

A. I. N º - 232943.0009/09-5  
AUTUADO - BAHIA CACAU INDÚSTRIA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.  
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO  
ORIGEM - INVAZ ITABUNA  
INTERNET - 19.03.2010

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0036-02/10

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. FALTA DE PAGAMENTO.. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao uso e consumo ou ao ativo imobilizado do estabelecimento. Restou demonstrado que cabe redução de base de cálculo dos bens constantes das notas fiscais. Refeitos os cálculos do crédito tributário e reduzido o total lançado. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/08/2009, lança crédito tributário no valor de R\$87.827,00, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento, no mês de setembro de 2008.

O autuado, por seu patrono, apresenta defesa, às fls. 54 a 67, suscita preliminar de nulidade, com base no art.18, incisos I, II e IV, alínea “a” do RPAF/99, transcreve lições dos doutrinadores Ruy Barbosa Nogueira, Celso Antônio Bandeira de Mello, Aurélio Seixas, Gilberto de Ulhôa Canto e Luís Eduardo Schoueri, que tratam sobre auto de infração, atividade administrativa, legalidade do lançamento tributário e do princípio da verdade material.

Aduz que O autuante, inovou em relação à legislação que regula a matéria, porque foge à sua competência funcional, pagamento líquido apurado isoladamente, de suposto débito oriundo de "diferença de alíquotas", na data de vencimento do ICMS normal, quando, no seu entendimento pelo regime a que está submetido, o eventual saldo credor ou devedor do ICMS apurado mensalmente, regime normal de apuração mensal, deve obedecer, os artigos 72, inciso, II; 77, incisos I e II; 93, § 11 e 12; 111, incisos I a III inciso “a”; 114; 115, inciso I; 116, inciso III e seguintes e § 1º incisos I a III; 124, inciso I, alínea “a”; 131 e 132 todos do RICMS/97, que transcreve todos eles.

Diz que, o Autuante, desconsiderou as normas relativas à não cumulatividade do imposto, apropriação de créditos, redução de base de cálculo aplicável às operações com máquinas e equipamentos destinados ao ativo permanente, regime normal de apuração do ICMS mensal, prazo de recolhimento, espécie das mercadorias em questão (máquinas e equipamentos destinados à produção de chocolate e derivados), e destinadas ao Ativo Permanente do autuado.

Argumenta que não ficou comprovada em todo teor do processo, a situação prática, ensejadora da exigência de tributo no valor preconizado pelo autuante, estando ausentes, demonstrativos da correta base de cálculo sujeita a redução, qual alíquota aplicada, conforme disposições do Art. 77, do RICMS/97 vigentes à época e, apuração normal do saldo credor/devedor de ICMS no mês de referencia, entende que houve o cerceamento ao amplo direito de defesa afirmando que inexistem no Auto e seus anexos, elementos para se determinar infração imputada.

Diz que há ausência de demonstrativo e critérios para determinação da base de calculo, da alíquota aplicada e valor do saldo final do imposto apurado no mês de referencia e que o CONSEF tem decretado nulidade de autos quando da inobservância dos procedimentos vinculados.

Requer preliminarmente a nulidade do Auto de Infração.

No mérito assevera que é descabida a exigência isolada e direta do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, para recolhimento independente, na aquisição de bem destinado ao ativo permanente, oriundo de outras unidades da Federação, com aplicação pura e simples da alíquota interna de 17%, em operações de aquisição de máquinas e equipamentos, mormente, quando, tais aquisições são beneficiadas com redução da base de calculo, conforme disposições do Art. 77, do RICMS/97 e Convênios ICMS 52/91, 01/00 e alterações posteriores, voltadas à prorrogação de prazos de vigência.

Salienta que no âmbito da SEFAZ, encontrou orientações discordantes, quanto ao procedimento a ser adotado em relação a diferenças de alíquotas, nas aquisições de máquinas e equipamentos beneficiadas com redução da base de calculo nas operações internas. Transcreve pareceres nº 01970/2009 de 04/02/2009, que fala de diferencial de alíquota e resposta à consulta nº15341/2007 data: 07/12/2007, fundada em trechos do Convênio 52/91.

Descreve diversas fórmulas de cálculos no seu entendimento para apurar o imposto considerando a redução da base de cálculo.

Anexa cópias dos registros lançados nos Livros REM e RAICMS, referentes ao mês de setembro/2.008, diz que os dados e informações contidas no processo, carecem de elementos para se identificar com precisão, a infração, a base de calculo, a alíquota aplicável e o infrator.

Defende que carecem de fundamentação legal, os critérios adotados pelo autuante, por ausência de informações indispensáveis sobre a espécie de equipamentos adquiridos para integrar seu ativo permanente, no que tange à carga tributaria aplicável na aquisição e, nas operações internas.

Finaliza pedindo que no mérito o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal às fls. 75 e 76, discorre sobre as razões defensivas, aduz que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Salienta que para efeito de pagamento do diferencial de alíquotas ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação e destinados ao ativo permanente do próprio estabelecimento, cita o art. 5º, I do RICMS/97. Entende que não há que confundir-se com a conta - corrente fiscal da empresa, porque tem tratamento próprio de creditamento. Diz que a empresa encontrava-se em fase pré-operacional e não possuía ainda movimento nem de crédito, tampouco de débito.

Aduz que as regras de redução de base de cálculo para máquinas e equipamentos que comporão o ativo permanente da empresa são claras, salienta que as máquinas e equipamentos têm que estar inseridas de forma integral no código de Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado (NBM/SH) quanto à mercadoria, posição e sub-posição, item e subitem (condição necessária para gozar do benefício da redução da base de cálculo), o que não ocorre com as que foram objeto da autuação. Frisa que o representante do autuado, junta na sua defesa parte do anexo 5 do RICMS que se refere a "Máquina e/ou Equipamento 84.38.20.0201 para moagem ou esmagamento de grãos" (f1.60 do PAF) na tentativa de associá-la a "Prensa Hidráulica" constante da Nota Fiscal nº002637 da Bampe Indústria e Comércio de Metais Ltda.

## VOTO

Inicialmente não acolho as preliminares de nulidades suscitadas pelo contribuinte, tendo em vista que do exame nas peças processuais verifico que o processo administrativo tributário observou os princípios da ampla defesa e do contraditório, da verdade material e da legalidade. Ressalto que o fato gerador está devidamente apontado, enquanto que a infração imputada tem previsão objetiva no RICMS/97, aprovado pelo Dec. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei nº. 7.014/96, que fundamenta esse imposto, o que lhe dá fundamentação legal. O ato foi praticado por agente capaz. Saliento que nos autos contêm elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração e o infrator, tendo em vista que foram baseados nas informações colhidas de notas fiscais fornecidas pelo próprio contribuinte, o montante do crédito tributário está devidamente identificado no Demonstrativo de Débito, do qual recebeu cópia, e considerando que o Auto de Infração descreve a infração e identifica com perfeição quais os dispositivos legais infringidos e aqueles correspondentes à multa aplicada.

No mérito, na autuação em lide é lançado o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento.

A diferença entre a alíquota interna do ICMS do Estado destinatário e a alíquota interestadual aplicável na operação conhecida como “diferencial de alíquota”, será exigida nas aquisições interestaduais de mercadoria destinada a compor o ativo imobilizado ou para serem utilizadas como material de uso ou consumo do contribuinte adquirente (art. 2º, IV, Lei nº 7.014/96), norma regulamentada pelo Decreto 6.284/97 (1º, § 2º, IV do RICMS /BA).

Cabível lembrar que tal exigência encontra seu fundamento de validade na própria Constituição Federal (art. 155, § 2º, incisos VII e VIII).

Assim, o contribuinte deverá pagar essa diferença de alíquotas, quando adquirir em operação interestadual, produtos ou serviços que não sejam objeto de posterior saída. Por isso, incidente nas aquisições de bens do ativo imobilizado ou para uso e consumo. Seu fato gerador, para efeito de pagamento, ocorre no momento da entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento (art. 4º, XV, Lei nº 7.014/96), também regulamentado pelo Decreto 6.284/97 (art. 5º, I, RICMS/BA).

A base de cálculo do imposto foi tratada pela lei de ICMS do Estado da Bahia, em seu artigo 17, inciso XI. Ressalto que de acordo com o disposto no art. 69, parágrafo único, RICMS/BA, no cálculo do ICMS relativo à diferença de alíquota deve ser aplicado sobre o valor da operação, o valor do percentual correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

No caso concreto, verifico que os valores lançados constam das Notas Fiscais nº 002637 e 002638, com a discriminação dos bens destinadas ao Ativo Imobilizado do sujeito passivo, do demonstrativo de débito do Auto de Infração, à fl. 03, a base de cálculo das operações e o respectivo ICMS diferença de alíquota.

Do exposto, concluo que as compras de bens para integrar seu ativo fixo constituem fato gerador do ICMS da diferença de alíquota, conforme dispõe a legislação tributária.

Saliento que em nenhum momento o contribuinte provou nos autos ter efetuado o pagamento do ICMS da diferença de alíquota objeto da autuação.

O contribuinte garante que as mercadorias discriminadas nas Notas Fiscais nº 002637 e 002638, encontram-se arroladas no Anexo 5 do RICMS/97, e que por isso disse que faz jus, à redução da base de cálculo, para fins de apuração do diferencial de alíquota.

Analisando os dados cadastrais do contribuinte verifico que o mesmo tem como atividade preponderante, a “fabricação de produtos derivados do cacau e de chocolates.”

Após examinar as referidas notas fiscais, observo que as mercadorias nelas discriminadas dizem respeito a uma “prensa hidráulica,” um “descascador,” um “tanque para manteiga de cacau” e uma “caldeira”, sendo que neste caso específico, que por suas características e face a atividade do contribuinte, mencionada acima, se configuram com a generalidade descrita no Anexo 05 do RICMS/97.

Sendo assim, deve ser recalculado o total do lançamento tributário, visto que o disposto no inciso II, art. 72, do RICMS/97, determina, para fins de pagamento da diferença de alíquotas, relativo às operações ou prestações com redução da base de cálculo, que nas operações com máquinas, aparelhos, equipamentos e implementos, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 77, o destinatário dos produtos reduzirá a base de cálculo do imposto de tal forma que a carga tributária total corresponda aos percentuais estabelecidos nos referidos dispositivos, para as respectivas operações internas (Conv. ICMS 87/91).

O art. 77 inciso II, alínea “a”, determina que seja reduzida a base de cálculo das operações com máquinas, aparelhos e equipamentos, nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arroladas no anexo 5, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais (Conv. ICMS 52/91), nas operações internas, carga tributária de 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento) (Conv. ICMS 01/00).

Constatou que o valor da operação, relativo às referidas mercadorias (“prensa hidráulica,” “descascador,” “tanque para manteiga de cacau” e “caldeira”), previstas no anexo 05 do RICMS/97) consignadas nas mencionadas notas fiscais totaliza R\$878.270,00.

Diante do exposto, neste caso, à luz do que dispõe a norma, conclui-se que a base de cálculo para efeito de apuração da diferença de alíquota, com a citada redução para alcançar uma carga tributária de 8,80%, é de R\$772.877,60, sendo que sobre essa base já reduzida é aplicado o percentual da diferença de alíquotas entre 7% (alíquota interestadual, do estado de origem ) e 17% (alíquota interna da Bahia) ou seja 10%, que multiplicado por R\$772.877,60, resulta no valor do ICMS devido ao Estado da Bahia, na ordem de R\$77.287,76.

Portanto, fica o Auto de Infração parcialmente subsistente tendo o seu valor reduzido de R\$87.827,00, para R\$77.287,76.

Voto pela PROCÊDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232943.0009/09-5, lavrado contra **BAHIA CACAU INDÚSTRIA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$77.287,76**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de março de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR