

**PROCESSO** - A. I. Nº 017464.0003/11-7  
**RECORRENTE** - PERELO IMPORTAÇÃO COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0154-05/12  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**INTERNET** - 27/12/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0421-12/12

**EMENTA:** ICMS. ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Razões de defesa insuficientes para elidir a acusação. Existência de previsão legal para exigência do tributo. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/12/2011 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$41.543,45, em decorrência do cometimento de 6 (seis) infrações.

Entretanto, o Recorrente somente se insurge na sua peça recursal contra a infração 6, a seguir transcrita, pois, segundo informa em seu Recurso Voluntário, as infrações de 1 a 5 foram adimplidas:

*Infração 06 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 28.472,87, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento;*

Foi apresentada defesa tempestiva às fls. 304 a 311, e informação fiscal às fls. 317 a 321.

Às fls. 327 a 331 dos autos, constam extratos SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) com os pagamentos relativos às infrações 1 a 5 do Auto de Infração.

Após concluída a instrução, a 5ª JF julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, conforme parte do voto abaixo colacionado:

#### “VOTO

*Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o débito, no montante de R\$ 41.543,45, relativo a seis irregularidades, sendo que, com exceção da infração 6, no valor de R\$ 28.472,87, todas foram reconhecidas pelo autuado, o qual efetuou o pagamento do débito, no valor histórico de R\$ 13.070,58, conforme extratos às fls. 327 a 331 dos autos, logo, não fazendo parte da lide, sendo consideradas procedentes. Assim, a contenda se restringe apenas à infração 6, quanto ao valor remanescente de R\$ 28.472,87, a qual se refere à exigência 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, consoante demonstrativo à fl. 35 dos autos.*

*Da análise das razões de defesa, verifica-se que o autuado fundamenta sua tese sob o argumento de que a aludida exigência fere a Constituição Federal e a Lei Complementar nº 87/96, do que conclui que a incidência de ICMS para bens destinados a ativo fixo ou consumo do estabelecimento só ocorre quando tratar-se de mercadoria importada, o que não é o caso, pois os bens e não mercadorias foram adquiridos para conservação e manutenção da atividade do autuado. Cita doutrina e Parecer da SEFAZ.*

*Observe, através do demonstrativo e das notas fiscais às fls. 35 e 86 a 98 dos autos, que se trata de operações interestaduais de aquisição de bens do ativo fixo para o estabelecimento autuado, a exemplo de palletainers tubulares, módulos de estruturas de aço tipo porta pallets, containers, etc.*

*Por se tratar o autuado de contribuinte estabelecido no Estado da Bahia, obriga-se a cumprir a legislação baiana do ICMS, a qual estabelece em seu art. 2º, inciso IV, da Lei nº. 7.014/96, que:*

*Art. 2º. O ICMS incide sobre:*

[...]

*IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, **quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente** ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes (grifo nosso).*

*Por sua vez, o art. 4º, inciso XV da referida Lei nº 7.014/96 determina que:*

*Art.. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto (grifo nosso).*

*Por outro lado, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, o art. 5º, I, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6284/97, dispõe que:*

*Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:*

*I - 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;*

*Tal previsão emana da Lei Complementar nº 87/96, conforme interpretação sistemática, a saber:*

*Art. 2º O imposto incide sobre:*

*I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;*

*Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.*

*§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.*

*Há de ressaltar que a previsão legal acima para diferença de alíquotas diz respeito à aquisição de bens e serviços que se destinem a “consumidor final”, cuja expressão abrange material de uso e consumo e bens do ativo fixo do estabelecimento, visto que, em ambas as situações, o adquirente se enquadra na condição de “consumidor final”, pois não adquire tais produtos para comercialização.*

*Ademais, a pretensa declaração da improcedência da infração, a qual entendo que deveria ser de nulidade, desejada pelo defendente, não há de prosperar nessa esfera administrativa, por não ser a jurisdição apropriada para a análise de uma suposta inconstitucionalidade da lei, uma vez que não se inclui na competência dos órgãos julgadores do CONSEF a declaração da inconstitucionalidade, nos termos previstos no art. 167 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.*

*Por fim, quanto ao Parecer (Processo nº 10351920087), transcrito pelo autuado às fls. 308 a 310 dos autos, da simples leitura da “Ementa” observa-se que não se aplica ao caso concreto, visto que o aludido Parecer faz referência à empresa dedicada ao ramo de hotelaria, sendo consignado que os bens foram utilizados “exclusivamente” na prestação de serviço de hospedagem, cuja atividade não incide o ICMS, razão de concluir que não é devido o recolhimento do diferencial de alíquotas, o que diferencia a atividade exercida pelo estabelecimento autuado de “Comércio atacadista de mercadorias em geral, sem predominância de alimentos ou de insumos agropecuários” (fl. 8).*

*Assim, subsiste a sexta infração, cujos números do levantamento fiscal não foram questionados.*

*Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devido ao reconhecimento expresso das demais exações, devendo homologar os valores recolhidos.*

**Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 346 a 348, objetivando a revisão do julgamento.**

**Após citar o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, que dispõe sobre o princípio do contraditório e ampla defesa, afirma que se abster de apreciar matéria constitucional é ferir de morte cláusula pétrea de nossa Lei Maior. Por esse motivo, pede para que o presente Recurso seja provido e que a infração 6 seja tida como improcedente.**

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra parte da Decisão da 5ª JJF que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe. De forma específica, o Recorrente se insurge contra a infração 06, alegando que houve afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, insculpidos no art. 5º, LV da CF.

Entendo que não merecem guarida as súplicas recursais.

A Junta de Julgamento Fiscal disse corretamente que não seria possível a análise sobre a inconstitucionalidade, sob o argumento de que *"não se inclui na competência dos órgãos julgadores do CONSEF a declaração da inconstitucionalidade, nos termos previstos no art. 167 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99"*.

Realmente, o art. 167, I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal é lapidar em determinar que não se incluem na competência dos órgãos julgadores da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia a declaração de inconstitucionalidade.

Assim, mesmo vislumbrando a importância do tema trazido à baila, entendo que a JJF foi perfeita na aplicação da lei ao caso em concreto.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada o julgamento de Primeira Instância, devendo ser homologados os valores já 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** o Auto de Infração nº **017464.0003/11-7**, lavrado contra **PERELO IMPORTAÇÃO COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.543,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologando os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS