

A. I. N° - 178891.6006/12-7
AUTUADO - TRANSPORTES CAVALINHO LTDA.
AUTUANTE - NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 17/12/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0321-03/13

EMENTA: ICMS. 1. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração reconhecida pelo autuado. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. **a)** MERCADORIAS UTILIZADAS EM FINS ALHEIOS À ATIVIDADE DO ESTABELECIMENTO. Excluídas pelo autuante as notas fiscais constantes, por equívoco, do levantamento fiscal, cujos créditos fiscais não foram destacados e nem haviam sido registrados no livro Registro de Entrada do autuado. Infração parcialmente subsistente. **b)** PRESTAÇÕES NÃO TRIBUTADAS. Infração reconhecida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** MATERIAIS DESTINADOS A USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **a.1)** AQUISIÇÕES. Infração reconhecida. **a.2)** TRANSFERÊNCIAS. **b)** BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. **b.1)** AQUISIÇÕES. Infração reconhecida. **b.2)** TRANSFERÊNCIAS. Infração subsistente. Não acatada, com base no art. 155, II, §2º, VII, “a”, VIII da CF/88, a tese da inexistência de fato gerador da obrigação tributária nas e transferências interestaduais de mercadorias para uso e consumo e bens destinado ao ativo do estabelecimento. Os estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular são juridicamente autônomos. Nas transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo titular verifica-se o fato gerador do imposto. Este órgão decide com base no direito posto. A Lei 7.014/96, art. 4º, inciso XV, prevê a obrigação de ser feito o pagamento da diferença de alíquotas do imposto por ocasião da entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento. Infrações 05 e 07 são subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/2012, refere-se à exigência de R\$51.160,23 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nas Prestações de Serviços de Transporte Rodoviário, no mês de dezembro de 2010. Valor do débito: R\$72,00. Multa de 60%.

Infração 02 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias utilizadas em fins alheios à atividade do estabelecimento, nos meses de agosto a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$5.940,37. Multa de 60%. Consta que “Utilizou indevidamente crédito de ICMS referente à aquisição de combustível veicular (gasolina e álcool) não utilizado nos veículos de transportes de carga (caminhões e carretas), movidos a diesel.

Infração 03 - Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento, com utilização de crédito fiscal, por empresa prestadora de serviço de transporte, relativo às prestações não tributadas, nos meses de agosto a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$17.220,57. Multa de 60%.

Infração 04 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades de Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de agosto a dezembro de 2009, janeiro, abril e maio, julho a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$1.854,15. Multa de 60%.

Infração 05 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades de Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de agosto a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$24.656,59. Multa de 60%.

Infração 06 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades de Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de agosto de 2009 e março de 2010. Valor do débito: R\$303,90. Multa de 60%.

Infração 07 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades de Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de maio, junho, setembro, outubro e dezembro de 2010. Valor do débito: R\$1.112,65. Multa de 60%. Consta que “Transferências de ativos oriundos de outras filiais da Empresa, oriundos Estados, de fora da Bahia.”

O autuado apresenta defesa às fls. 418 a 429, reconhece de plano o cometimento das infrações 01, 03, 04 e 06 e a articula os argumentos, a seguir enunciados, para refutar as infrações 02, 05 e 07.

Em relação à infração 02 afirma ser parcialmente procedente o lançamento desse item da autuação tendo em vista a ocorrência de discrepâncias nos enquadramentos de vários documentos que compõem o levantamento fiscal e embasa a autuação.

Sustenta que de fato é indevida a apropriação do crédito fiscal sobre as Notas Fiscais nºs 11.330, 21.960, 2.499, 2.680, 2.842, 3.005, 3.217, 3.361, 3.518, 3.724, 3.890, 4.032 e 4.518, pelo que reconhece o débito no valor de R\$2.257,28.

Assevera que é indevido o valor exigido de R\$3.682,79, relativamente às demais notas fiscais, pois equivocada a conferência dos demais documentos mencionados pelo autuante, eis que sobre as demais notas fiscais não houve a apropriação/aproveitamento do crédito de ICMS. Acrescenta frisando que para constatação do que alega, basta a simples conferência da documentação e dados por ele apresentados.

Arremata firmando que é improcedente a autuação e cobrança do débito fiscal por aproveitamento indevido de crédito de ICMS, apontado sobre as Notas Fiscais nº 4189, 4405, 4699, 4909, 5110, 5308, 5476, 5646, 5865, 6052, 6304, 25136, 6506, 6702, 6897, 7078, 7235, 7238, 7466, 7675, 7871, 8058 e 197, pelo que devem ser expurgados da autuação os valores apontados como crédito indevido.

Ao tratar das infrações 05 e 07 menciona que, por se tratar de exigência de diferenças de alíquotas sobre operações internas e externas, de bens de consumo próprio, imobilizado e transferências, impugna as duas infrações conjuntamente.

Depois de reproduzir o teor dessas duas infrações assevera que não procede a autuação, uma vez que, de acordo com as disposições legais que a seguir enumera, todas estas transações são isentas.

Em relação à transferência de materiais para consumo próprio, de outras filiais da empresa, oriundos de outros estados da Federação, de que fala a infração 05, e bem assim, transferências e ativos oriundos de outras filiais da Empresa, oriundos de outros Estados - infração 07, observa que se tem como certo a inexigibilidade de tributação, pois a transferência de materiais e ativo imobilizado entre unidades da mesma empresa, é isento, consoante estabelecido na legislação.

Afirma também que de outra parte, não há se falar em exigibilidade de diferenças de alíquota, uma vez que nos estados de origem, as operações realizadas são isentas, de modo que não existe diferenças de alíquota a ser satisfeita. Continua asseverando que a simples remessa e a simples transferência de mercadorias para consumo próprio e imobilizado entre unidades da mesma empresa, é alcançada pela isenção, tanto no estado de origem, quanto no estado de destino, no caso a Bahia. Arremata sustentando que a simples remessa ou transferência não tem o fim comercial, ou seja, não sofre circulação, requisito basilar para configuração do fato gerador do imposto estadual.

Diz que, não configurada a comercialização, circulação da mercadoria, apenas a transferência interna de outra unidade da empresa, de outro estado da federação, para consumo próprio ou imobilizado, de forma alguma configura circulação, comercialização ou fato gerador do imposto estadual. Acrescenta que deve se aplicar ao caso, a mesma lei que define a inexistência de imposto para os casos de transferência de mercadorias entre unidades do mesmo contribuinte, empregados no exclusivo consumo e transportados em veículos do próprio contribuinte.

Afirma que a pretensão do Estado encontra óbice nas disposições do art. 339, inciso V, c/c o art. 27, inciso I, do RICMS-BA/97, uma vez que esses dispositivos prevêm a isenção. Assegura que deve ser aplicado ao caso, ainda as disposições do art. 7º, inciso III, "a", e art. 8º, inciso I, do mesmo regulamento.

Observa que de acordo com as disposições legais citadas, não procede a autuação em face da regularidade da operação. Reafirma que não há incidência ou exigibilidade de imposto, ou diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, e transferidas entre estabelecimentos do mesmo titular, ainda que de outras filiais da Empresa, oriundos de outros Estados, de fora da Bahia. Registra ainda que as mercadorias foram transportadas em veículos do próprio contribuinte, o que elide definitivamente a incidência de imposto ou diferenças.

Tece comentários alusivos a sua inquestionável idoneidade moral, comercial e fiscal no ramo que atua por quase duas décadas, para manifestar seu entendimento de que o Estado não pode imputar-lhe conduta inidônea, em razão de que cumpre rigorosamente suas obrigações, especialmente por que este mesmo Estado certifica-lhe a absoluta regularidade fiscal.

Pugna pela nulidade e cancelamento parcial do Auto de Infração nos termos retro declinados, tendo em vista o erro na apuração dos dados na infração 03; erro no enquadramento e aplicação legal sobre as infrações de nº 05, 06 e 07, sobre as quais não há incidência do imposto e que seja anulada e cancelada a multa aplicada por acessória a tributo indevido;

Requer, caso seja necessário, seja instada a reapresentação da documentação objeto da fiscalização, e que as intimações sejam enviadas ao seu gerente da Filial de Camaçari na Bahia.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente a realização de perícia contábil, apresentação de outros documentos, e outros mais que se façam necessários ao completo e cabal esclarecimento dos fatos que a questão envolve.

O autuante, à fl. 445, presta informação fiscal nos termos a seguir sintetizados.

Afirma que acata as alegações do impugnante, no que se refere à Infração 02. Assinala que refez a planilha “Notas Fiscais de aquisição de Gasolina e Álcool, que não se destinaram a uso na atividade de transportes de Cargas”, anexada à fl. 446. Esclarece que houve alteração do valor autuado no mês de fevereiro de 2010, para R\$105,37, e a total eliminação dos valores autuados para março a dezembro de 2010

No que tange às alegações da defesa referentes às Infrações 05 e 07 do presente Auto de Infração, em que foi autuado o não pagamento de diferencial de alíquota sobre transferências de Materiais de Uso e Consumo e Bens do Ativo Imobilizado entre filiais da mesma Empresa, assevera que não pode acatá-las.

Observa que art. 27, inciso I, do RICMS-BA/97, citado na peça de defesa, refere-se a remessas “... no território deste Estado”, portanto, internas, o que não é o caso. Destaca também que o art. 7º, inciso III, do mesmo Regulamento, também citado, não se aplica a este caso, uma vez que o impugnante é contribuinte do ICMS, na forma do art. 5º e, portanto, não se trata de operação não tributada. Acrescenta que o também citado, art. 8º do Regulamento do ICMS, refere-se a incidência de ICMS sobre o transporte, o que não é o caso destas duas Infrações.

Arremata sustentando que, tendo em vista que o autuado não questionou as demais infrações, ficam mantidos os valores autuados para todas as Infrações, exceto a Infração 02, conforme esclarecimentos ora prestados.

Intimado da informação fiscal, fl. 448, o impugnante se manifesta às fls. 454 a 461, reiterando, *ipsis litteris*, todos os argumentos e conclusão produzidos na peça de defesa apresentada.

À fl. 465, o autuante informa que o contribuinte em sua manifestação não apresentou qualquer nova informação que justifique uma mudança de posição, quanto aos fatos autuados, exceto naquilo que já fora objeto de correção na informação fiscal anterior. Diz que voltou a avaliar as justificativas citadas, com análise detalhada dos dispositivos legais citados, chegando a conclusão de que realmente são injustificadas as alegações do impugnante.

Conclui mantendo integralmente os termos da informação fiscal anterior.

VOTO

O presente Auto de Infração é composto de sete infrações, cujo inteiro teor afigura-se enunciado no limiar do relatório.

Inicialmente, consigno que o autuado reconheceu expressamente o cometimento das infrações 01, 04, e 06 e no tocante à infração 03, apesar de declarar “Correto o débito fiscal, uma vez que equivocados os cálculos realizados pelo contribuinte”, fl. 423, e sem nada mais expor ou ponderar acerca da infração 03 em toda sua argumentação de defesa, o impugnante ao finalizar sua defesa, além de outros pleitos, pede o cancelamento parcial do Auto de Infração, “nos termos retro declinados tendo em vista o erro na apuração dos dados na infração 03”. Assim, diante da total inexistência de nexo causal, dessa referência isolada acerca da infração 03, sem qualquer vinculação com as razões de defesa apresentadas, considero como prevalente o expresse reconhecimento da infração 03 consignado à fl. 423.

Assim, em relação às infrações 01, 03, 04, e 06, fls. 422 e 423, por inexistir lide em torno do cometimento dessas infrações ficam mantidas.

Em relação às demais infrações, o autuado refutou a acusação expendendo os argumentos a seguir apreciados.

No que tange à infração 02, que cuida da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias utilizadas em fins alheios à atividade do estabelecimento, consoante demonstrativo às fls. 15 e 16, constato que o autuado reconheceu o cometimento da infração em relação às Notas Fiscais nºs 11.330, 21.960, 2.499, 2.680, 2.842, 3.005, 3.217, 3.361, 3.518, 3.724, 3.890, 4.032 e 4.518, refutou a acusação fiscal quanto às demais notas fiscais incluídas no levantamento

fiscal sob o fundamento de que sobre essas notas fiscais, cujas cópias anexou aos autos, não ocorreria qualquer apropriação ou aproveitamento de crédito fiscal.

O autuante, ao prestar informação fiscal, reconheceu o equívoco cometido no levantamento fiscal, ou seja, a inclusão de algumas notas fiscais que não continham ICMS destacado e nem crédito fiscal escriturado no livro Registro de Entrada. Com base nas exclusões procedidas elaborou novo demonstrativo de débito que colaciona a fl. 446, que reduz o valor do débito da infração para R\$2.208,41.

Depois de compulsar os elementos que constituem a apuração desse item da autuação, constato que, de fato, assiste razão ao impugnante ao comprovar nos autos que as notas fiscais, por ele não reconhecidas, que constam do levantamento fiscal, efetivamente, não ocorreram falta de estorno de crédito fiscal, pelo simples fato de não constar no corpo de cada uma das notas fiscais e no campo próprio, o destaque do imposto, bem como não ter sido escriturado no livro Registro de Entradas o crédito fiscal cujo estorno está sendo exigido. É o que fica patente nos autos depois de examinadas as cópias das referidas notas fiscais, a exemplo da se nºs 5476 e 6702, cujas cópias constam das fls. 396 e 403 e no LRE, fl. 121 e 140.

Portanto, acolho o novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, fl. 446, que, em decorrência da acertada exclusão das Notas Fiscais de nºs 4189, 4405, 4699, 4909, 5110, 5308, 5476, 5646, 5865, 6052, 6304, 25136, 6506, 6702, 6897, 7078, 7235, 7238, 7466, 7675, 7871, 8058 e 197, reduziu o valor da exigência desse item da autuação para R\$2.208,41.

Concluo pela subsistência parcial da infração 02.

Quanto às infrações 05 e 07 que tratam da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas transferências oriundas de outros Estados da Federação de materiais de uso e consumo e de bens para o ativo fixo do estabelecimento autuado, serão tratadas conjuntamente pela similitude da natureza da acusação fiscal e pelo fato impugnante ter utilizado o mesmo argumento para refutá-las.

Em sede defesa, o impugnante não contestou e nem apontou qualquer inconsistência em relação ao levantamento fiscal e ao demonstrativo de apuração, fls. 22 a 26 e 28 a 29, que explicitou e dimensionou pormenorizadamente a exigência fiscal de cada um desses itens da autuação.

O autuado concentrou o foco de seu argumento para refutar a acusação fiscal no fato de que as operações interestaduais de transferências de suas filiais, atinentes a mercadorias destinadas a uso e consumo e a bens para o ativo fixo de seu estabelecimento são todas elas isentas. Como fundamento legal para esse seu entendimento, cujo teor reproduziu em sua defesa, apontou os seguintes dispositivos legais do RICMS-BA/97: art. 338, inciso V; art. 27, inciso I; art. 7º, inciso III, alínea “a”; e art. 8º, inciso I.

Cumprе salientar o equívoco do contribuinte ao invocar ao seu auxílio na tentativa de desqualificar a acusação fiscal os artigos 338 e 27 do RICMS-BA/97, uma vez que tais dispositivos tratam de operações internas, ou seja, dentro do Estado da Bahia, pelo que é inaplicável ao presente caso, que se refere a operações interestaduais.

Do mesmo modo, não tem serventia alguma a indicação dos art. 7º e 8º do RICMS-BA/97, cuja aplicação se destina, exclusivamente, a contribuinte optante pelo sistema de crédito presumido, previsto no art. 96, inciso XI, do RICMS-BA/97, que não é o caso do impugnante, que apura o imposto pelo regime normal de apuração, como claramente se depreende de mero exame em seu livro Registro de Apuração do ICMS, cuja cópia encontra-se colacionada às fls. 176 a 214, e de seus recolhimentos mensais no período fiscalizado, constante do Sistema de Arrecadação - INC da SEFAZ, cujos DAES no estampam o código de receita 0775 - ICMS REGIME NORMAL TRANSPORTES, consoante especificado no Anexo 84 do RICMS-BA/97.

Por seu turno, é indubitosa a base legal do presente lançamento de ofício, uma vez que a CF/88, em seu art. 155, inciso II, §2º, inciso VII, “a” e inciso VIII, estabeleceu que em relação às

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, cabendo à unidade federada de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual. A partir dessa disposição constitucional, o legislador baiano positivou a seguinte regra, contida no art. 4º, inciso XV, da Lei 1 nº 7.014/96, previsão, *in verbis* :

“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.”

O dispositivo legal acima reproduzido, consta também do Regulamento do ICMS da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época dos fatos geradores, em seu art. 5º inciso I, norma que serviu de base para o lançamento tributário em exame.

Logo, o contribuinte está obrigado a pagar o ICMS diferença de alíquotas, na entrada ou utilização quando adquirir ou transferir, em operação interestadual, produtos ou serviços que não sejam objeto de posterior saída; por isso, incidente nas aquisições de bens do permanente ou para uso e consumo.

Nesses termos, concluo pela subsistência das infrações 05 e 07.

Quanto ao pedido do impugnante para cancelamento da multa indicada no Auto de Infração, não acolho a pretensão, uma vez que a multa afigura-se corretamente tipificada para as infrações cometidas e consoante expressa previsão da alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96, portanto deve ser mantida.

No tocante ao pedido para que as intimações atinentes a esse processo sejam enviadas ao gerente da filial do autuado localizado em Camaçari, informo que as intimações, conforme estatuído no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF-BA/99, são enviadas ao endereço do estabelecimento autuado constante do CAD-ICMS/BA.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **178891.6006/12-7**, lavrado contra **TRANSPORTES CAVALINHO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$47.428,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, VII, “b” e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA