

A. I. Nº - 017464.0003/11-7  
AUTUADO - PERELO IMPORTAÇÃO COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.  
AUTUANTE - BELANÍSIA MARIA AMARAL DOS SANTOS  
ORIGEM - INFACIL ILHÉUS  
INTERNET 04.06.2012

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0154-05/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA; 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO; 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO; 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DESTINADOS: a) USO E CONSUMO. Exigências reconhecidas e recolhidas pelo autuado; b) ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Razões de defesa insuficientes para elidir a acusação. Existência de previsão legal para exigência do tributo. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 15/12/11, para exigir o débito no valor de R\$ 41.543,45, em decorrência da constatação de seis infrações, relativas ao exercício de 2008, consoante documentos às fls. 8 a 299 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 5.460,21, relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadoria;

Infração 02 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 5.852,35, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e adquiridas para fins de comercialização.

Infração 03 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 608,01, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 88 e 89;

Infração 04 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 1.010,05, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento;

Infração 05 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 139,96, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento;

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;

O autuado, às fls. 304 a 311, apresenta defesa tempestiva, na qual aduz que as infrações 1 a 5 foram adimplidas pelo autuado, conforme DAE à fl. 314 dos autos.

Quanto à infração 6, diz que a exigência fere em cheio o art. 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição Federal, o qual transcreve, e o art. 20 da 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 em debate, pois os bens e não mercadorias foram adquiridos para conservação e manutenção da atividade do autuado. Cita doutrina e Parecer da SEFAZ/BA, no qual conclui que “Nas aquisições interestaduais de bens utilizados exclusivamente na prestação de serviço de hospedagem, não é devido o recolhimento do diferencial de alíquotas. Constituição Federal, art. 155, § 2º, inciso VII, “b”, e RICMS – BA/97, art. 5º.”

Defende que “Por ser antijurídica a autuação acima, deve ser declarada totalmente improcedente.”, por conter vício de natureza constitucional.

A autuante, ao prestar a informação fiscal às fls. 317 a 321 dos autos, aduz que não procedem as alegações de defesa, uma vez que a exigência se refere ao ICMS diferencial de alíquota das mercadorias recebidas de outra unidade da Federação, embasada no artigo 1º, 2º, incisos I e V; art. 5º, inciso I; art. 36, § 2º, inciso XIV; arts. 69, 72, 111, inciso III, alínea “a”; art. 124, inciso I, e art. 131 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, os quais transcreve.

Diz que o autuado entra em contradição ao recolher o ICMS diferencial de alíquota das mercadorias adquiridas para uso/consumo lançadas nas infrações 4 e 5 do Auto de Infração e defende a infração 6 da mesma natureza que se refere ao ICMS diferencial de alíquota das mercadorias ou bens adquiridos para compor o ativo fixo da empresa. Mantém a ação fiscal.

Instado a tomar ciência da informação fiscal, o autuado não se pronuncia.

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.

## 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 defendant, 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.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 017464.0003/11-7, lavrado contra **PERELO IMPORTAÇÃO COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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, 24 de maio de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/ RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA