

A. I. Nº - 269275.0031/17-5
AUTUADO - REFRESCOS GUARARAPES LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/06/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0066-01/18

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE. O autuado apresentou os lançamentos efetuados, comprovando o lançamento a débito no registro de apuração. Infração 1 improcedente. b) MATERIAIS DESTINADOS AO USO E USO CONSUMO. Autuado comprovou que parte do valor do imposto exigido já havia sido lançado a débito no registro de apuração. Infração 2 procedente em parte. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Mercadorias não estão sujeitas à antecipação tributária, pois se destinaram ao uso e consumo no estabelecimento. Infração 3 improcedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$35.044,14, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 1 (06.01.01) – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre às alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, ocorrido de outubro a dezembro de 2015 e em março, maio, junho, julho e novembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$21.533,57, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 (06.02.01) – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre às alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, ocorrido de setembro de 2015 a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$12.188,11, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 (07.01.01) – deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, ocorrido em setembro de 2015, de novembro de 2015 a junho de 2016 e de agosto a novembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.322,46, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 42 a 66. O autuado alega que recolheu os valores exigidos nas infrações 1 e 2, nos termos do art. 305 do RICMS/BA, e apresentou planilha (fls. 44 a 55) e cópia do registro de apuração (fls. 119 a 155) para comprovação.

Em relação à infração 3, entendeu que o autuante equivocou-se ao exigir ICMS por antecipação parcial, pois foi devidamente lançado junto ao DIFAL do período autuado. Apresentou planilha às fls. 56 e 57 para comprovação junto ao registro de apuração do alegado.

Disse que a mercadoria foi tributada integralmente na saída subsequente, não gerando qualquer

prejuízo financeiro para o Estado. Afirmou que a manutenção da exigência fiscal importa em enriquecimento ilícito do Estado, pois o ICMS devido antecipadamente foi devidamente pago pelos débitos lançados nas saídas subsequentes dos produtos, não havendo imposto remanescente a ser cobrado. Lembrou que o CONSEF tem decidido por exigir apenas a multa regulamentar nesses casos.

Alegou, ainda, que duas razões afastam a possibilidade de aplicação de multa no patamar de 60%: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio constitucional do não-confisco.

Apresentou julgados do Supremo Tribunal Federal fixando entre 20 e 30% o patamar razoável para a aplicação das multas tributárias. Requereu o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, a sua redução para patamar razoável (entre 20% e 30%).

Destacou que, de acordo com o art. 112 do CTN, em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte, devendo o auto de infração ser julgado improcedente.

Protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

O autuante apresentou informação fiscal à fl. 166. Anexou relação de DAE's recolhidos pelo contribuinte nos exercícios de 2015, 2016 e 2017. Constatou que inexistente recolhimento relativo à Diferença de Alíquotas, seja relativo ao Ativo Fixo/Imobilizado ou uso/consumo. Destacou que o recolhimento relativo à Antecipação (Total) totaliza R\$58,63 (R\$48,01+R\$9,00+R\$1,62) em 2015 e R\$136,42 (pago 19/10/2.017) em 2016.

Com relação às infrações 1 (06.01.01 – Diferença de Alíquotas Ativo Fixo) e 2 (06.02.01 – Diferença de Alíquotas Uso e Consumo), reiterou que não foi recolhido pelo contribuinte nenhum valor a este título.

Com relação à infração 3 (07.01.01 – Antecipação Total), explicou que o crédito Tributário trata da Antecipação Total que não foi recolhida e que portanto deve continuar a ser exigida.

Com relação às multas aplicadas, disse que todas elas estão regularmente previstas na lei que regula o ICMS/BA, não havendo em hipótese alguma que se falar em exorbitância.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Indefiro o pedido para produção de provas e realização de perícia. O pleito não veio acompanhado dos fundamentos da sua necessidade nem foram apresentados os quesitos que deveriam ser respondidos na perícia fiscal.

Afasto toda discussão acerca da inconstitucionalidade da multa aplicada no presente Auto de Infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual e a multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Entendo que não se aplica o disposto no art. 112 do CTN no julgamento do presente Auto de Infração. Não há dúvidas quanto à capitulação legal dos fatos ou à autoria das infrações. A graduação da penalidade aplicada não levou em consideração hipótese de ter havido fraude na ação do contribuinte.

Na infração 1, é exigido ICMS em razão da falta de recolhimento da diferença de alíquotas nas

aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo. Na informação fiscal, o autuante justificou a exigência argumentando que não aparece no sistema de informações do contribuinte da SEFAZ qualquer recolhimento à título de diferença de alíquotas.

O autuado é contribuinte que apura o imposto pelo regime de conta corrente e, por isso, deve lançar os débitos relativos à diferença de alíquotas na apuração do ICMS, conforme estabelecido no inciso III do § 4º do art. 305 do RICMS/12. Dessa forma, não deve aparecer no sistema de informações do contribuinte qualquer recolhimento à título de diferença de alíquotas, pois os valores desses débitos são lançados na apuração do imposto, perfazendo o conjunto de débitos que serão confrontados com os créditos para efeito de apuração do imposto a recolher, se for o caso.

O autuado apresentou os lançamentos efetuados, referentes aos documentos fiscais relacionados nos demonstrativos anexados às fls. 10 e 11, comprovando o lançamento a débito de todos eles, conforme demonstrativo às fls. 44 e 45 e registros de apuração às fls. 119 a 155. Infração 1 improcedente.

Na infração 2, é exigido ICMS em razão da falta de recolhimento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso ou consumo no estabelecimento. Tal como na infração 1, o autuante justificou, na informação fiscal, que não aparece no sistema de informações do contribuinte da SEFAZ qualquer recolhimento à título de diferença de alíquotas.

Em sua defesa, o autuado apresentou demonstrativo às fls. 45 a 55 indicando o respectivo mês em que os valores do ICMS devido, referente a cada documento fiscal relacionado no demonstrativo de débito anexado às fls. 12 a 31, foi lançado no registro de apuração, anexados às fls. 119 a 155.

Porém, tanto no demonstrativo apresentado pelo autuado às fls. 45 a 55, quanto nas cópias dos registros de apuração anexados às fls. 119 a 155, não constam o lançamento de todas as notas fiscais relacionadas pelo autuante no demonstrativo de débito.

Desse modo, após retirada a exigência fiscal sobre as notas fiscais comprovadamente lançadas pelo autuado no registro de apuração, remanesce a exigência sobre as aquisições registradas nos documentos fiscais nº 06, 08, 69, 70, 368, 377, 77468, 735, 1093, 1094, 1723, 1724, 1726, 1853, 1856, 1927, 2050, 2053, 2161, 2162, 2322, 2323, 2325, 2748, 2749, 2750, 2753, 8679, 2957, 2958, 3902, 110, 46073, 165225, 4464, 4566, 4636, 4642, 4643, 4671, 4672, 4673, 4676, 4677, 166805, 4888, 4889, 167387, 168154, 168588, 2062, 5278, 5279, 5280 e 171691, pois não restou comprovado pelo autuado o efetivo lançamento.

Assim, a infração 2 fica procedente em parte no valor de R\$4.402,03, conforme demonstrativo a seguir:

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
30/09/2015	111,77
30/11/2015	43,44
31/12/2015	36,58
31/01/2016	150,00
29/02/2016	278,74
31/03/2016	1.063,67
30/04/2016	746,25
31/05/2016	107,17
30/06/2016	6,54
31/07/2016	29,22
31/08/2016	599,93
30/09/2016	765,30
31/10/2016	434,37
31/12/2016	29,05
TOTAL	4.402,03

Na infração 3, é exigida antecipação tributária nos recebimentos interestaduais de produtos de papelaria e materiais de construção, em sua maioria. O autuado exerce no estabelecimento fiscalizado a atividade de atacadista de bebidas.

As mercadorias adquiridas têm como evidente o seu destino para uso e consumo do estabelecimento. Não se tratam de produtos comercializados pelo autuado e a pequena quantidade também indica que o objetivo não era a comercialização.

O autuado apresenta às fls. 56 e 57 relação de parte dos documentos fiscais relacionados no demonstrativo de débito anexado às fls. 33 a 39, indicando os meses em que foram lançados no registro de apuração como débitos sujeitos ao pagamento da diferença de alíquotas.

Se o destino da mercadoria não é uma subsequente operação de venda, mesmo que esteja relacionado no Anexo 1 do RICMS/12, não estará sujeito à antecipação tributária, mas ao pagamento da diferença de alíquota, como fez o autuado em relação as diversas notas fiscais.

Também não será possível a exigência neste Auto de Infração da diferença de alíquotas sobre as mercadorias cujas notas fiscais não foram comprovadamente indicadas como lançadas na apuração do imposto devido à título de diferença de alíquotas, pois isso implicaria em mudança no fulcro da acusação.

Desse modo, considero a infração 3 improcedente.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, alterando o lançamento tributário para R\$4.402,03, nos termos do demonstrativo final da infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** do Auto de Infração nº **269275.0031/17-5**, lavrado contra **REFRESCOS GUARARAPES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.402,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR