

PROCESSO - A. I. N° 206987.3000/16-0
RECORRENTE - JOSÉ CARLOS LIMA RODRIGUES (COMERCIAL J. LIMA).
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0069-01/17
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/05/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0064-12/18

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/06/2016, para exigir crédito tributário de ICMS e multa no valor original de R\$30.680,90, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 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%;

Infração 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%.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 1ª JJF, decidiu, por unanimidade, pela Procedência em Parte do Auto de Infração com fundamento no voto condutor, abaixo transrito.

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.

Cumpre 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.

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com o julgamento realizado pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal, materializado no Acórdão JJF nº. 0069-01/17, vem, por seu representante legalmente constituído, expor as razões que motivam seu recurso voluntário.

Após breve síntese do processo, dá conta de que em relação à infração 1, o Fiscal informa que teria passado para a condição de empresa normal em 16/03/201, conforme cadastro da empresa na SEFAZ, o que justificaria a cobrança do ICMS com a diferença de alíquota, tendo sido ajustada a alíquota incidente sobre o produto aguardente. Para a infração 2, informa que a Junta de Julgamento Fiscal acatou parte das suas razões, afastando a exigência fiscal sobre as operações que envolveram as Notas Fiscais nºs 120833; 120832; 121959; 136645 e 149733, sujeitas à substituição tributária.

Diz que apesar de a Junta ter feito ajustes, relativamente ao produto aguardente, dá conta de que não teria sido retirado da base de cálculo do adicional do imposto devido ao Fundo de Pobreza, incidente sobre as operações com os cigarros, bebidas alcoólicas, ultraleves, embarcações de esporte e recreio, óleo diesel, gasolina, álcool etílico anidro combustível, jóias, perfumes, energia elétrica, pólvoras, telecomunicações, fogos de artifício e armas e munições.

Discorre sobre o Fundo Estadual de Combate e Erradicação á Pobreza, aduzindo que a Portaria nº 133 prevê no seu Anexo Único os produtos sobre os quais incide o adicional do imposto, na qual consta expressamente a exclusão da Aguardente, nos termos do inciso 11, "b" da referida norma e do próprio art. 51-A do RICMS/BA.

Relativamente à cobrança do ICMS para as operações objeto da autuação e mantidas pela Junta, aduz que em todas as aquisições faz *jus* ao "crédito presumido", crédito esse que teria sido considerado no levantamento pelo valor histórico. Nessa linha, diz do seu direito, lembrando que referida matéria foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça corrobora as suas razões. Cita o REsp. 85573/SP, concluindo que "...para que efetivamente 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".

Arremata requerendo que seja o seu Recurso acolhido para reformar o Acórdão JJF nº 0069-01/17, para determinar a exclusão do produto aguardente da base de cálculo do adicional do imposto vinculado ao Fundo de Pobreza, também requerendo que os créditos que lhe são supostamente devidos sejam corrigidos monetariamente.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea "b", do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1^a Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, e com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

A tese recursal atinge ao direito que teria o Sujeito Passivo de ver excluído da base de cálculo do imposto a parcela correspondente ao fundo de Pobreza, nas operações com aguardente, além da correção monetária dos créditos a que supostamente faz *jus*.

Por primeiro, relativamente à correção monetária dos créditos, destaco que tal procedimento, eventualmente, exigiria regramento específico, o que infelizmente não existe, restando certo que apesar de a pretensão do Contribuinte ser legítima, sobretudo quando situação inversa seria

objeto de correção, mas não há como atendê-la, sem que haja norma específica. De outra banda, os créditos a que faz jus o Sujeito Passivo, podem ser objeto de compensação, mas deve seguir rito próprio, vez que no presente processo não é possível de ser realizada.

Quanto à exclusão do adicional para o Fundo de Erradicação da Pobreza, relativo à Nota Fiscal nº 300331, de 12/02/2011, apensa à fl. 17, verifico no demonstrativo do débito da informação fiscal do Autuante à fl. 80 que o lançamento foi devidamente corrigido e aplicado a alíquota de 17%, revisão essa acatada pela Junta de Julgamento Fiscal.

Em assim sendo, verificando que a pretendida exclusão da incidência do Fundo para a Erradicação da Pobreza já havia sido realizada pelo Autuante, concluo que não cabe reparo à decisão recorrida.

Por tudo o quanto exposto, voto no sentido de NÃO PROVER o apelo recursal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 206987.3000/16-0, lavrado contra **JOSÉ CARLOS LIMA RODRIGUES (COMERCIAL J. LIMA)**, devendo ser intimado o recorrente 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, 12 de março de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS