

PROCESSO - A. I. N° 207101.0004/17-3
RECORRENTE - FUJIOKA ELETRO IMAGEM S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5^a JJF n° 0134-05/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/03/2020

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0370-11/19

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO PRESUMIDO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO NA LEGISLAÇÃO. Provada que não houve utilização do crédito fiscal em valor superior ao previsto no art. 2º do Decreto n° 7.799/00, referente às saídas interestaduais, sendo insubstancial as infrações. Razões recursais capazes à elisão da acusação fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata, o presente processo, de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 5^a JJF, através do Acórdão n° 0134-05/18, que julgou Procedente o Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o débito de R\$321.859,99, em razão da constatação de duas irregularidades, a saber:

Infração 1 – Utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS de R\$121.505,39, em desacordo com o previsto no art. 2º, c/c inciso I, do art. 4º do Decreto n° 7.799/00, referente às saídas para outras unidades da Federação no ano de 2013, conforme demonstrativo e documentos às fls. 28/66 dos autos.

Infração 2 – Utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS de R\$200.354,60, em desacordo com o previsto no art. 2º, c/c inciso I, do art. 4º do Decreto n° 7.799/00, referente às saídas para outras unidades da Federação em de 2014, conforme demonstrativo e documentos às fls. 67/109 dos autos.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, diante das seguintes considerações:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS decorrente de obrigação principal, no montante de R\$321.859,99, relativo ao uso de crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, ou seja, em desacordo com o previsto no artigo 2º do Decreto n° 7.799/00, c/c inciso I, do art. 4º do mesmo diploma legal, referente às saídas para outras unidades da Federação nos anos de 2013 e 2014, conforme demonstrativo e documentos às fls. 28/109 dos autos, com enquadramento no art. 49, da Lei n° 7.014/96, c/c art. 269 e 270 e incisos do RICMS, publicado pelo Decreto n° 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei n° 7.014/96.

Assim dispõe o art. 49 da Lei n° 7.014/96:

Art. 49. Fica o Poder Executivo autorizado a celebrar e ratificar convênios para concessão e revogação de isenção, redução de base de cálculo, manutenção de crédito, concessão de crédito presumido e demais favores, incentivos ou benefícios fiscais de deliberação sujeita à competência do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

Neste sentido, vê-se a edição do Decreto n° 7.799, de 09/03/2000, que dispõe sobre o tratamento tributário em operações relacionadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, o qual acoberta as operações objeto da presente autuação, referente às saídas para outras unidades da Federação nos exercícios de 2013 e 2014, concedendo autorização para lançar a crédito, no período de apuração respectivo, o valor equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar (art. 2º), não se enquadrando neste benefício operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária (art. 4º, inc. I).

Sobre tais prerrogativas não há discordância entre as partes. Na realidade, a lide resulta da constatação pelo Autuante, no desenvolvimento da ação fiscal, da utilização do crédito presumido a maior, referente às saídas para outras unidades da Federação nos meses de janeiro a dezembro dos anos de 2012 e 2013, em percentual

maior que o permitido na legislação de 16,667%, como assim está demonstrado nas planilhas de apuração de débitos objeto das Infrações 1 e 2 acostadas às fls. 28 a 109 dos autos, em nenhum momento questionadas pelo sujeito passivo.

Na realidade, o que se observa de considerações de defesa é a argumentação de que tais operações estariam abarcadas pelo instituto do tratamento tributário diferenciado explicitado no Decreto nº 7.799, de 09/03/2000, e que por isso seriam indevidas as acusações. De fato, a legislação autoriza o uso do crédito equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar (art. 2º).

Ocorre que as duas acusações decorrem do uso desse crédito fiscal em valor superior ao permitido na legislação, como assim está posto nas planilhas de apuração do débito e os respectivos registros no livro Registro de Apuração do ICMS, objeto da sua escrita fiscal digital constante do banco de dados da SEFAZ, na forma das documentações de fls. 28 a 109 dos autos, não arguido pelo defendant.

Nesse contexto, registro que o artigo 123 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação da imputação fiscal, devendo a defesa ser acompanhada das provas que tiver, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração, como bem destacado pela Autuante em sede de Informação Fiscal, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo diploma legal.

Desta forma, não vendo nada que desabone a autuação, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos e suas bases de cálculo apurados consoante o levantamento de fls. 28 a 109 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 26, entendo restar caracterizada as Infrações 1 e 2.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração

No Recurso Voluntário, às fls. 181 a 188 dos autos, o recorrente aduz que a redução da base de cálculo incide sobre as operações internas, enquanto o crédito outorgado sobre as saídas interestaduais. Assim, não se vislumbra qualquer motivo para que a legislação interfira no direito subjetivo do recorrente, dado a distinção dos fenômenos tributário em referência, cuja clareza se torna maior com a leitura do art. 4º, incisos I e II do Decreto nº 7799/00, que prevê:

“Art. 4º. A redução de base de cálculo prevista nos arts. 1º, 3º-B e 3º-E não se aplica às operações:

I - sujeitas à substituição tributária;

II - já contempladas com redução de base de cálculo do ICMS ou concessão de crédito presumido, ou que, por qualquer outro mecanismo ou incentivo, tenham sua carga tributária reduzida, exceto quando for mais favorável ao contribuinte, ficando vedada a cumulação com outro benefício.”

Salienta que, na primeira restrição, não se permite utilizar o benefício fiscal de redução de base de cálculo nas operações internas com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. E, nesta hipótese, ela só ocorreria nas operações internas, consoante o que dispõe o art. 1º do Decreto em referência.

Contudo, ainda que houvesse a possibilidade de atualização de ambos os benefícios (redução de base de cálculo e crédito presumido), a regra prevista no inciso II, determina que o contribuinte opte pelo que lhe for mais favorável. Logo, não há impedimento à fruição do benefício do crédito presumido com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, mas, sim, do benefício fiscal da redução de base de cálculo.

Por fim, dispõe o art. 2º-A do Decreto nº 7799 que aludidos benefícios fiscais não se aplicam às operações com papel higiênico.

O recorrente diz ser beneficiário do regime de apuração do ICMS a que se refere o Decreto nº 7799/00, que dispõe sobre os benefícios fiscais de base de cálculo e do crédito presumido, respectivamente, nas operações internas e interestaduais, cujos beneficiários encontram-se relacionados no “Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS)”, elencados no Anexo Único do dito Decreto .

Salienta ser distribuidor atacadista de equipamento de informática, tal qual consta no item 15-A do Anexo Único. No entanto, observa que a autuante considerou como *impedimento à utilização do crédito presumido as saídas interestaduais com aparelhos celulares*, pois, equivocadamente, interpretou que as modificações introduzidas a partir de 21.05.2016, ao permitir a utilização do benefício com qualquer mercadoria, teria restringido seu uso sobre as operações anteriores a este

período, *in casu*, com aparelhos celulares.

Destaca que o incentivo se aplica aos estabelecimentos que tenham como atividades econômicas os CNAE constantes dos itens 1 a 16 do anexo único do Decreto nº 7799/00 e, como se encontrava, à época, com atividade econômica constante do item 10, fica evidente seu direito à fruição do incentivo do crédito presumido sobre estas operações interestaduais (aparelhos celulares).

Em seguida, o recorrente diz que identificou equívocos praticados pela autuante ao concluir que teria utilizado o benefício sobre operações:

1. com produtos importados (os quais estão vedados pela legislação), a exemplo de “ENCORD, P/ VIOLAÇÃO ACUSTICO FIANNINNI GESWAW”;
2. em que não fez uso de crédito outorgado sobre transferência de ativo imobilizado, com CFOP 6552, a exemplo de “ESTANTE 40 AMAP 198X092X040 LR DZ”.

Segundo o recorrente, como se não bastasse, pontua mais uma vez, a título de exemplo de glosa indevida de crédito outorgado no levantamento fiscal, a desconsideração do direito ao crédito presumido sobre operações com telefone celular, receptor, papel, bolsa para filmadora, dentre outros, do que anexa planilha, às fls. 189 a 209 dos autos, como prova de sua alegação de operações geradoras do direito ao crédito presumido.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª instância que julgou procedente o lançamento de ofício.

Inicialmente, há de registrar que sujeito passivo, quando da impugnação ao Auto de Infração, às fls. 136/141 dos autos, apresentou as mesmas alegações trazidas na peça recursal, com exceção apenas dos itens 14 a 18 do Recurso Voluntário (fls. 185/187), nos quais diz que a autuante considerou como impedimento à utilização do crédito presumido as saídas interestaduais com aparelhos celulares, cujo direito à fruição do incentivo sobre estas operações interestaduais diz possuir.

Aduz, ainda, ter identificado equívocos praticados pela autuante, ao vedar crédito presumido sobre operações com produtos importados e transferência de ativo imobilizado, a qual não fez uso do crédito outorgado.

Quando da informação fiscal, às fls. 160 dos autos, a autuante afirma que:

A alegação da autuada é totalmente descabida, pois não foi em nenhum momento da fiscalização questionado o seu direito ao benefício da utilização do percentual de 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais realizadas no exercício, disposto no Artigo 2º do Decreto Atacadista nº 7.799/00.

Esclarecemos aos Senhores Julgadores que o que foi objeto da autuação foi a UTILIZAÇÃO A MAIOR CRÉDITO PRESUMIDO do que o previsto no referido Decreto 7.799/00, que é de 16,667% (dezesseis inteiros, seiscentos e sessenta e sete milésimos por cento) do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizou nos exercícios de 2013 e 2014, tudo conforme demonstrado na AUDIF-204 – AUDITORIA DO CRÉDITO FISCAL – (folhas 29 a 66) referente ao Exercício de 2013 e (folhas 68 a 108) referente ao exercício de 2014.

Por sua vez, o Acórdão recorrido fundamenta sua decisão no art. 143 do RPAF, o qual estabelece que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, salientando que:

Ocorre que as duas acusações decorrem do uso desse crédito fiscal em valor superior ao permitido na legislação, como assim está posto nas planilhas de apuração do débito e os respectivos registros no livro Registro de Apuração do ICMS, objeto da sua escrita fiscal digital constante do banco de dados da SEFAZ, na forma das documentações de fls. 28 a 109 dos autos, não arguido pelo deficiente.

Assim, considerando que a acusação é de *utilização de crédito fiscal em valor superior ao permitido na legislação em vigor*, a diferença mensal reclamada deverá decorrer do cotejo entre o crédito apropriado pelo contribuinte e o apurado pelo fisco e, neste sentido, caberia ao recorrente para elisão da acusação fiscal a comprovação de sua alegação recursal de que tal

diferença decorre da glosa de direito do crédito presumido relativo a certas operações, não consideradas no levantamento fiscal, e não do valor superior ao permitido, conforme consta da acusação fiscal.

Aduz, o recorrente, que, para análise do direito ao crédito presumido, a autuante desconsiderou todas as operações interestaduais com telefone celular, receptor, papel, bolsa para filmadora, dentre outros.

Assim, considerando que a autuante, quando da informação fiscal, afirma que “... *objeto da autuação foi a UTILIZAÇÃO A MAIOR CRÉDITO PRESUMIDO do que o previsto no referido Decreto 7.799/00, que é de 16,667% (dezesseis inteiros, seiscentos e sessenta e sete milésimos por cento) do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizou nos exercícios de 2013 e 201 ...*”, vislumbro que bastaria ao sujeito passivo demonstrar que no levantamento fiscal não foram consideradas todas as operações de vendas interestaduais realizadas pelo recorrente, as quais serviram de parâmetro no cálculo do crédito presumido utilizado a maior, nos meses em análise, conforme esboçou em proceder às fls. 189 a 209 dos autos.

A título de exemplo, à fl. 30 dos autos, consta, do levantamento fiscal, o valor de R\$78.139,76 de vendas interestaduais (CFOP 6102) realizadas pelo sujeito passivo no mês de janeiro de 2013, cuja base de cálculo à alíquota de 12% resulta no ICMS de R\$9.376,76, o qual daria o direito ao crédito presumido de R\$1.562,82 (16,667%), tendo o contribuinte se apropriado do valor de R\$7.615,30 (fl. 44), resultando na diferença exigida de R\$6.052,48 (R\$7.615,30 - R\$1.562,82).

Em que pese assim não ficar demonstrado pelo recorrente, de modo cristalino e para todos os meses do período fiscalizado (exercícios de 2013 e 2014), o mesmo argumenta a existência de operações de vendas interestaduais não consideradas no levantamento fiscal, sob CFOP 6404 (inerente a venda de telefones celulares sujeita ao regime de substituição tributária, cujo imposto já tenha sido retido anteriormente e cuja operação o remetente/autuado é o responsável pelo ICMS-ST, conforme Convênio ICMS 135/06), consoante relação às fls. 200/203 dos autos relativa ao exemplo no mês de janeiro/13 (acima citado), no qual comprova a diferença exigida de R\$6.052,48.

Logo, no caso exemplificado, o recorrente comprovou que o montante das operações de vendas interestaduais *com destaque da alíquota de 12%* não foi na ordem de R\$78.139,76, como afirma o Fisco, mas, sim, acrescida de R\$302.904,36 (fl. 203) o que perfaz o montante de R\$380.757,38 (R\$78.139,76 + R\$302.904,36), que à alíquota de 12% resultaria o ICMS de R\$45.690,88, o qual daria direito ao crédito presumido de R\$7.615,30 (16,667%), conforme calculado pelo recorrente.

Contudo, em que pese o recorrente ter se limitado apenas à competência de janeiro/2013, da análise dos dados das operações de saídas interestaduais, coletadas através da EFD, detectamos caber razão ao recorrente, quanto aos demais meses, pois, no levantamento fiscal (fls. 29/42 e 68/84), verifica-se que não foram consideradas *todas as operações de saídas interestaduais realizadas pelo contribuinte, com destaque do imposto à alíquota de 12%*, sobre o qual teria direito ao crédito presumido de 16,667% previsto no art. 2º do dito Decreto, de modo a equalizar os créditos fiscais - limitados a 10% - como previsto no art. 6º do referido Decreto – com a alíquota de 12% aplicada às operações interestaduais.

Diante de tais considerações, verifica-se que:

Ano	LEVANTAMENTO FISCAL (FLS. 29/41)					LEVANTAMENTO CÂMARA				
	B. C. Op. 6102	ICMS 12%	Cred. Pres. 16,67%	ICMS RAICMS	ICMS EXIG. AI	B. C. Op 6102 6404/6409/6202	ICMS 12%	Cred. Pres. 16,667%	ICMS RAICMS	ICMS
J	78.139,76	9.376,77	1.562,83	7.615,30	6.052,47	380.892,08	45.707,05	7.617,99	7.615,30	-2,69
F	105.528,63	12.663,44	2.110,61	9.465,94	7.355,33	482.274,08	57.872,89	9.645,67	9.465,94	- 179,73
M	149.658,76	17.959,05	2.993,24	8.793,49	5.800,25	447.531,08	53.703,73	8.950,80	8.793,49	- 157,31
A	345.291,28	41.434,95	6.905,96	17.432,76	10.526,80	877.928,08	105.351,37	17.558,91	17.432,76	- 126,15
M	284.513,47	34.141,62	5.690,38	22.984,13	17.293,75	1.150.514,17	138.061,70	23.010,74	22.984,13	- 26,61
J	167.503,43	20.100,41	3.350,14	9.791,16	6.441,02	519.007,33	62.280,88	10.380,35	9.791,16	- 589,19
J	212.874,80	25.544,98	4.257,58	17.472,69	13.215,11	890.877,42	106.905,29	17.817,90	17.472,69	- 345,21
A	176.187,66	21.142,52	3.523,82	13.081,45	9.557,63	655.899,67	78.707,96	13.118,26	13.081,45	- 36,81
S	202.302,40	24.276,29	4.046,13	17.562,10	13.515,97	880.424,83	105.650,98	17.608,85	17.562,10	- 46,75
O	213.534,60	25.624,15	4.270,78	14.983,13	10.712,35	756.669,25	90.800,31	15.133,69	14.983,13	- 150,56
N	207.298,17	24.875,78	4.146,05	14.172,30	10.026,25	711.374,08	85.364,89	14.227,77	14.172,30	- 55,47

D	456.384,25	54.766,11	9.127,87	20.136,33	11.008,46	1.007.764,33	120.931,72	20.155,69	20.136,33	- 19,36
T					121.505,40					Zero

Ano	LEVANTAMENTO FISCAL (FLS. 69/84)						LEVANTAMENTO CÂMARA				
	B. C. Op. 6102	ICMS 12%	Cred. Pres. 16,667%	ICMS RAICMS	ICMS EXIG. AI	B. C. Op 6102 6404/6409/6202	ICMS 12%	Cred. Pres. 16,667%	ICMS RAICMS	ICMS	
J	317.830,97	38.139,72	6.356,75	23.444,05	17.084,82	1.428.428,50	171.411,42	28.569,14	23.444,05	- 5.125,09	
F	163.666,59	19.639,99	3.273,40	47.918,33	44.644,93	2.406.655,50	288.798,66	48.134,07	47.918,33	- 215,74	
M	198.297,68	23.795,72	3.966,03	25.024,24	21.058,21	1.270.475,17	152.457,02	25.410,01	25.024,24	- 385,77	
A	312.208,84	37.465,06	6.244,30	33.218,90	26.974,60	1.713.130,00	205.575,60	34.263,29	33.218,90	- 1.044,39	
M	311.397,89	37.367,75	6.228,08	23.371,42	17.143,34	1.240.061,92	148.807,43	24.801,73	23.371,42	- 1.430,31	
J	150.461,49	18.055,38	3.009,29	16.406,12	13.396,83	826.465,92	99.175,91	16.529,65	16.406,12	- 123,53	
J	176.951,47	21.234,18	3.539,10	16.957,16	13.418,06	863.428,42	103.611,41	17.268,91	16.957,16	- 311,75	
A	269.603,49	32.352,42	5.392,18	12.443,75	7.051,57	653.531,25	78.423,75	13.070,89	12.443,75	- 627,14	
S	1.028.257,95	123.390,95	20.565,57	28.588,91	8.013,19	3.337.880,50	400.545,66	66.758,95	28.588,91	- 38.170,04	
O	1.419.188,86	170.302,66	28.384,34	33.106,12	4.719,17	1.870.989,92	224.518,79	37.420,55	33.106,12	- 4.314,43	
N	2.960.772,35	355.292,68	59.216,63	78.748,89	19.465,08	4.169.830,58	500.379,67	83.398,28	78.748,89	- 4.649,39	
D	2.106.974,15	252.836,90	42.140,33	49.549,49	7.384,87	2.734.500,33	328.140,04	54.691,10	49.549,49	- 5.141,61	
T					200.354,67					zero	

Repõe-se que as operações interestaduais de celulares e outros itens devem ser consideradas para efeito do crédito presumido previsto no art. 2º do Decreto nº 7.779/00, por ter o contribuinte a atividade econômica principal sob código 4649-4/02, o qual consta do item 10 do Anexo Único.

Tal dispositivo visa restabelecer o direito de crédito das aquisições, inicialmente limitado em 10% (previsto no art. 6º do referido Decreto), tendo em vista as operações interestaduais próprias de saídas terem sido tributadas à alíquota de 12%, ao contrário do que ocorre com as saídas internas, cuja tributação resulta na carga tributária correspondente à alíquota de 10%.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração IMPROCEDENTE, conforme explicitado no demonstrativo acima.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 207101.0004/17-3, lavrado contra **FUJIOKA ELETRO IMAGEM S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS