

A. I. Nº - 206915.0001/11-6
AUTUADO - PRÉ-MOLDADOS SIÃO BAHIA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ JOAQUIM DE SANTANA FILHO
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 23.12.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0335-04/11

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR LANÇADO NO RAICMS E O RECOLHIDO. Infração não defendida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Documentos juntados ao processo comprovam que o imposto exigido refere-se a diferença entre o valor do imposto corretamente grafado no documento fiscal e o valor superior lançado indevidamente no livro fiscal próprio. A indicação da alíquota de 17% para constituir a base de cálculo não configura que fora utilizado esta alíquota como alegado na defesa. Infração não elidida. b) SEM A APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Fato não contestado pelo autuado. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS DO ATIVO PERMANENTE. b) MATERIAL DE CONSUMO. É legal a exigência da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de bens destinados a uso, consumo ou ativo do estabelecimento. Infração caracterizada. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. 5. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDA DE MERCADORIAS. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. b) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DO IMPOSTO DESTACADO EM NOTAS FISCAIS DE OPERAÇÕES NÃO TRIBUTADAS POSSIBILITANDO O APROVEITAMENTO DO CRÉDITO PELO DESTINATÁRIO. Infrações não defendidas. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 09/02/11, para exigir ICMS no valor de R\$32.409,57, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

1. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (2008/2009). Consta na descrição dos fatos que foi recolhido valores a menos que o lançado no livro RAICMS nos meses de janeiro, março, junho, julho, setembro e outubro/08 e junho/09, tudo conforme cópia das folhas do citado livro juntadas ao processo - R\$2.505,12.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado em documento fiscal. Consta na descrição dos fatos que adquiriu mercadorias de contribuintes localizados nos Estados de Sergipe e Ceará com destaque da alíquota de 12% tendo se creditado erroneamente pela alíquota de 17% - R\$2.624,14.
3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre a alíquota interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento - R\$13.378,54.

4. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre a alíquota interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento - R\$644,66.
5. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que efetuou venda de premoldados de cimento a contribuintes e não contribuintes estabelecidos no Estado de São Paulo utilizando a alíquota de 7% conforme notas fiscais juntadas ao processo - R\$530,75.
6. Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Foi indicado na descrição dos fatos que o imposto foi destacado na nota fiscal, mas não escriturado no livro Registro de Saída - R\$113,40.
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito do referido crédito - R\$5.202,26.
8. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar correspondente a imposto destacado em notas fiscais relativas a operações não tributadas, possibilitando ao adquirente a utilização do crédito. Consta na descrição dos fatos que em operações não tributadas de simples remessa destacou o ICMS (CFOP 5949 e 6949 destinadas a COELBA e TELEMAR - R\$7.410,70).

O autuado, na defesa apresentada (fl. 80/91), inicialmente esclarece exerce atividade de confecção de postes e pré-moldados de concreto e, ficando submetido ao campo da incidência do ICMS.

Com relação à infração 2 entende que o valor apontado está incorreto uma vez que é aplicada a alíquota de 17% quando a correta seria a diferença de 5%, cabendo a devida retificação.

Alega que o imposto exigido decorre da aquisição de bens de fornecedores industriais e ou comerciais (ativo permanente, material para uso e/ou consumo), embutindo-se a carga tributária, tanto do IPI quanto do ICMS, na operação anterior.

Entende que “não está à mesma obrigada a sujeitar-se à complementação das alíquotas do ICMS”, não podendo ensejar a cobrança do imposto, “pois não tem o Estado da Bahia legitimidade e possibilidade jurídica para tributar aquele que não se obriga” em razão da atividade que exerce.

Em seguida discorre sobre o princípio da legalidade (art. 5º, II da CF) ressaltando que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”, transcreve o art. 150, I da Carta Magna que versa sobre a limitação de tributar, o art. 97 do Código Tributário Nacional (CTN) que trata da limitação estabelecida em lei para instituição, majoração de tributos, definição do fato gerador, fixação da alíquota e cominação de penalidades.

Transcreve parte de texto de doutrinadores acerca do princípio da legalidade, transcreve o art. 155, § 2º, VII da CF que trata de operações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que prevê adoção de alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto, e alíquota interna quando o destinatário não for contribuinte dele, sendo que na primeira hipótese “caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual”.

Observa que a Constituição de 1988 criou uma nova hipótese de incidência do imposto estadual nunca prevista no país, porém, com limitação do campo de incidência. Ressalta que foram estabelecidos pressupostos para ocorrência do fato gerador: operação seja interestadual; bem (ou serviço) seja destinado a consumidor final; o destinatário também seja contribuinte do imposto.

Argumenta que diante do que estabeleceu o legislador constitucional, o imposto incide pela diferença de alíquotas interna e interestadual, sobre a entrada de bens destinados ao “consumo final” do adquirente, quando este for também contribuinte do imposto e quando os bens provierem de outro Estado da Federação. Entende que o legislador estadual ampliou o campo de incidência do imposto sem atender a limitação constitucional.

Manifesta que para que “a incidência do imposto alcançasse, tanto os bens destinados ao CONSUMO, quanto aos bens destinados ao ATIVO FIXO, haveria o legislador constitucional que prever, expressamente, as duas hipóteses de incidência”, não podendo ser realizada a cobrança do imposto por extensão “elástica” do campo de incidência do legislador infra-constitucional.

Por fim, indica como “ tiro de misericórdia” na ilegítima pretensão do Fisco Estadual o disposto no art. 155, IX, “a” da CF que prevê incidência do ICMS também “sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de BEM DESTINADO A CONSUMO OU ATIVO FIXO do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço;”

Pelo que expôs, afirma que resta maculado o princípio da legalidade e trespassado o mandamento da reserva legal, motivo pelo qual requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante na informação fiscal (fls. 95/99), inicialmente discorre sobre as alegações defensivas e diz que o autuado contesta apenas a retificação da infração 2 e as infrações 3 e 4 relativas a cobrança do ICMS da diferença de alíquota nas compras destinadas ao ativo e consumo, não tendo contestado as infrações 1, 5, 6, 7 e 8.

Com relação à infração 2, afirma que os valores do ICMS creditados indevidamente no livro RE refere-se às notas fiscais 61796, 62084, 64278 e DANFE 3482 (fls. 25/28) cujo valor do imposto estão corretamente calculados com estorno de crédito de 5% nos valores creditados com alíquota de 17% nas aquisições de cimento e vergalhão de contribuintes localizados nos Estados de Sergipe e Ceará. Esclarece que a alíquota de 17% indicada no Auto de Infração corresponde a alíquota “cheia” mas corresponde a diferença de 12% para 17%.

No tocante às infrações 3 e 4, relativo a cobrança da diferença de alíquota nas compras interestaduais de bens destinados ao ativo e consumo do estabelecimento, contesta dizendo que ao contrário do que foi alegado, a própria transcrição às fls. 80 e 81 a empresa exerce atividade de confecção de pré-moldados de concreto, sendo contribuinte do ICMS e também obrigado a pagar a diferença entre a alíquota interna e interestadual nas aquisições de bens de ativo e consumo.

Ressalta que a incidência do ICMS da diferença de alíquota é prevista nos artigos 1º, 5º, 36, 67, 72, 124 e 131 do RICMS/BA indicados nas infrações descritas na autuação, com o devido enquadramento da multa. Afirma que há decisões de julgados pelo CONSEF a exemplo do Acórdão JJF 067/99 cuja ementa transcreveu à fl. 98. Requer a procedência do Auto de Infração.

A Secretaria do CONSEF juntou (fls. 101/105) procuração e extrato do SIGAT da situação do processo.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo ao desencontro entre os valores recolhidos e escriturados, utilização indevida de crédito fiscal, da diferença de alíquota, erro na aplicação de alíquota, de imposto destacado e não escriturado e destaque indevido do ICMS possibilitando uso do crédito.

O autuado apresentou uma defesa abrangente, mas de forma objetiva contestou as infrações 2, 3 e 4. Portanto, não tendo contestado os valores exigidos relativos às infrações 1, 5, 6, 7 e 8, não havendo qualquer discordância sobre elas, as mesmas devem ser mantidas na sua totalidade. Infrações procedentes.

No tocante à infração 2 o autuado alegou erro na apuração do imposto por ter sido indicada alíquota aplicada de 17% quando a correta seria a diferença de 5%.

Verifico que conforme esclarecido pelo autuante e descrito na infração trata-se de utilização indevida de crédito fiscal relativo a valores do ICMS superiores ao destacado no documento fiscal. Tomando como exemplo as cópias das notas fiscais 61796, 62084 (fls. 25/26), as mesmas foram emitidas pela empresa Maré Cimento Ltda localizada em Pacatuba-SE, destacando ICMS no valor de R\$529,62 cada totalizando R\$1.059,24, entretanto a cópia do livro RE juntado à fl. 33 indica ter

lançado crédito fiscal de R\$750,30 cada, totalizando R\$1.500,60 o que gerou crédito superior ao destacado no mês de setembro/09 de R\$441,36 valor que foi indicado no Auto de Infração. O mesmo ocorreu com a nota fiscal 64278 e DANFE 3482 conforme cópias das páginas do livro RE e dos documentos fiscais acostados às fls. 27, 34 e 28 e 40. Portanto, em se tratando de operação interestadual de aquisição de insumos, o direito ao crédito nas aquisições de mercadorias oriundas da Região Nordeste fica limitado à alíquota de 12% (art. 93, §6º do RICMA/BA) e está correto o procedimento fiscal.

Quanto à alegação de que foi aplicada indevidamente a alíquota de 17% ao invés do estorno de 5%, não procede tendo em vista que o valor exigido corresponde efetivamente a diferença entre o valor do imposto destacado no documento fiscal e o escriturado a exemplo do DANFE 3482 que teve destacado valor do ICMS de R\$5.004,48 (fl. 28) e foi creditado valor de R\$7.089,68 (fl. 40). Assim sendo, o valor exigido de R\$2.085,20 corresponde à diferença entre o valor destacado e o escriturado que corresponde a 5%, tendo a indicação da alíquota de 17% no Auto de Infração sido feita apenas para constituir a base de cálculo em conformidade com o sistema de emissão do Auto de Infração. Infração não elidida.

Relativamente às infrações 3 e 4, o autuado contestou a legalidade da exigência do ICMS da diferença de alíquota incidente sobre as operações de aquisição interestaduais de bens destinados ao ativo permanente, ou uso e/ou consumo.

Conforme ressaltado na defesa, o autuado exerce atividade de industrialização de pré-moldados cujos produtos resultantes são comercializados e se inserem no campo de incidência do ICMS. Verifico que o demonstrativo elaborado pela fiscalização (fl. 42) relaciona aquisições interestaduais de bens do ativo (guindaste veicular, veículo Ford/Cargo, painel de controle e outros), bem como material de uso/consumo (tira e perfil de borracha, oleomil e boné) conforme cópia das notas fiscais juntadas às fls. 53/53, na condição de consumidor final, tendo sido exigido ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna e interestadual.

Convém ressaltar que a CF 88 no art. 155, II estabelece que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior e o §2º, VII e VIII dispõem que o imposto em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto e nesta hipótese caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Por sua vez, o art. 2º, IV da Lei 7.014/96 estabelece que incide o ICMS sobre a entrada de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem for destinado ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes.

Logo, é legal a exigência do ICMS da diferença de alíquota sobre a operação de aquisição interestadual de bens destinados ao uso, consumo ou ativo permanente, embutindo-se a carga tributária, tanto do IPI quanto do ICMS, na operação anterior. Observo que no enquadramento da infração foram indicados os dispositivos regulamentares infringidos o que segundo o disposto no art. 19 do RPAF/BA equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente.

Além do mais, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Saliento que o autuado não contestou os valores do ICMS apurado pela fiscalização, devendo ser mantido integralmente as infrações 3 e 4. Infrações procedentes.

Diante do 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 n.º **206915.0001/11-6**, lavrado contra **PRÉ-MOLDADOS SIÃO BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.409,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “b”, “c”, “f” e VII, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR