

PROCESSO - A.I. Nº. 089008.0801/11-7
AUTUADO - KEMIGAS COMÉRCIO DE GÁS BAHIA LTDA.
AUTUANTE: - EDMUNDO SILVA
ORIGEM - TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 29.03.2012

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0027-02/12

EMENTA. ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE PAGAMENTO. Nas aquisições interestaduais de materiais destinados ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento, é devido o pagamento do ICMS referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infração caracterizada. b). AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS A CONSUMO NO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. O regime de apuração e a condição do contribuinte frente ao Cadastro Estadual obrigam o recolhimento do imposto. Contribuinte não contesta a acusação fiscal. Infração caracterizada 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração subsistente, e não contestada pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 23 de agosto de 2011 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$72.275,08, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 1. Falta de recolhimento do ICMS decorrente 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, no valor de R\$71.702,50, além da multa de 60%, fato ocorrido nos meses de fevereiro, julho a setembro de 2006, julho a setembro de 2007;

Infração 2. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento, no valor de R\$249,56, além de multa percentual de 60%, ocorrência verificada no mês de abril de 2007;

Infração 3. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88, totalizando R\$323,02, além de multa no percentual de 60%, verificada nos meses de fevereiro e maio de 2007.

Tempestivamente, a autuada através apresentou impugnação ao lançamento constante às fl.48, onde argui em sua defesa que “*a empresa cuja atividade é comércio varejista de gás liquefeito de petróleo e transporte rodoviário de cargas, cujos veículos adquiridos são para o transporte de gás liquefeito de petróleo comercializado pela própria empresa, contribuinte do ICMS/BA, desobrigado assim do pagamento da diferença de alíquota conforme determina o RICMS/BA*”.

Por tal razão, solicita a desconstituição dos efeitos do Auto de Infração, e que a peça apresentada seja considerada procedente, anulando-se o lançamento.

Informação fiscal prestada à fl. 54 pelo autuante, sustenta o trabalho realizado, utilizando-se do argumento de que o contribuinte não contestou as infrações 02 e 03, razão para que as mesmas sejam consideradas procedentes.

Quanto à infração 01, informa que o contribuinte possui como CNAE secundário (4930202) a atividade de transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças de natureza intermunicipal, interestadual e internacional, bem como CNAE 4930203 (transporte rodoviário de produtos perigosos). Todavia, de acordo com o disposto no artigo 7º, inciso IV, alínea “c” do RICMS/BA, cujo teor transcreve o contribuinte não se encontra desobrigado do pagamento do imposto, vez que opera no regime de conta corrente fiscal, onde aproveita os créditos, razão pela qual sustenta o lançamento, e solicita a sua manutenção.

VOTO

Inicialmente, verifico que em sua defesa o sujeito passivo solicita o julgamento do Auto de Infração como nulo, todavia, não apresenta a título de preliminar, qualquer elemento que nos termos dos artigos 18 e 39 do RPAF/99 possa ensejar a nulidade do lançamento. Dessa forma, entendendo tal menção como fruto de desconhecimento técnico acerca do sentido da expressão “nulidade”, tratarrei do pedido realizado como de julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

Analizando o mérito do lançamento, constato que o sujeito passivo apenas impugnou de forma objetiva a infração 01, não fazendo qualquer menção às demais, razão pela qual as reputo procedentes, nos termos do artigo 140 do RPAF/99, o qual dispõe que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

De relação à infração 01, constato que o documento trazido na informação fiscal, constante à fl. 152 informa que a atividade do sujeito passivo é depósito de gás, sendo o regime de apuração do imposto “conta corrente fiscal”, ou seja, mecanismo de débito e crédito, e que o regime de apuração do imposto é “normal”.

Tais observações são importantes, pela razão de que o regime de apuração do imposto, bem como a opção do contribuinte pela forma de tributação, alteram substancialmente não só a obrigatoriedade de recolhimento do imposto lançado na ação fiscal, como, de igual modo, traz outras implicações, sob o aspecto tributário.

Verificando as notas fiscais relativas a esta infração, constato que as mesmas, constantes às fls. 14 a 21, são de veículos do tipo “caminhão trator” (notas fiscais 119.413, 136.181, 136.182, 136.183 e 137.673) e “carrocerias gás intermunicipal” (notas fiscais 130.670, 133.451 e 133.865), as quais foram emitidas em operações interestaduais com alíquota de 7%.

A previsão legal para a cobrança de ICMS em tais operações encontra-se nos incisos VII e VIII, do artigo 155 da Constituição Federal, que de forma expressa, determina:

(...) VII - *em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:*

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;*
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;*

VIII - na hipótese da alínea “a” do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Já a Lei 7.014/96, mantendo a mesma linha de entendimento não somente da Carta Magna, como, de igual forma, da Lei Complementar, determina em seu artigo 2º, 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;

E mais: no mesmo dispositivo:

§ 1º São irrelevantes para caracterização do fato gerador:

I - a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo;

II - o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular;

III - a validade jurídica da propriedade ou da posse do instrumento utilizado na prestação do serviço;

IV - o cumprimento de exigências legais, regulamentares ou administrativas, referentes às operações ou prestações;

V - o resultado financeiro obtido com a operação ou com a prestação do serviço, exceto o de comunicação.

§ 2º Considera-se mercadoria, para efeitos de aplicação da legislação do ICMS, qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semoventes, energia elétrica, mesmo quando importado do exterior para uso ou consumo do importador ou para incorporação ao ativo permanente do estabelecimento.

Por outro lado, o inciso XVI do artigo 3º do mesmo diploma legal estipula:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...) § 1º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

I - nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza;

II - nas aquisições de bens ou materiais pela arrendadora ou pela arrendatária, nas operações de arrendamento mercantil;

III - na hipótese de serviço de transporte relativo à aquisição de mercadorias ou bens:

a) a preço CIF;

b) a preço FOB, se o transporte for efetuado em veículo do vendedor ou remetente, quando a parcela do frete estiver incluída no valor da operação.

c) se a operação de remessa for realizada com não-incidência do imposto ou isenção decorrente de convênio. (acrescentada ao inciso III, do § 1º do art. 3º pela Lei nº. 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10)

IV - nas aquisições de bens ou mercadorias com não-incidência do imposto ou isenção decorrente de convênio.

De tais observações, constata-se que as entradas de bens destinados a uso, consumo ou incorporação ao ativo imobilizado se constituem em fato gerador do imposto.

Note-se que a norma legal, contrariamente ao entendimento esposado pelo contribuinte, não explicita a condição ou sistema de apuração do imposto para desonerá-lo de tal obrigação. Também é clara que o autuado não contesta os documentos, valores, nem qualquer outra questão de natureza fática do lançamento, atendo-se, apenas e tão somente à discussão de natureza jurídica, diante da argumentação apresentada, de que o imposto lançado não seria devido, diante

do fato de que sua atividade “é comércio varejista de gás liquefeito de petróleo e transporte rodoviário de cargas, cujos veículos adquiridos são para o transporte de gás liquefeito de petróleo comercializado pela própria empresa, contribuinte do ICMS/BA, desobrigado assim do pagamento da diferença de alíquota conforme determina o RICMS/BA”.

Isso porque, ainda que inscrita estivesse a empresa autuada na condição de empresa optante pelo denominado “SIMPLES NACIONAL”, por força do artigo do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, não estaria desonerada do recolhimento do imposto devido pela aquisição de bens para o ativo fixo:

Art. 386. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:

(...)

VIII - nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, observada a dispensa prevista no art. 7º inciso V deste Regulamento.

Parágrafo único. A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam a alínea “a” do inciso VII e o inciso VIII deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

Conforme já visto anteriormente, de acordo com as informações cadastrais apensadas ao feito, a empresa se encontrava inscrita no Estado da Bahia, na condição de submetida ao regime “normal” de apuração, quando da ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária, o que não permitiria a aplicação do artigo 7º do RICMS/BA, especialmente o inciso IV, alíneas “b” ou “c”, diante da mesma argumentação utilizada anteriormente, vez que a sua admissibilidade encontra-se condicionada ao regime de apuração do imposto, e no caso em tela, reitere-se, a empresa autuada o recolhia à época da autuação através de conta gráfica, ou seja, mediante a escrituração de débitos e créditos fiscais.

Dessa forma, descabe a alegação defensiva, vez, repito, provado no curso do processo que embora tenha como atividade secundária o transporte de cargas, especialmente a de bujões de gás que comercializa, efetivamente encontra-se obrigada a recolher o tributo devido pela aquisição em operações interestaduais de bens destinados ao seu ativo imobilizado.

Por tais motivos, a ação fiscal deve ser mantida em sua inteireza, razão pela qual voto no sentido de que o Auto de Infração seja julgado **PROCEDENTE**.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089008.0801/11-7** lavrado contra a empresa **KEMIGAS COMÉRCIO DE GÁS BAHIA LTDA.**, devendo ser intimada a autuada para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$72.275,08**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alíneas “d” e “f” da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 08 de março de 2012.

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR