

PROCESSO - A. I. Nº 206973.0008/19-1
RECORRENTE - AMBEV S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acordão 4ª JJF nº 0152-04/20-VD
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2021

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0176-12/21-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INICIADO EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. MATERIAIS OU BENS DESTINADOS AO USO OU CONSUMO PRÓPRIO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação tributária estadual prevê, expressamente, a incidência do ICMS a título de diferença entre as alíquotas, nestas operações. Incompetência do órgão julgador administrativo para apreciar matéria de cunho constitucional. Indeferido o pedido de diligência e/ou perícia fiscal. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pela recorrente em face da Decisão proferida pela 4ª JJF, que julgou Procedente em decisão unânime o presente Auto de Infração, lavrado em 25/09/2019, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 80.856,24, em decorrência do cometimento de 02 infrações, sendo o objeto do recurso apenas a infração 01, conforme descrita:

Infração 01 “Deixou de recolher ICMS referente a diferença de alíquota na utilização de Serviço de Transporte cuja prestação teve início em outra unidade da Federação, não sendo vinculada a operação subsequente alcançada pela incidência do imposto.”. Valor lançado de R\$ 37.637,29 com multa de 60%, prevista pelo art.42, inciso II, alínea “f” da Lei 7014/96

A autuada apresentou defesa sob as fls. 26 a 27, a autuante Informação Fiscal sob as fls.48 a 49, em sessão do dia 04/08/2020, a 4ª JJF julgou Procedente, por decisão unânime, sob as fls. 71 a 74, com base no voto a seguir transcrito.

VOTO

“Das acusações que integram a autuação, tem-se que a referente à Infração 02, com exigência no valor de R\$43.218,95, ou seja, “Recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação na base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarque, quer pela utilização incorreta da taxa cambial”, foi acatada pelo sujeito passivo, cujo valor e demais acréscimos foi pago em 27/11/2019, conforme comprova o relatório de pagamento expedido pelo SIGAT, fls. 52/53, devendo, pois, ser homologado tal pagamento, restando, em consequência, extinto o crédito tributário em relação a esta infração.

Desta maneira, a lide se concentra apenas em relação a Infração 01, no montante de R\$37.637,29, que trata de “Deixou de recolher ICMS referente a diferença de alíquota na utilização de Serviço de Transporte cuja prestação teve início em outra unidade da Federação, não sendo vinculada a operação subsequente alcançada pela incidência do imposto”.

A tese defensiva é no sentido de que no caso em comento, não há que se falar em recolhimento de DIFAL, vez que o serviço de transporte é beneficiado por isenção em operações internas, conforme Art. 12 da Lei nº 8.534/2002, vigente à época dos fatos geradores, que dispunha “fica dispensado o pagamento do ICMS incidente nas prestações internas de transporte de cargas”, advogando que os benefícios e incentivos fiscais implementados nas unidades de destino (ou origem), devem ser considerados no cálculo da DIFAL, sob pena de distinção inconstitucional, violadora da isonomia, porque se teria tratamento diferenciado entre dois serviços pelo simples fato da origem de um deles (um se inicia numa unidade e finda em outra), e o outro começa e termina dentro do próprio Estado, apontando ainda em seu socorro, a regra contida no Convênio ICMS nº 153/2015, enquanto que o procedimento dos autuantes resultou em ofensa ao Art. 152 da Constituição Federal.

Não vejo como pode ser acolhido o argumento defensivo. Isto porque, o que tem que ser levado em conta é a

exigência da diferença de alíquota, através do presente lançamento, que diz respeito a prestações de serviços interestaduais de transportes de cargas relacionados a aquisições de mercadorias ou bens destinados ao uso ou consumo próprio pelo estabelecimento.

Neste sentido, a legislação tributária estadual, através da Lei nº 7.014/96, prevê expressamente para o caso acima pontuado, a incidência do imposto nestas operações e o momento da ocorrência do fato gerador do imposto:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

(...)

IV - as operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto;

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

XV - da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

Portanto, o que se tem na presente autuação é a ocorrência de operações regularmente tributadas nos Estados de origem, cujas prestações de serviços foram iniciadas nos Estados do Amazonas, Espírito Santo, Pernambuco, Ceará, São Paulo, Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, consoante se verifica através da planilha elaborada pelos autuantes, constante na mídia digital de fl. 15.

Ora, se trata de situação diferente da defendida pelo autuado, na medida em que as prestações das quais se exige o imposto a título de diferença entre as alíquotas, foram normalmente tributadas nos Estados de origem, locais onde foram iniciadas as operações de transportes. A isenção a qual o autuado advoga, se relaciona a prestações de serviços internas, o que não ocorreu neste caso.

Independente disto, chamo atenção ao fato de que não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta.

Em relação ao levantamento fiscal da lavra dos autuantes, tendo em vista que o autuado não impugnou os cálculos e valores consignados nas planilhas elaboradas pelos mesmos, fica indeferido o pedido de realização de diligência ou perícia, com fulcro no Art. 147, incisos I e II do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, considerando que se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários à formação do meu convencimento como julgador.

Infração 01 subsistente.

No tocante ao pedido do autuado no sentido de que as intimações relacionadas ao presente feito sejam encaminhadas ao seu patrono, indicado na peça defensiva, observo que se obedece a regra prevista pelo Art. 108 do RPAF/BA, portanto, acaso não seja atendida tal solicitação não há motivo para nulidade, entretanto, nada impede que seja atendido tal pleito.

Em conclusão voto pela Procedência do presente Auto de Infração.”

Inconformada com a decisão de piso, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário sob às fls. 86 a 90, nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99 apenas para a infração 01, por ter reconhecido a infração 02, apresentando em síntese argumentação reiterativa das alegações de defesa:

- a) Afirma que a exigência da presente autuação se trata de suposta falta do recolhimento de ICMS referente a diferença de alíquota “nas utilizações de serviços de transporte ou de comunicação iniciadas em outra unidade da Federação e não vinculados a operações ou posteriores subsequentes sujeitos ao imposto” e não em aquisições de mercadorias.
- b) Diz que, neste sentido dispõe o art. 4º, XV da Lei nº 7014/96, com alcance no art. 155, § 2º, VII da Constituição Federal que trata do fato gerador do imposto, portanto não há o que se falar em DIFAL, com base na existência do benefício de isenção para as operações internas de transporte, amparado pelo art. 12 da Lei nº 8.534/2002 vigente a época dos fatos geradores.
- c) Assinala que é público, os benefícios e incentivos implementados nas unidades de destino (ou origem) devem ser considerados no cálculo do DIFAL, sob pena de deferência inconstitucional, ferindo o princípio da isonomia, pois gozaria de tratamento diferenciado entre dois serviços

pelo fato da origem de um deles.

- d) Aduz que, neste sentido o Estado da Bahia é signatário do Convenio ICMS 153/2015, sendo esta metodologia que se pretendeu ver aplicada a partir deste convenio, especificamente na sua Cláusula primeira que se refere aos benefícios fiscais da redução da base de cálculo ou de isenção do ICMS autorizados por meio de convênio.
- e) Reitera que, entendimento contrário permitiria a ante equidade conclusão de que uma mesma operação/serviço poderia ter tratamento tributário interno diferenciado a depender da origem (se interna, a consequência seria a desoneração, se iniciado em outro estado, seria tributado), o que afronta o art. 152 da Constituição Federal.
- f) Traz citação de jurisprudência do STF (ADIN 4276, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2014, ACORDÃO ELETRONICO DJe 181 DIVULG 17.09.2014 PUBLIC 18.09.2014) sobre o tema.

Pugna para que todas as publicações e intimações sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade.

Por fim requer que diante da ilegalidade e constitucionalidade noticiada a presente infração seja julgada improcedente.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão da 4^a Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente, em decisão unânime, o Auto de Infração em lide, lavrado em 25/09/2019, para exigir crédito tributário no valor de R\$ 80.856,24, acrescido da multa de 60%. A recorrente reconheceu a infração 02 e apresentou as alegações defensivas apenas da infração 01.

Constata-se que o Auto de infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, a descrição dos fatos, considerados como infração das obrigações, foi apresentada de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apta a surtir seus efeitos jurídicos.

No mérito, a infração 01 imputa ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade: *“Deixou de recolher ICMS referente a diferença de alíquota na utilização de Serviço de Transporte cuja prestação teve início em outra unidade da Federação, não sendo vinculada a operação subsequente alcançada pela incidência do imposto”*.

O Recurso Voluntário se fundamenta na premissa de que não há razão para a cobrança do DIFAL, com base na existência do benefício de isenção para as operações internas de transporte, amparado pelo art. 12 da Lei nº 8.534/2002, vigente à época dos fatos geradores, que ordenava: *“fica dispensado o pagamento do ICMS incidente nas prestações internas de transporte de cargas”*.

Destaca ainda, que os benefícios fiscais implementados nas unidades de origem/destino, devem ser considerados no cálculo do DIFAL, com fulcro no art. 152 da Constituição federal, que caso contrário, haverá distinção constitucional, ofendendo o princípio da isonomia.

Desde já, não acolho os argumentos defensivos da recorrente, pois o presente lançamento é para exigir a **diferença de alíquota**, referente a prestações de serviços interestaduais de transporte de cargas, relacionados a aquisições de mercadorias ou bens destinados ao uso ou consumo do próprio estabelecimento.

Nesta lógica acima caracterizada, a Lei nº 7014/96, dispõe nestas operações sobre a incidência e o momento do fato gerador do imposto:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

(...)

IV - as operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto;

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

XV - da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

Em análise, as planilhas elaboradas pelos autuantes (mídia digital), sob as fls. 15, verifica-se que a autuação em comento ficou caracterizado pela ocorrência de operações legais e tributadas nos Estados de origem, com as prestações de serviços iniciadas nos Estados do Amazonas, Espírito Santo, Pernambuco, Ceará, São Paulo, Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul.

Observa-se, que as prestações das quais se exige o imposto a título de diferença entre as alíquotas foram normalmente tributadas nos Estados de origem, locais onde foram iniciadas as operações de transportes, portanto, não se pode falar em isenção, pois neste acontecimento não tem nenhuma relação com as prestações de serviços internas.

Quanto ao pedido da recorrente, no sentido de que as intimações relacionadas ao presente feito sejam encaminhadas ao seu patrono Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, observo que se obedece à regra prevista pelo Art. 108 do RPAF/BA, portanto, acaso não seja atendida tal solicitação, não há motivo para nulidade, porém, nada impede que seja atendido o referido pleito.

Em relação à citação de jurisprudência do STF (ADIN 4276, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2014, ACORDÃO ELETRONICO DJe 181 DIVULG 17.09.2014 PUBLIC 18.09.2014), acostada dos autos, verifica-se não guardar nenhuma relação com o objeto da presente autuação.

Diante de tais considerações, concluo pela manutenção da decisão de piso.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206973.0008/19-1**, lavrado contra **AMBEV S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$80.856,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, alíneas “f” e “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido referente à infração 02.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTÔNIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS