

**PROCESSO** - A. I. Nº 298920.0021/08-7  
**RECORRENTE** - NETUNO ALIMENTOS S/A. (EMPAF)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECUSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0145-02/09  
**ORIGEM** - INFAZ PAULO AFONSO  
**INTERNET** - 24/09/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0265-12/10

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** MATERIAL DE CONSUMO. Foram comprovadas parcialmente as arguições do autuado, cabendo redução do valor exigido. Infração parcialmente caracterizada; **b)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Ficou demonstrado que cabe redução de base de cálculo do item de uma das notas fiscais. Recalculado o imposto devido e reduzido o total exigido na Primeira Instância de Julgamento. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente subsistente. Afastadas as preliminares de nulidade arguidas. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Voluntário interposto pelo sujeito passivo em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0145-02/09, que considerou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, inerente às infrações 1 e 2. O autuado, inconformado com a referida Decisão, apresenta a peça recursal, em relação a todas as infrações, respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, em lide, imputou ao contribuinte a prática das seguintes infrações:

1. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$16.275,62, com multa de 60%.
2. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras localidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 27.578,83, com multa de 60%.

O autuado, às fls. 18 a 37, apresenta a impugnação ao Auto de Infração lembrando que nas operações de remessa/transferência de máquinas e equipamentos usados por mais de 12 (doze) meses, não é devido o diferencial de alíquota, haja vista a alíquota interna, deste Estado, ser inferior à alíquota da unidade de origem federada para as operações interestaduais (Art. 69, II, RICMS/BA) e nas operações de remessa/transferência e aquisição de máquinas e equipamentos usados por menos de 12 (doze) meses ou novos, para fins de cômputo do diferencial de alíquota, deve-se reduzir a base de cálculo do imposto, de tal forma que a carga tributária total corresponda aos percentuais estabelecidos em Convênio ou no RICMS, para as respectivas operações internas (Art. 72, I, II, RICMS/BA).

Entende que o processo para se creditar do ICMS está limitado às matérias-primas, aos produtos intermediários consumidos e aos materiais de embalagem e não há possibilidade de aproveitamento de crédito de ICMS relativo à “base de cálculo do imposto de consumo”. Esclarece que o conceito de produto intermediário, para

ICMS pela Impugnante é aquele que, empregado diretamente no processo produtivo, integra-se ao novo produto. Considera, por extensão, que produto intermediário é também o que, embora não se integrando ao novo produto, é consumido, imediata e integralmente, no processo de beneficiamento ou industrialização.

Quanto à infração 2 esclareceu que os bens adquiridos e recebidos pela Impugnante estão intrinsecamente ligados à atividade-fim da empresa, uma vez que são máquinas e equipamentos destinados ao beneficiamento, processamento e acondicionamento de peixes, crustáceos e frutos do mar em geral (v.g. máquina empacotadora, tanque, caldeira a vapor, balança etc.).

Sendo assim, entende não restar dúvida que a Impugnante faz jus ao crédito fiscal, inclusive a diferença de alíquota, decorrente da aquisição e recebimento de máquinas e equipamentos destinados ao ativo imobilizado da empresa.

Destaca os §§ 11 e 12 do art. 93 e art. 132 do RICMS/BA, afirmando que os mesmos resultam na exigência de se efetuar os lançamentos a débito e a crédito.

Afirma que, neste aspecto, o fato de o contribuinte não recolher o diferencial, não resultou em prejuízo à Fazenda Estadual, na medida em que também não se creditou do valor atinente ao diferencial, descabendo, portanto, a exigência fiscal.

Complementa, assim, que a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro, de uma mesma empresa, configura simples transporte e, por isso mesmo, não é tributável por meio de ICMS.

Considera que, se a alíquota interestadual incidente sobre a transferência realizada pela Impugnante é de 12% (doze por cento) e não incide ICMS na mesma operação realizada no Estado da Bahia, está plenamente configurada a hipótese de não-incidência do diferencial de alíquota, prevista no art. 69, II do RICMS/BA.

Desta feita, por força de previsão expressa e literal do art. 69, II do RICMS/BA, deve-se reconhecer a improcedência do Auto de Infração, uma vez que não é devido o diferencial de alíquota nos casos de transferência de bens do ativo imobilizado com mais de 12 (doze) meses de uso.

O autuante, à fl. 237, apresentou a informação fiscal alegando que o autuado apresentou defesa e após análise procedeu às alterações no que diz respeito à infração 01 e apresenta uma nova planilha com os valores históricos, situação anterior e atual. Em relação à infração 02, bens do ativo fixo do próprio estabelecimento, alega o contribuinte que são produtos transferidos da matriz para a filial, entretanto, observa que, apenas uma nota fiscal nº 192.944 foi emitida pela Netuno Alimentos S.A. da matriz para a filial, conforme xérox à fls. 207 do PAF, com destaque do ICMS. Assim, complementa, a infração 02, também, foi objeto de manutenção do crédito devido pela diferença de alíquota. Diante de tal situação propõe a manutenção do Auto de Infração com as alterações apenas na infração 01 citada anteriormente.

O autuado, às fls. 245 a 262, volta a se manifestar, confirmando os argumentos defensivos já aduzidos em sua manifestação inicial, com exceção dos valores já acolhidos pelo autuante.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal exarou Decisão a fim de resolver o caso em lide, onde, preliminarmente, observou que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal, afastando assim as nulidades arguidas pelo autuado.

Em relação à infração 1, asseverou que as alegações de que parte das mercadorias descritas na planilha integrante do Auto de Infração - Auditoria das Aquisições de Bens de Uso ou Consumo - são consideradas produtos intermediários ou material de embalagem no processo produtivo da empresa, foram corretamente analisadas pelo autuante e excluídas as respectivas mercadorias da exigência, conforme consta das novas planilhas às fls. 238 demonstrativo de débito da infração, indicado à fl. 240, cabendo para R\$12.111,25, conforme consta na coluna “VALOR ATUAL APÓS E

No que tange à infração 2, entendeu que os dispositivos legais e regulamentares deste Estado, não excluem a exigência da diferença de alíquotas nas transferências interestaduais de bens para o ativo imobilizado. Quanto às alegações de que foram transferidos bens com mais de 12 meses destinados ao ativo imobilizado, não foram comprovados com as respectivas notas fiscais que originaram as aludidas aquisições.

Após analisar os itens relacionados na planilha "Auditoria das Aquisições para o Ativo Fixo" asseverou que, com exceção do indicado na Nota Fiscal nº. 45.841, devendo esta ser recalculada (Caldeira de Vapor, código NBM 8402.11.000 a 8402.20.20, constante do anexo 05 do RICMS/BA), as demais não estão arroladas no mencionado anexo, não cabendo, destarte, a pleiteada redução da base de cálculo para efeito do cálculo da diferença de alíquota.

Alegou que a base de cálculo para efeito do apuração da diferença de alíquota, com a aludida redução para alcançar uma carga tributária de 8,8%, é de R\$32.663,53, sobre essa base já reduzida é aplicado o percentual da diferença de alíquotas entre 7% (alíquota interestadual) e 17% (alíquota interna da Bahia) ou seja  $10\% \times R\$ 32.663,53$ , resultando no valor do ICMS devido ao Estado da Bahia, para o item "Caldeira de Vapor", de R\$3.266,35. Salientou que a aludida nota fiscal consta outro item no valor de R\$ 1.900,00, que não cabe a redução da base de cálculo, portanto, deve ser somado o seu valor à base de cálculo do item com redução, acima apurado, que é de R\$ 32.663,53, totalizando, portanto, R\$ 34.563,53 ( $R\$ 32.663,53 + R\$ 1.900,00$ ).

Diante do exposto, em relação à Nota Fiscal n.º 45841, com os dois itens, o valor devido do ICMS, concernente à diferença de alíquota é de R\$ 3.456,35 ( $R\$ 34.563,53 \times 10\%$ ).

Tendo em vista que o valor total, efetivamente devido, relativo à Nota Fiscal nº 45.841, é de R\$3.456,35 e o valor reclamado originalmente foi de R\$ 6.500,00, constante da planilha, às fls. 159 dos autos, no mês 01/07, deve ser reduzido do valor exigido pertinente a essa diferença, que é R\$3.043,65.

Isso posto, na infração 2, que originalmente reclamava em seu demonstrativo de débito do Auto de Infração, no mês 01/07, o ICMS da diferença de alíquotas no valor de R\$ 6.655,23, passa para R\$3.621,58 ( $R\$ 6.665,23 - R\$ 3.043,65$ ).

Sendo assim, concluiu julgando Procedente em Parte o Auto de Infração epigrafado.

O autuado, em seu Recurso Voluntário, interposto tempestivamente, alegou diante da infração 1 que a ausência de recolhimento do diferencial de alíquotas não importou em falta de pagamento do imposto e, nesse ponto, o Auto de Infração é insubsistente. Mas, acaso não se entenda dessa maneira, deve-se reconhecer, no mínimo, que o pagamento do valor cobrado através deste Auto de Infração gera direito incontinente ao crédito imposto.

Tendo em vista o exposto na infração 02 e no voto da 2ª JJE, com fulcro no art. 72, incisos I e II do RICMS/BA asseverou que o fato de o contribuinte não ter recolhido o diferencial, não resultou em prejuízo à Fazenda Estadual, na medida em que também não se creditou do valor atinente ao diferencial, descabendo, portanto, a exigência fiscal.

Salientou que uma simples transferência de máquinas e equipamentos da empresa matriz para a filial não constitui fato gerador do imposto, haja vista não configurar hipótese de transferência de propriedade e muito menos se revestir de natureza econômica.

Prosseguiu sustentando que com base no art. 72, I e II do RICMS/Ba, nas operações de transferência e aquisição de máquinas e equipamentos, para fins de cômputo de diferencial de alíquota, deve-se reduzir a base de cálculo do imposto, de tal forma que a carga tributária total corresponda aos percentuais estabelecidos no Anexo 5 do art. 77, I, "a" do RICMS/BA, para as respectivas operações. Portanto, nas referidas hipóteses, o destinatário final reduzirá a base de cálculo para fins de pagamento do diferencial de alíquota.

Aduz que a diferença de alíquotas deveria ser calculada sobre a base, sobre R\$ 14.860,00, e não sobre o valor total da Nota Fiscal nº

Desse modo, concluiu o raciocínio dizendo que o imposto deveria ser contabilizado em R\$743,00, e não em R\$3.715,00.

Entendeu que o mesmo raciocínio é dispensável às operações envolvendo os aparelhos ou equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (hardware), a exemplo daquelas representadas pelas Notas Fiscais nºs 970.520, 976.176, 00924, 990271, 190, 31.502 e 60.469, que tiveram a base de cálculo reduzida em 58,825% - a carga tributária deve resultar, nesse caso, em 7% -, a teor do que prescreve o art. 87, inciso V, do RICMS.

Diante do exposto, concluiu a sua peça recursal requerendo que seja reformada a Decisão de 1ª Instância, julgando-se improcedente o lançamento em foco.

A PGE/PROFIS apresentou o seu Parecer opinando pelo Não Provitimento do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte. Justificou o seu entendimento, argumentando que diante da infração 1, o contribuinte não poderia, apenas por entender inconstitucional uma norma, deixar de cumpri-la e passar a utilizar créditos não escriturados e não permitidos pela legislação, abatendo-os do diferencial de alíquota por ele devido. No que tange a infração 2, a nobre PGE/PROFIS entendeu que os elementos indevidamente inseridos no lançamento já foram excluídos na Decisão recorrida, por conseguinte não haveria novos fundamentos para outras alterações.

O contribuinte requereu o pagamento à vista de parte do débito relativo ao valor julgado pela 2ª Jf em relação ao Auto de Infração em epígrafe, com os benefícios concedidos pela Lei nº 11.908/2010, reconhecendo assim a procedência desta quantia, tendo sido realizado o presente pedido em 24/05/2010, conforme consta do documento de requerimento acostado aos autos.

## VOTO

Compulsando os autos, verifiquei, preliminarmente, que o presente PAF está revestido de todas as formalidades legais, e como bem asseverou a 2ª Jf: “*não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal*”. Isto posto, devem ser afastadas as arguições de nulidade requeridas pelo autuado em sua peça recursal.

No que se refere à Decisão da 2ª Jf, que alterou o valor original do Auto de Infração, nos termos constantes às fls. 272 e 273 dos autos, entendo que na infração 2, merece reparo o cálculo do imposto relativo à Nota Fiscal nº 192.944 devido às operações de transferência e aquisição de máquinas e equipamentos, para fins de cômputo de diferencial de alíquota como assevera o autuado em seu Recurso Voluntário, devendo-se reduzir a base de cálculo do imposto, de tal forma que a carga tributária total corresponda aos percentuais estabelecidos no art. 72, incisos I e II do RICMS/Ba e, mais especificamente, o inciso II, “a” do art. 77, arrolados no anexo 5.

Por conta disto, constatei que o autuado ao reconhecer parte do débito exarado na Decisão da 2ª Jf, excluiu, acertadamente, o valor de R\$ 3.715,00 em relação à infração 2. Tal valor refere-se ao imposto devido à Nota Fiscal nº 192.944, emitida em 25/07/2007 e no valor de R\$ 74.300,00, conforme cópia autenticada acostada aos autos à fl. 207. O valor cobrado pela 1ª Instância relativo ao imposto da referida Nota Fiscal foi de R\$ 3.715,00, conforme supracitado. Pelo cálculo da 2ª Jf restou o valor principal R\$ 24.535,18, conforme termos do julgamento em 1ª Instância, à fl. 272.

Na referida situação fiscal, deve-se reduzir a base de cálculo para fins de cálculo do diferencial de alíquota. Assim sendo, o valor cobrado deve ser calculado com a redução da base sobre o diferencial de alíquota, ou seja, o imposto devido será calculado sobre a Base de Cálculo reduzida para R\$ 38.461,00, vez que este valor redundará em uma carga tributária de 8,8%, como preceitua o art. 77, inciso II, “a” do RICMS/BA. De pronto, calculando-se a diferença de alíquota entre 12% (alíquota interestadual) e 17% (alíquota interna da Bahia) tem-se o percentual de 5% incidente sobre a base de cálculo reduzida, determinando-se, assim, o valor do imposto devido. No Estado da Bahia, ou seja 5% sobre o valor da Base de Cálculo resultante, o valor do imposto devido passa a ser de R\$ 1.923,05 e não

na Decisão da 2ª JJF, nem tampouco de R\$ 743,00 como pretendido pelo autuado no seu Recurso Voluntário. Por conseguinte, deve-se acrescentar ao valor reconhecido pelo contribuinte, o valor de R\$1.923,05 em relação à infração 2, perfazendo um total de R\$ 22.743,23 (R\$20.820,18 + R\$ 1923,05), dos quais R\$ 20.820,18 já foram recolhidos pelo contribuinte, sobejando o valor de R\$1.923,05 que ainda resta ser recolhido.

Isto posto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Voluntário, para modificar a Decisão recorrida no tocante à segunda infração, na forma acima demonstrada, para julgar PROCEDENTE EM PARTE o presente Auto de Infração no valor de R\$34.854,48, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298920.021/08-7, lavrado contra **NETUNO ALIMENTOS S/A. (EMPAF)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do importe no valor de **R\$34.854,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo homologados os valores comprovadamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

SILVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS