

PROCESSO - A. I. N° 206911.0002/11-1  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - BRESPEL CIA INDUSTRIAL BRASIL ESPANHA  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2º JJF nº 0186-02/12  
ORIGEM - INFAC ALAGOINHAS  
INTERNET - 26/02/2013

**3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0055-13/13**

**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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata o presente do Recurso de Ofício interposto em decorrência à Decisão exarada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, 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.

Em análise o Auto de Infração lavrado em 29/07/2011, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$133.236,03, em razão das seguintes acusações;

INFRAÇÃO 1 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$42.031,67, referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais. Corresponde 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 2 – 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 Anexos 02 e 03;

INFRAÇÃO 3 – 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 4 – 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.

Em defesa inicial, fls. 69 e 78, é impugnado parcialmente o lançamento tributário, sob a apresentação das seguintes razões:

- A infração 1 decorrente da glosa do crédito fiscal que foi apropriado pelo estabelecimento autuado, é fundamentada pelo autuante principalmente pela falta de comprovação do

recolhimento do ICMS no Estado de origem. Alega a violação ao princípio da não-cumulatividade, restringindo um crédito constitucionalmente garantido ao contribuinte, desautorizando uma compensação entre o valor devido e o montante de imposto em operações anteriores. Transcreve o art. 155, § 2º, I, da CF, e cita doutrina sobre o tema. Aduz que nesse sentido, o destaque do imposto na nota fiscal acarreta a presunção legal de recolhimento do mesmo, gerando assim, o direito constitucional ao aproveitamento integral do crédito fiscal pelo adquirente. Nesse sentido transcreve Decisão do Supremo Tribunal Federal, e firma que, a infração 1 representa uma afronta ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, o que conduz à sua improcedência;

- Com referência às infrações 2 e 3, destaca 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, da filial para a matriz – aduz que não há incidência do ICMS na desincorporação do ativo imobilizado, não podendo ser cobrado o imposto na saída e tampouco o diferencial de alíquota do estabelecimento que lhe der entrada. Cita que 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.* Realça que as próprias notas fiscais informam que as mercadorias em questão são bens do ativo imobilizado, com mais de um ano de uso, assim, a cobrança do ICMS, seja na saída, seja a título de diferencial de alíquotas, afronta a legislação. A impugnante requer a exclusão na infração 2 das notas fiscais relativas à desincorporação do ativo, demonstradas na planilha as fls. 89 a 136 (Doc 02).
  - b. Aquisição de mercadorias destinadas ao imobilizado/consumo com redução da base de cálculo, tendo a Fiscalização desprezado a redução no cálculo do DIFAL; outro equívoco das infrações 2 e 3, assevera, foi a cobrança do diferencial de alíquotas desprezando-se a redução da base de cálculo e adicionando o valor do IPI. Posiciona-se que este diferencial, sendo 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). Considera deva ser julgada improcedente a cobrança do diferencial de alíquotas na forma calculada pela Fiscalização, tudo conforme as planilhas anexas (docs. 02 e 03).
  - c. Os fornecedores optantes pelo SIMPLES Nacional, regidos pela Lei Complementar nº 123/06, 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). O art. 69 do RICMS/BA 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. Assim entende que o diferencial não é devido quando o benefício é concedido com amparo constitucional. E que o SIMPLES NACIONAL, em seu art. 1º da LC Nº 123/06 é quase uma reprodução do art. 179 da Constituição Federal de 1988. Considera que, como o benefício do SIMPLES NACIONAL possui índole constitucional, não há obrigação legal de recolher o diferencial de alíquotas sobre as mercadorias remetidas por contribuintes optantes. Desta forma devem ser excluídas do cômputo das infrações 2 e 3 todas as mercadorias fornecidas pelas empresas relacionadas no doc. 04, fls. 159 a 197, tudo conforme os docs. 02 e 03.
- Na infração 4, é reconhecido que a multa é parcialmente procedente, pois algumas das entradas relacionadas no Auto de Infração se referem a pedidos cancelados pela impugnante, conforme a documentação apensada no doc. 05, fls. 198 a 210.

Concluindo sua exposição, requer o defendant o julgamento pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Na abordagem da infração 1, a i. 2ª JJF aponta que em sua defesa, de forma resumida, alega o autuado violação ao princípio da não-cumulatividade, restringindo um crédito constitucionalmente garantido, pois a sistemática de cobrança do ICMS é não-cumulativa, autorizando uma compensação entre o valor devido pelo contribuinte e o montante dos créditos

das operações anteriores. Salienta que a fiscalização, sob o pretexto de falta de comprovação do recolhimento do imposto nas operações anteriores, está impedindo que o estabelecimento se credite do valor total de ICMS destacado na nota fiscal, emitida por contribuinte localizado em outro Estado, Rio Grande do Sul. E 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. 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.

Ressaltam os i. Julgadores com relação à inconstitucionalidade argüida pela defesa, que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual se abstém de manifestações a respeito.

Citam que os argumentos defensivos não devem ser acolhidos, uma vez que os documentos fiscais que embasam a autuação, ou seja, as notas fiscais acostadas às fls. 13 e 14 dos autos, são notas fiscais de entrada emitidas pelo próprio autuado, e não notas fiscais emitidas por outro contribuinte. Ainda que em sua defesa o autuado sustentado que se trataria de operação interestadual envolvendo contribuintes brasileiros, o emitente localizado no Estado do Rio Grande do Sul e o destinatário localizado no Estado da Bahia, à 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.

Destacam que para o creditamento de ICMS-importação é necessária a comprovação do recolhimento do imposto, em favor do Estado que irá suportar o crédito decorrente da entrada da mercadoria importada do exterior, no caso em lide o Estado da Bahia.

Realçam que a espécie trata de uma operação de importação, não cabendo nesta situação a aplicação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois a mesma trata de operações realizadas dentro do Brasil.

Entendem que esta infração 1 é procedente.

Passam à apreciação das infrações 2 (anexos 02 e 03) e infração 3 (anexos 04 e 05) as quais foram parcialmente impugnadas pelo autuado na forma resumida; 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;

Com referencia as desincorporações, com mais de um ano de uso, entendem que o argumento oferecido deve ser acolhido, pois não é devido o pagamento do ICMS, conforme reconheceu o próprio autuante.

Destacam que também procede o argumento defensivo relativo a redução da base de cálculo constantes, a qual não fora considerada no levantamento fiscal inicial, equívoco já reparado pelo auditor fiscal, tendo retificado os levantamentos fiscais.

Não acolhem o argumento defensivo de exclusão do IPI na base de cálculo da DIFAL, haja vista que o Art. 69, Caput do RICMS-BA Decreto nº 6.284/97 dispõe, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, ser 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. Firmam correto o procedimento da fiscalização, por não restar dúvida que o valor do IPI encontra-se incluído no valor da operação.

Igualmente não acolhem o argumento de que não seria devido o DIFAL nas aquisições de mercadorias de contribuintes optantes do SIMPLES NACIONAL, pois que não existe tal previsão na

legislação do ICMS. Comentam que os benefícios fiscais previstos para os optantes do SIMPLES NACIONAL, não são extensivos aos seus clientes. Corroboram a ressalva do autuante, que para o cálculo da diferença de alíquota é levado em conta a alíquota vigente no estado de origem (Art. 69 Caput do Decreto nº 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.

Aduzem acatar o resultado da revisão fiscal realizada pelo autuante, conforme os novos demonstrativos acostados aos autos, Anexos 07 e 08 referentes à infração 2, e Anexo 09 relativo a infração 3, ficando os valores das infrações reduzidos para R\$2.411,10 e R\$5.650,80, respectivamente.

Passam à apreciação da infração 4, a qual acusa o sujeito passivo de 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.

Indicam que o autuado reconhece que a multa é parcialmente procedente, pois algumas das entradas acusadas de omissão, se referem a pedidos cancelados pela impugnante, tudo conforme a documentação acostada aos autos, fls. 198 a 210. E na informação fiscal, o autuante reconhece a pertinência parcial das alegações da defesa, pois houveram cancelamentos de pedidos de compra não acatados tempestivamente pelos fornecedores, conforme demonstrativo juntado pela defendant, anexando os competentes documentos probantes da devolução das mercadorias. Da mesma maneira que a anterior, 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.

Destacam os srs. Julgadores que o contribuinte recebeu cópia do novo demonstrativo, entretanto não mais se manifestou a respeito.

Acolhem o argumento apresentado e o resultado da revisão fiscal elaborada pelo próprio autuante, ficando o valor desta infração 4 reduzido para R\$24.757,15.

Julgam 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

Em manifestação apresentada, às fls. 249 a 252, após o resultado fornecido da informação fiscal, o autuado através de seus patronos legalmente constituídos, revela o seu inconformismo quanto à autuação objeto do PAF ora em lide.

## VOTO

O presente Recurso de Ofício foi interposto decorrente da desoneração do sujeito passivo, consoante Decisão exarada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, 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.

São objetos do Recurso de Ofício as seguintes infrações:

Infração 2 – 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 Anexos 02 e 03. Visto que o autuante reconheceu parcialmente procedente a acusação, pois as transferências de Ativo Imobilizado oriundas de sua unidade localizada no Rio Grande do Sul, não tiveram suas operações efetivamente gravadas pelo ICMS na origem, fato que dá procedência às alegações do autuado.

Quanto à alegação da não observância do 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 agente fiscal reconhece a procedência parcial das alegações da defesa.

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 desta infração 2 para o valor de R\$2.411,08.

Infração 3 – 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 nºs 04 e 05. No tocante a esta infração, o autuante também reconhece a pertinência parcial das alegações da defesa.

Quanto à alegação de não observância pela fiscalização, alusiva ao instituto da Redução da Base de Cálculo em algumas operações de aquisição de bens de consumo, oriundas de outras unidades da federação, de igual forma ao visto acima, o autuante reconhece a procedência parcial das alegações do autuado.

Foram acatadas parcialmente as alegações do autuado conforme já manifestado na Informação Fiscal (fls. 216 a 222 do PAF em questão) e efetuados os expurgos pertinentes e ainda, acostados os Anexos nºs 07, 08, 09 e 10 correspondentes à substituição dos Anexos nºs 02, 03, 05 e 06, os quais foram originariamente juntados aos autos, tendo o auditor autuante efetuado os necessários expurgos de valores constantes no anexo nº 05 e elaborado em substituição o Anexo nº 09, demonstrando a redução do valor desta infração para R\$ 5.650,80.

Infração 4 – Entradas de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 26.378,37, conforme Anexo 06.

Também quanto a esta infração 4, a autuação reconhece a pertinência parcial das alegações da defesa, quanto aos cancelamentos de pedidos de compra efetuados, conforme demonstrado no doc. 05 no qual o autuado junta os competentes documentos probantes da devolução das mercadorias. Frente às consistentes provas materiais apresentadas, o autuante efetuou expurgos das notas fiscais envolvidas no engano e produziu o anexo nº 10, em substituição ao Anexo nº 06 originariamente acostado ao PAF em lide, reduzindo o valor desta infração para R\$24.757,15.

Restando visto que, o agente fiscal autuante acatou parcialmente as alegações do autuado e efetuou os expurgos pertinentes. Foram acostados os anexos nºs 07, 08, 09 e 10 correspondentes ao refazimento dos anexos nºs 02, 03, 05 e 06 originariamente juntados aos autos. Às fls.223 a 242 do PAF, resulta demonstrado o valor final da sujeição passiva do autuado, com a qual concordo.

Meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206911.0002/11-1, lavrado contra BRESPEL CIA. INDUSTRIAL BRASIL ESPANHA, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$50.093,55, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e 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, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2013.

FEERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS