

A. I. Nº - 157065.0001/12-3
AUTUADO - CHEIM TRANSPORTES S/A
AUTUANTE - GERANILSON DANTAS REQUIÃO
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 12.12.2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0289-01/12

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. É devido o pagamento do ICMS referente à diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais realizadas pelo autuado. Infração parcialmente subsistente. Acolhida parcialmente a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/03/2012, lança ICMS no valor de R\$121.507,52, acrescido da multa de 60%, em razão de ter o autuado deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010.

O contribuinte apresentou defesa às fls. 253 a 256, consignando que se trata de uma pessoa jurídica de direito privado, tendo como atividade econômica principal – Transporte rodoviário de produtos perigosos - e como atividade econômica secundária – Locação de outros meios de transporte -, obras de terraplenagem, construção de rodovias e ferrovias, transporte rodoviário de carga e construção de edifícios, o que lhe caracteriza como prestadora de serviços na área de terraplanagem, transporte e construção civil.

Afirma que o Auto de Infração se baseou em equívoco incorrido pelo autuante, haja vista que ao lavrar o referido Auto de Infração as informações prestadas no ano de 2009 foram repetidas para o ano de 2010, o que por si só já ensejaria a anulação do referido lançamento de ofício. Invoca e transcreve o teor da Súmula 473 do STF, bem como o art. 53 da Lei 9.784/99 que trata da mesma questão de nulidade.

Menciona que também o §7º do artigo 1º do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/1997, dispensa o lançamento e o pagamento do imposto para as empresas prestadoras de serviços de transporte, conforme transcrição que apresenta.

Salienta que o referido dispositivo regulamentar estabelece que não é devido o pagamento do ICMS relativo à diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestadores de serviços para emprego ou aplicação como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive o que desempenham atividades mistas.

Assinala que o legislador dispensou o recolhimento do ICMS nas operações internas pelo transportador de carga, implicitamente atribui ao referido prestador a condição de não contribuinte, uma vez que lhe dispensa o lançamento e o pagamento do imposto nas suas operações, ou seja, no desenvolver de suas atividades, como não contribuinte estaria desobrigado da escrituração fiscal, por zelo e boa fé manteve seus livros fiscais em consonância com a legislação.

Destaca que a suposta infração decorreu de transferência de material de consumo de sua matriz e filiais localizadas em outras Unidades da Federação para o Estado da Bahia, tratando-se de

transferência de pneus, lubrificantes, peças e demais itens para aplicação na manutenção dos seus veículos e equipamentos, para emprego nas prestações de serviços, o que numa situação normal seria aquisição de insumo para aplicação na sua atividade fim.

Reitera que na condição de empresa prestadora de serviços nas áreas de terraplanagem, transporte e construção civil, a legislação dispensa o lançamento e, conseqüentemente, o pagamento do imposto referente às operações internas, inclusive o pagamento do imposto relativo à diferença de alíquotas, nas compras de materiais, bens e insumo para aplicação nas suas atividades, conforme previsto no §7º do art. 1º e inciso I do art. 7º do RICMS/BA.

Sustenta que dessa forma, ao contrário do que consta no Auto de Infração, o procedimento fiscal que adotou está em conformidade com a legislação do ICMS vigente.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração e o seu conseqüente arquivamento.

O autuante prestou informação fiscal (fl. 271), consignando que incorreu em erro ao repetir no Auto de Infração, os valores referentes ao exercício de 2009, quando deveriam constar os valores de 2010. Acrescenta que anexou novo demonstrativo (fl. 272), com os valores corretos, de acordo com a planilha de fls. 08 a 10, referente ao citado exercício. Esclarece que o autuado é filial na Bahia, sendo a matriz localizada no Estado do Espírito Santo, da qual adquire as mercadorias pela matriz e transfere para a filial da Bahia.

Salienta que durante o período objeto da autuação, no caso, 01/01/2009 a 31/12/2010, o autuado recolheu apenas o ICMS referente à diferença de alíquotas do mês 12/2010, no valor de R\$1.012,60, conforme DAE à fl. 246.

Afirma que desse modo, o autuado não efetuou o recolhimento do ICMS referente à diferença de alíquotas, bem como não demonstrou elementos suficientes para não efetuar o recolhimento.

Finaliza opinando pela procedência do Auto de Infração.

Cientificado sobre a informação fiscal (fls. 275/276) o autuado não se manifestou.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre exigência de ICMS, em decorrência de falta de recolhimento do imposto referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento.

Inicialmente, cabe-me apreciar a arguição de nulidade do lançamento de ofício, sob o fundamento de que o autuante incorreu em erro ao lavrar o Auto de Infração, pois indicou os mesmos dados referentes ao exercício de 2009, na exigência referente ao exercício de 2010.

De fato, constato que o autuante incorreu no equívoco apontado pelo impugnante, haja vista que consignou no Auto de Infração, no exercício de 2010, os mesmos dados e valores do ICMS apurados no exercício de 2009. Isto porque, utilizou o demonstrativo referente ao exercício de 2009 de fls. 05 a 07 dos autos, para indicar os dados e valores referentes ao exercício de 2010 quando deveria ter utilizado o demonstrativo que elaborou de fls. 08 a 10 dos autos, correspondente ao exercício de 2010.

Apesar de o autuante na informação fiscal (fl. 271) ter admitido o equívoco e apresentado demonstrativo referente ao exercício de 2010 (fl. 272), no intuito de corrigir o equívoco originalmente existente no Auto de Infração, constato que não pode prosperar o lançamento de ofício quanto ao exercício de 2010, haja vista que a sua aceitação implicaria no agravamento da infração, pois, originalmente o valor total do ICMS devido apontado no Auto de Infração em exame foi R\$121.507,52 e admitindo-se a correção feita pelo autuante na informação fiscal resultaria no valor de R\$123.532,47.

É certo que o agravamento da infração não pode ocorrer no mesmo lançamento de ofício, por implicar em ofensa ao devido processo, ao direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte.

Diante do exposto, acolho parcialmente a nulidade arguida pelo impugnante, apenas, no que diz respeito à exigência referente ao exercício de 2010, com fulcro no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Nos termos do art. 21 do mesmo RPAF/99, recomendo a autoridade a repetição dos atos, a salvo de falhas, para exigência do ICMS referente ao exercício de 2010.

No mérito, cabendo a análise apenas da exigência referente ao exercício de 2009 pelas razões acima aduzidas, verifico que o autuado conduz a sua defesa aduzindo que na condição de empresa prestadora de serviços nas áreas de terraplanagem, transporte e construção civil, a legislação dispensa o lançamento e, conseqüentemente, o pagamento do imposto referente às operações internas, inclusive o pagamento do imposto relativo à diferença de alíquotas, nas compras de materiais, bens e insumo para aplicação nas suas atividades, conforme previsto no §7º do art. 1º e inciso I do art. 7º do RICMS/BA.

O art. 5º, inciso I, do RICMS/97, determina que *para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento 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.*

Entretanto, apesar de a exigência do ICMS referente à diferença de alíquotas ocorrer na entrada de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação e destinados a uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento, existe previsão de dispensa do pagamento do imposto nas hipóteses especificadas no art. 7º do mesmo RICMS/97, dentre as quais se inclui o inciso I, invocado pelo autuado, conforme reproduzido abaixo:

“Art. 7º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

I - nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas;”

Certamente que exercendo a atividade de empresa prestadora de serviços nas áreas de terraplanagem e construção civil, o autuado estaria amparado pela dispensa prevista no dispositivo regulamentar acima transcrito, desde que as aquisições de mercadorias ou materiais fossem destinadas para emprego ou aplicação como insumos, na prestação de tais serviços, situação na qual a alíquota aplicada pelo remetente obrigatoriamente seria a alíquota interna no Estado de origem. Ou seja, no documento fiscal de aquisição, necessária e obrigatoriamente, a alíquota aplicada deveria ser a prevista para as operações internas no Estado de origem e não a alíquota interestadual.

Necessariamente, para que restasse caracterizada se tratar de operação de aquisição de insumos destinados à prestação de serviços. Obrigatoriamente, por ser a alíquota aplicável quando a operação não ocorre entre contribuintes do ICMS.

Ocorre que, no presente caso, as aquisições realizadas pelo autuado se deram com a utilização da alíquota interestadual, portanto, caracterizando claramente se tratar de operações entre contribuintes, o que permite concluir que, nessa situação, agiu o autuado na condição de prestador de serviço de transporte, portanto, contribuinte do ICMS passível do pagamento do imposto atinente à diferença de alíquotas, conforme a acusação fiscal.

Quanto à argumentação defensiva atinente à aquisição de lubrificantes, cumpre observar que nos termos do art. 93, I, “f”, do RICMS/97, existe admissibilidade do crédito fiscal destacado no documento fiscal de aquisição, o que vale dizer que não se trata de mercadoria ou material de uso/consumo, mas sim “insumo” na prestação de serviço de transporte, descabendo, portanto, a exigência do pagamento do imposto referente à diferença de alíquotas na aquisição de lubrificantes.

Entretanto, no presente caso, verifico que não houve exigência de pagamento do ICMS referente à diferença de alíquotas sobre aquisições de lubrificantes, razão pela qual a argumentação defensiva não tem qualquer afetação quanto ao valor exigido no exercício de 2009.

Diante do exposto, o Auto de Infração é parcialmente subsistente no valor de R\$60.953,76.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **157065.0001/12-3**, lavrado contra **CHEIM TRANSPORTES S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$60.953,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Nos termos do art. 21 do mesmo RPAF/99, recomendo a autoridade a repetição dos atos, a salvo de falhas, para exigência do ICMS referente ao exercício de 2010.

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, 29 de novembro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR