

A. I. Nº - 278996.0008/20-6
AUTUADO - FLEXNGATE BRASIL INDUSTRIAL LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO ANDRÉ MOREIRA TOSTA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15/09/2021

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0126-03/21-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** BENS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. A dispensa de que trata o art.14 da Lei do Estado da Bahia nº 7.537, de 28/10/99, (PROAUTO), está direcionada a bens adquiridos para serem utilizados na produção de veículos automotores. Contribuinte não traz ao processo elementos que nos conduza a esta conclusão. Infração caracterizada. **b)** MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Fato reconhecido. Extintas pela decadência, nos termos do art. 156, V do CTN, as ocorrências anteriores a julho de 2015. Indeferido pedido de diligência ou perícia técnica. Negado pedido de relevação ou cancelamento das multas aplicadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/06/2020, exige crédito tributário no valor de R\$81.674,65, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 06.01.01. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de bens oriundos de outras Unidades da Federação destinados ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de maio, junho, setembro a dezembro de 2015, janeiro a março, maio a agosto, outubro e novembro de 2016, maio a outubro e dezembro de 2017, janeiro a março a dezembro de 2018, no valor de R\$62.284,29;

Infração 02. 06.02.01. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de materiais oriundos de outras Unidades da Federação, destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento, nos meses de maio a julho de 2017. Referente a aquisições de peças de reposição a contribuintes não inscritos no Estado da Bahia como Substituto Tributário, classificado na EFD sob CFOP 2407, sem recolhimento do ICMS ST, conforme anexo do Auto de Infração, no valor de R\$4.416,24;

Infração 03. 06.02.01. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de materiais oriundos de outras Unidades da Federação, destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, junho, setembro a novembro de 2015, dezembro de 2016, fevereiro a abril, agosto a dezembro de 2017, março a abril, junho, julho, outubro a dezembro de 2018. Referente a aquisições de peças de reposição no valor de R\$14.974,12.

O autuado impugna o lançamento fls.34/40. Resume os fatos autuados. Registra que a defesa é tempestiva. Afirma que, vem diante da lavratura do Auto de Infração em epígrafe, por meio de seus procuradores signatários, apresentar impugnação, pelas razões expostas a seguir.

Argui a decadência sob a alegação de que a fiscalização teve sua abertura em 02 de abril de 2020, para o período de janeiro de 2015 a dezembro de 2018. Cita os artigos 150, § 4º, e 173, inciso I do CTN afirmando que estão previstas duas regras gerais para contagem do prazo decadencial:

- O prazo de 5 (cinco) anos contados a partir da ocorrência do fato gerador, aplicável aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação.
- O prazo de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, aplicável aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício.

Informa que em dezembro de 2015, o STJ fez publicar a súmula 555 com o intuito de pacificar o entendimento, com o seguinte enunciado: *“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”*.

Diante deste contexto, requer a decadência para os meses de janeiro, fevereiro do ano de 2015, uma vez que cumpriu as exigências da Sumula 555 do STJ, pois protocolou o SPED Fiscal destes meses no prazo legal, conforme protocolo (Anexo 06).

Explica ser empresa beneficiária do PROAUTO, Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia, prevista na Lei do Estado da Bahia nº 7.537 de 28/10/99, com a finalidade de estimular a implantação e o desenvolvimento de empreendimentos industriais desse setor, de relevante interesse para a economia do Estado. Desta forma, poderão habilitar-se aos incentivos da presente Lei, as empresas fabricantes de veículos automotores, denominadas empresas beneficiárias principais, a concessão dos benefícios e incentivos previstos nesta Lei, excluído o financiamento de capital de giro, estende-se aos fornecedores das empresas fabricantes de veículos automotores, cuja atividade econômica seja correlata ou complementar, listados no Projeto do empreendimento e aprovados pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE.

Merce destaque as operações enquadradas no artigo 12 desta Lei, que indica está amparado pelo diferimento, às saídas com destino final a estabelecimentos fabricantes de veículos automotores, beneficiários principais do PROAUTO, ficando diferido para o momento das saídas dos produtos por eles promovidas.

Reproduz as infrações que lhe foram imputadas, para declarar que fará defesa da infração 01 e pagará a infração 02 e 03, salvo a parte decadente, e assim, requererá a improcedência de parte do auto.

Transcreve a infração 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 próprio estabelecimento, bens não utilizados na produção, na forma do art. 310, VI e IX do Decreto 13.780/12, e bens/materiais utilizados como peça de reposição, classificados na EFD sob CFOP 2551.

Reitera, que como empresa beneficiaria do PROAUTO, prevista na Lei do Estado da Bahia nº 7.537 de 28/10/99, (Anexo 11), o art. 14, lhe dispensa do pagamento da diferença entre a alíquota interna e interestadual nas aquisições, em outros Estados, de bens destinados ao ativo fixo. Chama a atenção, que não há exigência para que os bens sejam utilizados na produção, a lei textualmente diz *“bens destinados ao ativo fixo da empresa beneficiaria do PROAUTO”*. Entende que o fisco estaria indo contra a orientação expressa da lei. Reproduz o dispositivo citado.

Aponta que o texto legislativo é taxativo, dispensa o pagamento da diferença de alíquota, não faz outra exigência, não faz correlação, não faz seleção, assim, o contribuinte fez o que a lei determina, não pagou diferença de alíquota nas aquisições para o ativo imobilizado. Como se trata de legislação sobre benefício fiscal, o legislador entendeu que esta seria a forma correta, e não pode o Auditor Fiscal criar regras de exceções e ou criar interpretações ao que textualmente está claro. Este benefício concedido ao PROAUTO está em harmonia com o benefício concedido

para microempresas e empresas de pequeno porte, pois conforme o artigo 272, inciso I, alínea 'a", item 2 do R1CMS/12, estas são dispensadas do lançamento e o pagamento relativo à diferença de alíquota na aquisição de ativo imobilizado, portanto, nada de anormal tem o benefício fiscal.

Aduz que esclarecido o direito nos termos exigido pela lei de benefício fiscal, de que a empresa do PROAUTO não deve pagar ICMS DIFAL, o Auditor Fiscal já atestou que os bens foram para o ativo fixo da impugnante, sendo usado o CFOP 2551, assim, estaria desincumbido de comprovar que os bens foram para ativo fixo, porém é importante salientar, que por tratar-se de ativo imobilizado, deve recorrer à legislação societária, aos ensinamentos da Lei 6.404/76, artigo 179, inciso IV, que define o que é ativo imobilizado, cabendo à lei tributária a adequação da operação. Relevante também, diz ser o fato que pode comprar o material, peças e partes, e montar o bem para o ativo fixo. Não há proibição na legislação do ICMS, para esta operação. Inclusive, o auditor fiscal não fez recusa alguma, de que estes bens seriam para o ativo fixo.

Esclarece que a empresa na imobilização, está obrigada, além da legislação Societária, a cumprir as regras da legislação do imposto de renda. É o Regulamento do Imposto de Renda - Decreto 3.000/1999, que orienta sobre a depreciação, consequentemente sobre a incorporação ao imobilizado e dedutibilidade da despesa com a depreciação.

Assim, diante de todo o exposto, pede e espera seja acolhida a defesa e reconhecida a mais absoluta improcedência do auto de infração, em relação à Infração 01, pelas razões de fato e de direito demonstrados. Requer decadência dos meses de janeiro e fevereiro de 2015.

Ademais, requer que, caso se entenda que os documentos apresentados não sejam suficientes à apuração dos fatos, seja determinada diligência para sua verificação.

Adicionalmente, protesta pela juntada de quaisquer outros documentos e meios de prova que se façam necessários à comprovação dos fatos alegados.

O Autuante presta informação fiscal fls.89/90. Reproduz a acusação fiscal. Sintetiza os termos da defesa. Rebate as alegações defensivas com as seguintes ponderações.

Diz que a Autuada não contestou as infrações 02 e 03, tendo recolhido os valores ali exigidos. Assim, impugnou tão somente a Infração 01.

Aduz que o argumento defensivo recorre ao art. 14, da Lei nº 7537/99, o PROAUTO, entendendo está dispensada do recolhimento do imposto com base neste dispositivo. No entanto, afirma que a dispensa de que trata o citado artigo se reporta a bens adquiridos para serem utilizados na produção.

Esclarece que os bens relacionados no demonstrativo de fls. 11 a 18 não são utilizados pela Autuada em seu processo fabril. Como pode ser comprovado, a Autuada classificou como ativo imobilizado, cuja exigência do ICMS diferencial de alíquotas é objeto desta lide, mercadorias que são utilizadas como material de uso e/ou consumo, peças de reposição e bens integrados ao imobilizado por acessão física, com vedação expressa no artigo 310, inciso VII, do RICMS/12.

Como exemplo das peças de reposição/material de consumo, relacionadas no demonstrativo de fls. 11 a 14 cita: funil alimentador, tapete antifadiga, leitor de código Motorola, carcaça de embreagem plástica, eixo porta BIT, sensor de deslocamento, régua MKT, cabo de força 2m, prolongador, bico de injeção, filtro homogeneizador, cilindro pneumático, afiador de facas, jogo de facas, cabo para controladora sequencial, inversora TIG, tocha TIG, bomba diafragma, kit leitor, bateria, placa interface, carregador de baterias, fonte de energia, soquetes, juntas, parafusos, tubo revestido, rodízio fixo, trilho, suporte para trilho, lâmina de reposição, corta tubos, brocas, válvula de alívio, chave de nível, mochila HP, etc.

Como bens integrados por acessão física e não utilizados na produção, cita: ventilador com suporte em U, lavadora de piso, organizador de cabos, armário, exaustor, etc.

Conclui que como se vê, as alegações da Autuada não encontram respaldo na legislação Tributária, inclusive, vão de encontro ao que prescreve o art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96. Assim, requer a procedência do Auto de Infração na integralidade.

Consta às fls. 93/96, extrato do SIGAT/SICRED, com recolhimento dos valores reconhecidos pelo Autuado.

Na sessão de julgamento, registrou-se a presença do advogado, Dr. Magno da Silva Santos – OAB nº 39.258, que realizou a sustentação oral.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe, é composto por três infrações arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

Embora o autuado não tenha apontado qualquer vício, quanto às formalidades necessárias ao lançamento de ofício, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RPAF/99. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais fls. 11/18, contidos na mídia digital CD e termo de entrega ao autuado, fl. 30 (frente e verso), que servem de base ao Auto de Infração. Portanto, o autuado tomou ciência, lhe possibilitando defender-se, não havendo, que se falar em cerceamento de defesa.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado, e o procedimento fiscal não está incorso em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Indefiro de plano, a diligência ou perícia técnica solicitada pelo autuado. Observo que a diligência se presta a esclarecer dúvida porventura existente, mas se para convencimento dos Julgadores não se faz necessária, nos termos do artigo 147, inciso I, alíneas “a” e “b” e II “a” do RPAF/BA, a realização de diligência e perícia pode ser dispensada. Neste caso, entendo que já se encontram presentes no PAF, os elementos necessários e suficientes para decisão sobre a lide, e a prova do fato, não depende do conhecimento especial de técnicos.

O defensor arguiu a decadência das operações, cujas ocorrências se deram nos meses de janeiro e fevereiro do ano de 2015. Apresentou entendimento, que como o ICMS é um imposto por homologação, com fulcro na Súmula do STJ 555, os citados meses teriam decaído, considerando que teria enviado seu SPED Fiscal à SEFAZ, no prazo legal, conforme protocolo que anexou.

Sobre a matéria, assim estabelece o art. 150 do CTN, “*O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa*”. Já o § 4º, desse mesmo artigo, estabelece que, “*se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*”. Neste caso, a contagem do prazo de decadência, é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “*o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele, em que o lançamento poderia ter sido efetuado*”.

O entendimento firmado neste CONSEF, e em conformidade com a PGE - Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, é no sentido de que o lançamento por homologação, seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º do CTN. Ou seja, o referido dispositivo

aplica-se aos casos, em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, a exigência fiscal se refere à falta de recolhimento de ICMS diferença de alíquotas, apurado em função de operações escrituradas na EFD do defendant, sob o CFOP 2551, portanto operações declaradas. Neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 150, § 4º do CTN. A contagem se dá, a partir do momento da ocorrência do fato gerador. Considerando que as irregularidades apuradas, se deram nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2018, e o defendant tomou ciência do Auto de Infração em 17/07/2020, os meses anteriores a julho de 2015 foram tragados pelo fenômeno da decadência.

Nessa esteira, devem ser excluídos do levantamento fiscal as ocorrências de maio e junho de 2015 da infração 01, respectivamente, R\$542,65 e R\$1.060,00. (R\$1.602,65). Da infração 03, devem ser excluídas as parcelas referentes a janeiro e junho de 2015, respectivamente R\$47,20 e 61,90 (109,10).

Sendo assim, as referidas parcelas estão extintas pela decadência, em conformidade com o inciso V, do art. 156 do CTN.

O defendant declarou que faria a defesa, apenas da infração 01, e realizou o recolhimento da infração 02 e 03, exceto da parte que entendeu fulminada pela decadência. Assim, declaro procedentes os itens reconhecidos pelo autuado, visto que sobre eles encerrou-se a lide.

No mérito, a infração 01 trata de falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre a alíquota interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de maio, junho, setembro a dezembro de 2015, janeiro a março, maio a agosto, outubro e novembro de 2016, maio a outubro e dezembro de 2017, janeiro a março a dezembro de 2018.

A matéria encontra-se embasada no inciso XV, art. 4º da Lei 7014/96, *in verbis*:

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.

O defendant contestou o lançamento da infração 01, sob o argumento de que é empresa beneficiária do PROAUTO, previsto na Lei do Estado da Bahia nº 7.537, de 28/10/99, que no seu art. 14, lhe dispensa do pagamento da diferença entre a alíquota interna e interestadual nas aquisições, em outros Estados, de bens destinados ao ativo fixo.

Acrescentou, que o Auditor Fiscal teria atestado que os bens foram para o ativo fixo da impugnante, sendo usado o CFOP 2551, assim, estaria desincumbido de comprovar que os bens teriam esta destinação.

Analizando estes argumentos, verifico que o Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia/PROAUTO, previsto na Lei do Estado da Bahia nº 7.537, de 28/10/99, tem como objetivo estimular a implantação e o desenvolvimento de empreendimentos industriais desse setor, de relevante interesse para a economia do Estado.

Desta forma, poderão habilitar-se aos incentivos desta Lei, as empresas fabricantes de veículos automotores, denominadas empresas beneficiárias principais, a concessão dos benefícios e

incentivos previstos na Lei, excluído o financiamento de capital de giro, estendendo-se aos fornecedores das empresas fabricantes de veículos automotores, cuja atividade econômica seja correlata ou complementar, listados no Projeto do empreendimento e aprovados pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE.

Assim, é fato, que nos termos do art. 14, da Lei nº 7537/99, empresas beneficiárias do PROAUTO, como é o caso da ora defendant, estão dispensadas do recolhimento do imposto com base neste dispositivo. No entanto, a dispensa de que trata o citado artigo, se reporta a bens adquiridos para serem utilizados na produção de veículos automotores.

Analizando o levantamento fiscal fls. 11 a 14, que dá suporte a autuação, verifico que os materiais adquiridos pelo defendant são classificados como material de uso e/ou consumo. O Autuado não traz à luz deste processo, prova inequívoca de que materiais como: funil alimentador, leitor de código Motorola, carcaça de embreagem plástica, eixo porta BIT, sensor de deslocamento, régua MKT, cabo de força 2m, prolongador, bico de injeção, filtro homogeneizador, cilindro pneumático, afiador de facas, jogo de facas, cabo para controladora sequencial, bateria, placa interface, carregador de baterias, fonte de energia, soquetes, juntas, parafusos, tubo revestido, rodízio fixo, trilho, suporte para trilho, lâmina de reposição, corta tubos, brocas, válvula de alívio, chave de nível, mochila HP, serão utilizados para compor a produção de novos veículos, e que ao contrário da acusação fiscal, não se trata de peças de reposição, nem serão utilizados para uso e consumo do estabelecimento.

Vejo ainda, que foram arrolados no levantamento fiscal, bens para serem integrados por ação física ao estabelecimento, e não para produção de veículos, como informou o Autuante: ventilador com suporte em U, lavadora de piso, organizador de cabos, armário, exaustor, etc.

Por todos esses elementos, concluo que as mercadorias foram recebidas pelo autuado, segundo consta nos autos, para uso, consumo ou ativo fixo do estabelecimento e não direcionados para a fabricação de veículos automotores, como requer a legislação de regência. A defesa não se preocupou em demonstrar e provar, que os bens não tinham essa destinação. Está, portanto, configurada a infração.

Considerando a aplicação da decadência para parcelas das infrações 01 e 03, estas irregularidades restam parcialmente procedentes, no valor de R\$60.681,64 e 14.865,02, respectivamente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278996.0008/20-6, lavrado contra **FLEXNGATE BRASIL INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$79.962,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “f” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR