

PROCESSO - A. I. Nº 217359.0001/00-3
RECORRENTE - NORSÁ REFRIGERANTES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JF nº 0058-01/11
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 22/03/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0047-12/12

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. 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. A exclusão de materiais gráficos, cuja confecção se constitui em fato tributável pelo ISS, reduz o montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$55.852,84 acrescido de multa de 60%, relativo às seguintes infrações:

01 – recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (Desenvolve), nos meses de janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido o imposto no valor de R\$16.138,76. Consta que o erro se originou da correção a menor do piso em setembro de 2007, quando o contribuinte aplicou índice divergente daquele previsto na Resolução nº. 69/2006, qual seja o IGPM. O piso corrigido erroneamente motivou o cálculo a maior do ICMS diferido, resultando em recolhimento a menos do imposto devido, conforme demonstrativo à fl. 07;

02 – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido o imposto no valor de R\$39.714,08, conforme demonstrativo às fls. 21 a 59.

Foi apresentada defesa tempestiva às fls. 89 a 91, reconhecendo a infração 1 e contestando a infração 2, informação fiscal às fls. 104 a 108, manifestação do contribuinte com juntada de documentos às fls. 117 e 118, diligência à fl. 154 e novo demonstrativo de débito às fls. 156 a 191.

Após concluída a instrução, a 1ª JF julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe, conforme o seguinte voto, *in verbis*:

“VOTO

Verifico que foi imputado ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações. Observo que o contribuinte não impugnou o item 01 da autuação, tendo, inclusive, efetuado o pagamento do débito correspondente, o que caracteriza ter reconhecido expressamente a irregularidade apurada. Vejo que o procedimento fiscal foi realizado atendendo as orientações legais, tendo a exigência fiscal ocorrido de forma correta. Assim, a infração 01 fica mantida.

A infração 02 se originou da falta de recolhimento do ICMS referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias procedentes de outros estados, destinadas a consumo do estabelecimento. Ao atacar esta imputação, o autuado alegou que os materiais objeto da exigência se referiam a papel utilizado em campanhas promocionais junto aos seus clientes, visando atrair a atenção dos consumidores sobre os produtos por ele fabricados. Manifestou o entendimento de que, nessa situação, não haveria previsão de exigência do pagamento do tributo concernente à diferença de alíquotas.

Ressalto que inexistente qualquer base legal a dar guarida às pretensões do contribuinte, tendo em vista que de acordo com o art. 5º, inciso I do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, a situação que gerou a exigência tributária realmente se constitui em fato gerador do imposto estadual, para efeito de pagamento do ICMS relativo à diferença de alíquotas, desde quando se referiu à entrada, no seu estabelecimento, de bens oriundos de outras unidades da Federação, destinados a uso pelo próprio estabelecimento.

Conforme bem salientou o autuante, a previsão legal acima reportada também encontra sustentação no art. 111, inciso III, alínea “a” do mesmo diploma regulamentar, que estabelece que constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher, o valor correspondente à diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso ou consumo do adquirente. Concorro, de igual modo, com a afirmação do autuante de que não existe nenhuma ressalva em razão da destinação dos materiais adquiridos.

Por fim, afasto as alegações do contribuinte de que na Lei Complementar nº 87/96 não consta previsão para a cobrança do ICMS atinente à diferença de alíquota sobre operações interestaduais de mercadorias para o consumo do estabelecimento, haja vista que por meio do seu art. 6º, § 1º, a citada Lei Complementar autorizou os Estados a legislar a respeito do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas nas operações objeto do presente lançamento. Por sua vez a Lei Estadual nº 7.014/96 define a incidência (art. 2º, inciso IV) e a ocorrência do fato gerador (art. 4º, inciso XV). Portanto, de forma diversa daquela sustentada pela defesa, é legal a exigência do ICMS relativo à diferença de alíquota.

Registro, no entanto, que na assentada do julgamento, foram carreados aos autos alguns documentos que indicavam que ao menos parcialmente assistia razão ao contribuinte quanto à alegação de que sobre as operações envolvendo os materiais arrolados na autuação incidia o ISS, por ter comprovado que existiam materiais gráficos, cuja confecção se constitui em fato tributável exclusivamente pelo imposto de competência municipal. Por este motivo, o processo foi convertido em diligência, por meio da qual o autuante, após analisar toda a documentação fiscal atinente às aquisições das mercadorias em questão, revisou o levantamento fiscal, excluindo da exigência os materiais tributados pelo ISS.

Assim, a infração 02 fica mantida de forma parcial, no montante de R\$34.991,94, em conformidade com o demonstrativo acostado à fl. 191. Saliento que o autuado foi cientificado a respeito do resultado da diligência, quando foi concedido o prazo de 10 (dez) dias para se pronunciar, porém não se manifestou a respeito, o que considero como uma aceitação tácita dos novos resultados.

Face ao exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, cabendo a homologação dos valores recolhidos.”

Inconformado com a Decisão, o autuado interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 205 a 211, contra a infração 2, pedindo pela sua improcedência em sua integralidade.

Alega que não é caso de recolhimento de diferença de alíquota de ICMS por se tratar de produtos referentes a materiais de propaganda e comerciais adquiridos de outros estados e utilizados junto aos pontos de venda. Diz que na comercialização de tais mercadorias não incide o ICMS por força do quanto disposto no art. 6º, XIV, alínea ‘d’, item 2 do RICMS/BA, o qual transcreve, por serem tributados pelo ISS.

Diz que a multa de 60% é confiscatória e fere o princípio do art. 150, IV da CF. Colaciona jurisprudência do STF sobre o tema. Sustenta sua tese com lições do Prof. José Carlos Graça Wagner e junta outras decisões do TRF1ª e TRF 5ª sobre multa com efeito confiscatório.

Adiante, fala sobre o princípio do *in dubio pro contribuinte* à luz do art. 112 do CTN.

Pede pela improcedência da infração 02 em sua integralidade.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, colacionado à fl. 219, conclui pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, pois no seu entender, a “JF já excluiu os valores relativos a aquisição de material gráfico para publicidade e propaganda, não tendo o Recorrente se manifestado objetivamente sobre outras eventuais operações que também deveriam ser excluídas”. Em relação à multa, assevera que tal multa está prevista na Lei nº 7.014/96 para a infração em tela e que não cabe ao CONSEF apreciar a alegação de inconstitucionalidade.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário cujo objeto é a improcedência da autuação no que tange a infração 2 – diferença de alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias

destinadas a consumo do estabelecimento -. Frise-se que já houve o reconhecimento e recolhimento do valor relativo à infração 1.

Na análise dos autos, entendo que o recorrente não merece razão.

Vislumbro que durante a fase de instrução, a empresa trouxe aos autos Notas Fiscais relativas a materiais de propaganda e publicidade (fls. 132 a 138) que foram motivadoras da diligência efetuada e da confecção de novo demonstrativo de débito. Aliás, o “*demonstrativo do cálculo do diferencial de alíquota sobre materiais de uso e consumo*” de fl. 191, com base nos documentos trazidos pelo Recorrente, já contempla as devidas reduções em face do dispositivo legal do art. 6º, XIV, alínea ‘d’, item 2 do RICMS/BA.

Por seu turno, como não houve novas comprovações por parte do recorrente de que os valores lançados se referem a outras mercadorias abrangidas pela mesma norma de isenção, não há como acatar o pedido de improcedência da infração 02 ou aplicação do princípio in dubio pro contribuinte, como quer a Empresa.

Também não corroboro com a alegação de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, pois a pena indicada no Auto de Infração está prevista no art. 42, II, ‘f’ na Lei nº 7.014/96 para a irregularidade que foi apurada, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos referentes à constitucionalidade da legislação tributária estadual, ao teor do disposto no inciso I do artigo 167 do RPAF/99.

Ex positis, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo a Decisão de Primeira Instância em todos os seus termos, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **217359.0001/00-3**, lavrado contra **NORSA REFRIGERANTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$51.130,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “f”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS