

A. I. Nº - 207103.0004/16-0
AUTUADO - SIAN – SISTEMAS DE ILUMINAÇÃO AUTOMOTIVA DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 01.09.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0134-05/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) OPERAÇÕES DE SAIDAS NÃO ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Item reconhecido. b) SAÍDAS TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o montante do débito devido imputado ao sujeito passivo. Recomendado o refazimento do feito a salvo das falhas apontadas. c) MULTA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. c.1) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. c.2) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Considerações de defesa elidem em parte esses dois itens da autuação. Provado está que algumas operações acobertadas pelas notas fiscais relacionadas na planilha constante do demonstrativo de débito foram anuladas/canceladas pelo próprio emissor, não ingressando o produto no estabelecimento do autuado. Item procedente em parte 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) CONTRIBUINTE NÃO CADASTRADO. Considerações de defesa elide em parte a autuação. Refeitos os cálculos do débito fiscal. Item subsistente em parte. b) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Considerações de defesa elide em parte a autuação. O fato gerador relativo a NF 498922, com data de ocorrência em dezembro de 2012, foi decretada a nulidade do lançamento, na forma do art. 18, inc. IV, "a", do RPAF/99, por incerteza na motivação que levou a constituição do lançamento fiscal. Item subsistente em parte. c) EM DESACORDO COM ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO. MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. Razões de defesa elidem a acusação fiscal. Infração insubsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. A apuração do ICMS diferencial de alíquotas incidentes na aquisição de mercadorias destinadas ao uso para consumo ou ativo permanente, na hipótese em que o fornecedor é optante pelo Simples Nacional, segue as disposições do art. 13, VII, § 1º, XIII, "h", § 5º, da LC 123/06. Em sendo assim, o ICMS diferencial de alíquota deve ser apurado com base na legislação do ICMS de cada Estado da Federal, no caso específico seguindo a disposição do art. 17, § 6º, da Lei 7.014/96. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/12/2016, constitui crédito tributário no valor de R\$131.964,29, conforme demonstrativos acostados às fls. 24 a 71 dos autos, com documentos anexos, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 - 02.01.02: Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar (es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, referente a agosto de 2012 na forma do demonstrativo à fl. 24 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$5.520,88, com enquadramento no art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, § 6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.12: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a Notas Fiscais em que constam como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda nos meses de maio e junho de 2012 e novembro de 2013, conforme demonstrativo à fl. 25 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$1.423,15, com enquadramento nos artigos 31 e art. 44, inc. II, da Lei 7.014/96, c/c art. 1º; art. 2º e art. 309, inc. I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 03 – 01.02.40 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is) nos meses de janeiro, agosto e dezembro de 2012 e abril de 2013, conforme demonstrativo à fl. 26 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$256,16, com enquadramento nos artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96, c/c art. 309, § 6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/92.

INFRAÇÃO 04 – 01.02.97 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em operação interestadual com bens ou mercadorias importados do exterior, ou de mercadorias ou bens produzidos no Brasil com conteúdo de importação superior a 40%, em desacordo com o previsto na Resolução do Senado Federal nº 13 de 2012, nos meses de janeiro, junho, julho, agosto, setembro e dezembro de 2013, conforme demonstrativo à fl. 27 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$1.478,08, com enquadramento Resolução do Senado nº 13/2012; Convênio ICMS 38/13, inc. III e XV do art. 34, da Lei 7.014/96; inc. IV do §8º do art. 309 e inc. III do art. 332 do Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 05 – 02.01.03 Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de novembro e dezembro de 2012, conforme demonstrativo à fl. 29 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$567,55, com enquadramento no art. 2º, inc. I; e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 06 – 06.02.01 Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento nos exercícios de 2012 e 2013, conforme demonstrativo às fls. 30/33 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$35.690,30, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 07 – 16.01.01 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem (ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos exercícios de 2012 e 2013, conforme demonstrativo às fls. 34/53 dos autos. Lançado Multa no valor de R\$13.174,34, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 08 – 16.01.02 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal nos exercícios de 2012 e 2013, conforme demonstrativo às fls. 54/71 dos autos. Lançado Multa no valor de R\$73.853,83, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

O sujeito passivo, às fls. 79/85 dos autos, apresenta defesa administrativa, na qual impugna parcialmente o Auto de Infração em tela, conforme a seguir passo a expor:

Em relação à Infração 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a Notas Fiscais em que constam como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda:

Relativo à Nota Fiscal nº 673. Diz que o crédito de ICMS oriundo do documento fiscal nº 673 foi estornado diretamente no campo – “Estorno de créditos” no livro “Registro de Apuração do ICMS” de Junho/2012 (Doc. 04), o que anulou o crédito fiscal anteriormente registrado.

Em relação à Infração 03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal (is).

Relativo a Nota Fiscal nº 896. Diz que o crédito de ICMS oriundo do documento fiscal nº 896 foi estornado diretamente no campo – “Estorno de créditos” no Livro “Registro de Apuração do ICMS” de Fevereiro/2012 (Doc. 05), o que anulou o crédito fiscal anteriormente registrado.

Relativo a Nota Fiscal nº 498.922. Diz que o crédito de ICMS é devido sobre a nota fiscal de entrada nº 498.922 (Doc. 06), tendo em vista que se refere a material utilizado diretamente na produção industrial, pois se trata de gás utilizado no equipamento que enverniza o refletor do farol (produto final), mas a fiscalização não se atentou a isso.

Nesse sentido destaca que o Parecer nº 07072/2015, extraído do site dessa Secretaria da Fazenda (Doc. 07), é contundente ao autorizar o crédito fiscal nessa condição, *in verbis*:

ICMS. CRÉDITO FISCAL. AQUISIÇÃO DE GÁS NATURAL PARA FABRICAÇÃO DE VAPOR. O gás natural adquirido pelo estabelecimento industrial e utilizado como combustível na caldeira empregada para geração de vapor e calor, indispensáveis para realização do processo industrial, se caracteriza como insumo do processo produtivo, gerando direito ao crédito na sua aquisição. Art. 309, inciso I, “b”, do RICMS/BA.

Em relação a Infração 04 – O contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em operação interestadual com bens ou mercadorias importados do exterior, ou de mercadorias ou bens produzidos no Brasil com conteúdo de importação superior a 40%, em desacordo com o previsto na Resolução do Senado Federal nº 13, de 2012.

Diz que é certo que a Resolução do Senado Federal nº 13/2012 estabelece que a alíquota do ICMS nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior é de 4%. Entretanto destaca que as mercadorias objeto da autuação fiscal relacionadas na infração 4 são de origem nacional e não têm qualquer conteúdo importado a merecer referido tratamento fiscal, conforme pode se verificar nos correspondentes documentos fiscais de entradas (Doc. 08 a 29).

Para se perceber tal afirmação, diz que basta ver as informações contidas nos documentos fiscais, inclusive o Código de Situação Tributária – CST consignado em campo próprio que correspondem todos a 0 – Nacional, o que obedece fielmente ao previsto na Cláusula Primeira, do AJUSTE SINIEF nº 20/2012, cuja disposição legal é seguida por todos os Entes da Federação, inclusive o Estado da Bahia.

Assim, afirma que, tendo em vista que a alíquota do ICMS aplicada nessas operações interestaduais foi de 7%, como pode também se observar nesses documentos fiscais, legítimo é o crédito fiscal registrado sob a mesma alíquota, pois as mercadorias em questão não têm qualquer conteúdo importado e nem origem estrangeira.

Em relação a infração 05 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturados.

De início importa destacar que a tributação nas operações de distribuição de brindes foi disciplinada no Estado da Bahia pelo artigo 389, do seu Regulamento do ICMS, que o cita.

Conforme pode se observar, diante do dispositivo legal acima reproduzido aplicável à mencionada operação, a entrada da mercadoria adquirida a título de brindes gera direito a crédito do ICMS.

Neste sentido diz que, quando o contribuinte emite a posterior nota fiscal, ele tem que lançar o respectivo imposto, como procedimento fiscal específico visando, dentre outras coisas, a

anulação do crédito de ICMS tomado na entrada. Assim, considerando referido procedimento fiscal, quando o contribuinte não tomou o crédito fiscal na entrada não há que se falar nesse lançamento do imposto.

Diz que foi o que ocorreu aqui, pois as notas fiscais de saídas de brindes relacionadas na infração 5 (nºs 74861 e 78255) não tiveram lançamento do imposto, contudo quando referidos brindes entraram no seu estabelecimento também não houve o crédito do ICMS, conforme pode se verificar nas correspondentes entradas das notas fiscais nºs:

- 614, emitida pela IMEDIATO COMÉRCIO DE BRINDES LTDA, ocorrida em 18/12/2012, sem crédito do imposto no livro “Registro de Entradas” (Doc. 30 a 31); e

- 246839, emitida pelas INDÚSTRIAS ARTEB S/A, ocorrida em 18/12/2012, sem crédito do imposto no livro “Registro de Entradas” (Doc. 32 a 33)

Dessa maneira, afirma que não há razão para lançar o ICMS relativamente às notas fiscais em questão.

Em relação a Infração 06 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Diz que a referida infração apurada pela Fiscalização não possui qualquer embasamento legal. Isso porque não há nenhuma previsão na legislação a exigir que recolha o imposto relativo a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, de acordo com a capitulação legal aplicada pela Fiscalização - artigo 23, da Lei Complementar nº 123/2006.

Registra que mencionada disposição legal dispõe tão somente a respeito do SIMPLES NACIONAL, a qual alcança, por conseguinte tão somente os contribuintes nele enquadrados. Mesmo porque se ela fizesse isso haveria uma invasão de competência constitucional alheia.

Nesse sentido diz que o que importa é a legislação que rege a matéria. No Estado da Bahia a matéria objeto do artigo 155, VIII, da Constituição Federal, foi regulamentada pelo artigo 17, § 6º, da Lei nº 7.014/1996, não havendo qualquer menção à disposição legal diversa, *in verbis*:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

XI - nas hipóteses dos incisos XV e XVI do caput do art. 4º desta Lei, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo.

§ 6º Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto.

Afirma que, como se pode perceber da legislação aplicável, acima reproduzida, o cálculo em questão se restringe a diferença entre a alíquota interna do imposto e a alíquota interestadual do imposto (7%), quando as mercadorias são oriundas das Regiões Sul e Sudeste (Resolução do Senado Federal nº 22/1989), o que é o caso, não comportando qualquer exceção à mencionada regra.

Dessa maneira destaca que a Infração 06 também deve ser anulada, tendo em vista que não há qualquer base legal para tanto.

Em relação a Infração 07 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. E a Infração 08 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal.

Sustenta que a acusação da fiscalização de que deixou de escriturar no livro Registro de Entradas mercadorias, bens e serviços, conforme documentos fiscais relacionados nas Infrações 07 e 08, não tem fundamento, pois não há elementos que comprovem que elas efetivamente entraram no estabelecimento.

Isso porque a fiscalização não verificou no estoque ou em outros registros do estabelecimento se tais mercadorias, bens ou serviços, de fato entraram lá. Ela se baseia talvez nas notas fiscais de saída dos respectivos emitentes para fazer essa acusação.

Contudo por diversos motivos, como, por exemplo, defeitos, quantidades, extravios, cancelamentos, etc., de responsabilidade exclusiva dos emitentes das notas fiscais, elas podem simplesmente não terem chegado ao seu destino.

Dessa maneira diz que é inadmissível ser acusada de algo sem prova, com base simplesmente em suposições, e se responsabilizar por falhas talvez cometidas pelos emitentes desses documentos fiscais, o que ofende diversos princípios constitucionais de alta relevância ao Estado Democrático de Direito. Portanto alega que tais infrações devem ser anuladas.

Entretanto, caso esse não seja esse o raciocínio do r. Julgador, a desrespeitar tais princípios constitucionais de alta relevância, diz que obteve junto aos remetentes das supostas mercadorias, bens e serviços acobertados pelos documentos fiscais relacionados nas infrações 07 e 08, informações e provas de que essas não entraram efetivamente no seu estabelecimento.

Assevera que isso pode ser observado na planilha relacionando esses documentos com as providências adotadas pelos respectivos emitentes que anularam as operações em questão (Doc. 34), seja por meio de processo de cancelamento ou seja por meio de nota fiscal posterior as quais também são aqui juntadas (Doc. 35 a 73).

Diante dos motivos fáticos e jurídicos aqui demonstrados, requer a esse respeitável órgão de Julgamento a admissão e o provimento da presente impugnação, visando a anulação do Auto Infração em questão.

Requer ainda provar o alegado por todos os meios admitidos no processo administrativo-fiscal, especialmente pela apreciação dos documentos apresentados na presente e por outros documentos que possam servir a esse objetivo.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 198/210 dos autos, assim expõe:

Da Infração 01. Referente a esta infração diz que a autuada não se manifestou. Destaca que a autuada inicia a defesa à fl. 79 do PAF, prestando informação a partir da Infração 2. Logo, conclui que a autuada acata a ação fiscal. Neste sentido ratifica o crédito reclamado de R\$5.520,88.

Da Infração 02. Referente a esta infração a autuada à fl. 80 do PAF, argumenta que referente à NF 673 realizou estorno do ICMS, no campo - Estorno de créditos no livro RAICMS - junho/2012 - cópia do livro, fls. 88 a 92 do PAF. Portanto, anulou o lançamento do crédito de ICMS referente a esta NF.

Diz que esta infração se refere aos lançamentos de créditos indevidos de ICMS de NFs canceladas ou denegadas. Destaca que o Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal, e acostado ao PAF, fl. 25, relaciona as NFs: 673, 15271, 8271, com respectivos créditos indevidos: R\$720,00; R\$126,00; R\$577,15.

Referente à NF 673, objeto da contestação ora apresentada pela autuada, ao analisar o livro RAICMS - jun/2012 - observo que realmente a autuada realizou o estorno de R\$300,00. Contudo, o crédito indevido lançado pela autuada foi de R\$720,00, alíquota de 12%, tendo como BC R\$6.000,00. Logo, para esta NF o crédito indevido remanesce em R\$420,00. Quanto aos ICMS indevidos das nfs 15271 e 8271 a autuada não se manifesta.

A ação fiscal retifica o valor reclamado nesta infração, reduzindo R\$300,00. Passa o crédito reclamado em maio/2012 de R\$720,00 para R\$420,00. Junho/12 continua R\$126,00. Novembro de 2013, permanece R\$577,15. O total do crédito reclamado corrigido desta infração é R\$1.123,15.

Da Infração 03. Diz que a autuada quanto a NF 896 realizou estorno do ICMS, no campo - Estorno de créditos no livro RAICMS - fevereiro/2012 - cópia do livro, fls. 93 a 97 do PAF. Portanto, anulou o lançamento do crédito de ICMS referente a esta NF.

Referente à NF 498922, cópia anexa ao PAF, fl. 98, a autuada argumenta que o lançamento do crédito está correto, pois se trata de gás utilizado no equipamento que enverniza o refletor do farol. Transcreve Parecer da SEFAZ nº 07072/2015, e anexa cópia às fls. 99 e 100 do PAF, na tentativa de justificar o lançamento do ICMS. Referente às NFs 21338 e 158997 a autuada não se manifesta.

Diz que esta infração se refere aos lançamentos de ICMS nos respectivos livros de Registros de Entradas, superiores aos constantes nas NFs. Observa que, na ação fiscal, elaborou Demonstrativo de Débito, fl. 26 do PAF, relacionando as NFs: 896, 21338, 498922 e 158997. Referente às NFs 21338 e 158997 a ação fiscal não apresentará informação, visto que, a autuada ao não se manifestar, acata os créditos reclamados.

Quanto a NF 896, a autuada realmente realizou o estorno do ICMS R\$38,94, regularizando o equívoco ao tomar o crédito. Quanto à NF 498922 não cabe razão a autuada. Pois, o GLP adquirido pela autuada, além de não ser material intermediário, e sim material de consumo. O ICMS não está destacado na NF, pois se trata de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária.

Assim, após realizada a exclusão do ICMS de R\$38,93 da NF 896, jan/2012. E mantidos os créditos reclamados de Ago/12 R\$4,88, nf 21338. Dez/12 R\$179,61, nf 498922. Abr/13, R\$32,74, nf 158997. Resta o ICMS de R\$217,23, valor que diz ratificar.

Da Infração 04. Esta infração se refere a crédito indevido em função de erro na aplicação da alíquota do ICMS. Diz que ao observar as cópias das NFs acostadas ao PAF, fls. 101 a 119 constato que realmente a alíquota aplicada foi de 7%, e os ICMS destacados foram os correspondentes à alíquota. Estes respectivos ICMS das NFs, foram lançados nos livros Registros de Entradas.

Assim, diz que cabe razão a autuada quanto a esta infração. O que houve foi ao desenvolver rotina de fiscalização, através do SIAF equívoco de alguma informação que induziu ao erro.

Da Infração 05. Diz que a autuada transcreve o art. 389 do RICMS/BA – Dec. 13.780/12. Alega a autuada que, por não ter tomado os créditos de ICMS nas entradas dos brindes, não tem obrigação de se tributar nas distribuições de brindes. Anexa as NFs de aquisições dos brindes: 614 e 246.839, Docs. 30 e 32, fls. 123 e 128 do PAF. E anexa as cópias dos livros RES, fls. 124 e 132 do PAF que comprovam a não tomada dos créditos de ICMS. Por fim diz que não há razão para lançar o ICMS relativamente às NFs em questão, ou seja, NFs 74.861 e 78.255.

Diz que esta infração se refere a operações tributadas como não tributadas. A SIAN nas operações de saídas, distribuição de brindes não destacou nem recolheu os respectivos ICMS. Observa que o Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal, fl. 29 do PAF relaciona as NFs objetos da ação fiscal.

Desta que, conforme a própria autuada transcreveu em sua peça de defesa, o disposto no RICMS/BA – Dec. 13.780/12, nos seus arts. 388 e 389 disciplinam as operações de aquisição, distribuição e entrega de brindes e presentes pelos contribuintes do imposto.

Diz que a autuada deveria lançar a crédito os ICMS destacados nas nfs de aquisições dos brindes. Contudo, como se observa as NFs 614 e 246839, anexas às fls. 123 e 128 do PAF, e cópias dos RES anexos ao PAF, fls. 124 e 132 a autuada não fez os lançamentos dos ICMS, observando que na NF 614 não houve destaque do ICMS.

Aduz que o Inc. II do art. 389 impõe ao distribuidor dos brindes a emissão das NFs com destaque do ICMS. As NFs 74.861 e 78.255 não tiveram ICMS destacados, consequentemente apurados. E conforme dispõe o Inc. III, a autuada deveria lançar a NF no livro Registro de Saída, com os impostos. Posteriormente a autuada realizaria a apuração do ICMS. Como as aquisições dos brindes foram interestaduais, oriundas de SP, os créditos seriam menores do que os débitos, pois as saídas foram internas, existiria saldo devedor do ICMS, ICMS a pagar.

Por fim, diz que a autuada é devedora do ICMS apurado pela ação fiscal. Pois, descumpriu o disposto no art. 389 do RICMS/BA. Já quanto ao crédito não tomado da NF 246839, a autuada solicitaria crédito extemporâneo. Ratifica a ação fiscal referente a esta infração, reclamando o ICMS de R\$567,55.

Da Infração 06. Diz que a autuada afirma que a infração não possui embasamento legal, pois não haveria previsão na legislação para que recolhesse o imposto relativo à diferença de alíquota interna e interestadual, de acordo com a capitulação do art. 23 da Lei Complementar nº 123/2006.

Transcreve o art. 17, Inc. XI e parag. 6º da Lei nº 7.014/96, para afirmar que o cálculo do ICMS seria a diferença entre alíquota interna e interestadual.

Diz que esta infração se refere a não apuração correta da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo do estabelecimento, junto às empresas enquadradas no Simples Nacional. O Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal, fls. 30 a 33 do PAF relaciona as NFs objetos da ação fiscal.

Destaca que a autuada adquiriu materiais de uso e consumo, em operações interestaduais, junto às empresas enquadradas no Simples Nacional. O Simples Nacional é disciplinado pela Lei Complementar nº 123/06.

Diz que a LC nº 123/06, dispõe que as empresas do Simples Nacional em função do enquadramento na faixa de receita bruta, aplique alíquotas distintas nas operações de vendas de mercadorias. Em função disto cada fornecedor de materiais de uso e consumo adota alíquota diferente. Transcreve o art. 23 da LC nº 123/06.

Diz que, como se observa no parag. 1º da LC nº 123/2006, as pessoas jurídicas terão direito a crédito do ICMS se as mercadorias adquiridas se destinem à comercialização ou industrialização. E no parag. 2º, a alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o parag. 1º deve constar na NF e correspondente ao percentual de ICMS previsto nos anexos I e II desta LC, ou seja, variando conforme a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a EPP estiver sujeita.

Destaca que, como a autuada adquiriu materiais para uso e consumo, ao invés de ter direito ao crédito destacado na NF emitida pela empresa enquadrada no Simples Nacional, deveria ter efetuado o pagamento do ICMS do diferencial de alíquota. Levando em consideração a alíquota destacada na NF em função da faixa da sua receita bruta.

Conforme dispõe o parag. 6º do art. 17 da Lei nº 7.014/96, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Diz que a alíquota interna aplicada à época dos fatos geradores era 17%, e as alíquotas constantes nas NFs nas operações interestaduais, variavam conforme a faixa da receita bruta do fornecedor do material de uso e consumo para a autuada.

Observa que o Demonstrativo de Débito acostado ao PAF, fls. 30 a 33, traz as alíquotas constantes em cada NF que acobertou os materiais adquiridos pela autuada. E assim se apurou a diferença de alíquota correta que a autuada deveria ter efetuado quando da apuração do ICMS.

Neste sentido, pelos documentos ora acostados ao PAF, e informações trazidas, ratifica a ação fiscal referente a esta infração, reclamando o crédito de ICMS de R\$35.690,30.

Da Infração 07 e Infração 08. Diz que a autuada apresentou defesa de forma conjunta. Então diz que a informação fiscal também abordará as infrações em conjunto, visto que, se referem a descumprimento de Obrigação Acessória, por não lançamento de NFs de entradas nos respectivos livros Registros de Entradas de Mercadorias.

Destaca que a autuada diz que não há elementos que comprovem que as mercadorias efetivamente entraram no estabelecimento. Argumenta que a ação fiscal não verificou no estoque, ou em outros registros se as mercadorias entraram no estabelecimento. Que há motivos como: defeitos, extravios e cancelamentos de responsabilidade exclusiva dos emitentes das NFs. E mais adiante tenta atribuir a responsabilidade aos emitentes das NFs. Por isso, pede a anulação das infrações.

Diz também que a autuada afirma que obteve junto aos remetentes das supostas mercadorias acobertadas pelas NFs, informações e provas de que elas não entraram no estabelecimento. Relaciona NFs em uma planilha com as providências adotadas pelos respectivos remetentes que anularam as operações, Doc. 34, acostado às fls. 134 a 137 do PAF. Ou por meio de processo de cancelamento, por meio de NF posterior, Docs. 35 a 73, acostadas ao PAF, fls. 138 a 195.

Observa que estas infrações se referem ao descumprimento de Obrigação Acessória, pelo não lançamento de NFs de Entradas nos respectivos livros Registros de Entradas de Mercadorias. Demonstrativos de Débitos elaborados pela ação fiscal, fls. 34 a 71 do PAF relacionam as NFs objetos da ação fiscal.

Diz que as NFs relacionadas nos Demonstrativos Analíticos de Débitos são resultados de cruzamentos elaborados pelo SIAF - Sistema Integrado de Auditoria Fiscal - na Rotina - Análise dos documentos fiscais eletrônicos - Cruzamento entre NFes e as EFDs (Livros Registros de Entradas).

As NFes objetos da ação fiscal, são as NFes transmitidas pelos remetentes e recepcionadas pela autuada, através do SPED - Sistema de Processamento Eletrônico de Dados - e não identificadas nas respectivas EFD - livros Registros de Entradas de Mercadorias.

Diz que nessa rotina a ação fiscal identifica e exclui as NFes de entradas lançadas em outros períodos. Identifica e exclui as operações desfeitas pelos remetentes. Refaz o cruzamento para as nfs de entradas desprezando modelo, série e indicador de emitente.

Pela exatidão dos trabalhos fiscais, após o resultado apresentado pela rotina do SIAF, diz que realiza consulta de verificação de cancelamento do documento fiscal, através da chave da Nfe no site do SPED - NFe. Então, confirmada a Autorização de Uso, a ação fiscal conclui que a operação se efetivou.

Como exemplo expõe a análise da NF 91766 de Entradas de 19/07/2013. Cruzamento da NFe com a EFD apresenta no relatório do SIAF, NFe não identificada na EFD - no livro Registro de Saídas de Mercadorias. Consulta no site EFD - NFe - consulta por chave de NFe - se obtém NF Autorização de Uso. Logo diz que a NF 91766 realmente foi transmitida e recepcionada pela autuada.

Destaca que a autuada apresenta a NF 3976 (fl. 138) da Ford com o argumento de desfazimento da operação. Mas, observando atentamente, o que ocorreu foi retorno das mercadorias, em 01/08/2013.

Destaca que houve uma operação de simples remessa de mercadorias, através da NF 91766. A NFe existiu, foi transmitida através do SPED e a autuada deveria lançar na EFD - livro RE. Não o fez, incorrendo em descumprimento de obrigação acessória.

Outro exemplo, expõe a análise da NF 8758 de Entradas de 27/09/2012. Cruzamento da NFe com a EFD apresenta no relatório do SIAF, NFe não identificada na EFD - no livro Registro de Saídas de Mercadorias. Consulta no site EFD - NFe - consulta por chave de NFe - se obtém NF Autorização de Uso. **Logo diz que a NF 8758 realmente foi transmitida e recepcionada pela autuada.**

Destaca que a autuada apresenta a NF 19428 (Fl. 159) da Fixar com o argumento de desfazimento da operação. Mas, observando atentamente, o que ocorreu foi devolução da mercadoria, em 03/09/2014. Ou seja, após quase dois anos, a remetente emitiu NFe para acobertar a operação de devolução.

A autuada apresenta uma planilha com a relação de apenas 47 NFs, a pretexto de desfazimento de centenas de operações de NFs não lançadas nas EFD - livros Registros de Entradas.

Como resta provado pelos exemplos e fatos acima narrados, as NFs, objetos da ação fiscal, foram transmitidas e recepcionadas no ambiente da EFD, contudo, não foram efetivamente lançadas nas EFD - livros RES da autuada. Por isso, a ação fiscal mantém a multa aplicada pelo descumprimento da Obrigação Acessória. Referente à Infração nº 7 - R\$13.174,34. Na Infração nº 8 - R\$73.853,83.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de

prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, tendo o autuado demonstrado total entendimento da acusação, apresentando razões de mérito em todas as infrações imputadas, exceto em relação a infração 1, que se manteve silente.

O presente Auto de Infração reclama crédito tributário do ICMS no valor total de R\$131.964,29, relativo às oito infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, referente ao exercício de 2012 e 2013, tendo o autuado impugnado parcialmente ou totalmente todas as infrações, com exceção da infração 1, que se manteve silente, em que será de pronto considerada procedente por considerar aceito o débito reclamado. Em sendo assim, a contenda se restringirá às infrações 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 que a seguir passo a expor.

A infração 02, diz respeito a utilização indevida crédito fiscal de ICMS, referente a notas fiscais em que constam como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ/BA na forma do demonstrativo de fl. 25 dos autos, com enquadramento nos artigos 31 e art. 44, inc. II, da Lei 7.014/96, c/c art. 1º; art. 2º e art. 309, inc. I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Trata-se na realidade de lançamentos de créditos indevidos de ICMS decorrentes de notas fiscais canceladas ou denegadas.

O sujeito passivo à fl. 80 argumenta que anulou o lançamento do crédito de ICMS referente a NF 673. Por sua vez, destaca que o demonstrativo de débito elaborado para ação fiscal, e acostado ao PAF à fl. 25, relaciona as NFs: 673, 15271, 8271, com respectivos créditos indevidos de R\$720,00; R\$126,00; R\$577,15.

Referente à NF 673, objeto da contestação apresentada pela autuada, ao analisar o livro RAICMS - junho/2012, observou que realmente a defendente realizou o estorno de R\$300,00. Contudo, o crédito indevido lançado pela autuada foi de R\$720,00, alíquota de 12%, tendo como base de cálculo R\$6.000,00. Diz, então, para esta nota fiscal o crédito indevido remanesce em R\$420,00. Quanto aos ICMS indevidos das NFs 15271 e 8271 a autuada não se manifesta.

Isto posto, retifica o valor reclamado nesta infração, reduzindo R\$300,00. Passa o crédito reclamado em maio/2012 de R\$720,00 para R\$420,00. Em Junho/2012 continua R\$126,00 e. Novembro/2013, permanece R\$577,15. O total do crédito reclamado corrigido desta infração é R\$1.123,15.

Em sendo assim, conforme consignado na informação fiscal, concluo pela subsistência parcial da exigência fiscal na forma do demonstrativo a seguir:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Valor Histórico
31/05/2012	31/05/2012	420,00
30/06/2012	30/06/2012	126,00
30/11/2013	30/11/2013	577,15
Total da Infração 2		1.123,15

A infração 03, diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, conforme demonstrativo à fl. 26 dos autos, com enquadramento nos artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96, c/c art. 309, § 6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/92.

Em sede de defesa o sujeito passivo argui a NF 896 sob a perspectiva de que anulou o crédito fiscal registrado; e a NF 498.922 por entender que é devido seu uso, vez que se refere a material utilizado diretamente na produção industrial. Diz tratar de gás utilizado no equipamento que enverniza o refletor do farol – produto final.

O defendente traz para fundamentar seu entendimento o Parecer nº 07072/2015, extraído do site da SEFAZ/BA, que trata de manifestação favorável ao uso do crédito fiscal decorrente da aquisição de gás natural para fabricação de vapor, ou seja, gás natural adquirido pelo estabelecimento industrial e utilizado como combustível na caldeira empregada para a geração de vapor e calor, indispensável para realização do processo industrial (art. 309, inc. I, “b”, do RICMS/BA).

Em sede de informação fiscal o autuante diz que a NF 896 foi cancelada e que o defendente realizou o estorno do ICMS de R\$38,40, regularizando o esquivio ao tomar o crédito. Neste sentido concorda com os termos da defesa de que não há utilização de crédito decorrente da NF 896. Insubsistente, portanto, a autuação para este item da autuação.

Quanto à NF 498922 diz o d. agente Fiscal não caber razão a autuada, pois, o GLP adquirido, além de não ser material intermediário, e sim, material de consumo; o valor do ICMS registrado na escrita fiscal não está destacado na NF, pois se trata de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária.

O sujeito passivo argüi sua procedência, sob a perspectiva de estar apropriando-se de um crédito de ICMS decorrente da aquisição de um produto – GLP – que faz parte integrante do seu processo industrial. Neste caso, sendo procedente a premissa do defendente de que o GLP faz parte de seu processo produtivo, não é impedimento o uso do crédito do ICMS pago na operação anterior, por não estar destacado na nota fiscal (fl. 98), como assim deixa entender a fiscalização, pois é uma situação de operação com mercadoria amparada pelas disposições do art. 292, inc. I, do RICMS/BA.

Por sua vez, a acusação é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal. Totalmente adverso do entendimento da defesa quanto a suas considerações de direito do uso do crédito lançado na sua escrita fiscal. Nesse contexto não se consegue entender, pelo que está descrito na peça acusatória, nem tampouco pelas considerações postas na informação fiscal, qual de fato foi a motivação do lançamento constituído em relação à NF 498922 no Auto de Infração em tela.

Desta forma o art. 18, inc. IV, "a", do RPAF/99, é claro em estabelecer que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida. Em sendo assim declaro nulo o lançamento relativo ao item correspondente a NF 498922, pois não se sabe se o lançamento é pelo fato do documento fiscal não ter o ICMS destacado, o que não autoriza seu uso na escrita fiscal; ou por entender que o produto GLP, objeto de aquisição através da citada nota fiscal, não faz parte integrante do processo produtivo da defendente, o que não autoriza seu uso na escrita fiscal, como assim procedeu o sujeito passivo. Essa dicotomia acarreta incerteza na autuação, cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal.

Assim, depois de realizada a exclusão do ICMS de R\$38,93, relativo a NF 896 em janeiro de 2012 por insubsistência na acusação e do ICMS de R\$179,61, relativo a NF 498922 em dezembro de 2012, por nulidade da acusação, decorrente da incerteza na constituição do lançamento; e mantidos os créditos reclamados de Agosto de 2012 no valor de R\$4,88 - NF 21338 e de Abril de 2013 no valor de R\$32,74 - NF 158997, pelo defendente manter-se silente, resta procedente a Infração 3 no valor total de R\$37,62, na forma do demonstrativo a seguir:.

Data Ocorrência	Data Vencimento	Valor Histórico
30/08/2012	30/08/2012	4,88
30/04/2013	30/04/2013	32,74
Total da Infração 3		37,62

A **infração 4**, diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em operação interestadual com bens ou mercadorias importados do exterior, ou de mercadorias ou bens produzidos no Brasil com conteúdo de importação superior a 40%, em desacordo com o previsto na Resolução do Senado Federal nº 13 de 2012, conforme demonstrativo à fl. 27 dos autos, com enquadramento Resolução do Senado nº 13/2012; Convênio ICMS 38/13, inc. III e XV do art. 34, da Lei 7.014/96; inc. IV do § 8º do art. 309 e inc. III do art. 332 do Decreto nº 13.780/2012.

Em sede de informação fiscal, diz o agente Fiscal que, ao observar as cópias das notas fiscais acostadas ao PAF, às fls. 101/119, pelo sujeito passivo, constatou que realmente as alíquotas aplicadas e os impostos destacados foram as devidas para as operações efetivamente ocorridas. Destaca, também, que os impostos destacados nas notas foram os lançados nos livros fiscais próprios.

Por fim, diz o d. agente Fiscal que cabe razão a autuada em relação a esta infração. Destaca que, ao desenvolver a rotina de fiscalização, extraiu algumas informações do programa de fiscalização que usou na ação fiscal, onde induziu ao erro. Em sendo assim, nada observando que desabone a informação fiscal, entendo restar **insubsistente a infração 4.**

A infração 5 diz respeito a ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de novembro e dezembro de 2012, conforme demonstrativo à fl. 29 dos autos, com enquadramento no art. 2º, inc. I; e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

De pronto, em sede de defesa, o sujeito passivo destaca o art. 389, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, que a seguir reproduzo:

*Art. 389. O contribuinte que adquirir **brindes para distribuição** direta a consumidor ou usuário final deverá: (Grifo acrescido)*

*I - **lançar a nota fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas**, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal; (grifo acrescido)*

*II - **emitir**, no mesmo período de apuração em que ocorrer a entrada da mercadoria no estabelecimento, **nota fiscal com lançamento do imposto, aplicando a alíquota interna e tendo como base de cálculo o valor da mercadoria adquirida mais o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados do emitente da nota fiscal**, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: “Emitida nos termos do art. 389 do RICMS”; (Grifos acrescidos)*

*III - **lançar a nota fiscal** referida no inciso II **no Registro de Saídas**, na forma regulamentar. (Grifos acrescidos)*

Assim, diz o defendente que, diante do dispositivo legal acima reproduzido aplicável ao objeto da lide, a entrada da mercadoria a título de brindes gera direito a crédito do ICMS. Neste contexto, diz que as notas fiscais de saídas nºs 74861 e 78255 não tiveram o lançamento do imposto. Contudo, quando os referidos brindes entraram no seu estabelecimento, objeto das citadas notas, não houve a apropriação do crédito devido, conforme diz poder verificar das notas fiscais nºs 614 e 246839, com data de entrada em 18/12/2012. Em sendo assim, entende que não há razão para lançar o ICMS relativamente às notas fiscais em questão.

Sobre a perspectiva de não ter sido apropriado os créditos, destacados nas notas fiscais nºs 614 e 246839, na escrita fiscal do defendente, a fiscalização confirma tal assertiva, porém ressalva que a nota fiscal nº 614 não houve destaque de imposto para ser lançado.

Entretanto observa que, mesmo não tendo lançado o imposto do crédito, diferentemente do entendimento do defendente, a operação de saída dos brindes de seu estabelecimento gera um valor de imposto a ser recolhido aos cofres do Estado da Bahia, decorrente da diferença entre a alíquota interna, ao qual o “brinde” sai tributado; e a alíquota interestadual do Estado de origem do respectivo “brinde”. Nesse aspecto coaduno com o entendimento da fiscalização.

Nessa sintonia passo a analisar o demonstrativo de débito à fl. 29 dos autos, que dá fundamento ao lançamento do débito da infração 5 no valor de R\$567,55. Vê-se, portanto, o registro das notas fiscais de saídas nºs 74861 e 78255, onde consta, data de emissão, CFOP (5910), valor do item informado, valor da base de cálculo do imposto, a alíquota interna aplicada e o valor do imposto apurado.

Entretanto não se vê qualquer lançamento, no demonstrativo, decorrente do ICMS destacado na nota fiscal de entrada nº 246839, relativo aos brindes distribuídos, vez que a nota fiscal nº 614, de fato não houve destaque de imposto por ser um produto oriundo de empresa inscrita no Simples Nacional.

Desta forma, é meu entendimento que o crédito da nota fiscal nº 246839 deve ser considerado na apuração do imposto, relativo às notas fiscais de saídas nºs 74861 e 78255, decorrentes dos brindes que a ela relacionar. No caso, em análise, o d. agente Fiscal apenas aplicou a alíquota interna de 17% sobre o valor dos brindes distribuídos, sem tampouco aproveitar os créditos do ICMS destacado na nota fiscal nº 246839 de entrada dos brindes no estabelecimento do sujeito passivo.

Assim, o demonstrativo de débito da infração 5, acostado à fl. 29 dos autos, apura um débito tributário de imposto, nas operações de saídas, relativo às notas fiscais de saídas nºs 74861 e 78255, em valores maiores que o devido, para o objeto da acusação, no que dispõe o art. 389, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Isto posto, sabe-se que o § 1º, do art. 18, do RPAF/BA dispõe que eventuais incorreções ou omissões não acarretam a nulidade do lançamento fiscal, desde que seja possível, de ofício, suprimir as incorreções ou omissões. Não é o caso da presente lide, vez que, à luz das documentações acostadas aos autos, não se é possível quantificar os “brindes” distribuídos, pelas notas fiscais de saídas nºs 74861 e 78255, quanto se relaciona a cada uma das notas fiscais nºs 614 e 246839 e com isso apropriar os créditos devidos no que depreende o inc. I, art. 289, do RICMS/BA, apurando o débito devido a Fazenda Pública do Estado da Bahia.

Em sendo assim, consubstanciado no art. 18, inc. IV, "a", do RPAF/99, **declaro nula**, de ofício, a infração 5, por falta de certeza na quantificação do montante do débito devido do sujeito passivo junto a Fazenda Pública do Estado da Bahia. Com fundamento no art. 156 do mesmo diploma legal, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falha acima apontada, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, caso reste comprovado que, depois de apropriado os créditos devidos relacionados à nota fiscal nº 246839, há débitos de imposto a ser recolhidos ao Estado da Bahia, pela emissão das notas fiscais de saídas de nºs 74861 e 78255, relativos a brindes distribuídos, sem destaque do imposto.

Infração 6 diz respeito a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Sobre a ocorrência da diferença de alíquotas em relação as operações com mercadorias constantes do demonstrativo de débito da autuação às fls. 29/53 dos autos, não há controvérsia entre as partes. Diz o d. Agente Fiscal que esta infração se refere a não apuração correta da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo do estabelecimento, junto às empresas enquadradas no Simples Nacional.

Destaca que a autuada adquiriu materiais de uso e consumo, em operações interestaduais, junto às empresas enquadradas no Simples Nacional. Como tal, observa que o Simples Nacional é disciplinado pela LC 123/06.

Aduz que a LC 123/06, dispõe que as empresas do Simples Nacional em função do enquadramento na faixa de receita bruta, aplique alíquotas distintas nas operações de vendas de mercadorias. Em função disto cada fornecedor de materiais de uso e consumo adota alíquota diferente (art. 23).

Neste contexto diz que, como se observa no § 1º, art. 23, LC 123/06, as pessoas jurídicas terão direito a crédito do ICMS se as mercadorias adquiridas se destinem à comercialização ou industrialização. E no § 2º, a alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o § 1º deve constar na nota fiscal, e corresponde ao percentual de ICMS previsto nos anexos I e II da LC 123/06, ou seja, variando conforme a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a EPP estiver sujeita.

Observa que, como a autuada adquiriu materiais para uso e consumo de empresa enquadrada no Simples Nacional, deveria ter efetuado o pagamento do ICMS do diferencial de alíquota, levando em consideração a alíquota destacada na NF em função da faixa da sua receita bruta.

Contrário a tal entendimento, aduz o sujeito passivo que a referida infração apurada pela Fiscalização não possui qualquer embasamento legal. Isso porque não há nenhuma previsão na legislação a exigir que recolha o imposto relativo a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, de acordo com a capitulação legal aplicada pela Fiscalização do artigo 23, da Lei Complementar nº 123/2006.

Registra que a mencionada disposição legal dispõe tão somente a respeito do Simples Nacional, a qual alcança, por conseguinte tão somente os contribuintes nele enquadrados. Nesse sentido diz que importa é a legislação que rege a matéria. No Estado da Bahia a matéria objeto do artigo 155, VIII, da Constituição Federal, foi regulamentada pelo artigo 17, Parágrafo 6º, da Lei nº 7.014/1996, não havendo qualquer menção à disposição legal diversa, *in verbis*:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

XI - nas hipóteses dos incisos XV e XVI do caput do art. 4º desta Lei, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo.

§ 6º Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto.

Diz que, como se pode perceber da legislação aplicável, acima reproduzida, o cálculo em questão se restringe a diferença entre a alíquota interna do imposto e a alíquota interestadual do imposto (7%), quando as mercadorias são oriundas das Regiões Sul e Sudeste (Resolução do Senado Federal nº 22/1989), o que é o caso, não comportando qualquer exceção à mencionada regra.

Pois bem. A lide da Infração 6 decorre eminentemente da forma de apuração do ICMS diferencial de alíquotas incidente na aquisição de mercadorias destinadas ao consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento, na hipótese em que o fornecedor é optante pelo Simples Nacional.

Para o deslinde da controvérsia instalada, necessário se faz reproduzir trechos do artigo 13 da LC 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao Simples Nacional. Vejamos as disposições do art. 13, VII, § 1º, XIII, "h", § 5º, da LC 123/06:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:(Grifos acrescidos)

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual:(Grifo acrescido)

(...)

§ 5º A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam as alíneas g e h do inciso XIII do § 1º deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional. (Grifos acrescidos)

Neste sentido, com base na norma acima colacionada, pode-se dizer que o ICMS diferencial de alíquota não é alcançado pela modalidade de tributação simplificada de que trata a LC 123/06, como assim erroneamente entendeu o d. Agente Fiscal, e por isso efetuou o lançamento da infração 6 no presente Auto de Infração.

Na realidade, em conformidade com o posicionamento do defendente, a apuração do ICMS diferencial de alíquota deve ser apurado com base na legislação do ICMS de cada Estado da Federação, no caso específico seguindo a disposição do art. 17, § 6º, da Lei 7.014/96, não havendo qualquer menção à disposição legal diversa.

Em sendo assim, o cálculo do ICMS diferença de alíquota se restringe a diferença entre a alíquota interna do imposto e a alíquota interestadual do imposto de 7%, quando as mercadorias são oriundas das Regiões Sul e Sudeste, que é o caso objeto em análise; e 12% quando oriundas dos demais Estados.

Isto posto, considerando que o sujeito passivo desenvolveu o pagamento do ICMS diferença de alíquota relativo às operações objeto do demonstrativo de débito (fls. 30/33) da infração 6, seguindo a disposição do art. 17, § 6º, da Lei 7.014/96, que aliás, é o elemento motivador da autuação, **entendo como insubsistente a autuação.**

As Infrações 7 e 8 dizem respeito a entrada no estabelecimento de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal nos exercícios de 2012 e 2013, sendo a primeira relativo a mercadorias tributáveis e a segunda não tributáveis, com aplicação de multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Em sede de defesa o sujeito passivo diz não ter fundamento tais acusações, pois não há elementos nos autos comprovando que as notas fiscais constantes do demonstrativo às fls. 34/53, para a infração 7 e do demonstrativo às fls. 54/71, para a infração 8; efetivamente entraram no seu estabelecimento. Isso porque a fiscalização não verificou no estoque ou em outros registros do estabelecimento se tais mercadorias, bens ou serviços, de fato entraram lá.

Aduz o defendente que a fiscalização se baseia, talvez, nas notas fiscais de saída dos respectivos emitentes para fazer essa acusação. Contudo destaca que, por diversos motivos, como, por exemplo, defeitos, quantidades, extravios, cancelamentos, entre outros, de responsabilidade exclusiva dos emitentes das notas fiscais, elas podem simplesmente não terem chegado ao seu destino.

Diz o d. agente Fiscal que as notas fiscais relacionadas nos demonstrativos analíticos de débitos são resultados de cruzamentos elaborados pelo Sistema Integrado de Auditoria Fiscal (SIAFI), com a argumentação de que as notas fiscais objeto da ação fiscal, são as transmitidas pelos remetentes e recepcionadas pela autuada, através do SPED e não identificadas nas EFD, relativas ao livro Registro de Entradas de Mercadorias.

Como exemplo o d. agente Fiscal expõe a análise da NFe 91766, de entradas de 19/07/2013, onde, desenvolvendo o cruzamento da nota fiscal com a EFD, diz observar que não se identifica seu registro. Essa mesma nota fiscal, diz consultar no site do repositório nacional nota fiscal eletrônica e se obtém a "Autorização de Uso". Logo, diz que a NFe 91766 realmente foi transmitida e recepcionada pela autuada. Cita outro exemplo.

Por sua vez o sujeito passivo acosta aos autos planilha às fls. 134/137, relacionando diversas notas fiscais que fazem parte integrante do demonstrativos de débitos das Infrações 7 e 8, com as providências adotadas pelos emitentes, que anularam as operações em questão traduzindo em provas de que as mercadorias acobertadas por tais documentos não ingressaram no seu estabelecimento, não ensejando as multas aplicadas.

Em sendo assim, comprovado que as operações acobertadas pelas notas fiscais relacionadas na planilha constante das fls. 134/137, foram anuladas/canceladas pelo próprio emissor, entendo ser assertivo suas exclusões das Infrações 7 e 8, mesmo não tendo sido denegadas, vez que as mercadorias não ingressaram no estabelecimento do sujeito passivo. Isto posto os demonstrativos de débitos desses itens do Auto de Infração remanesce nos valores de R\$11.658,01 e R\$73.646,54, respectivamente, conforme a seguir:

Data Ocorr.	Data Vento	Valor Histórico	Data Ocorr.	Data Vento	Valor Histórico
31/01/2012	31/01/2012	625,38	31/01/2012	31/01/2012	11,74
29/02/2012	29/02/2012	827,18	29/02/2012	29/02/2012	316,91
31/03/2012	31/03/2012	423,64	31/03/2012	31/03/2012	857,27
30/04/2012	30/04/2012	1.019,34	30/04/2012	30/04/2012	11,27
31/05/2012	31/05/2012	1.911,45	31/05/2012	31/05/2012	310,50
30/06/2012	30/06/2012	1.287,79	30/06/2012	30/06/2012	42,41
31/07/2012	31/07/2012	5,96	31/07/2012	31/07/2012	125,68
31/08/2012	31/08/2012	107,00	31/08/2012	31/08/2012	140,36
30/09/2012	30/09/2012	210,06	30/09/2012	30/09/2012	12,64
31/10/2012	31/10/2012	15,66	31/10/2012	31/10/2012	32,44

30/11/2012	30/11/2012	276,73	30/11/2012	30/11/2012	1.520,93
31/12/2012	31/12/2012	1.090,39	31/12/2012	31/12/2012	320,19
31/01/2013	31/01/2013	135,04	31/01/2013	31/01/2013	257,11
29/02/2013	29/02/2013	271,01	28/02/2013	28/02/2013	437,10
31/03/2013	31/03/2013	334,89	31/03/2013	31/03/2013	56.868,20
30/04/2013	30/04/2013	49,84	30/04/2013	30/04/2013	7.131,39
31/05/2013	31/05/2013	255,32	31/05/2013	31/05/2013	975,43
30/06/2013	30/06/2013	236,62	30/06/2013	30/06/2013	365,24
31/07/2013	31/07/2013	319,07	31/07/2013	31/07/2013	474,29
31/08/2013	31/08/2013	584,25	31/08/2013	31/08/2013	546,87
30/09/2013	30/09/2013	228,70	30/09/2013	30/09/2013	690,12
31/10/2013	31/10/2013	497,39	31/10/2013	31/10/2013	359,25
30/11/2013	30/11/2013	177,08	30/11/2013	30/11/2013	1.187,65
31/12/2013	31/12/2013	768,22	31/12/2013	31/12/2013	651,55
Total da Infração 7		11.658,01	Total da Infração 8		73.646,54

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207103.0004/16-0**, lavrado contra **SIAN – SISTEMAS DE ILUMINAÇÃO AUTOMOTIVA DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.681,65**, acrescido das multas de 60% sobre R\$37,62 e de 100% sobre R\$6.644,03, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$85.304,55**, previstas nos incisos IX e XI do artigo e Lei acima citados, mais os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de Julho de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR

A. I. Nº - 207103.0004/16-0
AUTUADO - SIAN – SISTEMAS DE ILUMINAÇÃO AUTOMOTIVA DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 01.09.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0134-05/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** OPERAÇÕES DE SAIDAS NÃO ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Item reconhecido. **b)** SAÍDAS TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o montante do débito devido imputado ao sujeito passivo. Recomendado o refazimento do feito a salvo das falhas apontadas. **c)** MULTA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **c.1)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. **c.2)** MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Considerações de defesa elidem em parte esses dois itens da autuação. Provado está que algumas operações acobertadas pelas notas fiscais relacionadas na planilha constante do demonstrativo de débito foram anuladas/canceladas pelo próprio emissor, não ingressando o produto no estabelecimento do autuado. Item procedente em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** CONTRIBUINTE NÃO CADASTRADO. Considerações de defesa elide em parte a autuação. Refeitos os cálculos do débito fiscal. Item subsistente em parte. **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Considerações de defesa elide em parte a autuação. O fato gerador relativo a NF 498922, com data de ocorrência em dezembro de 2012, foi decretada a nulidade do lançamento, na forma do art. 18, inc. IV, "a", do RPAF/99, por incerteza na motivação que levou a constituição do lançamento fiscal. Item subsistente em parte. **c)** EM DESACORDO COM ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO. MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. Razões de defesa elidem a acusação fiscal. Infração insubsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. A apuração do ICMS diferencial de alíquotas incidentes na aquisição de mercadorias destinadas ao uso para consumo ou ativo permanente, na hipótese em que o fornecedor é optante pelo Simples Nacional, segue as disposições do art. 13, VII, § 1º, XIII, "h", § 5º, da LC 123/06. Em sendo assim, o ICMS diferencial de alíquota deve ser apurado com base na legislação do ICMS de cada Estado da Federal, no caso específico seguindo a disposição do art. 17, § 6º, da Lei 7.014/96. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/12/2016, constitui crédito tributário no valor de R\$131.964,29, conforme demonstrativos acostados às fls. 24 a 71 dos autos, com documentos anexos, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 - 02.01.02: Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar (es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, referente a agosto de 2012 na forma do demonstrativo à fl. 24 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$5.520,88, com enquadramento no art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, § 6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.12: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a Notas Fiscais em que constam como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda nos meses de maio e junho de 2012 e novembro de 2013, conforme demonstrativo à fl. 25 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$1.423,15, com enquadramento nos artigos 31 e art. 44, inc. II, da Lei 7.014/96, c/c art. 1º; art. 2º e art. 309, inc. I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 03 – 01.02.40 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is) nos meses de janeiro, agosto e dezembro de 2012 e abril de 2013, conforme demonstrativo à fl. 26 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$256,16, com enquadramento nos artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96, c/c art. 309, § 6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/92.

INFRAÇÃO 04 – 01.02.97 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em operação interestadual com bens ou mercadorias importados do exterior, ou de mercadorias ou bens produzidos no Brasil com conteúdo de importação superior a 40%, em desacordo com o previsto na Resolução do Senado Federal nº 13 de 2012, nos meses de janeiro, junho, julho, agosto, setembro e dezembro de 2013, conforme demonstrativo à fl. 27 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$1.478,08, com enquadramento Resolução do Senado nº 13/2012; Convênio ICMS 38/13, inc. III e XV do art. 34, da Lei 7.014/96; inc. IV do §8º do art. 309 e inc. III do art. 332 do Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 05 – 02.01.03 Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de novembro e dezembro de 2012, conforme demonstrativo à fl. 29 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$567,55, com enquadramento no art. 2º, inc. I; e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 06 – 06.02.01 Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento nos exercícios de 2012 e 2013, conforme demonstrativo às fls. 30/33 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$35.690,30, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 07 – 16.01.01 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem (ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos exercícios de 2012 e 2013, conforme demonstrativo às fls. 34/53 dos autos. Lançado Multa no valor de R\$13.174,34, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 08 – 16.01.02 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal nos exercícios de 2012 e 2013, conforme demonstrativo às fls. 54/71 dos autos. Lançado Multa no valor de R\$73.853,83, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

O sujeito passivo, às fls. 79/85 dos autos, apresenta defesa administrativa, na qual impugna parcialmente o Auto de Infração em tela, conforme a seguir passo a expor:

Em relação à Infração 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a Notas Fiscais em que constam como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda:

Relativo à Nota Fiscal nº 673. Diz que o crédito de ICMS oriundo do documento fiscal nº 673 foi estornado diretamente no campo – “Estorno de créditos” no livro “Registro de Apuração do ICMS” de Junho/2012 (Doc. 04), o que anulou o crédito fiscal anteriormente registrado.

Em relação à Infração 03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal (is).

Relativo a Nota Fiscal nº 896. Diz que o crédito de ICMS oriundo do documento fiscal nº 896 foi estornado diretamente no campo – “Estorno de créditos” no Livro “Registro de Apuração do ICMS” de Fevereiro/2012 (Doc. 05), o que anulou o crédito fiscal anteriormente registrado.

Relativo a Nota Fiscal nº 498.922. Diz que o crédito de ICMS é devido sobre a nota fiscal de entrada nº 498.922 (Doc. 06), tendo em vista que se refere a material utilizado diretamente na produção industrial, pois se trata de gás utilizado no equipamento que enverniza o refletor do farol (produto final), mas a fiscalização não se atentou a isso.

Nesse sentido destaca que o Parecer nº 07072/2015, extraído do site dessa Secretaria da Fazenda (Doc. 07), é contundente ao autorizar o crédito fiscal nessa condição, *in verbis*:

ICMS. CRÉDITO FISCAL. AQUISIÇÃO DE GÁS NATURAL PARA FABRICAÇÃO DE VAPOR. O gás natural adquirido pelo estabelecimento industrial e utilizado como combustível na caldeira empregada para geração de vapor e calor, indispensáveis para realização do processo industrial, se caracteriza como insumo do processo produtivo, gerando direito ao crédito na sua aquisição. Art. 309, inciso I, “b”, do RICMS/BA.

Em relação a Infração 04 – O contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em operação interestadual com bens ou mercadorias importados do exterior, ou de mercadorias ou bens produzidos no Brasil com conteúdo de importação superior a 40%, em desacordo com o previsto na Resolução do Senado Federal nº 13, de 2012.

Diz que é certo que a Resolução do Senado Federal nº 13/2012 estabelece que a alíquota do ICMS nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior é de 4%. Entretanto destaca que as mercadorias objeto da autuação fiscal relacionadas na infração 4 são de origem nacional e não têm qualquer conteúdo importado a merecer referido tratamento fiscal, conforme pode se verificar nos correspondentes documentos fiscais de entradas (Doc. 08 a 29).

Para se perceber tal afirmação, diz que basta ver as informações contidas nos documentos fiscais, inclusive o Código de Situação Tributária – CST consignado em campo próprio que correspondem todos a 0 – Nacional, o que obedece fielmente ao previsto na Cláusula Primeira, do AJUSTE SINIEF nº 20/2012, cuja disposição legal é seguida por todos os Entes da Federação, inclusive o Estado da Bahia.

Assim, afirma que, tendo em vista que a alíquota do ICMS aplicada nessas operações interestaduais foi de 7%, como pode também se observar nesses documentos fiscais, legítimo é o crédito fiscal registrado sob a mesma alíquota, pois as mercadorias em questão não têm qualquer conteúdo importado e nem origem estrangeira.

Em relação a infração 05 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturados.

De início importa destacar que a tributação nas operações de distribuição de brindes foi disciplinada no Estado da Bahia pelo artigo 389, do seu Regulamento do ICMS, que o cita.

Conforme pode se observar, diante do dispositivo legal acima reproduzido aplicável à mencionada operação, a entrada da mercadoria adquirida a título de brindes gera direito a crédito do ICMS.

Neste sentido diz que, quando o contribuinte emite a posterior nota fiscal, ele tem que lançar o respectivo imposto, como procedimento fiscal específico visando, dentre outras coisas, a

anulação do crédito de ICMS tomado na entrada. Assim, considerando referido procedimento fiscal, quando o contribuinte não tomou o crédito fiscal na entrada não há que se falar nesse lançamento do imposto.

Diz que foi o que ocorreu aqui, pois as notas fiscais de saídas de brindes relacionadas na infração 5 (nºs 74861 e 78255) não tiveram lançamento do imposto, contudo quando referidos brindes entraram no seu estabelecimento também não houve o crédito do ICMS, conforme pode se verificar nas correspondentes entradas das notas fiscais nºs:

- 614, emitida pela IMEDIATO COMÉRCIO DE BRINDES LTDA, ocorrida em 18/12/2012, sem crédito do imposto no livro “Registro de Entradas” (Doc. 30 a 31); e
- 246839, emitida pelas INDÚSTRIAS ARTEB S/A, ocorrida em 18/12/2012, sem crédito do imposto no livro “Registro de Entradas” (Doc. 32 a 33)

Dessa maneira, afirma que não há razão para lançar o ICMS relativamente às notas fiscais em questão.

Em relação a Infração 06 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Diz que a referida infração apurada pela Fiscalização não possui qualquer embasamento legal. Isso porque não há nenhuma previsão na legislação a exigir que recolha o imposto relativo a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, de acordo com a capitulação legal aplicada pela Fiscalização - artigo 23, da Lei Complementar nº 123/2006.

Registra que mencionada disposição legal dispõe tão somente a respeito do SIMPLES NACIONAL, a qual alcança, por conseguinte tão somente os contribuintes nele enquadrados. Mesmo porque se ela fizesse isso haveria uma invasão de competência constitucional alheia.

Nesse sentido diz que o que importa é a legislação que rege a matéria. No Estado da Bahia a matéria objeto do artigo 155, VIII, da Constituição Federal, foi regulamentada pelo artigo 17, § 6º, da Lei nº 7.014/1996, não havendo qualquer menção à disposição legal diversa, *in verbis*:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

XI - nas hipóteses dos incisos XV e XVI do caput do art. 4º desta Lei, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo.

§ 6º Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto.

Afirma que, como se pode perceber da legislação aplicável, acima reproduzida, o cálculo em questão se restringe a diferença entre a alíquota interna do imposto e a alíquota interestadual do imposto (7%), quando as mercadorias são oriundas das Regiões Sul e Sudeste (Resolução do Senado Federal nº 22/1989), o que é o caso, não comportando qualquer exceção à mencionada regra.

Dessa maneira destaca que a Infração 06 também deve ser anulada, tendo em vista que não há qualquer base legal para tanto.

Em relação a Infração 07 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. E a Infração 08 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal.

Sustenta que a acusação da fiscalização de que deixou de escriturar no livro Registro de Entradas mercadorias, bens e serviços, conforme documentos fiscais relacionados nas Infrações 07 e 08, não tem fundamento, pois não há elementos que comprovem que elas efetivamente entraram no estabelecimento.

Isso porque a fiscalização não verificou no estoque ou em outros registros do estabelecimento se tais mercadorias, bens ou serviços, de fato entraram lá. Ela se baseia talvez nas notas fiscais de saída dos respectivos emitentes para fazer essa acusação.

Contudo por diversos motivos, como, por exemplo, defeitos, quantidades, extravios, cancelamentos, etc., de responsabilidade exclusiva dos emitentes das notas fiscais, elas podem simplesmente não terem chegado ao seu destino.

Dessa maneira diz que é inadmissível ser acusada de algo sem prova, com base simplesmente em suposições, e se responsabilizar por falhas talvez cometidas pelos emitentes desses documentos fiscais, o que ofende diversos princípios constitucionais de alta relevância ao Estado Democrático de Direito. Portanto alega que tais infrações devem ser anuladas.

Entretanto, caso esse não seja esse o raciocínio do r. Julgador, a desrespeitar tais princípios constitucionais de alta relevância, diz que obteve junto aos remetentes das supostas mercadorias, bens e serviços acobertados pelos documentos fiscais relacionados nas infrações 07 e 08, informações e provas de que essas não entraram efetivamente no seu estabelecimento.

Assevera que isso pode ser observado na planilha relacionando esses documentos com as providências adotadas pelos respectivos emitentes que anularam as operações em questão (Doc. 34), seja por meio de processo de cancelamento ou seja por meio de nota fiscal posterior as quais também são aqui juntadas (Doc. 35 a 73).

Diante dos motivos fáticos e jurídicos aqui demonstrados, requer a esse respeitável órgão de Julgamento a admissão e o provimento da presente impugnação, visando a anulação do Auto Infração em questão.

Requer ainda provar o alegado por todos os meios admitidos no processo administrativo-fiscal, especialmente pela apreciação dos documentos apresentados na presente e por outros documentos que possam servir a esse objetivo.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 198/210 dos autos, assim expõe:

Da Infração 01. Referente a esta infração diz que a autuada não se manifestou. Destaca que a autuada inicia a defesa à fl. 79 do PAF, prestando informação a partir da Infração 2. Logo, conclui que a autuada acata a ação fiscal. Neste sentido ratifica o crédito reclamado de R\$5.520,88.

Da Infração 02. Referente a esta infração a autuada à fl. 80 do PAF, argumenta que referente à NF 673 realizou estorno do ICMS, no campo - Estorno de créditos no livro RAICMS - junho/2012 - cópia do livro, fls. 88 a 92 do PAF. Portanto, anulou o lançamento do crédito de ICMS referente a esta NF.

Diz que esta infração se refere aos lançamentos de créditos indevidos de ICMS de NFs canceladas ou denegadas. Destaca que o Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal, e acostado ao PAF, fl. 25, relaciona as NFs: 673, 15271, 8271, com respectivos créditos indevidos: R\$720,00; R\$126,00; R\$577,15.

Referente à NF 673, objeto da contestação ora apresentada pela autuada, ao analisar o livro RAICMS - jun/2012 - observo que realmente a autuada realizou o estorno de R\$300,00. Contudo, o crédito indevido lançado pela autuada foi de R\$720,00, alíquota de 12%, tendo como BC R\$6.000,00. Logo, para esta NF o crédito indevido remanesce em R\$420,00. Quanto aos ICMS indevidos das nfs 15271 e 8271 a autuada não se manifesta.

A ação fiscal retifica o valor reclamado nesta infração, reduzindo R\$300,00. Passa o crédito reclamado em maio/2012 de R\$720,00 para R\$420,00. Junho/12 continua R\$126,00. Novembro de 2013, permanece R\$577,15. O total do crédito reclamado corrigido desta infração é R\$1.123,15.

Da Infração 03. Diz que a autuada quanto a NF 896 realizou estorno do ICMS, no campo - Estorno de créditos no livro RAICMS - fevereiro/2012 - cópia do livro, fls. 93 a 97 do PAF. Portanto, anulou o lançamento do crédito de ICMS referente a esta NF.

Referente à NF 498922, cópia anexa ao PAF, fl. 98, a autuada argumenta que o lançamento do crédito está correto, pois se trata de gás utilizado no equipamento que enverniza o refletor do farol. Transcreve Parecer da SEFAZ nº 07072/2015, e anexa cópia às fls. 99 e 100 do PAF, na tentativa de justificar o lançamento do ICMS. Referente às NFs 21338 e 158997 a autuada não se manifesta.

Diz que esta infração se refere aos lançamentos de ICMS nos respectivos livros de Registros de Entradas, superiores aos constantes nas NFs. Observa que, na ação fiscal, elaborou Demonstrativo de Débito, fl. 26 do PAF, relacionando as NFs: 896, 21338, 498922 e 158997. Referente às NFs 21338 e 158997 a ação fiscal não apresentará informação, visto que, a autuada ao não se manifestar, acata os créditos reclamados.

Quanto a NF 896, a autuada realmente realizou o estorno do ICMS R\$38,94, regularizando o equívoco ao tomar o crédito. Quanto à NF 498922 não cabe razão a autuada. Pois, o GLP adquirido pela autuada, além de não ser material intermediário, e sim material de consumo. O ICMS não está destacado na NF, pois se trata de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária.

Assim, após realizada a exclusão do ICMS de R\$38,93 da NF 896, jan/2012. E mantidos os créditos reclamados de Ago/12 R\$4,88, nf 21338. Dez/12 R\$179,61, nf 498922. Abr/13, R\$32,74, nf 158997. Resta o ICMS de R\$217,23, valor que diz ratificar.

Da Infração 04. Esta infração se refere a crédito indevido em função de erro na aplicação da alíquota do ICMS. Diz que ao observar as cópias das NFs acostadas ao PAF, fls. 101 a 119 constato que realmente a alíquota aplicada foi de 7%, e os ICMS destacados foram os correspondentes à alíquota. Estes respectivos ICMS das NFs, foram lançados nos livros Registros de Entradas.

Assim, diz que cabe razão a autuada quanto a esta infração. O que houve foi ao desenvolver rotina de fiscalização, através do SIAF equívoco de alguma informação que induziu ao erro.

Da Infração 05. Diz que a autuada transcreve o art. 389 do RICMS/BA – Dec. 13.780/12. Alega a autuada que, por não ter tomado os créditos de ICMS nas entradas dos brindes, não tem obrigação de se tributar nas distribuições de brindes. Anexa as NFs de aquisições dos brindes: 614 e 246.839, Docs. 30 e 32, fls. 123 e 128 do PAF. E anexa as cópias dos livros RES, fls. 124 e 132 do PAF que comprovam a não tomada dos créditos de ICMS. Por fim diz que não há razão para lançar o ICMS relativamente às NFs em questão, ou seja, NFs 74.861 e 78.255.

Diz que esta infração se refere a operações tributadas como não tributadas. A SIAN nas operações de saídas, distribuição de brindes não destacou nem recolheu os respectivos ICMS. Observa que o Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal, fl. 29 do PAF relaciona as NFs objetos da ação fiscal.

Desta que, conforme a própria autuada transcreveu em sua peça de defesa, o disposto no RICMS/BA – Dec. 13.780/12, nos seus arts. 388 e 389 disciplinam as operações de aquisição, distribuição e entrega de brindes e presentes pelos contribuintes do imposto.

Diz que a autuada deveria lançar a crédito os ICMS destacados nas nfs de aquisições dos brindes. Contudo, como se observa as NFs 614 e 246839, anexas às fls. 123 e 128 do PAF, e cópias dos RES anexos ao PAF, fls. 124 e 132 a autuada não fez os lançamentos dos ICMS, observando que na NF 614 não houve destaque do ICMS.

Aduz que o Inc. II do art. 389 impõe ao distribuidor dos brindes a emissão das NFs com destaque do ICMS. As NFs 74.861 e 78.255 não tiveram ICMS destacados, consequentemente apurados. E conforme dispõe o Inc. III, a autuada deveria lançar a NF no livro Registro de Saída, com os impostos. Posteriormente a autuada realizaria a apuração do ICMS. Como as aquisições dos brindes foram interestaduais, oriundas de SP, os créditos seriam menores do que os débitos, pois as saídas foram internas, existiria saldo devedor do ICMS, ICMS a pagar.

Por fim, diz que a autuada é devedora do ICMS apurado pela ação fiscal. Pois, descumpriu o disposto no art. 389 do RICMS/BA. Já quanto ao crédito não tomado da NF 246839, a autuada solicitaria crédito extemporâneo. Ratifica a ação fiscal referente a esta infração, reclamando o ICMS de R\$567,55.

Da Infração 06. Diz que a autuada afirma que a infração não possui embasamento legal, pois não haveria previsão na legislação para que recolhesse o imposto relativo à diferença de alíquota interna e interestadual, de acordo com a capitulação do art. 23 da Lei Complementar nº 123/2006.

Transcreve o art. 17, Inc. XI e parag. 6º da Lei nº 7.014/96, para afirmar que o cálculo do ICMS seria a diferença entre alíquota interna e interestadual.

Diz que esta infração se refere a não apuração correta da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo do estabelecimento, junto às empresas enquadradas no Simples Nacional. O Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal, fls. 30 a 33 do PAF relaciona as NFs objetos da ação fiscal.

Destaca que a autuada adquiriu materiais de uso e consumo, em operações interestaduais, junto às empresas enquadradas no Simples Nacional. O Simples Nacional é disciplinado pela Lei Complementar nº 123/06.

Diz que a LC nº 123/06, dispõe que as empresas do Simples Nacional em função do enquadramento na faixa de receita bruta, aplique alíquotas distintas nas operações de vendas de mercadorias. Em função disto cada fornecedor de materiais de uso e consumo adota alíquota diferente. Transcreve o art. 23 da LC nº 123/06.

Diz que, como se observa no parag. 1º da LC nº 123/2006, as pessoas jurídicas terão direito a crédito do ICMS se as mercadorias adquiridas se destinem à comercialização ou industrialização. E no parag. 2º, a alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o parag. 1º deve constar na NF e correspondente ao percentual de ICMS previsto nos anexos I e II desta LC, ou seja, variando conforme a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a EPP estiver sujeita.

Destaca que, como a autuada adquiriu materiais para uso e consumo, ao invés de ter direito ao crédito destacado na NF emitida pela empresa enquadrada no Simples Nacional, deveria ter efetuado o pagamento do ICMS do diferencial de alíquota. Levando em consideração a alíquota destacada na NF em função da faixa da sua receita bruta.

Conforme dispõe o parag. 6º do art. 17 da Lei nº 7.014/96, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Diz que a alíquota interna aplicada à época dos fatos geradores era 17%, e as alíquotas constantes nas NFs nas operações interestaduais, variavam conforme a faixa da receita bruta do fornecedor do material de uso e consumo para a autuada.

Observa que o Demonstrativo de Débito acostado ao PAF, fls. 30 a 33, traz as alíquotas constantes em cada NF que acobertou os materiais adquiridos pela autuada. E assim se apurou a diferença de alíquota correta que a autuada deveria ter efetuado quando da apuração do ICMS.

Neste sentido, pelos documentos ora acostados ao PAF, e informações trazidas, ratifica a ação fiscal referente a esta infração, reclamando o crédito de ICMS de R\$35.690,30.

Da Infração 07 e Infração 08. Diz que a autuada apresentou defesa de forma conjunta. Então diz que a informação fiscal também abordará as infrações em conjunto, visto que, se referem a descumprimento de Obrigação Acessória, por não lançamento de NFs de entradas nos respectivos livros Registros de Entradas de Mercadorias.

Destaca que a autuada diz que não há elementos que comprovem que as mercadorias efetivamente entraram no estabelecimento. Argumenta que a ação fiscal não verificou no estoque, ou em outros registros se as mercadorias entraram no estabelecimento. Que há motivos como: defeitos, extravios e cancelamentos de responsabilidade exclusiva dos emitentes das NFs. E mais adiante tenta atribuir a responsabilidade aos emitentes das NFs. Por isso, pede a anulação das infrações.

Diz também que a autuada afirma que obteve junto aos remetentes das supostas mercadorias acobertadas pelas NFs, informações e provas de que elas não entraram no estabelecimento. Relaciona NFs em uma planilha com as providências adotadas pelos respectivos remetentes que anularam as operações, Doc. 34, acostado às fls. 134 a 137 do PAF. Ou por meio de processo de cancelamento, por meio de NF posterior, Docs. 35 a 73, acostadas ao PAF, fls. 138 a 195.

Observa que estas infrações se referem ao descumprimento de Obrigação Acessória, pelo não lançamento de NFs de Entradas nos respectivos livros Registros de Entradas de Mercadorias. Demonstrativos de Débitos elaborados pela ação fiscal, fls. 34 a 71 do PAF relacionam as NFs objetos da ação fiscal.

Diz que as NFs relacionadas nos Demonstrativos Analíticos de Débitos são resultados de cruzamentos elaborados pelo SIAF - Sistema Integrado de Auditoria Fiscal - na Rotina - Análise dos documentos fiscais eletrônicos - Cruzamento entre NFes e as EFDs (Livros Registros de Entradas).

As NFes objetos da ação fiscal, são as NFes transmitidas pelos remetentes e recepcionadas pela autuada, através do SPED - Sistema de Processamento Eletrônico de Dados - e não identificadas nas respectivas EFD - livros Registros de Entradas de Mercadorias.

Diz que nessa rotina a ação fiscal identifica e exclui as NFes de entradas lançadas em outros períodos. Identifica e exclui as operações desfeitas pelos remetentes. Refaz o cruzamento para as nfs de entradas desprezando modelo, série e indicador de emitente.

Pela exatidão dos trabalhos fiscais, após o resultado apresentado pela rotina do SIAF, diz que realiza consulta de verificação de cancelamento do documento fiscal, através da chave da Nfe no site do SPED - NFe. Então, confirmada a Autorização de Uso, a ação fiscal conclui que a operação se efetivou.

Como exemplo expõe a análise da NF 91766 de Entradas de 19/07/2013. Cruzamento da NFe com a EFD apresenta no relatório do SIAF, NFe não identificada na EFD - no livro Registro de Saídas de Mercadorias. Consulta no site EFD - NFe - consulta por chave de Nfe - se obtém NF Autorização de Uso. Logo diz que a NF 91766 realmente foi transmitida e recepcionada pela autuada.

Destaca que a autuada apresenta a NF 3976 (fl. 138) da Ford com o argumento de desfazimento da operação. Mas, observando atentamente, o que ocorreu foi retorno das mercadorias, em 01/08/2013.

Destaca que houve uma operação de simples remessa de mercadorias, através da NF 91766. A NFe existiu, foi transmitida através do SPED e a autuada deveria lançar na EFD - livro RE. Não o fez, incorrendo em descumprimento de obrigação acessória.

Outro exemplo, expõe a análise da NF 8758 de Entradas de 27/09/2012. Cruzamento da NFe com a EFD apresenta no relatório do SIAF, NFe não identificada na EFD - no livro Registro de Saídas de Mercadorias. Consulta no site EFD - NFe - consulta por chave de Nfe - se obtém NF Autorização de Uso. **Logo diz que a NF 8758 realmente foi transmitida e recepcionada pela autuada.**

Destaca que a autuada apresenta a NF 19428 (Fl. 159) da Fixar com o argumento de desfazimento da operação. Mas, observando atentamente, o que ocorreu foi devolução da mercadoria, em 03/09/2014. Ou seja, após quase dois anos, a remetente emitiu Nfe para acobertar a operação de devolução.

A autuada apresenta uma planilha com a relação de apenas 47 NFs, a pretexto de desfazimento de centenas de operações de NFs não lançadas nas EFD - livros Registros de Entradas.

Como resta provado pelos exemplos e fatos acima narrados, as NFs, objetos da ação fiscal, foram transmitidas e recepcionadas no ambiente da EFD, contudo, não foram efetivamente lançadas nas EFD - livros RES da autuada. Por isso, a ação fiscal mantém a multa aplicada pelo descumprimento da Obrigação Acessória. Referente à Infração nº 7 - R\$13.174,34. Na Infração nº 8 - R\$73.853,83.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de

prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, tendo o autuado demonstrado total entendimento da acusação, apresentando razões de mérito em todas as infrações imputadas, exceto em relação a infração 1, que se manteve silente.

O presente Auto de Infração reclama crédito tributário do ICMS no valor total de R\$131.964,29, relativo às oito infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, referente ao exercício de 2012 e 2013, tendo o autuado impugnado parcialmente ou totalmente todas as infrações, com exceção da infração 1, que se manteve silente, em que será de pronto considerada procedente por considerar aceito o débito reclamado. Em sendo assim, a contenda se restringirá às infrações 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 que a seguir passo a expor.

A infração 02, diz respeito a utilização indevida crédito fiscal de ICMS, referente a notas fiscais em que constam como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ/BA na forma do demonstrativo de fl. 25 dos autos, com enquadramento nos artigos 31 e art. 44, inc. II, da Lei 7.014/96, c/c art. 1º; art. 2º e art. 309, inc. I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Trata-se na realidade de lançamentos de créditos indevidos de ICMS decorrentes de notas fiscais canceladas ou denegadas.

O sujeito passivo à fl. 80 argumenta que anulou o lançamento do crédito de ICMS referente a NF 673. Por sua vez, destaca que o demonstrativo de débito elaborado para ação fiscal, e acostado ao PAF à fl. 25, relaciona as NFs: 673, 15271, 8271, com respectivos créditos indevidos de R\$720,00; R\$126,00; R\$577,15.

Referente à NF 673, objeto da contestação apresentada pela autuada, ao analisar o livro RAICMS - junho/2012, observou que realmente a defendente realizou o estorno de R\$300,00. Contudo, o crédito indevido lançado pela autuada foi de R\$720,00, alíquota de 12%, tendo como base de cálculo R\$6.000,00. Diz, então, para esta nota fiscal o crédito indevido remanesce em R\$420,00. Quanto aos ICMS indevidos das NFs 15271 e 8271 a autuada não se manifesta.

Isto posto, retifica o valor reclamado nesta infração, reduzindo R\$300,00. Passa o crédito reclamado em maio/2012 de R\$720,00 para R\$420,00. Em Junho/2012 continua R\$126,00 e. Novembro/2013, permanece R\$577,15. O total do crédito reclamado corrigido desta infração é R\$1.123,15.

Em sendo assim, conforme consignado na informação fiscal, concluo pela subsistência parcial da exigência fiscal na forma do demonstrativo a seguir:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Valor Histórico
31/05/2012	31/05/2012	420,00
30/06/2012	30/06/2012	126,00
30/11/2013	30/11/2013	577,15
Total da Infração 2		1.123,15

A infração 03, diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, conforme demonstrativo à fl. 26 dos autos, com enquadramento nos artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96, c/c art. 309, § 6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/92.

Em sede de defesa o sujeito passivo argui a NF 896 sob a perspectiva de que anulou o crédito fiscal registrado; e a NF 498.922 por entender que é devido seu uso, vez que se refere a material utilizado diretamente na produção industrial. Diz tratar de gás utilizado no equipamento que enverniza o refletor do farol – produto final.

O defendente traz para fundamentar seu entendimento o Parecer nº 07072/2015, extraído do site da SEFAZ/BA, que trata de manifestação favorável ao uso do crédito fiscal decorrente da aquisição de gás natural para fabricação de vapor, ou seja, gás natural adquirido pelo estabelecimento industrial e utilizado como combustível na caldeira empregada para a geração de vapor e calor, indispensável para realização do processo industrial (art. 309, inc. I, “b”, do RICMS/BA).

Em sede de informação fiscal o autuante diz que a NF 896 foi cancelada e que o defendente realizou o estorno do ICMS de R\$38,40, regularizando o esquivio ao tomar o crédito. Neste sentido concorda com os termos da defesa de que não há utilização de crédito decorrente da NF 896. Insubsistente, portanto, a autuação para este item da autuação.

Quanto à NF 498922 diz o d. agente Fiscal não caber razão a autuada, pois, o GLP adquirido, além de não ser material intermediário, e sim, material de consumo; o valor do ICMS registrado na escrita fiscal não está destacado na NF, pois se trata de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária.

O sujeito passivo argüi sua procedência, sob a perspectiva de estar apropriando-se de um crédito de ICMS decorrente da aquisição de um produto – GLP – que faz parte integrante do seu processo industrial. Neste caso, sendo procedente a premissa do defendente de que o GLP faz parte de seu processo produtivo, não é impedimento o uso do crédito do ICMS pago na operação anterior, por não estar destacado na nota fiscal (fl. 98), como assim deixa entender a fiscalização, pois é uma situação de operação com mercadoria amparada pelas disposições do art. 292, inc. I, do RICMS/BA.

Por sua vez, a acusação é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal. Totalmente adverso do entendimento da defesa quanto a suas considerações de direito do uso do crédito lançado na sua escrita fiscal. Nesse contexto não se consegue entender, pelo que está descrito na peça acusatória, nem tampouco pelas considerações postas na informação fiscal, qual de fato foi a motivação do lançamento constituído em relação à NF 498922 no Auto de Infração em tela.

Desta forma o art. 18, inc. IV, "a", do RPAF/99, é claro em estabelecer que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida. Em sendo assim declaro nulo o lançamento relativo ao item correspondente a NF 498922, pois não se sabe se o lançamento é pelo fato do documento fiscal não ter o ICMS destacado, o que não autoriza seu uso na escrita fiscal; ou por entender que o produto GLP, objeto de aquisição através da citada nota fiscal, não faz parte integrante do processo produtivo da defendente, o que não autoriza seu uso na escrita fiscal, como assim procedeu o sujeito passivo. Essa dicotomia acarreta incerteza na autuação, cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal.

Assim, depois de realizada a exclusão do ICMS de R\$38,93, relativo a NF 896 em janeiro de 2012 por insubsistência na acusação e do ICMS de R\$179,61, relativo a NF 498922 em dezembro de 2012, por nulidade da acusação, decorrente da incerteza na constituição do lançamento; e mantidos os créditos reclamados de Agosto de 2012 no valor de R\$4,88 - NF 21338 e de Abril de 2013 no valor de R\$32,74 - NF 158997, pelo defendente manter-se silente, resta procedente a Infração 3 no valor total de R\$37,62, na forma do demonstrativo a seguir:.

Data Ocorrência	Data Vencimento	Valor Histórico
30/08/2012	30/08/2012	4,88
30/04/2013	30/04/2013	32,74
Total da Infração 3		37,62

A **infração 4**, diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em operação interestadual com bens ou mercadorias importados do exterior, ou de mercadorias ou bens produzidos no Brasil com conteúdo de importação superior a 40%, em desacordo com o previsto na Resolução do Senado Federal nº 13 de 2012, conforme demonstrativo à fl. 27 dos autos, com enquadramento Resolução do Senado nº 13/2012; Convênio ICMS 38/13, inc. III e XV do art. 34, da Lei 7.014/96; inc. IV do § 8º do art. 309 e inc. III do art. 332 do Decreto nº 13.780/2012.

Em sede de informação fiscal, diz o agente Fiscal que, ao observar as cópias das notas fiscais acostadas ao PAF, às fls. 101/119, pelo sujeito passivo, constatou que realmente as alíquotas aplicadas e os impostos destacados foram as devidas para as operações efetivamente ocorridas. Destaca, também, que os impostos destacados nas notas foram os lançados nos livros fiscais próprios.

Por fim, diz o d. agente Fiscal que cabe razão a autuada em relação a esta infração. Destaca que, ao desenvolver a rotina de fiscalização, extraiu algumas informações do programa de fiscalização que usou na ação fiscal, onde induziu ao erro. Em sendo assim, nada observando que desabone a informação fiscal, entendo restar **insubsistente a infração 4.**

A infração 5 diz respeito a ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de novembro e dezembro de 2012, conforme demonstrativo à fl. 29 dos autos, com enquadramento no art. 2º, inc. I; e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

De pronto, em sede de defesa, o sujeito passivo destaca o art. 389, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, que a seguir reproduzo:

*Art. 389. O contribuinte que adquirir **brindes para distribuição** direta a consumidor ou usuário final deverá: (Grifo acrescido)*

*I - **lançar a nota fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas**, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal; (grifo acrescido)*

*II - **emitir**, no mesmo período de apuração em que ocorrer a entrada da mercadoria no estabelecimento, **nota fiscal com lançamento do imposto, aplicando a alíquota interna e tendo como base de cálculo o valor da mercadoria adquirida mais o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados do emitente da nota fiscal**, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: “Emitida nos termos do art. 389 do RICMS”; (Grifos acrescidos)*

*III - **lançar a nota fiscal** referida no inciso II **no Registro de Saídas**, na forma regulamentar. (Grifos acrescidos)*

Assim, diz o defendente que, diante do dispositivo legal acima reproduzido aplicável ao objeto da lide, a entrada da mercadoria a título de brindes gera direito a crédito do ICMS. Neste contexto, diz que as notas fiscais de saídas nºs 74861 e 78255 não tiveram o lançamento do imposto. Contudo, quando os referidos brindes entraram no seu estabelecimento, objeto das citadas notas, não houve a apropriação do crédito devido, conforme diz poder verificar das notas fiscais nºs 614 e 246839, com data de entrada em 18/12/2012. Em sendo assim, entende que não há razão para lançar o ICMS relativamente às notas fiscais em questão.

Sobre a perspectiva de não ter sido apropriado os créditos, destacados nas notas fiscais nºs 614 e 246839, na escrita fiscal do defendente, a fiscalização confirma tal assertiva, porém ressalva que a nota fiscal nº 614 não houve destaque de imposto para ser lançado.

Entretanto observa que, mesmo não tendo lançado o imposto do crédito, diferentemente do entendimento do defendente, a operação de saída dos brindes de seu estabelecimento gera um valor de imposto a ser recolhido aos cofres do Estado da Bahia, decorrente da diferença entre a alíquota interna, ao qual o “brinde” sai tributado; e a alíquota interestadual do Estado de origem do respectivo “brinde”. Nesse aspecto coaduno com o entendimento da fiscalização.

Nessa sintonia passo a analisar o demonstrativo de débito à fl. 29 dos autos, que dá fundamento ao lançamento do débito da infração 5 no valor de R\$567,55. Vê-se, portanto, o registro das notas fiscais de saídas nºs 74861 e 78255, onde consta, data de emissão, CFOP (5910), valor do item informado, valor da base de cálculo do imposto, a alíquota interna aplicada e o valor do imposto apurado.

Entretanto não se vê qualquer lançamento, no demonstrativo, decorrente do ICMS destacado na nota fiscal de entrada nº 246839, relativo aos brindes distribuídos, vez que a nota fiscal nº 614, de fato não houve destaque de imposto por ser um produto oriundo de empresa inscrita no Simples Nacional.

Desta forma, é meu entendimento que o crédito da nota fiscal nº 246839 deve ser considerado na apuração do imposto, relativo às notas fiscais de saídas nºs 74861 e 78255, decorrentes dos brindes que a ela relacionar. No caso, em análise, o d. agente Fiscal apenas aplicou a alíquota interna de 17% sobre o valor dos brindes distribuídos, sem tampouco aproveitar os créditos do ICMS destacado na nota fiscal nº 246839 de entrada dos brindes no estabelecimento do sujeito passivo.

Assim, o demonstrativo de débito da infração 5, acostado à fl. 29 dos autos, apura um débito tributário de imposto, nas operações de saídas, relativo às notas fiscais de saídas nºs 74861 e 78255, em valores maiores que o devido, para o objeto da acusação, no que dispõe o art. 389, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Isto posto, sabe-se que o § 1º, do art. 18, do RPAF/BA dispõe que eventuais incorreções ou omissões não acarretam a nulidade do lançamento fiscal, desde que seja possível, de ofício, suprimir as incorreções ou omissões. Não é o caso da presente lide, vez que, à luz das documentações acostadas aos autos, não se é possível quantificar os “brindes” distribuídos, pelas notas fiscais de saídas nºs 74861 e 78255, quanto se relaciona a cada uma das notas fiscais nºs 614 e 246839 e com isso apropriar os créditos devidos no que depreende o inc. I, art. 289, do RICMS/BA, apurando o débito devido a Fazenda Pública do Estado da Bahia.

Em sendo assim, consubstanciado no art. 18, inc. IV, "a", do RPAF/99, **declaro nula**, de ofício, a infração 5, por falta de certeza na quantificação do montante do débito devido do sujeito passivo junto a Fazenda Pública do Estado da Bahia. Com fundamento no art. 156 do mesmo diploma legal, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falha acima apontada, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, caso reste comprovado que, depois de apropriado os créditos devidos relacionados à nota fiscal nº 246839, há débitos de imposto a ser recolhidos ao Estado da Bahia, pela emissão das notas fiscais de saídas de nºs 74861 e 78255, relativos a brindes distribuídos, sem destaque do imposto.

Infração 6 diz respeito a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Sobre a ocorrência da diferença de alíquotas em relação as operações com mercadorias constantes do demonstrativo de débito da autuação às fls. 29/53 dos autos, não há controvérsia entre as partes. Diz o d. Agente Fiscal que esta infração se refere a não apuração correta da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo do estabelecimento, junto às empresas enquadradas no Simples Nacional.

Destaca que a autuada adquiriu materiais de uso e consumo, em operações interestaduais, junto às empresas enquadradas no Simples Nacional. Como tal, observa que o Simples Nacional é disciplinado pela LC 123/06.

Aduz que a LC 123/06, dispõe que as empresas do Simples Nacional em função do enquadramento na faixa de receita bruta, aplique alíquotas distintas nas operações de vendas de mercadorias. Em função disto cada fornecedor de materiais de uso e consumo adota alíquota diferente (art. 23).

Neste contexto diz que, como se observa no § 1º, art. 23, LC 123/06, as pessoas jurídicas terão direito a crédito do ICMS se as mercadorias adquiridas se destinem à comercialização ou industrialização. E no § 2º, a alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o § 1º deve constar na nota fiscal, e corresponde ao percentual de ICMS previsto nos anexos I e II da LC 123/06, ou seja, variando conforme a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a EPP estiver sujeita.

Observa que, como a autuada adquiriu materiais para uso e consumo de empresa enquadrada no Simples Nacional, deveria ter efetuado o pagamento do ICMS do diferencial de alíquota, levando em consideração a alíquota destacada na NF em função da faixa da sua receita bruta.

Contrário a tal entendimento, aduz o sujeito passivo que a referida infração apurada pela Fiscalização não possui qualquer embasamento legal. Isso porque não há nenhuma previsão na legislação a exigir que recolha o imposto relativo a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, de acordo com a capitulação legal aplicada pela Fiscalização do artigo 23, da Lei Complementar nº 123/2006.

Registra que a mencionada disposição legal dispõe tão somente a respeito do Simples Nacional, a qual alcança, por conseguinte tão somente os contribuintes nele enquadrados. Nesse sentido diz que importa é a legislação que rege a matéria. No Estado da Bahia a matéria objeto do artigo 155, VIII, da Constituição Federal, foi regulamentada pelo artigo 17, Parágrafo 6º, da Lei nº 7.014/1996, não havendo qualquer menção à disposição legal diversa, *in verbis*:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

XI - nas hipóteses dos incisos XV e XVI do caput do art. 4º desta Lei, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo.

§ 6º Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto.

Diz que, como se pode perceber da legislação aplicável, acima reproduzida, o cálculo em questão se restringe a diferença entre a alíquota interna do imposto e a alíquota interestadual do imposto (7%), quando as mercadorias são oriundas das Regiões Sul e Sudeste (Resolução do Senado Federal nº 22/1989), o que é o caso, não comportando qualquer exceção à mencionada regra.

Pois bem. A lide da Infração 6 decorre eminentemente da forma de apuração do ICMS diferencial de alíquotas incidente na aquisição de mercadorias destinadas ao consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento, na hipótese em que o fornecedor é optante pelo Simples Nacional.

Para o deslinde da controvérsia instalada, necessário se faz reproduzir trechos do artigo 13 da LC 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao Simples Nacional. Vejamos as disposições do art. 13, VII, § 1º, XIII, "h", § 5º, da LC 123/06:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:(Grifos acrescidos)

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual:(Grifo acrescido)

(...)

§ 5º A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam as alíneas g e h do inciso XIII do § 1º deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.(Grifos acrescidos)

Neste sentido, com base na norma acima colacionada, pode-se dizer que o ICMS diferencial de alíquota não é alcançado pela modalidade de tributação simplificada de que trata a LC 123/06, como assim erroneamente entendeu o d. Agente Fiscal, e por isso efetuou o lançamento da infração 6 no presente Auto de Infração.

Na realidade, em conformidade com o posicionamento do defendente, a apuração do ICMS diferencial de alíquota deve ser apurado com base na legislação do ICMS de cada Estado da Federação, no caso específico seguindo a disposição do art. 17, § 6º, da Lei 7.014/96, não havendo qualquer menção à disposição legal diversa.

Em sendo assim, o cálculo do ICMS diferença de alíquota se restringe a diferença entre a alíquota interna do imposto e a alíquota interestadual do imposto de 7%, quando as mercadorias são oriundas das Regiões Sul e Sudeste, que é o caso objeto em análise; e 12% quando oriundas dos demais Estados.

Isto posto, considerando que o sujeito passivo desenvolveu o pagamento do ICMS diferença de alíquota relativo às operações objeto do demonstrativo de débito (fls. 30/33) da infração 6, seguindo a disposição do art. 17, § 6º, da Lei 7.014/96, que aliás, é o elemento motivador da autuação, **entendo como insubsistente a autuação**.

As Infrações 7 e 8 dizem respeito a entrada no estabelecimento de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal nos exercícios de 2012 e 2013, sendo a primeira relativo a mercadorias tributáveis e a segunda não tributáveis, com aplicação de multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Em sede de defesa o sujeito passivo diz não ter fundamento tais acusações, pois não há elementos nos autos comprovando que as notas fiscais constantes do demonstrativo às fls. 34/53, para a infração 7 e do demonstrativo às fls. 54/71, para a infração 8; efetivamente entraram no seu estabelecimento. Isso porque a fiscalização não verificou no estoque ou em outros registros do estabelecimento se tais mercadorias, bens ou serviços, de fato entraram lá.

Aduz o defendente que a fiscalização se baseia, talvez, nas notas fiscais de saída dos respectivos emitentes para fazer essa acusação. Contudo destaca que, por diversos motivos, como, por exemplo, defeitos, quantidades, extravios, cancelamentos, entre outros, de responsabilidade exclusiva dos emitentes das notas fiscais, elas podem simplesmente não terem chegado ao seu destino.

Diz o d. agente Fiscal que as notas fiscais relacionadas nos demonstrativos analíticos de débitos são resultados de cruzamentos elaborados pelo Sistema Integrado de Auditoria Fiscal (SIAFI), com a argumentação de que as notas fiscais objeto da ação fiscal, são as transmitidas pelos remetentes e recepcionadas pela autuada, através do SPED e não identificadas nas EFD, relativas ao livro Registro de Entradas de Mercadorias.

Como exemplo o d. agente Fiscal expõe a análise da NFe 91766, de entradas de 19/07/2013, onde, desenvolvendo o cruzamento da nota fiscal com a EFD, diz observar que não se identifica seu registro. Essa mesma nota fiscal, diz consultar no site do repositório nacional nota fiscal eletrônica e se obtém a "Autorização de Uso". Logo, diz que a NFe 91766 realmente foi transmitida e recepcionada pela autuada. Cita outro exemplo.

Por sua vez o sujeito passivo acosta aos autos planilha às fls. 134/137, relacionando diversas notas fiscais que fazem parte integrante do demonstrativos de débitos das Infrações 7 e 8, com as providências adotadas pelos emitentes, que anularam as operações em questão traduzindo em provas de que as mercadorias acobertadas por tais documentos não ingressaram no seu estabelecimento, não ensejando as multas aplicadas.

Em sendo assim, comprovado que as operações acobertadas pelas notas fiscais relacionadas na planilha constante das fls. 134/137, foram anuladas/canceladas pelo próprio emissor, entendo ser assertivo suas exclusões das Infrações 7 e 8, mesmo não tendo sido denegadas, vez que as mercadorias não ingressaram no estabelecimento do sujeito passivo. Isto posto os demonstrativos de débitos desses itens do Auto de Infração remanesce nos valores de R\$11.658,01 e R\$73.646,54, respectivamente, conforme a seguir:

Data Ocorr.	Data Vento	Valor Histórico	Data Ocorr.	Data Vento	Valor Histórico
31/01/2012	31/01/2012	625,38	31/01/2012	31/01/2012	11,74
29/02/2012	29/02/2012	827,18	29/02/2012	29/02/2012	316,91
31/03/2012	31/03/2012	423,64	31/03/2012	31/03/2012	857,27
30/04/2012	30/04/2012	1.019,34	30/04/2012	30/04/2012	11,27
31/05/2012	31/05/2012	1.911,45	31/05/2012	31/05/2012	310,50
30/06/2012	30/06/2012	1.287,79	30/06/2012	30/06/2012	42,41
31/07/2012	31/07/2012	5,96	31/07/2012	31/07/2012	125,68
31/08/2012	31/08/2012	107,00	31/08/2012	31/08/2012	140,36
30/09/2012	30/09/2012	210,06	30/09/2012	30/09/2012	12,64
31/10/2012	31/10/2012	15,66	31/10/2012	31/10/2012	32,44

30/11/2012	30/11/2012	276,73	30/11/2012	30/11/2012	1.520,93
31/12/2012	31/12/2012	1.090,39	31/12/2012	31/12/2012	320,19
31/01/2013	31/01/2013	135,04	31/01/2013	31/01/2013	257,11
29/02/2013	29/02/2013	271,01	28/02/2013	28/02/2013	437,10
31/03/2013	31/03/2013	334,89	31/03/2013	31/03/2013	56.868,20
30/04/2013	30/04/2013	49,84	30/04/2013	30/04/2013	7.131,39
31/05/2013	31/05/2013	255,32	31/05/2013	31/05/2013	975,43
30/06/2013	30/06/2013	236,62	30/06/2013	30/06/2013	365,24
31/07/2013	31/07/2013	319,07	31/07/2013	31/07/2013	474,29
31/08/2013	31/08/2013	584,25	31/08/2013	31/08/2013	546,87
30/09/2013	30/09/2013	228,70	30/09/2013	30/09/2013	690,12
31/10/2013	31/10/2013	497,39	31/10/2013	31/10/2013	359,25
30/11/2013	30/11/2013	177,08	30/11/2013	30/11/2013	1.187,65
31/12/2013	31/12/2013	768,22	31/12/2013	31/12/2013	651,55
Total da Infração 7		11.658,01	Total da Infração 8		73.646,54

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207103.0004/16-0**, lavrado contra **SIAN – SISTEMAS DE ILUMINAÇÃO AUTOMOTIVA DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.681,65**, acrescido das multas de 60% sobre R\$37,62 e de 100% sobre R\$6.644,03, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$85.304,55**, previstas nos incisos IX e XI do artigo e Lei acima citados, mais os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de Julho de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR