

PROCESSO - A. I. Nº 232948.0074/17-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MAXI TRANSPORTES, LOGÍSTICA E ARMAZENS GERAIS LTDA. – EPP
RECORRIDOS - MAXI TRANSPORTES, LOGÍSTICA E ARMAZENS GERAIS LTDA. – EPP e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0050-06/18
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0250-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. EMPRESA DE PEQUENO PORTE – EPP. EXIGÊNCIA TÃO-SOMENTE PARA MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Após revisão do levantamento em que ficaram apenas na cobrança as aquisições interestaduais de materiais de uso e consumo efetivadas a partir de 01.01.2016, haja vista a publicação do 16.434/2015. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam de Recursos de Ofício e Voluntários (art. 169, I, “a” e “b” do RPAF) apresentados nos presentes autos lavrado em 28.12.2017, que se cobra imposto no valor histórico de R\$ 309.112,86, na forma delineada, para fatos geradores ocorridos em março de 2012, outubro e novembro de 2014, fevereiro a dezembro de 2015 e janeiro a dezembro de 2016:

***Infração 01 – 06.02.01** - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.*

*Teve a infração **enquadramento** nos arts. 1º, § 2º, IV, 5º, I, 36, § 2º, XIV, 69, 72, 111, III, “a”, 124, I e 132, todos do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, com multa prevista no art. 42, II “f”, da Lei nº 7.014/96.*

O contribuinte apresentou impugnação às fls. 27/35. Aduz em preliminar que por ser empresa de pequeno porte, a autuada nada deve de diferença de alíquota, a teor do estipulado no art. 272, I, “a” e II, “b” do RICMS-BA. Alega ilegalidade na cobrança e pede a nulidade da infração, fundamentado, mais uma vez, de nada dever a título de “DIFAL”, dada a sua condição de optante do “Simples Nacional”, inclusive com respaldo em parecer da DITRI - Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (Parecer nº 03618/2013). Cita o art. 112 do CTN e cita também a Súmula nº 473 do STF, que prevê a possibilidade da Administração Pública anular ou revogar seus próprios atos, ponderando que nunca teve intenção de causar prejuízos ao erário. Postula, por fim, a improcedência do auto de infração.

Às fls. 69/70, o autuante afirma que a impugnação procede apenas na parte que pretende retirar da autuação as aquisições interestaduais de bens do ativo permanente, por força do art. 272 do RICMS-BA. Refaz os demonstrativos e aponta os novos valores à fl. 70 do informativo fiscal.

A JJF dirimiui lide conforme abaixo:

VOTO

O presente Auto de Infração, cumpre com os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

As preliminares levantadas serão apreciadas como matéria de mérito, porque com ele se confundem.

Antes, porém, cabe uma observação: apesar do mês de março de 2012 ter decaído, mesmo se aplicando o art. 173, I do CTN, mais favorável ao sujeito ativo, tal discussão resta prejudicada na medida em que, após revisão feita pelo autuante, só os exercícios de 2014, 2015 e 2016 quedaram ainda pendentes de exame.

A questão ainda discutível, passa pela análise da norma que vigorava à época da ocorrência dos fatos geradores e pelo parecer da DITRI, não comentado no informativo fiscal.

Ao admitir ser cabível a diferença de alíquota apenas para as entradas interestaduais de materiais de uso e consumo, o autuante fez aplicar o art. 272, I “a”, nº 2 do RICMS-BA.

E remontou os seus demonstrativos levando em conta tão-somente as aquisições de materiais de uso e consumo.

Acontece que as entradas oriundas de outros Estados, de materiais de uso e consumo, também não estavam sujeitas ao recolhimento do diferencial de alíquota, quando o destinatário era empresa de pequeno porte. Pelo menos até 31.12.2015, data-limite em que vigorou a alínea “b” do inciso I, do art. 272 atrás citado, alínea esta revogada pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15.

Veja-se a redação da alínea “b” que hoje não mais produz efeitos jurídicos:

Art. 272. Fica dispensado o lançamento e o pagamento relativo:

I - a diferença de alíquotas nas aquisições de:

a) bens do ativo permanente efetuadas por:

(...)

b) material de uso e consumo efetuadas por:

1 - produtores ou extratores, não constituídos como pessoa jurídica;

2 - microempresas e empresas de pequeno porte” (negritos da transcrição).

Daí o entendimento manifestado pela DITRI, no parecer nº 03618/2013, apenso à fl. 39, que, como não poderia ser diferente, revela-se consonante com as normas vigentes na época.

Neste escopo de interpretação, apenas as aquisições de materiais de uso e consumo efetivadas a partir de 01.01.2016, é que poderiam ser objeto de cobrança da diferença de alíquota.

Dentro deste marco temporal, não obstante regularmente instada (fls. 86/87) a se pronunciar acerca das novas planilhas feitas pelo autuante (fls. 71/79), a impugnante nada declarou, correndo in albis o prazo para refutar os novos cálculos, inclusive se ainda permaneceram bens considerados do ativo fixo.

Assim, com base no art. 140 do RPAF-BA, os novos valores ajustados pelo i. Auditor Fiscal não encontraram contestação da parte contrária, de sorte que, inexistindo prova nos autos que demonstrem algo diferente, devem persistir como verídicos os critérios adotados nos demonstrativos acostados às fls. 76 a 79, adstritos ao ano de 2016.

Isto posto, afasto as preliminares levantadas, porquanto desprovidas de pertinência temática e, no mérito, julgo o auto de infração procedente em parte, apenas para admitir a cobrança da diferença de alíquota a partir de 01.01.2016, cujo total redundou em R\$ 91.702,13.

A JJF recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, devido a exoneração ter atingido o patamar regulado.

Na parte recursal, apresentada nas fls. 104/111, tece a patrona da recorrente que:

Relata quanto à tempestividade da peça, reporta quanto à decisão de piso no qual verificou que a JJF reduziu o lançamento tributário para o valor de R\$ 91.702,13 e pede também pela apreciação do recurso com espeque no art. 5º, LV da CF.

Retrata sobre revisão da decisão recorrida, onde teceu trechos da defesa administrativa:

- *Trata-se a referida empresa, ora Autuada de Empresa de Transportes, Logísticas e Armazéns Gerais e não empresa meramente comercial que visa comercializar produtos, como o seu próprio cadastro de ICMS atesta a sua qualificação.*
- *A Autuada adquiriu materiais relatados no Auto, para uso e consumo próprio como também para o seu ativo permanente a exemplo de portas, fechaduras, telhados, telhas, luminárias, tintas, tudo para a ampliação do seu galpão, conforme NFS.*
- *Ao mencionar que adquiriu bens para consumo próprio, a Requerente explanou que se tratavam de bens para o seu ativo permanente também, vez que eram produtos de: portas, fechaduras e outros que compõem o ativo permanente de qualquer empresa, só para rechaçar.*
- *De acordo com o Auto de Infração lavrado pelo Preposto Fiscal, a empresa, ora Autuada está qualificada no Tipo de Contribuinte como EMPRESA DE PEQUENO PORTE, inclusive é este o registro que se tem na Consulta Básica ao Cadastro do ICMS da Bahia, o qual faz juntada neste momento.*
- *Ocorre que, na infração lavrada pelo Preposto Fiscal, o mesmo enquadrava a empresa no art. 305, parágrafo 4º, inciso III, alínea a, por entender se tratar a empresa de Regime de Conta- Corrente Fiscal, QUANDO, na realidade no próprio Auto de Infração já traz a informação da empresa se tratar de PEQUENO PORTE. Necessário neste diapasão, ressaltar que Conta Corrente Fiscal é tão somente a Forma de Pagamento. O que deve ter levado o Fiscal ao cometimento do erro.*

- *Desta Forma, percebe-se nitidamente ao examinar a matéria do art.305, parágrafo 45, inciso III, alínea a, que o Fiscal aplicou a penalidade de forma equivocada como se a empresa fosse do Regime de Conta-Corrente Fiscal, apenas para não pairar dúvidas, por isso a redundância da explicação.*
- *Em verdade, imprescindível frisar e chamar atenção dos nobres julgadores, que a empresa, ora Autuada está enquadrada no art. 272 do RICMS-BA /12, no qual as Microempresas e Empresas de pequeno porte estão dispensadas de recolher a diferença da alíquota. E. não como imaginou o Preposto Fiscal ao enquadrá-la no art. 305, já mencionado acima. Este foi o grande equivoco que espera a Autuada ser sanado.*
- *Salienta-se ainda que, de acordo com o PARECER Nº 03618/2013 DATA 20/02/201 - DITRI ao tratar de ICMS- DIFERENÇA DE ALÍQUOTA, assim menciona:*

Os Contribuintes cadastrados na condição de microempresa ou de PEQUENO PORTE ESTÃO DISPENSADOS DE RECOLHER O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS de bens destinados ao ativo imobilizado ou material de consumo. DECRETO 13.780/12 (RICMS-BA/12 ART 272, INCISO I. ALÍNEA a. e INCISO II, ALÍNEA b

- *De acordo com a previsão legal do art. 272 do RICMS-BA /12, as Microempresas e Empresas de pequeno porte estão dispensadas de recolher a diferença da alíquota, ESTANDO A AUTUADA, ENQUADRADA NO CASO EM TELA, SENÃO VEJAMOS:*

Verificou o reconhecimento das questões, no entanto busca em sede de Câmara demonstrar que se encontra amparada pela legislação no que tange a aquisição de materiais para o seu ativo permanente, pleiteando assim a nulidade total do auto.

Suscita nulidade face a falta de veracidade da informação apresentada no Auto lavrado o que ensejou o enquadramento da penalidade de forma totalmente equivocada, não merecendo prosperar.

Roga para princípio da verdade material, pois é certo que, por estar cadastrada na condição de pequeno porte está dispensada de efetuar o recolhimento da diferença da alíquota nas aquisições de bens e mercadorias **destinados ao ativo permanente** ou ao uso e consumo do seu estabelecimento, conforme o art. 242, no qual dispensa o lançamento e o pagamento em relação as microempresas e empresas de pequeno porte.

Destaca ser preciso, no que tange a revogação da alínea “b”, inciso I, do art. 272 pelo Decreto nº 16.434/2015 não se aplica ao caso em tela, vez que se trata tão somente de aquisição de bens de consumo, e, na realidade houve quase na sua totalidade a aquisição de materiais para o seu ativo permanente, o que garante a autuada gozar dos benefícios amparados pela legislação em vigor.

Chama atenção, afirmando que a recorrente adquiria e utilizava-se de materiais para o seu ativo permanente, e neste quesito encontra-se amparada pelo mesmo art. 272, I, “a”.

Sustenta que demonstrou sim anexando aos autos através de diversas notas fiscais a aquisição destes bens e a sua destinação para além do seu bem de consumo para o seu ATIVO PERMANENTE, conforme abaixo destacado e registrado na defesa administrativa anteriormente. E que, não há qualquer dúvida acerca da legitimidade quanto ao pedido de nulidade do auto.

Rechaça, embora desnecessário, para o fato de que o artigo trazido à baila em discursão foi revogado apenas para o uso de consumo, até 31-12-2015. Todavia, permaneceu vigorando para os bens do ativo permanente, tendo, portanto, alcance imediato à Autuada, e assim, gozando do benefício que o artigo traz para a dispensa da alíquota.

Solicita revisão frente a observância do art. 272, I, “a”, que legitima e ampara legalmente a Autuada quanto a aquisição de bens para o seu ativo permanente.

No mérito, cita prerrogativa do STF, através da Sumula nº 473 e traz a discursão a previsão contida no art. 112 do CTN - não havendo dúvida de que deve prevalecer o que disponha de maneira mais branda, além de decisão (Processo nº. CRF 214/98, Acórdão nº 4.396/98 - Decisão unânime de 25-06-1998, Relator: Cons. Roberto Farias de Araújo).

Discorre que a alegação do Auditor Fiscal em tese de acórdão que não houve contestação da parte contrária, inexistindo provas que demonstrem o alegado. Tanto houve que ocorreu o acolhimento parcial, o que levou a redução do débito, e que agora busca a autuada comprovar da mesma forma que merece as suas alegações prosperar a fim de anular todo o Auto. Cabe a autoridade

tributária, para efetuar o lançamento do tributo, considerar as informações prestadas pelo sujeito passivo e por esta razão o impugnante apresentou provas, estas inequívocas que comprovam a veracidade dos fatos alegados a promover a anulação do presente auto.

Roga sobre a verdade material esculpida no art. 147, parágrafo 2º e, rechaça que não houve nenhum cometimento de infração por estar amparada legalmente.

Finaliza requerendo a nulidade total do Auto de Infração ou, que seja dispensada a cobrança do valor de R\$ 91.702,13 acrescido de multa de 60% prevista pelo art. 42, II, “F” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Protesta pelo direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por juntada de documentos, e mais uma vez ratificadas, todas as suas alegações e provas na melhor forma da lei.

É o relatório.

VOTO

A presente autuação foi apresentada Recursos de Ofício e Voluntário visando modificar a Decisão recorrida que julgou pela Procedência Parcial, no qual fora reduzido o lançamento tributário de R\$ 309.112,86 para R\$ 91.702,13, devido a lavratura de imputação por falta de recolhido de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2012, 2014, 2015 e 2016.

No apelo de ofício foi devido a exoneração feita pela decisão recorrida do crédito tributário substancialmente sob o entendimento esposado pelo acolhimento das razões do autuado em sua defesa administrativa de que é cabível a diferença de alíquota apenas para as entradas interestaduais de materiais de uso e consumo, que fora aplicado o art. 272, I “a”, nº 2 do RICMS-BA, sendo mantido no demonstrativo tão-somente as aquisições de materiais de uso e consumo, além de a JJF reconhecer a decadência do exercício (mês março) de 2012. O relator de piso explicou que as entradas oriundas de outros Estados, de materiais de uso e consumo, também não estavam sujeitas ao recolhimento do diferencial de alíquota, quando o destinatário era empresa de pequeno porte, sendo revogada pelo Decreto nº 16.434/15, a alínea “b” do referido art. 272 do RICMS/BA. Também tem Parecer DITRI nº 03618/2016, revelando as normas estabelecidas à época, assim, ficaram na autuação tão somente as mercadorias de aquisições de materiais de uso e consumo efetivadas a partir em janeiro de 2016, cobrança da diferença de alíquota, conforme fls. 71/79 dos autos.

Assim, devido observação da disposição ora citada, acompanho a decisão piso em relação a exoneração e sou pelo Não Provimento do Recurso de Ofício interposto pela JJF.

Na análise dos fatos recursais, remonta o seguinte:

- Alega nulidade face a falta de veracidade da informação apresentada no Auto lavrado o que ensejou o enquadramento da penalidade de forma totalmente equivocada.
- Explica que por ser EPP fica dispensada de efetuar o recolhimento da diferença da alíquota nas aquisições de bens e mercadorias destinados ao ativo permanente ou ao uso e consumo do seu estabelecimento, conforme o art. 272 e, que a recorrente adquiria e utilizava-se de materiais para o seu ativo permanente, e neste quesito encontra-se amparada pelo mesmo art. 272, I, “a”;
- No mérito, pede pela aplicação da Súmula nº 473 e o art. 112 do CTN, pois reporta que houve recolhimento parcial, o que levou a redução do débito, sendo que cabe a autoridade tributária efetuar o lançamento do tributo, considerar as informações prestadas pelo sujeito passivo e por esta razão o impugnante apresentou provas, estas inequívocas que comprovam a veracidade dos fatos alegados a promover a anulação, pois roga sobre a verdade material esculpida no art. 147, parágrafo 2º.

Quanto à primeira alegação de a aplicação da multa ensejada na autuação ser equivocada, onde

suscitada a nulidade. Vamos ver a disposição da leitura do art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 em percentual de 60%, que versa:

Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo;

Verifico que autuação foi por falta de recolhimento do imposto entre a diferenças de alíquotas internas e interestaduais de mercadorias de outra unidade da federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, estando em acordo com aplicação disposta acima, portanto, rejeito a nulidade. Portanto, fico impedido de dispensar ou reduzir a multa, até mesmo por não ter competência este colegiado para declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III do RPAF/99.

Ainda, em nulidade, alega ser EPP por ficar dispensada de efetuar o recolhimento da diferença da alíquota nas aquisições de bens e mercadorias destinados ao ativo permanente ou ao uso e consumo do seu estabelecimento, conforme o art. 272, I, “a”. E, para ter clareza do assunto, reproduzo a disposição alegada:

Art. 272. Fica dispensado o lançamento e o pagamento relativo:

I - a diferença de alíquotas:

a) nas aquisições de bens do ativo permanente destinada a:

1. - até 31.12.2024, indústria de laticínios; (Redação dada pelo Decreto Nº 21777 DE 14/12/2022).

2 - microempresas e empresas de pequeno porte;

3 - até 31.12.2019, a empresa concessionária pública com atividade de captação, tratamento, distribuição de água canalizada e saneamento básico (Conv. ICMS 19/2019); (Redação do item dada pelo Decreto Nº 19367 DE 12/12/2019, efeitos a partir de 01/01/2020).

4 - até 31.12.2019. Companhia de Processamento de Dados do Estado da Bahia - PRODEB (Conv. ICMS 19/2019); (Redação do item dada pelo Decreto Nº 19367 DE 12/12/2019, efeitos a partir de 01/01/2020).

5 - Fundação Baiana de Pesquisa Científica e Desenvolvimento Tecnológico, Fornecimento e Distribuição de Medicamentos - BAHIAFARMA; (Redação do item dada pelo Decreto Nº 17815 DE 04/08/2017).

Em primeiro momento, há alguma razão ao contribuinte ao fato da dispensa do lançamento e pagamento do imposto para os produtos de empresas de pequeno porte, conforme dispõe acima. No entanto, em meu entender ativo permanente são bens que fazem parte do patrimônio da empresa e que não são destinados à venda; bens tangíveis, como imóveis, máquinas e equipamentos, e intangíveis, como patentes, marcas e direitos autorais. Ao consultar as notas fiscais constatei vendas de mercadorias de outras empresas para o recorrente, mas são mercadorias que não fazem prova que foram incorporadas no estabelecimento, o contribuinte não apresenta nenhuma prova para este fato. As mercadorias que foram vendidas ao destinatário/recorrente são de: luminárias, lâmpadas, estruturas metálicas, telhas de aço, tintas, perfil metálico, fibras, juntas, chapas, dando a entender através das compras de grandes quantidades dos produtos que não são para permanecer no estabelecimento, pelo menos não tem prova disso.

Verifica-se que se tratam de mercadorias de uso e consumo e que não está dispensado o pagamento do diferencial de alíquota previsto no art. 272, I, “a”, item 2 do RICMS/BA. Rejeito a nulidade suscitada.

No mérito, pede pelo recolhimento dos pagamentos parciais feitos pela empresa recorrente, no entanto, não apresenta provas em relação a este fato, portanto, por não trazer nenhum documento que possa elidir a autuação, assim, rejeito esta alegação.

Sou pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário apresentado, conforme a exclusão feita na instância anterior e muito bem explicada no início deste voto.

Sem mais delongas, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** de ambos os Recursos, conforme o demonstrativo abaixo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Valor Histórico	Valor Julgado
31/03/2012	09/04/2012	555,73	0,00
31/10/2014	09/11/2014	789,00	0,00
30/11/2014	09/12/2014	12.207,42	0,00
31/05/2015	09/06/2015	35.922,12	0,00
30/06/2015	09/07/2015	25.273,47	0,00
28/02/2015	09/03/2015	474,97	0,00
30/04/2015	09/05/2015	357,41	0,00
31/03/2015	09/04/2015	137,00	0,00
31/07/2015	09/08/2015	14.742,85	0,00
31/08/2015	09/09/2015	8.862,69	0,00
30/09/2015	09/10/2015	1.169,88	0,00
31/10/2015	09/11/2015	12.473,00	0,00
30/11/2015	09/12/2015	64.193,02	0,00
31/12/2015	09/01/2016	24.235,16	0,00
31/01/2016	09/02/2016	15.111,21	13.714,11
29/02/2016	09/03/2016	21.822,42	14.132,42
31/03/2016	09/04/2016	22.654,98	19.596,55
30/04/2016	09/05/2016	4.291,86	3.707,00
31/05/2016	09/06/2016	18.454,29	18.454,29
30/06/2016	09/07/2016	7.682,20	7.682,20
31/07/2016	09/08/2016	2.538,85	2.538,85
31/08/2016	09/09/2016	3.725,83	727,40
30/09/2016	09/10/2016	347,71	347,71
31/10/2016	09/11/2016	6.815,89	6.785,97
30/11/2016	09/12/2016	3.867,74	3.609,47
31/12/2016	09/01/2017	406,16	406,16
TOTAL		309.112,86	91.702,13

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232948.0074/17-6**, lavrado contra **MAXI TRANSPORTES, LOGÍSTICA E ARMAZENS GERAIS LTDA. – EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 91.702,13**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS