

**A. I. Nº** - 017903.0301/11-5  
**AUTUADO** - PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.  
**AUTUANTE** - GERALDO BRITO NUNES  
**ORIGEM** - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** - 24/08/2011

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0184-03/11

**EMENTA:** ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O art. 82, inciso III, do RICMS/97 prevê a redução da base de cálculo do ICMS nas saídas internas de pedra britada, calculando-se a redução em 33,33%. Ficou comprovado que foram realizadas operações interestaduais, não se aplicando a redução prevista no mencionado dispositivo regulamentar. Acusação subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **b)** BENS PARA O ATIVO PERMANENTE. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo e ativo permanente do estabelecimento. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/03/2011, refere-se à exigência de R\$187.949,51 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2009. Valor do débito: R\$128.848,70.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a novembro de 2009. Valor do débito: R\$16.242,72.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de outubro e dezembro de 2008; maio de 2009. Valor do débito: R\$42.858,00.

O autuado apresentou impugnação (fls. 196 a 199), alegando quanto à primeira infração, que a redução da base de cálculo nas operações com minerais é prevista no inciso VIII do art. 82 do RICMS/BA, estabelecendo que “é reduzida a base de cálculo nas saídas internas de pedra britada, calculando-se a redução de 33,33%”. O defendente diz que firmou contrato com o Exército Brasileiro, com o objetivo de aquisição de pó de brita, brita e pedra rachão, para execução dos serviços de recuperação da BR 418-BA e da BA-101, e todas as mercadorias das Notas fiscais que constam da infração 01 foram usadas na recuperação de estradas no Extremo Sul da Bahia. Como o Exército tem seu quartel com endereço à Rua Professora Lourdes Naves, nº 750, Bairro de Santo Antônio, cidade de Araguari, estado de Minas Gerais, as notas fiscais teriam que ser emitidas com o mencionado endereço. Salienta que o Exército não é obrigado a ter CNPJ com

endereço aqui na Bahia, e reafirma que a mercadoria foi consumida neste Estado, conforme pode comprovar o 11º Batalhão de Engenharia de Construção do Exército Brasileiro. Diz que o autuante não atentou para o que estabelece o art. 82 do RICMS/BA, no que diz respeito à redução da base de cálculo das operações com minerais. Quanto às infrações 02 e 03, o defendente alega que é uma indústria, por isso não está obrigado a recolher o imposto relativo à diferença de alíquota, conforme consta no RICMS/BA, e se fosse obrigado, a alíquota correta seria a diferença de 10% ou 7%, conforme o caso, e não a alíquota de 17%, como entendeu o autuante. Pede a decretação de nulidade do presente Auto de Infração, requerendo também, a sua improcedência.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 236 a 238 dos autos. Quanto à primeira infração, diz que o autuado poderia emitir Nota Fiscal em nome do Batalhão do Exército como consumidor final, no endereço em Minas Gerais, porém com a alíquota de 17%, sem utilização do benefício da redução da base de cálculo. Entende que ficou evidente o artifício e que o defendente se beneficiou duas vezes, porque utilizou a alíquota de 12% e se beneficiou da redução da base de cálculo, prevista para as operações internas. Além disso, o autuado vendeu não só para o batalhão como alega, e também para diversas outras empresas, como se pode constatar nas cópias das Notas Fiscais acostadas aos autos, se beneficiando indevidamente da redução de base de cálculo, cuja utilização está atrelada às operações internas, conforme estabelece o art. 82 do RICMS/BA. Quanto às infrações 02 e 03, o autuante afirma que a legislação do ICMS prevê justamente o contrário do que alegou o defendente, conforme arts. 1º, I, § 1º, IV; art. 5º, I e art. 47, XIV do RICMS/BA. Contestou o argumento do autuado de que houve equívoco na alíquota aplicada, dizendo que o defendente não observou a planilha à fl. 14 dos autos, onde se pode ver a aplicação correta da base de cálculo e das alíquotas, do crédito e do débito apurado. Informa que a alíquota de 17% constante do demonstrativo de débito é decorrente do programa utilizado na lavratura do Auto de Infração que adapta a base de cálculo para que o valor reclamado corresponda a 17% daquela base de cálculo, inexistindo qualquer prejuízo para o contribuinte. Conclui pedindo a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o primeiro item do Auto de Infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2009.

O defendente não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal, tendo alegado que firmou contrato com o Exército Brasileiro, com o objetivo de aquisição de pó de brita, brita e pedra rachão, para execução dos serviços de recuperação da BR 418-BA e da BA-101. Todas as mercadorias das Notas fiscais que constam da infração 01 foram usadas na recuperação de estradas no Extremo Sul da Bahia. Como o Exército tem seu quartel com endereço à Rua Professora Lourdes Naves, nº 750, bairro de Santo Antônio, cidade de Araguari, estado de Minas Gerais, as notas fiscais teriam que ser emitidas com o mencionado endereço. Salienta que o Exército não é obrigado a ter CNPJ com endereço aqui na Bahia, e reafirma que a mercadoria foi consumida neste Estado, conforme pode comprovar o 11º Batalhão de Engenharia de Construção do Exército Brasileiro.

O art. 82, inciso III do RICMS/97 prevê a redução da base de cálculo do ICMS, até 31/12/12, nas saídas internas de pedra britada, calculando-se a redução em 33,33%. Neste caso, não se aplica a referida redução de base de cálculo quando se tratar de operação de saída interestadual.

Observo que as notas fiscais acostadas aos autos comprovam que foi efetuada operação interestadual, tendo sido indicada a alíquota interestadual de 12%, o que confirma a operação realizada. Ademais, o próprio contrato com o Exército Brasileiro, acostado aos autos pelo defendente, não indica como local de entrega do material qualquer cidade do Estado de Minas Gerais, conforme se pode constatar na Cláusula Segunda, às fls. 214/215 do PAF.

Entendo que está comprovada a infração apontada, sendo devido o imposto apurado no demonstrativo às fls. 08 a 10 dos autos, onde se constata que além do 11º Batalhão de Engenharia e Construção, também houve outros destinatários nos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo. Portanto, ficou comprovado que foram realizadas operações interestaduais, não se aplicando a redução prevista no art. 82, inciso III do RICMS/97. Infração subsistente.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a novembro de 2009.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de outubro e dezembro de 2008; maio de 2009.

Quanto a estas infrações, o autuado também não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal. Alegou que é uma indústria e, por isso, não está obrigado a recolher o imposto relativo à diferença de alíquota, conforme consta no RICMS/BA, e se fosse obrigado, a alíquota correta seria a diferença de 10% ou 7%, conforme o caso, e não a alíquota de 17%, como entendeu o autuante.

De acordo com os arts. 2º, inciso IV, 4º, inciso XV e 17, inciso XI e seu parágrafo 6º, da Lei 7.014/96, a entrada, a qualquer título de bem ou mercadoria decorrente de operação interestadual, quando estes se destinarem ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento, gera a obrigação do pagamento da diferença de alíquotas, e conforme o art. 7º III, alíneas “a” e “b” do RICMS/97, não é devido o pagamento da diferença de alíquota quando a operação for realizada com não incidência do imposto ou com isenção decorrente de convênio.

Observo que ocorre o fato gerador do ICMS para efeito de pagamento da diferença de alíquotas, 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 (art. 5º, inciso I, do RICMS/BA).

Por outro lado, conforme estabelece o art. 7º, IV, “a” do RICMS/97, não é devido o pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições de ativo permanente efetuadas por produtores ou extratores não equiparados a comerciantes ou a industriais. Portanto, não cabe aplicar o mencionado dispositivo regulamentar ao caso em exame, haja vista que o defendente tem como atividades cadastradas nesta SEFAZ, fabricação de cimento, obras de terraplanagem, serviço de construção, comércio atacadista de material de construção, além de transporte rodoviário de cargas.

Quanto ao argumento defensivo de que a alíquota correta seria a diferença de 10% ou 7%, conforme o caso, e não a alíquota de 17%, constato que os demonstrativos elaborados pelo autuante indicam que foi apurado o imposto decorrente da diferença entre a alíquota interna (17%) e a alíquota interestadual (7% ou 12%, conforme o caso). A indicação da alíquota de 17% no demonstrativo de débito do Auto de Infração foi efetuada por imposição do Sistema Informatizado de emissão de Auto de Infração, utilizado atualmente pela SEFAZ/BA, e tal fato não onerou o sujeito passivo, como se pode comprovar pelo confronto dos valores do imposto apurados no levantamento fiscal com o demonstrativo de débito.

Concluo pela subsistência destas infrações, tendo em vista que é devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo e ativo permanente do estabelecimento.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **017903.0301/11-5**, lavrado contra **PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$187.949,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA