

A. I. N° - 278936.0205/06-0
AUTUADO - AGROPARANÁ S/A
AUTUANTE - LUCIANO DE SOUZA VELOSO
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 09. 05. 2007

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0115-04/07

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ICMS NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. A legislação somente admite a utilização de crédito do ICMS corretamente destacado em documento fiscal. Fato não impugnado. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO b) MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento e ao ativo imobilizado, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/2006, exige ICMS no valor de R\$ 93.801,57, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 11.583,13, referente a imposto não destacado em documento fiscal. O contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal não destacado no documento fiscal, referente ao imposto retido na fonte. Para obter o valor do crédito, o contribuinte não levou em consideração a redução da base de cálculo, prevista no artigo 87, inciso XIX do RICMS vigente.
2. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 81.523,27, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.
3. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 695,17, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento.

O autuado apresentou defesa, folhas 39 a 50, alegando que as infrações 02 e 03 são improcedentes, pois divorciada da lei, jurisprudência e melhor doutrina. Argumenta que a natureza do ICMS é comercial e as operações objeto da autuação não são objeto de revenda, transcrevendo artigo caput do artigo 155 e o inciso II da constituição Federal, doutrina. Prosseguindo, tece comentários sobre a distinção entre mercadorias x bem; atividade-meio x atividade-fim.

Reitera que a cobrança do diferencial de alíquota é inconstitucional, transcrevendo § 2º, os incisos VII e VIII do artigo 155 da Constituição Federal.

Afirma que não é contribuinte do ICMS, por está razão não é contribuinte do imposto.

Assevera que a Lei Complementar nº 87/96 é omissa em relação a matéria.

Volta a tecer comentário sobre a inconstitucionalidade da cobrança.

Aduz que, com o advento da Lei Complementar nº 102/2000, que deferiu em 48 meses o aproveitamento dos créditos decorrente da aquisição de bens destinados ao ativo fixo, o diferencial de alíquota, se validamente criado, estaria transformado em verdadeiro empréstimo compulsório estadual, pago pelo contribuinte para dele se creditar em 48 meses, o que a Constituição Federal não admite, transcrevendo jurisprudência sobre construção civil.

Sustenta que, nos casos em que as empresas adquirem bens, e não mercadorias, destinado-os aos seus ativos fixos, e/ou utilizando-os como insumos, as diferenças de alíquotas são inexigíveis, sendo, assim, improcedentes as infrações 02 e 03.

Ao finalizar, requer a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, folha 59, o autuante diz que o contribuinte não contesta a infração 01. Quanto as infrações 02 e 03, a defesa apenas questiona a legitimidade da cobrança, alegando que a mesma esta divorciada da lei, jurisprudência e melhor doutrina.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de 03 (três) infrações. Na infração 1 é imputado ao autuado a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal. As infrações 2 e 3 imputam ao autuado a realização de aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao ativo imobilizado (infração 2) e ao consumo do próprio estabelecimento (infração 3), sem o recolhimento do ICMS referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

O pedido de nulidade não pode ser acatado, pois, não fundamentado. A defesa apenas requereu a nulidade na conclusão da peça defensiva, sem apresentar qualquer argumento.

Observei que a defesa não impugnou a infração 01. Interpreto este silencio como reconhecimento tácito da infração, razão pela qual, entendo que deve ser mantida na autuação.

Em relação às infrações 2 e 3, quanto aos argumentos da inconstitucionalidade, a questão já foi afastada, em conformidade art. 167, I, do RPAF/99.

O argumento defensivo de que não é contribuinte do ICMS, não pode ser acolhido, uma vez que, conforme consta na folha 01 dos autos, Auto de Infração, no campo “Dados do Contribuinte”, consta que o autuado é contribuinte inscrito na condição de “NORMAL”.

Ressalto que o autuado, inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) na condição de contribuinte “normal”, não se encontra enquadrado em nenhuma das situações previstas no art. 7º do RICMS-BA/97, onde estão relacionadas as hipóteses em que não é devido o pagamento da diferença de alíquotas. Além disso, o autuado se utilizou da condição em que se encontrava inscrito para adquirir os bens e mercadorias, tendo os fornecedores destacado o ICMS à alíquota de 7%, prevista para operações interestaduais entre contribuintes.

Há um equívoco da defesa ao entender que somente seria devida a cobrança da diferença de alíquota se as aquisições fossem para revenda, tivesse fins comerciais, pois a diferença de alíquota incide justamente na entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento, conforme prever o inciso I, do artigo 5º do RICMS/97, *in verbis*:

“Da Ocorrência do Fato Gerador para Fins de Pagamento da Diferença de Alíquotas

Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do

ICMS no momento:

I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;”

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278936.0205/06-0**, lavrado contra **AGROPARANÁ S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 93.801,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e VII “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/ RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR