

**A. I. N°** - 206911.0002/11-1  
**AUTUADO** - BRESPEL CIA INDUSTRIAL BRASIL ESPANHA  
**AUTUANTE** - JALDO VAZ COTRIM  
**ORIGEM** - INFAZ ALAGOINHAS  
**INTERNET** - 30.08.2012

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0186-02/12**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Contribuinte não comprovou ter recolhido o imposto de importação. Infração procedente. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. a) BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. b) MATERIAL DE USO E CONSUMO.** É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao seu ativo imobilizado e ao uso ou consumo. Refeitos os cálculos. Infrações parcialmente subsistentes. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.** Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Refeitos os cálculos. Infrações parcialmente subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/07/2011, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$133.236,03, em razão de:

Infração 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$42.031,67, referente a mercadoria destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais. Ref. A operações de Importação de Mercadorias, sem a comprovação do efetivo pagamento do ICMS devido e com indicação do destino dos produtos a filial do estabelecimento localizado em outra unidade da federação, conforme Anexo 01.

Infração 02 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 50.231,85, 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, conforme Anexo 02 e 03.

Infração 03 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$14.594,14, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, conforme Anexos 04 e 05.

Infração 04 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 26.378,37, conforme Anexo 06.

O autuado às folhas 69 e 78, impugnou parcialmente o lançamento tributário, observando em relação a infração 01 que decorre da glosa do crédito fiscal apropriado pelo estabelecimento autuado em decorrência de aquisição de mercadoria importada, desembaraçada no Estado do Rio Grande do Sul, acompanhada de documento fiscal com o devido destaque do imposto. O auditor fundamenta a infração principalmente na falta de comprovação do recolhimento do ICMS no Estado de origem. Entretanto, ao assim agir, ele viola o princípio da não-cumulatividade,

restringindo um crédito constitucionalmente garantido ao contribuinte, pois o ICMS adota uma sistemática não-cumulativa de cobrança, autorizando uma compensação entre o valor devido pelo contribuinte e o montante de imposto em operações anteriores.

Argumenta que toda a entrada de mercadoria no estabelecimento, havendo destaque do ICMS, gera, em favor do adquirente, um crédito fiscal, que deverá ser compensado nas operações de saída posteriores, transcrevendo o art. 155, § 2º, I, da CF, ressaltando que o princípio da não-cumulatividade exige que os Estados e o Distrito Federal, na cobrança do ICMS, considerem o valor do tributo cobrado nas operações anteriores, e confirmam ao contribuinte a faculdade de realizar a compensação (abatimento) deste valor, citando doutrina sobre o tema.

Salienta que a fiscalização, sob o pretexto de falta de comprovação do recolhimento do imposto na operação anterior, está impedindo que o estabelecimento baiano se credite do valor total de ICMS destacado na nota fiscal. Destaca que não há qualquer obrigação, por parte do adquirente, de comprovar o recolhimento do imposto na operação anterior. Nesse sentido, o destaque do imposto na nota fiscal acarreta a presunção legal de recolhimento do imposto da operação, gerando, por conseguinte, o direito constitucional ao aproveitamento integral do crédito fiscal pelo adquirente. Nesse sentido transcreve decisão do Supremo Tribunal Federal:

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITO: APROVEITAMENTO. I. - Tendo havido debitamento do imposto, com destaque em notas fiscais, ocorrerá idêntico aproveitamento do crédito. O acórdão assim decidiu, com base na prova, que não pode ser reexaminada em sede de recurso extraordinário. II. - Agravo não provido.*

*(STF, RE-AgR 20353, Min. Carlos Velloso, 06.10.98)*

Conclui que é notória a ilegalidade do procedimento adotado pela fiscalização ao negar o crédito fiscal correspondente ao valor de imposto destacado na nota fiscal. E se assim é, a infração 01 representa uma afronta ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, o que conduz à sua improcedência.

Em relação as infrações 02 e 03, aduz que identificou três situações indevidamente autuadas pela Fiscalização. São elas (doc. 02, fls. 89 a 136, e doc.03- fls. 137 a 158):

a) Transferência de ativo imobilizado, com mais de um ano de uso, desincorporado da filial para a matriz – aduz que não há incidência do ICMS na desincorporação do ativo imobilizado, razão pela qual não pode ser cobrado o imposto na saída e tampouco o diferencial de alíquota do estabelecimento que lhe der entrada. A previsão legal encontra-se no art. 6º, VIII, RICMS/BA: *Art. 6º O ICMS não incide nas seguintes situações: VIII - saída de bem integrado ao ativo permanente, desde que tenha sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação.* No caso dos autos, as próprias notas fiscais informam que as mercadorias em questão são bens do ativo imobilizado, com mais de um ano de uso, desincorporados do estabelecimento. Logo, a cobrança do ICMS, seja na saída, seja a título de diferencial de alíquotas, esbarra frontalmente na legislação, sendo absolutamente improcedente neste particular. Deste modo, a impugnante requer a exclusão da infração 02 do lançamento das notas fiscais relativas à desincorporação do ativo, devidamente relacionadas na planilha anexa, doc. 02, fls. 89 a 136.

b) Aquisição de mercadorias destinadas ao imobilizado/consumo com redução da base de cálculo, sendo que a Fiscalização desprezou a redução no cálculo do Difal – assevera que outro equívoco das infrações 02 e 03 foi a cobrança do diferencial de alíquotas sobre o valor cheio, desprezando-se a redução da base de cálculo e incluindo-se o valor do IPI. Entende que o diferencial de alíquotas, como um complemento do imposto pago no Estado de origem, deve ser calculado observando-se a redução da base de cálculo incidente sobre a mercadoria e sem a inclusão do IPI (art. 72, RICMS). Sendo assim, deve ser julgada improcedente a cobrança do diferencial de alíquotas na forma calculada pela Fiscalização, tudo conforme as planilhas anexas (docs. 02 e 03).

c) exigência de diferencial de alíquotas sobre aquisições de fornecedores optantes pelo SIMPLES Nacional - estando regidos pela Lei Complementar nº 123/06, os optantes do SIMPLES apuram e

recolhem o ICMS integralidade nas saídas, mesmo interestaduais, o que impede a cobrança do diferencial de alíquotas, cuja natureza é de complementação do imposto devido. Essa assertiva pode ser facilmente extraída da própria legislação tributária estadual, especialmente pelo art. 69 do RICMS/BA, o qual determina a complementação da alíquota apenas no caso de falta de destaque do imposto por benefício concedido sem amparo constitucional pela unidade federada de origem. A contrario sensu, o diferencial não é devido quando o benefício é concedido com amparo constitucional. O benefício consubstanciado no SIMPLES Nacional tem total amparo constitucional, bastando lembrar que o art. 1º da LC 123/06 é quase uma reprodução do art. 179 da Constituição Federal de 1988. Portanto, como o benefício do SIMPLES Nacional possui índole constitucional, não há obrigação legal de recolher o diferencial de alíquotas sobre as mercadorias remetidas por tais contribuintes. E se assim é devem ser excluídas do cômputo das infrações 02 e 03 todas as mercadorias fornecidas pelas empresas relacionadas no doc. 04, fls. 159 a 197, tudo conforme os docs. 02 e 03.

Quanto a infração 04, reconhece que a multa é parcialmente procedente, uma vez que algumas das entradas relacionadas no auto de infração se referem a pedidos cancelados pela impugnante, tudo conforme a documentação encartada no doc. 05, fls. 198 a 210. Assim, requer-se a procedência parcial da infração.

Conclui a peça defensiva requerendo o julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração.

Na informação fiscal o autuante, às fls. 216 a 222, em relação a infração 01, diz que somente seria possível ao contribuinte autuado beneficiar-se do aproveitamento do crédito fiscal do ICMS sobre a importação junto ao Estado da Bahia e erroneamente pago ao Estado do Rio Grande Sul, quando do desembaraço aduaneiro da mercadoria, se o Brasil fosse um Estado unitário, e não uma federação, como efetivamente se acha político e administrativamente organizado. Ademais, é inequívoco que o ICMS sobre a importação é devido ao Estado da Bahia, conforme determina o Art. 573, inciso I e Parágrafo 1º do Decreto 6.284/97, o qual transcreveu.

No tocante a jurisprudência citada na peça defensiva, o STF, RE-aGr 20353, Ministro Carlos Velloso, argumenta que não é demasiado aludir que por se tratar de mercadoria oriunda do exterior, inexistiu operação precedente que envolvesse ICMS, sendo válido, portanto, o questionamento: por que o Estado da Bahia deveria arcar com o ônus do creditamento de valores em favor do autuado, tendo este efetuado o pagamento do ICMS sobre importação, a destinatário diverso do real beneficiário do tributo? A resposta a tal indagação não requer maiores lucubrações, dada a obviedade da matéria: tal prática seria totalmente desprovida de legalidade, por ofender ao princípio da não-cumulatividade, elemento basilar da espécie tributária ICMS.

Relativamente a infração 02, informa que reconhece a pertinência parcial das alegações da defesa, como sejam:

- a) Quanto as transferências de Ativo Imobilizado oriundas de sua unidade localizada no Rio Grande, cujas operações não foram efetivamente gravadas pelo ICMS na origem, reconhece a procedência das alegações do autuado;
- b) Quanto a alegação da não observância pelo Autuante, quanto ao instituto da Redução da Base de Cálculo em algumas operações de aquisição de bens para o Ativo Imobilizado oriundas de outras unidades da federação, reconhece a procedência parcial das alegações da defesa, refutando, porém, a pretensa exclusão do IPI na base de cálculo da DIFAL, haja vista que o Art. 69, Caput do RICMS-BA Dec. 6.284/97 dispõe que a base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquota, é o valor da operação. Entende que, à luz do citado normativo legal, torna-se claro que as alegações defensivas decorrem de erro interpretativo na identificação da base de cálculo para pagamento da diferença de alíquota, confundindo “Valor da Operação” com a base de cálculo do imposto na origem, não sendo essa a disposição legal aplicável ao caso.
- c) Quanto a alegação da exigência indevida do diferencial de alíquotas sobre mercadorias remetidas por optantes do SIMPLES Nacional, regidos pela Lei Complementar nº 123/06, o

autuante refuta as alegações do autuado, argumentando que o benefício alegado concedido através da Lei Complementar nº 123/06 às microempresas e empresas de pequeno porte, é destinado unicamente a estas e não extensivo às empresas regidas pelo regime normal de tributação. Ademais, para o cálculo da diferença de alíquota é levado em conta, a alíquota vigente no estado de origem (Art. 69 Caput do Decreto 6.284/97) e não o tratamento fiscal dispensado exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte, com o fito de proporcionar uma menor carga tributária a estes contribuintes de menor poder econômico e contributivo sob o prisma fiscal, mas, de relevante importância quanto a geração de empregos.

Diante do acatamento em parte, das alegações da defesa, o auditor autuante efetuou os necessários expurgos de valores constantes nos Anexo nºs 02 e 03 e elaborou em substituição os Anexos nºs 07 e 08, respectivamente, o que resultou na redução da infração para o valor de R\$2.411,10.

No tocante a infração 03, também reconhece a pertinência parcial das alegações da defesa, como sejam:

Quanto a alegação de não observância pela fiscalização, alusiva ao instituto da Redução da Base de Cálculo em algumas operações de aquisição de bens para o Ativo Imobilizado, oriundas de outras unidades da federação, o autuante reconhece a procedência parcial das alegações da Autuada, refutando porém, em sua totalidade, a postulação contrária à inclusão do IPI na base de cálculo da DIFAL, haja vista, que o Art. 69, Caput do RICMS-BA Dec. 6.284/97, estabelece que a base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquota, é o valor da operação na unidade federada de origem. Entende que, à luz do citado normativo legal, torna-se claro que as alegações defensivas decorrem de erro interpretativo na identificação da base de cálculo para pagamento da diferença de alíquota, confundindo “Valor da Operação” com a base de cálculo do imposto na origem, não sendo essa a disposição legal aplicável ao caso.

Relativamente ao argumento defensivo da exigência indevida do diferencial de alíquotas sobre mercadorias remetidas por optantes do SIMPLES Nacional, regidos pela Lei Complementar nº 123/06, o autuante refuta as alegações do autuado, argumentando que o benefício alegado concedido através da Lei Complementar nº 123/06 às microempresas e empresas de pequeno porte, é destinado unicamente a estas e não extensivo às empresas regidas pelo regime normal de tributação. Ademais, para o cálculo da diferença de alíquota é levado em conta, a alíquota vigente no estado de origem (Art. 69 Caput do Decreto 6.284/97) e não o tratamento fiscal dispensado exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte, com o fito de proporcionar uma menor carga tributária a estes contribuintes de menor poder econômico e contributivo sob o prisma fiscal, mas, de relevante importância quanto a geração de empregos.

Diante do acatamento em parte das alegações da defesa, o auditor autuante efetuou os necessários expurgos de valores constantes no Anexo nº 05 e elaborou em substituição o Anexo nº 09, o que resultou na redução da infração para o valor de R\$ 14.066,78.

Quanto a infração 04, reconhece a pertinência parcial das alegações da defesa, quanto aos cancelamentos de pedidos de compra efetuados e não acatados tempestivamente pelos fornecedores, conforme demonstrado no doc. 05 juntado pela defendente às fls. XXXX do presente PAF, constando os competentes documentos probantes da devolução das mercadorias. Diante das consistentes provas materiais apresentadas, o Autuante efetuou os necessários expurgos das notas fiscais pertinentes e produziu o Anexo nº 10 em substituição ao Anexo nº 06 originariamente acostado ao PAF em lide, reduzindo o valor da infração para R\$24.757,15.

Conclui informando que o acatou parcial das alegações do autuado e efetuou os expurgos pertinentes e acostados os Anexos nºs 07, 08, 09 e 10 correspondentes ao refazimento dos Anexos nºs 02, 03, 05 e 06 originariamente juntados ao presente Processo, reclamando em favor da Fazenda Pública Estadual um crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$83.266,70, conforme os novos demonstrativos revisados às folhas 223 a 242.

Após receber cópia da informação fiscal e dos novos levantamentos e demonstrativos, sendo intimado para se manifestar, o autuado às folhas 249 a 252, em relação a infração 01, aduz que decorre da glosa do crédito fiscal apropriado pelo estabelecimento autuado decorrente de aquisição de mercadoria importada, desembaraçada no Estado do Rio Grande do Sul, acompanhada de documento fiscal com o devido destaque do imposto.

Frisa que o autuante em sua informação fiscal parte da premissa equivocada de que o crédito fiscal somente poderia ser apropriado se houvesse prova do pagamento do ICMS na operação anterior. Com efeito, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de que o princípio da não-cumulatividade, da forma como prevista na Constituição Federal, não exige a prova do pagamento do imposto como condição *sine qua non* para o aproveitamento do crédito fiscal. Como ensina Paulo de Barros Carvalho, em seu Curso de Direito Tributário (2005:168), “o princípio da não-cumulatividade é do tipo limite objetivo: impõe técnica segundo o qual o valor de tributo DEVIDO em cada operação será compensado com a quantia incidente sobre as anteriores (...)”. Em igual sentido, Roque Antonio Carazza (1999: p. 197) diz que é violado o princípio da não-cumulatividade quando é negada a compensação do “montante do ICMS DEVIDO nas operações ou prestações anteriores”. Portanto, a existência de norma tributária que torne devido o ICMS na operação anterior já autoriza o contribuinte adquirente da mercadoria a apropriar-se do crédito fiscal, independentemente da prova de pagamento.

Argumenta que não pode o Estado de destino da mercadoria, neste caso a Bahia, negar-se a conceder o crédito fiscal ao fundamento de que o imposto não foi recolhido ao Rio Grande do Sul, porquanto, mesmo não tivesse sido recolhido, o imposto é devido ao Estado de origem. Cabe, portanto, àquele Estado diligenciar para constituir e cobrar o crédito tributário que lhe pertence, mas com a ressalva de que tal providência não vincula o crédito fiscal do contribuinte, que é válido deste o momento da entrada da mercadoria em seu estabelecimento situado no Estado da Bahia.

Quanto as infrações 02 e 03, diz que apesar da argumentação suscitada pelo autuante, a impugnante insiste que não pode ser cobrado o DIFAL em relação às compras de empresa enquadradas no SIMPLES NACIONAL, pois não há fundamento legal para a cobrança do imposto neste caso, repisando, nesse sentido, o parágrafo único do art. 69:

*‘Parágrafo único. Para fins de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á, ainda, o seguinte:*

*I - é devido o pagamento:*

*a) se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais;’ (grifou)*

Nota que o dispositivo determina a complementação da alíquota apenas no caso de falta de destaque do imposto por benefício concedido sem amparo constitucional pela unidade federada de origem. A contrario sensu, o diferencial não é devido quando o benefício é concedido com amparo constitucional. Ocorre que o benefício consubstanciado no SIMPLES Nacional tem total amparo constitucional, bastando lembrar que o art. 1º da LC 123/06 é quase uma reprodução do art. 179 da Constituição Federal de 1988. Portanto, como o benefício do SIMPLES Nacional possui índole constitucional, não há obrigação legal de recolher o diferencial de alíquotas sobre as mercadorias remetidas por tais contribuintes. Assim, devem ser excluídas das infrações 02 e 03 o imposto cobrado sobre as aquisições de empresas do SIMPLES.

Ao final, requer a procedência parcial do auto de infração.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª JJF decidido por sua conversão em diligência ao auditor autuante, para que o Auditor Fiscal autuante produzisse nova informação fiscal, analisando a manifestação defensiva às folhas 249 a 252 dos autos.

Cumprida a diligência pelo auditor autuante, às fls. 420 a 428 dos autos, quanto a infração 01 aduz que a não apresenta fatos novos aos anteriormente apresentados, manifestando tão somente o seu inconformismo quanto a autuação, restringindo-se tão somente a evocações dos regramentos legais que disciplinam o tributo, bem como a citações doutrinárias de juristas festejados, sem entretanto, adentrar no cerne do caso concreto, porquanto não apresenta provas materiais capazes de elidir a autuação fiscal que lhe é impingida. Diz que, com o objetivo de esclarecer totalmente a questão em lide, passa a analisar detalhadamente as operações que culminaram com a glosa do crédito fiscal de ICMS, geradora do conflito estabelecido, como sejam:

**a-)** As notas fiscais de entrada das mercadorias de nºs 64590 e 64602, Anexo 01 - fls. 13 e 14 do PAF em tela, emitidas pelo autuado, informam no campo “Dados Adicionais” que as mercadorias importadas do exterior arroladas, teriam como destino a sua unidade localizada no Estado do Rio Grande Sul; logo, partindo-se dessa premissa, o imposto seria devido a esta unidade da federação conforme disposição legal contida no Art. 11, I, “d” da Lei Complementar nº 87/96 a qual se harmoniza perfeitamente ao Art. 155 § 2º, IX, “a” da Constituição Federal. Em contrapartida, estaria assegurado o direito ao competente crédito fiscal a ser apropriado pela unidade do autuado localizada naquele Estado, por ser este o de destino das mercadorias, independente da unidade federada em que ocorresse o desembaraço aduaneiro das mercadorias, cuja receita gerada pelo tributo seria viabilizada através da utilização do recurso da GNRE – Guia Nacional de Recolhimentos de Tributos Estaduais, na qual seria indicada a unidade da federação beneficiária do recolhimento tributário. Estaria, portanto, atendido, o princípio da não cumulatividade;

**b-)** O autuado, em momento algum, apresentou provas materiais do recolhimento do imposto glosado. Em virtude de inexistirem registros nos bancos de dados do Estado da Bahia quanto ao efetivo pagamento do tributo em seu favor, fosse sob a forma de GNRE ou DAE, inexistente, portanto, qualquer motivação fática que enseje a admissão do crédito pretendido, haja vista, que se a destinação da mercadoria era o Estado do Rio Grande do Sul, esta ainda que documentalmentemente, deveria ter adentrado na unidade naquele Estado, para a partir de então, fosse procedida a transferência das mercadorias para a unidade da Bahia, o que geraria um lançamento a débito a ser suportado pela unidade do autuado inscrita junto ao Estado do Rio Grande do Sul, anulando por tal o crédito auferido pelo pagamento do ICMS quando do desembaraço aduaneiro, e dessa forma a partir das saídas das mercadorias com destino à unidade objeto da presente Autuação em lide, assegurasse legalmente o usufruto do crédito então permitido, obedecidos em sua totalidade o princípio da não-cumulatividade bem como o respeito ao partilhamento da competência tributária dos Estados membros e do Distrito Federal, prevista no Art. 155, II da CF/88.

Ratifica que, de acordo com o ideário defendido pelo autuado, o Rio Grande do Sul ficaria com a Receita tributária total da operação, ao passo que a Bahia assumiria o custo por conta do acatamento do pretense crédito fiscal arguido pelos patronos da Autuada. Tal premissa seria de todo perfeita, se o Brasil fosse um Estado Unitário e não uma Federação, forma sob a qual se encontra organizado politicamente. Desta sorte, refuta a pretensão da autuada, haja vista, a sua impropriedade legal e material.

Em relação as infrações 02 e 03, frisa que não foram apresentados fatos novos aos já apreciados anteriormente.

Concluiu sua diligência, reiterando o acatamento parcial das alegações da defesa, tendo efetuados os expurgos pertinentes e ainda, acostados os Anexos nºs 07, 08, 09 e 10 correspondentes ao refazimento dos Anexos nºs 02, 03, 05 e 06 originariamente juntados ao Processo, opinando pela manutenção parcial do valor autuado em R\$ 83.266,70

## VOTO

Na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS,

referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais. Ref. a operações de Importação de Mercadorias, sem a comprovação do efetivo pagamento do ICMS devido e com indicação do destino dos produtos a filial do estabelecimento localizado em outra unidade da federação.

Em sua defesa, de forma resumida, alega o autuado que a fiscalização ao negar o direito ao crédito viola o princípio da não-cumulatividade, restringindo um crédito constitucionalmente garantido ao contribuinte, pois o ICMS adota uma sistemática não-cumulativa de cobrança, autorizando uma compensação entre o valor devido pelo contribuinte e o montante de imposto em operações anteriores. Sustenta que toda a entrada de mercadoria no estabelecimento, havendo destaque do ICMS, gera, em favor do adquirente, um crédito fiscal, que deverá ser compensado nas operações de saída posteriores, transcrevendo o art. 155, § 2º, I, da CF. Salienta que a fiscalização, sob o pretexto de falta de comprovação do recolhimento do imposto na operação anterior, está impedindo que o estabelecimento baiano se credite do valor total de ICMS destacado na nota fiscal, emitida por contribuinte localizado em outro Estado, Rio Grande do Sul. Destaca que não há qualquer obrigação, por parte do adquirente, de comprovar o recolhimento do imposto na operação anterior. Nesse sentido, o destaque do imposto na nota fiscal acarreta a presunção legal de recolhimento do imposto da operação, gerando, por conseguinte, o direito constitucional ao aproveitamento integral do crédito fiscal pelo adquirente. Nesse sentido transcreve decisão do Supremo Tribunal Federal. Conclui a defesa que é notória a ilegalidade do procedimento adotado pela fiscalização ao negar o crédito fiscal correspondente ao valor de imposto destacado na nota fiscal.

Em relação inconstitucionalidade argüida pela defesa, cabe ressaltar que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Entendo que os argumentos defensivos não devem ser acolhidos, uma vez que ao examinar os documentos fiscais que embasam a autuação, ou seja, a notas fiscais acostadas as folhas 13 e 14 dos autos, constato que são notas fiscais de entrada emitidas pelo próprio contribuinte autuado, e não nota fiscal emitida por outro contribuinte, embora a defesa tenha sustentado que se trataria de operação interestadual envolvendo contribuinte brasileiros, o emitente localizado no Estado do Rio Grande do Sul e o destinatário localizado no Estado da Bahia, na realidade, a luz dos citados documentos fiscais, resta cristalino de que se trata de operação de importação, de mercadorias recebidas do exterior, tendo o contribuinte autuado emitido sua própria nota fiscal, com destaque do ICMS e se creditando do referido valor, sem ter comprovado o recolhimento do mesmo.

Para haver crédito de ICMS importação é necessária a comprovação do recolhido do imposto, em favor do estado que irá supor o crédito decorrente da entrada da mercadoria importada do exterior, no caso em lide o Estado da Bahia.

Logo, não se trata de uma operação interna, envolvendo dois estados brasileiros, como entende a defesa. É sim, uma operação de importação. Nesta situação não cabe a aplicação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois a mesma trata de operações realizadas dentro do Brasil.

Pelo acima exposto, entendo que a infração 01 é procedente.

Nas infrações 02 e 03 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento (infração 02), conforme Anexo 02 e 03, e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme Anexo 04 e 05 (infração 03).

Em sua defesa o autuado impugnou parcialmente as infrações, apresentando seus argumentos de forma conjunta, os quais foram, resumidamente: a) Transferência de ativo imobilizado, com mais de um ano de uso, desincorporado da filial para a matriz; b) Aquisição de mercadorias destinadas

ao imobilizado/consumo com redução da base de cálculo, sendo que a Fiscalização desprezou a redução no cálculo do Difal; c) inclusão do IPI; d) exigência de diferencial de alíquotas sobre aquisições de fornecedores optantes pelo SIMPLES Nacional;

No tocante as transferências de ativo imobilizado desincorporado, com mais de um ano de uso, entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, uma vez que nesta situação não é devido o pagamento do ICMS, fato que foi reconhecido pelo próprio autuante.

De igual modo, deve ser acolhido o argumento defensivo relativo a redução da base de cálculo constantes, a qual não foi considerada no levantamento fiscal inicial, equívoco que foi acatado pelo auditor fiscal, tendo excluído dos levantamentos revisados.

Não cabe acolhimento o argumento defensivo de exclusão do IPI na base de cálculo da DIFAL, haja vista que o Art. 69, Caput do RICMS-BA Dec. 6.284/97 dispõe que a base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquota, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem. Portanto, não resta dúvida de que o valor do IPI encontra-se incluído no valor da operação, logo, foi correto o procedimento da fiscalização.

Também, não pode ser acatado o argumento defensivo de que não seria devido o DIFAL nas aquisições de mercadorias de contribuintes optantes do SIMPLES Nacional, uma vez que não existe tal previsão na legislação do ICMS. Ademais, os benefícios fiscais previstos para aqueles contribuintes, os optantes do SIMPLES Nacional, não são extensivos aos seus clientes. Como bem ressaltou o autuante, para o cálculo da diferença de alíquota é levado em conta, a alíquota vigente no estado de origem (Art. 69 Caput do Decreto 6.284/97) e não o tratamento fiscal dispensado exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte, com o fito de proporcionar uma menor carga tributária a estes contribuintes de menor poder econômico e contributivo sob o prisma fiscal, mas, de relevante importância quanto a geração de empregos.

Pelo acima exposto, acato o resultado da revisão fiscal realizada pelo autuante, quando da informação, conforme os novos demonstrativos acostados aos autos, Anexos 07 e 08 referentes a infração 02, e Anexo 09 relativo a infração 03, ficando os valores das infrações reduzidos para R\$2.411,10 e R\$5.650,80, respectivamente.

Na infração 04 é imputado ao sujeito passivo ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$26.378,37, conforme Anexo 06.

Em sua defesa o autuado reconhece que a multa é parcialmente procedente, uma vez que algumas das entradas relacionadas no auto de infração se referem a pedidos cancelados pela impugnante, tudo conforme a documentação acostada aos autos, fls. 198 a 210, requerendo a procedência parcial da infração.

Na informação fiscal, o autuante reconhece a pertinência parcial das alegações da defesa, quanto aos cancelamentos de pedidos de compra efetuados e não acatados tempestivamente pelos fornecedores, conforme demonstrativo juntado pela defendente, constando os competentes documentos probantes da devolução das mercadorias. Diante das consistentes provas materiais apresentadas, o autuante efetuou os expurgos das notas fiscais pertinentes e produziu o Anexo nº 10 em substituição ao Anexo nº 06 originariamente acostado ao PAF em lide, reduzindo o valor da infração para R\$24.757,15.

Vale ressaltar que o contribuinte recebeu cópia do novo demonstrativo, entretanto não mas apresentou nenhuma impugnação em relação ao mesmo.

Logo, entendo que o argumento deve ser acolhido, bem como, o resultado da revisão fiscal elaborada pelo próprio autuante, ficando o valor da infração reduzido para R\$24.757,15.



Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO DEVIDO
1	PROCEDENTE	42.031,67
2	PROCEDENTE EM PARTE	2.411,08
3	PROCEDENTE EM PARTE	5.650,80
4	PROCEDENTE EM PARTE	24.757,15

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206911.0002/11-1**, lavrado contra **BRESPEL CIA INDUSTRIAL BRASIL ESPANHA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.093,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” e inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$24.757,15**, prevista no inciso IX, IX, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto 2012

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR