

A. I. Nº - 232875.0034/21-1
AUTUADO - CONCÓRDIA TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e ANTÔNIO LUÍS DOS SANTOS PALMA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29/06/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0089-03/22-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO E/OU CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/08/2021, refere-se à exigência de R\$ 123.202,54 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 006.005.001: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de setembro de 2016 a dezembro de 2017.

O autuado apresentou impugnação às fls. 39 a 41 do PAF. Quanto à ocorrência 30/09/2016, alega que em relação aos produtos com descrição "SEMI REBOQUE BISELI.SRB" constantes nas notas fiscais 1856 a 1861 (anexo, fls. 6 a 11), trata-se de compra de ativo imobilizado usado, sem a incidência do ICMS, conforme informações complementares constantes em notas.

Informa que em consulta à legislação estadual e com fundamento na Lei 7.014/96, art. 3º, inciso VIII, e Parecer nº 330, de 07 de janeiro de 2013 (anexo, fls. 04 e 05), se conclui que é indevida a cobrança do DIFAL para operações de compra de bens para ativo imobilizado na condição de usados, com mais de 1 ano. Fase de tributação encerrada.

Ocorrência 31/10/2016: Afirma que em relação aos produtos com descrição "SEMI REBOQUE FACCHINI SRF TA", constantes nas notas fiscais 1863 a 1866 (anexo, fls. 12 a 15), trata-se de compra de ativo imobilizado usado, sem a incidência do ICMS, conforme informações complementares constantes em notas. Portanto, é indevida a cobrança do DIFAL para operações de compra de bens para ativo imobilizado na condição de usados, com mais de 1 ano. Fase de tributação encerrada.

Ocorrência 30/11/2016: Informa que não acata os cálculos aplicados em relação aos produtos com descrição "CAMINHÃO TRATOR / R440 A6X2" constantes nas notas fiscais 1641827, 1641828, 1641830 a 1641837 (fls. 16 a 25), de NCM/SH 8701.20.00. Diz que reconhece como devido o DIFAL, porém os cálculos devem ser elaborados conforme art. 16, inciso III, da Lei nº 7014/96, o qual estabelece a alíquota de 12% nas operações com a NCM/SH mencionada.

Ocorrência 31/12/2016 — acata a apuração realizada pelo auditor.

Ocorrência 31/01/2017 —acata a apuração realizada pelo auditor.

Ocorrência 28/02/2017 — acata a apuração realizada pelo auditor.

Ocorrência 31/03/2017 — acata a apuração realizada pelo auditor.

Ocorrência 30/04/2017 — acata a apuração realizada pelo auditor.

Ocorrência 31/05/2017 — acata a apuração realizada pelo auditor.

Ocorrência 30/06/2017 — acata a apuração realizada pelo auditor.

Ocorrência 31/07/2017 — acata a apuração realizada pelo auditor.

Ocorrência 31/08/2017 — acata a apuração realizada pelo auditor.

Ocorrência 30/09/2017 — acata a apuração realizada pelo auditor.

Ocorrência 31/10/2017: Pede revisão das apurações levantadas pela Fiscalização, referente às notas fiscais nº 16159 e 206427 (fls. 26 e 27), alegando que foi incluído na base de cálculo da diferença de alíquota o imposto cobrado por substituição retido na fonte, que não tendo característica de despesa, deve ser excluído. A operação não leva em consideração a sistemática prevista no art. 17, XI, da Lei 7.014/96.

Ocorrência 30/11/2017: Pede revisão das apurações levantadas em fiscalização, referentes às notas fiscais nº 209952 e 209622 (fls. 28 e 29), também que foi incluído na base de cálculo da diferença de alíquota o imposto cobrado por substituição retido na fonte, que não tendo característica de despesa, deve ser excluído. A operação não leva em consideração a sistemática prevista no art. 17, XI, da Lei 7.014/96.

Ocorrência 31/12/2017: Também pede revisão das apurações realizadas pela Fiscalização, referente às notas fiscais nº 213126, 17034 e 517113 (fls. 30 a 33), alegando que foi incluído na base de cálculo do diferencial de alíquota o imposto cobrado por substituição retido na fonte, que não tendo característica de despesa, deve ser excluído. A operação não leva em consideração a sistemática prevista no art. 17, XI, da Lei 7.014/96.

Diante os fatos relatados e apurados, conclui que é indevido o recolhimento do DIFAL apurado nas ocorrências 30.09.2016, 31.10.2016 e 30.11.2016, e solicita que sejam os créditos apontados em planilha anexa, deduzidos das demais infrações cometidas.

Finaliza com o pedido de restituição quanto aos valores apurados e recolhidos indevidamente.

O autuante Agilberto Marvila presta informação fiscal às fls. 96 a 100 dos autos. Esclarece que o trabalho realizado pelos Autuantes revisou os cálculos do ICMS Diferença de Alíquota, apurado pelo Autuado, à luz do Artigo 17, Inciso XI, da Lei nº 7.014/96:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é: ...

XI - nas hipóteses dos incisos XV e XVI do caput do art. 4º desta Lei, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo.

Informa que o Autuado não cumpriu o disposto no Inciso XI. Ou seja, não incluiu na base de cálculo do imposto o valor do ICMS (calculado à alíquota interna vigente à época do fato gerador).

Diz que os demonstrativos de fls. 10 a 33 retratam a Memória de Cálculo apresentada pelo Defendente, conforme poderá ser comprovado na mídia de fl. 34. Portanto, não há inclusão, nos cálculos apresentados pelo Autuado, qualquer valor de documento fiscal que não tenha sido originalmente reconhecido por ele.

Em seguida, analisa algumas alegações defensivas apresentadas.

I) SEMI REBOQUE BISELI.SRB e SEMI REBOQUE FACCHINI SRF TA

Diz que o Autuado contesta o imposto exigido nas Notas Fiscais nº 1856, 1857, 1858, 1859, 1860, 1861, 1863, 1864, 1865 e 1866, emitidas por AGT – ARMAZENS GERAIS E TRANSPORTES LTDA, estabelecido no Estado de São Paulo, com CNPJ nº 11.404.873/0003-48 (cópias das NFs às fls. 44 a 53).

Relata que para fortalecer seu argumento, o Autuado anexou cópia do Parecer nº 00330/2013, fls. 42 e 43, em resposta à consulta formulada sobre a matéria aqui discutida.

Ressalta que o referido Parecer nº 00330/2013 recorreu ao artigo 3º, Inciso VIII, da Lei nº 7.014/96 para dirimir a dúvida da então consulente.

“Art. 3º O imposto não incide sobre:

I - livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, inclusive o serviço de transporte dos mesmos;

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias e serviços, observado o seguinte: a) equipara-se às operações de que trata este inciso a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada à empresa comercial exportadora, inclusive trading, ou outro estabelecimento da mesma empresa;

b) o disposto neste artigo não se aplica às prestações de serviço de transporte de mercadorias vinculadas às operações previstas na alínea “a”;

c) tornar-se-á devido o imposto quando não se efetivar a exportação, ressalvada a hipótese de retorno ao estabelecimento em razão de desfazimento do negócio.

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica, a petróleo e a lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, quando destinados a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração;

IV - operações com ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial;

V - operações, inclusive as remessas e os correspondentes retornos de equipamentos ou materiais, assim como as prestações de serviços de transporte ou de comunicação, efetuadas por pessoa ou entidade adiante indicadas:

a) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sendo que esse tratamento:

1 - é extensivo às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo poder público, no que se refere às mercadorias e aos serviços vinculados exclusivamente a suas finalidades essenciais;

2 - não se aplica às mercadorias e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou quando houver contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário;

b) os templos de qualquer culto, os partidos políticos e suas fundações, as entidades sindicais dos trabalhadores e as instituições de educação ou de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei, sendo que esse tratamento compreenderá somente as mercadorias, bens e serviços relacionados exclusivamente com as finalidades essenciais das entidades mencionadas nesta alínea;

VI - saídas de mercadorias ou bens:

a) com destino a armazém geral ou frigorífico situados neste Estado, para depósito em nome do remetente;

b) com destino a depósito fechado do próprio contribuinte, situado neste Estado;

c) dos estabelecimentos referidos nas alíneas anteriores, em retorno ao estabelecimento depositante;

VII - saídas de mercadorias ou bens pertencentes a terceiro, de estabelecimento de empresa de transporte ou de depósito por conta e ordem desta, ressalvada a incidência do imposto relativo à prestação do serviço;

VIII - saídas de bens integrados no ativo permanente, desde que tenham sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação;

...”

Frisa que a condição *sine qua non*, para usufruir do benefício da não incidência é a integração ao Ativo Imobilizado do bem desintegrado por mais de um ano. Os documentos fiscais apresentados pelo Autuado, fls. 44 a 53, não comprovam a data da integração dos bens ao Ativo Imobilizado da alienante, AGT – Armazéns Gerais e Transportes Ltda/SP (as Notas Fiscais de aquisição dos referidos bens).

Resumindo, o Autuado não trouxe aos autos qualquer prova de que os bens estavam integrados no Ativo Imobilizado da alienante há mais de um ano.

II) CAMINHÃO TRATOR / R 440 A6X2

Informa que em se tratando das Notas Fiscais nº 1641827, 1641828, 1641830, 1641831, 1641832, 1641833, 1641834, 1641835, 1641836 e 1641837, aquisições de CAMINHÃO TRATOR / R 440 A6X2

(cópias das NF das fls. 54 a 63), há de se observar que os referidos bens não estão alcançados pela alíquota de 12% (doze por cento) prevista no Inciso III, Artigo 16, da Lei nº 7.014/96:

“Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

III - 12% (doze por cento):

a) nas operações com caminhões-tratores comuns, caminhões, ônibus, ônibus-leitos e chassis com motores para caminhões e para veículos da posição 8702, para ônibus e para microônibus compreendidos nas seguintes posições da NBM/SH: 8701.20.00, 8702.10.00, 8704.21 (exceto caminhão de peso em carga máxima igual ou inferior a 3,9 ton), 8704.22, 8704.23, 8704.31 (exceto caminhão de peso em carga máxima igual ou inferior a 3,9 ton), 8704.32, 8706.00.10 e 8706.00.90;

...”

Conclui: O que se comprova nas Notas Fiscais supra relacionadas é que o NCM/SH dos bens (CAMINHÃO TRATOR / R 440 A6X2) é 8701.20.00. A alíquota de 12%, para esse NCM/SH, é restrita “para ônibus e para micro-ônibus”. Assim está expresso no texto da lei.

III) INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: Diz que a alegação do Autuado é quanto às Notas Fiscais nº 16159, 206427, 209952, 209622, 213126, 17034 e 517113 (fls. 64 a 71).

As referidas Notas Fiscais foram emitidas e tiveram o ICMS apurado nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2017.

Examinando os documentos fiscais, diz que comprovou que o valor apurado não é devido por eximir o imposto sobre operações alcançadas pela Substituição Tributária. Assim, excluiu do levantamento essas operações. O demonstrativo de débito foi retificado na informação fiscal.

Em conclusão, diz que em relação aos argumentos apresentados pelo Autuado somente foi comprovado a inclusão de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária no levantamento fiscal.

Assim, uma vez acolhida a razão defensiva, o demonstrativo de débito foi retificado reduzindo o quantum exigido de R\$ 123.202,54 para R\$ 119.012,41.

Diante do exposto, requer a procedência parcial do Auto de Infração, afirmando que é dispensada a ciência do sujeito passivo uma vez que o refazimento do demonstrativo de fls. 23 a 33 foi em função dos seus argumentos e provas apresentados, na forma do Artigo 127, § 8º, do Decreto nº 7629/99, o RPAF-BA.

VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS e multa por descumprimento de obrigação tributária, conforme descrição dos fatos efetuada de forma compreensível, tendo sido indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente à irregularidade apurada. Não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento fiscal e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do lançamento.

Quanto ao mérito, a Infração trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de setembro de 2016 a dezembro de 2017.

Conforme estabelece o art. 155 da Constituição Federal de 1988, “compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”,

O inciso VII do § 2º deste mesmo artigo, prevê que “nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual”.

A Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra Unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96).

O Defendente contestou parte do débito apurado, apresentando os questionamentos em relação a cada ocorrência, indicando os documentos fiscais e as respectivas alegações.

Quanto à ocorrência 30/09/2016, produtos com descrição “SEMI REBOQUE BISELI.SRB” constantes nas notas fiscais 1856 a 1861 (anexo, fls. 6 a 11), e ocorrência 31/10/2016, produtos com descrição “SEMI REBOQUE FACCHINI SRF TA” constantes nas notas fiscais 1863 a 1866 (anexo, fls. 12 a 15), alegou que se trata de compra de ativo imobilizado usado, sem a incidência do ICMS, conforme informações complementares constantes nos documentos fiscais. Compra de bens para ativo imobilizado na condição de usados, com mais de 1 ano, fase de tributação encerrada.

O Autuante ressaltou que o Impugnante contesta o imposto exigido nas Notas Fiscais nº 1856, 1857, 1858, 1859, 1860, 1861, 1863, 1864, 1865 e 1866, emitidas por AGT – ARMAZENS GERAIS E TRANSPORTES LTDA, estabelecido no Estado de São Paulo, com CNPJ nº 11.404.873/0003-48 (cópias das NFs às fls. 44 a 53).

Disse que o Autuado anexou cópia do Parecer nº 00330/2013, fls. 42 e 43, em resposta à consulta formulada sobre a matéria aqui discutida. O referido Parecer recorreu ao artigo 3º, Inciso VIII da Lei nº 7.014/96, para dirimir a dúvida da então consulente.

Concluiu que os documentos fiscais apresentados pelo Autuado, fls. 44 a 53, não comprovam a data da integração dos bens ao Ativo Imobilizado da alienante, AGT – Armazéns Gerais e Transportes Ltda/SP (as Notas Fiscais de aquisição dos referidos bens). O Autuado não trouxe aos autos qualquer prova de que os bens estavam integrados no Ativo Imobilizado do alienante há mais de um ano.

Conforme artigo 3º, Inciso VIII da Lei nº 7.014/96, abaixo reproduzido, não incide o ICMS sobre as saídas de bens integrados no ativo permanente, que tenham sido objeto de uso no próprio estabelecimento por mais de um ano, antes de sua desincorporação:

Lei 7.014/96:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

...

VIII - saídas de bens integrados no ativo permanente, desde que tenham sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação;

Observo que a não incidência do imposto a recolher refere-se aos bens do ativo permanente que comprovadamente tenham sido utilizados por mais de um ano, e a lei é que estabelece a referida condição.

Constato que não assiste razão ao autuado, considerando a condição prevista na legislação para fruição da não incidência. Portanto, não basta indicar apenas na nota fiscal, a informação de que se trata de bem com mais de um ano de uso. É indispensável que fique comprovado por meio de documento e respectiva escrituração, e não se trata de mero descumprimento de obrigação acessória.

Neste caso, o impugnante deveria exibir provas de que dispunha, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo,

Independentemente das questões levantadas pelo defendente, o benefício fiscal é condicionado, e quando o reconhecimento de benefício depende de condição que não foi satisfeita, o tributo deve ser considerado devido. Portanto, se o contribuinte não comprovou, acompanho o posicionamento do Autuante e concluo pela subsistência desta parte da autuação.

Ocorrência 30/11/2016: O Defendente não acatou os cálculos aplicados em relação aos produtos com descrição “CAMINHÃO TRATOR / R440 A6X2” constantes nas notas fiscais 1641827, 1641828, 1641830 a 1641837 (fls. 16 a 25), de NCM/SH 8701.20.00, apresentando o entendimento de que os cálculos devem ser elaborados conforme art. 16, inciso III da Lei nº 7014/96, o qual estabelece a alíquota de 12% nas operações com a NCM/SH mencionada.

Para melhor entendimento da matéria questionada pelo Impugnante, vale reproduzir o art. 16, III, “a” da Lei nº 7.014/96:

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

...

III - 12% (doze por cento):

a) nas operações com caminhões-tratores comuns, caminhões, ônibus, ônibus-leitos e chassis com motores para caminhões e para veículos da posição 8702, para ônibus e para microônibus compreendidos nas seguintes posições da NCM/SH: 8701.20.00, 8702.10.00, 8704.21 (exceto caminhão de peso em carga máxima igual ou inferior a 3,9 ton), 8704.22, 8704.23, 8704.31 (exceto caminhão de peso em carga máxima igual ou inferior a 3,9 ton), 8704.32, 8706.00.10 e 8706.00.90;

Vale salientar que a legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código de NCM/NBM. A descrição constante nos documentos fiscais objeto da autuação deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM/NBM levando à conclusão de que os produtos se encontram, ou não, enquadrados.

No caso em exame, conforme destacado pelo Autuante, restou comprovado que nas Notas Fiscais mencionadas pelo Defendente o NCM/SH dos bens (CAMINHÃO TRATOR / R 440 A6X2) é 8701.20.00. A alíquota de 12% para esse NCM/SH é restrita “para ônibus e para micro-ônibus”. Portanto, não pode ser acatada a alegação defensiva.

Ocorrência 31/10/2017, referente às notas fiscais nº 16159 e 206427 (fls. 26 e 27); ocorrência 30/11/2017, referente às notas fiscais nº 209952 e 209622 (fls. 28 e 29); ocorrência 31/12/2017, referente às notas fiscais nº 213126, 17034 e 517113 (fls. 30 a 33). O Autuado alegou que foi incluído na base de cálculo da diferença de alíquota o imposto cobrado por substituição retido na fonte, que não tendo característica de despesa, deve ser excluído. A operação não leva em consideração a sistemática prevista no art. 17, XI da Lei 7.014/96.

Após examinar os documentos fiscais apresentados, o Autuante informou ter comprovado que o valor apurado não é devido, por eximir o imposto sobre operações alcançadas pela Substituição Tributária. Assim, excluiu do levantamento essas operações. O demonstrativo de débito foi retificado na informação fiscal, considerando que foi comprovado a inclusão de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária no levantamento fiscal.

Constato que as informações prestadas pelo autuante convergem integralmente com os argumentos e comprovações apresentados pela defesa. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo defendente, alicerçados nos documentos e escrituração fiscal, tendo sido acolhidos pelo autuante, não subsiste a exigência fiscal referente às ocorrências 31/10/2017, 30/11/2017 e 31/12/2017.

Acato o novo demonstrativo de débito elaborado pelo Autuante, em decorrência da retificação efetuada, reduzindo o *quantum* exigido de R\$ 123.202,54, para R\$ 119.012,41 (Demonstrativo à fl. 100 do PAF).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232875.0034/21-1**, lavrado contra **CONCÓRDIA TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 119.012,41**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA