

A. I. N° - 232185.0022/09-9
AUTUADO - PAULO NEVES DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
AUTUANTES - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 03.05.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0090-02/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO DE CONSUMO. Comprovado o lançamento dos créditos. Mantida a infração. **b)** MERCADORIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Mercadoria não estava na substituição tributária. Infração improcedente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Não foi comprovado o pagamento do imposto exigido. Infração devidamente caracterizada; **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Não foi comprovado o pagamento do imposto exigido. Infração devidamente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/09/2010, traz a exigência de obrigação principal e acessória relativa ao ICMS no valor de R\$ 18.665,27, conforme segue:

Infração 01 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$ 10.637,21, multa de 60%;

Infração 02 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária, no valor de R\$ 2.620,18. Multa de 60%;

Infração 03 – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 5.160,40, multa de 60%;

Infração 04 –deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas, destinadas ao consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 247,48, multa de 60%;

O autuado, às fls. 308 a 313 dos autos, apresenta a impugnação ao lançamento. Quanto à infração 01 entende que os produtos para uso e consumo, tem direito ao abatimento do chamado crédito fiscal, que é a importância paga por ocasião das operações anteriores. É o que dispõe a constituição da república em seus artigos 153 § 3º II e 155, § 2º I.

Aduz que lançou os créditos, mas não os utilizou, ocorreu sim um lapso, sem dolo, sem má fé e sem nenhum prejuízo aos cofres Públicos.

Alinha que só pode existir valor diferente de zero no campo “tributo” da NAI, se for verificado como prevê o artigo 142 da CTN, a ocorrência dos fatos geradores correspondente. A obrigação principal, que é a “obrigação de dar”, somente surge com a ocorrência do fato gerador, que é

situação definida em lei, nas hipóteses de incidência, não se cria imposto do nada. Não se pode modificar o conceito consagrado previsto naquele dispositivo da CTN.

Considera o lançamento dos créditos apenas uma violação da obrigação acessória, e elaborou uma nova planilha, onde afirma fazer os estornos dos valores indevidamente lançados como crédito. Aduz que nessa planilha o estorno não resultou nenhum valor a ser recolhido, significando que não ocorreram fatos geradores e que não deixou de cumprir a correspondente obrigação de pagar em nenhum mês. Se tivesse ocorrido o débito, continua o autuado, aí sim, deveria ser exigido o respectivo valor a título de tributo, tendo sempre como período de referencia aquele em que efetivamente ocorreu o fato gerador, pois o simples lançamento de crédito indevido não se encontra dentro das hipóteses da legislação em que é possível ocorrer a antecipação da exigência. Nesta planilha entende ter provado mês a mês que não ocorreu em nenhum mês débito de imposto.

Alude que, em relação à infração 02, o autuante considerou o produto suco de frutas em líquido, industrializado, concentrado ou não sem adição de álcool, com ou sem adição de açúcar ou de outros edulcorantes, como mercadoria com imposto pago por substituição tributária.

Entende que a obrigatoriedade da substituição tributária destes produtos, era determinada pelo item 7, inciso II, do artigo 353 do regulamento do ICMS, mas foi revogado pela alteração nº 66, Decreto nº 9.547, de 20/09/2005, DOE de 21/09/2005, com efeito a partir de 01/10/2005. Portanto, a apuração de créditos indevidos é um equívoco. O produto Skinka, relacionado na Planilha que faz parte do Auto de Infração, trata-se de único produto com tributação normal, que a autuada comercializava, dando o direito de crédito.

Quanto às infrações 03 e 04, assegura que a lei complementar nº 87/96, institui o crédito do ICMS relativo à aquisição de bens do ativo permanente. Com advento da lei complementar nº 102/00, o crédito do ICMS relativo a essas aquisições, passa a ser feito em 48 parcelas mensais, não havendo previsão de atualização.

Aduz que elaboraram, nestas infrações, novas planilhas com apuração de diferença de alíquota e apuração do crédito de 1/48, conforme determina a legislação.

Assegura que para não restar nenhuma dúvida da veracidade de nossos argumentos em todo o Auto de Infração, faz parte da presente defesa planilha de apuração do ICMS Normal com as glosas dos créditos indevidos e outras planilhas da apuração do ICMS da diferença de alíquotas.

Solicita, se necessário, após a informação fiscal, que seja nomeado um fiscal estranho ao feito, para que faça uma nova apuração dos débitos e créditos, chegando a uma Justiça Fiscal.

O autuante, às fls. 332 e 333 dos autos, apresenta a informação fiscal, afirmando quanto à infração 01, que o autuado reconhece a utilização indevida do crédito fiscal e que ao escriturar os créditos indevidos passa a constituir o patrimônio da empresa, constituindo direito perante a fazenda pública estadual, bem como tal direito poderá ser utilizado para compensar com o tributo, transferência, ressarcimento ou restituição.

Em relação à infração 02 afirma que procede a alegação defensiva.

Quanto às infrações 03 e 04, a apropriação do crédito é possível apenas para o ativo imobilizado, infração 03, conforme art. 93, V alínea “a” em vigor. No que se refere ao crédito de material de uso e consumo somente vigorará a partir de 01/01/2011, art. 93 inciso V alínea “b” do RICMS/BA.

Considera, ainda, que o autuado só poderá se creditar do que foi pago, jamais de 1/48 avos do imposto que não foi recolhido.

O autuado, às fls. 336 e 337 volta a se manifestar em relação à infração 01, os créditos considerados como indevidos no Auto de Infração, não constituíam patrimônio da autuada e muito menos um direito perante a Secretaria Pública Estadual, vez que não foram utilizados para

compensação com nenhum tributo, transferência, ressarcimento ou restituição, mesmo já estando a empresa em processo de baixa.

Quanto à infração 02 o autuado reconhece.

No que se refere às infrações 03 e 04, afirma que o autuante nada acrescentou, apenas afirma que está previsto a apropriação do crédito de ICMS decorrente das aquisições de bens destinados ao ativo permanente, art. 93, inciso V, alínea “a” do RICMS/BA, em vigor.

Esclarece que de maneira equivocada, relata ainda que os créditos referente à material de uso e consumo, somente vigorará a partir de 01/11/2011. Estas infrações (III e IV), não se tratam de créditos de material de uso e consumo.

Assegura que a planilha apresentada pela autuada na defesa é uma prova que não ocorreu uso de nenhum crédito indevido. É de afirmar, que mais de 98% do faturamento da autuada se tratava de produtos com ICMS substituído, onde não teve necessidade de utilizar qualquer crédito que está sendo considerado indevido pelo nobre autuante.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício atribui ao sujeito passivo 04 infrações, já devidamente relatadas, imputadas por descumprimento de obrigação principal.

O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” (diligência) e inciso II “a” e “b” do RPAF/99 (perícia), indefiro a solicitação de diligência e perícia, bem como a apuração dos créditos e débitos estão claramente demonstrados, não havendo o que diligenciar para firmar o convencimento dos julgadores.

Verifico não caber, quanto à infração 01 e as demais infrações, o argumento do autuado de que opera com 98% das mercadorias na substituição tributária, não competindo a exigência dos créditos ora imputados. Os créditos lançados indevidamente são passíveis da exigência fiscal em questão. O lançamento constitui atividade de exclusiva responsabilidade do contribuinte, ficando sujeito a posterior homologação pela autoridade fazendária, conforme art. 89 do RICM/BA, bem como após cinco anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento, conforme o art. 90 do RICMS/BA.

Assim, os créditos lançados indevidamente devem ser exigidos mediante Auto de Infração, sob pena de haver a homologação tácita de tais lançamentos que aproveitaram os aludidos créditos, em consonância com os dispositivos apontados no Auto de Infração, bem como a multa aplicada, prevista no inciso VI, “a” do art. 42 da Lei 7014/96. Infração caracterizada.

No que tange a exigência da infração 02 são procedentes as alegações do autuado, na medida em que o autuante considerou suco de frutas em liquido, industrializado, concentrado ou não sem adição de álcool, com ou sem adição de açúcar ou de outros edulcorantes, como mercadoria com imposto pago por substituição tributária. O enquadramento na substituição tributária destes produtos, era determinada pelo item 7, inciso II, do artigo 353 do regulamento do ICMS, mas foi revogado pela alteração nº 66, Decreto nº 9.547, de 20/09/20005, DOE de 21/09/2005, com efeito a partir de 01/10/2005.

Assim, não há crédito indevido a ser reclamado. O produto Skinka, relacionado na Planilha que faz parte do Auto de Infração à fl. 13 dos autos, trata-se de produto com tributação normal, que a autuada comercializava, dando o direito de crédito. Infração improcedente.

Quanto a infrações 03 trata falta de pagamento da diferença de alíquota na aquisição de ativo imobilizado. Apesar das argüições do autuado de que tem direito a apropriação de 1/48 dos valores dos créditos, o mesmo não combate a razão principal da exigência que é a falta de pagamento da diferença de alíquota, que o mesmo não demonstra ter efetuado os respectivos recolhimentos dos valores indicados no Auto de Infração, em especial na planilha à fl. 14 dos autos.

Quanto à infração 04 a exigência é de falta de pagamento da diferença de alíquota quanto a material de uso e consumo. Da mesma forma que a infração anterior, o autuado não apresenta os documentos de recolhimento dos valores exigidos, constantes à fls. 15 dos autos, cabendo a manutenção da exigência.

Os argumentos do autuado, em relação às infrações 03 e 04, quanto ao aproveitamento dos créditos não são cabíveis, na medida em que as exigências não se referem a créditos indevidos e sim a falta de pagamento da diferença de alíquota.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232185.0022/09-9**, lavrado contra **PAULO NEVES DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$16.045,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR