

PROCESSO	- A. I. N° 232875.0011/21-1
RECORRENTE	- SOLARIS EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF n° 0148-05/21-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 09/11/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0261-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. REMESSAS DE BENS PARA CONSENTO. EM OPERAÇÕES INTERNAS. Exigência fiscal elidida. Não comprovada a ocorrência de fato gerador do imposto por desincorporação de ativos fixos. O conjunto probatório apresentado pela defesa, revela que os bens remetidos para conserto se destinavam à atividade de locação a terceiros, que não se submete à incidência do ICMS. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INICIADOS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO NÃO VINCULADOS A OPERAÇÕES SUBSEQUENTES TRIBUTADAS. Demonstrado nos autos, que a exigência fiscal considerou as alíquotas de origem e destino das prestações. Rejeitadas as arguições defensivas. Infração comprovada e mantida sem alterações de valor. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE JUNTO A PRESTADORES NÃO INSCRITOS NO ESTADO DA BAHIA. Infração não contestada. Afastada a preliminar de nulidade. Não acolhida a arguição de decadência de parte dos créditos tributários lançados. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/05/2021, no valor de R\$ 153.029,32, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 02.06.01 - Deixou de recolher o ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno, nos meses de fevereiro, agosto e novembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 95.002,84, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada Improcedente e não é objeto do Recurso Voluntário.

Infração 02 - 06.03.01 - Deixou de recolher o ICMS referente à diferença de alíquota na utilização de Serviço de Transporte cuja prestação teve início em outra unidade da Federação, não sendo vinculada à operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 44.692,51, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada Procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

Infração 03 - 07.09.03 - Falta de recolhimento do ICMS por retenção, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, nos meses de fevereiro a maio, setembro e outubro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 13.333,97, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que se refere às prestações contratadas a transportadoras não inscritas no Estado da Bahia e sem comprovação do recolhimento do imposto via GNRE. Infração foi julgada Procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

A 5ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0148-05/21-VD (fls. 68 a 75), com base no voto a seguir transcrito:

“O Auto de Infração em lide, foi lavrado para a exigência de imposto em relação às ocorrências que se encontram detalhadas no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Incumbe a esta relatoria, enfrentar inicialmente a preliminar de nulidade suscitada na peça defensiva, centrada no argumento de que a fiscalização incorreu em erro na capitulação dos fatos considerados infração, implicando em cerceamento do direito de defesa.

Não há que se falar em carência de fundamentos, imprecisão da acusação fiscal ou mesmo erro de enquadramento normativo.

As irregularidades estão bem delimitadas na peça acusatória: trata-se de falta de recolhimento do ICMS nas remessas de bens para conserto sem posterior retorno ao estabelecimento empresarial (**Infração 01**); falta de recolhimento do ICMS-DIFAL nas aquisições de serviços de transporte iniciado em outra Unidade da Federação, não vinculada a operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto (**Infração 02**); e falta do recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo à contratação de serviços de transporte junto a prestadores não inscritos no Estado da Bahia, todas sujeitas à incidência do ICMS (**Infração 03**).

Para respaldar a cobrança que integra o item 01 do Auto de Infração, a Auditoria Fiscal procedeu a juntada aos autos, do Demonstrativo em que detalha o cálculo, nota a nota, produto a produto, das operações de remessas para conserto. (Doc. fls. 09/12). Inteiro teor do Demonstrativo encartado na mídia digital anexada à fl. 18, cópia entregue ao sujeito passivo quando da lavratura do Auto de Infração.

De igual forma, o detalhamento dos valores lançados nos itens 02 e 03 foram apresentados nos Demonstrativos inseridos entre as fls. 13 a 17 dos autos, com a indicação de cada Conhecimento de Transporte, contendo a respectiva chave eletrônica dos documentos, informações que foram reproduzidas também em meio magnético, na mídia juntada à fl. 18, cópia também entregue ao contribuinte na finalização da Auditoria.

A fundamentação das cobranças reside exatamente nos Demonstrativos acima referenciados, e nos dispositivos normativos elencados no corpo do Auto de Infração. Ademais, pela descrição dos fatos na peça acusatória, o contribuinte apresentou a sua defesa do mérito, não se vislumbrando aqui prejuízo processual para a defesa. Aplicável ao caso as disposições do art. 19 do RPAF/99 – “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”.

Improcede a preliminar levantada pela defesa.

A defesa suscitou uma prejudicial de mérito. Decadência dos créditos tributários relacionados aos fatos geradores que remontam às ocorrências de janeiro, fevereiro, março e abril do exercício fiscal 2016, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 18/05/2021, com ciência ao contribuinte em 24/05/2021, pela via postal. Pugna pela aplicação ao caso das disposições do art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), com contagem do prazo decadencial a partir das ocorrências dos fatos geradores.

As discussões em torno da decadência nos tributos lançados por homologação, modalidade em que se enquadra o ICMS, atualmente se encontram pacificadas neste CONSEF, seguindo a diretriz traçada no Incidente de Uniformização da Procuradoria Geral do Estado da Bahia (PGE) nº 2016.194710-0, que adotou a linha de entendimento consolidada no STF, através da Súmula Vinculante nº 08.

Os institutos da decadência e da prescrição são matérias reservas a disciplinamento por lei complementar federal. A LEI COMPLEMENTAR de tributos no Brasil é o CTN. De acordo com essa norma geral 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 por sua vez 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.

No caso em exame, a preliminar de mérito diz respeito às acusações de falta de recolhimento do imposto. Nesta situação, o marco inicial do prazo decadência deve ser contado adotando-se a regra estabelecida no art. 173, inc. I do CTN, considerando a ausência de pagamentos por parte do contribuinte. Nessas circunstâncias, tendo em vista o regramento contido no CTN, dispunha a Fazenda Pública Estadual do prazo de 05 anos para proceder o lançamento de ofício, contados de 01/01/2017, com encerramento 31/12/2021.

Rejeita-se a preliminar de decadência para os fatos geradores anteriores a 24 de maio de 2016.

Passaremos na sequência a examinar as questões de mérito do presente lançamento de ofício.

Vamos a elas.

*No que se refere à **Infração 01**, os bens remetidos para conserto destinavam-se a locação, atividade que não se encontra sujeita à incidência do ICMS. Ademais, o fisco não fez prova nos autos a demonstrar que os bens remetidos tinham ingressado no estabelecimento empresarial a menos de 1(um) ano, de forma que não se vislumbra aqui a ocorrência de fato gerador do ICMS nas movimentações físicas de bens do ativo fixo da empresa, destinados à atividade de locação a terceiros.*

Ademais, nota-se que a empresa autuada opera preponderantemente na atividade de prestação de serviços, fato atestado pela própria razão social do contribuinte e pela juntada dos estatutos e atos constitutivos da pessoa jurídica, inseridos nos autos entre as fls. 36 a 44 verso, levados a registro na Junta Comercial de São Paulo. Por fim, no caso em exame, a exigência fiscal alcança três movimentações físicas de ativos destinadas a conserto, em remessas internas (dentro do território baiano), para um único destinatário, revelando o caráter eventual dessas saídas, mais um fator a revelar a inocorrência de fato gerador do imposto.

*Inexiste, portanto, base probatória a sustentar a cobrança do imposto. **Infração 01** julgada IMPROCEDENTE.*

*No que se refere à **Infração 02**, a argumentação defensiva limitou-se a contestar a alíquota aplicada nas prestações de serviços de transporte submetidas à incidência do ICMS-DIFAL. O fato de ter constado na peça acusatória as alíquotas de 17% e 18% para todas as ocorrências, não invalida o procedimento fiscal, pois se trata de uma mera padronização do sistema de emissão eletrônica do Auto de Infração no Estado da Bahia. A cobrança, conforme detalhado no Demonstrativo inserido às fls. 13 a 17, que respalda essa ocorrência, evidencia de forma inequívoca que a exigência fiscal pautou-se na cobrança entre a alíquota incidente na prestação originária de outra Unidade da Federação, tributada a 7% ou 4%, e a alíquota incidente no Estado da Bahia – 17%, até fevereiro de 2016 e 18% a partir de março de 2016.*

*Mantida a exigência fiscal lançada no **item 02** do Auto de Infração.*

*A **Infração 03** não foi contestada no mérito pela defesa. Item mantido sem alterações.*

*Ante o acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, sendo excluída do lançamento tão somente a **Infração 01**.*

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 86 a 96), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual, preliminarmente, suscitou a nulidade da Infração 02, em virtude de flagrante equívoco na indicação das alíquotas de ICMS, exigindo o recolhimento do imposto integral com base na alíquota interna do Estado da Bahia.

Aduziu que a doutrina e a jurisprudência têm firmado entendimento no sentido de que há vício de nulidade no Auto de Infração a partir do momento em que a lacunosa menção aos fatos geradores ou a ausência de aspectos materiais lhe impossibilite de conhecer as verdadeiras razões pelas quais foi constituído o suposto débito tributário, importando em manifesto prejuízo à sua defesa.

Ressaltou que os vícios materiais que maculam o lançamento tributário são matéria de ordem pública que podem (e devem) ser reconhecidas de ofício.

Alegou a decadência dos créditos tributários referentes aos fatos geradores anteriores a 24/05/2016, 5 anos antes da data em que tomou ciência do Auto de Infração, em 24/05/2021, com base no Art. 150, § 4º do CTN, tendo sido equivocada a Decisão de piso que tomou por base o Art. 173, I do CTN, considerando a ausência de pagamentos de imposto no período.

Requeru o reconhecimento da nulidade da Infração 02 e da decadência parcial do Auto de Infração no que se refere aos fatos geradores anteriores a 24/05/2016.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, lavrado para exigir imposto e multa em razão da falta de recolhimento do ICMS, relativo à diferença de alíquota na utilização de serviço de transporte cuja prestação teve início em outra unidade da Federação, não sendo vinculada à operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto, e à falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e

intermunicipais.

A Infração 01 referente à falta de recolhimento do ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno, foi julgada Improcedente pela Decisão de piso, e não foi interposto Recurso de Ofício em razão de não ter atingido o valor de alçada previsto no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O Autuado suscitou a nulidade da Infração 02, sob a alegação de que foi exigido o valor integral do imposto, ao ser utilizada a alíquota prevista para as operações internas no Estado da Bahia.

Ressalto que a existência do processo administrativo fiscal é exatamente para aperfeiçoar o lançamento, efetuando as devidas correções quando são verificados equívocos no mesmo. Caso seja constatado que os valores não são devidos ou são parcialmente devidos, cabe a improcedência ou a procedência parcial da autuação, não a sua nulidade.

Analizando o demonstrativo da referida Infração 02 (fls. 13 a 16), verifico que o Autuado se equivocou. A título de exemplo, foi exigido o valor de R\$ 108,43, referente ao CT-e nº 74.041, emitido por UNITRANS TRANSPORTE COM. E SERVIÇO LTDA em 05/01/2016, no valor de R\$ 900,00, tendo sido destacado o crédito fiscal de R\$ 63,00, com aplicação da alíquota de 7%.

Constatou que o imposto a pagar foi calculado de acordo com o previsto na legislação, o Art. 17, XI da Lei nº 7.014/96, ou seja, foi retirada a carga tributária da operação interestadual e incluída a carga tributária interna sobre o valor da mercadoria, encontrando o valor da base de cálculo, a qual foi multiplicada pela alíquota interna e subtraído o valor do imposto destacado no documento fiscal.

Em números: ICMS devido = (R\$ 900,00 – R\$ 63,00) / (1 – 17%) X 17% - R\$ 63,00 = R\$ 108,43.

Portanto, o imposto foi calculado corretamente, considerando as diversas alíquotas interestaduais utilizada em cada operação, sendo correta a mera indicação da alíquota interna no Auto de Infração.

Ante ao exposto, afasto a nulidade suscitada.

No mérito, o Autuado apenas alegou a Decadência relativa às operações cujos fatos geradores ocorreram antes de 24/05/2016, período superior a 5 (cinco) anos da data em que tomou ciência do Auto de Infração, em 24/05/2021, com base no Art. 150, § 4º do CTN, tendo sido equivocada a Decisão de piso que tomou por base o Art. 173, I do CTN, considerando a ausência de pagamentos de imposto no período.

O Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0 determina a contagem do prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no Art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

No caso em tela, podemos verificar que não há recolhimentos relativos ao período de janeiro a maio do exercício de 2016, tendo o primeiro recolhimento neste exercício sido efetuado em 08/07/2016, referente a complementação de alíquota do mês de junho de 2016 (fl. 59).

Também foi registrado pelo Autuante que a maioria dos CT-e, cujo imposto foi exigido nas Infrações 02 e 03, não foi sequer escriturado na EFD.

Diante disso, é atraída a regra do Art. 173, I do CTN, transscrito abaixo, em que a decadência só iria se materializar no primeiro dia do exercício subsequente àquele em que o lançamento poderia ter

sido efetuado, no caso em 01/01/2022.

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;
...”*

Não houveram mais questionamentos de mérito.

Diante 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 232875.0011/21-1, lavrado contra **SOLARIS EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 58.026,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, alíneas “e” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDE E SILVA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS