

A. I. Nº - 207095.0903/11-8
AUTUADO - TERRABRÁS TEERAPLENEGEM DO BRASIL S/A
AUTUANTE - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUSA
ORIGEM - IFEP FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 15.05.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0086-02/12

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DO ATIVO FIXO. A obrigatoriedade no pagamento da diferença de alíquota nesta hipótese está prevista no artigo 5º do RICMS/97. Argumentos defensivos incapazes para elidir a acusação fiscal. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. a) NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 10%. Fato comprovado e não elidido. b) CIAP. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Fato não contestado. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS NOS PRAZOS REGULAMENTARES. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Diferenças constatadas no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado nos livros fiscais. Infrações não impugnadas. Rejeitadas as preliminares de nulidades argüidas na defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/09/2011, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$1.346.969,44, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$573.101,66, nos meses de setembro de 2006, junho, outubro e novembro de 2010, abril e junho de 2011, 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 próprio estabelecimento, conforme demonstrativo à fl. 44.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de setembro de 2009, junho, outubro e novembro de 2010, abril e junho de 2011, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$751.544,256, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo à fl.44.
3. Deixou de escriturar o livro CIAP, referente ao exercício de 2010, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00.
4. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$9.656,08, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de setembro de 2010 a janeiro de 2011, conforme demonstrativos e documentos às fls.15 a 18.
5. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$12.207,45, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, referente aos meses de fevereiro e março de 2011, conforme demonstrativos e documentos às fls. 15 a 18.

O autuado, por seus advogados legalmente constituídos, em sua defesa às fls.160 a 179, após suscitar a improcedência das infrações ou o direito de creditamento do ICMS através de devolução simples do Estado, impugnou as infrações baseado nos seguintes fundamentos fáticos e jurídicos.

Esclarece que é sujeito passivo de ICMS em filial sediada no município de Feira de Santana, e que não é contribuinte do tributo de ICMS nas demais filiais e Matriz, esta sediada em Salvador-Ba.

Discordou da acusação fiscal alegando que os bens objeto da autuação pertencem e foram adquiridos pela Terrabrás – Matriz, CNPJ nº 15.128.515/0001-49, através de recursos próprios desta e programa do governo federal - FINAME, ou seja, de financiamentos junto aos bancos, conforme se depreende dos documentos acostados à sua defesa (notas fiscais, contratos de financiamento, relação de Bancos e registros fiscais junto a Receita Federal), a seguir relacionados:

- a- Banco Santander – BNDES - Contrato nº 93467 – (Doc.207 a 218);
- b- Itaú – BNDES - Proposta nº 322200/09 – (Doc. 219 a 233)
- c- Santander – BNDES - Contrato nº 60004095-01 – (Doc.234 a 246)
- d- Safra – BNDES – Proposta nº 1488/10 – (Doc. 249 a 256)
- e- Safra – BNDES – Proposta nº 12421/10 – (Doc. 257 a 277)
- f- Safra – BNDES – Proposta nº 12419/10 – (Doc. 278 a 300)
- g- Safra – BNDES – Proposta nº 12410/10 – (Doc. 301 a 323)
- h- Safra - BNDES – Proposta nº 12416/10 - (Doc. 324 a 343)
- i- Safra – BNDES – Proposta nº 12408/10 – (Doc. 344 a 364)
- j- Santander – BNDES – Contrato nº 94758 - (Doc.365 a 381)
- k- Santander – BNDES – Contrato nº 94759 – (Doc. 382 a 398)
- l- Safra – BNDES – Proposta nº 12413/10 – (Doc 399 a 419)

Reafirma que os referidos bens legalmente pertencem à Terrabrás – Matriz, não contribuinte do ICMS, conforme legislação de regência e sentença anexada, fls.421 a 429 (10ª Vara da Fazenda Publica do Estado da Bahia), já transitada em julgado, declarando que esta empresa não é contribuinte de ICMS, mas de ISSQN, vez que as empresas de construção civil não são contribuintes da exação objeto desta impugnação, e a atividade de construção civil da empresa é de consumidora final, cujos valores decorrentes de ICMS são aqueles incluídos no preço da aquisição do bem, sem que aja diferencial de alíquota.

Anexou à peça defensiva, os contratos sociais da Impugnante e da Terrabrás – Matriz (doc.466 a 475), para evidenciar que nesta última, o objeto social da sua atividade é de construção civil.

Invocou o artigo 155 do CF/88, 3º, I, II, § 1º, I e II, do Código Tributário do Estado da Bahia, artigo 1º do RICMS/97, com o fito de mostrar erros materiais nas notas fiscais que provocaram a lavratura do auto de infração determinando o pagamento de ICMS, sem que a empresa proprietária dos bens tenha o direito de se creditar ou receber seus créditos em espécie (dinheiro), por não ser contribuinte de ICMS, do que, no seu entender, redundaria em ilegalidade e inconstitucionalidade decorrentes de ato nulo, por não observar o princípio legal e constitucional da não-cumulatividade.

Salienta que as empresas de construção civil têm atividade exclusiva a prestação de serviços, e estão sujeitas a incidência apenas de ISQN, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade, sejam máquinas, equipamentos, ATIVO FIXO, materiais, peças e etc., não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas ao diferencial de alíquota do tributo estadual.

Repete que houve erro material no preenchimento das notas fiscais juntadas ao auto de infração (doc.02), visto que todo e qualquer preenchimento cabível deveria ter sido feito com o CNPJ/MF 15.128.515/0001-49, pois pertencentes à Matriz da Impugnante e não nos da empresa filial, que

consta do CNPJ/MF 15.128.515/0006-53 como posta erroneamente nas notas fiscais anexadas aos autos.

Assim, ratifica o fundamento de se tratar justamente de bens que compõem o ativo fixo, não havendo que se falar em recolhimento do tributo de ICMS, por entender que não se tratam de mercadorias e por esse motivo é descabida a necessidade de escriturações nos livros fiscais, e se assim não o fosse, deveriam ser efetuados na Matriz e não na filial como consta do auto de infração.

Prosseguindo, comenta sobre o princípio da não cumulatividade do imposto, e diz que, no caso, não há como efetuar a operação de compensação tributária, pois no conta-corrente de créditos de ICMS não cabe tal compensação, ou devolução em dinheiro, tendo em vista não ser a Terrabrás-Matriz contribuinte do ICMS, chamando a atenção para o disposto na Lei Complementar 87/96.

Argumenta que se prevalecer a autuação, teria direito de reaver, através de devolução simples pelo Estado, ora impugnado o valor existente do crédito de ICMS, já que o mesmo insiste em afirmar que aquela é contribuinte de tal imposto, sob pena de configurar enriquecimento ilícito do Estado.

Transcreve a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sobre o direito de creditamento do ICMS sobre bens destinados ao consumo ou ao ativo fixo, destacando que os mesmos não podem ser considerados mercadorias nem a sua circulação.

Reafirma que os bens objeto da autuação pertencem ao estabelecimento matriz da empresa, e não estão sujeitos ao pagamento do diferencial de alíquotas, e transcreve o artigo 5º, XXII, da CF/88 e artigo 1.228 do Código Civil de 2002, que tratam do direito do proprietário gozar dos privilégios e das garantias da propriedade.

Argui a inconstitucionalidade da cobrança do ICMS ou de qualquer diferencial de alíquota em operações de aquisição de ativo fixo para a empresa, dizendo que a mesma já foi devidamente reconhecida e pacificada na Corte Suprema.

Além disso, aduz que as empresas de construção civil são em regra contribuinte apenas de ISSQN, por serem prestadoras de serviços e não comerciantes, e quando adquirem materiais para empregarem em suas obras ou mesmo para compor o seu ATIVO FIXO, não estão compelidas a satisfazer a diferença em virtude de alíquota maior do ICMS, pois não assiste razão em cobrar diferencial de alíquota de um tributo se o contribuinte não pratica o fato gerador. Sobre esta questão, transcreveu a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Considerou desnecessária a escrituração das notas fiscais, afirmando que os bens descritos nas notas fiscais, pertencem à empresa Terrabrás Terraplenagens do Brasil S/A, com CNPJ nº 15.128.515/0001-49, e sendo esta pessoa jurídica não contribuinte de ICMS, sustenta que não há que se falar ou questionar sobre obrigações acessórias decorrentes de atividades exclusivas de contribuintes do ICMS, conforme jurisprudência citada dos tribunais.

Observa que nos documentos inerentes à receita federal anexos, os bens encontram-se devidamente escriturados nos livros de escrituração contábil para a Receita Federal, conforme documentos anexados (docs.fls.431 a 464).

Comenta sobre princípios de razoabilidade e proporcionalidade, entendimento corroborado pelo STF.

Considerou duvidoso o lançamento, dizendo que é necessário que se comprove de forma segura a ocorrência do fato gerador do ICMS, e por se tratar a atividade fiscalização plenamente vinculada (Código Tributário Nacional, arts. 3º e 142), cumpre à fiscalização realizar as inspeções necessárias à obtenção dos elementos de convicção e certeza indispensáveis à constituição do crédito tributário.

Por fim, requer:

1 - A IMPROCEDÊNCIA do respectivo auto de infração em razão das ilegalidades e inconstitucionalidades da cobrança apontada;

2 - Não sendo, por absurdo intraduzível, seja acolhido o pedido anterior, pugnando pela conversão do auto em diligência para que seja possibilitada a produção das provas não apresentadas e/ou não admitidas. Como, por exemplo, a apresentação de outros documentos que possam provar que a Impugnante não é contribuinte de ICMS, entre outras;

3 - Requer ainda, sejam as justificações apresentadas acolhidas sendo, assim, reconhecida a impossibilidade de pagamento de tributo de ICMS, bem como de escriturar os livros fiscais, vez que a Matriz da Impugnante não é contribuinte de tal imposto e ser a obrigação acessória descabida;

4 - Por fim, caso na sejam acolhidas as razões da Impugnante, seja reconhecido o direito da Matriz da Impugnante, o creditamento de ICMS, através de devolução simples pelo Estado, ora Impugnado.

5- E de tudo exposto, que ao final seja julgado improcedente o auto de infração.

Documentos acostado à impugnação pelos patronos do autuado.

- I) Procuração – fl. 182;
- II) Cópia do Auto de Infração – fls. 184 a 188;
- III) Notas Fiscais + Cédulas de Crédito Bancário – Programa FINAME – fls. 189 a 419;
- IV) Decisão e parecer do Ministério Público do processo de nº 873898-6/2005 pertencente à impugnante, afirmando não ser a mesma contribuinte de ICMS – fls. 421 a 429;
- V) Escrituração Contábil para a Receita Federal + Comprovantes de pagamento do FINAME-Safra – fls. 431 a 464;
- VI) Contratos Sociais da impugnante e da Terrabrás-Matriz – fls. 465 a 475.

O autuante presta sua informação fiscal, fls.316 a 319, e aduz que a defesa, apesar de tempestiva fora apresentada por estabelecimento diverso ao do auto de infração, caracterizando incapacidade passiva *ad causam* nos termos dos artigos 3º, 4º e 5º do RPAF/97.

Diz que o estabelecimento autuado é inscrito no CAD-ICMS sob nº 83.572.429NO e no CNPJ/MF: 15.128.515/0006-53, e tem como atividade econômica a extração e britamento de pedras e outros materiais para construção e beneficiamento associado.

Transcreveu o artigo 42 do RICMS/97 que trata da autonomia de estabelecimentos.

Afirma que os bens do ativo imobilizado foram adquiridos através de notas fiscais não registradas no Livro de Entradas pelo estabelecimento filial autuado, e não pela matriz, ora impugnante.

Rebateu as razões defensivas dizendo que o estabelecimento matriz, ora Impugnante, tenta a todo custo vincular os bens de produção adquiridos pelo da filial de Feira de Santana, autuada, como sendo de sua propriedade, para tanto narra verdadeira confusão entre os dois estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, salientando que o artigo 123, do RPAF/97, dispõe diferentemente da Defesa apresentada por outro estabelecimento.

Conclui dizendo que em consonância com o parágrafo 4º do art. 4º e art. 123, ambos do RPAF, em virtude da DEFESA ter sido apresentada por outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica, solicita que o PAF seja encaminhado ao Sr. Inspetor Fazendário a fim de que, mediante despacho fundamentado, proceda ao que determina o primeiro dispositivo acima, e que caso não seja esse o entendimento, seja este PAF encaminhado ao CONSEF, para conhecimento e julgamento, pugnando pela procedência do auto de infração.

Considerando que o presente auto de infração foi lavrado em nome do estabelecimento do autuado inscrito no CAD-ICMS da Secretaria da Fazenda sob nº 83.572.429 (CNPJ nº 15.128.515/0006-53 e a defesa foi apresentada por outro estabelecimento inscrito sob nº 83.572.429 NO e no CNPJ/MF: 15.128.515/0001-49.

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 27/02/2012, visando a realização de

diligência, sendo decidido pela sua desnecessidade, uma vez que os autos contém todos os elementos formais na sua constituição, inclusive que deve ser conhecida a defesa formulada pelo estabelecimento do autuado.

VOTO

Preliminarmente analisando a questão levantada pelo autuante, referente a arguição de que a defesa, apesar de tempestiva fora apresentada por estabelecimento diverso ao do auto de infração, caracterizando incapacidade passiva *ad causam*, verifico o seguinte.

De fato quem apresentou a impugnação às fls.160 a 179 foi o estabelecimento matriz inscrito no CNPJ/MF sob nº 15.128.515/0001-49, representado pelos advogados Daniel Gomes Brito e Grazielle Samare Vital, OAB/BA 12.189 e 32.769, respectivamente, legalmente constituídos conforme Procuração à fl. 182.

De acordo com o artigo 4º do RPAF/99, *in verbis*: *Tem legitimidade para postular todo aquele a quem a lei atribua responsabilidade pelo pagamento de crédito tributário ou cumprimento de obrigação acessória, ou que esteja submetido a exigência ou medida fiscal de qualquer espécie.*

No caso, não acolho o entendimento do autuante, pois não existe no PAF nenhum vício de legitimidade, foi assinada por pessoa com competência para fazê-lo por se tratar do estabelecimento matriz, e tem interesse legítimo para postular neste processo, haja vista que, apesar da autonomia dos estabelecimentos, pode figurar como o responsável tributário sobre a lide.

Quanto aos aspectos constitucionais abordados, destacamos a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

Relativamente ao pedido do defendente para *que seja possibilitada a produção das provas*, ressalto que o processo foi submetido a pauta suplementar do dia 27/02/2012, visando a realização de diligência, sendo decidido pela sua desnecessidade, uma vez que os autos contém todos os elementos formais na sua constituição, ficando, indeferido tal pedido com fulcro no artigo 147, I, “b”, do RPAF/99.

Superadas tais questões, passo agora a analisar o mérito das infrações imputadas ao autuado.

No Auto de infração foram imputadas ao autuado as seguintes infrações: 1) falta de recolhimento do diferencial de alíquotas em aquisições de bens destinados ao ativo fixo; 2) falta de escrituração de notas fiscais de mercadorias tributáveis no Registro de Entradas; 3) falta de escrituração do CIAP; 4) recolhimento a menor do imposto apurado no livro RAICMS; e 5) falta de recolhimento do imposto lançado no livro RAICMS.

Quanto às infrações 02, 03 e 04, referentes a: falta de escrituração do CIAP; recolhimento a menor do imposto apurado no livro RAICMS; e falta de recolhimento do imposto lançado no livro RAICMS, respectivamente, o defendente não fez em sua peça defensiva qualquer alusão a elas. Por isso, considero-as subsistentes, por restarem caracterizadas conforme comprovam os demonstrativos acostados às fls.15 a 41, e tacitamente reconhecidas.

No tocante às infrações 01 e 02, a acusação fiscal diz respeito ao não pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens do Ativo Fixo, e não escrituração das notas fiscais nestas aquisições.

A obrigatoriedade no pagamento da diferença de alíquota está prevista no artigo 5º do RICMS/97, enquanto que a obrigatoriedade na escrituração das notas fiscais está prevista no artigo 322 do mesmo Regulamento.

A autuação está fundamentada nas mesmas notas fiscais especificadas no demonstrativo acostado à fl. 44. Examinando as cópias das notas fiscais, constato que realmente nelas constam como destinatário/adquirente o contribuinte que foi autuado.

O defendente reconhece que o estabelecimento (filial), estabelecido no município de Feira de Santana, é contribuinte de ICMS, inclusive foram lançados no Auto de Infração (infrações 03 e 04) valores referente a imposto declarado nos livros fiscais e não impugnados conforme comentado acima. Registro que o estabelecimento autuado encontra-se cadastrado na Secretaria da Fazenda na condição de contribuinte “normal”, e nesta condição está submetido ao pagamento do ICMS nas operações que realiza sujeitas a esse imposto. Além do mais, em que pese as empresas de construção civil inscritas na condição de “contribuintes especiais” serem dispensados de escrituração de livros fiscais e da apresentação de DMA, efetivamente o que determina se uma empresa é ou não contribuinte do ICMS não é o fato de ele estar inscrito ou não no cadastro fazendário, mas sim a efetiva natureza de seus negócios, atendido a habitualidade.

Contudo, o defendente impugnou os itens 01 e 02, com base na alegação de que houve erro material no preenchimento das notas fiscais, pois os bens objeto da autuação pertencem e foram adquiridos pela Terrabrás – Matriz, CNPJ nº 15.128.515/0001-49, através de recursos próprios desta e programa do governo federal - FINAME, ou seja, de financiamentos junto aos bancos, conforme cópias de cédulas de crédito bancários, fls.192 a 421, e assim argumentando, que não teria obrigação de escriturar os livros fiscais no estabelecimento autuado. Além disso, argüiu que os financiamentos foram contabilizados na matriz, que não é contribuinte do ICMS, fundamentando esta alegação através de sentença da 10ª Vara da Fazenda Publica do Estado da Bahia.

Observa-se que o núcleo central do inconformismo do defendente quanto ao lançamento dos itens em comento, é que os bens pertencem à matriz, e que não é devido o imposto e a escrituração das notas fiscais por não ser contribuinte do ICMS.

Não acolho tais alegações, visto que os documentos fiscais foram emitidos contendo todos os dados cadastrais do estabelecimento autuado, e foram recebidos pelo mesmo, e se, de fato, ocorreu erro no preenchimento dos documentos fiscais, considerando-se que o estabelecimento autuado é contribuinte do ICMS, deveria proceder na forma prevista no RICMS/BA, providenciando as cartas de correção, se fosse o caso.

Sobre o argumento de que os bens foram financiados pelo estabelecimento matriz e nele contabilizados, também não vejo como prosperar tal alegação, porque, por se tratar de empresa sociedade anônima, em que a contabilidade para os fins legais deve ser feita na matriz, não poderia os agentes financeiros contrair operações de financiamento com a filial, haja vista que a responsabilidade é dos sócios de todo o grupo empresarial. Por outro lado, isso não impede que a apropriação dos créditos fiscais fosse feita pelo respectivo estabelecimento.

No que tange a sentença da 10ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia, julgada com base em parecer do Ministério Público no Processo nº 873898-6/2005 (fls.421 a 429), restando caracterizadas as infrações pelo estabelecimento autuado (filial) na condição de contribuinte do ICMS, considero inaplicável ao presente processo a referida sentença, tendo em vista que o *mandamus* versa sobre liberação de mercadorias e de cobrança de ICMS por meio de execução fiscal do estabelecimento matriz, conforme afirma o próprio defendente, e portanto, não aplicável ao presente caso.

Relativamente sobre a alegação de que, se prevalecer a autuação, não teria como reaver os créditos fiscais em atenção ao princípio da não cumulatividade, não cabe apreciação neste processo, pois além da previsão legal de que não é devido o crédito nas aquisições interestaduais bens do ativo fixo, destacado nos documentos fiscais, a não ser através do CIAP pelo estabelecimento autuado, esta matéria deve ser formulada em processo específico, se assim continuar entendendo o patrono do autuado.

Mantido o lançamento dos itens comentados.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207095.0903/11-8, lavrado contra

ACÓRDÃO JJF Nº 0086-025/12

TERRABRÁS TERRAPLENAGENS DO BRASIL S/A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$594.965,19**, acrescido da multa de 60%, previstas no artigo 42, II, “b”, “e”, “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no total de **R\$752.004,25**, prevista nos incisos IX e XV, alínea “d”, do citado dispositivo legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR