

PROCESSO - A. I. Nº 232185.0022/09-9
RECORRENTE - PAULO NEVES DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0090-02/11
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 21/09/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0260-11/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO DE CONSUMO. Comprovado o lançamento dos créditos. Mantida a infração. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO USO/CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Não comprovação do pagamento do imposto exigido. Infração caracterizada. Contribuinte não elidiu exigências tributárias. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário por se encontrar irredigido com a Decisão da 2ª JF, a qual, através do Acórdão nº 0090-02/11, considerou Parcialmente Procedente a Ação Fiscal, exigindo ICMS, no valor de R\$18.665,27, acrescido de multa de 60%, decorrente da imputação de quatro infrações, sendo objeto do presente Recurso as imputações 1, 3 e 4, a seguir transcritas:

INFRAÇÃO 1 – utilizar, indevidamente, crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$10.637,21, com aplicação de multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 – deixar 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, com aplicação de multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 – deixar 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, com aplicação de multa de 60%.

O autuado apresentou, às fls. 308/313, impugnação tempestiva, tendo, em seguida, o auditor prestado a informação fiscal de praxe (fls. 332/333).

Após os trâmites legais, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa na literalidade adiante reproduzida:

“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 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. 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 20/09/2005, DOE de 21/09/2005, com efeito a partir de 01/10/2005.

Assim, não há crédito devido 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 o autuado 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 arguições 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 às 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 devidos e sim a falta de pagamento da diferença de alíquota.

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

Inconformado, o sujeito passivo formalizou, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls. 361 a 363), sustentando, de plano, não terem sido analisados todos os termos e fundamentos relatados em sua defesa, aduzindo que não se tratava de uma fiscalização de rotina, mas de uma auditoria para homologar pedido de baixa por ele requerido e que os créditos escriturados jamais seriam utilizados ou transferidos.

Em seguida, teceu comentários sobre o injusto decisório da 2ª JF, argumentando que os nobres julgadores decidiram pela manutenção da infração, considerando que o lançamento constituía atividade de exclusiva responsabilidade do contribuinte, ficando sujeito a posterior homologação pela autoridade fazendária, conforme disposto no artigo 89 do RICMS BA, bem como, após cinco anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo sujeito passivo, concebia-se ocorrida a homologação tácita do lançamento, segundo a previsão do art. 90 do RICMS BA, acrescentando, ainda, que os créditos lançados indevidamente deveriam ser exigidos mediante Auto de Infração.

Ressaltou não terem os julgadores analisado o fato de que o autuado se encontrava em processo de baixa da inscrição e que as escriturações dos créditos existiram, mas não ocorreu, em momento algum, a compensação, já que não trabalhava com mercadorias de tributação normal.

Afirmou que a exigência destes créditos mediante Auto de Infração acarretaria a homologação e o direito de pedir restituição dos mesmos, já que as atividades estariam encerradas, indagando “No caso específico quando se fala em homologação, vem o questionamento, homologar o que não foi não esta sendo utilizado, e não será utilizado. Homologar para multar e após dar o direito a restituição.”

Por último, ainda sobre a infração 1, pugnou pela extinção, sob o fundamento de que: *“Não podemos falar em justiça fiscal, e muito menos em desburocratização, com a cobrança destes créditos fiscais que será de imediato constituído um direito a restituição. Pague, sabendo, vou devolver. É apenas um capricho ou uma punição? Pelo lapso que não causou nenhum prejuízo ao Estado.”*

No que tange às infrações 3 e 4, sustentou o recorrente a manutenção das teses defensivas da impugnação, acrescentando que em nenhum momento o contribuinte deixou de pagar o ICMS devido, ressaltado o aspecto de que sempre possuiu créditos fiscais em valores superiores aos exigidos na autuação, os quais deveriam ser aproveitados na auditoria, conforme planilha juntada na inicial, com créditos e débitos do ICMS, onde resta comprovado que os créditos superam os débitos.

Reiterou o pleito de nomeação de um fiscal estranho ao feito, para que fosse efetuada uma nova apuração dos débitos e créditos, revisando o auto, principalmente por se tratar de uma auditoria para homologação de baixa de inscrição, sendo *“a ultima oportunidade para se fazer a Justiça Fiscal.”*

Pediu a improcedência do lançamento no que pertine à diferença de alíquotas no valor de R\$3.181,53 relativa aos materiais de uso ou consumo recebidos pelo recorrente, asseverando que o Auto de Infração deveria ser julgado inteiramente improcedente, restituindo-se (ou permitindo-se sua compensação com imposto futuro), o valor indevidamente recolhido de R\$3.181,53, mais o acréscimo moratório e multa, totalizando R\$5.053,89, conforme prova o DAE incluso.

Concluiu, requerendo o acolhimento do Recurso Voluntário para o cancelamento das infrações ou, por cautela, julgadas improcedente as imputações.

Por sua vez, através do Parecer de fls. 369 a 370, a ilustre Representante da PGE/PROFIS, após um breve relato sobre o feito, opinou pelo não provimento do Recurso, entendendo se encontrarem ausentes, nas razões recursais, argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

Inicialmente, observou que as infrações estão devidamente tipificadas e comprovadas mediante demonstrativos e presentes todos os elementos essenciais à perfeição de qualquer lançamento tributário, devendo o pedido de diligência fiscal reiterado ser rechaçado haja vista que os elementos probatórios constantes nos autos serem suficientes para formação do convencimento dos julgadores, e a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos.

No mérito, ressaltou que o sujeito passivo não apresentou provas da regularidade dos créditos, limitando-se apenas a abordar a ausência de prejuízo para o Estado, sendo cabível o lançamento sob pena de ocorrer à homologação tácita, prevista no CTN.

Finalizou, asseverando que em relação ao pedido de restituição previsto na legislação estadual, o contribuinte deveria buscar o seu pretense direito perante a autoridade competente.

Reportando-se às infrações 3 e 4, salientou que o recorrente não colaciona aos autos a prova do recolhimento relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, confirmando o acerto do lançamento.

VOTO

Como evidenciado no Relatório, o Recurso Voluntário versa sobre as razões do inconformismo do contribuinte com a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou procedente em parte o Auto de Infração, onde lhe são imputadas quatro infrações, reportando-se a irresignação ora analisada àquelas rotuladas com os n^{os} 1, 3 e 4.

Assim é que, refere-se à primeira à utilização indevida de crédito fiscal relativo à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, enquanto tratam as segunda e terceira acerca da

falta de recolhimento da diferença de alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas, destinadas ao ativo fixo e ao consumo próprio, respectivamente, do próprio estabelecimento.

Com efeito, o sujeito passivo, através da peça recursal, suscitou, preliminarmente, a temática da falta de apreciação, pela instância de piso, de argumentos defensivos consignados na impugnação, principalmente o fato de que se tratava de uma auditoria para homologar o pedido de baixa da inscrição do estabelecimento, portanto, os créditos escriturados não seriam mais utilizados ou transferidos.

No específico, entendo que tal arguição não pode prosperar, na medida em que a simples leitura do acórdão deixa claro ter a JJF se manifestado sobre o desenvolvimento da ação fiscal, no que tange a todas as etapas previstas na legislação pertinente, inexistindo diferença de uma fiscalização de rotina para aquela que objetivando a baixa da empresa, não havendo, por conseguinte, cerceamento de direito de defesa capaz de acarretar a nulidade pleiteada.

Válido ressaltar, quanto ao futuro destino dos créditos escriturados, que a Decisão da Junta dedicou dois parágrafos ao assunto, justificando o posicionamento para, então, concluir que os créditos lançados indevidamente deveriam ser exigidos mediante Auto de Infração.

No que tange à reiterada postulação de indicação de fiscal estranho ao feito para proceder a uma revisão no Auto de Infração, comungo do entendimento da JJF, porquanto, exatamente ao contrário do quanto asseverado pelo recorrente, as provas residentes na procedimentalidade, especificamente as cópias das notas fiscais das mercadorias adquiridas pela própria empresa, cópia de Livro de Registro de Entradas e demonstrativos de apuração do lançamento, são elementos informativos mais do que suficientes para embasar a exigência fiscal, dando efetivo suporte às infrações cometidas, apresentando-se, nesse passo, desnecessária a revisão fiscal, frisado o aspecto de que a prova do fato imputado ao contribuinte independe de conhecimento especializado, além de não ter o sujeito passivo acostado, à peça recursal, qualquer demonstrativo ou elemento indicativo da necessidade de esclarecimentos adicionais para a definição da lide, encontrando-se a negativa de tal pedido amparada na legislação processual administrativa baiana - RPAF/BA - precisamente no art. 147, adiante reproduzido:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

.....

II - de perícia fiscal, quando:

a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;”

Adentrando ao mérito, no que concerne à infração 01, o recorrente admite a existência dos créditos, não contestando o lançamento, limitando-se a arguir que os referidos créditos não foram utilizados para compensação na apuração do imposto a pagar, nem tampouco disponibilizado para transferência, portanto não gerando prejuízo para o Estado.

Dúvidas inexistem de que, segundo a legislação fiscal vigente, os créditos lançados indevidamente são passíveis da exigência fiscal e, no caso sob comento, os lançamentos se encontravam em desacordo com o disposto no art. 93, § 1º, I e II, do RICMS/BA, posto que advindos de operações de aquisição de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento, verbis:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

a) de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem;

b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização;
(...)

§ 1º *Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que:*

(...)

I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados:

a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação;

b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou

c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso; e

II - as operações ou prestações subseqüentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito.

Nesse contexto, é plenamente plausível a exigência mediante lançamento em Auto de Infração, já que o contribuinte nunca solicitou a homologação pela autoridade fazendária (art. 89 do RICMS/BA), e para sustar uma homologação tácita dos lançamentos a crédito que se efetiva após cinco anos, conforme art. 90 do RICMS/BA o Estado não pode, constatando a irregularidade se omitir de autuar, mesmo que o contribuinte possa posteriormente buscar o ressarcimento se ainda lhe restarem após estornados os créditos indevidos saldos credores.

Destarte, não procede a sustentação do contribuinte de que a cobrança dos lançamentos autuados não deveria ser mantida, sob o fundamento de que sua materialização traria, de imediato, a constituição de o direito à restituição, já que o direito à restituição se encontra pressagiado na legislação tributária estadual, sendo uma das hipóteses previstas a submissão do pedido à apreciação da autoridade fazendária competente.

Tangentemente às infrações 03 e 04, incide o recorrente em erro quando sustenta a tese de que possuía créditos em valor superior àqueles débitos exigidos na autuação, os quais deveriam ser aproveitados, porquanto tal argumento não é capaz de elidir a imputação que cobra o pagamento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, recolhimento este que o sujeito passivo não faz prova nos autos, e não a utilização do direito ao crédito, como entendeu e arguiu o recorrente.

Nesse contexto, é de bom alvitre trazer à baila o artigo 69 do RICMS/BA, o qual se mostra bastante claro na regulamentação da aplicação da diferença de alíquotas, matéria objeto da autuação, dispondo taxativamente:

Da Base de Cálculo para Fins de Pagamento da Diferença de Alíquotas

Art. 69. A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.

Parágrafo único. Para fins de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á, ainda, o seguinte:

I - é devido o pagamento:

a) se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais;

Assim comungo do entendimento expressado pela JJF, na Decisão farpeada, porquanto, pelas características dos itens alinhados nas notas fiscais apontadas pelo autuante, se reportavam à

mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento do autuado e destinadas ao ativo imobilizado, que estariam enquadradas no diferencial de alíquotas, de acordo com o art. 5º, I, do RICMS/BA, dispondo:

Da Ocorrência do Fato Gerador para Fins de Pagamento da Diferença de Alíquotas

Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

*I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, **quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento**; (grifo do relator)*

Concludentemente, e em estrita obediência aos ditames legais, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo, na íntegra, a Decisão hostilizada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232185.0022/09-9**, lavrado contra **PAULO NEVES DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.045,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS