

PROCESSO - A. I. Nº 128984.0004/20-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MARQUES FAIR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE POLPAS DE FRUTAS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0039-05/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0361-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS A CONSUMO E ATIVO FIXO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que o levantamento fiscal não deduziu os valores apurados e lançados no livro conta corrente fiscal e também não considerou que o abastecimento de combustíveis e o fornecimento de lubrificantes feitos em veículos fora do Estado, equipara-se a operações internas (art. 15, § 2º da Lei nº 7.014/96), e não se submetem ao pagamento do diferencial de alíquota. Infração não caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado ao referido Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/09/2020 e refere-se à cobrança de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras UF destinadas ao ativo fixo e/ou uso e consumo. Código da infração 01 – **06.05.01**. Lavrado em apenas uma infração, no valor histórico de R\$ 145.635,00.

A Autuada apresentou impugnação, através do seu sócio-diretor, às fls. 41 a 42 frente e verso. Trouxe as principais argumentações: **a)** dos fatos; **b)** das razões para anulação; **c)** inexistência do fato gerador; **d)** conclusão e pedido.

Proferida decisão da 5ª JJF através do Acórdão nº 0039-05/22-VD que julgou Improcedente o Auto de Infração, ainda que com voto divergente, desonerando o sujeito passivo em R\$ 145.635,00 em valor histórico, diante das seguintes considerações:

VOTO

O presente auto de infração exige ICMS da diferença de alíquotas relativa a aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo/fixo ou consumo do estabelecimento.

Na defesa apresentada, o sujeito passivo alegou que parte das mercadorias se referiam a:

- i) aquisições de combustíveis e peças automotivas utilizadas em veículos de carga própria em trânsito por outros Estados, que não incide o ICMS da diferença de alíquota, e*
- ii) que promoveu o pagamento do imposto relativo a outras notas fiscais, que não foi considerado pela fiscalização.*

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que assiste razão ao contribuinte. Tomando por exemplo a exigência relativa ao mês de dezembro de 2017:

- a) A fiscalização relacionou diversas notas fiscais no demonstrativo analítico de fl. 18/verso que apurou valor devido de R\$ 1.724,62, que transportou para o demonstrativo de débito de fl. 9/verso e não deduziu qualquer valor na coluna “DifalLançado”.*
- b) O autuado juntou demonstrativo de fl. 107, no qual apurou ICMS/DIFAL relativo às notas fiscais de números 173.200, 8.990, 68.173, 3049, 454.155 e 5781, tendo apurado valor devido de R\$ 1.773,07, que foi lançado na DMA do mês 12/2017 (fl. 95), a título de “Diferencial de alíquota”, tendo apurado no mês saldo devedor de R\$ 65.006,77, que foi recolhido conforme DAE juntado à fl. 119.*

Pelo exposto, com relação ao segundo argumento, o confronto do demonstrativo elaborado pela fiscalização (fl. 18/verso), com o da empresa (fl. 107), restou comprovado que o valor apurado relativo a diversas notas fiscais

no demonstrativo analítico elaborado pela fiscalização (fl. 18/verso), totalizando R\$ 1.724,62, que transportou para o demonstrativo de débito de fl. 9/verso, não foi deduzido qualquer valor na coluna “DifalLançado”, e efetivamente naquele mês foi lançado no livro conta corrente fiscal o valor de R\$ 1.773,07 (DMA/12/2017), relativo à apuração feita pela fiscalização.

Portanto, os demonstrativos juntados com a defesa comprovam que os valores exigidos do ICMS da diferença de alíquota, tiveram valores lançados no livro conta corrente fiscal (Outros débitos/DIFAL), que não foram considerados pela fiscalização, em conformidade com o disposto no art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS/BA.

Com relação ao primeiro argumento, constata-se que a fiscalização incluiu no demonstrativo (12/2017), as notas fiscais de números 29.125, 29.454, 29.480, 30.481, 68.641, 30.624 e 50.608 (fl. 18/verso), relativas à aquisição de FLUA PETROBRÁS (fluídos) e ARLA 32 (agente redutor de poluentes), em aquisições nos Estados de Minas Gerais, Ceará e Pernambuco (fl. 18/verso).

Também, incluiu no levantamento fiscal as operações relativas a aquisições de combustíveis (óleo diesel), fluídos e lubrificantes utilizados no abastecimento de combustíveis, de veículos da frota própria do transportador, de forma presencial nos estabelecimentos dos fornecedores localizados em outras Unidades da Federação.

Com relação a estas operações, observo que o art. 15, § 2º da Lei 7.014/96, estabelece:

§ 2º Para efeito de aplicação da alíquota, consideram-se operações internas o abastecimento de combustíveis, o fornecimento de lubrificantes e o emprego de partes, peças e outras mercadorias, em decorrência de conserto ou reparo, feitos em veículos de fora do Estado e em trânsito pelo território baiano.

Neste contexto, interpreto que se a norma considera como “operações internas”, para efeito de aplicação de alíquota o abastecimento de combustíveis, fornecimento de lubrificante, bem como o emprego de peças e partes no conserto de veículos “em trânsito pelo território baiano”, entendo que de forma equitativa, deve ser considerado que na aquisição de combustíveis, lubrificantes e peças/partes empregados em consertos de veículos de frota de empresa baiana que transite por outras Unidades da Federação, deve também ser equiparada a operações internas, ou seja, tributado pela alíquota cheia, e não cabe a exigência do pagamento do ICMS da diferença de alíquota.

Devo ressaltar que este entendimento se aplica às operações “presenciais” de veículos que se abastecem ou são consertados em outras Unidades da Federação, não tendo pertinência com as operações de aquisições de combustíveis, lubrificantes, peças e partes, em outros Estados.

Por tudo que foi exposto, concluo que o levantamento fiscal não considerou os valores do ICMS da diferença de alíquota apurados e lançados pelo estabelecimento autuado, a débito, no livro conta corrente fiscal, e também incluiu indevidamente as operações de aquisição de combustíveis e lubrificantes empregados na frota de veículo próprio da empresa em trânsito em outros Estados, que não se submetem ao pagamento da diferença de alíquota.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE

A despeito do cuidadoso voto do eminente Relator, peço licença para percorrer posicionamento diferente dos fundamentos ali encampados.

Trata a postulação estatal de exigência da Diferença de Alíquota (DIFAL) de ICMS, em face de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo permanente ou para uso e consumo.

Duas linhas defensivas mutuamente excludentes foram apresentadas pelo sujeito passivo: a primeira, no sentido de que o débito da DIFAL foi levado para a apuração e computado normalmente no livro conta corrente do ICMS; a segunda de que não incide o diferencial porque houve “aquisições presenciais”.

Após ter vistas do PAF, verificamos às fls. 10 a 19, que em parcela considerável a autuação voltou-se para a aquisição de produtos automotivos (peças de reposição, combustíveis e lubrificantes), compradas para manutenção de veículos de propriedade do estabelecimento autuado situado na Bahia – uma fábrica de polpa de frutas.

Tais operações se deram em outras Unidades Federativas, praticamente em todas as regiões geoeconômicas e Estados-membros da Federação.

O voto da relatoria decidiu pela improcedência da cobrança, com base no art. 15, § 2º da Lei 7.014/96, de seguinte dicção:

§ 2º Para efeito de aplicação da alíquota, consideram-se operações internas o abastecimento de combustíveis, o fornecimento de lubrificantes e o emprego de partes, peças e outras mercadorias, em decorrência de conserto ou reparo, feitos em veículos de fora do Estado e em trânsito pelo território baiano

Assim, no entendimento da i. relatoria, não haveria débito de DIFAL, visto estar-se diante de operações internas e não interestaduais.

Permissa venia, não é este o caso estampado no auto de infração.

O dispositivo transcrito refere-se a uma outra situação, qual seja, a de contribuinte não localizado na Bahia, aqui adquirir mercadorias para conserto de veículos da sua propriedade.

Soa factível que nas legislações de outros Estados, conste norma semelhante que contemple como operação interna a aquisição presencial de mercadorias por parte de contribuinte da Bahia.

Todavia, não trouxe o sujeito passivo demonstração de que há equivalentes normativos replicados nos outros Estados contendo previsão semelhante.

Nem mesmo há no PAF documentos que possam demonstrar, pelo menos, ter sido adotada a alíquota interna para tais operações.

Ao contrário: o que se vê, sem contar com impugnação do autuado, é a indicação de que nestas “aquisições presenciais” aplicou-se a alíquota interestadual, conforme se enxerga às fls. 107 a 118. E mesmo que assim sucedesse, precisaria o autuado demonstrar ter suporte legislativo para assim fazê-lo.

Salvo melhor juízo, o caso sob exame não comporta interpretações equitativas por equiparação legal, quando se analisa incidências ou não incidências tributárias. O dever de pagar o tributo surge exclusivamente com fundamento na lei em sentido estrito e somente ela, salvo as exceções já conhecidas, pode dispensar o seu pagamento. Isto é o que deflui do princípio constitucional da legalidade tributária.

Assim, de acordo com as observações feitas pelo próprio autuado nos demonstrativos juntos às fls. 49 a 94, ora mencionando que a DIFAL foi considerada e levada a débito na apuração do ICMS, com os consequentes recolhimentos, ora negando dever a DIFAL por ser “operação presencial”, acolhemos a primeira situação, até porque o autuante não contraditou seus valores, excluindo da cobrança as quantias respectivas, na forma do quadro abaixo:

(...)

E mantemos a segunda situação por falta de apresentação, no PAF, da fundamentação normativa e documentos comprovando a adoção da alíquota interna em tais operações, de modo que consideramos o auto de infração procedente em parte, no montante histórico de R\$ 38.005,48, afora acréscimos, na forma do demonstrativo de débito abaixo, abatidas as exclusões apontadas anteriormente:

Mês	Vlr DIFAL
Jan/17	213,77
Fev/17	6.046,79
Mar/17	674,49
Abr/17	111,44
Mai/17	1.329,81
Jun/17	95,48
Jul/17	261,14
Ago/17	896,91
Set/17	25.877,8
Out/17	0,00
Nov/17	2.450,02
Dez/17	47,83
Total	38.005,48

Diante de tais considerações a Decisão da JJF foi pela IMPROCEDÊNCIA do auto de infração, recorrendo de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela JJF que desonerou o contribuinte do crédito tributário lavrado, no valor atualizado de R\$ 266.698,84 em 18/04/2022, conforme fl. 153. Montante desonerado superior a R\$ 200.000,00, de acordo com o Art. 169, I, “a” do RPAF/99, no qual conheço.

A autuada exerce como Atividade Econômica Principal, **1031-7/00 – Fabricação de conservas de frutas** e sua forma de apuração do ICMS, conta corrente fiscal.

Em análise ao julgamento proferido pela 5ª JJF, verifico que a desoneração decorreu de cobrança de ICMS resultante da diferença de alíquota interna e interestadual (DIFAL) na aquisição de mercadorias oriundas de outra UF destinadas ao uso e consumo. Proferiu voto divergente o Conselheiro, por entender que o art. 15, § 2º da Lei nº 7.014/96 trata de operações internas no Estado da Bahia e não poderia ser utilizado de forma equitativa, conforme voto proferido pelo Relator da

JJF. Portanto, pontua que o sujeito passivo não faz menção a nenhuma outra legislação equivalente replicada em outros Estados da Federação.

Entendeu a Decisão de piso pela improcedência total do Auto de Infração.

Trago o Acórdão da 5ª JJF Nº **0034-05/21-VD** que julgou improcedente o auto de infração em instância única, por unanimidade, o contribuinte que adquiriu combustível, óleo de transmissão, granel motor e outros produtos para manutenção e/ou funcionamento dos caminhões que circulam em outras UF. Vale evidenciar que existe um Parecer da DITRI de número 0246/2013 que define a não incidência do diferencial da alíquota quando o consumo se dá no Estado de origem, conforme trecho transcrito abaixo para conhecimento:

(...)

“Neste sentido, em relação às peças para veículos, tomando como fundamento da Lei nº 7.014/06, artigo 15, § 2º, considera-se operação interna, para efeito de aplicação de alíquota, o emprego de partes, peças e outras mercadorias, em decorrência de conserto ou reparo, feitos em veículos de fora do Estado e em trânsito pelo território baiano. Assim, da mesma forma, por analogia e reciprocidade do tratamento tributário, tendo sido o veículo consertado ou reparado com aplicação de peças em outro estado da Federação, o ICMS decorrente cabe à este estado da federação. Inexistindo operação interestadual, não há que se falar em diferença de alíquota.

Em relação ao combustível para abastecimento e funcionamento das máquinas e veículos, o entendimento, também, é pela ocorrência de operação interna, em vista de ter sido adquirido do estado da Federação onde estão sendo utilizados – máquinas e equipamentos – nas atividades desempenhadas pelo Consultente. (...)”

Diante dos fundamentos apresentados e julgamentos já existentes, entendo estar correta a Decisão de piso, quando julgou improcedente o Auto de Infração.

Concluo pela manutenção do julgamento IMPROCEDENTE do Auto de Infração em lide, portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **128984.0004/20-6**, lavrado contra **MARQUES FAIR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE POLPAS DE FRUTAS LTDA**.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS