

**PROCESSO** - A.I. Nº 298743.0006/02-4  
**RECORRENTE** - PLASCALP PRODUTOS CIRÚRGICOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0098-02/03  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 18/07/03

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0381-11/03

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E/OU MATERIAL PARA USO OU CONSUMO. As infrações estão demonstradas e subsistem ante as provas acostadas ao processo, vez que não apresenta a comprovação do efetivo recolhimento, embora apresente cópias dos lançamentos na apuração do ICMS, de parte dos valores exigidos na autuação. Mantida a Decisão recorrida diante da ausência de prova cabal que pudesse elidir parcialmente a imputação. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime quanto à infração 1. Decisão unânime em relação à infração 2.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, em razão do julgamento proferido na 1ª Instância deste CONSEF, através do Acórdão nº 0098-02/03, que considerou Procedente a acusação fiscal descrita no Auto de Infração nº 298743.0006/02-4.

A autuação fiscal descreve 2 infrações como sendo:

- 1) falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades de Federação destinadas ao uso e consumo do estabelecimento no período de janeiro/2000 a dezembro/2001 no montante de R\$60.225,52;
- 2) não recolhimento do ICMS decorrente diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias entre outros Estados, destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento no período de janeiro a novembro de 2001, no total de débito de R\$23.629,72.

A Decisão proferida na 2ª Junta de Julgamento Fiscal considerou Procedente o Auto de Infração sob o fundamento de que a Lei nº 7.014/96 no seu art. 2º, inciso IV, dispõe sobre incidência ao ICMS nas operações interestaduais de mercadorias com esta destinação. Eis na íntegra o voto da Decisão recorrida:

*“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$ 83.855,24, decorrente da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens para o ativo fixo ou para consumo do estabelecimento.*

*Em sua impugnação, o sujeito passivo arguiu, preliminarmente, a falta de previsão legal na Lei Complementar 87/96 para tal exigência e, a conseqüente, inconstitucionalidade das*

*previsões legais do âmbito estadual. Quanto ao mérito, alega recolhimentos não considerados na ação fiscal.*

*Inicialmente, deve-se ressaltar que não se incluem na competência dos órgãos julgadores, da esfera administrativa, a análise da inconstitucionalidade das normas, consoante prevê o art. 167 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.*

*Contudo, deve-se registrar que o inciso IV do art. 2º da Lei nº 7.014/96 prevê que o ICMS incide sobre a entrada de mercadoria ou bem, em decorrência de operação interestadual, quando forem destinados ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Já o § 1º do art. 6º da LC 87/96 prevê que a Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto a responsabilidade pelo pagamento do valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.*

*Quanto ao mérito, o contribuinte alega ter recolhido parte da exigência fiscal, o que por si só demonstra o reconhecimento do débito reclamado, uma vez que pleiteia a dedução do total do débito, porém, não anexa qualquer prova da sua alegação.*

*Da análise do relatório do Sistema de Informações da Administração Tributária (SIDAT), às fls. 649 a 653 dos autos, relativo à arrecadação das receitas estaduais efetivadas pelo contribuinte / autuado, nos referidos exercícios, verifica-se que não consta receita sob o código “0791”, inerente a “ICMS Complementação de Alíquota Uso Consumo e Ativo Fixo”. Assim, resta provado que não houve qualquer recolhimento relativo à esta exigência fiscal.*

*Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE.”*

O autuado ao ser cientificado da Decisão da 1ª Instância, promovida mediante a fl. 661, irrisignado com a Decisão ingressou com o Recurso Voluntário aduzindo as seguintes razões:

- 1) que caberia ao julgador administrativo deixar de aplicar a norma que for considerada inconstitucional e que este mesmo órgão, embora no art. 167 do RPAF/99, diga que não se incluem na competência a apreciação da inconstitucionalidade, mas, que não é este o entendimento da doutrina e jurisprudência;
- 2) transcreve decisões de tribunais e reafirma que cabe ao órgão de 1ª Instância o exame.
- 3) Diz que o art. 167, I do RPAF/99 é inconstitucional ao seu entender, e que o mesmo fere aos princípios da legalidade e do devido processo legal, porque nenhuma norma pode confrontar com o disposto no texto constitucional.
- 4) Diz que ao teor do art. 2º da Lei Complementar, teria direito ao crédito dos bens de uso e consumo, do ativo fixo, por isso não haveria exigência do diferencial de alíquota.
- 5) Cita a doutrina concernente ao uso do crédito na aquisição de bens para uso e consumo para o ativo permanente. E, ainda, o conteúdo do Parecer jurídico exarado pelo Prof. Hugo de Brito Machado onde o mesmo conclui que os Estados membros não podem exigir o diferencial da alíquota.
- 6) Assevera que recolheu parcialmente o diferencial da alíquota, embora considere o mesmo indevido, e diz que não obstante o relator da Decisão recorrida tenha alegado que em pesquisa no SIDAT, não constatou receita no código relativo à complementação de alíquota,

mas que demonstrará que efetua, embora em um único DAE, porque não possui guias de recolhimento de diferencial de alíquota em separado, alegando que ocorreu via apuração.

- 7) Anexa ao Recurso Voluntário documentos que considera como prova de que houve recolhimento, e diz que referente ao item 1, já foi recolhido o montante de R\$45.542,89 e que relativo à infração 2, não foram considerados os recolhimentos no valor de R\$6.937,37, onde pede que seja reduzido da autuação o valor já recolhido como demonstra com planilhas e documentos que anexa.

Conclui requerendo reforma da Decisão recorrida para que seja julgado Improcedente, alegando inexistência de irregularidade fiscal, para respaldar a acusação e a declaração da inexistência da relação obrigacional tributária, ou que sejam reduzidos da autuação os valores indicados na planilha em anexo, com a dedução dos valores já recolhidos.

A PGE/PROFIS exarou o Parecer à fl. 728 dos autos, onde discorrem em síntese os argumentos aduzidos no Recurso Voluntário e conclui que as alegações são as mesmas apresentadas na defesa e já enfrentadas corretamente pela Junta de Julgamento Fiscal. Diz que o CONSEF não pode se manifestar sobre inconstitucionalidade da legislação vigente até que o STF, se for o caso, a retire do ordenamento jurídico. Afirma que a legislação prevê a cobrança do diferencial de alíquota e quanto a alegação do recorrente de que recolheu parte do valor devido, entende que as provas não estão nos autos, pois apenas juntou provas de que lançou na sua contabilidade, mas não traz a prova do efetivo recolhimento, e opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Analisando as peças constantes do presente processo, verifico que o recorrente, apresenta as razões do Recurso Voluntário fazendo as mesmas alegações que foram objeto da impugnação e já enfrentadas na Decisão recorrida, e se mostra irredutível com o fato de a Junta de Julgamento Fiscal não ter apreciado a inconstitucionalidade argüida pelo sujeito passivo, como determina o art. 167 do RPAF/99. Como bem acentuou a representante da PGE/PROFIS, somente quando o STF for provocado a se manifestar, se for o caso, pois é órgão que tem competência constitucional para se pronunciar sobre inconstitucionalidade da legislação vigente, e neste sentido, reitero os termos do Parecer, pois não pode, sob o manto da argüição de inconstitucionalidade de uma lei, o julgador deixar de aplicá-la. Ademais, o preposto fiscal não poderia deixar de constituir o crédito tributário até mesmo para evitar a decadência do direito do Estado constituir o mesmo.

De outro modo o sujeito passivo não logra desconstituir o crédito tributário, não obstante traga na peça recursal ensinamentos de preclaros doutrinadores quanto à matéria tributária em questão, porquanto há de prevalecer a regra inserta no art. 5º, inciso I do RICMS/96.

Constata-se que o contribuinte desde a peça de impugnação se reporta a planilhas e documentos onde diz que provará que o imposto já teria sido recolhido, e não apresenta as referidas planilhas nem a prova cabal do pagamento do imposto.

Observo que a juntada de cópias do livro RAICMS pelo recorrente, demonstra que parcialmente foi levado o valor da diferença de alíquota a débito na apuração do imposto estadual, ocorre que não traz comprovação do efetivo pagamento.

Cotejando os valores constantes dos documentos de fls. 679 a 724, verifico que alguns guardam pertinência com os constantes dos demonstrativos elaborados pelo autuante, às fls. 10 a 26 dos autos, porém não estão acompanhadas da prova do pagamento.

Quanto a alegação do recorrente de que não cabe a exigência do débito relativo à diferença de alíquota, citando o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96, o art. 33, inciso I, da mesma lei determina quando o direito ao crédito, da aquisição de bens de uso e consumo poderá ser utilizado o respectivo crédito e no parágrafo 5º do art. 20, com a redação da Lei Complementar nº 102/00 dispõe como será feita a apropriação dos créditos, que será à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos por mês). E o contribuinte ora recorrente tenta ignorar a legislação posta que tem natureza de lei complementar e insiste em argüir a inconstitucionalidade da legislação baiana.

Deste modo, diante da não comprovação do pagamento do valor da autuação conforme os documentos que acostou aos autos, acolho o opinativo da Douta PGE/PROFIS exarado à fl. 728, para negar provimento ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

Ressalvo que o sujeito passivo fazendo a efetiva prova do pagamento do imposto concernente ao diferencial de alíquota como consta nos valores lançados no livro de apuração do ICMS e no Registro de Entradas, cujas cópias foram carreadas aos autos, às fls. 679 a 724, apresentando planilha que alega existir, poderá representar a PGE/PROFIS, para no controle de legalidade acolher as provas irrefutáveis da existência do pagamento dos valores, ainda que sob o mesmo código das operações normais da empresa, e ver a sua pretensão de redução do valor exigido ser atendido. Mas, com as provas existentes nos autos considero insuficientes para a reforma da Decisão recorrida, pois não há prova cabal do pagamento dos valores ali consignados.

Neste sentido NÃO DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade quanto à infração 2 e, em decisão não unânime em relação à infração 1, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298743.0006/02-4, lavrado contra **PLASCALP PRODUTOS CIRÚRGICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$83.855,24**, sendo R\$16.884,40, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$ 66.970,84, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei n.º 7.014/96, e demais acréscimos legais.

VOTO VENCIDO QUANTO AO ITEM 1: Conselheiro Max Rodrigues Muniz.

VOTO VENCEDOR QUANTO AO ITEM 2: Conselheiros (as): Antonio Ferreira de Freitas, Nelson Teixeira Brandão, Verbena Matos Araújo, Ivone de Oliveira Martins e Ciro Roberto Seifert.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS