

A. I. N° - 207090.0003/14-8
AUTUADO - ASPERBRAS BAHIA LTDA.
AUTUANTES - MARIA CÉLIA RICCIO FRANCO e MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 01/10/2015

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0201-03/15

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Demonstrado nos autos que no levantamento fiscal não foram considerados recolhimentos extemporâneos realizados pelo sujeito passivo. Revisão realizada pelas autuantes excluiu os recolhimentos comprovados, reduzindo o valor da exigência. Lançamento parcialmente subsistente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. **a)** OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL CONSIDERADA NÃO CONTRIBUINTE. Nos termos do §5º do art. 50 do RICMS-BA/97, na comercialização interestadual de mercadorias para construtoras, só é aplicável a alíquota de 12% para empresas que apresentarem “*Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS*” dentro da validade na data da operação, não apresentado pelo sujeito passivo. Excluído do levantamento fiscal as operações arroladas no levantamento fiscal e destinadas a contribuintes do imposto. Infração parcialmente caracterizada. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERNAS. Infração reconhecida. 3. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES DESTINADAS A CONSUMO DOS FUNCIONÁRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Infração não contestada. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. **b)** CRÉDITO UTILIZADO A MAIS. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Infrações não contestadas. 5. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2014, refere-se à exigência de R\$411.557,64 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 06.02.01. 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 a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$18.810,17. Demonstrativo de apuração às fls. 79 a 89;

Infração 02 - 03.02.02. Recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril a dezembro de 2009, janeiro de 2010 a novembro de 2011. Exigido o valor de R\$103.059,55. Demonstrativo de apuração às fls. 323 e 324; 364 e 365 e; 405 e 406;

Infração 03 - 02.04.03. Falta de recolhimento do ICMS deferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, nos meses de janeiro de 2009 a fevereiro de 2011 e abril a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$64.664,73. Demonstrativo de apuração às fls. 421 a 424;

Infração 04 - 01.02.37. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de Serviço de Comunicação utilizado na industrialização, nos meses de janeiro de 2009 a novembro 2010 e janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$64.768,22. Demonstrativo de apuração às fls. 518 a 523;

Infração 05 - 01.03.11. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$6.377,56. Demonstrativo de apuração às fls. 810 a 812;

Infração 06 - 01.02.41. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2009, janeiro a maio e julho a dezembro de 2010, fevereiro a maio e julho a novembro de 2011. Exigido o valor de R\$2.210,24. Demonstrativo de apuração às fls. 849 a 851;

Infração 07 - 12.02.01. Falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, nos meses de janeiro, maio e agosto de 2011. Exigido o valor de R\$145.274,73. Demonstrativo de apuração à fl. 869;

Infração 08 - 03.02.02. Recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de junho e outubro 2010. Exigido o valor de R\$1.347,51. Demonstrativo de apuração à fl. 892;

Infração 09 - 01.03.09. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de Serviço de Comunicação em proporção superior às saídas ou prestações destinadas ao exterior, no mês de dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$2.044,93.

O autuado, por meio de procurador com instrumento de procuração à fl. 1784, apresenta impugnação, fls. 1788 e 1789, alinhando suas razões de defesa na forma a seguir resumida.

Em relação à infração 01, afirma que concorda inteiramente com valor apurado pela fiscalização em relação ao exercício de 2011.

No que diz respeito ao exercício de 2010, observa que as autuantes não consideraram os pagamentos Extemporâneo do Diferencial de Alíquota, conforme cópias de DAEs que diz anexar aos autos.

Destaca que no levantamento fiscal foram enquadradas algumas aquisições de Ativos Imobilizados como Material de Uso e Consumo, conforme demonstrativos que anexa juntamente com as cópias da Notas Fiscais de aquisição, para as quais afirma gozar do benefício do Desenvolve e não está obrigada a pagar o Diferencial de Alíquota.

Arremata asseverando que acata parcialmente o que foi apurado no exercício de 2010, reconhecendo o valor de total de R\$168,23, conforme resumo e Planilha que anexa às fls. 1790 a 1796.

No tocante à infração 02 observa que no levantamento fiscal constam diversas empresas que estão no Regime de Apuração Normal, bem como pertencentes a segmento diferentes da Construção Civil, conforme Planilha que anexa aos autos.

Nestes termos, diz concordar parcialmente com esse item da autuação, para pagar as seguintes importâncias: R\$2.441,84 no exercício de 2009; R\$7.057,00 no exercício de 2010 e R\$ 31.728,96 no exercício de 2011. Totalizando o valor de R\$41.227,80.

Informa que, em relação às infrações 03 a 09, concorda integralmente com os valores apurados no Auto de Infração.

Conclui requerendo que sejam apurados os novos valores, e pleiteia o parcelamento em 60 vezes.

As autuantes prestam informação fiscal, fls. 1933 a 1935, depois de resumir as ponderações e razões de defesa do impugnante apresentam os argumentos a seguir.

Inicialmente destaca que o autuado à fl. 1789, reconhece integralmente a procedência das infrações 03 a 09 das autuação, as quais afirmam ficarem mantidas em todos os seus termos e valores. Assinala que o defendante limitou-se a contestar parcialmente as demais infrações 01 e 02.

Quanto à infração 01, depois de frisar que nos exercícios de 2010 e 2011 o impugnante adquiriu em outros Estados, produtos destinados a Uso/Consumo do estabelecimento e que através de uma apuração de valores mensal de tais aquisições, detectou-se que foram recolhidos valores inferiores aos devidos, pelo que foi autuado e, depois de reproduzir as alegações da defesa informam o seguinte.

Em relação ao argumento de que foram realizados recolhimentos extemporâneos, revelam que assiste razão parcial ao contribuinte. Para o reconhecimento desta nova situação, informam que efetuaram, para o exercício de 2010, novo “Levantamento Fiscal - Recolhimento a menor de Diferencial de Alíquota”, fls. 1036 a 1046, em substituição ao constante às fls. 79 a 83, além de novo Demonstrativo do Débito, para a Infração 01, em substituição ao das fls. 09 e 10. Destacam que para fatos geradores de janeiro e dezembro/2010, considerando os valores recolhidos extemporaneamente, os valores devidos reduzem-se para ZERO. Para os fatos geradores de fevereiro e julho/2010, os valores recolhidos revelam-se superiores aos apurados, por consequência, os valores autuados reduzem-se ZERO. Assinalam que valores eventualmente recolhidos a maior, podem ser objeto de pedido de restituição, nos termos do RPAF-BA/99. Registraram que para os meses de março, abril, maio, junho, agosto, setembro, outubro e novembro, subsistem valores devidos em 2010, porém diferentes dos apontados pelo contribuinte na fl.1824. Esclarecem que nenhuma alteração foi acatada para os fatos geradores do exercício de 2011.

No que diz respeito ao argumento de que as aquisições realizadas pela empresa, para uso e consumo, o tenham sido para Ativo, e cujas notas fiscais já constavam dos autos ressaltam que foram analisadas uma a uma e não procede a alegação de que se trata de aquisição para o ativo fixo, nos parâmetros aceitos pela SEFAZ - fios e cabos, assim como bombas são partes e peças de equipamentos, substituíveis, consoante Pareceres GETRI de nºs 6.803/2009, 18.253/2010, 18.602/2011, 1595/2011, 3.716/2008, 16.751/2012, cópias anexadas às fls. 1955 a 1965

Ressaltam ainda que, prepostos fiscais no exercício de atividade vinculada estão obrigados a seguir o que determina a Legislação Estadual, para o cumprimento de suas tarefas.

Asseveram que nos termos do art. 18, Parágrafo 1º, da Lei 7629/99, as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de dez dias para sobre eles se manifestar, querendo.

No que diz respeito à infração 02 reafirmam que nos exercícios de 2009, 2010 e 2011 constataram que o contribuinte efetuou vendas interestaduais de mercadorias destinadas a consumidores finais (não revendedores dos produtos adquiridos, saídas para uso consumo e consumo para Zonas de Livre Comércio, além de destinatários usuários de CPF e a Construtoras sujeitas ao Convênio ICMS 137/02, utilizando-se da alíquota de 12%, ao invés de 17%, do art. 50, inciso I, alínea “b”, combinado com os art. 29, inciso V, alínea “a”, art. 97, incisos I, IV, alínea “c”, e art. 114, do Dec. 6284 / 97.

Depois de resumir as alegações do autuado observam que na qualidade de prepostos fiscais, no exercício de atividade vinculada, cotejando o Convênio ICMS 137/02, fls. 68 e 69, assinalam que ao examinarem os demonstrativos elaborados pelo contribuinte, fls. 1825, 1845, 1846 e 1880, constataram que as comprovações anexadas como suporte não são as prescritas no art. 50, Parágrafo 5º do Dec. 6284/97, portanto não podem ser consideradas. Informam que os Estados destinatários são signatários do referido Convênio.

Esclarecem que, para o Direito Tributário, o consumidor final é o adquirente da mercadoria ou bem, para uso ou consumo próprio ou integração no ativo imobilizado, onde efetivamente se encerram todas as etapas da circulação física, econômica ou jurídica da mercadoria ou bem. Frisam que onde quer que ele se encontre, a alíquota aplicável deverá corresponder à alíquota cheia do Estado remetente.

Arrematam asseverando que mantém a infração 02 integralmente.

Concluem requerendo a procedência parcial do Auto de Infração.

O impugnante se manifesta em relação à informação fiscal prestada pelas autuantes, fls. 1950 a 1953, nos termos seguintes.

Quanto à infração 01, destaca inicialmente que em virtude do seu recolhimento Extemporâneo de Diferencial de Alíquotas referentes ao exercício de 2010, no Auto Original não tinha sido considerado pelas autuantes, e que posteriormente reconheceu integralmente conforme sua nova Planilha fls. 1936 a 1946, gerou um recolhimento a mais nos meses de Fevereiro/2010 o valor de R\$101,10 e Julho/2010 o valor e R\$132,50 de DIFAL recolhido a mais. Observa que em sua Planilha de Defesa, o saldo credor de R\$101,10 de Fev/2010 foi compensado nos meses subsequentes igualmente o saldo credor de R\$132,50 de Jul/2010.

Frisa que de acordo com a declaração das autuantes, para os fatos geradores de Fevereiro e Julho/2010, os valores recolhidos revelam-se superiores aos apurados, por consequência, os valores autuados reduzem-se para R\$0,00. Valores eventualmente recolhidos a mais podem ser objetos de pedido de restituição, nos termos RPAF-BA/99. Nestes termos, reitera que os saldos credores confirmados pelas autuantes, sejam compensados nos débitos de Diferencial de Alíquotas a serem recolhidos nos meses subsequentes.

Afirma que a autuante considerou os Ativos das Notas Fiscais nº 9350, de 07/06/10; nº 9584, de 14/06/10 e nº 3627, de 16/09/10, como Material de Uso e Consumo, conforme Pareceres da GETRI nº 6.803/2009; 18.253/2010; 18.602/2011; 15.595/2011; 3716/2008 e 16.751/2012.

Revela sua discordância com a alegação das autuantes, pois, para cada fato pode-se ter situações diferentes. Afirma que a análise não pode ser feita isoladamente, e sim no contesto geral da aplicação do produto. Sustenta que todos os produtos glosados foram aplicados para instalação de Máquinas e Equipamentos Novos destinados a produção industrial da empresa, logo, são todos ativos imobilizados.

Explica que os materiais das Notas Fiscais de nºs 9350 e 9584, fls. 1798 e 1799, foram utilizados na instalação de um Gerador novo, frisa a necessidade de utilizar diversos componentes para poder fazer ele funcionar, como (Fiação + Tubos + Tanque de Combustível + Chaves de Comando para Automação da troca de energia nos horários de Pico ou de emergência quando da falta de energia). Acrescenta destacando que para o caso em questão foi feito uma aquisição de um total

de 1.152 metros de cabo de cobre para serem utilizados no Novo Gerador de Energia. Aduz que para ser considerado como Material de Uso e Consumo, teria que ser para os casos em um destes componentes fossem substituir um antigo por motivo de quebra, que não vem a ser o caso em questão.

Esclarece que os materiais da Nota Fiscal nº 3627, fl.1797, foram utilizados na instalação de uma extrusora nova, que requer para seu funcionamento a utilização de diversos componentes, como (Tubulação que irá conduzir a matéria prima para a Extrusora; Bomba que irá transportar a Matéria Prima para a Extrusora, de onde será produzido tubos plásticos. Relata que para o caso em questão foi feito uma aquisição de uma Bomba de Vácuo BVM/II para ser acoplada na Nova Extrusora. Diz que somente poderia ser considerado como Material de Uso e Consumo, se um destes componentes tivesse sido adquiridos para substituir um antigo por motivo de quebra, que não vem a ser o caso em questão.

Arremata requerendo que os Ativos correspondentes as Notas Fiscais de nºs 9350, 9584 e 3627, não sejam considerados como Material de Uso e Consumo, e sim como Ativo Imobilizado, e por este motivo, indevida a cobrança do Diferencial de Alíquotas.

Caso haja concordância com suas justificativas, o item 01 resta cumprido integralmente, pois, conforme Termo de Parcelamento que diz anexar aos autos, e já está pagando os respectivos parcelamentos.

No tocante à infração 02, informa que as autuantes consideraram todas as empresas constantes do Levantamento Fiscal como Consumidores Finais; Destinatários usuários de CPF e Construtoras sujeitas ao Convenio ICMS 137/02, salientando que Consumidor Final é o adquirente da mercadoria ou bem, para uso ou consumo próprio ou integração no Ativo Imobilizado, onde efetivamente se encerram todas as etapas da circulação física, econômica ou jurídica da mercadoria ou bem.

Menciona ser verdade que nas Vendas direta ao Consumidor Final dentro ou fora do Estado, não sendo o destinatário considerado contribuinte do ICMS, a alíquota a ser aplicada em cada operação será aquela afixada às operações internas (19%; 18% ou 17%). Revela que nos termos do inciso VII, parágrafo 2º da CF/88, o ICMS em relação às operações que destinem mercadorias a consumidor final localizado em outro Estado adotará: a-) Alíquota Interestadual de (7% ou 12%) quando o destinatário for Contribuinte do ICMS; b-) Alíquota interna quando o destinatário não for contribuinte do ICMS.

Registra caber ao Consumidor Final, Contribuinte do ICMS a responsabilidade pelo recolhimento do Diferencial de Alíquota para o Estado Destinatário da mercadoria, sempre que a mercadoria destinar-se a uso ou consumo e ativo imobilizado do adquirente, desde que o destinatário seja contribuinte do ICMS.

Solicita que sejam reavaliados e considerado nula as penalidades aplicadas as empresas Contribuintes dos ICMS e que não estejam enquadradas como Construtoras e pessoas físicas com CPF.

Observa que realizou algumas vendas a Consumidores Finais portadores de CPF, que já concordou anteriormente efetuando os devidos recolhimentos;

Frisa que realizou algumas vendas a Construtoras Contribuinte do ICMS no Regime Normal conforme comprovantes do SINTEGRA anexados em nossa defesa, para as quais diz entender que deveriam ser enquadradas conforme os termos do inciso VII, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988, o ICMS em relação as operações que destinem mercadorias a consumidor final localizado em outro Estado adotara: a-) Alíquota Interestadual de (7% ou 12%) quando o destinatário for Contribuinte do ICMS;

Conclui pugnando pela reavaliação e considerada nula as penalidades aplicadas as empresas Contribuintes do ICMS, optantes pelo Regime Normal de Tributação de ICMS.

As autuantes às fls. 1968 a 1970, prestam informação acerca da manifestação do impugnante asseverando que diante da inexistência de qualquer fato novo na manifestação do autuado, tanto em relação à infração 01, quanto à infração 02, mantém os valores apresentados na informação fiscal anterior.

Constam às fls. 1973 a 1980, extratos do Sistema de Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT de parcelamento efetuado pelo sujeito passivo da parte reconhecida do lançamento original.

VOTO

O Auto de Infração acusa o sujeito passivo do cometimento de nove infrações à legislação do ICMS, consoante descrição circunstanciada e pormenorizada com os respectivos enquadramentos legais e indicação das correspondentes multas no preâmbulo do relatório.

O autuado, em sede de defesa, se opõe parcialmente ao lançamento somente em relação aos itens 01 e 02 da autuação.

No que diz respeito às infrações 03, 04, 05, 06, 07, 08 e 09, o defendant assevera expressamente que concorda com os valores apurados e constantes do Auto de infração, fl. 1789. Logo, ante a inexistência de lide em relação a esses itens da autuação ficam mantidos os respectivos lançamento de ofício.

A infração 01 cuida da 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 a consumo do estabelecimento.

Cumpre esclarecer que nas aquisições interestaduais de materiais de uso e consumo cabe o pagamento do diferencial de alíquotas, nos termos do art.1º, § 2º, inciso IV, do RICMS-BA/97, *in verbis*:

“Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

§ 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;”

O impugnante em sua defesa concordou com valores os lançados em relação ao exercício de 2011, no entanto, em relação ao exercício de 2010, declarou que as autuantes não consideraram no levantamento fiscal os recolhimentos efetuados extemporaneamente, cujos DAEs, acostou aos autos. Contestou também algumas aquisições arroladas no levantamento fiscal, que no seu entender são para o Ativo Imobilizados, portanto, indevida a exigência por gozar do benefício do Desenvolve, e foram consideradas pela fiscalização como sendo material de uso e consumo.

As autuantes ao prestarem informação fiscal depois de examinarem as alegações e documentos carreados aos autos reconheceram que, efetivamente, os pagamentos extemporâneos não haviam sido considerados e refizeram o demonstrativo de apuração atinente ao exercício de 2010, acostado às fls. 1936 a 1946, procedendo às exclusões devidas que resultou na redução do débito da infração 01 de R\$18.810,17, para R\$12.064,69. Não acolheram a pretensão do impugnante em relação as aquisições indicadas na defesa como sendo para o Ativo Imobilizado e não para uso e consumo do estabelecimento autuado. Fundamentaram o não acatamento com base em diversos pareceres da DITRI/SEFAZ, cujas cópias anexaram às fls. 1955 a 1965, asseverando que depois de

exame minudente nas notas fiscais de aquisição constatou que se trata de partes e peças substituíveis - fios cabos e bombas.

O autuado se manifestou destacando que as autuantes reconheceram integralmente os recolhimentos extemporâneos no novo demonstrativo de apuração e requereu que fossem compensados os valores apurados a mais nos meses de fevereiro - R\$101,10 e julho - R\$132,50, com os meses subsequentes em que ocorrem recolhimento a menos. No tocante às aquisições arroladas no levantamento fiscal como sendo material de consumo, manteve sua insurgência reafirmando que todos os itens glosados são destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento, pois, foram aplicados na instalação de Máquinas e Equipamentos novos (Gerador e Extrusora).

Da análise dos elementos que emergem do contraditório instalados nos autos atinente à infração 01, constato depois de compulsar o novo demonstrativo de débito elaborado pelas autuantes com base nas alegações defensivas comprovadas que valor do débito apurado reflete os ajustes devidamente comprovados pelo impugnante.

No que diz respeito aos valores recolhidos a mais nos meses de fevereiro e julho de 2010, questionados pela defesa, entendo que, ante a impossibilidade de proceder à compensação nessa etapa do PAF, caberá ao autuado requerer na Inspetoria Fazendária no momento da quitação do presente Auto de Infração, na forma prevista no art. 74, combinado com o §3º do art. 73, todos do RPAF-BA/99.

Quantos as aquisições arroladas no levantamento fiscal apontadas na defesa como sendo indevida a exigência, sob a alegação de que foram destinadas para do ativo imobilizado do estabelecimento autuado, e que por isso, estão amparadas pelo benefício do Desenvolve, o autuado explicou se tratar de materiais utilizados na instalação de novos equipamentos (Gerador e Extrusora), ao se reportar, fl. 1951, especificamente as mercadorias constantes das Notas Fiscais de nºs 9584, fl. 221, e nº 9350, fl. 213, - “cabos de cobre” - NCM 8544.4900, e da Nota Fiscal nº 3627, fl. 281, “Bomba de Vácuo BVM/II”.

Claramente se depreende da natureza dessas aquisições que as mercadorias cabos elétricos e bombas em ambiente de produção fabril comumente se constituem de partes e peças destinadas a reposição ou substituição para manutenção das atividades de produção do estabelecimento, portanto, alcançadas pela exigência da diferença de alíquotas objeto da autuação.

Ademais, como elucida o Parecer DITRI/SEFAZ nº 18253/10, fl. 1957, “*Com efeito, as peças que irão compor a estrutura da máquina ou equipamento apenas estarão amparadas pelo benefício do deferimento se adquiridas conjuntamente com o bem respectivo: ao contrário, as aquisições, em separado, de peças para reposição e/ou manutenção de bens do ativo se caracterizam como aquisições de materiais de uso e consumo do estabelecimento, não sendo alcançadas pelo deferimento previsto no Dec. 8.205/02.*”

Entendo que a mera indicação do autuado de que as aquisições se destinam à instalação de novos equipamentos sem qualquer comprovação, ou seja, a efetiva aquisição dos ditos equipamentos novos conjuntamente com os materiais utilizados em sua instalação ou do projeto de ampliação ou de modernização da produção especificando a efetiva aplicação dos equipamentos, não tem o condão de elidir a acusação fiscal.

Nestes termos, acolho o novo demonstrativo elaborado pelas autuantes e acostado às fls. 1936 a 1946, alterando o demonstrativo de débito para o exercício de 2010 de acordo com a planilha de Alteração de Débito”, fl. 1946, e mantidos inalterados os lançamentos atinentes ao exercício de 2011.

Concluo pela subsistência parcial da infração 01, no valor de R\$12.064,69.

Quanto a infração 02 que trata do recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escriturada, decorreu da constatação de que o autuado efetuou vendas interestaduais de mercadorias

destinadas a consumidores finais (não revendedores dos produtos adquiridos, saídas para uso e consumo, e consumo para Zonas de Livre Comércio, além de destinatários Pessoa Física(CPF) e construtoras sujeitas ao Convênio ICMS 137/02, adotando a alíquota de 12%, em vez de 17% , no art. 50, I, “b”, do RICMS-BA/97.

O defendente reconheceu parcialmente o cometimento da infração no valor de R\$41.227,80, fl. 1798, conforme planilha que acostou à fl. 1880. Sustentou as retificações no lançamento pelo fato de que diversas operações de saídas interestaduais de mercadorias arroladas no levantamento fiscal foram destinadas a empresas que “estão no Regime de Apuração Normal” e pertencem a segmentos diferentes da Construção Civil, apresentando cópias de Consulta SINTEGRA/ICMS da identificação dos contribuintes para comprovar sua alegação. Em suma requereu a improcedência da autuação em relação às empresas contribuintes do ICMS e optantes pelo Regime Normal de Tributação.

Em sede informação fiscal, as autuantes mantiveram a autuação, sob o fundamento de que os demonstrativos e as comprovações apresentadas pelo contribuinte não são as prescritas no art. 50, §5º do Dec. 6284/97.

A definição das alíquotas expressa na Lei 7014/96 é veiculada no art. 50 do RICMS-BA/97, sendo o Estado da Bahia signatário do Convênio ICMS 137/02, fez constar em sua legislação exatamente o que determinou o aludido acordo em seu art. 50, §5º do RICMS-BA/99, *in verbis*:

“Art. 50. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

I - 17%, exceto nas hipóteses de que cuida o artigo subseqüente:

[...]

b) nas operações e prestações em que os destinatários das mercadorias ou os tomadores dos serviços estejam localizados em outra unidade da Federação e não sejam contribuintes do imposto;

[...]

II - 12%, nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços de transporte ou de comunicação a contribuintes do imposto;

[...]

§ 5º Somente será aplicada a alíquota de 12% nas operações e prestações interestaduais destinadas a empresa de construção civil contribuinte do ICMS se esta fornecer ao remetente cópia reprográfica devidamente autenticada do “Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS”, conforme modelo anexo ao Convênio ICMS 137/02, que terá validade de até 1 (um) ano (Conv. ICMS 137/02).”

Da análise do dispositivo acima transcrito, conjuntamente com as Consultas/SINTEGRA carreadas aos autos pelo impugnante, fls. 1.950 a 1.953, no que diz respeito às operações de saídas interestaduais destinadas a construtoras, constato que não restou comprovado nos autos o cumprimento dos requisitos determinados no parágrafo §5º, ante a exigência expressa, no sentido da necessidade das empresas do ramo da construção civil apresentarem o “Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS” com plena validade, no momento da ocorrência do fato gerador. Logo, por serem inservíveis as cópias das CONSULTA/SINTEGRA apresentadas pelo autuado para justificar a aplicação da alíquota de 12% adotada, devem ser mantidas as operações interestaduais destinadas a empresa de construção civil arroladas no levantamento fiscal.

Do mesmo modo, devem ser mantidas no levantamento fiscal as operações interestaduais destinadas a empresas prestadoras de serviços previstos na Lei Complementar nº 116/03, a exemplo de Hotéis - item 9.11 e Corretagem de Imóveis - item 10.05, pois de terem constarem da CONSULTA/SINTEGRA, não contribuintes do ICMS, como expressamente exige a alínea “b” do inciso I, do dispositivo regulamentar acima reproduzido.

Quanto às demais operações interestaduais destinadas a contribuinte do imposto, depois de examinar as Consultas/SINTEGRA, constato que assiste razão ao autuado, uma vez que, nestes casos, deve ser aplicada a alíquota interestadual de 12%, devendo essas operações serem excluídas do levantamento fiscal.

Depois de identificar as notas fiscais cujas operações interestaduais foram destinadas a contribuintes do imposto procedi às exclusões correspondentes, no demonstrativo de apuração elaborado pelas autuantes, fls. 323 e 324; 364 e 365 e 405 e 406, da forma a seguir discriminada.

Exercício de 2009 - Total de R\$2.456,89, (maio - NF nº 14518; junho - NF nº 14712; agosto - NF nº 14952; setembro - NF nº 15125 e outubro - NF nº 15405;

Exercício de 2010 - Total de R7.858,96, (janeiro - NF nºs 16066 e 16117; maio - NF nºs 302, 306, 312 e 311; agosto - NF nº 884; setembro - NF nº 1257, outubro - NF nºs 1351, 1462, 1572 e 1591 novembro - NF nº 1694);

Exercício de 2011 - Total de R\$471,65, (março - NF nº 2437 e julho - NF nºs 3303 e 3405).

O total das exclusões perfizeram o montante de R\$10.787,50, que resultou na redução do débito da infração 02 de R\$103.059,55, para R\$92.272,05, conforme demonstrativo a abaixo.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - INFRAÇÃO 02 - AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO											
2 0 0 9				2 0 1 0				2 0 1 1			
Dat. Ocorr.	A. I.	EXCLU-SÓES	JULG.	Dat. Ocorr.	A. I.	EXCLU-SÓES	JULG.	Dat. Ocorr.	A. I.	EXCLU-SÓES	JULG.
30/04/09	570,00	0,00	570,00	31/01/2010	2.261,85	1.966,45	295,40	31/01/2011	7.375,83	0,00	7.375,83
31/05/09	1.130,07	37,50	1.092,57	28/02/2010	4.943,77	0,00	4.943,77	28/02/2011	1.548,90	0,00	1.548,90
30/06/09	1.566,26	1.081,16	485,10	31/03/2010	4.145,50	0,00	4.145,50	31/03/2011	388,36	101,30	287,06
31/07/09	904,00	0,00	904,00	31/05/2010	5.631,11	4.096,57	1.534,54	31/05/2011	4.832,10	0,00	4.832,10
31/08/09	1.411,50	31,00	1.380,50	30/06/2010	24,10	0,00	24,10	30/06/2011	103,13	0,00	103,13
30/09/09	905,00	792,90	112,10	31/07/2010	13.423,87	0,00	13.423,87	31/07/2011	671,13	79,40	591,73
31/10/09	874,72	514,33	360,39	31/08/2010	5.336,32	582,65	4.753,67	31/08/2011	6.424,95	290,95	6.134,00
30/11/09	975,00	0,00	975,00	30/09/2010	1.668,19	107,06	1.561,13	30/09/20101	5.038,01	0,00	5.038,01
31/12/09	1.254,21	0,00	1.254,21	31/10/2010	9.695,95	983,54	8.712,41	31/10/2011	8.323,21	0,00	8.323,21
				30/11/2010	5.359,84	122,69	5.237,15	30/11/2011	290,95	0,00	290,95
				31/12/2010	5.981,72	0,00	5.981,72				
TOTAL	9.590,76	2.456,89	7.133,87	TOTAL	58.472,22	7.858,96	50.613,26	TOTAL	34.996,57	471,65	34.524,92
TOTAL GERAL DA INFRAÇÃO 02 - R\$92.272,05 (R\$7.133,87 + R\$50.613,26 + R\$34.524,92)											

Assim, ante o exposto, concluo pela subsistência parcial da infração 02, no valor de R\$92.272,05.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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 207090.0003/14-8, lavrado contra **ASPERBRAS BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$394.024,66**, acrescido da multa de 60% previstas no art. 42, no inciso II, alíneas “f” e “a”; e no inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA