

A. I. N° - 110427.0064/09-0  
AUTUADO - GRANITOS E MÁRMORES SÃO SEBASTIÃO LTDA.  
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS  
ORIGEM - INFAZ ITABUNA  
INTERNET 12.05.2010

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF N° 0097-05/10

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. **b)** BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. 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 do estabelecimento ou ao seu ativo imobilizado. Infrações nulas, pois não há segurança quanto ao seu cometimento, pois aplicado método não previsto na legislação do ICMS. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS COM PREÇO ABAIXO DO CUSTO. A base de cálculo do ICMS nas transferências para estabelecimentos situado neste Estado é o preço de aquisição (entrada mais recente) ou o custo da mercadoria. Item nulo em razão do método da apuração estar em desacordo com a legislação tributária. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL EFETUADA POR AUTÔNOMO. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Fato não contestado. 4. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração nula, método de apuração não previsto em roteiro de Auditoria fiscal. Insegurança na determinação da infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/09/2009, exige ICMS, no valor de R\$ 67.641,32 em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 37.000,00 e multa de 60%.
- 2 Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 228,60 e multa de 60%.
- 3 Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 2.371,58 e multa de 60%.
- 4 Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. ICMS no v: 150%.

5 Deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 17.038,33 e multa de 50%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 52 a 54, e ressalta que houve uma equivocada aplicação da lei tributária deste Estado, haja vista que ocorreu desobediência à lei maior, sendo que o processo de interpretação deve obedecer à Constituição Federal, indo até legislação estadual, jamais o inverso.

Diz que houve transferência da matriz para a filial, de uma escavadeira, Nota Fiscal nº 1831, anexa, e de um compressor portátil, nota fiscal 1831, com suporte no art. 47, IX do RICMS/BA, e estava bem esclarecido que se tratava de bens entre estabelecimentos da mesma empresa, o que não se constitui em fato gerador do ICMS. Neste sentido o Ag.RAI 131931 do STF, Relator Ministro Marco Aurélio.

Salienta que também não foi considerado o princípio da preservação da empresa, em que cabe ao Estado evitar medidas constritivas que possam redundar no prejuízo financeiro da atividade empresarial.

Pede a razoabilidade nas penalidades aplicadas, e a aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte, e invoca a proibição do confisco tributário.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 62/63, e mantém o Auto de Infração, em sua inteireza, pois o procedimento fiscal está em consonância com o art. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96.

Acerca da questão enfocada, de se tratar de transferência de bens entre estabelecimentos da mesma empresa, o entendimento da Administração Fazendária é pacífico, no sentido de que é devido o pagamento da diferença de alíquotas, nas aquisições interestaduais de mercadorias ou bens destinados ao uso e consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento, ainda que recebidos em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa.

Salienta que o contribuinte silenciou-se, no que concerne aos demais itens da autuação.

## VOTO

Cabe salientar que este órgão julgador não tem competência para apreciar questões de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, a teor do disposto no art. do RPAF/99. Ademais, as multas aplicadas estão tipificadas na Lei 7.014/96.

A infração 1 refere-se a diferença de alíquota no valor de R\$ 37.000,00, não lançada na coluna Outros Débitos do Livro de Apuração, relativa à aquisição por transferência do estabelecimento matriz da empresa, situado no estado do Rio de Janeiro, de uma escavadeira hidráulica e de um compressor de ar portátil, através das notas fiscais ns. 1831 de 29/06/2004, conforme demonstrativo constante do Anexo V. O autuante salienta que sendo o contribuinte possuidor de crédito fiscal acumulado na data da entrada de referidos equipamentos (agosto/2004), de valor superior ao imposto acima, esta fiscalização optou por reconstituir sua consta Corrente Fiscal (Anexos VI, V-A, VI-B, VI-C, VI – D), incluindo mencionada quantia naquele mês, refletindo o valor no exercício de 2008 (Anexo VI-D), cuja quantia está sendo lançada no mês de dezembro/2008.

Reza o art. 5º do RICMS/97 que para efeitos de pagamento da diferença 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, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento.

No compulsar dos elementos constantes nos autos, e com base na descrição fática da infração, verifico que não há segurança quanto ao cometimento da infração, quando o autuante declara que a empresa possuía saldo credor na data da entrada dos bens (agos' 1 2004) e que optou por reconstituir a escrita fiscal até o mês de dezembro de 2008.

para a Auditoria em foco. Deste modo, entendo que deve ser aplicado o disposto no art. 18, IV, “a” do RPAF/99, Decreto nº 7.629/99, e julgo nula a infração.

A infração 2 do mesmo modo, a fiscalização optou por reconstituir a escrita fiscal e exige ICMS no mês de dezembro de 2008, quando o fato gerador ocorreu em maio de 2004, e a empresa tinha crédito fiscal acumulado naquela ocasião. Também não há segurança quanto ao cometimento da infração e entendo que deve ser anulada, consoante o disposto no art. 18, IV “a” do RPAF/99.

A infração 3 refere-se a transferências de granito em bloco para o estabelecimento matriz da empresa, por valores inferiores ao de custo, no exercício de 2004, conforme demonstrativos dos Anexos I-A e II (fl. 11 e 16 do PAF), no exercício de 2004. Consoante demonstrativos elaborados pelo autuante, percebo que não há segurança quanto à base de cálculo da infração, o que afeta a acusação fiscal, haja vista que a metodologia aplicada não encontra respaldo legal. Deve ser anulada com base no art. 18, IV, “a” do RICMS/97.

A infração 4 é concernente à falta de recolhimento do ICMS sobre serviços autônomos de transporte, nas saídas interestaduais de granito, nos exercícios de 2004, 2006, 2007 e 2008, cujos valores estão em destaque nas respectivas notas fiscais de saídas, conforme demonstrativos constantes dos Anexos III, III-A, III-B, e III-C. Fica mantida, não há impugnação por parte da empresa autuada.

A infração 5 é relativa ao ICMS das operações de saídas normais de mercadorias do estabelecimento, no exercício de 2008, conforme demonstrativo constante no Anexo VI-D. Constatado que o método aplicado para a apuração da irregularidade não encontra respaldo nos roteiros de auditoria. Há insegurança na constituição da base de cálculo, quando foi aplicado método de apuração do imposto não previsto no RICMS vigente. Também deve ser aplicado o art. 18, IV, “a” do RPAF/99, pois não há como afirmar o cometimento da infração nem em que monta. Infração nula.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0064/09-0**, lavrado contra **GRANITOS E MÁRMORES SÃO SEBASTIÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.002,81**, acrescido da multa de 150%, prevista, no art. 42, inciso V, “a”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR