

PROCESSO	- A. I. Nº 017464.0003/11-7
RECORRENTE	- PERELO IMPORTAÇÃO COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0154-05/12
ORIGEM	- INFRAZ 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 JJF 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.

Observo, 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 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 defensor, 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), transscrito 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 da 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 5^a 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 constitucionalidade, sob o argumento de que "*não se inclui na competência dos órgãos julgadores do CONSEF a declaração da constitucionalidade, 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 constitucionalidade.

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 2^a 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