

A. I. Nº - 278906.0082/08-6
AUTUADO - AGOL - AGROPECUÁRIA GRANDE OESTE LTDA.
AUTUANTE - GILMAR SANTANA MENEZES
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 05. 07. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0162-01/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO/CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. O crédito fiscal relativo à aquisição de mercadorias destinadas ao uso/consumo do estabelecimento é indevido. Mantida a glosa dos créditos. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO/CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao uso/consumo do próprio estabelecimento, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/12/2008, exige ICMS no valor de R\$ 116.907,12, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de março a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, janeiro, fevereiro, abril, junho a outubro e dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 54.691,60, acrescido da multa de 60%;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, novembro de 2005, janeiro, março, abril, junho, julho, outubro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 62.215,52, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 124 a 134, sustentando que a infração 01 é improcedente, tendo em vista que todos os créditos registrados na sua escrita fiscal, porém não utilizados, o foram em conformidade com a previsão da Constituição Federal e Regulamento do ICMS.

Afirma que levando em consideração a sua condição de produtor rural, cujas aquisições são todas voltadas à implementação de sua produção agrícola, como insumos, combustíveis, produtos intermediários (pneus, filtros, lubrificantes, etc.) o creditamento foi realizado na forma prevista no art. 93 do RICMS/BA.

Assevera que as operações mercantis que geraram o crédito foram devidamente acobertadas por documentos fiscais regulares e idôneos, os quais foram corretamente lançados na sua escrita fiscal, conforme apresentado.

Acrescenta que, mesmo se admitindo por remota hipótese que os créditos utilizados, não houve qualquer infração que tenha resultado em prej

pois, apesar de lançados na escrita fiscal não foram utilizados, em razão de não pagar ICMS em qualquer operação pela existência de isenção.

Aduz que o mero registro indevido de créditos pode, no máximo, autorizar a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, jamais, a exigência de ICMS em face de sua não utilização. Consigna, contudo, que nem mesmo a multa acessória é aplicável, pois o erro formal não provocou qualquer prejuízo ao Erário estadual, bem como, não houve dolo, fraude ou simulação, tendo o CONSEF dispensado a aplicação da multa na forma permitida na legislação vigente.

Quanto à infração 02, tece amplo comentário sobre os aspectos fundamentais do ICMS, citando e transcrevendo o art. 155 da Constituição Federal; invocando e reproduzindo lições de José Eduardo Soares de Melo, Hugo de Brito Machado, Roque Carrazza, Eduardo Marcial Ferreira Jardim, Souto Maior Borges; para sustentar que descabe a exigência da diferença de alíquotas, nos casos em que as mercadorias adquiridas noutros Estados não se destinem à venda, pois em dissonância com a legislação e com a Constituição Federal, por ser o ICMS um tributo de natureza comercial incidente sobre operações mercantis e não sobre o consumo dos produtos.

Aduz que além de não haver previsão na Lei Complementar n. 87/96, a imposição da diferença de alíquotas desrespeita o art. 146, II, “a”, bem como o art. 155, XII, “f”, ambos da Constituição Federal, sendo caracterizada a invasão ao poder de legislar. Diz que se verifica o desrespeito ao princípio fundamental da não- cumulatividade do imposto, por inexistir operação subsequente para equalizar a distribuição do ICMS. Invoca ainda a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reproduzindo diversas ementas referentes à decisões sobre a diferença de alíquotas.

Frisa que não houve prejuízos para o Estado, pois o não pagamento da diferença de alíquotas no seu caso, não permitiria a utilização de créditos, conforme explicitado acima. Acrescenta que as empresas que adquirem bens e não mercadorias destinadas aos seus ativos imobilizados e/ou utilizadas como insumos, a diferença de alíquotas é indevida, motivo pelo qual a infração 02 é improcedente.

Conclui requerendo o julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 138, afirmando que o contribuinte não apresenta na sua defesa, fatos relevantes que possam ser levado em consideração, motivo pelo qual mantém a autuação.

A 1ª JJF converteu o processo em diligência(fl. 146/147), a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado, elaborasse planilha identificando nas infrações 01 e 02, as mercadorias cujos créditos foram glosados com as respectivas notas fiscais.

O autuante informou à fl. 181, que conforme solicitado na diligência à fl. 146, tirou cópia das notas fiscais e elaborou planilhas da seguinte forma:

Infração 01 – os produtos constantes nas planilhas, do volume deste processo, não atende à exigência do art. 93 do RICMS/BA, por isso os créditos fiscais escriturados foram objeto de glosa;

Infração 02 – foram tiradas cópias das notas fiscais e elaboradas as planilhas, de acordo com o art. 5º, inciso I do RICMS/BA, constantes no volume III do processo.

Intimado o contribuinte para ciência da informação fiscal (fl. 1107), este acusa o recebimento, contudo, não se manifesta.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de 02(duas) infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado.

No que concerne à infração 01-*Utilizou indevidamente crédito fiscal de material para uso e consumo do estabelecimento* – verifico que o i créditos registrados na sua escrita fiscal foram efetuados em confi

Constituição Federal e art. 93 do RICMS/BA, tendo em vista a sua condição de produtor rural, cujas aquisições são todas voltadas à implementação de sua produção agrícola, como insumos e produtos intermediários.

Argumenta também o impugnante que mesmo se admitindo por remota hipótese que os créditos glosados não possam ser utilizados, não houve qualquer infração que tenha resultado em prejuízo para o Estado da Bahia, pois, apesar de lançados na escrita fiscal não foram utilizados, em razão de não pagar ICMS em qualquer operação pela existência de isenção.

Relativamente à alegação defensiva de que todos os créditos registrados na sua escrita fiscal foram efetuados em conformidade com a previsão da Constituição Federal e art. 93 do RICMS/BA, constato não assistir-lhe razão, haja vista que as mercadorias arroladas nesta infração não se enquadram como insumos ou produtos intermediários utilizados na produção agrícola, condição indispensável para admissibilidade do crédito fiscal.

Na realidade, a diligência solicitada por esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal foi cumprida a contento pelo autuante, pois este elaborou as planilhas identificando as notas fiscais e acostou as respectivas cópias, separando as infrações por volume no processo, no caso, volume II e III.

Assim é que, no volume II que corresponde à infração 01, claramente se identifica nas notas fiscais anexadas que as mercadorias discriminadas não têm a natureza de insumos ou produtos intermediários conforme alega o impugnante.

Observa-se que as mercadorias discriminadas nas notas fiscais arroladas na autuação têm a natureza de uso/consumo do estabelecimento, a exemplo da Nota Fiscal n. 20269 constante na planilha à fl. 153, cuja cópia se encontra acostada à fl. 160, onde consta descrito os produtos, coca-cola, queijo prato, pão, etc. Também na Nota Fiscal n. 00784, relacionada na planilha à fl. 153, cuja cópia se encontra à fl. 206, consta descrito o produto frango congelado.

Certamente, nenhum dos produtos discriminados nas notas fiscais arroladas nesta infração pode ser considerando como insumo ou produto intermediário, para permitir o creditamento realizado pelo autuado.

Quanto à alegação defensiva de que não houve prejuízo para o Estado da Bahia, pois, apesar de lançados na escrita fiscal os créditos não foram utilizados, em razão de não pagar ICMS em qualquer operação pela existência de isenção, vejo que também esta não pode prosperar, haja vista que o entendimento prevalecente neste CONSEF é no sentido de que o crédito fiscal do ICMS tem natureza meramente escritural, ou seja, sua utilização corresponde ao próprio lançamento na escrita fiscal do contribuinte, independente de eventual compensação com débitos fiscais.

A título ilustrativo reproduzo a ementa do Acórdão CS N.0039-21/09, referente a recente decisão da Câmara Superior deste CONSEF, confirmando o entendimento mencionado:

“CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0039-21/09

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Sendo a natureza do crédito fiscal meramente escritural, o seu lançamento na escrita já importa e enseja o início da sua utilização, mesmo que não haja um débito em contraposição, não havendo que se perquirir em ocorrência ou não de repercussão econômica, tese que não encontra abrigo na legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores da presente autuação. Modifi
Recurso **PROVIDO**. Decisão 1**

Diante do exposto, considero a infração 01 integralmente subsistente.

No respeitante à infração 02 - *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento*-, noto que o impugnante se insurge, efetivamente, contra o instituto da diferença de alíquotas, não contestando os valores apresentados na planilha elaborada pelo autuante.

Em verdade, sustenta que não há previsão na Lei Complementar n. 87/96, e que a imposição da diferença de alíquotas desrespeita o art. 146, II, “a”, bem como o art. 155, XII, “f”, ambos da Constituição Federal, sendo caracterizada a invasão ao poder de legislar, bem como desrespeito ao princípio fundamental da não- cumulatividade do imposto, por inexistir operação subsequente para equalizar a distribuição do ICMS.

É certo que não tem este órgão julgador administrativo de primeira instância competência para apreciar questões de inconstitucionalidade e negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, a teor do art. 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, Lei n.3.956/81.

Porém, cabe-me observar que o art. 146 da Constituição Federal especifica genericamente o papel da lei complementar sobre matéria tributária para os três níveis de governo, sendo que, no caso do ICMS, o art. 155, § 2º, XII, relaciona as matérias sobre às quais cabe à lei complementar preordenar a disciplina a ser fixada pela legislação ordinária.

Assim é que, o fato de determinada matéria não ter sido regulada por lei complementar não impede os Estados de normatizá-la, fazendo uso de sua competência constitucional, desde que não se trate de matéria que deva, necessariamente, ser objeto de lei complementar ou de resolução do Senado.

No caso da diferença de alíquotas esta tem previsão no art. 155, § 2º, VIII, da Constituição Federal, sendo que, no Estado da Bahia o art. 4º, XV, e o art. 17, XI, da Lei nº 7.014/96 têm plena validade formal e material ao tratarem desta matéria.

No mesmo sentido, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia –RICMS/97 - em seu artigo 5º, inciso I, estabelece 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.

Conforme disse no exame da infração 01, a diligência solicitada por esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal foi cumprida a contento pelo autuante, também, com relação à infração 02, pois este elaborou as planilhas identificando as notas fiscais e acostou as respectivas cópias, separando as infrações por volume no processo, no caso, volume II e III.

Assim é que, no volume III que corresponde à infração 02, claramente se identifica nas cópias das notas fiscais anexadas que as mercadorias discriminadas têm a natureza de uso/consumo do estabelecimento, sendo, portanto, devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, conforme a autuação.

Verifica-se que as mercadorias discriminadas nas notas fiscais arroladas neste item da autuação têm a natureza de uso/consumo do estabelecimento, a exemplo da Nota Fiscal n. 008286 constante na planilha de fl.777, cuja cópia se encontra acostada à fl.780, onde consta descrito os produtos, tesoura de poda, mola para PI-20, lâmina P1.Também na Nota Fiscal n. 003792, relacionada na planilha à fl.153, cuja cópia se encontra à fl.896, consta a descrição dos produtos pinhão lateral, coroa lateral, rolamento, junta, retentor, etc.

Diante disso, considero que a infração restou caracterizada, uma vez que as notas fiscais acostadas aos autos comprovam que se trata de operação interestadual de aquisição de mercadorias destinadas ao uso/consumo do estabelecimento, sendo devido imposto de diferença de alíquotas. Infração subsistente.

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 278906.0082/08-6**, lavrado contra **AGOL – AGROPECUÁRIA GRANDE OESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$116.907,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR