

**A. I. Nº** - 298237.0301/11-3  
**AUTUADO** - COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - TRAJANO ROCHA RIBEIRO  
**ORIGEM** - INFAZ EUNÁPOLIS  
**INTERNET** - 16.02.2012

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF Nº 0030-04/12

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **b)** DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Demonstrativos elaborados pela fiscalização comprovam a falta de recolhimento do imposto no período fiscalizado. Infração não elidida. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/01/11, exige ICMS no valor de R\$89.939,76, acrescido da multa de 60%, relativo às seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias adquiridas, oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento - R\$41.990,89.
2. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento - R\$47.948,87.

O autuado na defesa apresentada (fls. 23/29), inicialmente discorre sobre as infrações e preliminarmente diz que as mesmas não procedem por se tratar de Auto de Infração nulo.

Alega que o autuante “reservou-se a colacionar aos autos mapas demonstrativos com números de notas fiscais, mas não procedeu a juntada das referidas notas”, o que no seu entendimento dificulta o exercício do direito de defesa e formação de juízo do julgador administrativo.

Pondera que a falta das notas fiscais conduz à dúvida se as mercadorias foram destinadas a uso ou consumo, ativo, revenda e se os documentos são de outras unidades da Federação. Invoca o disposto no art. 112, II, do CTN, afirmando que “o que não está nos autos não está no mundo”.

Discorre sobre os ensinamentos do professor Samuel Monteiro (Tributos e Contribuições) acerca dos requisitos do auto de infração, como ato administrativo e seus pressupostos de validade.

No mérito, argumenta que a cobrança de ICMS na aquisição de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento, é inconstitucional, por ferir o art. 155, § 2º, IX “a”, da Constituição Federal, que transcreveu à fl. 27 e o art. 20, da Lei Complementar 87/96.

Entende que pela interpretação do texto constitucional, a incidência de ICMS para bens destinados a ativo fixo ou consumo do estabelecimento só ocorre quando se tratar de mercadoria importada, que não é o caso na situação presente, em vista que não as mercadorias, mas os bens foram adquiridos para conservação e manutenção da atividade do estabelecimento autuado.

Transcreve também parte de texto de autoria do tributarista Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário) para reforçar o seu posicionamento de que as operações interestaduais de aquisições de bens de uso e ativo não geram o dever de pagar ICMS e a legislação que exige o imposto fere a Constituição Federal e por isto mesmo são desprovidas de validade jurídica.

Requer que por ser antijurídica a autuação, seja declarada totalmente improcedente.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 34/35) inicialmente discorre sobre as infrações, alegações defensivas e informa que o débito apurado nas planilhas às fls. 11/19 foi feito com base nas notas fiscais de aquisições de mercadorias destinadas ao ativo e consumo do estabelecimento, devidamente registradas no Livro Registro de Entradas (LRE) e declarado nos arquivos magnéticos transmitidos à SEFAZ via sistema SINTEGRA.

Afirma que não procede a alegação de dúvida se as mercadorias adquiridas são destinadas a uso, consumo, ativo, revenda e se tem origem em outras unidades da Federação, visto que as notas fiscais estão em poder do estabelecimento autuado, e devidamente escrituradas nos livros fiscais.

Aduz que as alegações defensivas são meramente protelatórias, sabedor de que são aquisições de mercadorias sujeitas ao pagamento do ICMS da diferença de alíquota, visto que estão devidamente escrituradas e não foi apresentada qualquer documentação que descaracterizasse a infração. Requer a procedência da autuação.

A Secretaria do CONSEF acostou às fls.38/44 juntada de instrumentos de procuração.

#### **VOTO**

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade da autuação sob o argumento de que foram colacionados aos autos mapas demonstrativos com números de notas fiscais, mas não foram juntadas as referidas notas, ficando sem saber se de fato são aquisições interestaduais de bens de ativo e material de consumo, cerceando o seu direito de defesa.

Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99).

O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado, tendo se manifestado sobre os demonstrativos juntados pelo autuante (fls. 11/19), os quais relacionam as notas fiscais, CNPJ dos fornecedores, indicação dos Estados de origem, CFOP 2551 (ativo) e 2556 (consumo), o qual foi elaborado com base nos documentos fiscais e arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado. Portanto, não vislumbro inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do RPAF/BA, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

Também, deve ser ressaltado que sendo o autuado possuidor das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, caberia a ele juntá-las ao processo no momento da apresentação da defesa para constituir provas que descaracterizassem a infração, não podendo ser acolhido o argumento de que a falta das notas fiscais cerceia o seu direito de defesa.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição bens de ativo e material de consumo do estabelecimento.

O autuado contestou a legalidade da exigência do ICMS da diferença de alíquota incidente sobre as operações de aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo ou uso e/ou consumo.

Conforme documento à fl. 9, o autuado exerce atividade de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios (supermercado), logo, contribuinte do ICMS. Verifico que o demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls. 11/19) relaciona aquisições interestaduais de bens do ativo (CFOP 2551), bem como material de uso/consumo (CFOP 2556) conforme relação de notas fiscais. Foi exigido ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna e interestadual na condição de consumidor final.

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.

Por sua vez o §2º, incisos VII e VIII estabelecem:

**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;

Portanto, os dispositivos acima transcritos prevêm que nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e quando destinado a contribuinte do ICMS, nesta hipótese caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto da diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Por sua vez, o art. 2º, IV da Lei nº 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 forem destinados 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 incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Saliento que o autuado não contestou os valores apurados pela fiscalização nos demonstrativos juntados ao processo, tendo apenas questionado a falta de juntada das notas fiscais.

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 **298237.0301/11-3**, lavrado contra **COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$89.939,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR