

A. I. Nº - 210319.0007/17-8
AUTUADO - PREFAZ PRÉ-FABRICADOS DE CONCRETO LTDA.
AUTUANTE - JOSUÉ DE LIMA BORGES FILHO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.12.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0180-05/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO DO IMPOSTO. Comprovado que o destinatário localizado em outra Unidade da Federação exerce atividade de construção civil, e o fornecedor deve adotar a alíquota interna da unidade federada de sua localização, de acordo com as regras estabelecidas no Convênio ICMS 137/02. Operações objeto do lançamento são distintas das consignadas em outra autuação. Inocorrência de *bis in idem*. Infração procedente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos com a exclusão de valores relativos a operações de aquisição de mercadorias contempladas com redução de base de cálculo. Comprovado que os valores recolhidos por meio de denúncia espontânea foram deduzidos do valor apurado na autuação. Não acatado o argumento para exclusão de valores relativos a operações de transferências de bens do ativo com mais de um ano de uso, por falta de prova e base legal. Acolhido o argumento de prejudicial de mérito de decadência. Reduzido o débito. Infração elidida em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 22/11/17, exige ICMS no valor de R\$28.624,01, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto. Consta na descrição dos fatos que lançou no livro RAICMS (12/2012) OUTROS CRÉDITOS para ajuste de apuração de ICMS destacado a maior, referente à venda para o Consórcio Tom Ferrostal cujo ramo de atividade é de Cód. 30.11.3.01 (Construção de embarcações de grande porte) - R\$19.845,00.
02. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento - R\$8.779,01.

Na defesa apresentada (fls. 28/45) o impugnante esclarece que exerce atividade de industrialização, comércio e revenda de argamassa, rejuntas e pigmentos (contribuinte do ICMS).

Comenta as infrações e preliminarmente invoca que parte dos valores exigidos foi alcançada pela decadência do direito à constituição tendo em vista que engloba o período de janeiro/2012 a novembro/2013, enquanto o auto de infração somente chegou ao seu conhecimento em 22/11/2017, após o transcurso de mais de cinco anos do termo inicial para a realização do lançamento.

Ressalta que o art. 146, III, alínea *b* da Constituição Federal remete para lei complementar dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária e que os artigos 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional (CTN) definem as modalidades de lançamento.

Afirma que o art. 150, §§ 1º e 4º estabelece que o lançamento por homologação extingue o crédito tributário sob condição resolutória de posterior homologação do lançamento, o prazo de 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador para homologação e que na situação presente os fatos geradores que ocorreram nos meses de janeiro a outubro de 2012, descaíram.

Transcreve decisões proferidas por Tribunais Superiores, textos doutrinários e requer que sejam afastadas as exigências de créditos tributários decorrentes de fatos geradores do período de abril a outubro/2012 que encontram-se extintos pela decadência, na forma do § 4º, do art. 150, do CTN.

No que se refere ao suposto estorno do crédito de ICMS em desacordo com a legislação, relativo à comercialização de produtos com o Consórcio Tomé Ferrostral, afirma que ocorre *bis in idem*, visto que também está sendo exigido por meio do Auto de Infração 2103190008/17-4 (fls. 86/89).

Esclarece que quando iniciou as atividades comerciais com o Consórcio Tomé Ferrostral, procedeu o recolhimento do imposto utilizando a alíquota de 17%, mas ao tomar conhecimento de que é contribuinte do ICMS, em dezembro de 2012 procedeu o estorno para adequar-se à alíquota interestadual, ou seja, 12%, com base nas informações prestadas pelo próprio Consórcio.

Diz que de forma equivocada a fiscalização entendeu que o Consórcio não é contribuinte do ICMS e promoveu a glosa do crédito, que está sendo exigido no presente Auto de Infração e também no AI 2103190008/17-4, configurando patente *bis in idem*, motivo pelo qual requer que seja “decotado do Auto de Infração ora impugnado, retificando-se assim o *quantum debeatur*”.

No mérito, afirma que além da decadência de parte do imposto exigido e patente *bis in idem*, na remota hipótese de não serem acatadas, procura demonstrar a impossibilidade de exigir o diferencial de alíquota do imposto que foi objeto de estorno na sua escrita fiscal.

Argumenta que o Consórcio Tomé Ferrostral, possui CNAE principal relacionado com a construção de embarcações de grande porte, e é contribuinte do ICMS conforme ficha cadastral do contribuinte disponibilizada pela Secretaria da Fazenda do Estado de Alagoas (fl. 92).

Ressalta que em vista da condição de contribuinte e dos produtos adquiridos pelo Consórcio, era exigido pagamento da complementação da alíquota interna do imposto, que algumas vezes foi feita pela impugnante e reembolsado pelo Consórcio conforme GNREs (fls. 96 a 259).

Pelo exposto, afirma não ser plausível a manutenção da exigência do montante equivalente ao estorno do crédito que representa a complementação da alíquota interna de ICMS ao Estado da Bahia, tendo em vista o caráter de contribuinte do Consórcio e da comprovação do pagamento do diferencial de alíquota ao Estado de Alagoas.

No que tange à infração 2 (diferencial de alíquota) relativa à aquisição interestadual de mercadorias destinadas a consumo no estabelecimento, afirma que o valor ora exigido já foi devidamente recolhido após a formalização de Denúncia Espontânea nº 6.00000.0945/15-6 relacionada a fatos geradores compreendidos entre 31/01/2012 a 31/12/2014 (fls. 242 a 303).

Ressalta que constam alguns equívocos na planilha elaborada pela fiscalização, pontuando que:

- a) Não foi observado o fato de o produto ser beneficiado pela redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/1991 (fl. 304), conforme produtos listados no quadro apresentado à fl. 38 (chaventa do volante, trava do volante, bucha do volante...) cujo diferencial de alíquota devido é de 3,66% e não de 10%;
- b) Foram relacionadas operações de transferência de bens que compõem o ativo imobilizado com prazo superior a 1 (um) ano, de acordo com o art. 3º, VIII do RICMS/97 relacionados no quadro de fl. 39 (anel dinamométrico, macaco de protensão, forma met para poste).
- c) Não foram indicados os valores despendidos a título de diferencial de alíquota de frete, conforme planilha retificada anexada à defesa (fls. 368/373) que foram quitados, a exemplo da aquisição do *dosador de água* – NF 4445 – NCM 90282010, que na determinação da base de

cálculo não levou em consideração o IPI, indicando o montante de R\$3.000,00 a título de base de cálculo, enquanto que a base de cálculo correta seria de R\$3.103,50.

- d) No caso do item denominado *Conv. Freq_MC07B110-5* – NF 224872 – NCM 85044050 – que a alíquota interestadual de ICMS foi de 4%, o diferencial de alíquota deveria representar o montante de 13% enquanto na planilha elaborada pela fiscalização foi indicado percentual de 10% a título de diferencial de alíquota ao Estado da Bahia.

Diante do exposto, argumenta que está nítida a imprestabilidade da planilha para demonstrar que há algum passivo tributário perante a SEFAZ BA em desfavor da impugnante.

No que se refere à multa de 60% aplicada, prevista no art. 42, II, f da Lei nº 7.014/96, afirma que não deve prosperar por configurar efeito de confisco, que é vedado pela Constituição Federal (art. 150, IV) e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 632315 AgR - 14/08/2012; RE n. 523.471-AgR, de 23.04.2010 e AI n. 482.281-AgR, de 21.08.2009; ARE 637717 AgR, 13/03/2012).

Argumenta que, diante da previsão constitucional de vedação do confisco e jurisprudência de Tribunais Superiores, a multa deve ser cancelada ou reduzida para um percentual máximo de 30% nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 523471 AgR, 23-04-2010).

Conclui invocando a preliminar de mérito de decadência de proceder ao lançamento de parte do ICMS exigido, atinente ao período de janeiro a outubro de 2012, reconhecimento do *bis in idem* tributário, subtraindo o montante exigido no AI 2103190008/17-4 e no mérito que o Consórcio Tomé Ferrostal é contribuinte do ICMS, e o estorno do débito de ICMS ocorreu de forma irregular, revertendo o montante pago a maior.

E ainda, que seja considerada imprestável a planilha que embasa a Infração 2, em razão dos equívocos cometidos pela fiscalização na apuração do imposto exigido, bem como o cancelamento ou redução da multa aplicada.

Por fim, indica à fl. 45 o endereço para encaminhamento de publicações e intimações.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 376 a 392) inicialmente relaciona os tópicos das alegações da defesa e com relação a decadência, afirma que o art. 26, III do RPAF/BA, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação por escrito ao contribuinte para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização.

E que diante da uniformização de orientação jurídica exarado pela PGE, com fundamento no art. 150, §4º do CTN, a decadência ocorre quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

E que considerando a ciência do início da ação fiscal em 17/10/2017 (fl. 5) os fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2012 a 17/10/2012 foram excluídos do lançamento na infração 2.

Quanto a alegação de ocorrência de *bis in idem* na infração 1, pela exigência do diferencial de alíquota no AI 2103190008/17-4, salienta que o mesmo foi lavrado por ele no mesmo processo de fiscalização, por determinação regulamentar.

Ressalta que na situação presente foi exigido recolhimento a menor do ICMS face registro no Livro de Apuração do ICMS de crédito fiscal – estorno indevido de débito (12/2012 - fora do lapso decadencial), conforme cópia do livro RAICMS acostado à fl. 379 que envolve saídas pelas notas fiscais de nºs 8082 a 8259 (fls. 380/381), sobre as quais foi aplicada a alíquota de 17% totalizando valor de R\$19.845,00.

Já o auto de infração nº 2103190008/17-4 que a defesa alega cobrança em duplicidade, refere-se a fato gerador de saídas de mercadorias para o Consórcio Tomé Ferrostal, nas quais o ICMS destacado foi de DÉBITO FISCAL DESTACADO EM 12% ao invés de 17%, cuja relação de notas fiscais engloba os números 8278 a 9057 (fls. 381 a 385).

Ressalta que os fatos geradores e infrações do primeiro e segundo auto de infração são distintos, sendo que no primeiro (AI. 2103190007/17-8) o contribuinte emitiu notas de saídas de forma correta com destaque do imposto em 17%, porém, de forma indevida, entendeu que a alíquota deveria ser de 12% e fez o irregular estorno no Livro fiscal, o que foi cobrado e no segundo caso, (AI. 2103190008/17-4), emitiu outras notas fiscais com destaque incorreto do imposto em 12%, como se as vendas fossem para contribuintes do imposto, cuja diferença foi cobrada.

Posto isso, não acatou os argumentos defensivos.

Quanto ao argumento de que o consórcio TOMÉ FERROSTAL efetuou paramento da complementação da alíquota interna (Estado de Alagoas), ressalta que os recolhimentos do ICMS (fls. 30 a 54), extratos do Sintegra e declaração de contador da empresa foram datados em 2017.

Destaca que o lançamento fiscal envolve fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2012 e 2013, durante a vigência do Convênio ICMS 137/02, que exigia a apresentação de atestado de condição de contribuinte do ICMS, conforme prevê o parágrafo primeiro da cláusula primeira do citado Convênio o que não foi feito, conforme transcrição à fl. 387.

Ressalta que o Estado da Bahia foi signatário do citado Convênio até 24/12/2015 e ao contrário do alegado na defesa, detinha o direito de exigir alíquota cheia nas saídas para empresas construtoras não contribuintes do ICMS, prevendo que as construtoras obtivessem na SEFAZ onde estava cadastrada, declaração de que era contribuinte do ICMS com validade de um ano.

Observa que o Convênio estabeleceu um critério objetivo, bastando que a construtora localizada em outro Estado da Federação obtivesse e enviasse a declaração para o fornecedor localizado no Estado da Bahia, situação que o autuado não atendeu este dispositivo legal.

Pondera que não cabe ao contribuinte “criar” sua própria legislação, substituindo os procedimentos estabelecidos em dispositivo legal por guias de recolhimento do ICMS e extratos de Sintegra e/ou declarações de Contadores.

Posto isso, afirma que os documentos apresentados não atende ao previsto na legislação tributária vigente e mantém o entendimento exarado no auto de infração.

No tocante à infração 2 (diferença de alíquota/uso/consumo), apreciou as alegações da defesa pontuando que:

- A) A Denúncia Espontânea nº 6.00000.0945/15-6 relativa ao período de 31/01/2012 a 31/12/2014, cuja cópia foi juntada à fl. 389, observa que os parcelamentos foram incluídos no levantamento fiscal, motivo pelo qual não acata;
- B) Foram excluídas do levantamento as operações anteriores ao mês de outubro de 2012, acatando as alegações de decadência;
- C) Notas fiscais ou CTRC que não estavam na planilha, diz que não foram incluídos na planilha por estarem com o DIFAL devidamente recolhido;
- D) Diferença de alíquota exigida com percentual de 10%. Excluiu os itens do levantamento fiscal por ser correto o percentual 3,66% (Convênio 52/91);
- E) Itens com base de cálculo incorreto no “cálculo da empresa” e também da fiscalização. Não acatou por falta de prova;
- F) Itens com alíquota correta de 13%, na planilha da fiscalização está com 10%. Não acatou afirmando que na legislação baiana não existe alíquota de 13%, o que aumentaria a diferença do valor a recolher;
- G) Transação interestadual com bens do ativo superior a 1 ano, afirma que não acatou, visto que não se trata de operações de transferência e sim operações de venda, nem foi provado que a mesma tem mais de 1 ano de vida.

Por fim, quanto ao caráter confiscatório da penalidade aplicada e inconstitucionalidade, invoca o disposto no art. 167 do RPAF/BA, por não se incluir na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de duas infrações: estorno de débito em desacordo com a legislação e falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquota.

Na defesa apresentada, o autuado alegou que parte dos valores exigidos, relativo ao período de janeiro/2012 a outubro/2012 decaiu, visto que tomou conhecimento da autuação em 22/11/2017.

Preliminarmente, observo que a infração 1 indica uma única data de ocorrência (31/12/2012) que não contempla decurso de prazo de cinco anos, motivo pelo qual será apreciada a declaração de decadência no que se refere à infração 2.

No tocante à infração 1 (estorno do débito de ICMS), em síntese o autuado alegou que:

- a) O destinatário (Consórcio Tomé Ferrostal) é contribuinte do ICMS, motivo pelo qual tendo aplicado alíquota de 17% ao invés de 12%, promoveu o lançamento do estorno;
- b) Ocorrência de *bis in idem*, visto que foi exigido no Auto de Infração 2103190008/17-4;
- c) Que o destinatário promoveu o pagamento da complementação de alíquota.

No que se refere ao primeiro argumento, constato que conforme ficha cadastral de contribuintes do ICMS do Estado de Alagoas (fl. 92), o consórcio TOMÉ FERROSTAL (IE 242.74148-7) tem como atividade econômica principal a construção de embarcações de grande porte (3011301) e como atividades secundárias serviços de engenharia (7112000), obras de montagem industrial (4292802), fabricação de outros produtos (2599399) e montagem de estruturas metálicas (4292801).

Conforme ressaltado pela fiscalização, os fatos geradores objeto da autuação, ocorrem no mês de dezembro de 2012, durante a vigência do Convênio ICMS 137/02.

O citado Convênio ICMS 137/02, “*dispõe sobre os procedimentos a serem adotados em relação à operação interestadual que destine mercadoria a empresa de construção civil... considerando a existência de decisões judiciais conflitantes quanto à condição de contribuinte ou não do ICMS relativamente às empresas de construção civil...*” e que, em qualquer hipótese, as operações de circulação de mercadorias devem ser tributadas, independentemente da repartição de receitas, a sua Cláusula primeira (com redação dada pelo Conv. ICMS 73/12 com efeitos a partir de 01/07/12) estabelece que:

Cláusula Primeira. Acordão os Estados em estabelecer nas respectivas legislações em relação à operação que destine mercadorias a empresa de construção civil localizada em outra unidade da Federação, que o fornecedor deve adotar a alíquota interna da unidade federada de sua localização.

§1º O disposto do caput não se aplica no caso em que a empresa destinatária forneça ao remetente, cópia reprográfica devidamente autenticada de documento emitido pelo fisco, atestando sua condição de contribuinte do imposto, que terá validade de até 1 (um) ano;

Pelo exposto, considerando que os Estados da Bahia e de Alagoas só foram excluídos do Convênio 137/02 a partir de 24/12/2015, pelo Convênio ICMS 140/2015, constato que na data da ocorrência dos fatos geradores (dezembro/2012), o estabelecimento autuado, em obediência à regra instituída na Cl. Primeira do Convênio ICMS 137/02, estava obrigado a aplicar a alíquota interna sobre as operações interestaduais, como o fez nas notas fiscais emitidas com n.ºs 8082 a 8259 (fls. 380/381).

Consequentemente, infringiu a legislação no momento que promoveu o lançamento do estorno de débito no livro RAICMS do mês de dezembro/2012, que corresponde à diferença entre a alíquota interna de 17%, e interestadual de 12% (fls. 13 e 379).

No que se refere à declaração emitida pela CTF Florestal, atestando ser contribuinte do ICMS (fl. 91), verifico que a mesma foi emitida em 13/12/17, e como previsto no §1º do Convênio ICMS

137/02, (acima transcrito), só produz efeitos jurídicos a partir da data de sua emissão por um prazo de um ano, não tem o condão de retroagir ao mês de dezembro/2012, quando ocorreram os fatos geradores relativos às operações objeto da autuação.

Quanto à alegação de que os valores exigidos na infração 1, estão contidos na exigência do diferencial de alíquota do AI 2103190008/17-4, observo que conforme esclarecido pela fiscalização:

- A) Os valores exigidos nesta autuação referem-se a lançamento de “*outros créditos para ajuste de apuração de ICMS destacado a maior competência 11/2012*” registrado no Livro RAIMS (dezembro/2012 - fl. 13), que envolve saídas pelas notas fiscais de nºs 8082 a 8259 (fls. 380/381) sobre as quais foi aplicada a alíquota de 17% totalizando o valor de R\$19.845,00.
- B) Já a exigência contida no AI 2103190008/17-4, refere-se a saídas de mercadorias com ICMS destacado de 12%, que a fiscalização entendeu ser aplicável a alíquota de 17%. Entretanto, as notas fiscais englobam os números 8278 a 9057 (fls. 381 a 385), que não tem pertinência com as notas fiscais que foram objeto da autuação.

Pelo exposto, restou comprovado que os fatos geradores relativos à infração contida no AI. 2103190008/17-4, não tem pertinência com os fatos geradores desta autuação (AI. 2103190007/17-8). Logo, não ocorreu exigência em duplicidade configurando *bis in idem*, como alega o autuado.

No que se refere à alegação de que o destinatário promoveu o pagamento da complementação da alíquota interna do imposto ao Estado de Alagoas, observo que conforme acima apreciado, o Convênio ICMS 137/02 previa que a operação deveria ser tributada pela alíquota interna, e não tendo cumprido a norma, o ICMS exigido (lançamento de outros créditos relativo a diferença de 12% e 17%), considero correta a exigência fiscal.

Por tudo que foi exposto, constato que as provas juntadas aos autos são insuficientes para desconstituir a infração 1, que fica julgada procedente.

Quanto à infração 2 (diferencial de alíquota), preliminarmente, observo que envolve fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2012 e 2013, tendo o autuado apresentado argumentos de que parte dos valores exigidos foram alcançados pela decadência e outros argumentos de mérito.

No que tange à alegação de mérito de decadência, constato que apesar de a infração 2 ter sido descrita como falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquota, no demonstrativo sintético da fl. 10, foram transpostos os valores devidos mensais apurados nos analíticos e deduzidos os valores “recolhidos” e “parcelados”, o que resultou na diferença de valores exigidos relativo aos exercícios de 2012 e 2013, portanto, de recolhimento a menos que o devido.

Com relação à prejudicial de mérito de decadência, constato que o autuado foi cientificado do lançamento no mês de novembro de 2017. Seguindo a orientação contida no Incidente de Uniformização Nº PGE 2016.194710-0, exarado pela Procuradoria Geral do Estado na data da ciência da autuação, já havia ocorrido a perda do direito do Fisco de rever lançamentos por homologações relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a setembro de 2012, em razão do disposto no § 4º, do art. 150 do CTN.

Assim sendo, ficam afastadas as exigências fiscais relativas aos meses de janeiro a setembro/2012.

No mérito, o defendente apontou diversas inconsistências nas planilhas elaboradas pela fiscalização: i) Não foi observado o benefício de redução da base de cálculo previsto no Convênio ICMS 52/1991; ii) Transferência de bens do ativo imobilizado com prazo superior a 1 (um) ano; iii) Indicados valores incorretos; iv) Não foram considerados os valores pagos por meio de denúncia espontânea.

Inicialmente, devo ressaltar que alguns argumentos se aplicam ao período de janeiro a outubro/2012, conforme planilha de fls. 10 e 11, que foram fulminados pela materialização da decadência, motivo pelo qual não serão apreciados, ficando restritos à apreciação, os fatos

geradores ocorridos nos meses de janeiro, março e novembro de 2013 (fls. 11 e 12), que no demonstrativo refeito pela fiscalização (fl. 391), reduziu o débito de R\$8.779,01 para R\$3.438,75.

Quanto ao argumento de que parte dos valores exigidos foi parcelada na Denúncia Espontânea (DE) nº 6.00000.0945/15-6, constato que pelo confronto do demonstrativo sintético de fl. 10, com o demonstrativo da citada DE, foram deduzidos os valores parcelados a exemplo do valor de R\$582,21, relativo ao mês de janeiro de 2013 e R\$3.367,54 no mês de junho de 2013. Portanto, não procede a alegação de que não foram considerados os valores denunciados.

No tocante ao argumento de que os produtos relacionados nas notas fiscais 6498, 6918 e 8445 se referem a transferências de bens do ativo imobilizado com mais de um ano de uso e não há incidência do ICMS (art. 3º, VIII do RICMS/97), constato que os valores exigidos, relativos às notas fiscais 6498 e 6918, se reportam aos meses de agosto e setembro/2012, cujos valores correspondentes foram excluídos na apreciação da prejudicial de mérito de decadência, motivo pelo qual o pedido perdeu seu objeto, por isso, deixo de apreciar.

No que se refere aos bens adquiridos que estão consignados na nota fiscal 8445, verifico que tiveram o ICMS da diferença de alíquota exigido no mês de janeiro/2013 (fl. 11). Na informação fiscal o autuante contestou, afirmando que “*não há prova de que os mesmos têm mais de 1 ano de vida*”.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que se trata de entrada de “FORM. MET. PARA POSTE” (fl. 11), e não foi carreado aos autos qualquer prova de que os bens tenham sido desincorporados do ativo permanente do estabelecimento emitente da nota fiscal.

Além disso, o fato gerador ocorreu no mês de janeiro de 2013, sob a vigência do RICMS/2012 (Dec. 13.780/2012), e no seu art. 272, não estão elencados a hipótese de dispensa do lançamento e o pagamento relativo da diferença de alíquotas.

Pelo exposto, fica mantida a exigência do ICMS relativo às mercadorias consignadas na nota fiscal 8445.

No que se refere ao argumento de que o levantamento fiscal não contemplou notas fiscais e CTRC, verifico que conforme esclarecido pelo autuante, não foi objeto de exigência fiscal. Tomando por exemplo a NF 34.029 e CTRCs 580.886 e 162.123 relacionados na planilha apresentada junto com a defesa à fl. 372, constato que não foram incluídos na planilha da fl. 12, segundo o autuante, “por estarem com o DIFAL devidamente recolhido”. Por isso, não é acatado.

Com relação à alegação de que a diferença de alíquota correta era de 13% e a fiscalização apurou 10%, verifico que pelo confronto do demonstrativo de fl. 12, elaborado pela fiscalização, relativo ao mês de novembro/2013, com o da empresa à fl. 372, refere-se à aquisição de um Conv. Freq. de estabelecimento localizado no Estado de São Paulo, pela nota fiscal 224872, que a princípio gera diferença de alíquota de 10% (17% - 7%), que foi o apurado pela fiscalização. A empresa alega que a operação foi tributada em 4%, o que resultaria em diferença de 13%. Considero que se comprovado, aumentaria a diferença do valor a recolher o que deve ser feito mediante outra ação fiscal.

Com relação à não consideração da RBC de produtos contemplados pelo Convênio ICMS 52/91, constato que no demonstrativo refeito gravado na mídia de fl. 375, foi contemplado benefício fiscal relativo a aquisições de máquinas e equipamentos consignados nas notas fiscais 1643 e 7856 (junho/2013), e 212 (agosto/2013), cujas exigências foram eliminadas (reduzidas a zero), no demonstrativo sintético apresentado à fl. 391, que fica mantido.

Com relação ao mês de novembro/2013, constato que a fiscalização afirmou que acolheu os argumentos relativos à redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91, porém, manteve a exigência no valor de R\$14,26 naquele mês, conforme demonstrativo de fl. 10 e refeito à fl. 391.

Constato que no demonstrativo de fl. 372, o autuado relacionou diversas notas fiscais, sendo que o autuante não contemplou a redução da base de cálculo nas operações de aquisições de

componentes e equipamentos com as NCM 8466.9420 e 8423.8190 que estão relacionadas nos itens 19 e 55 do Anexo Único do Convênio ICMS 52/91.

| | | |
|-------|---|------------|
| 55 | PARTES E ACESSÓRIOS RECONHECÍVEIS COMO EXCLUSIVA OU PRINCIPALMENTE DESTINADOS ÀS MÁQUINAS DAS POSIÇÕES 84.56 A 84.65, INCLUÍDOS OS PORTA-PEÇAS E PORTA-FERRAMENTAS... | |
| 55.12 | Dispositivos divisores e especiais das subposições 8462.21 ou 8462.29 | 8466.94.20 |
| 19 | APARELHOS E INSTR DE PESAGEM, INCLUÍDAS AS BÁSCULAS E BALANÇAS PARA VERIFICAR PEÇAS USINADAS | |
| 19.6 | Aparelhos verificadores de excesso ou deficiência de peso em relação a um padrão; outros aparelhos e instrumentos de pesagem de capacidade não superior a 30kg | 8423.81.90 |
| 19.7 | Aparelhos para controlar a gramatura de tecido, papel ou qualquer outro material, durante a fabricação | 8423.81.90 |

Dessa forma, acato o demonstrativo apresentado pelo autuado à fl. 372, ficando eliminado o valor remanescente de R\$14,26 no demonstrativo refeito pela fiscalização à fl. 391.

Pelo exposto, com os ajustes procedidos, restam devido os valores exigidos no mês de janeiro/2013, de R\$3.410,10 e março/2013, de R\$14,39, conforme demonstrativo de fl. 391.

A infração 2 é procedente em parte, com redução do débito de R\$8.779,01, para R\$3.424,49.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96, portanto é legal.

Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I do RPAF/BA (Dec. 7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 4), se atendidas as condições estabelecidas no art. 45 da Lei 7.014/96 (abaixo transcrito), a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado, perante a infração que lhe é imputada, e atendida às condições estabelecidas, as multas aplicadas podem ser contempladas com redução de até 70%:

Art. 45. O valor das multas previstas nos incisos II, III e VII do art. 42 desta Lei, será reduzido de:

I - 70% (setenta por cento), se for pago antes do encerramento do prazo para impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal;

II - 35% (trinta e cinco por cento), se for pago antes da inscrição em dívida ativa;

III - 25% (vinte e cinco por cento), se for pago antes do ajuizamento da ação de execução do crédito tributário.

§ 1º A redução do valor da multa será de 90% (noventa por cento) se, antes do encerramento do prazo para impugnação, o pagamento ocorrer de forma integral.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210319.0007/17-8**, lavrado contra **PREFAZ PRÉ-FABRICADOS DE CONCRETO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.269,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA