

A. I. Nº. - 279757.0043/20-2
AUTUADO - WOBEN WINDPOWER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA E MARCO AURÉLIO SOARES FERREIRA
ORIGEM - INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.04.2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0142-06/21VD

EMENTA: ICMS. 1. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES PARA EMPREGADOS. IMPOSTO DIFERIDO. FALTA DE RECOLHIMENTO. INFRAÇÃO 01. Acusação não impugnada. Infração 01 mantida. 2. DIFERENÇAS ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E AS INTERESTADUAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO. INFRAÇÃO 02. Considera-se ocorrido o fato gerador a partir 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. Infração 02 caracterizada. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR RETENÇÃO. PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) RESPONSABILIDADE PRÓPRIA. São sujeitas à substituição tributária por retenção as prestações de serviços de transporte contratadas por contribuinte inscrito neste estado (art. 298 do RICMS/12). b) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito as empresas interdependentes, nos casos de falta de pagamento do imposto pelo contribuinte, em relação às operações em que intervierem ou em decorrência de omissão de que forem responsáveis. Rejeitada a preliminar de nulidade. Declarada, de ofício, a inexistência de decadência. Indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 08/09/2020 para formalizar a exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 27.118,18, sob a acusação do cometimento das 04 (quatro) seguintes irregularidades:

Infração 01 – Falta de recolhimento do imposto diferido, nas entradas de refeições destinadas ao consumo dos seus empregados (02/2015 a 05/2016). R\$ 14.641,84 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F” da Lei 7.014/96.

Infração 02 – Falta de recolhimento das diferenças de alíquotas (DIFAL), na utilização de serviços de transporte cujas prestações tiveram início em outras unidades da Federação, não vinculadas a operações ou prestações subsequentes sujeitas à incidência (06/2015 a 12/2016). R\$ 5.422,35 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 03 – Falta de recolhimento do imposto por retenção, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal (02/2015 a 12/2016). R\$ 3.043,61 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

Infração 04 – Falta de recolhimento do imposto por retenção, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal. Consta o seguinte: *“na qualidade de responsável por solidariedade, na forma prevista no art. 6º, §§ 1º e 3º da Lei 7.014/96, referente às sucessivas prestações de serviços de transporte interestadual por transportadoras não inscritas no Estado da Bahia, contratadas por suas filiais dos Estados do Ceará, Rio Grande do Norte e Rio Grande do Sul”* (06/2015 a 11/2016). R\$ 4.010,38 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

O contribuinte ingressa com defesa às fls. 82 a 97.

Diz ser dedicado à indústria de fontes de energia eólica, atuando na fabricação de aerogeradores e pás, bem como na prestação de serviços de assistência técnica para usinas.

Em preliminar por vício de motivação e violação à ampla defesa e ao contraditório, aduz que não há evidências de que as conclusões do Fisco tenham sido baseadas em circunstâncias fáticas, o que viola o procedimento exigido no art. 142 do CTN (Código Tributário Nacional).

No seu entendimento, foi adotado um rito sumário, sem o seu conhecimento prévio e sem a sua participação na fiscalização, o que inverte a ordem legal das coisas e elimina qualquer possibilidade de se manifestar, explicar, justificar e retificar.

No mérito, iniciando pela infração 02, sustenta que o Fisco não determina ao certo qual é o critério para a exigência da DIFAL, pois não investigou se aquele determinado transporte estava ou não vinculado a uma operação subsequente sujeita à incidência. *“Como se pode cobrar DIFAL relativo ao serviço de transporte se a mercadoria transportada foi escriturada para fins de industrialização”?*

Alega que em determinadas operações os auditores não exigiram diferença de alíquotas, mas aplicaram diretamente a alíquota interna sobre a base de cálculo, sem qualquer dedução relativa à alíquota interestadual, o que caracteriza mácula de invalidade por falta de liquidez do crédito tributário.

Além disso, o art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS/12, tomado como fundamento jurídico da autuação, não faz referência a serviços, mas a mercadorias. O mesmo acontece com a infração 03 (artigos 8º, V da Lei 7.014/96 e 298, I a III do RICMS/12).

Quanto à infração 04, sustenta que a solidariedade e a substituição, ambas citadas no corpo da peça de acusação, são institutos absolutamente distintos, o que prejudica o seu direito de defesa, pois não sabe do que se trata a infração.

No tocante ao ICMS e à DIFAL nas operações entre contribuintes, verifica-se a necessidade de lei complementar, exatamente nos termos pensados pelo constituinte, que jamais foi editada para regulamentar tal instituto de forma definitiva, o que já foi reconhecido pelo STF e pelo STJ.

Ainda tratando da infração 02, assevera que a DIFAL atinente aos conhecimentos de transporte nºs 2.393.233, 2.402.254, 2.414.452, 3.211.198, 398.800, 3.364.633, 3.479.810, 22.113, 3.377.762 e 382.549 foi recolhida e não computada no levantamento fiscal.

Já em relação ao conhecimento de transporte 398.800, efetuou o lançamento e o recolhimento da DIFAL (documento 06), deixando apenas de escriturar na EFD, o que configura mero erro formal, inapto para a exigência do imposto.

Para os conhecimentos 514.314, 23.304, 23.496 e 49.279, os pagamentos parciais que efetivou não foram levados em consideração pelos auditores.

Os conhecimentos 34.111, 315.798, 223.518, 35.540, 58.995 e 774 (documento 07) dizem respeito a prestações nas quais a impugnante não figura como tomadora.

Em seguida, à fl. 94, passa a exemplificar uma série de conhecimentos de transporte cujas operações destacadas nas suas respectivas notas fiscais foram de aquisição de materiais para industrialização (CFOPs 2.151 e 2.101), o que configura operação subsequente sujeita à incidência do imposto (4.057.297, 3.232.129, 3.232.162, 510.589, 541.832, 543.197, 549.805, 580.849, 3.712.569, 4.777.993, 4.795.571, 3.726.321, 3.731.446, 473.937, 3.755.722 e 603.882). Algumas notas foram equivocadamente emitidas com os códigos 2.154 e 2.126, quando o correto seria 2.151 e 2.101, respectivamente.

Esclarece que alguns conhecimentos (513.131 e 519.928) continham mercadorias que se destinariam parte ao consumo e parte à industrialização, motivo pelo qual pagou a diferença de alíquota proporcionalmente à parcela destinada ao consumo.

Afirma ser impossível a sua responsabilização por solidariedade na infração 04. A indicação do art. 6º, §§ 1º e 3º da Lei 7.014/96 significa que a responsabilização do defendente se dá em razão de os tomadores dos serviços de transporte pertencerem à mesma pessoa jurídica. Tal atribuição é indevida, pois estende a um terceiro a responsabilidade por um tributo do qual não participou da relação jurídica subjacente.

Fundamentado no argumento de que tem natureza de confisco, pleiteia a redução ou o cancelamento da multa.

O Auto de Infração não veicula o dispositivo normativo que sustenta a aplicação de juros de mora, de modo que qualquer exigência nesse sentido não deve prevalecer.

Protesta pela produção de provas, inclusive por meio de diligência, fornece endereço para correspondências processuais e conclui pleiteando o acolhimento das razões defensivas.

Na informação fiscal, de fls. 104 a 107, um dos autuantes – quanto à apuração da DIFAL da infração 02 -, assinala que o demonstrativo de fls. 16/17 a retrata com clareza. Ou seja, foi aplicada a alíquota vigente sobre o valor da operação e deduzido o crédito destacado no conhecimento de transporte, com o imposto fazendo parte da própria base de cálculo.

Nas operações contratadas em que não há destaque de imposto no conhecimento de transporte foi exigido o tributo à alíquota cheia; naquelas em que há o destaque, tal valor foi deduzido para fins de apuração.

Em referência aos conhecimentos de transporte nºs 2.393.233, 2.402.254, 2.414.452, 3.211.198, 398.800, 3.364.633, 3.479.810, 22.113, 3.377.762 e 382.549 (documento 06), a documentação acostada às fls. 25 a 66 (verso) não prova qualquer recolhimento.

No tocante às prestações em que supostamente não figura como tomadora, trata-se de transferência de materiais de uso e consumo da filial de João Câmara – RN para a filial de Sento Sé – BA (autuada). Não se discute, aqui, quem é o tomador, mas sim quem arcou com o ônus do serviço de transporte. O defendente não comprovou ter sido a filial de João Câmara – RN ou a matriz de São Paulo.

As entradas indicadas na defesa como tendo sido para industrialização nada têm a ver com tal atividade, mas sim para montagem de torres eólicas de cimento. Não há industrialização para terceiros.

No que diz respeito às imputações 03/04, o autuado descumpriu o que determina o art. 298 do RICMS/12. A responsabilidade solidária está prevista no art. 6º da Lei 7.014/96.

Pugna pela procedência da autuação.

VOTO

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de auditoria, pois os autuantes expuseram com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveram as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

No que diz respeito à necessidade de edição de lei complementar para que se exija o imposto por diferença de alíquotas nas operações entre contribuintes, este órgão não tem competência para exercer controle de constitucionalidade da legislação interna que regula a matéria, tampouco para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior, a teor do art. 167, I e III do RPAF/99.

Não existe vício de invalidade por falta de liquidez na infração 02, conforme o que será apreciado no mérito.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º; RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos minuciosos aspectos abordados na impugnação.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Na peça defensiva, nada se disse a respeito do instituto da decadência. Entretanto, como a notificação da lavratura ocorreu no dia 08/09/2020 (fl. 08) e há ocorrências (lançadas no Auto de Infração) a partir de fevereiro de 2015, é preciso que algumas considerações sejam tecidas a este respeito.

Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, o prazo referente à obrigação principal deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o valor do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fulcro no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em decorrência de dolo, fraude ou simulação, não comprovada nos presentes autos.

Tais raciocínios somente se aplicam às infrações por descumprimento de obrigações principais, não havendo que se falar no art. 150, § 4º do CTN quando a obrigação é acessória, já que o indigitado dispositivo legal complementar faz expressa referência à homologação do lançamento. Nas situações de aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias não existe o que homologar. Os lançamentos respectivos ocorrem de ofício.

No sistema de informática desta Secretaria destinado às informações dos contribuintes (INC) está comprovado que não houve recolhimento do imposto normal no período fiscalizado, motivo pelo qual não há que se falar no art. 150, § 4º do CTN.

Portanto, inexistente decadência.

Todos os elementos necessários para o julgamento da lide estão presentes nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência ou perícia, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, a primeira imputação não foi impugnada.

Infração 01 mantida, com fundamento no art. 140 do RPAF/99.

A infração 02 trata da falta de recolhimento das diferenças de alíquotas (DIFAL), na utilização de serviços de transporte cujas prestações tiveram início em outras unidades da Federação, não vinculadas a operações ou prestações subsequentes sujeitas à incidência.

Nos termos do art. 4º, XV da Lei do ICMS/BA, considera-se ocorrido o fato gerador a partir 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.

Com efeito, como bem disse um dos auditores ao prestar informação fiscal, o demonstrativo de fls. 16/17 retrata a apuração com clareza. Ou seja, foi aplicada a alíquota vigente sobre o valor da operação e deduzido o crédito destacado no conhecimento de transporte, com o imposto fazendo parte da própria base de cálculo.

Nas operações contratadas em que não houve destaque de imposto no conhecimento de transporte foi exigido o tributo à alíquota cheia; naquelas em que houve o destaque, tal valor foi deduzido para fins de apuração.

Em referência aos conhecimentos de transporte nºs 2.393.233, 2.402.254, 2.414.452, 3.211.198, 398.800, 3.364.633, 3.479.810, 22.113, 3.377.762, 382.549, 514.314, 23.304, 23.496 e 49.279 (documento 06), a documentação acostada às fls. 25 a 66 (verso) não prova qualquer recolhimento.

No tocante às prestações em que supostamente o contribuinte não figura como tomador, trata-se de transferências de materiais de uso e consumo da filial de João Câmara – RN para a filial de Sento Sé – BA (autuada). Alinho-me com o autuante, pois, de fato, não se discute, aqui, quem é o tomador, mas sim quem arcou com o ônus do serviço de transporte. O defendente não comprovou ter sido a filial de João Câmara – RN ou a matriz de São Paulo.

As entradas indicadas na defesa como tendo sido para industrialização nada têm a ver com tal atividade, mas sim com montagem de torres eólicas de cimento. Não há industrialização para terceiros. Também não existe vinculação direta com operações ou prestações subsequentes sujeitas à incidência do ICMS.

Com respeito às infrações 03/04, assim dispõe o art. 298 do RICMS/12.

“Art. 298. São sujeitas à substituição tributária por retenção as prestações de serviços de transporte contratadas por contribuinte inscrito neste estado na condição de normal, e desde que realizadas por:

I – transportador autônomo;

II – empresa transportadora não inscrita neste estado, ainda que optante pelo Simples Nacional;

III - empresa transportadora inscrita neste estado, exceto se optante pelo Simples Nacional”.

Já o art. 6º, IX da Lei 7.014/96 estatui que:

“Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

IX - as empresas interdependentes, nos casos de falta de pagamento do imposto pelo contribuinte, em relação às operações em que intervierem ou em decorrência de omissão de que forem responsáveis;

(...)”.

Infrações 02 a 04 caracterizadas.

Os acréscimos legais são aqueles estatuídos no art. 51 da Lei 7.014/96, cujo desconhecimento a ninguém é dado alegar. A ninguém é concedido o descumprimento da Lei sob o argumento de desconhecê-la.

Quanto à multa, este órgão não tem competência para reduzir, cancelar, exercer controle de constitucionalidade ou negar eficácia a norma emanada de autoridade superior (art. 167, I e III do RPAF/99).

Em referência ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

“§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”.

Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/1999.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0043/20-2**, lavrado contra **WOBEN WINDPOWER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.118,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” e “f” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2021

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR