

**A. I. Nº** - 232903.0110/12-0  
**AUTUADO** - BAHIA BEER DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLOS EDUARDO POMPONET DANTAS  
**ORIGEM** - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** - 15.04.2013

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0054-02/13

**EMENTA:** ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. SAÍDAS DECORRENTES DE DESINCORPORAÇÃO DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Fato não contestado. 2. CRÉDITO FISCAL. BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. UTILIZAÇÃO A MAIOR NO LIVRO CIAP. Infração não impugnada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** BENS DO ATIVO FIXO. **b)** BENS DE CONSUMO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento ou destinadas ao seu ativo fixo, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Argumentos defensivos elidem em parte a acusação fiscal. Não apreciada a arguição de inconstitucionalidade da legislação tributária, por faltar competência a esta instância de julgamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 24/09/2012, para exigência de ICMS no valor de R\$187.880,69, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$1.404,00, nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento, no mês de agosto de 2011, conforme demonstrativos e documentos às fls. 11 a 14.
2. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$5.835,72, nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de julho a outubro de 2010, e março de 2011, conforme demonstrativos e documentos às fls. 16 a 66. Em complemento consta: *Por erro na utilização do crédito a maior do Livro CIAP, conforme demonstrativo do Livro de Apuração e documentos.*
3. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$22.911,26, no período de janeiro a maio, julho, agosto, novembro e dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos e documentos às fls. 68 a 294.
4. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$157.729,71, nos meses de janeiro, abril a junho, setembro e outubro de 2010, janeiro, julho, novembro e dezembro de 2011, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativos e documentos às fls. 296 a 320.

O autuado, por seus representantes legais, após destacar a tempestividade de sua defesa constante às fls. 324 a 346, transcreveu o item impugnado (infração 03) e o enquadramento legal, quais

sejam, os artigos 1º, § 2º, inc. IV; art. 5º, inc. I; art. 36, § 2º, inc. XIV, 69, 72, 111, inc. III, alínea “a”; art. 124, inc. I e 132 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, e multa capitulada no art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Considerou que a exigência fiscal de impor a obrigação tributária em questão é ilegal e inconstitucional, bem como que o lançamento se encontra viciado em sua capitulação, o que induz a sua nulidade.

Analisando o direito aplicável ao caso, alegou a existência de vício de forma, dizendo que é inaplicável o art. 1º, § 2º, inc. I e V do RICMS, especialmente o contido no inc. V supra, pois o estabelecimento nunca importou qualquer mercadoria advinda do exterior, indo de encontro com a descrição do fato no auto de infração.

Aduz que restou evidenciado que a indicação genérica ou errônea de um dispositivo fere conjuntamente, os princípios da ampla defesa e do contraditório, o que, no seu entender, impõe a nulidade do lançamento por vício de forma.

Prosseguindo, comenta sobre o princípio da estrita legalidade, à luz dos artigos 146, 150, I e 155, da CF/88, citando lição de renomados professores de direito tributário, para argüir a inconstitucionalidade do diferencial de alíquotas.

Portanto, diz que a instituição pelo Poder Executivo, através do RICMS/BA, do diferencial de alíquota nas operações interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo próprio ou ativo fixo, não possui amparo na previsão constitucional, uma vez que tal “norma” não respeita as condicionantes estabelecidas na Constituição Federal. Ressalta que somente a lei poderá obrigar a alguém fazer ou deixar de fazer qualquer ato e, regulamento, não é lei em sentido lato.

Assim, sustenta que para a exigência do recolhimento do diferencial de alíquota interestadual do ICMS em razão de aquisição de mercadorias destinadas a consumo próprio ou ao ativo fixo, é necessário a existência de legislação complementar, e o que não foi previsto na Lei Complementar nº 87/96. Citou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na ADI-MC 2157/BA - “ADI-MC 2157/BA – BAHIA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 28/06/2000 Órgão Julgador: Tribunal Pleno DJ 07-12-2000 PP-00004 EMENT VOL-02015-02 PP-00232.

Com base em tais argumentos, sustenta que tanto a entrada de mercadoria oriunda de outro Estado, destinada a consumo ou ativo fixo, quanto para utilização de serviço, cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado inexistente previsão na legislação complementar acerca do mencionado diferencial de alíquota nas operações interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo e ativo fixo.

Dizendo que uma vez verificada a inconstitucionalidade da cobrança (obrigação principal), inexistente subsunção do fato que a originou às normas ínsitas na Constituição Federal, o que torna ilegal a multa aplicada (obrigação acessória).

Mais adiante, traz lições de professores de direito tributário acerca do princípio da legalidade tributária como finalidade preservar a segurança jurídica nas relações com o Estado, para argüir inobservância do princípio da estrita legalidade do ato administrativo do presente lançamento tributário.

Ao final, requer seja declarada e insubsistência do lançamento ora impugnado, por conter vícios e defeitos insanáveis, declarando conseqüentemente sua nulidade.

Sucessivamente, caso não seja esse o entendimento do órgão julgador, requer seja reconhecida a ilegalidade e inconstitucionalidade da exação exigida, nos termos de toda a fundamentação acima.

Na informação fiscal às fls. 395 a 396, o autuante diz que o autuado pede a nulidade do presente auto, contudo mas apresenta impugnação apenas da Infração nº 03 - 06.02.01, que exige a falta de recolhimento do ICMS em relação a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas

aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Aduz que o autuado não apresenta nenhum fato concreto, que possa alterar ou modificar aos lançamentos procedidos por essa fiscalização em relação a essa infração, e apenas afirma que a referida infração, esta vinculada a importação, quando afirma e transcreve o art. 1º, § 2º, inc. I e V do RICMS, sem observar que o referido diploma legal, estabelece que o ICMS incide também sobre “a entrada de mercadoria ou .....”, apresentando apenas princípios da “Teoria Geral do Direito Tributário”, outras teorias doutrinárias e diversos dispositivos constitucionais, em relação a “Diferencial de Alíquota”, não cabendo a essa fiscalização entrar no mérito das alegações jurídicas.

Destaca que a defesa não apresenta impugnação das demais infrações, nem elemento probatórios que possa alterar aos lançamentos fiscais objeto do presente Auto de Infração.

Esclarece que o presente Auto de Infração foi lavrado através da imputação das infrações, devidamente descritas, com a correta indicação dos dispositivos infringidos, apurando-se de forma clara o descumprimento de obrigação principal ao ICMS.

Argumenta não caber as arguições de nulidades, pois constam acostados ao referido Auto de Infração, todos os demonstrativos detalhados, com a indicação dos elementos necessários à compreensão dos cálculos e do imposto apurado, a descrição dos fatos e o enquadramento da infração, além da multa aplicada, de acordo com a legislação.

Concluiu pela manutenção na integral de sua ação fiscal.

#### **VOTO**

Na análise das peças processuais, constato que o autuado em sua defesa não fez qualquer referência às infrações 01 e 02, inerentes a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, transferido de forma irregular de estabelecimento de outro contribuinte (infração 01), bem como, de lançamentos nos livros fiscais sem a apresentação dos competentes documentos comprobatórios do direito ao referido crédito (infração 02). Assim, considero subsistentes tais itens, sendo devidos os débitos nos valores de R\$ 69.521,79 e R\$12.195,12.

Isto posto, passo agora a analisar as infrações 03 e 04.

Na infração 03, exige-se neste item o imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, referente ao no período de janeiro a maio, julho, agosto, novembro e dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, conforme demonstrativo e documentos às fls. 68/294.

Já na infração 04, a imputação diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, março a junho, setembro e outubro de 2010, janeiro, julho, novembro e dezembro de 2011, conforme demonstrativo e documentos às fls. 296/320.

Apesar de na defesa o sujeito passivo ter mencionado apenas o item 03, em alguns momentos da impugnação também foi citado o item 04, com base na alegação de nulidade por vício de forma, por entender que os dispositivos constantes no enquadramento legal são inaplicáveis por indicação genérica ou errônea, ferindo os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Ou seja, argüi o patrono do autuado em sua peça impugnatória que o lançamento é nulo, uma vez que não se encontra dentro das formalidades legais, deixando a entender que falta-lhe a motivação e a correta capitulação legal.

Com todo o respeito ao Contribuinte, no encargo da defesa, tais argumentos não podem ser acolhidos.

O primeiro deles pelo fato de que a acusação fiscal está efetivamente motivada no auto de infração, cada qual das acusações impugnadas vem descrita, inclusive pelos períodos respectivos, além de conter a capitulação legal das infringências e das penalidades. Mais ainda, trouxe o Fiscal Autuante, com o Auto de Infração, os anexos, onde se tem a prova documental inerente a cada acusação.

Assim, não acolho as preliminares de nulidade acima, tendo em vista que na lavratura do Auto de Infração foi obedecido ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, o demonstrativo detalhado do débito, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais, demonstrativos da apuração do débito, todos entregues ao autuado para a ampla defesa e o contraditório.

Desse modo, tendo em vista que o lançamento obedeceu ao devido processo legal, haja vista que inexistente dissonância entre a descrição dos fatos, embasamento legal, e demonstrativo de apuração do débito, e portanto, não houve inobservância de qualquer exigência contida na legislação tributária que impedisse o sujeito passivo de exercer com plenitude o seu direito de defesa, rejeito a preliminar argüida na defesa fiscal por não se enquadrar o pedido do contribuinte em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99, e passo a analisar o mérito da lide.

No mérito, a exigência fiscal dos itens em questão, diz respeito ao diferencial de alíquotas. A diferença entre a alíquota interna do ICMS do Estado destinatário e a alíquota interestadual aplicável na operação conhecida como DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, será exigida nas aquisições interestaduais de mercadoria destinada a compor o ativo imobilizado ou para serem utilizadas como material de uso ou consumo do contribuinte adquirente (art. 2º, IV combinado com artigo 4º, XV, da Lei nº 7.014/96), norma regulamentada pelo Decreto 6.284/97 (1º, § 2º, IV do RICMS /BA).

Cabível lembrar que tal exigência encontra seu fundamento de validade na própria Constituição Federal (art. 155, § 2º, incisos VII e VIII).

No caso concreto, verifico que os valores exigidos nas infrações em comento estão demonstrados no levantamento fiscal constante às fls. 68/294 e 296/320, nos quais, constam a assinatura do autuado declarando que recebeu uma cópia dos mesmos. Além disso, o autuante acostou também cópias das notas fiscais e dos respectivos conhecimentos de transporte que originaram o levantamento fiscal.

O lançamento destes itens foi impugnado com base na alegação de que a exigência fiscal de impor a obrigação tributária em questão é ilegal e inconstitucional, bem como que o lançamento se encontra viciado em sua capitulação, o que induz a sua nulidade.

Quanto a nulidade suscitada, conforme alinhado acima, não existe no processo nenhum vício de forma que o inquine de nulidade.

Em relação à alegação de inconstitucionalidade da Legislação Tributária Estadual, é importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da referida legislação, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, inciso I, do RPAF/BA. Portanto, não é esta Junta de Julgamento Fiscal o foro apropriado para a discussão de uma possível ilegalidade de norma tributária estadual, como argüido pelo autuado, cuja jurisprudência e doutrina citadas na defesa não se aplicam aos fatos objeto do presente processo administrativo fiscal.

Assim, considerando que o auto de infração está instruído com todos os elementos formais para a sua validade, ficando a recorrente embasada em meras alegações de caráter formal e de inconstitucionalidade da legislação tributária, sendo, portanto, insuficientes para contestar o levantamento fiscal, entendo estar devidamente constituído o direito da Fazenda Estadual ao crédito tributário, de todas as infrações imputadas, em especial as infrações impugnadas, razão porque, considero procedentes as infrações em comento.

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

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232903.0110/12-0**, lavrado contra **BAHIABEER DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$187.880,69**, acrescido das multas de 60%, previstas no artigo 42, II, “d”, “e”, “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de abril de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA