

A. I. Nº - 269094.0612/14-8
AUTUADO - CAVAN PRÉ-MOLDADO S/A.
AUTUANTE - EMÍLIO ALVES DE SOUZA FILHO
ORIGEM - INFAC BRUMADO
INTERNET - 22.09.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0140-01/15

EMENTA: ICMS DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. **b)** DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É devido o ICMS relativo à diferença de alíquotas decorrente de transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa de mercadorias destinadas ao ativo fixo ou para uso ou consumo. Modificação pelo autuante de parte do valor da condenação mediante erro no cálculo do imposto, com demonstrativos retificados devidamente acostados ao processo. Infrações subsistentes em parte. Rejeitadas as preliminares suscitadas pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2014, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 116.207,72, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1 - deixou de recolher 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 abril de 2012 e abril e junho de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 115.859,14, acrescido de multa de 60%. O autuante informa que a matriz da empresa localizada em São Paulo adquiriu bens e o transferiu de imediato para a filial localizada no estado da Bahia.

2 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo de estabelecimento no mês de maio de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 348,58, acrescido de multa de 60%. O autuante informa que a matriz da empresa localizada em São Paulo adquiriu o material e o transferiu de imediato para a filial localizada no estado da Bahia.

O autuado apresentou defesa fls. 126 a 139 dos autos. Afirmou expressamente que considera o auto de infração totalmente improcedente, requerendo que fosse prontamente cancelado. Alega a nulidade do auto de infração por utilização de alíquota diversa da prevista quando da ocorrência do fato gerador – Impossibilidade de aplicação retroativa.

Ressalta que o discutido Auto de Infração é nulo de pleno direito, em razão de não observar requisito obrigatório para sua lavratura. Pois, conforme sucinto relato da autoridade fiscal, teria deixado de recolher o diferencial de alíquota de ICMS, fato que levou a exigência de suposto crédito tributário no montante de R\$ 205.814,65 (duzentos e cinco mil, oitocentos e quatorze reais e sessenta e cinco centavos.).

Alega que a Fiscalização não apurou corretamente o fato gerador da obrigação tributária, pois, caso assim o fizesse, teria facilmente observado que parte dos fatos geradores da obrigação tributária ocorreu antes da vigência da Resolução nº 13/2012, que veio a uniformizar a alíquota nas operações interestaduais com importados.

Afirma que conforme se verifica no demonstrativo do débito do auto de infração, as ocorrências 1 e 4 aconteceram em 30/04/2012 e 31/05/2012, respectivamente, e que, conforme consta no artigo 3º da Resolução nº 13/2012, a alíquota do ICMS de 4% incidentes nas operações interestaduais somente entrou em vigor em 1º de janeiro de 2013.

O autuado ainda frisou que no direito tributário brasileiro aplica-se o princípio do “*tempus regis actum*”, ou seja, aplica-se a lei vigente na data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, como também vige o princípio da estrita legalidade, que vincula o exercício da função administrativa ao respeito estrito da lei. Em outras palavras, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei determina ou autoriza.

Salienta que, no presente caso, parte dos fatos geradores destacados nas notas fiscais e no anexo do presente auto de infração ocorreram em abril e maio de 2012, portanto, antes da vigência da Resolução nº 13/2012. Logo, caso houvesse ocorrido a infração tributária imputada, deveria ter sido calculada com a alíquota de 7% prevista pela Resolução nº 22/89, vigente a época dos fatos, que deduzida da alíquota interna, daria o diferencial de 10%.

Dessa forma, finaliza a primeira etapa de sua defesa alegando que a autoridade fiscal apurou equivocadamente o imposto cobrado, incorrendo em manifesto erro de direito, o que tornaria nula a autuação.

Na segunda parte de sua impugnação, o contribuinte pede a nulidade do auto de infração por divergências entre o descrito no auto de infração e no demonstrativo 1 anexo ao auto - Falta de motivação do Auto de Infração.

Ao afirmar que o auto de infração também é nulo, em razão de divergências dos demonstrativos apresentados, que impossibilitam ao autuado exercer plenamente seu direito de defesa. Isto porque, segundo consta na descrição da infração para cálculo do imposto fora utilizado a alíquota de 13%. Contudo, ao analisar o “Demonstrativo 1”, há três notas fiscais em que a Fiscalização utilizou alíquota de 3,66% sem nenhum motivo aparente.

Alega que o fisco no auto de infração utilizou para todas as operações a alíquota de 4% (interestadual). Logo, para chegar-se a um diferencial de 3,66% já deduzidos os 4%, haveria a necessidade de o Convênio ICMS nº 52/91 prever alíquotas efetivas para estas operações equivalentes a 7,66%, o que não é contemplado em nenhuma das hipóteses abarcadas pelo convênio. Para as operações de 2012, a alíquota interestadual a ser deduzida seria a de 7%, que não daria um diferencial de 3,66% a pagar.

Requer, depois de questionar o cálculo do fisco, que esse deveria ter esclarecido matematicamente como chegou nos 3,66%, o que não ocorre. Por conta desta omissão, salienta que o direito de defesa do autuado ficou prejudicado, o que invalidaria o auto.

Além destes fatos, questiona o mérito da questão, discutindo a impossibilidade de cobrança do diferencial de alíquota de ICMS – meras circulações físicas. Isto porque não poderia ser exigido

crédito tributário de ICMS decorrente da transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, pois tais operações não constituem fato gerador do ICMS e, por essa razão, a norma que exige o diferencial de alíquotas sob essas operações estaria em desacordo com a legislação vigente.

Trata que a circulação de mercadorias ou insumos ou ativo fixo entre estabelecimentos da mesma empresa é eminentemente física, não havendo transferência de titularidade. Para efeito de incidência do ICMS importa a natureza da circulação e não a circulação em si. Ou seja, não é qualquer circulação que configura fato gerador do tributo.

Também trata das multas, alegando que as mesmas teriam efeito confiscatório. Afirmando que conforme observa-se no auto de infração em questão, o autuado teve contra si a imposição de multa pelo percentual confiscatório e ilegal de 60% do valor principal do tributo eventualmente devido. Trazendo que haveria violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ao final, pede que as intimações sejam enviadas ao endereço da sede da empresa e do seu representante legal, este último expresso às fls. 138 e 139.

A autuada também anexa uma manifestação posterior à apresentação da defesa visando informar que tentou sem sucesso apresentar a defesa no dia 01/09/2014 pois a atendente, não identificada, recusou-se a receber sob a alegação de que a documentação não correspondia à sua via original. Essa manifestação do autuado visa garantir que a defesa apresentada dia 02/09/2014 surta todos os efeitos legais.

Após as primeiras contestações do autuado, o processo voltou ao autuante para que fossem prestadas as informações fiscais necessárias.

O autuante prestou as informações (fls. 189 a 197) confirmando o erro no cálculo do diferencial de alíquotas. Todavia, diante do equívoco, elaborou o ajuste do Demonstrativo 1, fl. 09 do PAF e do Demonstrativo 2, fl. 32 do PAF, com as devidas retificações nas situações cabíveis, na qual foi aplicada a correta alíquota interestadual de 7% para o cálculo da diferença de alíquota. Os demonstrativos retificados foram acostados à informação fiscal prestada.

Em relação às situações em que foi aplicado o diferencial de 3,66%, notadamente as operações de maior expressão monetária, Notas Fiscais nº 19, 30 e 32, o autuante explicou que o percentual decorre da diferença entre a carga tributária prevista para a operação interna, que é de 8,8%, conforme inciso I do art. 77 do RICMS/12, e a carga tributária prevista na operação interestadual em que decorreu a entrada neste estado, cujo percentual é de 5,14%. Sendo as cargas tributárias referidas decorrentes de reduções de base de cálculo previstas no Convênio ICMS 52/91.

Foi refutado pelo fiscal, a questão do mérito reclamada pelo autuado, destacando que a alegação da impossibilidade da cobrança de diferencial de alíquota nas transferências interestaduais de bens do ativo immobilizado ou de material de uso ou consumo, sob a justificativa de se tratar de meras circulações físicas, que não constituem fato gerador do ICMS, não poderia prosperar, na medida em que o dispositivo regulamentar que disciplina a questão, o inc. II do parágrafo único do art. 624 do RICMS/97 é bem claro. Ainda cita que o mencionado dispositivo tem fulcro na cláusula primeira no Convênio 19/1991.

Diante do exposto, submete à apreciação os Demonstrativos retificados 1 e 2, no qual o débito foi reduzido de R\$116.207,72 para R\$108.097,79, à vista do que foi trazido à baila pela representante da autuada e mediante as considerações apresentadas pelo fisco. Ao citar a legislação necessária e que embasa a autuação, o fiscal finaliza a informação pedindo pela procedência parcial do Auto de Infração, em favor da Fazenda Pública Estadual.

Ao tomar ciência da informação fiscal prestada pelo autuante, o autuado ratifica seu posicionamento argumentando que não poderia ser exigido crédito tributário de ICMS decorrente de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa por não se constituírem fato gerador do ICMS e pede pela improcedência do presente Auto de Infração e caso assim não entenda, requer que seja julgado parcialmente procedente, reconhecendo as reduções propostas pela autoridade fiscal e também pede pela redução das multas de ofício, alegando que as mesmas são de cunho confiscatório.

VOTO

Primeiramente, cumpre esclarecer que a defesa do autuado ao presente Auto de Infração foi apresentada dia 02/09/2014 sem, contudo, ter assinado qualquer intimação relativo ao conhecimento da reclamação do crédito tributário em lide. A manifestação do autuado em relação aos demonstrativos e documentos anexos ao Auto de Infração nos permite afirmar que o autuado tomou ciência de tudo que está acostado ao processo.

A arguição do autuado pela nulidade de parte da infração 01 em decorrência do cometimento de erro de direito pelo autuante ao utilizar percentual relativo ao diferencial de alíquotas em desacordo com a legislação não pode ser acolhida pois o erro efetivamente cometido pelo autuante não impede a sua correção pois há elementos suficientes no processo para se determinar o valor exato da infração cometida pelo autuado.

A outra arguição do autuado pela nulidade de parte da infração 01 em decorrência do não detalhamento da aplicação do percentual de 3,66% no cálculo do imposto devido não prospera pois no demonstrativo anexado à folha 09 há explicação que o percentual referido decorre da aplicação da redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91.

No mérito, a alegação do autuado relativo à infração 01 de que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa não se constitui fato gerador do ICMS não prospera pois o inciso I do art. 4º da Lei nº 7.014/96 considera como ocorrido o fato gerador do ICMS a saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Por força do disposto no Convênio ICMS 70/90, recepcionado no inciso XXII do caput do art. 265 do RICMS/12, apenas as remessas internas entre estabelecimentos da mesma empresa de bens do ativo ou de mercadorias destinadas ao uso ou consumo gozam da isenção do imposto.

Em relação ao cálculo da diferença de alíquotas na aquisição de máquinas e equipamentos relacionados no Anexo I do Convênio ICMS 52/91, constantes nas notas fiscais nº 19, 30 e 32, o autuante considerou corretamente a redução prevista para as operações internas que resultou na aplicação efetiva do percentual de 3,66%, correspondente à diferença entre 8,8%, aplicada na operação interna, e 5,14%, aplicada na operação interestadual. Conforme disposto no § 4º do art. 268 do RICMS/12, vigente à época dos fatos, e na cláusula quinta do Convênio ICMS 52/91, recepcionado no inciso I do art. 266 do RICMS/12, *"Para efeito de exigência do ICMS devido em razão do diferencial de alíquota, o Estado onde se localiza o destinatário dos produtos de que trata este Convênio reduzirá a base de cálculo do imposto de tal forma que a carga tributária total corresponda aos percentuais estabelecidos nas Cláusulas primeira e segunda para as respectivas operações internas."*.

Quanto ao cálculo das demais mercadorias não previstas no Convênio ICMS 52/91 e constantes nas notas fiscais nº 19, 29, 31 e 32, acolho a revisão feita pelo autuante ao Demonstrativo 01, conforme consta à fl. 196, considerando como alíquota interestadual 7%, reduzindo o lançamento tributário de R\$ 115.859,15 para R\$ 107.829,65.

Em relação à infração 02, ultrapassada a discussão se as transferências interestaduais de materiais de uso e consumo entre estabelecimentos do mesmo contribuinte constituem fato gerado do ICMS, conforme visto nas considerações relativas à infração 01, acolho a revisão feita pelo autuado no ACÓRDÃO JJF Nº 0140-01/15

Demonstrativo 02 à fl. 197, em concordância com os argumentos do autuado de que a alíquota correta a ser considerada na operação interestadual era de 7% no cálculo da diferença de alíquotas, reduzindo o lançamento tributário de R\$ 348,58 para R\$ 268,14.

Assim, considerando as reduções decorrentes dos novos demonstrativos das infrações 01 e 02 às fls. 196 e 197, fica reduzido o lançamento tributário para R\$ 108.097,79.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269094.0612/14-8**, lavrado contra **CAVAN PRÉ-MOLDADO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 108.097,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR