

PROCESSO - A. I. N° 333006.0007/19-0
RECORRENTE - TRANSBAHIA TRANSPORTES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0289-04/20-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/12/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0313-11/21-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. As alíquotas previstas no Despacho SE/CONFAZ 39/2016, somente se aplicam aos itens nele previstos expressamente, o que não é o caso dos autos. Não acolhida a preliminar suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em face do Acórdão nº 0289-04/20-VD proferido pela 4ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 26/12/2019, no valor histórico de R\$ 264.268,29, em razão da(s) seguinte(s) infração(ões):

Infração 01 – 06.01.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

Após a conclusão da instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

O Auto de Infração trata da falta de pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao “ativo fixo” do estabelecimento.

Não acolho os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade do Auto de Infração visto que as acusações estão postas de maneira clara, sendo possível identificar os fatos que ensejaram a autuação; o sujeito passivo; a base de cálculo; a alíquota aplicada; o montante do débito. O enquadramento legal da infração e respectiva penalidade foram feitos em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ademais, constato que as infrações encontram-se devidamente demonstradas de forma analítica, cujas planilhas elaboradas contêm todas as informações necessárias para a demonstração da infração. As mesmas foram entregues ao autuado, mediante recibo, conforme atesta os documentos de fls. 53 e 54.

Quanto à apuração da base de cálculo observo que foi obedecido ao previsto na Lei nº 7.014/96, qual seja, art. 17, Inciso XI, conforme se observa no demonstrativo que deu sustentação ao presente lançamento, fls. 04.

No citado demonstrativo observa-se que a base de cálculo do imposto é composta do somatório do valor da operação acrescido do montante do ICMS relativo à diferença de alíquota, conforme determinado na citada legislação.

A título de exemplo aponto a Nota Fiscal nº 78257, emitida em 05/07/2017, cópia a fl. 36, onde se verifica que o valor da base de cálculo utilizado para a apuração do imposto é resultante do valor do produto indicado no documento fiscal no caso R\$88.650,01 acrescido do ICMS- diferença de alíquota, no caso, R\$11.892,07, totalizando o montante de R\$100.542,07.

Ressalto que sobre este valor foi aplicado o percentual de 18%, alíquota interna, resultando no montante de R\$18.097,57, que após a concessão do crédito destacado no referido documento fiscal – R\$6.205,50 apurou-se o Imposto devido de R\$11.892. Portanto, inexiste ofensa ao princípio da ampla defesa como alegado pelo deficiente.

Da mesma forma não prospera a alegação de que foi aplicado o percentual de 18% sobre a base de cálculo, quando caberia ao Estado da Bahia apenas a diferença de alíquota pois apesar de constar no Auto de Infração a alíquota de 18% o valor do imposto exigido é o apurado na forma acima indicada.

No caso sob análise o valor demonstrado foi exigido no mês de julho de 2017 juntamente com mais três notas fiscais o que totaliza R\$52.853,65 conforme inserido no Auto de Infração.

No mérito o defendant alega que exerce a atividade de transporte rodoviário de produtos perigosos e os bens adquiridos foram utilizados na prestação de serviços realizados neste estado, portanto, estaria isento do pagamento do imposto, por força das suas atividades.

Analizando as peças processuais e a legislação que rege à espécie, a diferença entre a alíquota interna do ICMS do Estado destinatário e a alíquota interestadual aplicável na operação conhecida como DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - DIFAL, será exigida nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas para serem utilizadas como material de uso e consumo ou compor o ativo imobilizado do contribuinte adquirente.

No Estado da Bahia, foi instituída a exigência na Lei nº 7.014/96 (art. 4º inciso XV), transcrição que segue, vigente, na época dos fatos ocorridos, nos presentes autos.

O art. 4º inciso XV da Lei nº 7.014/96, assim define a ocorrência do fato gerador:

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, no caso presente constato que dúvidas inexistem de que as aquisições objeto do presente lançamento foram destinadas ao ativo fixo da empresa e constitui fato gerador de ICMS, nos termos da legislação posta e os mesmos não se inclui nas hipóteses de isenção discriminadas no art. 3º do mesmo dispositivo legal.

No que diz respeito ao pedido formulado pelo sujeito passivo referente ao reconhecimento da suspensão da exigibilidade do crédito tributário esclareço que o processo já se encontra nesta condição, assim permanecendo até o julgamento definitivo neste Conselho.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o contribuinte interpõe recurso pelos motivos a seguir indicados.

Inicialmente, argui a nulidade do Auto de Infração por violação ao devido processo legal, por entender que não existe clareza e transparência no lançamento, apontando ainda fundamentação genérica do acórdão recorrido. Alega que a JJF foi omissa em apontar a parte do lançamento fiscal em que foi demonstrada a metodologia de apuração da base de cálculo, a qual reputa como totalmente desconhecida por não ser resultante do valor da soma dos valores brutos das notas fiscais objeto da cobrança do ICMS-DIFAL.

Alega que a JJF tinha o dever de demonstrar se houve ou não nulidade por deficiência na descrição dos fatos, não podendo o acórdão substituir o lançamento nulo em sua origem, mediante a suplementação dos fatos por falta de competência para aditar o Auto de Infração. Assim, por somente ter tomado conhecimento da forma como foi composta a base de cálculo no julgamento, entende que ocorreu nítida ofensa ao princípio do devido processo legal, resultando na nulidade do lançamento, conforme art. 18, IV, “a” do RPAF.

Insiste que a falta de clareza na indicação da base de cálculo afasta os elementos necessários para determinar com segurança a infração cometida, impossibilitando a defesa e acarretando a nulidade, pois, não basta citar o enquadramento legal, sendo necessário também descrever o fato praticado pela recorrente e que não teria ficado claro no Auto de Infração.

No mérito, insiste na impossibilidade da cobrança da DIFAL no caso concreto, com base em precedentes do STJ. Relata que é pessoa jurídica que atua no transporte rodoviário de produtos perigosos, razão por que está obrigada à inscrição estadual, e que no ano de 2017 adquiriu diversos caminhões, tanques e carrocerias para utilizar em sua prestação de serviços, aquisições que gozariam de isenção do ICMS de acordo com o art. 12 da Lei Estadual nº 8.534/2002.

Apesar disso, teria sofrido a lavratura do Auto de Infração exigindo o diferencial de alíquotas, exigência que descobriu ser repudiada pela jurisprudência, em razão de não ser devido o DIFAL, citando precedentes do STJ que dizem respeito à inexigibilidade da DIFAL de empresas de construção civil em relação aos insumos adquiridos para prestação dos seus serviços e que teriam justificado a edição da Súmula nº 432 daquela Corte, além da tese já se encontrar pacificada no

STF.

Com base nisso, defende que não pode subsistir a autuação fiscal e que teria havido omissão da JJF por não se pronunciar expressamente sobre sua tese de defesa, o que resultaria também em vício de nulidade.

Em nome da eventualidade, sustenta ainda que há equívoco na aplicação da alíquota geral quando existe alíquota específica para veículos. Esclarece que, de acordo com as notas fiscais dos caminhões adquiridos, o DIFAL foi calculado considerando alíquota interna de 18%, quando a alíquota para veículos é de 12%, de modo que, observando a alíquota interestadual de 7%, a diferença seria de 5% e não 18%. Transcreve trecho do Despacho do Secretário Executivo do CONFAZ nº 39/2016 e reproduz parte de documento extraído do site da SEFAZ (perguntas e respostas) explicando o cálculo da DIFAL.

Conclui requerendo o provimento do recurso para declarar a nulidade do lançamento tributário ou a improcedência do Auto de Infração.

Recebidos os autos, foram distribuídos a este relator para apreciação.

VOTO

A recorrente sustenta em preliminar a nulidade da autuação, por não esclarecer a metodologia de cálculo do DIFAL. Contudo, sua irresignação não merece prosperar. O lançamento atendeu às formalidades legais (art. 129 do COTEB, cc art. 39 do RPAF/BA), logo, não vislumbra violação aos princípios constitucionais da legalidade, ampla defesa, contraditório, devido processo legal e/ou segurança jurídica.

A análise do Auto de Infração não pode ser realizada desprezando os documentos e mídia que o acompanham, e que são considerados indispensáveis para seu esclarecimento (§ 2º do art. 129 do COTEB, cc art. 41 do RPAF/BA). E a planilha constante na mídia de fl. 05, entregue à recorrente conforme recibo de fl. 06, permite compreender adequadamente a metodologia de cálculo, já que as fórmulas aplicadas em cada campo se encontram disponíveis. Ademais, por estar expressamente prevista em lei (art. 17 da Lei Estadual nº 7.014/96), não é viável a alegação de seu desconhecimento, à luz do que dispõe o art. 3º da LINDB.

Rejeito a preliminar.

A outra preliminar arguida, em relação à impossibilidade de cobrança da DIFAL calcada em precedentes do STJ, se confunde com o mérito e deve ser assim tratada. O que se verifica, em verdade, é que a recorrente acabou incorrendo em equívoco, pois todos os precedentes que apontou se referem exclusivamente à hipótese de aquisição de mercadorias para utilização como insumos da prestação de serviços, o que não é o caso.

O diferencial de alíquotas cobrado no presente auto, se refere a mercadorias adquiridas para o ativo permanente da contribuinte, que em momento algum demonstrou que se trataria de insumo, para que se pudesse equiparar sua situação àquelas discutidas nos precedentes mencionados. É verdade que a legislação baiana afastava o pagamento do DIFAL nas aquisições de mercadorias ou materiais por prestador de serviços para emprego ou aplicação em sua atividade (art. 3º § 1º inciso I da Lei nº 7.014/96), todavia, o referido dispositivo já não produz mais efeitos desde 01/01/2016, enquanto os créditos aqui perseguidos se referem apenas ao exercício de 2017.

Logo, não há como afastar a exigência do diferencial de alíquotas, sobretudo porque o STF, ao fixar o Tema de Repercussão Geral nº 1.093, atribuiu efeitos prospectivos à decisão que reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança de diferencial de alíquota do ICMS, enquanto inexistente lei complementar nacional veiculando normas gerais sobre o tema, para que permaneçam hígidas as legislações estaduais até o final do exercício de 2021.

Destarte, também não procede a aplicação da alíquota interna de 12% para fins de apuração do DIFAL, nos termos do Despacho do Secretário Executivo do CONFAZ nº 39/2016, porque a alíquota

ali prevista se aplica às operações com “1) caminhões-tratores comuns, caminhões, ônibus, ônibus-leitos e chassis com motores para caminhões e para veículos da posição 8702, para ônibus e para microônibus compreendidos nas seguintes posições da NBM/SH: 8701.20.00, 8702.10.00, 8704.21 (exceto caminhão de peso em carga máxima igual ou inferior a 3,9 ton), 8704.22, 8704.23, 8704.31 (exceto caminhão de peso em carga máxima igual ou inferior a 3,9 ton), 8704.32, 8706.00.10 e 8706.00.90;”. Entretanto, as notas fiscais de fls. 36-55 juntadas pela recorrente com a impugnação revelam que todas as suas aquisições se referiram a “semirreboque bitrem” cujo NCM (87163100) não é abarcado pela norma invocada.

Assim, diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **333006.0007/19-0**, lavrado contra **TRANSBAHIA TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$264.268,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42 II “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS