

A. I. Nº - 017903.0701/11-3
AUTUADO - PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.
AUTUANTE - GERALDO BRITO NUNES
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 19. 09. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0205-01/12

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. As notas fiscais acostadas ao processo comprovam que as operações relacionadas nesse item do lançamento são classificadas como interestaduais. Nessa situação, é indevida a redução da base de cálculo. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. É devido o pagamento da diferença do imposto entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas ativo imobilizado e ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Mediante diligência, foram efetuadas correções no cálculo do imposto. Infrações parcialmente caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/07/11, exige ICMS, no valor de R\$ 520.087,35, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 1 - Recolheu a menos ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de março a junho, agosto, novembro e dezembro de 2010. Foi lançado imposto no valor de R\$ 156.777,79, mais multa de 60%.

Infração 2 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a abril, julho, agosto e outubro de 2010. Lançado imposto no valor de R\$ 360.591,14, acrescido de multa de 60%.

Infração 3 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a março, junho, agosto e outubro de 2010. Lançado imposto no valor de R\$ 2.718,42, acrescido de multa de 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 117 a 129), na qual afirma que o Auto de Infração não merece prosperar, conforme relatado a seguir.

Quanto à Infração 1, diz que as operações de saídas de britas e areias, realizadas para o Exército Brasileiro, a União Fabricação e Montagem Ltda. e a Conduto Companhia Nacional de Dutos, conforme contratos de fornecimentos de mercadorias, ordem de serviços, declaração e notas fiscais anexadas aos autos (fls. 131 a 139 e 189 a 259), com a redução da base de cálculo em 33,33%, foram

realizadas de acordo com o art. 82, III, do RICMS-BA/97, cujo teor reproduziu.

Ressalta que as mercadorias foram empregadas em obras realizadas no Estado da Bahia, em operações internas, conforme o Termo de Contrato nº 078-11º BECnst/2009 - Contratante Exército Brasileiro (fls. 131 a 137), a Ordem de Compra da União nº 006421 (fl. 138) e a declaração da Conduto Companhia Nacional de Dutos. Diz que, assim, trata-se de operações realizadas internamente e, portanto, não há porque se falar em ilegalidade da redução da base de cálculo.

Destaca que nas Notas Fiscais de Saída, nºs 17302 e 17303 (fls. 189 e 190), destinadas à União Fabricação e Montagem Ltda., consta o endereço de entrega das mercadorias. Diz que esse fato comprova que as vendas foram realizadas e as mercadorias entregues no Estado da Bahia. Afirma que, desse modo, reduziu a alíquota [base de cálculo] do ICMS devidamente e, portanto, o Auto de Infração deve ser anulado.

Ressalta que as notas fiscais foram emitidas em nome de empresas localizadas em outras unidades da Federação apenas para efeito de pagamento do valor devido. Afirma que os documentos retro citados (contrato de compra e venda firmado com o Exército Brasileiro, a ordem de compra da União e o contrato de compra e venda firmado com a Conduto) comprovam que os fatos geradores das operações foram realizadas dentro do Estado da Bahia.

Menciona que as quantidades de brita constantes nas notas fiscais demonstram que seria impossível transitar com tais mercadorias em apenas uma nota fiscal. Reafirma que tais operações foram apenas para efeito de faturamento e que, equivocadamente, teve como natureza da operação “venda”.

Sustenta que o Auto de Infração deve ser anulado, para que não se pratique uma injustiça.

No que tange à Infração 2, diz que a exigência fiscal não deve prosperar, uma vez que não deixou de recolher a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de máquinas, caminhões, aparelhos e equipamentos. Diz que procedeu conforme previsto no artigo 77, incisos I, II e III, alíneas “a” a “g”, combinado com a alínea “a” do inciso III do artigo 51, do Convênio ICMS 52/91 [do RICMS-BA/97], cujo teor reproduziu.

Diz que o autuante foi omisso quanto ao que dispõe a alínea “a” do inciso III do artigo 51 do Convênio nº 52/91 [RICMS-BA/97], cujo teor reproduz.

Assevera que não procedeu de forma errônea ao deixar de recolher a diferença da alíquota, pois no presente caso a alíquota correta é de 12%, e não de 17%.

Salienta que o autuante não considerou os pagamentos efetuados sob o código de receita 0791 - ICMS COMPLEMENTO ALÍQUOTA USO/CONSUMO ATIVO FIXO, conforme documento emitido pela própria SEFAZ, denominado Extrato dos pagamentos realizados – histórico dos DAE's e /ou GNREs – Período: 01/01/2010 a 31/01/2011, anexados aos autos (fls. 162, 163, 263 e 267 a 273). Acostou à fl. 276 um levantamento referente ao imposto tratado na infração em comento. Diz que o Auto de Infração deve ser anulado quanto à infração em tela.

Relativamente à Infração 3, diz que o disposto no artigo 77, incisos I, II e III, alíneas “a” a “g”, combinado com a alínea “a” do inciso III do artigo 51 do Convênio ICMS 52/91 [RICMS-BA/97] ampara o seu procedimento e, desse modo, esse item do lançamento também deve ser anulado.

Ao finalizar, solicita que seja anulado o Auto de Infração e, cancelado o débito tributário. Requer que as intimações e notificações acerca do presente feito sejam encaminhadas ao profissional que assina a defesa, no endereço que declina, sob pena de nulidade. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito.

O autuante presta a informação fiscal (fls. 280 a 282) e, referindo-se à Infração 1, afirma que o que caracteriza se uma operação é interna ou interestadual é o endereço do destinatário no cabeçalho da nota, ou seja, se o endereço é em outro estado, a operação é interestadual e não interna. Em relação às vendas efetuadas para o Exército Brasileiro, diz que o autuado se beneficiou duas vezes, pois,

além de utilizou a alíquota interestadual de 12%, também reduziu a base de cálculo em 33,33%, benefício que é previsto para as operações internas, cuja alíquota é de 17%. Diz que, além das vendas para o Exército Brasileiro, o autuado vendeu para a União Fabricação e Montagem, empregando indevidamente a redução de base de cálculo prevista apenas para as operações internas, a teor do disposto no artigo 82 do RICMS-BA/97.

No que concerne à Infração 2, afirma que a defesa é tão confusa, que fica difícil entender o que o defendant deseja. Explica que as reduções de base de cálculo citadas são oriundas do Convênio ICMS 52/91 e nada têm a ver com aquisições interestaduais para o ativo imobilizado. Salienta que esse Convênio e as referidas reduções tratam de saídas de produtos elencados nos Anexos I e II do citado convênio e apenas para as NBM e NCM contempladas. Menciona que a alíquota de 12% prevista no art. 51 é para operações de saídas, e não para entradas como quer o autuado.

Relativamente à Infração 3, reiterar que o Convênio ICMS 52/91 estabelece critérios, reduções e alíquotas diferenciadas, quando da saída do estabelecimento industrial. Transcreve o disposto nos artigos 1º, I, §2º, IV, 5º, I, e 47, XIV, do RICMS-BA/97.

Quanto aos alegados pagamentos efetuados, diz que o autuado comete um grande equívoco, pois o Auto de Infração foi baseado exclusivamente nas notas fiscais que não tiveram o diferencial de alíquotas recolhido no prazo, estando todas anexas ao processo (fls. 12 a 111). Frisa que cabe ao autuado comprovar que pagou a diferença de alíquota relativamente àquelas notas.

Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Após apreciação em pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência à INFRAZ Teixeira de Freitas, para que fosse designado auditor fiscal estranho ao feito para efetuar revisão fiscal visando atender às seguintes solicitações: a) que fosse refeita a apuração dos valores devidos nas Infrações 2 e 3, considerando a alíquota interna e carga tributária aplicáveis às operações com os produtos em questão, atentando para o disposto nos artigos 51, III, e 77, I, II e III, ambos do RICMS-BA/97; b) que fossem incluídos na apuração do imposto devido os recolhimentos efetuados pelo autuado a título de diferença de alíquota, relativamente às operações em tela.

A diligência foi atendida, conforme fls. 290 e 291, tendo o revisor informado, quanto à Infração 2, que após a análise das notas fiscais de aquisição, considerando a NCM de cada produto, elaborou um novo demonstrativo, tomando por base o demonstrativo elaborado pelo autuante (fl. 8), tendo apurado um valor devido de R\$ 176.291,88, conforme fls. 292.

Quanto aos alegados recolhimentos, afirmou que efetuou uma análise da documentação acostada ao processo, porém não foi possível determinar se tais recolhimentos corresponderiam às operações relacionadas na autuação. Menciona que os DAEs referentes aos meses de fevereiro e abril de 2010 (fls. 271 e 272) não indicam no campo “Informações Complementares” as notas fiscais listadas na autuação, mas sim outras notas fiscais. Em relação a uma parte dos demais recolhimentos, diz que nos DAEs há apenas a indicação “anexo planilha com nº das notas fiscais”, sendo que essa planilha não foi apresentada pelo autuado na defesa. No que tange aos demais DAEs, afirma que não houve na coluna “Outros Débitos” lançamento de diferença de alíquotas.

Relativamente à Infração 3, diz que após a análise das notas fiscais de aquisição e da NCM de cada produto, elaborou o demonstrativo de fl. 293, adequando a apuração ao disposto nos artigos 51, III, e 77, I, II e III, do RICMS-BA/97, tendo apurado um débito no valor de R\$ 2.350,02.

No que tange aos recolhimentos alegados na defesa, diz que não foi identificado qualquer pagamento referente à infração em comento.

O autuado foi notificado do resultado da diligência, fls. 295 a 297, porém não se pronunciou.

Após apreciação em pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência à INFRAZ Teixeira de Freitas, para que o autuante fosse cientificado do resultado da diligência, conforme constava no pedido de diligência à fl. 285.

Conforme despacho à fl. 301, foi informado que o autuante já estava aposentado, conforme comprova a fotocópia do Diário Oficial do Estado acostada à fl. 300. Também consta que foi em decorrência da aposentadoria do autuante que a diligência fora efetuada pelo Auditor Fiscal Carlos Eduardo Pamponet Dantas.

VOTO

Na Infração 1, o autuado foi acusado de ter recolhido ICMS a menos em decorrência de redução indevida de base de cálculo, nas operações de saídas interestaduais de brita.

O disposto no artigo 82, inciso II, do RICMS-BA/97, prevê que será reduzida em 33,33% a base de cálculo do ICMS nas operações de *saídas internas* de pedra britada e de mão.

O autuado sustenta que utilizou a redução de base de cálculo de acordo com o art. 82, inc. II, do RICMS-BA/97, que as mercadorias foram empregadas em obras realizadas no Estado da Bahia e que as notas fiscais foram emitidas em nome de empresas localizadas em outros Estados apenas para fins de pagamento do valor devido.

Considerando que a redução da base de cálculo é um tipo de benefício fiscal, a legislação aplicável deve ser interpretada de forma literal. Desse modo, o cerne da questão está em saber se as operações relacionadas na infração em comento são, ou não internas.

O RICMS-BA/97, no §8º do art. 2º, define operação interna e interestadual da seguinte forma:

§ 8º Entende-se por operação ou prestação:

I - interna aquela em que o remetente ou prestador e o destinatário da mercadoria, bem ou serviço estejam situados na mesma unidade da Federação;

II - interestadual aquela em que o remetente ou prestador e o destinatário da mercadoria, bem ou serviço estejam situados em unidades da Federação diferentes.

Analizando as notas fiscais relacionadas na infração em comento, constata-se que o remetente e o destinatário da mercadoria estão em unidades da Federação diferentes. Dessa forma, as operações são classificadas como interestaduais. A natureza interestadual das operações fica patente quando se observa que, nas notas fiscais emitidas, o próprio autuado utilizou a alíquota interestadual ao calcular o imposto.

São irrelevantes para a caracterização das operações as alegações de que os produtos foram utilizados no Estado da Bahia ou que as notas fiscais foram emitidas em nome de empresas localizadas em outro Estado apenas para fins de pagamento ou faturamento. Do mesmo modo, o fato de as operações de saídas terem sido realizadas de conforme contrato de fornecimento de mercadorias também não possui o condão de modificar a natureza de operação interestadual.

O autuado faz alusão à quantidade de mercadoria consignada nas notas fiscais, bem como diz que esses documentos fiscais foram emitidos apenas para fins de faturamento.

De plano, afasto esses argumentos defensivos, uma vez que não são capazes de descharacterizar a natureza interestadual das operações realizadas. Ressalto que, caso as operações em tela fossem referentes a vendas a ordem ou para entrega futura, como tenta fazer crer a defesa, deveria o autuado ter comprovado o atendimento das determinações contidas nos artigos 411 e 412 do RICMS-BA/97, o que não foi feito.

Em face ao acima exposto, restou caracterizado que as operações discriminadas na infração em análise eram interestaduais e, portanto, não era cabível a redução de base de cálculo prevista no inciso III do artigo 82 do RICMS-BA/97. Uma vez que o autuado indevidamente reduziu a base de cálculo das operações relacionadas na autuação, a Infração 1 subsiste integralmente.

Quanto às Infrações 2 e 3, o defensor afirma que não deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas e que procedeu conforme previsto no art. 77, I, II e III, combinado com o art. 51, II, “a”, tudo do RICMS-BA/97. Frisa que os bens em tela são tributados internamente à

alíquota de 12%, assim como salienta que não foram considerados pagamentos efetuados sob o código de receita 0791 – “ICMS Complemento de Alíquota Uso/Consumo Ativo Imobilizado”.

Observa-se que o autuado não nega que nas operações de que tratam as Infrações 2 e 3 havia incidência do ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas, porém questiona a apuração efetuada pelo autuante e diz que já recolheu os valores devidos.

Nos termos do art. 5º do RICMS-BA/97, é devido o pagamento da diferença do imposto entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas ativo imobilizado e ao uso e consumo do próprio estabelecimento.

Ao se analisar os demonstrativos que embasam as Infrações 2 e 3, constata-se que o autuante apurou o imposto devido tomando por base a alíquota interna de 17% e não considerou qualquer redução de base de cálculo. Todavia, ao se examinar as notas fiscais relacionadas nessas duas infrações, observa-se que há operações cujos produtos são tributados internamente à alíquota de 12%, assim como há produtos que fazem jus a redução de base de cálculo nas saídas internas. Dessa forma, o processo foi convertido em diligência à INFRAZ Teixeira de Freitas, para que fosse refeita a apuração do imposto devido nessas duas infrações, considerando as efetivas alíquotas internas cabíveis, as cargas tributárias resultante de redução de base de cálculo e os recolhimentos efetuados pelo autuado.

Tendo em vista a aposentadoria do autuante, a diligência foi cumprida pelo auditor fiscal Carlos Eduardo Pamponet Dantas. De acordo com essa diligência, foi refeita a apuração dos valores devidos nas Infrações 2 e 3, considerando a redução da base de cálculo (art. 77, I, II e III) e a alíquota (art. 51, III, “a”) previstas para os produtos relacionados nas infrações em tela. Quanto aos recolhimentos citados na defesa, o diligenciador afirmou ter constatado, após análise dos comprovantes trazidos na impugnação, que os pagamentos ou eram referentes a outras operações ou não continham a indicação das notas fiscais listadas na autuação. Também ressaltou que nas DMAs apresentadas pelo autuado não havia lançamento de diferença de alíquotas.

De acordo com a diligência realizada, após as devidas retificações, as Infrações 2 e 3 subsistem em parte nos valores de, respectivamente, R\$176.291,88 e R\$2.350,02, conforme demonstrativos acostados às fls. 292 e 293.

Apesar de ter sido o processo convertido em diligência para este fim específico, não foi possível notificar o autuante acerca da diligência em razão de sua aposentadoria. Por sua vez, o autuado foi notificado do resultado da diligência, porém não se pronunciou.

Acato o resultado da diligência realizada pelo auditor fiscal Carlos Eduardo Pamponet Dantas, pois os documentos acostados ao processo comprovam que há mercadorias relacionadas nas Infrações 2 e 3 que gozam de redução de base de cálculo, assim como há outras que são tributadas internamente à alíquota de 12%, sendo que tais fatos não foram considerados pelo autuante quando da realização da ação fiscal.

Dessa forma, as Infrações 2 e 3 subsistem parcialmente nos valores de, respectivamente, R\$176.291,88 e R\$2.350,02, conforme apurado na diligência realizada, ficando o demonstrativo de débito conforme fls. 292 e 293.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar a Infração 1 procedente e as Infrações 2 e 3 procedentes em parte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **017903.0701/11-3**, lavrado contra **PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$335.419,69**, acrescido de multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR