

A. I. Nº - 206987.3000/16-0
AUTUADO - JOSÉ CARLOS LIMA RODRIGUES (COMERCIAL J.LIMA)
AUTUANTE - BOAVENTURA MASCARENHAS LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/06/2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0069-01/17

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Alegação defensiva de que descabe a exigência fiscal por se tratar de empresa de pequeno porte, portanto, dispensada do pagamento do imposto referente à diferença de alíquotas, nos termos dos artigos 7º, IV e V, do RICMS/BA/97 e 272, I, “a”, 2, do RICMS/BA/12, não procede. Conforme aduzido pelo Auditor Fiscal que prestou a Informação Fiscal, verifica-se no cadastro de contribuintes do ICMS da SEFAZ/BA que o autuado passou para condição de empresa normal em 16/03/2010, portanto, antes do período objeto da autuação, sendo, desse modo, devida a exigência do ICMS referente à diferença de alíquotas, conforme a autuação. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Auditor Fiscal que prestou a Informação Fiscal, acertadamente, em face das alegações defensivas, procedeu aos ajustes e correções necessárias, excluindo da exigência fiscal os valores atinentes às mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, assim como corrigindo a alíquota aplicada na autuação no caso específico de aguardentes, haja vista que a alíquota aplicável, de fato, é de 17%, em conformidade com o art. 51, II, “b” do RICMS/BA/97. Alegação defensiva de que o crédito fiscal deve ser atualizado monetariamente não encontra amparo na legislação do ICMS. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/06/2016, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$30.680,90, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de novembro de 2011 e maio de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.688,61, acrescido da multa de 60%;
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da

Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a julho, setembro, outubro e dezembro de 2011, outubro e novembro de 2013, maio e outubro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$28.992,29, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por intermédio de advogada legalmente constituída, apresentou defesa (fls.63 a 69). Consigna que se trata de empresa de pequeno porte que atua no comércio atacadista de bebidas e tem sede no município de Utinga desde 1985. Diz que, no exercício de sua atividade comercial, adquire mercadoria para revenda de vários Estados, sendo que as bebidas estão submetidas ao regime da substituição tributária por força do Anexo I do RICMS/BA e do Protocolo nº 14/2006 que trata das operações interestaduais com as mercadorias classificadas nos códigos NCMs 2208 e 2205, com a alíquota interna de 25%. Acrescenta que, além de comercializar bebidas, também revende balas e pirulitos, mercadorias classificadas no código NCM 17049020, as quais não estão elencadas no Anexo I do RICMS/BA. Ou seja, não são mercadorias sujeitas à substituição tributária, a despeito de o autuante tê-las incluído no rol das mercadorias substituídas, aplicando sobre elas a MVA de 56,87%.

Assinala que, durante o período fiscalizado, realizou operações de compras de mercadorias para revenda e operações com ativos fixos, as quais foram indiscriminadamente tributadas, razão pela qual deve o presente Auto de Infração ser julgado improcedente ou, no mínimo, revisto, haja vista que exige tributo indevido.

Registra o seu inconformismo quanto à infração 1. Alega que o autuante lançou o ICMS supostamente devido pela diferença de alíquotas decorrente da aquisição de bens do ativo imobilizado, referente às Notas Fiscais nºs 11268, 1745738 e 1748411. Observa que estas aquisições ocorreram em novembro de 2011, durante a vigência do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997 e maio de 2014, na vigência do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/2012.

Salienta que ambos os Diplomas regulamentares dispõem que não é devido o diferencial de alíquota na aquisição de ativo permanente por parte de empresa de pequeno porte, como é o seu caso, segundo diz, conforme comprovam os seus livros Registros de Saídas apresentados à Fiscalização. Reproduz os artigos 7º, IV e V, do RICMS/BA/97 e 272, I, “a”, 2, do RICMS/BA/12.

Conclui que, desse modo, a infração 1 é totalmente improcedente, haja vista que é indevido o ICMS exigido referente às Notas Fiscais nºs 1745738, 1748441 e 11268, em face de estar dispensado do recolhimento por se tratar de empresa de pequeno porte.

No que tange à infração 2, alega que o autuante incluiu no rol das mercadorias sujeitas à substituição tributária as bebidas e as balas comercializadas, aplicando sobre elas as respectivas MVAs.

Afirma que as mercadorias classificadas na posição NCM 17049020, no caso balas, caramelos, dropes, pirulitos, pastilhas s/ cacau, não estão sujeitas à substituição tributária, logo não incide sobre elas a MVA de 56,87%, tal como lançado pelo autuante.

Observa que a substituição tributária só se aplica às mercadorias classificadas na posição 1704 que contenham chocolate/cacau na sua composição. Neste sentido, invoca e reproduz excertos do Parecer nº 05797/2009, exarado pela GECOT/DITRI.

Afirma que, assim sendo, forçoso é concluir que a exigência do ICMS-ST, acrescido da MVA, referente às Notas Fiscais nºs 120833, 120832, 121959, 136645, 149733, é totalmente improcedente.

Quanto às demais notas fiscais arroladas na autuação atinentes a aquisição de bebidas, diz que o autuante, indiscriminadamente, aplicou a alíquota de 25% acrescida da MVA de 55,56%, inclusive sobre as aguardentes que possuem tratamento específico dado pelo art. 51, II, “b” da Lei nº 7.014/96 [RICMS/BA/97]. Reproduz o referido artigo.

Ressalta que, conforme o referido artigo, as aguardentes são uma exceção à aplicação da alíquota de 25%, estando submetidas à alíquota de 17%, então vigente na época da ocorrência do fato gerador. Ressalta que este inclusive é o entendimento manifestado no Parecer nº. 04599/2011, cujo

excerto do texto reproduz.

Conclusivamente, diz que, desse modo, também a infração 2 é improcedente, pois, conforme demonstrado, exige imposto indevido e submete mercadorias ao regime da substituição tributária sem a correspondente previsão legal.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, no caso de entendimento diverso, que seja determinada revisão do lançamento para contemplar as alegações aduzidas. Protesta provar o alegado por todos os meios de provas em Direito admitidas.

Em face da aposentadoria do autuante o Inspetor Fazendário designou Auditor Fiscal estranho ao feito para prestar a Informação Fiscal (fl.75).

O Auditor Fiscal designado para prestar a Informação Fiscal se pronunciou às fls.77/78. Contesta a alegação defensiva atinente à infração 1. Afirma que o autuado passou para condição de empresa normal em 16/03/2010, conforme consta no cadastro da empresa nos arquivos da SEFAZ/BA, portanto, sendo devida a exigência do ICMS diferença de alíquota.

No respeitante à infração 2, reconhece que assiste razão ao impugnante quanto às mercadorias constantes das Notas Fiscais n^{os} 120833; 120832; 121959; 136645 e 149733, haja vista que não estão sujeitas à substituição tributária, portanto, não sendo devida à aplicação da MVA de 56,87%. Acrescenta que, diante disso, os valores da infração 2 passam em 31/10/2013 de R\$178,40 para R\$90,71; em 30/11/2013 de R\$13,60 para R\$6,92; em 31/05/2014 de R\$117,85 para R\$59,92 e em 31/10/2014 de R\$201,58 para R\$102,49 conforme demonstrativo anexado aos autos.

Reconhece, também, que procede à alegação defensiva referente à alíquota aplicada no caso específico de aguardentes, já que esta é de 17%, de acordo com o art. 51, II, “b” do RICMS, passando assim os valores da infração 2, em 28/02/2011 de R\$5.355,99 para R\$5.071,68; em 30/04/2011 passando o valor da infração de R\$1.190,45 para R\$1.056,98; em 31/05/2011 passando o valor da infração de R\$5.490,40 para R\$5.242,31 e em 30/06/2011 passando o valor da infração de R\$375,82 para R\$335,67 conforme demonstrativo anexado aos autos.

Finaliza a peça informativa consignando que mantém as demais infrações e espera que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O impugnante cientificado da Informação Fiscal se manifestou (fls.85 a 93). Consigna o seu inconformismo quanto às alegações trazidas na Informação Fiscal.

No que concerne à infração 1, alega que, de fato e de direito é empresa de pequeno porte que atua no comércio atacadista de bebidas.

No tocante à infração 2, reitera os argumentos aduzidos na Defesa vestibular.

Acrescenta que, ainda que tenha havido reconhecimento de parte das suas alegações pelo Auditor Fiscal este se equivocou ao não considerar a atualização dos créditos tributários.

Aduz que o direito constitucionalmente devido de creditar-se, na seara tributária, é plenamente possível, sendo inerente a este direito ser acompanhado da correção monetária.

Alega que, apesar disto, o Auditor Fiscal assim não procedeu, e contrariando as disposições acima, muito embora tenha reconhecido o devido creditamento de valores indevidos, conferiu os créditos no valor histórico em detrimento do contribuinte, deixando de atualizar os valores segundo a mesma sistemática utilizada no débito.

Ressalta que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sentido de que, a aplicação da correção monetária aos créditos do imposto é devida por não considerá-la um benefício, mas sim uma decorrência lógica. Neste sentido, reproduz a ementa do Acórdão nº 9700579824 - RECURSO ESPECIAL Nº: 144575/MG - Decisão: Por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e dar-lhe provimento. Data de Decisão: 05/11/1998 - PRIMEIRA TURMA.

Afirma que a correção monetária nada acrescenta aos valores sobre os quais incide, sendo assim, tal reajuste constitui mera atualização de valores, no escopo de impedir o enriquecimento ilícito do Estado, em detrimento do contribuinte.

Diz que, desse modo, para que se cumpra o princípio da não-cumulatividade devem os créditos reconhecidos ser corrigidos monetariamente, já que, diante da não correção integral destes montantes, ocorre uma forma de confisco, que por si só agride o direito de propriedade, previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, XXII. Ou seja, o total a ser compensado apresentar-se-ia corroído pela nefasta depreciação da moeda, com a perda do valor real, já que não representaria, em termos de poder aquisitivo, as unidades monetárias recolhidas no passado.

Finaliza a Manifestação requerendo a improcedência do Auto de Infração ou, no caso de entendimento diverso, que se determine a revisão do lançamento para contemplar as arguições feitas, sem olvidar a atualização devida do crédito. Protesta provar o alegado por todos os meios de provas em Direito admitidas.

VOTO

O exame das peças que compõem o presente processo, atinentes às infração 1, permite concluir que a alegação defensiva de que descabe a exigência fiscal por se tratar de empresa de pequeno porte, portanto, dispensada do pagamento do imposto referente à diferença de alíquotas, nos termos dos artigos 7º, IV e V, do RICMS/BA/97 e 272, I, “a”, 2, do RICMS/BA/12, não procede.

Isto porque, conforme aduzido pelo Auditor Fiscal que prestou a Informação Fiscal, verifica-se no cadastro de contribuintes do ICMS da SEFAZ/BA que o autuado passou para condição de empresa normal em 16/03/2010, portanto, antes do período objeto da autuação - novembro de 2011 e maio de 2014 - sendo, desse modo, devida a exigência do ICMS referente à diferença de alíquotas, conforme a autuação.

Diante disso, este item da autuação é subsistente.

No que tange à infração 2, constato que o Auditor Fiscal que prestou a Informação Fiscal, considerando as alegações defensivas, excluiu dos valores originariamente exigidos no levantamento levado a efeito pelo autuante, referentes às Notas Fiscais nºs 120833, 120832, 121959, 136645 e 149733, os valores adicionados correspondentes a MVA de 56,87% aplicada na autuação.

Entretanto, constato que, equivocadamente, o Auditor Fiscal manteve a exigência atinente às referidas notas fiscais sem aplicação da MVA, conforme demonstrativo que elaborou de fl. 80 dos autos.

Ora, se o próprio Auditor Fiscal reconhece que as mercadorias acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 120833, 120832, 121959, 136645 e 149733, não estão sujeitas à substituição tributária, certamente que descabe a exigência fiscal de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, conforme a autuação.

Cumprе consignar que, se tratando de mercadorias tributadas normalmente, seria o caso de exigência do imposto devido por antecipação parcial, jamais por antecipação “total”.

Assim sendo, descabe a exigência fiscal quanto aos valores abaixo indicados:

- 31/10/2013 passou de R\$178,40 para R\$90,71;
- 30/11/2013 passou de R\$13,60 para R\$6,92;
- 31/05/2014 passou de R\$117,85 para R\$59,92;
- 31/10/2014 passou de R\$201,58 para R\$102,49.

Constato, também, que o Auditor Fiscal corretamente acatou a alegação defensiva referente à alíquota aplicada na autuação no caso específico de aguardentes, haja vista que a alíquota aplicável, de fato, é de 17%, em conformidade com o art. 51, II, “b” do RICMS/BA/97, o que resultou na seguinte conformação nos meses abaixo apontados, conforme demonstrativo

elaborado pelo informante de fl. 80 dos autos:

- 28/02/2011 passou de R\$5.355,99 para R\$5.071,68;
- 30/04/2011 passou de R\$1.190,45 para R\$1.056,98;
- 31/05/2011 passou de R\$5.490,40 para R\$5.242,31;
- 30/06/2011 passou de R\$375,82 para R\$335,67.

Diante do exposto, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor total de ICMS devido de R\$27.774,24, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

DEMONSTRATIVO DÉBITO - INFRAÇÃO 2	
DATA DE OCORRÊNCIA	ICMS JULGADO (R\$)
31/01/2011	3.762,29
28/02/2011	5.071,08
30/04/2011	1.056,98
31/05/2011	5.242,31
30/06/2011	335,67
31/07/2011	4.156,71
30/09/2011	191,89
31/10/2011	4.720,18
31/12/2011	3.237,13
TOTAL	27.774,24

Quanto à alegação defensiva atinente à correção monetária dos créditos fiscais, cabe observar que a pretensão do impugnante não encontra amparo na legislação do ICMS, mesmo porque o crédito fiscal não tem natureza monetária, mas sim representa um direito do contribuinte de abater do imposto devido na operação de saída subsequente tributada o imposto anteriormente cobrado na aquisição da mercadoria, em respeito ao princípio da não cumulatividade do ICMS.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** Auto de Infração nº **206987.3000/16-0**, lavrado contra **JOSÉ CARLOS LIMA RODRIGUES (COMERCIAL J.LIMA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.462,85**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR