

PROCESSO	- A. I. Nº 299131.1124/12-9
RECORRENTE	- PRONTU INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0189-03/12
ORIGEM	- INFAS SANTO ANTONIO DE JESUS
INTERNET	- 11/04/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0063-12/13

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, por intermédio de seu patrono, fls. 68 a 78, em relação a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal - 3ª JJF, que por intermédio do Acórdão nº 0189-03/12 julgou Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 27/03/2012 para exigir o pagamento de 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.

A 3ª JJF decidiu a lide com fundamento no voto abaixo reproduzido:

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.

Cientificado da Decisão acima, o autuado, ora recorrente, ingressou com Recurso Voluntário onde, após uma breve síntese do processo, adentra às razões recursais, citando, inicialmente, que o órgão julgador deixou de apreciar as arguições de inconstitucionalidade trazidas na defesa e pautou-se em procurar fundamentos no RICMS/BA para a julgar pela Procedência do Auto de Infração, baseado em legislação que, ao seu ver, se mostra inconstitucional.

Acrescenta que a Decisão está equivocada visto que os julgadores olvidaram de observar a ampla defesa ao vedar o acesso das partes aos preceitos constitucionais. Cita e transcreve doutrina visando embasar seus argumentos. Argui, ainda, que o julgador administrativo laborou em equívoco ao afirmar que não poderia decidir sobre matéria de inconstitucionalidade e o que pretende **não é a declaração de inconstitucionalidade, mas sim a aplicabilidade da constituição em detrimento da lei evidentemente inconstitucional**. Volta a citar e transcrever doutrina e jurisprudência a este respeito.

Aduz adiante que "*não restam dúvidas, portanto, acerca da inconstitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais que limitem de qualquer forma o direito ao crédito, como se apresentados os dispositivos que fundamentam o indigitado Auto de Infração*". acrescentando, a seguir: "*A partir daí verificar-se-ia que a norma constitucional não restringe o direito ao crédito do Autuado, nem tampouco o faz o CTN, de forma que não poderia impor tais restrições o RICMS, com caráter, inclusive infralegal e, mais ainda, infraconstitucional*", concluindo que, ante ao que expôs, "*não poderia chegar, V.Sras., senão a de fazer valer a norma superior, que autoriza o contribuinte a se creditar, sem limitações, do crédito gerado pela aquisição de bens para o seu ativo fixo, consoante ocorrerá no caso presente*".

Finalizando, requer:

1 - que seja aplicada a norma constitucional e uma vez afastada a incidência dos §§ 1º e 2º ao art. 339 do RICMS/97 e demais dispositivos correlatos, por evidente afronta àquela norma, seja o presente Auto de Infração julgado Improcedente e,

2 - caso não seja este o entendimento, que seja corrigido o Auto de Infração, abatendo-se do mesmo o valor correspondente ao período em que já teria gozado do crédito, até a data da lavratura do Auto de Infração.

VOTO

Analizando as peças que integram os autos deste processo, observo que as acusações dizem respeito a falta de pagamento do ICMS decorrente de aquisições interestaduais de bens para integrar o ativo fixo do estabelecimento (infração 1) e de material para uso e/ou consumo pelo próprio estabelecimento (infração 2).

A exigência fiscal está em consonância com o quanto estabelece o Art. 2º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, estando, portanto, respaldada em dispositivo legal, plenamente em vigor, o qual deve ser atendido pelo contribuinte e, em situação contrária, ser utilizado pelo Fisco para embasar a exigência de crédito tributário eventualmente não adimplido pelo contribuinte.

Vejo também que, ao contrário do quanto argumenta o recorrente, em nenhum momento se trata nestes autos de situação relativa a utilização de crédito fiscal ou tenha havido qualquer ato do autuante ou do órgão julgador de 1ª Instância que restrinja a utilização de crédito fiscal.

Também não encontra amparo o argumento do recorrente de que não houve observância pela Junta de Julgamento do princípio da ampla defesa visto que, todos os argumentos suscitados nas Razões de Defesa foram corretamente enfrentados pela instância *a quo*, inexistindo motivação para uma hipotética anulação da Decisão recorrida.

No que tange ao inusitado argumento de existência "*de lei evidentemente inconstitucional*", dito presente na legislação tributária estadual, isto não se confirma, pois, até o momento, não existe qualquer declaração de inconstitucionalidade, por parte do Supremo Tribunal Federal, na legislação tributária estadual em vigor. Aliás, a este respeito, pautou-se corretamente a 1ª JJF ao mencionar o Art. 167, I do RPAF/BA que menciona, expressamente, que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade. Portanto, não houve qualquer omissão neste sentido pelo órgão julgador.

Finalmente, não há qualquer correção e nem abatimento a ser feita no Auto de Infração, até porque o recorrente não indica, pontualmente, a existência de erro.

Em conclusão voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo-se inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 299131.1124/12-9, lavrado contra PRONTU INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$21.022,47, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS