

PROCESSO - A. I. Nº 233037.0101/03-2
RECORRENTE - MARQUES TRANSPORTADORA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0037-04/04
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 06.05.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJJF Nº 0068-12/04

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento do imposto nas aquisições interestaduais de mercadorias, destinadas ao Ativo Imobilizado do próprio estabelecimento, no valor correspondente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto pelo autuado MARQUES TRANSPORTADORA LTDA., tendo em vista a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF que declarou Procedente o Auto de Infração Nº 233037.0101/03-2, lavrado em 31/10/2003, para exigir ICMS no valor de R\$16.500,00, além do pagamento das multas no valor total de R\$1.100,00, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$16.200,00, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação e destinada ao ativo fixo do próprio estabelecimento;
2. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA, tendo sido aplicada a multa de R\$120,00;
3. Deixou de recolher o imposto no valor de R\$300,00 nos prazos regulamentares, referente a prestação de serviço de transporte, devidamente escriturado nos livros fiscais próprios;
4. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA, pelo que foi aplicada a multa no valor de R\$980,00;

O autuado impugnara o lançamento de ofício, fls. 56 a 74 dos autos, aduzindo que não teria intenção de furta-se ao pagamento do imposto reclamado. Mas, em relação à infração 1, argumentara ser indevida a cobrança, por falta de amparo fático, e por inexistência de amparo legal, asseverando que a autuação estaria irremediavelmente eivada de nulidade, que deveria ser reconhecida de plano, citando legislação e jurisprudência, posto que o autuante pretendia cobrar da empresa a diferença de alíquota sobre a compra de veículo em outro Estado da Federação sem, no entanto, consignar no Auto de Infração elemento indispensável não só ao pleno exercício do direito de defesa, como também à correta delimitação da alegada infração e sua correspondente repercussão econômica, tendo em vista que não fora consignada a base legal, impossibilitando a empresa à verificação de sua legalidade, já que não constara da autuação a indicação precisa do dispositivo legal que dispõe sobre

a alíquota pretendida pelo Fisco, razão pela qual pretendia ver declarada sua nulidade, com o seu imediato arquivamento.

No mérito, o autuado alegara a impossibilidade de cobrança do ICMS pelo Estado da Bahia, sustentando que, sendo o ICMS um tributo de natureza comercial, há incidência sobre operações mercantis e não sobre o consumo, oportunidade em que transcreveu às fls. 62 e 63 Ementa de julgado sobre o assunto, pelo que requer a improcedência do Auto de Infração.

Às fls. 63 a 68, o autuado discorrera, também, sobre a impossibilidade de exação com base no art. 155, VII e VIII, 146 e 155 da Constituição Federal, bem como entendimento de doutrinador Hugo de Brito Machado, acerca da cobrança pelo Estado de destino da diferença de alíquota.

Ainda em sua defesa inicial, o autuado alegara a ilegalidade da alíquota aplicada, com base nos art^{os} 69, 339 e 51, todos do RICMS/97, entendendo haver dupla ilegalidade perpetrada pela Fazenda Estadual, na medida em que além de exigir o ICMS extrapolando os limites definidos em lei complementar, ainda o fizera em flagrante ofensa ao seu próprio regulamento, ao aplicar a alíquota de 10%, quando entendera que a alíquota correta seria de 5%.

À multa proposta pelo autuante, atribuiu o caráter de confiscatória, por ofensa a dispositivo da Constituição Federal que veda a cobrança de tributo com efeito de confisco, transcrevendo ementas de julgados sobre o assunto, requerendo a adequação da multa aplicada aos ditames constitucionais, sob pena de nulidade da exação, na hipótese de prosperar o Auto de Infração, que considerara remota, bem como que fosse declarado o direito da empresa ao crédito do ICMS correspondente ao que for pago ao Estado da Bahia a título de diferença de alíquota.

O autuante, em sua a informação fiscal, fl. 81 dos autos, aduzira que o autuado reconheceu sem ressalvas as infrações 2, 3 e 4 e requerera seu pagamento. Quanto à infração 1, em que o autuado discordara de sua cobrança, argumentara o autuante que para fugir da tributação, o autuado omitira o registro da Nota Fiscal nº 102719, datada de 09/11/2001, de sua escrita fiscal, além de não apresentá-la ao Fisco, tendo sido o documento coletado junto a 9ª CIRETRAN. Salientara o autuante, ainda, que o autuado ao final de sua defesa reconheceu a infração, questionando tão-somente se a alíquota complementar seria de 5% ou 10%, pois a partir da Alteração 34, do RICMS, estabelecera-se a alíquota de 12% para caminhões (Decreto nº 8.276/2002), alteração que somente passou a vigorar a partir de 01/04/2002, enquanto a exigência fiscal se reporta ao ano de 2001, o que deixara claro não se aplicar ao presente caso. Ao finalizar, mantivera a exigência fiscal.

Em seu voto pela procedência da autuação, o digno relator no julgamento em 1ª Instância constatou que o autuado em sua defesa acatara a imposição relativa às infrações 2, 3 e 4, fato que entende comprovar o acerto da ação fiscal, pelo que manteve as exigências.

Quanto à infração 1, única que fora objeto de impugnação, o relator afastou a preliminar de nulidade suscitada, segundo a qual o autuante deixara de consignar no Auto de Infração a sua base legal, fato que o teria impossibilitado de verificar a sua legalidade, porque no Auto de Infração foram consignados os dispositivos do RICMS/97 infringidos pelo autuado, ao não recolher o ICMS correspondente à diferença entre a alíquotas interna e a interestadual, incidente na compra para o seu ativo imobilizado de um caminhão, conforme consta da Nota Fiscal nº 102719. Também porque o imposto destacado na origem o fora pelo percentual de 7%, sendo a alíquota aplicada para exigência da complementação do imposto ao Estado da Bahia de 10%, tendo como base de cálculo a importância de R\$ 162.000,00, embora o autuante tivesse indicado no Auto de Infração a alíquota de 17%, tendo como base de cálculo a importância de R\$95.294,11, tendo em vista ser o mesmo emitido

por processo eletrônico, em sistema que não aceita a sua impressão com alíquota diferente, fato que não impedira ao autuado, se assim desejasse, verificar a regularidade do lançamento fiscal, tanto que ao adentrar no mérito da autuação exercitou em sua plenitude o amplo direito de defesa.

No que tange à questão de mérito da autuação, o digno relator observou que bens do ativo permanente são considerados mercadorias e se encontram fora do âmbito de incidência do ICMS, daí porque não acolhia a legação do contribuinte autuado, ressaltando, para melhor entendimento, que a Lei Complementar nº 87/96 determinou aos Estados e Distrito Federal a competência de instituir o ICMS e que, de acordo com o art. 2º, IV, da Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, ocorre o fato gerador do imposto na entrada do estabelecimento de mercadoria adquirida e oriunda de outra unidade da Federação, destinada a consumo ou ativo fixo do próprio estabelecimento, sendo irrelevante para caracterizar o fato gerador a natureza jurídica da operação que resulte em qualquer das hipóteses previstas em lei, o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular (art. 2º, § 1º, I e II da citada lei). Além disso, transcreveu da legislação estadual o conceito de mercadoria, entendendo que assim caía por terra o entendimento do impugnante de que bem do ativo permanente do estabelecimento não é mercadoria, razão pela qual não poderia acolher sua impugnação.

Quanto à pretensão para que seja aplicada a alíquota de 5% para a exigência do imposto, o digno relator a afastou, pois, conforme salientara o autuante em sua informação fiscal, a alíquota de 12% para caminhões, estabelecida pela Alteração nº 34 no RICMS, somente entrou em vigor a partir de 01/04/2002, enquanto a autuação reporta-se a fato gerador do exercício de 2001.

A alegação de que a multa proposta seria confiscatória, não mereceu acolhida do relator da 4ª JF, porque prevista no art. 42, II, “j”, da Lei nº 7014/96, instituidora do ICMS no Estado da Bahia.

Quanto ao requerido que seja declarado pelo CONSEF o seu direito ao crédito do ICMS correspondente ao que for pago pelo contribuinte ao Estado da Bahia a título de diferença de alíquota, o proficiente relator salientou que tal direito já está previsto no RICMS/97, em seu art. 93, V, “a”, devendo ser observadas as restrições regulamentares.

Ante a exposição que fez, votou pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, no que foi acompanhado por seus pares.

Em seu Recurso Voluntário, ora em exame, a empresa autuada, ora recorrente, repete todas as alegações da defesa, sem nada de relevante acrescentar ou retirar. Em vista disso a representante da PGE/PROFIS confirma o julgamento de 1ª Instância e opina pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Mantenho a Decisão de Procedência da autuação, em conformidade com o entendimento do digno relator no julgamento em 1ª Instância em relação à infração 1, única que fora objeto de impugnação, afastando a preliminar de nulidade suscitada, segundo a qual o autuante deixara de consignar no Auto de Infração a sua base legal, porque o fato não impossibilitara o autuado de verificar a legalidade da acusação, já que no Auto de Infração foram consignados os dispositivos do RICMS/97 infringidos pelo autuado, ao não recolher o ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas interna e a interestadual, incidente na compra de um caminhão para o seu ativo imobilizado

Também porque embora o autuante tivesse indicado no Auto de Infração a alíquota de 17%, tendo como base de cálculo a importância de R\$ 95.294,11, tendo em vista ser o mesmo emitido por processo eletrônico, em sistema que não aceita a sua impressão com alíquota diferente, esse fato que não

impediu ao autuado, verificar a regularidade do lançamento fiscal, tanto que ao adentrar no mérito da autuação exercitou em sua plenitude o amplo direito de defesa.

No que tange à questão de mérito da autuação, como indicou o digno relator na 1ª Instância, os bens do ativo permanente são considerados mercadorias e não se encontram fora do âmbito de incidência do ICMS, porque a Lei Complementar nº 87/96 determinou aos Estados e Distrito Federal a competência de instituir o ICMS e que, o art. 2º, IV, da Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, estabelece que ocorre o fato gerador do imposto na entrada do estabelecimento de mercadoria adquirida e oriunda de outra unidade da Federação, destinada a consumo ou ativo fixo do próprio estabelecimento, sendo irrelevante para caracterizar o fato gerador a natureza jurídica da operação que resulte em qualquer das hipóteses previstas em lei, o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular (art. 2º, § 1º, I e II da citada lei).

Quanto à pretensão para que seja aplicada a alíquota de 5% para a exigência da diferença do imposto, a afasto, pois, conforme salientou o autuante em sua informação fiscal, a modificação da alíquota para 12% para caminhões, estabelecida pela Alteração nº 34 no RICMS, somente entrou em vigor a partir de 01/04/2002, enquanto a autuação reporta-se a fato gerador do exercício de 2001.

A alegação de que a multa proposta seria confiscatória, não merece acolhida, porque está prevista no art. 42, II, “j”, da Lei nº 7014/96, lei instituidora do ICMS no Estado da Bahia.

Quanto ao requerimento para que seja declarado pelo CONSEF o seu direito ao crédito do ICMS correspondente ao que for pago pelo contribuinte ao Estado da Bahia a título de diferença de alíquota, não há porque expedir ato administrativo para garantir o que a legislação já assegura, visto que tal direito já está previsto no RICMS/97, em seu art. 93, V, “a”, devendo ser observadas as restrições regulamentares.

Ante a exposição que fez, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, e mantenho a PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

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 que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233037.0101/03-2**, lavrado contra **MARQUES TRANSPORTADORA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$16.500,00**, acrescido das multas de 50% sobre R\$300,00 e de 60% sobre R\$16.200,00, previstas no art. 42, I, “a” e II, “f”, respectivamente, da Lei nº 7014/96, e demais acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$1.100,00**, previstas no inciso XVIII, “c”, do mesmo artigo e diploma legal acima citados, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS

