que venham agravar a infração, em respeito aos princípios do devido processo legal e direito de ampla defesa. Assim sendo, descabe a exigência referente aos meses de março, junho, agosto, setembro e outubro, pois não constantes da autuação originariamente.

Quanto aos meses de janeiro, fevereiro e julho, originariamente apontados no Auto de Infração, observo que a diligenciadora realizou o confronto dos valores do ICMS DIFAL apurados no livro Registro de Entradas de Mercadorias com os valores lançados no livro Registro de Apuração do ICMS e constatou a existência de diferenças apontadas nestes meses conforme demonstrativo que elaborou (fl. 2.651).

O impugnante alega que a diligenciadora deixou de considerar “Devolução de Material Uso/Consumo,” referentes a aquisições de outros Estados, dentro de mês. Diz que, para tanto, deveria a diligenciadora analisar, além dos livros Registro de Entradas de Mercadorias e Registro de Apuração de ICMS, o livro Registro de Saída de Mercadorias.

Coaduno com o entendimento manifestado pelo impugnante. De fato, o simples confronto dos dados constantes nos livros Registro de Entradas de Mercadorias e Registro de Apuração do ICMS, sem a análise conjuntamente com o livro Registro de Saída de Mercadorias, pode implicar em exigência indevida do imposto referente à diferença de alíquotas, haja vista a possibilidade de devolução de compra de material de uso/consumo ou de ativo imobilizado.

No presente caso, precisamente foi o que ocorreu. A análise dos elementos trazidos pelo impugnante permite concluir que procedem as suas alegações quanto à inexistência de ICMS DIFAL a recolher nos meses cujas exigências remanesceram no resultado da diligência, no caso janeiro, fevereiro e julho, haja vista que as diferenças apontadas dizem respeito justamente aos valores que foram objeto de devolução, conforme inclusive consta nos elementos de provas trazidos pelo impugnante, especialmente nas DMAs como deduções.

Diante disso, este item da autuação é insubsistente.

No respeitante à infração 4, alega o impugnante que grande parte das notas fiscais glosadas foram (i) canceladas pelo emitente; (ii) objeto de nota fiscal de entrada em razão do decurso do prazo para cancelamento ou (iii) devidamente escrituradas no mês seguinte a da sua emissão, em razão da data de entrada no estabelecimento..

Observo que na Informação Fiscal a autuante esclareceu que realizou verificação das notas fiscais e excluiu aquelas que foram registradas no livro fiscal e as notas fiscais comprovadamente canceladas, o que resultou no valor retificado desta infração para R\$23.721,38 no exercício de 2011 e R\$92.281,31 no exercício de 2012, totalizando o valor da multa imposta R\$116.002,69.

Ocorreu que o autuado cientificado da Informação Fiscal se manifestou, alegando que algumas notas fiscais mantidas pela autuante foram canceladas pelos respectivos emitentes.

*A autuante se pronunciou sobre a manifestação do autuado afirmando que era necessário que este informasse quais as notas fiscais que foram canceladas, haja vista que já excluía as notas fiscais cujos cancelamentos restaram comprovados no PAF, quando da Informação Fiscal.*

*Em face da controvérsia estabelecida esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à IFEP INDÚSTRIA, a fim de que o autuado fosse intimado a apresentar planilha na qual identificasse as notas fiscais arroladas na autuação que foram canceladas, haja vista que a autuante já excluía as notas fiscais cujos cancelamentos restaram comprovados, quando da Informação Fiscal.*

*A autuante cumpriu a diligência. Esclareceu que verificou as notas fiscais encaminhadas pelo autuado em atendimento à intimação e constatou que se trata de notas fiscais de devolução de emissão dos fornecedores tendo como destinatário o autuado. Contesta tal comprovação. Diz que a infração diz respeito à falta de escrituração fiscal de notas fiscais de entrada.*

*O autuado cientificado do resultado da diligência reiterou que as notas fiscais que não puderam ser canceladas em razão do transcurso do prazo para tal providência, os respectivos fornecedores emitiram notas de entrada para regularizar a entrada das mercadorias. Afirma que as notas fiscais sequer chegaram a lhe ser entregues, razão pela qual nunca foram escrituradas.*

*Diz que, neste sentido, e de modo a facilitar o trabalho da autuante, assim como dos Julgadores, houve por bem obter junto aos seus fornecedores informação quanto ao número das notas fiscais de entrada que acabaram por anular as saídas que lhe eram destinadas, que jamais ocorreram, as quais se encontram em mídia eletrônica anexada.*

*A autuante se pronunciou (fl. 2.601) esclarecendo que excluiu do levantamento as notas fiscais que foram identificadas pelo autuado, nessa fase do processo, como registradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias. Elaborou novo Demonstrativo referente às notas fiscais não escrituradas no livro Registro de Entradas (fl. 2.629), no qual apresenta o total da multa imposta no exercício de 2011 no valor de R\$15.803, 14, correspondente ao percentual de 10% da base de cálculo apurada.*

*Na sessão de julgamento do Auto de Infração em lide, a ilustre representante do autuado ao exercer o direito de sustentação oral de suas razões, aduziu a existência de notas fiscais que foram canceladas pelos fornecedores mediante a emissão de notas fiscais de entradas.*

*Neste sentido, apresentou cópias das notas fiscais de entradas emitidas pelos fornecedores concernentes às devoluções aduzidas, referentes ao exercício de 2012, cujas cópias foram acostadas aos autos na sessão de julgamento, solicitando a exclusão dos referidos documentos fiscais da autuação.*

*O exame das Notas Fiscais trazidas pelo impugnante permite constatar que cabe a exclusão das Notas Fiscais eletrônicas n.ºs 4032, 4039, 4073, 4074, 4075, 4076, 4077, 4091, 4096, 4099, 4164, 4270, 4271, 4347, 4620, 4621, 4683, 4854, 4855, 4989, e 5194, haja vista que, efetivamente, as mercadorias acobertadas pelos referidos documentos não chegaram a adentrar no estabelecimento do autuado, tendo sido objeto de retorno, conforme as Notas Fiscais eletrônicas de entradas emitidas pelos fornecedores.*

*Assim sendo, considerando que o valor total das notas fiscais acima referidas resulta em R\$174.976,03, o valor da multa de 10% que deve ser excluído da planilha elaborada pela autuante na Informação Fiscal de fls. 1782/1.783 importa em R\$17.497,60.*

*Diante disso, considerando que a autuante na Informação Fiscal retificara o valor da multa referente ao exercício de 2012 para R\$92.281,31, com a exclusão da multa no valor de R\$17.497,60, a exigência atinente a este exercício fica reduzida para R\$74.783,71.*

*Desse modo, no exercício de 2011, o valor da multa passa para de R\$15.803,14, enquanto no exercício de 2012 passa para R\$74.783,71, totalizando este item da autuação R\$90.586,85.*

*Entretanto, observo que a redação do inciso IX do art. 42 da Lei n.º 7.014/96, alterada pela Lei n.º 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, passou a multa de 10% para 1%, do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal.*

*Nos termos do art. 106 do Código Tributário Nacional, Lei n.º 5.172/1966, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.*

*Assim sendo, como a alteração acima aduzida passou a multa de 10% para 1%, cabe à aplicação retroativa do novo dispositivo legal ao caso em exame, por se tratar de penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época de ocorrência dos fatos objeto da autuação.*

*Diante disso, retifico, de ofício, a multa imposta na infração 4 de 10% para 1%, passando o valor devido para R\$9.058,68, conforme o demonstrativo abaixo:*

<i>Data de Ocorrência</i>	<i>Multa de 1% (R\$)</i>
<i>31/12/2011</i>	<i>1.580,31</i>
<i>31/12/2012</i>	<i>7.478,37.</i>
<i>TOTAL</i>	<i>9.058,68</i>

(...)

*Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.*

Ao final do seu voto, ante a desoneração ocorrida, a 1ª JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20.12.11.

Mesmo cientificado da Decisão, não houve apresentação de Recurso Voluntário por parte do Contribuinte.

### **VOTO (Vencido quanto à infração 3)**

Temos sob apreciação Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 1ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, por entender Improcedente a infração 1 e 3 e Parcialmente Procedente a infração 4.

Do exame dos fólios processuais, entendo que reparo algum merece o julgado de piso.

A infração 1 versa sobre suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de serviços de transporte junto à micro empresa optante do regime de apuração do SIMPLES NACIONAL.

Entretanto, consoante o constatado pelos julgadores de base, a empresa José da Cruz Negreiros – ME, apesar de ser Micro Empresa, não recolhia imposto por meio do SIMPLES NACIONAL, ou seja, *“no período objeto da autuação inexistia qualquer restrição ou vedação na legislação do ICMS para que uma microempresa não optante pelo Simples Nacional - reitere-se, como era o caso da empresa José da Cruz Negreiros – destacasse o imposto no documento fiscal e, consequentemente, o tomador do serviço utilizasse o crédito fiscal, haja vista que plenamente legítimo”*.

Portanto, abraço o entendimento pela Insubsistência da infração 1.

A infração 3 foi lançada pela falta de recolhimento do ICMS decorrente ao diferencial de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

De ofício constato a divergência entre a descrição da infração (diferencial de alíquotas destinadas a uso e consumo do estabelecimento) com os demonstrativos de fl. 25 e o demonstrativo da diligência fiscal de fl. 2650 que cobram DIFAL tanto sobre mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, bem como aqueles devido ao ativo fixo.

Ora, trata-se de verdadeiro descompasso insanável entre a descrição dos fatos, o enquadramento legal e os demonstrativos fiscais.

Nesta senda, entendo que a exação é nula por falta de certeza e determinação da base de cálculo, consoante o art. 18, IV, a) do RPAF/BA, a seguir transcrito:

#### **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;**

Vencido na questão nulidade devido ao voto de qualidade do Presidente da CJF, por força do art. 154, parágrafo único do RPAF/BA, faço a análise do mérito.

O Contribuinte alegou desde sua defesa inicial que houve vários recolhimentos que foram desconsiderados pela autuação, bem como houve a desconsideração de várias devoluções realizadas por falta de análise todos os livros fiscais, inclusive o livro de Registro de Saídas.

Nesta exação, os autos foram convertidos duas vezes em diligência, sendo que, após a análise dos resultados obtidos, a JJF constatou que não houve o confronto com o livro de Registro de Saídas, onde se verificou a devolução de compras de material de uso/consumo, nos seguintes termos:

*Coaduno com o entendimento manifestado pelo impugnante. De fato, o simples confronto dos dados constantes nos livros Registro de Entradas de Mercadorias e Registro de Apuração do ICMS, sem a análise conjuntamente com o livro Registro de Saída de Mercadorias, pode implicar em exigência indevida do imposto referente à*

*diferença de alíquotas, haja vista a possibilidade de devolução de compra de material de uso/consumo ou de ativo imobilizado.*

*No presente caso, precisamente foi o que ocorreu. A análise dos elementos trazidos pelo impugnante permite concluir que procedem as suas alegações quanto à inexistência de ICMS DIFAL a recolher nos meses cujas exigências remanesceram no resultado da diligência, no caso janeiro, fevereiro e julho, haja vista que as diferenças apontadas dizem respeito justamente aos valores que foram objeto de devolução, conforme inclusive consta nos elementos de provas trazidos pelo impugnante, especialmente nas DMAs como deduções.*

Primeiramente, entendo absolutamente correta a retirada de todos os meses que foram apontados posteriormente, pois, dentro de nosso ordenamento jurídico, não é possível agravar o lançamento tributário com a inserção de novas ocorrências, salvo por meio de novo Auto de Infração, em respeito ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa.

Atuar diferente é burlar todo o sistema legal tributário erigido para dar segurança jurídica.

Por outro lado devemos nos debruçar nos demonstrativos fiscais trazidos em sede de diligência (fl. 2647 e seguintes) que embasaram o julgamento de piso e, conseqüentemente, reflete nesta Decisão.

A conclusão da diligência de fl. 2.650 aponta um débito de R\$19.652,24, imputando novos meses ao que o originalmente fora lançado. Quanto ao remanescente de R\$4.540,92 apontado no primeiro demonstrativo da diligência de fl. 2.650, que cobra Difal sobre o ativo e sobre o consumo, há o apontamento de que o valor total do DIFAL sobre ambas as rubricas foi de R\$175.636,30 e o valor total lançado no RAICMS- DIFAL foi de R\$186.284,08. Ou seja, no computo geral dos meses lançados originalmente, o Contribuinte recolheu a mais o valor de R\$10.647,78.

Claramente não há mais que se falar em imposto devido pelo Contribuinte a título de diferencial de alíquotas, uma vez que, o valor recolhido no período foi, ao menos, R\$10.647,78 superior ao quanto cobrado pelo Fisco nesta exação.

Qualquer cobrança remanescente, em uma das ocorrências, não se configura justo ou, ao menos, cabível.

Assim, diante das provas das devoluções e das desonerações ocorridas durante a diligência da ASTEC, também considero Insubsistente a infração 3.

Por fim, quanto a infração 4, relativa a entrada de mercadoria sem o seu registro na escrita fiscal, julgo que andou bem a JJF, diante dos resultados de ambas as diligências, da própria manifestação da fiscalização e da vigência da Lei nº 13.461, de 10/12/15.

Primeiramente, após a análise pelo próprio autuante dos documentos e argumentos defensivos quanto ao cancelamento por parte do emitente ou à escrituração no mês seguinte ou à falta de entrada da mercadoria, as ocorrências de 2011 e 2012 foram reduzidas de R\$148.969,32 e R\$501.340,58, para R\$23.721,38 e R\$92.281,31, respectivamente.

Seguidamente a nova manifestação do contribuinte de que algumas notas fiscais canceladas pelos emitentes ainda constavam na revisão da fiscalização, houve nova redução na ocorrência de 2011 para R\$15.803,14.

Consta também que, em sessão de julgamento, foram trazidas várias Notas Fiscais Eletrônicas de Entrada, nºs 4032, 4039, 4073, 4074, 4075, 4076, 4077, 4091, 4096, 4099, 4164, 4270, 4271, 4347, 4620, 4621, 4683, 4854, 4855, 4989, e 5194, emitidas pelos fornecedores para cancelar as operações de saída para o Contribuinte no ano de 2012, reduzindo a ocorrência para R\$74.783,71, pois atestariam que as mercadorias não adentraram no estabelecimento autuado.

Assim, a infração seria no valor de R\$90.586,85 (R\$15.803,14 de 2011 e R\$74.783,71 de 2012).

Ademais, a redução de piso decorreu da aplicação da retroatividade benigna, em decorrência dos efeitos da Lei nº 13.461 de 2015, que reduziu o percentual da multa de 10% para 1%, passando a exação 4 a cobrar R\$9.058,68, ao invés dos R\$90.586,85.

Infração 4, Parcialmente Subsistente.

Pelo todo exposto, de ofício, julgo Nula a infração 3, mas, diante do quanto determinado no art. 145, § único, adentro ao exame do mérito também do item 3 e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão da primeira instância, que julgou

Parcialmente Procedente o Auto de Infração.

### **VOTO VENCEDOR (Infração 3)**

Em que pese à boa fundamentação expendida pelo n. Relator, divirjo do seu posicionamento quanto a infração 3.

Quanto a nulidade declarada de ofício pelo n.Relator, observo que no demonstrativo sintético original da fl. 25 e analítico de fl. seguinte foram relacionados produtos adquiridos que foram destinados ao ativo imobilizado. Na descrição da infração foi indicado apenas diferença de alíquota relativo a uso e consumo. Verifico que o contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado, inclusive provocado à realização de diligências fiscais, cujo resultado tomou conhecimento, não havendo prejuízo ao exercício do seu direito de defesa. Por isso, voto pelo não provimento da nulidade declarada de ofício pelo n.Relator.

Constato que em atendimento ao determinado pela 1ª JF (fl. 2.642), a diligente da ASTEC/CONSEF no Parecer nº 96/2016 (fls. 2.642/2.643), informou que:

- a) Tomando como base o demonstrativo elaborado pelo autuante, verificou o livro RAICMS, nos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho, novembro e dezembro de 2012, os valores de R\$39.040,86, R\$13.660,93, R\$42.222,97, R\$10.182,26, R\$35.202,56 e R\$42.689,94, correspondentes ao ICMS DIFAL, conforme Registro de Apuração do ICMS apresentado pelo autuado de fls. 2.697, 2.705, 2.694, 2.678, 2.728 e 2.733, nos respectivos meses. Com base nesses dados reformou o demonstrativo do autuante de fl. 2.602, o que resultou efetivamente em diferença devida apenas no mês de julho de 2012, totalizando valor de R\$4.540,92, cf. demonstrativo da fl. 2.650.
- b) Confrontou o lançamento a débito do ICMS DIFAL registrado pelo autuado no livro de Registro de Entradas de Mercadorias (REM) com os valores lançados no livro RAICMS, tendo constatado a existência de diferenças cf. demonstrativo da fl. 2.651, o que resultou em diferenças nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, julho, agosto, setembro e outubro, totalizando valor de R\$19.652,24.

Na manifestação acerca do Parecer ASTEC Nº 96/2016 (fls. 2.968 a 2.971), o estabelecimento autuado afirmou que a apuração da diferença de R\$19.652,24 de ICMS DIFAL, feita pela diligente, não considerou a “Devolução de Material Uso/Consumo,” cujos valores foram lançados no livro de Registro de Saída de Mercadorias (RSM), tendo transportado para o livro RAICMS apenas a diferença entre os valores lançados nos livros REM e RSM.

Por sua vez, na Decisão proferida a 1ª JF, narrou os fatos e concluiu que o lançamento original não poderia ser modificado “com a inserção de novos elementos que venham agravar a infração”, e que assistia razão ao estabelecimento autuado, por não ter sido considerado as devoluções de material de uso e consumo, que resultou no valor apurado de R\$19.652,24.

Pelo exposto, conclui-se que está correta a fundamentação da 1ª JF quanto à inovação feita pela diligente. Realmente, no demonstrativo elaborado pela fiscalização foi apurado o ICMS DIFAL devido com base valores consignados em notas fiscais de aquisição de material de uso e consumo e o demonstrativo elaborado pela diligente que resultou no valor devido de R\$19.652,24, foi computado apenas os totais mensais apurados pelo contribuinte indicado no livro REM. Ocorre que a empresa comprovou que em relação às mercadorias consignadas nas notas fiscais de entradas, as que foram devolvidas foram lançadas e apuradas no livro RSM, com o valor do ICMS DIFAL correspondente, e foi transportado para o livro RAICMS a diferença entre o valor lançado nos livros REM e RSM. Portanto, o segundo demonstrativo elaborado pela diligente não serve de suporte para a autuação.

Entretanto, com relação ao primeiro demonstrativo que resultou em diferença devida de R\$4.540,92, no demonstrativo da fl. 2.650, a diligente fez os ajustes como determinado pela 1ª JF, considerando a redução de base de cálculo e devoluções consignadas em notas fiscais apresentadas pelo estabelecimento autuado. Este demonstrativo não foi contestado pelo estabelecimento autuado e o mesmo foi reformulado tomando como base o que foi elaborado pela fiscalização.

Quanto aos valores que o n.Relator afirma ter sido recolhido a mais nos outros meses, ressalto que não pode ser objeto de compensação no processo, mas pode ser objeto de pedido de restituição de indébito, nos termos do art. 74 e seguintes do RPAF/BA.

Também, com relação à apuração do ICMS da diferença de alíquota referente a aquisição de bens de do ativo, conforme apreciado na nulidade suscitada, todas as notas fiscais foram relacionadas no demonstrativo analítico elaborado pela autuante, conforme fls. 6 a 46 e o contribuinte apresentou defesa indicando devoluções e redução de base de cálculo.

Assim sendo, a 1ª JJF se equivocou ao fundamentar a Improcedência da infração 3, tomando como base o segundo demonstrativo elaborado pela diligente da ASTEC/CONSEF, quando na verdade deveria tomar como base o primeiro demonstrativo que está correto. Por isso, acolho o primeiro demonstrativo de fl. 2650 e reformulo a Decisão da primeira instância, de Improcedente, para Procedente em Parte a infração 3, com valor devido de R\$4.540,92 apenas no mês de julho de 2012.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à infração 3, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206955.0022/14-5**, lavrado contra **VESCON EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$57.651,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e”, “f”, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessórias no valor total de **R\$15.184,02**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCIDO (Quanto ao mérito da infração 3) – Conselheiras: Rodrigo Lauande Pimentel, Laís de Carvalho Silva e Valnei Sousa Freire.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao mérito da infração 3): Eduardo Ramos de Santana, Paulo Danilo Reis Lopes e Maurício Souza Passos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO  
(Quanto ao mérito da infração 3)

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR  
(Quanto ao mérito da infração 3)

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS