

A. I. Nº - 299131.1124/12-9
AUTUADO - PRONTU INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LUIZ MORAES DE ALMEIDA JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTONIO DE JESUS
INTERNET - 06/09/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0189-03/12

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Incide o ICMS na entrada ou utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte de imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente. Infração não elidida pelo autuado. Lançamento mantido. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 27/03/2012, exige ICMS no valor de R\$21.022,47, acrescido da multa de 60% em razão das seguintes irregularidades:

1. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento nos meses de fevereiro, março, junho, agosto e dezembro de 2009 no valor de R\$20.734,31. Consta na descrição dos fatos que os bens foram adquiridos antes da vigência da Resolução Desenvolve 86/2010;
2. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento nos meses de janeiro, abril, maio, julho de 2009, janeiro, agosto e novembro de 2010, no valor de R\$288,16.

O autuado ingressa com defesa, tempestivamente, fls.30/42, e diz que demonstrará que a presente autuação colide com a vedação ao princípio constitucional da *não-cumulatividade* consagrado na Constituição Federal de 1988. Transcreve o art.155, §2º da Constituição Federal de 1988. Sobre a não-cumulatividade cita e reproduz ensinamentos dos juristas Misabel Abreu Machado Derzi, Sacha Calmon Navarro Coelho, Roque Antonio Carraza e Geraldo Ataliba.

Afirma que uma legislação inferior à Constituição Federal, que determine de forma diversa do ali preceituado gozará de gritante inconstitucionalidade e deverá ser rechaçada do ordenamento jurídico.

Assevera que não obstante esta realidade, o art. 93, §17, inciso I do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, que transcreve, tenta cercar o direito do crédito fiscal ao contribuinte.

Alega que a legislação estadual tenta obstruir um direito líquido e certo do contribuinte assegurado constitucionalmente, ao delimitar a forma de recuperação do crédito gerado pela operação onde incidiu o ICMS, que, segundo seus dizeres somente poderia ser realizado em 48 parcelas. Diz que dessa forma, a legislação baiana, por meio de mero regulamento, limita o seu direito ao crédito do ICMS, onde a Constituição Federal não limitou, nem autorizou que o pudesse fazer a legislação inferior, tornando-se flagrantemente inconstitucional.

Sobre a apuração do ICMS, escrituração de débitos e créditos, transcreve lição de Júlio de Castilhos Ferreira. Reproduz o art. 20 da Lei Complementar 87/96.

Aduz que tendo o Autuado direito à utilização de 100% (cem por cento) do crédito gerado pela aquisição de bem para o seu ativo imobilizado, segundo a ótica do princípio da *não-cumulatividade*, nada deve ao fisco do Estado da Bahia, pois débito e crédito, neste caso, se confundiram, zerando-se as contas. Sobre o princípio da não-cumulatividade cita jurisprudência.

Sustenta que este CONSEF possui competência para apreciar questões que versem sobre a inconstitucionalidade de dispositivos aplicados. Cita o doutrinador Dejalma de Campos e Hugo de Brito Machado que entende reforçar sua tese. Aduz ser uma falácia se dizer que os órgãos da administração não podem decidir sobre questão de constitucionalidade de norma, vez que, esta própria disposição, em última análise, é quem mais fere a Carta Magna.

Requer seja o Auto de Infração julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal, fls.50/52, contestando a defesa. Diz não entender o porquê de o autuado ter dispensado várias páginas para discutir competência e não cumulatividade tributária, citando renomados juristas. Afirma que o autuado faz alusão ao CIAP – Controle de Crédito do ICMS do Ativo Permanente, alegando não precisar recolher a diferença de alíquotas já que posteriormente poderia se creditar do imposto sobre as aquisições do imobilizado à razão de 1/48 mensais.

Discorre sobre o CIAP no contexto da lei complementar nº 87/96. Aduz que fatos que envolvam operações com ativo permanente têm características diferenciadas relativamente ao crédito do imposto ICMS que deve ser dividido em 48 vezes, creditando-se apenas de 1/48 por mês, controlando tais registros através do CIAP.

Sustenta que sobre as infrações 1 e 2, o autuado não faz qualquer contestação em sua defesa, portanto não haveria o que discutir. Argumenta que o contribuinte desperdiça a oportunidade de exercer a ampla defesa e o contraditório para elaborar uma impugnação com intuito meramente protelatório, como expediente para adiar o pagamento do débito fiscal para o Estado da Bahia. Requer seja aplicada ao autuado a penalidade prevista no inciso VII, arts.17 e 18 do Código de Processo Civil – CPC.

Opina pela procedência da autuação.

VOTO

No presente lançamento fiscal o contribuinte foi acusado da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e ao uso e consumo do estabelecimento.

A princípio, verifico que o lançamento de ofício em lide foi realizado em conformidade com a Lei nº 7.014/96 e o RICMS/BA, como também observou as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente as contidas no seu art.39, estando claramente identificada a infração, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte.

No mérito, constato que as infrações estão demonstradas nas planilhas fls.14/15, sobre as quais o contribuinte teve ciência, não fazendo qualquer contestação aos valores ali registrados. Vejo também que o autuante anexa cópia do livro Registro de Entradas, com lançamento das notas fiscais de aquisição dos bens referidos na autuação.

Observo que ocorre o fato gerador do ICMS para efeito de pagamento da diferença de alíquotas, no momento da entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento, nos termos do art. 2º, Inciso IV da Lei 7.014/96, *in verbis*:

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;

De acordo com as alegações defensivas, a fiscalização não teria respeitado seu direito à utilização de 100% (cem por cento) do crédito gerado pela aquisição de bem para o seu ativo imobilizado, ferindo o princípio da *não-cumulatividade*, previsto na Constituição Federal de 1988.

Pelo que consta nos autos, verifico que a irregularidade atribuída ao autuado não foi a de utilização indevida de crédito fiscal, e sim, a falta do recolhimento do ICMS devido em aquisições interestaduais de bens e materiais para ativo permanente e uso e consumo do estabelecimento. O levantamento de tais operações não envolve lançamentos de diferença entre créditos e débitos. A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem, conforme art.69 do RICMS/BA, estando correto o procedimento fiscal.

O autuado em sua defesa limita-se a contestar a constitucionalidade da legislação estadual. Sobre esta matéria é expresso o RPAF/BA, em seu art.167, inciso I, que reproduzo:

*Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:
I - a declaração de inconstitucionalidade;*

Concluo pela subsistência destas infrações, tendo em vista que é devido o imposto relativo a diferença de alíquotas nas operações em análise, não tendo o contribuinte trazido aos autos a prova necessária para elidir a autuação.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299131.1124/12-9**, lavrado contra **PRONTU INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.022,47**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, incisos II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR