

PROCESSO - A. I. N° 293575.0006/17-0
RECORRENTE - COMERCIAL PENNA LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0229-04/18
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21.09.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0155-11/20

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ATIVO IMOBILIZADO. É incontrovertido que o crédito objeto desta infração é realmente indevido, sendo que a apreciação das razões não tem o condão de elidir a infração, pois a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) é apresentada mensalmente pelos contribuintes que apurem o ICMS pelo regime de conta corrente fiscal e deve espelhar os lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, conforme previsto, inclusive no inciso I, do § 1º, do art. 255 do RICMS/BA. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO DO ESTABELECIMENTO. Nas razões recursais da terceira infração, comprova-se em parte que às Notas Fiscais nºs 455319 e 1459265 já haviam sido recolhidas pelos emitentes, em razão de estarem sujeitos à substituição tributária. Em relação à Nota Fiscal nº 11205 fora cancelada pelo emitente, comprovação esta verificada, assim, a Nota deve ser excluída da autuação. No tocante à Nota Fiscal nº 11207, verifica-se o destaque do ICMS por substituição tributária, no entanto não assisti razão ao Recorrente, pois o emitente da Nota Fiscal destacou o imposto devido por ST em decorrência do Protocolo ICMS 41/08, sendo que nas operações interestaduais com os produtos listados no Anexo Único, dentre eles o de NCM 87169090, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, ao remetente das mercadorias. Entretanto, estabelece como condição que a mercadoria esteja sujeita ao regime de substituição tributária nas operações internas no Estado de Destino. Infração parcialmente comprovada. Reduzido o valor julgado em Primeira Instância. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão proferida pela 4ª JJF em 13/12/2018 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$53.222,31, em decorrência do cometimento de cinco infrações, sendo que somente foram objeto do Recurso Voluntários, as

Infrações 01 e 03.

Infração 01. – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de mercadorias para integrar o ativo permanente do estabelecimento. (RV).

Data da Ocorrência: 30/06/2013. **Valor:** R\$ 14.364,00.

Infração 03. – Deixou de recolher ICMS em decorrência da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outra unidade da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 31/05/2012 e 31/12/2013. **Valor:** R\$ 31.420,00.

Após concluirda a instrução, os autos foram remetidos para apreciação pela 4^a JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração nos seguintes termos:

“Inicialmente, em relação ao comentário do autuante em relação à legitimidade da assinatura da peça defensiva, ressalto que não cabe neste momento processual tal apreciação, já que a Inspetoria de origem deu legitimidade à procuraçao anexada à fl. 44.

Preliminarmente, argui o sujeito passivo a nulidade da autuação, alegando que a documentação necessária para confrontar e validar as infrações não ocorreu no prazo regulamentar, pois somente teve acesso a mesma faltando oito dias para o prazo final.

Não acato tal argumento pois não é o que observo nos autos. De acordo com os documentos de fls. 33 e 35, o contribuinte foi cientificado sobre a lavratura do Auto de Infração, através de Aviso de Recebimento, constando como data de recebimento 14/07/2017, onde lhe foi concedido o prazo de 30 dias para apresentação da defesa, previsto na legislação vigente à época, lhe possibilitando os mais amplos meios de defesa.

A descrição dos fatos foi efetuada de maneira comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos da multa aplicada relativamente as irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, não estando presentes no processo qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99.

Em relação ao pedido de diligência requerido, este fica indeferido, com base no art. 147, I do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao autuado o cometimento de cinco infrações, das quais 02 e 04, as infrações foram totalmente reconhecidas pelo contribuinte. Dessa forma, em razão de inexistir lide nesses lançamentos, as infrações subsistem em sua totalidade.

A infração 1 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento.

Na defesa apresentada o autuado nega o cometimento da infração, alegando que no levantamento fiscal não levou em consideração a informação constante na DMA de junho de 2013, onde resta evidenciado o estorno do valor exigido no presente lançamento.

Na Informação Fiscal, o autuante não acata tal argumento, asseverando que o documento a que se refere a autuada trata-se de DMA retificadora apresentada a esta Secretaria em 03/05/2017, referente a operações do mês de junho de 2013, portanto, quatro anos depois da ocorrência dos fatos geradores e após o início da ação fiscal.

Concordo com o posicionamento do autuante, pois de fato observo que a exigência recai sobre créditos utilizados indevidamente em junho de 2013, referentes às aquisições inseridas nos documentos fiscais relacionados à fl. 09 e somente em maio de 2017 foi objeto de estorno na DMA retificadora transmitida em 03/05/2017, data posterior ao início da ação fiscal ocorrido em 17/04/2017, conforme se verifica na Intimação para apresentação de livros e documentos, assinada pelo preposto da empresa fl. 06.

Ressalto que a mesma tem como finalidade documentar o início do procedimento fiscal, conforme disposto no inciso II, do art. 28 do RPAF/Ba, cujo teor transcrevo:

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para Iverificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;”

Assim, mantenho a infração 1, tendo em vista que o estorno efetuado pelo contribuinte ocorreu após o início da ação fiscal.

A infração 3 trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

O sujeito passivo reconhece como devido o valor de R\$ 29.900,00, e se insurge em relação a exigência relativa aos seguintes documentos fiscais:

1. Notas Fiscais nos 455319, 1459265 e 11207, por se tratar de produtos para uso e consumo, que foi adquirida com o recolhimento do imposto por substituição total;
2. Nota Fiscal nº 11205 em virtude do seu cancelamento;
3. Nota Fiscal nº 1126, por se tratar de aquisição de equipamento usado, ano 2006, e como tal não há recolhimento de tributos;

O autuante não concorda com as alegações relativas ao item 1, asseverando não ser cabível a antecipação tributária para mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, além do que, nos questionados documentos fiscais não constam destaques do ICMS-ST e nem qualquer recolhimento destas operações no sistema desta Secretaria.

Quanto ao item 2, diz que em pesquisa realizada no sistema da SEFAZ a Nota Fiscal nº 11205 verificou que a mesma encontra-se como autorizada, e não.

Concordo com a revisão efetuada pelo autuante, tendo em vista a sua afirmativa de que restou comprovada a alegação defensiva de que a Nota Fiscal nº 11226 acoberta aquisição de ativo imobilizado usado, pois, analisando as peças processuais e a legislação que rege a espécie, a diferença entre a alíquota interna do ICMS do Estado destinatário e a alíquota interestadual aplicável na operação conhecida como DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - DIFAL, será exigida nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas para serem utilizadas como material de uso e consumo ou compor o ativo imobilizado do contribuinte adquirente.

No Estado da Bahia, foi instituída a exigência na Lei nº 7.014/96 (art. 2º inciso IV), transcrição que segue, vigente, na época dos fatos ocorridos, nos presentes autos.

O art. 2º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, assim define a ocorrência do fato gerador:

IV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

Ocorre que para se definir em relação à obrigatoriedade ou não do pagamento da diferença de alíquotas é necessário se analisar o disposto no inciso VIII, do art. 3º do mesmo dispositivo legal, a seguir transcrito:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

VIII – saídas de bens integrados no ativo permanente, desde que tenham sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação.

Assim, da leitura do dispositivo legal acima, conclui-se que para ser exigido o diferencial de alíquota em aquisições de bens desincorporados do Ativo Imobilizado do fornecedor é necessário que os mesmos tenham sido objeto de uso naquele estabelecimento por menos de um ano.

No caso sob análise, após averiguações efetuadas pelo autuante restou comprovada a condição inserida no dispositivo anteriormente citado, razão pela qual concordo com a exclusão por ele efetuada.

Acato a não aceitação pelo autuante dos argumentos defensivos atinentes as demais mercadorias a saber:

1. Notas Fiscais nos 455319, 1459265 e 11207, por não restar comprovado tratar-se de aquisições destinadas ao uso e consumo do estabelecimento;
2. Nota Fiscal nº 11205, em virtude da não comprovação do argumento defensivo de que a mesma se encontrava cancelada.

Portanto, altero o valor devido no mês de junho de 2013 para R\$10.200,00, relativo à exclusão da Nota Fiscal nº 1126, passando o débito a ser exigido de R\$31.420,00 para R\$31.360,00.

Na quinta infração foi aplicada a multa, porque o contribuinte forneceu informações através de arquivo magnético, exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou

prestações.

O defendente alega que as Notas Fiscais nos 36, 37, 47, 48, 59, 99, 126, 178, 77797, 342556, 349026, 387109 e 402093, foram indevidamente incluídas no levantamento, asseverando que as mesmas foram denegadas ou canceladas e que a de número 404015 encontra-se devidamente registrada em seu livro fiscal.

Observo que a irregularidade foi detectada, em razão da fiscalização ter constatado que diversas notas fiscais não se encontravam informadas nos arquivos magnéticos, sendo imputada penalidade prevista no inciso XIII-A, alínea "i" do art. 42 da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos geradores.:

No que diz respeito aos Documentos Fiscais nos 36, 37, 47, 48, 59, 99, 126, 178, 77797, 342556, 349026, 387109 e 402093, após análise efetuada pelo autuante ficou comprovada a assertiva do sujeito passivo de que foram canceladas ou denegadas, devendo ser excluídas da acusação.

Quanto à Nota Fiscal de nº 404015, observo que de acordo com esclarecimentos anteriores a irregularidade refere-se à omissão de informação no arquivo magnético, ou seja, determinados documentos fiscais apesar de registrados na escrita fiscal deixaram de ser informados nos arquivos magnéticos. Consequentemente, não acolho o argumento defensivo relativo a tal documento, pois de fato o mesmo encontrava-se omissos no arquivo enviado à esta secretaria.

Isto posto, a infração 5 remanesce no valor de R\$1.524,19, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 49.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$47.861,51.".

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 68/71), com base nas seguintes alegações:

- a) Com relação à Infração 01, alega que não houve utilização indevida de crédito fiscal e que teria ocorrido apenas um erro na formalização do lançamento e no envio da obrigação acessória, de modo que somente seria cabível a aplicação da multa prevista no inciso XVI, do art. 42 da Lei nº 7.014/96;
- b) No tocante à Infração 03, sustenta que as Notas Fiscais nºs 11207 nº 455319 e 1459265 devem ser excluídos da Autuação, pois já tiveram o ICMS recolhido por substituição tributária; e que a Nota Fiscal nº 11205 foi devidamente cancelada, não incidindo o ICMS sobre tal operação.

Posteriormente foi juntada petição informando que o sujeito passivo havia parcelado parte do débito exigido no Auto de Infração, parcelamento tombado sob o nº 517819-3, e em sequência, foi juntado termo de indeferimento do parcelamento por falta de pagamento da parcela inicial.

VOTO

Mediante o presente Auto de Infração, imputa-se ao sujeito passivo o cometimento de cinco infrações, sendo que somente foram objeto de Recurso Voluntário as Infrações 01 e 03, que se referem, respectivamente, à utilização indevida de crédito de ICMS referente à aquisição de mercadorias para integrar o ativo fixo, e à falta de recolhimento do DIFAL em aquisições de mercadorias destinadas ao ativo fixo ou para uso e consumo.

Com relação à Infração 01, o sujeito passivo alega, de forma genérica, que não houve utilização indevida de crédito fiscal e que teria ocorrido apenas um erro na formalização do lançamento e no envio da obrigação acessória, de modo que somente seria cabível a aplicação da multa prevista no inciso XVI, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Apesar das alegações vagas tecidas no Recurso Voluntário, é possível depreender da Impugnação apresentada pelo contribuinte e pela Informação Fiscal prestada pela fiscalização, que a alegação do Recorrente é a de que teria procedido ao estorno do crédito na DMA do mês 06/2013. Sobre este ponto, é preciso destacar o seguinte excerto da Informação Fiscal:

A autuada alega que procedeu com o estorno do crédito na DMA do mês 06/2013. Aqui cabem duas considerações. Primeiro, as informações de fato relevantes devem constar na escrita fiscal do contribuinte, a qual tem precedência/primazia sobre a DMA (esta deve ser um espelho da escrita fiscal). E na escrita fiscal, o contribuinte destacou o crédito reclamado, sem posteriormente proceder com o alegado estorno do crédito. Segundo e não menos importante, a argumentação da autuada cai por terra quando verificamos que a retificação citada na DMA, referente ao mês 06/2013, foi realizada em 03/05/2017, conforme hardcopy em anexo, portanto 4 anos depois (!!) e, o que é pior, após o início da ação fiscal.

É incontroverso, portanto, que o crédito objeto da infração é realmente indevido, sendo objeto de apreciação apenas se o estorno realizado pelo Recorrente apenas na DMA e após o início da ação fiscal, tem o condão de elidir a infração.

É cediço que a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) é apresentada mensalmente pelos contribuintes que apurem o ICMS pelo regime de conta corrente fiscal e que deve espelhar os lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, conforme previsto, inclusive no inciso I, do § 1º, do art. 255 do RICMS/BA. Sendo um espelho, portanto, deve refletir exatamente o escriturado na sua Escrita Fiscal, de modo que o registro do estorno apenas na DMA, independentemente da data em que foi realizado, não se mostra apto a produzir efeitos jurídicos.

Assim, julgo Procedente a Infração 01, ao tempo que ressalto que o Recorrente, caso tenha registrado nos seus Livros Fiscais o estorno do referido crédito, mediante apresentação de documentação comprobatória, poderá se valer do Pedido de Controle da Legalidade, dirigida à PGE/PROFIS, com base no art. 113 e seguintes do RPAF/BA.

No tocante à Infração 03, o Recorrente ataca apenas quatro notas fiscais, alegando que a Nota Fiscal nº 11205 foi cancelada pelo emitente, e que a totalidade do ICMS relativo às Notas Fiscais nºs 455319, 1459265 e 11207 já haviam sido recolhidas pelos emitentes, em razão de estarem sujeitos à substituição tributária.

Inicialmente, destaco que, em consulta ao Portal da Nota Fiscal eletrônica, a Nota Fiscal nº 11205 encontra-se com status de cancelada pelo emitente, o que retrata a inocorrência da operação mercantil e, consequente, a não incidência do imposto, razão pela qual esta Nota deve ser excluída da autuação.

Com relação às demais Notas Fiscais, observo que os produtos em que se está exigindo o diferencial de alíquotas são os seguintes: (i) “Kit Celebration 6” – NCM 87043190; (ii) “Kit Celebration III” – NCM 87032100; e (iii) “Kit Parcial 2ed Ford Cargo 2429 E5 c/eix 0 s/feixe de molas c/rodas” – NCM 87169090.

Os produtos de NCM 8704319 e 87032100, se encontram sujeitos ao regime da substituição tributária, conforme se verifica do Item 42.1 do Anexo I do RICMS/BA vigente à época dos fatos geradores e do Convênio ICMS 51/00. O Recorrente juntou as correspondentes Notas Fiscais, em que consta expressamente o destaque do imposto devido por Substituição Tributária, realizado pelo Emitente, nos termos em que define a legislação. Assim, as Notas Fiscais nºs 455319 e 1459265 também devem ser excluídas da autuação.

Entretanto, no tocante à Nota Fiscal nº 11207, também juntada pelo Recorrente, e na qual se verifica o destaque do ICMS por substituição tributária, entendo não assistir razão ao Recorrente, pelas razões expostas a seguir.

O Emitente da Nota Fiscal destacou o imposto devido por ST em decorrência do Protocolo ICMS 41/08, que assim dispõe:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às operações subsequentes.

§ 1º O disposto neste protocolo aplica-se às operações com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único, de uso especificamente automotivo, assim compreendidos os que, em qualquer etapa do ciclo econômico do setor automotivo, sejam adquiridos ou revendidos por estabelecimento de indústria ou comércio de veículos automotores terrestres, bem como de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, ou de suas peças, partes, componentes e acessórios, desde que a mercadoria objeto da operação interestadual esteja sujeita ao regime da substituição tributária nas operações internas no Estado de destino.

O Protocolo é claro ao estabelecer que, nas operações interestaduais com os produtos listados no Anexo Único, dentre eles o de NCM 87169090, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, ao remetente das mercadorias. Entretanto, estabelece como condição que a mercadoria esteja sujeita ao regime de substituição tributária nas operações internas no Estado de Destino.

Assim, considerando que o Estado da Bahia não previa a substituição tributária para a referida mercadoria, o destaque e possível recolhimento realizado pelo Emitente é indevido e, por conseguinte, mostra-se devido o diferencial de alíquotas.

Subsiste, portanto, apenas parte da Infração 03, nos seguintes termos:

Data Ocorr	Valor Histórico
31/05/2012	0,00
31/10/2012	18.500,00
31/05/2013	0,00
30/06/2013	10.200,00
31/07/2013	656,25
31/12/2013	1.200,00
Total	30.556,25

Ante tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário. Assim valor remanescente do Auto de Infração é conforme o demonstrativo abaixo:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULG.-JJF	VL JULG.-CJF	MULTA
01	PROC./N.PROVIDO	14.364,00	14.364,00	14.364,00	60%
02	RECONHECIDA	460,00	460,00	460,00	-----
03	P.PARCIAL/P.PROVIDO	31.420,00	31.360,00	30.556,25	60%
04	NÃO IMPUGNADA	153,32	153,32	153,32	-----
05	PROC. PARCIAL	6.824,99	1.524,19	1.524,19	-----
TOTAL		53.222,31	47.861,51	47.057,76	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 293575.0006/17-0, lavrado contra **COMERCIAL PENNA LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.920,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$2.137,51**, previstas nos incisos XI e XXII, XIII-A, “i”, alterada pela Leis nºs 8.534/02 e 10.847/07 da mesma lei e artigo citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LEONEL ARAÚJO SOUZA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS