

PROCESSO	- A. I. N° 206915.0001/11-6
RECORRENTE	- PRÉ-MOLDADOS SÍÃO BAHIA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0335-04/11
ORIGEM	- INFRAZ ALAGOINHAS
INTERNET	- 06.05.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0160-13/13

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DO ATIVO PERMANENTE. **b)** MATERIAL DE CONSUMO. É legal a exigência da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de bens destinados a uso, consumo ou ativo do estabelecimento. Comprovado que o recorrente é contribuinte do ICMS. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra o Acórdão JJF N° 0335-04/11, da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF), que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, sendo objeto do Recurso as seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 3 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre a alíquota interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento - R\$13.378,54.

INFRAÇÃO 4 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre a alíquota interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento - R\$644,66.

O autuado apresentou defesa, a informação fiscal foi prestada e, em seguida, por meio do Acórdão JJF N° 0335-04/11, o Auto de Infração foi julgado Procedente. Ao proferir o seu voto, o ilustre relator da Decisão recorrida, referindo-se às Infrações 3 e 4, assim se pronunciou:

[...]

Conforme ressaltado na defesa, o autuado exerce atividade de industrialização de pré-moldados cujos produtos resultantes são comercializados e se inserem no campo de incidência do ICMS. Verifico que o demonstrativo elaborado pela fiscalização (fl. 42) relaciona aquisições interestaduais de bens do ativo (guindaste veicular, veículo Ford/Cargo, painel de controle e outros), bem como material de uso/consumo (tira e perfil de borracha, oleomil e boné) conforme cópia das notas fiscais juntadas às fls. 53/53, na condição de consumidor final, tendo sido exigido ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna e interestadual.

Convém ressaltar que a CF 88 no art. 155, II estabelece que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior e o §2º, VII e VIII dispõem que o imposto em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto e nesta hipótese caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Por sua vez, o art. 2º, IV da Lei 7.014/96 estabelece que incide o ICMS sobre a entrada de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem for destinado ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes.

Logo, é legal a exigência do ICMS da diferença de alíquota sobre a operação de aquisição interestadual de bens destinados ao uso, consumo ou ativo permanente, embutindo-se a carga tributária, tanto do IPI quanto do ICMS, na operação anterior. Observo que no enquadramento da infração foram indicados os dispositivos

regulamentares infringidos o que segundo o disposto no art. 19 do RPAF/BA equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente.

Além do mais, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade da legislação tributária.

Saliento que o autuado não contestou os valores do ICMS apurado pela fiscalização, devendo ser mantido integralmente as infrações 3 e 4. Infrações procedentes.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, visando reformar o Acórdão recorrido.

Após fazer uma síntese dos fatos, o recorrente tece considerações acerca do princípio da legalidade, segundo o qual “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*” Transcreve dispositivos da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional (CTN). Cita doutrina e jurisprudência sobre o princípio da legalidade e, em seguida, afirma que violações ao nosso ordenamento jurídico, especialmente à Constituição Federal e ao CTN, retiram a sustentabilidade do procedimento fiscal tratado no Auto de Infração em comento.

Assevera que o Fisco baiano extrapolou o disposto no art. 155, §2º, VII, da Constituição Federal. Explica que esse dispositivo constitucional, ao tratar das operações que destinam bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, prevê a adoção da alíquota interestadual quando o destinatário for contribuinte do imposto, e da alíquota interna quando o destinatário não for contribuinte; diz que na primeira hipótese “*cabrá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual*”.

Aduz que a Constituição de 1988 criou uma nova hipótese de incidência do imposto estadual nunca prevista no país, porém, com limitação do campo de incidência. Ressalta que foram estabelecidos pressupostos para ocorrência do fato gerador: que a operação seja interestadual; que o bem ou serviço seja destinado a consumidor final; que o destinatário também seja contribuinte do imposto.

Diz que, diante do estabelecido pelo legislador constitucional, o imposto incide pela diferença de alíquotas interna e interestadual apenas sobre a entrada de bens destinados ao “consumo final” do adquirente, quando este for também contribuinte do imposto e quando os bens provierem de outro Estado da Federação. Assegura que, portanto, o legislador estadual ampliou o campo de incidência do imposto sem observar a limitação constitucional.

Afirma que, para a incidência do imposto alcançar tanto os bens destinados ao consumo como os destinados ao ativo fixo, o legislador constitucional deveria expressamente prever as duas hipóteses de incidência, não podendo ser realizada a cobrança do imposto por extensão “elástica” do campo de incidência do legislador infraconstitucional.

Destaca que o “tiro de misericórdia” na pretensão do Fisco está no art. 155, IX, “a”, da Constituição Federal, que prevê incidência do ICMS também “*sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de BEM DESTINADO A CONSUMO OU ATIVO FIXO do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço*”.

Para embasar seus argumentos, transcreve jurisprudência referente a não incidência de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas nas operações interestaduais efetuadas por empresas de construção civil para utilização em suas obras.

Ao finalizar, afirma que resta maculado o princípio da legalidade e trespassado o mandamento da reserva legal, motivo pelo qual requer o provimento do Recurso Voluntário, para que o Auto de Infração seja julgado nulo.

Ao exarar o Parecer de fls. 150 a 152, o ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que o recorrente repetiu as argumentações trazidas na defesa, atacando apenas a cobrança da diferença

de alíquotas sobre bens do ativo fixo, não trazendo nenhum argumento novo ou, ao menos, qualquer documento que elidisse as infrações que lhe foram imputadas, limitando-se a fazer uma contestação administrativa genérica. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Conforme já relatado, trata o presente Recurso Voluntário da Decisão de primeira instância que julgou procedentes as Infrações 3 e 4, as quais cuidam da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado (Infração 3) e ao uso e consumo (Infração 4), provenientes de outras unidades da Federação.

O recorrente não questiona a destinação dos bens adquiridos e nem os cálculos efetuados pelo autuante, porém sustenta que a legislação tributária estadual extrapola o disposto na Constituição Federal e afronta o princípio da legalidade.

A Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu art. 4º, inc. XV, seguindo as normas estabelecidas na Constituição Federal e na LC nº 87/96, ao dispor sobre os momentos da ocorrência do fato gerador do ICMS, assim prevê:

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.

Por sua vez, o RICMS-BA, adstrito ao previsto na Lei 7.014/96, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, assim dispõe:

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;
[...]

Dessa forma, por estar previsto na Lei nº 7.014/96, nas entradas de bens ou mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinados ao ativo fixo ou ao uso e consumo do próprio estabelecimento há incidência do ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, não cabendo a este órgão julgador administrativo discutir a constitucionalidade desse dispositivo legal, ao teor do previsto no art. 125, inc. I, do Código Tributário Estadual – COTEB.

O recorrente é contribuinte do ICMS, encontrando-se regularmente inscrito no Cadastro de Contribuintes sob o número 62.429.640. Corroborando esse fato, observo que dentre as demais infrações que compõem o Auto de Infração em epígrafe há irregularidades que são típicas de contribuintes do ICMS, tais como, imposto lançado e não recolhido, imposto lançado e recolhido a menos, dentre outras. É relevante salientar que essas infrações típicas de contribuintes do ICMS foram tacitamente reconhecidas pelo recorrente.

Comungando como o opinativo do ilustre representante da PGE/PROFIS, considero que os argumentos recursais, que são os mesmos que foram trazidos na defesa, não se mostram capazes de modificar a Decisão recorrida.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, a qual não carece de reparo algum.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a 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 206915.0001/11-6, lavrado contra **PRÉ-MOLDADOS SIÃO BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.409,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “c” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS