

**A. I. N°** - 269114.0009/19-4  
**AUTUADO** - FLORA TEDESCO LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA  
**ORIGEM** - DAT METRO / INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 28/12/2022

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0247-03/22-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não ficou comprovado nos autos o cometimento da irregularidade apontada. Infração Insubsistente. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS - DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. Autuado não contestou. 4. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO INVENTÁRIO. Infração comprovada de acordo com o levantamento fiscal. 5. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. a) FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) A QUE ESTAVA OBRIGADO. MULTA. b) ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) COM DIVERGÊNCIAS NAS INFORMAÇÕES. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA. Infrações não impugnadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/06/2019, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$ 75.371,90, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 06.05.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de maio e junho de 2016; janeiro e abril de 2017. Valor do débito: R\$ 14.638,41. Multa de 60%.

Infração 02 – 07.01.01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro de 2016 a janeiro de 2018. Valor do débito: R\$ 49.873,49. Multa de 60%.

Infração 03 – 16.05.18: Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) referente aos meses de

fevereiro de 2016 a fevereiro de 2018. Multa no valor de R\$ 140,00 em cada mês, totalizando R\$ 3.500,00.

Infração 04 – 16.13.01: Descumprimento de obrigação tributária acessória sem penalidade prevista expressamente na Lei do ICMS. O Autuado não apresentou os inventários. Multa de R\$ 460,00 em cada mês, totalizando R\$ 1.380,00.

Infração 05 – 16.14.04: Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de fevereiro a maio de 2016. Multa de R\$ 1.380,00 em cada mês, totalizando R\$ 5.520,00.

Infração 06 – 16.14.05: Ocorrência de 01 a 30 divergências na escrituração da EFD no período de apuração, que não se caracterizaram como omissão. Multa de R\$ 460,00.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 80 a 86 do PAF. Reproduz os itens do Auto de Infração e informa que admite como corretas as indicações das infrações 03, 05 e 06, que serão devidamente pagas, conforme Auto de Infração, rechaçando, por meio dos elementos de fato e de direito abaixo, apenas as tidas infrações 01, 02 e 04.

Quanto à Infração 01, transcreve o artigo 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96 e diz que a infração apontada não pode subsistir na medida em que as mercadorias mencionadas no Auto de Infração foram adquiridas e utilizadas no mesmo Estado da Federação, não havendo circulação de mercadoria interestadual.

Registra que, do mesmo modo, na forma do artigo 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS, a aquisição não se deu para uso, consumo ou para integrar o ativo imobilizado, mas para prestação de serviços.

Diz que o “Habite-se” anexo, comprova que os bens foram adquiridos para a construção de prédio comercial localizado na cidade de Caxias do Sul, no Estado do Rio Grande do Sul. Os materiais de construção, antes de se agregarem às construções são mercadorias, mas não fazem parte do ativo imobilizado; uma vez incorporados aos prédios farão parte do ativo imobilizado, mas deixando de ser mercadorias para se tornarem imóveis. Portanto, a entrada de materiais de construção, destinados à implantação de estabelecimentos industriais ou comerciais, não dá direito ao crédito do ICMS.

Ressalta que o bem imóvel é sempre uma não mercadoria, embora faça parte do ativo permanente da empresa. Os materiais destinados à construção de prédios da empresa são mercadorias, mas não fazem parte daquele grupo contábil, uma vez incorporados às construções, deixam de ser mercadorias e passam a ser imóveis. Como a lei diz entrada de mercadoria destinada ao ativo permanente, conclui-se não ser possível o aproveitamento do ICMS relativo à entrada dos materiais de construção.

Diz que esse entendimento acabou por ser referendado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, conforme se observa do RESp 860701/MG - RECURSO ESPECIAL 2006/0047743-7, relatado pelo Ministro FRANCISCO FALCÃO, publicado no Diário da Justiça de 17/05/07.

Explica: Se os materiais empregados na construção de imóveis como prédios, galpões, etc., não são considerados bens do ativo permanente para efeito de aproveitamento do crédito do ICMS, conclui que o Auto de Infração, no que concerne ao item em tela, merece ser julgado improcedente.

Sobre a Infração 02, reproduz a redação do artigo 8º, inciso II, da Lei nº 7.014/96 e afirma que as mercadorias foram alienadas e utilizadas na construção de prédio na cidade de Caxias do Sul/RS, não havendo circulação de mercadoria, fato gerador do imposto em testilha. Pede a improcedência da infração em comento.

Quanto à Infração 04, registra que conforme exposto acima, a aquisição das mercadorias se deu como o fim de construção de prédio comercial, sendo todas elas, as mercadorias, utilizadas na prestação de serviços, não podendo ser inventariadas em razão de terem sido agregadas ao bem imóvel alhures mencionado.

Diz que também fica rechaçada, ainda que não tenha ficado claro isso, qualquer alegação de embaraço para a fiscalização. Pede a improcedência do Auto de Infração quanto à infração em comento.

Apoiado em todo o exposto, requer seja regularmente distribuída e conhecida a Defesa, e que seja julgado parcialmente improcedente o presente Auto de Infração, no que se refere às infrações 01, 02 e 04, afirmando que não houve fato gerador que sustentasse a autuação.

O autuante presta informação fiscal às fls. 138/139 dos autos. Diz que o Defendente reconhece a procedência das infrações 03, 05 e 06.

Quanto à Infração 01, repete a alegação defensiva de que a infração apontada “não pode subsistir na medida em que a aquisição das mercadorias” e a utilização foram no mesmo Estado da Federação, não havendo circulação interestadual, citando o art. 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96.

Diz que a legislação considera operações “intraestaduais” as que tenham origem e destino o Estado de domicílio da empresa, no caso em exame, a Bahia.

O Defendente alega, também, que “a aquisição não se deu para uso, consumo ou para integrar o ativo imobilizado, mas para prestação de serviços”. Informa que o documento anexado (fl.93) pela empresa demonstra claramente que as mercadorias tinham como finalidade a construção de um “PRÉDIO COMERCIAL em ALVENARIA, com três (03) pavimento(s), ..., de propriedade da FLORA TEDESCO LTDA”.

Diz que o Contribuinte informa corretamente da impossibilidade do aproveitamento do crédito ICMS das entradas destinadas ao ativo permanente. Contudo, a legislação não isenta essas mercadorias destinadas ao ativo fixo de pagar as diferenças entre as alíquotas internas e interestaduais.

INFRAÇÃO 02: Diz que o Autuado contesta a autuação argumentando que as mercadorias foram utilizadas na construção de prédio na cidade de Caxias do Sul/RS, não havendo circulação de mercadoria.

Informa que a mesma argumentação presente na Infração 01, explica a cobrança da substituição tributária. Se assim não fosse, a empresa localizada na Bahia e construindo bens imóveis em outro Estado da Federação, teria vantagem competitiva em relação às empresas desse Estado. As empresas locais comprariam com alíquota interna cheia, enquanto a empresa de outro Estado compraria com alíquota interestadual, menor que a interna.

INFRAÇÃO 04: Informa que o defendente relata a impossibilidade de inventariar as mercadorias “em razão de terem sido agregadas ao bem imóvel alhures mencionado”.

Entende que o fato de não ter mercadoria alguma no estoque não exime o contribuinte da sua obrigação acessória de informar o estoque com o valor zero.

Pelos argumentos apresentados, o autuante roga pela manutenção das infrações e que o Auto de Infração seja considerado totalmente procedente.

## **VOTO**

O presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no

presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade da autuação fiscal.

Quanto ao mérito, o Defendente informou que admite como corretas as infrações 03, 05 e 06, que serão devidamente pagas, rechaçando, por meio dos elementos de fato e de direito apenas as infrações 01, 02 e 04.

Dessa forma, são procedentes os itens não impugnados, considerando que não há lide a ser decidida, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Infração 01 – 06.05.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de maio e junho de 2016; janeiro e abril de 2017.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O Defendente alegou que a entrada de materiais de construção, destinados à implantação de estabelecimentos industriais ou comerciais, não dá direito ao crédito do ICMS.

Transcreve o artigo 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96 e diz que a infração apontada não pode subsistir na medida em que as mercadorias mencionadas no Auto de Infração foram adquiridas e utilizadas no mesmo Estado da Federação, não havendo circulação de mercadoria interestadual.

Apresentou o entendimento de que, se os materiais empregados na construção de imóveis como prédios, galpões, etc., não são considerados bens do ativo permanente para efeito de aproveitamento do crédito do ICMS, conclui que o Auto de Infração, no que concerne ao item em tela, merece ser julgado improcedente.

Conforme demonstrativo analítico – Lista de notas/itens às fls. 39 e 43 do PAF, foi exigido o imposto em relação a documentos fiscais referentes às aquisições interestaduais (Estados RS, SP e SC), encontrando-se mercadorias como MÓDULO PREDIAL INTERNO, INSETICIDA, ÓLEO VEGETAL, ELEMENTO FILTRO AR CONDICIONADO, ANEL DE VEDAÇÃO, OUTROS ÓLEOS LUBRIFICANTES AUTOMOTIVOS, ELEMENTO DO FILTRO DE ÓLEO.

Na informação fiscal, o Autuante destacou que o Contribuinte informou corretamente a impossibilidade do aproveitamento do crédito ICMS das entradas destinadas ao ativo permanente. Contudo, a legislação não isenta essas mercadorias destinadas ao ativo fixo de pagar a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais.

Vale ressaltar que de acordo com o art. 305, Inciso II, alínea “a” do RICMS-BA/2012, “os contribuintes devem apurar o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal, o valor correspondente à diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente”.

Por outro lado, o inciso VII do § 2º deste mesmo artigo prevê que “nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual”.

Em relação aos contribuintes que apurem o ICMS pelo regime de conta-corrente fiscal, esses contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal, o valor correspondente à diferença de alíquotas, nas aquisições de



mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente (RICMS-BA/2012, art. 305 c/c § 4º, inciso III, alínea “a”).

Dessa forma, não acato as alegações defensivas e concluo pela subsistência deste item do presente lançamento.

Infração 02 – 07.01.01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro de 2016 a janeiro de 2018.

De acordo com os dados cadastrais constantes à fl. 161 do PAF, o Autuado tem como atividade econômica principal o “comércio varejista de plantas e flores naturais”. No levantamento fiscal foi exigido o ICMS relativo à antecipação tributária em relação a mercadorias como FITA VEDA ROSCA, ENGATE METAL CR ÁGUA, BATERIA 12V, LUVA 1 POL C/ ROSCA PVC, FITA ISOLANTE, LÂMPADA LED, DISJUNTOR, FILTRO DE ÓLEO, PORTA, CORRIMÃO, PREGO.

O Autuado alegou que as mercadorias foram utilizadas na construção de prédio na cidade de Caxias do Sul/RS, não havendo circulação de mercadoria, fato gerador do imposto em testilha.

Na Informação Fiscal, o Autuante afirmou que o Autuado contestou a autuação argumentando que as mercadorias foram utilizadas na construção de prédio na cidade de Caxias do Sul/RS, não havendo circulação de mercadoria.

Observo que o regime de substituição tributária consiste na transferência de responsabilidade de um contribuinte para outro em relação ao um fato gerador do tributo que vai ocorrer posteriormente, neste caso, não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar a consumidor final, por inexistir operação subsequente.

Neste caso, não se fará a antecipação tributária em relação às aquisições de outra unidade da Federação, quando a mercadoria se destinar a estabelecimento de contribuinte para uso, consumo ou ativo imobilizado.

Entendo que não está caracterizada a infração apontada, sendo indevido o imposto apurado pelo autuante na autuação fiscal.

Infração 04 – 16.13.01: Descumprimento de obrigação tributária acessória sem penalidade prevista expressamente na Lei do ICMS. O Autuado não apresentou os inventários, exercícios de 2016, 2017 e 2018. Multa de R\$ 460,00 em cada período, totalizando R\$ 1.380,00.

De acordo com as razões de defesa, a aquisição das mercadorias se deu com o fim de construção de prédio comercial, sendo todas as mercadorias utilizadas na prestação de serviços, não podendo ser inventariadas em razão de terem sido agregadas ao bem imóvel mencionado.

Disse, também, que embora não tenha ficado claro, rechaça qualquer alegação de embaraço para a fiscalização.

Observo que o livro Registro de Inventário, destina-se a arrolar, pelos seus valores e com especificações que permitam sua perfeita identificação, as mercadorias, as matérias-primas, os produtos intermediários, os materiais de embalagem, os produtos manufaturados e os produtos em fabricação existentes no estabelecimento. Se a empresa não mantiver escrita contábil, o inventário será levantado, em cada estabelecimento, no último dia do ano civil, e não existindo estoque, o contribuinte mencionará esse fato na primeira linha, após preencher o cabeçalho da página.

O inventário deve representar o estoque físico, de acordo com a contagem realizada pelo Contribuinte, e após análise ou cruzamento de informações econômico-fiscais existentes no banco de dados da Secretaria da Fazenda, em razão de omissão de dados nos arquivos EFD,

relativamente à falta do Registro de Inventário, tal fato impede a Fiscalização de realizar procedimentos fiscais específicos com a referida informação.

Concluo pela subsistência da multa exigida, tendo em vista o cometimento de infração à legislação tributária estadual, devendo ser aplicada penalidade conforme estabelece a mencionada legislação, considerando a sua finalidade.

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

<i>INFRAÇÃO Nº</i>	<i>C O N C L U S Ã O</i>	<i>IMPOSTO</i>	<i>MULTA</i>
01	PROCEDENTE	14.638,41	-
02	IMPROCEDENTE	-	-
03	PROCEDENTE	-	3.500,00
04	PROCEDENTE	-	1.380,00
05	PROCEDENTE	-	5.520,00
06	PROCEDENTE	-	460,00
<b>T O T A L</b>	-	<b>14.638,41</b>	<b>10.860,00</b>

## 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 **269114.0009/19-4**, lavrado contra **FLORA TEDESCO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 14.638,41**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$ 10.860,00**, previstas no art. 42, incisos XIII-A, alíneas “l” e “m”, XVIII, “c” e XXII, da mesma Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA