

A. I. Nº - 206987.0235/06-9
AUTUADO - MARQUES TRANSPORTADORA LTDA.
AUTUANTE - BOAVENTURA MASCARENHAS LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 20.12.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0404-01/06

EMENTA. ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares suscitadas e indeferido o pedido de redução da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/09/2006 exige ICMS, no valor de R\$10.020,00, por ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de janeiro de 2005.

O autuado, às fls. 10/26, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa alegando nulidade do Auto de Infração, transcrevendo o art. 18, incisos II e IV, alíneas “a” e “b”, Parágrafos 1º a 3º, art. 19, e art. 39, incisos III, IV, “c”, V, “a” a “c” e VI, todos do RPAF/99, sob o fundamento de que o autuante deixou de consignar na ação fiscal elemento indispensável não só ao pleno exercício do direito de defesa como também a correta delimitação da alegada infração e sua correspondente repercussão econômica, isso porque pretende cobrar diferença de alíquota referente compras de veículos em outro Estado da Federação, deixando de apontar a sua base legal, impossibilitando a verificação de sua legalidade, ou seja, não houve indicação precisa do dispositivo legal que dispõe sobre a alíquota pretendida pelo fisco.

Ao tratar da impossibilidade de cobrança de ICMS pelo Estado da Bahia, o autuado asseverou que ao contrário do pretendido pelo autuante, impõe-se a improcedência da ação fiscal por falta de amparo fático-legal. Disse ser de suma importância o conceito de mercadoria e bem, uma vez que nos termos da dicção constitucional, somente a circulação daquela será sujeita a tributação pelo imposto em questão e que mercadoria é um produto objeto de comercialização, de atividade mercantil. Citou lições dos tributaristas: Eduardo Marcial Ferreira Jardim e José Eduardo Soares de Melo, no tocante ao conceito do que seja “mercadorias”, para afirmar que sendo o ICMS um tributo de natureza comercial, há incidência sobre operações mercantis, e não, sobre o consumo dos produtos. Transcreveu o Acórdão Resp 34137/MG, RESP 1993/0010299-0, tendo como relator, Min. Milton Luiz Pereira.

Citou o art. 155, incisos VII e VIII, da CF/88, alegando que a constituição estabelece a possibilidade de cobrança de diferenças de alíquota quando se tratar de operações interestaduais destinando mercadorias ou serviços a consumidor final, desde que este seja contribuinte do ICMS e, o art. 34, do ADCT autorizou aos Estados a instituir o ICMS através de convênio até que sobreviesse Lei Complementar. No entanto, com a vigência da Lei Complementar 87/96, o convênio 66/88 foi revogado, perdendo completamente a sua eficácia, diante dos termos do art. 146, III, “a” e 155, XII, “f”, da CF/88, que transcreveu.

E, com a sistemática do crédito financeiro, a partir da vigência da Lei Complementar 87/96, tornou-se inócua e desprovida de utilidade jurídica a instituição do diferencial de alíquota do

ICMS, haja vista que o crédito decorrente da entrada de bens destinados ao ativo fixo e ao consumo seriam aproveitados pelo adquirente dos bens.

Argumentou ser esdrúxula a situação a que está submetido o contribuinte, na medida em que luta contra ilegalidade perpetrada por quem as deveria combater, ou seja, não pode o Estado assegurado da legalidade, agir contra seu estatuto fundamental. Assim, entendeu demonstrada a inconstitucionalidade praticada pelo fisco estadual ao pretender cobrar diferenciais de alíquotas de ICMS.

Protestou ainda, entendendo ser ilegal a alíquota aplicada. Afirmou que o RICMS/BA, ainda que usurpando matéria de competência de Lei Complementar, dispõe cobrança do diferencial de alíquota, transcrevendo o art. 69, I, “a” e “b”, II e art. 339, I, “a” a “d”, II, do citado regulamento.

Disse que o art. 51, III, do RICMS/BA, por sua vez, é claro ao definir a alíquota interna aplicável aos bens adquiridos pelo contribuinte autuado e que a dupla ilegalidade perpetrada pela Fazenda do Estado da Bahia, uma vez que além de querer cobrar imposto extrapolando os limites definidos em Lei Complementar, ainda o faz em flagrante ofensa ao seu próprio regulamento, na medida em que aplica a diferença de alíquota no importe de 10% quando deveria ser de 5%, equivalente a diferença entre a alíquota aplicada pelo Estado de origem dos bens (7%) e a alíquota interna do Estado da Bahia (12%).

Alegou que na hipótese de se entender lícito a cobrança de diferença de alíquota, em face de nosso atual regime constitucional, afrontando o princípio da legalidade, requer que seja respeitado o RICMS, a fim de aplicar ao caso em tela a alíquota adequada, ou seja, de 12%, reduzindo a diferença para 5%.

Asseverou que o fisco aplicou pena estabelecida no inconstitucional art. 42, II, “F”, da lei 7.014/96, ao estabelecer multa equivalente a 60%, o Estado desconsiderou por completo o texto da Carta Magna. Requereu que a multa fosse adequada aos ditames constitucionais, sob pena de nulidade da exação.

Alegou, ainda, que na remota e absurda hipótese de entenderem pela procedência ainda que parcial, requereu que seja declarado o direito do contribuinte ao crédito de ICMS correspondente ao que for pago ao Estado da Bahia, a título de diferença de alíquota.

Concluiu requerendo seja decretada a nulidade do Auto de Infração, determinando seu arquivamento e julgando improcedente a autuação, reconhecendo-se a ilegalidade da cobrança da diferença de alíquota, e que seja reconhecida a ilegalidade da alíquota consignada na autuação reduzindo-se para 5%, bem com a inconstitucionalidade da multa aplicada, a fim de trazê-la para o limite legal de 30%.

O autuante, às fls. 30/31, informou ter havido equívoco do autuado, tendo em vista que se trata de aquisição de “SEMI-REBOQUE BI TREM GRANELEIRO” e, que o autuado pleiteia a nulidade do Auto de Infração e alega exaustivamente aspectos estritamente constitucionais, o que é absolutamente impertinente neste foro, tendo em vista que a ação fiscal decorreu do descumprimento pelo contribuinte à legislação estadual pertinente, ou seja, a Lei nº 7.014/96 e ao RICMS/97.

Opinou pela manutenção da autuação.

VOTO

Rejeito a arguição de nulidade, haja vista ter sido anexado aos autos o demonstrativo intitulado “AUDIF 210 - Auditoria das Aquisições de Bens de Uso e Consumo”, constando indicação da data do número do documento, data da entrada, valor da base de cálculo indicada nos documentos fiscais, valor do imposto destacado e o valor correspondente à diferença de alíquota, tendo o sujeito passivo recebido cópia do referido documento, descaracterizando o alegado cerceamento

do direito de ampla defesa, ou seja, não vislumbro nos autos a ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 18, II e IV, “a” e 39, III e 41 do RPAF/99. Além do que, o autuado exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação e demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Ressalto que de acordo com o disposto no art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade. E, inclusive os fatos descritos no Auto de Infração estão dispostos de forma clara estando fundamentado de acordo com as disposições regulamentares. Também deixo de apreciar os questionamentos quanto à aplicação da multa por entender que a mesma está revestida de legalidade, haja vista estar prevista na legislação infraconstitucional, ou seja, obedecendo às normas estabelecidas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Saliento que a Lei nº 7.014/96, no seu art. 4º define o momento da ocorrência do fato gerador do imposto, no caso de diferença de alíquota, a citada ocorrência está prevista no inciso XV do referido artigo da lei. E, o fato gerador e a base de cálculo estão disciplinados na mesma lei, no § 6º do art. 17, XI, tudo conforme abaixo transcrito:

Art. 4º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto.

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

XI - nas hipóteses do inciso XV do art. 4º, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem;

§ 6º Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto.

No tocante a alegação de que a alíquota interna para os bens adquiridos seja de 12%, observo que o art. 16, III, “a” a “c”, da Lei nº 7.014/96, dá tratamento diferenciado, considerando a alíquota interna de 12% nas situações em que haja operações com caminhões-tratores comuns, caminhões, ônibus, ônibus-leitos e chassis com motores para caminhões e para veículos da posição 8702, para ônibus e para microônibus compreendidos nas seguintes posições 8701 – 8702 – 8703 – 8704 – 8706 -, bem como considera, também, as operações com os veículos novos (automóveis de passageiros, jipes, ambulâncias, camionetas, furgões, "pick-ups" e outros veículos) compreendidos nas posições: 8702.10.00, 8702.90.90, 8703.21.00, 8703.22.10, 8703.22.90, 8703.23.10, 8703.23.90, 8703.24.10, 8703.24.90, 8703.32.10, 8703.32.90, 8703.33.10, 8703.33.90, 8704.21.10, 8704.21.20, 8704.21.30, 8704.21.90, 8704.31.10, 8704.31.20, 8704.31.30, 8704.31.90 e. nas operações com veículos novos motorizados classificados na posição 8711.

Assim, o bem adquirido, “SEMI REBOQUE BI TREM GRANELEIRO” não alcança a presente situação, já que não se encontra arrolado dentre as indicadas nas disposições legais apontadas, inclusive, para reforçar tal entendimento trata-se de mercadoria com classificação fiscal identificada pelo código nº 87163900, ou seja, inexistente previsão regulamentar para aplicação da pretendida alíquota diferenciada de 12% para o bem adquirido e objeto da lide.

No Auto de Infração, dentre os dispositivos indicados como infringidos consta o art. 69 do

RICMS/97, não caracterizando a alegada carência no lançamento de citação ao dispositivo correspondente à alíquota aplicada. De igual modo, o fato do autuante consignar no Auto de Infração a alíquota de 17%, não descaracteriza o crédito tributário, uma vez que o débito foi apurado corretamente, como se constata do demonstrativo juntado ao PAF, o qual o autuado recebeu cópia, tendo sido embasado nas disposições regulamentares. Assim, a indicação no corpo do Auto de Infração da alíquota de 17% não implicou em prejuízo para o sujeito passivo, haja vista que o valor do imposto destacado como devido é o corretamente calculado e demonstrado nas peças que fazem parte integrante do Processo Administrativo Fiscal. Ou seja, o cálculo do tributo foi efetuado com base na disposição legal abaixo transcrita:

Art. 69. A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem".

Ressalto, ainda, o que determina o art. 19 do RPAF/99, que estabelece:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Em relação a redução da multa aplicada, para o percentual de 30%, esclareço que em se tratando de multa por descumprimento de obrigação principal, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF a análise do pleito, ao apelo da equidade.

Verifico, das peças processuais, que o impugnante afirmou ser a cobrança ilegal, trazendo aos autos questões referentes a uma pretensa falta de previsão na lei da infração que lhe é imputada. Neste sentido, observo que a Lei Complementar nº 87/96 determinou aos Estados e Distrito Federal a competência de instituir o ICMS. E, de acordo com o art. 2º, inciso IV, da Lei 7.014/96, ocorre o fato gerador do imposto na entrada do estabelecimento de mercadoria adquirida e oriunda de outra unidade da Federação, destinada ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento.

Quanto à utilização do crédito fiscal relativo à aquisição dos bens (imposto anteriormente cobrado mais a diferença de alíquota), observo que o contribuinte faz jus ao crédito pretendido, nos termos do art. 93, § 17, do RICMS/97.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206987.0235/06-9**, lavrado contra **MARQUES TRANSPORTADORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.020,00**, 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, 14 de dezembro de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR