

A. I. Nº - 298624.0006/19-0
AUTUADA - MAN LATIN AMERICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ MACEDO DE AGUIAR E WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 24.05.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0042-05/21-VD

EMENTA: ICMS. PAGAMENTO A MENOS. PARTILHA PREVISTA NA EC 87/15. A fundamentação da cobrança estriba-se na circunstância de que as mercadorias saíram da Bahia e tiveram destino para não contribuintes situados em outras Unidades Federativas. Os elementos fático-probatórios existentes nos autos e os argumentos defensivos, demonstram que a situação sob discussão é totalmente distinta da que teve lastro a autuação. Vícios intransponíveis, desfazem a exigência antes mesmo da análise de mérito. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Vale de começo salientar, que o presente relatório atende às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, adaptado inclusive para as sessões virtuais de julgamento.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 07/05/2019, tem o total histórico de R\$449.330,15, afora acréscimos, com o seguinte descritivo:

Infração 01 – 01.02.02 – O remetente e/ou prestador localizado neste estado, inclusive o optante pelo simples nacional, recolheu a menor ICMS partilhado – devido ao estado da Bahia em função da EC nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto – localizado em outra unidade da federação. Fatos geradores de junho a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018. Enquadramento legal feito no art. 49-C da Lei 7.014/96, art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC 87/2015 e Conv. ICMS 93/15, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Juntados pelos autuantes, entre outros documentos: intimação para apresentação de livros e documentos (fl. 06), demonstrativo denominado “ICMS Partilha Retido a Menor” (fls. 07/16) e CD contendo arquivos eletrônicos (fl. 17).

Sujeito passivo oferece impugnação (fls. 22/29 – frente e verso) em 12.7.2019, conforme registro presente nos autos, oportunidade em que:

Apresenta contagem sobre a tempestividade da citada peça processual e expõe breve síntese dos fatos.

Oferece razões que intentam buscar a nulidade do auto de infração.

Esclarece que é empresa dedicada à fabricação e comércio de veículos automotores, sediada no Rio de Janeiro, de onde saíram as mercadorias objeto da autuação, destinadas a consumidores finais situados na Bahia.

Transcreve a descrição dos fatos infracionais, de onde se vê que o relato parte da premissa de que as mercadorias teriam saído do território baiano para outros entes federativos. Aponta estar também equivocada a capitulação legal, notadamente o art. 49-C da Lei 7.014/96, no que concerne a saídas com origem na Bahia. Afirma ser impossível identificar com precisão a falta a ele imputada, resultando em nulidade material, haja vista ter a sua defesa cerceada, pela inteligência

do art. 18, II e IV, “a” do RPAF-BA. E conclui ser necessário que o ato administrativo de exigência tributária deve atender rigorosamente os procedimentos formais descritos no art. 39 do citado regulamento, trazendo a baila precedentes deste Conselho.

No mérito, assegura que recolheu corretamente o imposto ao qual se refere a autuação, não havendo que se falar em qualquer diferença a ser exigida.

Discorda da metodologia de cálculo da partilha adotada pelos autuantes, ao arrepio da EC 87/15, da cláusula segunda do Conv. ICMS 93/2015 e do art. 17, XI da Lei 7014/96, trazendo um exemplo que considera como cálculo correto, tirado a partir da NF 431882. Alerta que o legislador previu expressamente que a base de cálculo da DIFAL deve considerar o IPI, frete e demais despesas, inclusive o montante do próprio ICMS relativo à diferença de alíquotas, conforme manda o art. 13, § 1º da LC 87/96. Arremata dizendo que a fiscalização acabou inflando a base de cálculo do diferencial de alíquota a ser compartilhado, o que chamou de “base de cálculo por dentro” sobre “base de cálculo por dentro”. Encarta um pequeno quadro onde demonstra este raciocínio deturpado da metodologia legal, visto que os autuantes embutiram todo o imposto incidente na operação para encontrar o valor devido.

Anexados documentos de representação legal (fls. 30/45) e mídia digital contendo a peça defensiva (fl. 46).

Em suas manifestações (fls. 48/50), os autuantes:

Rebatem a provocação preliminar de nulidade observando que o enquadramento da infração hoje em dia é eletrônico e o relato fiscal está de acordo com os fatos, bastando ler a infração constante da página da inicial do auto de infração.

Quanto ao mérito, ofertam cálculos exemplificativos da metodologia empregada na autuação, a partir da NF 387015, tirando do valor consignado o imposto em face da alíquota interestadual e jogando toda a carga tributária (12%) por dentro, para somente daí calcular a partilha, advertindo que a defendente calculou a DIFAL sem jogar a carga de toda a tributação dentro da base de cálculo, daí o valor ser menor. Fazem citações de dispositivos da Lei 7.014/96 (arts. 4º, 17 e 49-B), constatando que nada foi alterado no lançamento original.

Distribuído o PAF para esta Junta, fui incumbido de apreciá-lo.

Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

VOTO

Mister apreciar, inicialmente, as questões formais do processo.

Não há problemas de representação legal em relação à defesa, conforme documentos juntados às fls. 30 a 44 – contratos sociais, procurações, subestabelecimento, RGs e carteiras profissionais da OAB. Princípios processuais administrativos observados. Desnecessidade de realização de perícias ou diligências, considerando que os elementos fático-instrutórios já se encontram presentes nos autos.

Uma preliminar de nulidade foi arguida pela impugnante e precisa ser enfrentada antes de qualquer apreciação de mérito.

Neste PAF, figura como contribuinte autuado a “Man Latin America”, indústria e comércio de veículos, situada no Estado do Rio de Janeiro, que fez vendas para não contribuintes de ICMS domiciliados em território baiano.

Extraí-se ainda do corpo do auto de infração, dentro da descrição dos fatos, a seguinte fundamentação fática de cobrança, sob o código 03.02.16:

“O **remetente** e/ou prestador **localizado neste estado**, inclusive o optante pelo simples nacional, recolheu a menor ICMS partilhado – devido ao Estado da Bahia em função da EC nº 87/15, em **operações** ou prestações que **destinaram mercadorias**, bens ou serviços **a consumidor final** – não contribuinte do imposto – **localizado em outra unidade da federação**” (destaques da transcrição).

Comparando-se a caracterização do estabelecimento autuado com os fatos narrados como infração, verifica-se uma nítida incompatibilidade entre a sujeição passiva e a irregularidade supostamente cometida.

Noutras palavras, a situação descrita como irregular é diametralmente inversa àquela que se deduz da lógica da postulação fiscal.

Sob o ponto de vista dos **dados do contribuinte autuado**, o fisco parece exigir de empresa situada em outro Ente Federativo, o recolhimento da DIFAL - com base na EC 87/15 – em operações destinadas a não contribuintes de ICMS domiciliados na Bahia. Isto vem confirmado pelo demonstrativo elaborado pela fiscalização, junto às fls. 07 a 16.

Porém, sob o ponto de vista da **descrição dos fatos infracionais**, as operações ficaram caracterizadas como se partissem de empresa sediada em solo baiano, com destino a não contribuintes situados em outros Estados, de sorte que a exigência deveria recair sobre contribuinte com domicílio na Bahia, e não sobre contribuinte carioca.

Tal conflito, inquina de nulidade a autuação.

Isto fica mais evidenciado, se do enquadramento legal feito pela fiscalização, ter-se concluído como violado o art. 49-C da Lei 7.014/96, cuja dicção é a abaixo transcrita:

Art. 49-C. Na hipótese de operações ou prestações que **destinarem** mercadorias, bens ou serviços a **consumidor final não contribuinte do imposto localizado em outra unidade da Federação**, deverá ser recolhido para este Estado, além do imposto calculado mediante utilização da alíquota interestadual, o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna da **unidade federada de destino** e a alíquota interestadual, na seguinte proporção:

Logo, também pelo enquadramento legal, se constata que não deveria ser a impugnante a pessoa jurídica posicionada no polo passivo da relação jurídico-tributária, embora tudo leve a crer que seja ela o alvo da presente postulação fiscal.

A subsunção correta para enquadrar a defendente seria a do art. 49-B, c/c o art. 2º, § 4º, II do mesmo diploma de lei, a saber:

Art. 49-B. O recolhimento a que se refere o inciso II do § 4º do art. 2º deverá ser realizado pelo remetente ou prestador, localizado em outra Unidade da Federação, na seguinte proporção do valor correspondente à diferença entre a alíquota interna deste Estado e a interestadual:

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;

(...)

§ 4º Na hipótese do inciso IV do *caput* deste artigo, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual caberá ao:

I - destinatário localizado neste Estado, quando este for contribuinte do imposto, inclusive se optante pelo Simples Nacional;

II - remetente e o prestador localizados **em outra unidade da Federação**, inclusive se optante pelo Simples Nacional, quando o destinatário **não for contribuinte** do imposto (destaques nossos).

À vista deste cenário e do arrazoado defensivo, os autuantes apenas informaram que o enquadramento da infração hoje em dia é eletrônico, e o relato fiscal está em plena consonância com os fatos, bastando ler a infração constante da página da inicial do auto de infração.

Veja-se, portanto, existir nulidade formal inrestaurável a impedir o prosseguimento deste processo, pois nem mesmo se pode invocar em favor da continuidade da presente cobrança o comando contido no art. 19 do RPAF-BA, sub reproduzido, visto que não só o dispositivo normativo indicado no lançamento restou equivocado, mas sobretudo resultou igualmente incorreta a descrição dos fatos, não sendo possível tirar dela a infração a qual intentou-se atingir:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, **desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal** (realçamos).

Vale ressaltar, que configuraria temeridade seguir-se com o crédito tributário da forma em que está apresentado. Certamente, haveria problemas na etapa de submissão ao Poder Judiciário, onde pela via pré-executiva, seria factível o juiz acolher a nulidade ora agitada pela impugnante. E naquela altura, talvez ficasse tarde para o Estado da Bahia resgatar a sua dívida.

Neste esquadro, à vista do disposto no art. 18, IV, “a” do RPAF-BA, conclui-se que o Auto de Infração não preenche formalmente todos os requisitos de lei, vez estarem ausentes os pressupostos exigidos na legislação vigente, para a sua lavratura, designadamente a incorreção no descritivo dos fatos que não guardam consonância com a lógica de cobrança direcionada para sujeito passivo localizado em outra Unidade Federativa, ainda que, de certa forma, o autuado tivesse compreendido a autuação e pudesse explorar o seu mérito.

Posto isto, julgamos NULO o presente lançamento de ofício, recomendando-se à unidade fazendária de origem, tomar as providências cabíveis para encaminhar o PAF a quem de direito, no sentido de, à vista dos fatos geradores aqui analisados, renovar o procedimento fiscal a salvo das incorreções formais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº **298624.0006/19-0**, lavrado contra **MAN LATIN AMERICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.**, recomendando-se à unidade fazendária de origem do lançamento, tomar as providências cabíveis para encaminhar o PAF a quem de direito, no sentido de, à vista dos fatos geradores aqui analisados, renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas, na forma apontada na fundamentação da decisão.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2021.

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR