

A. I. N º - 279757.0021/21-7
AUTUADO - D.L. CARGO LOGÍSTICA LTDA.
AUTUANTES - JALON SANTOS OLIVEIRA e GILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/10/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0152-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** IMPOSTO PARTILHADO. EC 87/15. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS TRIBUTÁRIS DESTINADAS A NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. Modulação dos efeitos acerca do julgamento pela inconstitucionalidade do Conv. ICMS 93/15 e ausência de ação judicial do sujeito passivo anterior à data do julgamento confirmam a acusação fiscal. Infração subsistente. **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Valor reduzido mediante comprovação de operações de transporte no modal rodoviário. Infração parcialmente subsistente. **c)** IMPOSTO DECORRENTE DA DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. AQUISIÇÕES PARA CONSUMO E/OU ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO AUTUADO. Os elementos de prova autuados, inclusive os aportados pelo Impugnante confirmam a destinação acusada para as mercadorias adquiridas. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 18/05/2021 para constituir crédito fiscal de ICMS de R\$ 156.540,84 acusando as seguintes infrações:

Infração 01 - 002.001.028 – O remetente e/ou prestador localizado neste estado, inclusive o optante pelo simples nacional, deixou de recolher ICMS partilhado – devido ao estado da Bahia em função da EC nº 87/15 – em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto – localizado em outra unidade da Federação. Valor: R\$ 54.615,60. Período: Maio 2016 a Dezembro 2018. Enquadramento Legal: Arts. 49-C da Lei 7014/96; Art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela ED nº 87/2015; Convênio ICMS 93/15. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

Consta descrito: “Conforme demonstrativo DLCargo_Anexo_CTe_E/Difal, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado”.

Infração 02 - 002.007.003 – Deixou de recolher ICMS em razão de Prestação de Serviço de Transporte tributada como não tributada, regularmente escrituradas. Valor: R\$ 82.746,29. Período: Maio, Julho, Agosto, Outubro a Dezembro 2016, Janeiro e Fevereiro 2017, Março 2019 a Dezembro 2020. Enquadramento Legal: Arts. 1º, II, 2º, VI e 32, da Lei 7014/96. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

Consta descrito: “Conforme demonstrativo DLCargo_Anexo_CTe_E/Difal, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado”.

Infração 03 - 006.005.001 – 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 e/ou consumo do próprio estabelecimento. Valor: R\$ 19.178,95. Período: Julho e Novembro 2016, Fevereiro, Abril a Junho e Agosto 2017, Março e Junho 2018, Janeiro, Abril, Junho e Outubro 2019. Enquadramento Legal: Art. 4º, XV da Lei 7014/96 C/C art. 305, § 4º, II, “a” do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, II, “f” da Lei 7014/96.

Consta descrito: “Conforme demonstrativo DLCargo_Anexo_CTe_E/Difal, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado”.

O autuado impugna o AI às fls. 38-42. Após descrever os fatos, preliminarmente requer:

Infração 01

Nulidade total da infração alegando ser ilegítima a exigência do DIFAL de mercadoria destinada a consumidor final antes da edição de lei complementar sobre a matéria, por força do art. 146, I da CF/88, pois quando dispôs sobre a competência dos estados para a instituição do ICMS, ressalvou caber à LC definir os seus contribuintes e fixar a base de cálculo do imposto.

Aduz que a ação julgada em 24/02/2021 pelo STF tinha por objetivo o reconhecimento do direito do contribuinte de não recolher os débitos de ICMS DIFAL quando de operações interestaduais envolvendo mercadorias destinadas a consumidores, conforme a sistemática do Conv. ICMS nº 93/2015, sem a edição de uma LC, reguladora da EC 87/2015, e o STF julgou ser inconstitucional a cobrança do ICMS DIFAL sem edição de LC, fixado a seguinte tese: “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”.

Fala que se observar, ainda em relação à prestação interestadual de serviço de transporte, estabeleceu-se que, quando praticado pelo consumidor final (tomador) não contribuinte do imposto, aplica-se o diferencial de alíquota somente quando o frete não for contratado sob cláusula CIF, conforme § 3º da Cláusula segunda do Conv. ICMS 93/2015.

Aduz que há de se considerar ainda que o tomador dos serviços é o remetente das mercadorias, “todos localizados no estado da BA e contribuintes do ICMS”, e a EC 87/15 e Conv. ICMS 93/15 só se aplica nos transportes efetuados para consumidor final quando responsável pelo pagamento do serviço, pois nas demais hipóteses, inclusive nas que destinem produtos para consumidor final, a responsabilidade pelo pagamento do frete é do próprio remetente ou um terceiro contribuinte do ICMS.

Infração 02

Requer a nulidade parcial, conforme abaixo:

Os Auditores não observaram que no período auditado existiam peculiaridades não percebidas, as quais passa a descrever:

1 – No período 20/03/2019 a 22/12/2020, houve TRANSPORTES RODOVIÁRIOS, cujo remetente é LOGIN INFORMÁTICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO, cuja tributação é 12%, somando de base de cálculo R\$ 251.680,66, alíquota 12% e ICMS devido de R\$ 30.201,68 (Demonstrativo fls. 60-67);

2 - No período 24/05/2016 a 11/11/2016, houve transportes com SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA:

2.1 – ACC Brasil Industria e Comércio de Computadores Ltda:

Período: 24/05/2016 a 11/11/2016, Vlr da Prestação e BC: R\$ 565,12; Aliq. 12%; ICMS devido: Zero (Demonstrativo fl. 68)

2.2 – GERTEC Brasil Ltda:

Período: 12/08/2016 a 16/02/2017, Vlr da Prestação e BC: R\$ 8.804,93; Aliq. 12%; ICMS devido: Zero (Demonstrativo fls. 69)

2.3 – DURIT BRASIL LTDA:

Período: 02/07/2020 a 22/07/2020, Vlr da Prestação e BC: R\$ 2.032,00; Aliq. 12%; ICMS devido: Zero (Demonstrativo fls. 71-74)

3. Período: 29/04/2019 a 22/12/2020, HOUVER transportes aéreos: Conforme CNAE 51.02-0-00 (Cartão de CNPJ anexo)

Período: 29/04/2019 a 22/12/2020: Vlr da Prestação e BC: R\$ 426.469,30; Aliq. 4%; ICMS devido: R\$ 17.058,77

Consolidação do débito da Infração 02 – 002.007.003:

Valor cobrado: R\$ 82.746,29

Valor devido: R\$ 47.260,45

Infração 03

Reproduzindo os incisos VII e VIII, da CF/88 e citando o art. 49-C da Lei 7.014/96, requer a nulidade total da infração, alegando que a destinação ao ativo permanente ou consumo é requisito essencial que o adquirente tenha dado uma destinação final, encerrando o ciclo de circulação comercial dos bens ou serviços adquiridos.

Aduz que a empresa autuada presta serviços de transportes dentro do município com tributação pelo ISS e tais aquisições se caracterizam como atividade meio e não somente atividade fim, de modo a entender que neste caso incide a supremacia da CF limitando as competências tributárias.

Não obstante, diz verificar que no levantamento fiscal os autuantes não observaram questões como a tributação de mercadoria da NF 1887 de 29/06/2020 contendo mercadoria imune de incidência pelo ICMS, conforme art. 3º, I da Lei 7014/96, não cabendo cobrança de ICMS por DIFAL.

Do mesmo modo, diz não entender a cobrança de ICMS DIFAL sobre a NF 1548620, de 30/10/20, já que o veículo não foi adquirido para consumo final e sim para prestação de serviços tributáveis pelo ISS que integram o objeto societário do adquirente. Ademais, diz que para adquirir o veículo a autuada se dirigiu a uma empresa na Bahia, como consta nas informações complementares da referida NF contendo CFOP 6105 – Venda de produção que não deva por ele transitar.

Conclui pedindo que se conheça da impugnação para que o AI seja julgado parcialmente improcedente, arquivando-se as infrações 01 e 03, visto entender comprovada a inocorrência das infrações.

Os Autuantes prestam Informação Fiscal (fls. 84-88), abordando os motivos alegados na mesma ordem apresentada na Impugnação.

Infração 01

Reproduzindo, o Convênio ICMS 93/2015, dizem que a argumentação se restringe a negar a existência do Crédito Tributário em decorrência do julgamento do STF quanto a constitucionalidade do Conv. ICMS nº 93/2015, mas o Impugnante não atentou para a modulação dos efeitos do julgamento, pois, por maioria, a proposta foi aprovada de maneira a conceder à decisão, no que diz respeito à Cláusula nona do convênio, a produção de efeitos a partir de fevereiro de 2016.

Já em relação às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do convênio, a decisão só produzirá efeitos a partir de 2022, como se pode ver no sitio https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV093_15.

Infração 02

Dizem que o Impugnante relacionou à fl. 41 Conhecimentos de Transportes que alega terem sido tributado sob alíquota de 12%, mas “fato é que, se isto ocorreu (não há provas nos autos), o ICMS

não foi regularmente escriturado na EFD”, isto porque o demonstrativo de fls. 14-25 é espelho da EFD e que se o impugnante quisesse comprovar o recolhimento do ICMS dos documentos que relacionou, deveria ter apresentado cópia do respectivo livro Registro de Saída ou a comprovação do recolhimento do imposto.

Infração 03

Dizem ter pouco a informar sobre o argumento defensivo da empresa prestar serviços de transporte municipal tributados por ISS, ao que questionam o que dizer dos CTs relacionados no demonstrativo de fls. 14-25?

Quanto à alegação de “imunidade” da mercadoria PAPEL VOUCHER M ETIQUETA DESTINO DL CARGO afirmam não merecer comentário, bem como quanto às aquisições sob CFOP 6105, relativa à NF 1548620 acobertando aquisição de CAMINHÃO ATEGO 2426/48 6X2 COM CABINE, que entendem descabida.

Concluem dizendo que as alegações defensivas são frágeis e desprovidas de prova e requerendo seja o AI julgado procedente.

À fl. 95 consta pedido de diligência à Infaz de origem com o seguinte teor:

“Considerando que: a) o valor reconhecido devido se refere às operações indicadas nos itens “1” e “3” acima (TRANSPORTES RODOVIÁRIOS tendo por remetente Login Informática Comércio e Representação com valor devido de R\$ 30.201,68 e operações com TRANSPORTE AÉREOS sob alíquota de 4% e valor reconhecido devido de R\$ 17.058,77, cujos demonstrativos anexou à Impugnação (fls. 60-67 e 71-74); b) o Impugnante alega que nada pode ser exigido pelo item “2”, cujas operações contam detalhadas nos demonstrativos anexados às fls. 68-70; c) a alegação defensiva não corresponde a comprovação de recolhimento do ICMS dos documentos relacionados pelo Impugnante, como informado na Informação Fiscal (fl. 87); por unanimidade dos julgadores, a 2ª JJF deferiu diligência à Infaz de origem, para:

Autuantes

- a) *Analizando os elementos de prova e argumentos defensivos, prestar Informação nos termos indicados no art. 127, § 6º, do RPAF, acerca da Infração 02, qual seja, com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação;*
- b) *Se for o caso, ajustar o valor da exação, produzindo novos demonstrativos suportes, inclusive o de débito.*

Caso haja alteração no valor da exação, intimar o sujeito passivo fornecendo-lhe cópia da Informação Fiscal e eventuais demonstrativos elaborados estipulando prazo regulamentar de 10 (dez) dias para que, querendo, possa se manifestar a respeito.

Sendo o caso, ocorrendo manifestação do sujeito passivo, os Autuantes deverão ser cientificados e, após, o PAF deve retornar ao CONSEF”.

Por consequência, às fls. 98-99 um dos autuantes informa que a revisão do feito alcança a Infração 02, conforme demonstrativo de fls. 13-25 e alegações defensivas de fl. 41. Reproduz a infração, resume a alegação defensiva e passa a analisar as “peculiaridades da apuração que passaram despercebidas”.

Inicialmente diz ser importante e imprescindível destacar que o CFOP aplicado às prestações relacionadas na Infração 02 é 6352 – Prestação de serviço de transporte a estabelecimento industrial e não 6360 – Prestação de transporte a contribuinte substituto em relação ao serviço de transporte.

Fala que do valor autuado (R\$ 82.746,29) a autuada reconhece devido R\$ 47.260,45, assim distribuído: R\$ 30.201,68 (Login), R\$ 17.058,77 (Aéreos).

Afirma que em se tratando das contratações realizadas por ACC Brasil e Comércio de Computadores Ltda, GERTEC Brasil Ltda e Durit Brasil Ltda, as prestações foram realizadas sob CFOP 6352 e não resta comprovado nos autos a retenção e recolhimento do ICMS devido pelos contratantes.

Quanto à pleiteada retificação da alíquota de 12% para 4% por se tratar de transporte aéreo, diz que a autuada juntou aos autos (fl. 55), cópia do cartão CNPJ onde destaca a atividade econômica secundária 51.20.-0-00 – Transporte aéreo de carga, de modo que não apresenta prova capaz de elidir a parte do crédito reclamado que não reconhece devido e mantém o valor da exação pela Infração 02.

Regularmente intimado para conhecer a se manifestar sobre a Informação Fiscal acerca da diligência, o sujeito passivo retorna aos autos à fl. 104 solicitando juntada (por amostragem) os conhecimentos 36954, 39943, 44138, 46287, 51179 e 56066, como prova de que tais CT-es são do modal aéreo.

Aduz que devido à extensa lista deste modal constante no AI, caso seja necessário, poderá anexar todos os documentos do modal, mas solicita prazo maior para tanto.

Por consequência o autuante que prestou a anterior Informação Fiscal produz nova informação (fls. 122-124). Diz que quanto à pleiteada retificação da alíquota de 12% para 4% por se tratar da modalidade de transporte aéreo, a autuada apresentou, em sede de manifestação, planilha (fls. 109-112) relacionando os CT-e cuja modalidade foi aérea e no demonstrativo de fls. 13-25 foram tributados como se fossem de modal rodoviário que, após as devidas conferências e comprovação reduz a exação para R\$ 48.628,74, conforme anexos e demonstrativo de débito integrados à nova Informação Fiscal.

Regularmente intimado com comprovada ciência do teor do ajuste efetuado (fl. 127), o sujeito passivo, silenciou.

VOTO

Como acima relatado, o AI processado exige o valor de R\$156.540,84, acusando cometimento de três infrações: 002.001.028 – Falta de recolhimento de ICMS partilhado devido à Bahia em função da EC 87/15 – em operações ou prestações destinando mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto – localizado em outra UF; 002.007.003 – Falta de recolhimento de ICMS em razão de Prestação de Serviço de Transporte tributada como não tributada, regularmente escrituradas; 006.005.001 – Falta de recolhimento de ICMS DIFAL na aquisição de mercadorias oriundas de outras UFs, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documento de fl. 09, 100, 102 e 127, bem como o teor das manifestações defensivas, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no seu corpo foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas, determinadas com segurança, e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 05-32, 109-112 e CDs de fls. 33 e 125), bem como identificado o infrator, constato não haver vício formal a macular o PAF em análise.

Sem questionamento quanto à formalidade do procedimento fiscal, a Impugnação de mérito consiste em: a) pedir nulidade (improcedência) da Infração 01 em face do STF ter declarado a

inconstitucionalidade de cobrança de ICMS DIFAL introduzida pela EC 87/2015 e sistematizada pelo Convênio ICMS 93/2015; b) pedir improcedência parcial da Infração 02 em face dos autuantes não terem observado peculiaridades na apuração do imposto, conforme demonstra na Impugnação e indicam nos demonstrativos anexados; c) pedir a nulidade (improcedência) da Infração 03 por: c.1) afirmar que prestando serviços de transporte municipal é contribuinte do ISS; c.2) indevida exigência de ICMS sobre serviço de transporte de mercadoria imune contida na NF 1887, de 29/06/2020; c.3) indevida exação relativa à NF 1548620 de 30/10/2020, relativa a aquisição de veículo para prestação de serviços tributados por ISS e não para consumo final do estabelecimento autuado.

Assim, compulsando os autos e ponderando as razões de acusação e defesa, passo a analisar o caso.

De pronto, ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Liquidada por Autoridades Fiscais competentes do Ente tributante (COTEB: art. 107, §2º), mediante regular procedimento administrativo contendo os elementos determinantes previstos no art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta), a exação tem por suporte probatório os demonstrativos impressos de fls. 26-30 (Infração 01), 13-25 (Infração 02) e 31-32 (Infração 03), os quais também constam em arquivos magnéticos contidos nos CDs de fl. 33 e 119, detalhando as operações objeto da autuação (data de emissão do documento fiscal, espécie, nº, chave de acesso, CNPJ remetente, Razão social, UF, CNPJ destinatário, UF, CFOP, CST, VlrOper, Vlr BCICMS, ICMS Destac., AliqICMS, VlrICMS, Descr. Merc., NCM, BC DIFAL, ICMS DIFAL, Vlr Dif. Alíq.

Infração 01

Contra a exação pela Infração 01, sem contestar os dados nem valores exigidos, a Impugnação se restringe a alegar a ilegitimidade da exação tendo em vista o reconhecimento do direito de não recolher os débitos de ICMS DIFAL envolvendo mercadorias destinadas a consumidores na forma instituída no Convênio ICMS 93/15, enquanto não for editada uma LC regulamentadora da EC 87/2015, conforme decisão do STF.

Sem embargo, considerando que a obrigação tributária envolvida na infração tem fundamento legal nas Cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS 93/2015 e tendo em vista que no caso do ICMS DIFAL (tema 1093), inclusive para os contribuintes não optantes pelo SIMPLES NACIONAL o Supremo Tribunal Federal entendeu por modular os efeitos para afastar a exigência do diferencial de alíquota de ICMS apenas a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento (24/02/2021), a inconstitucionalidade da cobrança passa a produzir efeitos somente a partir de 1/1/22 e não alberga a pretensão do Impugnante.

Registre-se, que em que pese a decisão tenha eficácia apenas em 2022, o STF decidiu por resguardar aquelas empresas que buscaram discutir judicialmente a exigência do tributo:

“Ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso.”

Tal ressalva ocorreu, pois, do contrário fosse, se estaria negando aos contribuintes princípios constitucionais de segurança jurídica e acesso à justiça, já que, segundo, Humberto Ávila:

“Isso porque, caso não seja preservado o pedido feito no processo precursor e nos processos paralelos já iniciados, o contribuinte simplesmente não terá respeitado o seu direito de acesso ao Poder Judiciário: aquele ganhará o processo, perdendo-o; a Fazenda perde-lo-á, ganhando-o, por mais paradoxal que isso possa parecer (...” (*Teoria da Segurança Jurídica*, Ed. Juspodivm, 2021, p. 555, 575 e seg.)

Assim, em que pese a decisão favorável aos contribuintes, os que não possuem ação judicial anterior à decisão do STF (como o contribuinte autuado) não se atentaram à possibilidade de haver modulação de efeitos e acabaram por não se beneficiar da decisão.

Tenho, portanto, a Infração 01 como subsistente.

Infração 02

Do valor exigido (R\$ 82.746,29), o Impugnante reconhece devido R\$ 47.260,45, alegando que os Auditores não observaram que no período auditado existiam peculiaridades não percebidas, as quais passa a descrever:

1 – No período 20/03/2019 a 22/12/2020, houve TRANSPORTES RODOVIÁRIOS, cujo remetente é LOGIN INFORMÁTICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO, cuja tributação é 12%, somando de base de cálculo R\$ 251.680,66, alíquota 12% e ICMS devido de R\$ 30.201,68 (Demonstrativo fls. 60-67);

2 - No período 24/05/2016 a 11/11/2016, houve transportes com SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA:

2.1 – ACC Brasil Industria e Comércio de Computadores Ltda:

Período: 24/05/2016 a 11/11/2016, Vlr da Prestação e BC: R\$ 565,12; Aliq. 12%; ICMS devido: Zero (Demonstrativo fl. 68)

2.2 – GERTEC Brasil Ltda:

Período: 12/08/2016 a 16/02/2017, Vlr da Prestação e BC: R\$ 8.804,93; Aliq. 12%; ICMS devido: Zero (Demonstrativo fls. 69)

2.3 – DURIT BRASIL LTDA:

Período: 02/07/2020 a 22/07/2020, Vlr da Prestação e BC: R\$ 2.032,00; Aliq. 12%; ICMS devido: Zero (Demonstrativo fls. 71-74)

3. Período: 29/04/2019 a 22/12/2020, HOUVER transportes aéreos: Conforme CNAE 51.02-0-00 (Cartão de CNPJ anexo)

Período: 29/04/2019 a 22/12/2020: Vlr da Prestação e BC: R\$ 426.469,30; Aliq. 4%; ICMS devido: R\$ 17.058,77

Por sua vez, rebateando as alegações defensivas, os Autuantes informaram que o Impugnante relacionou à fl. 41 Conhecimentos de Transportes alegando terem sido tributados sob alíquota de 12%, mas “fato é que, se isto ocorreu (não há provas nos autos), o ICMS não foi regularmente escriturado na EFD”, afirmaram os autuantes, pois fundamentaram a acusação nos registros da EFD, espelho da movimentação empresarial do contribuinte autuado.

A despeito disso, conforme pedido de fl. 95 a 2ª JJF deferiu diligência visando maior análise dos elementos de prova juntados à peça de defesa (fls. 60-67 e 71-74), oportunidade em que, conforme consequente Informação Fiscal (fls. 98-99), manteve-se o valor da exação pela Infração 02.

Ocorre que quando intimado para conhecer o resultado da referida diligência fiscal sob a afirmação de o sujeito passivo não ter trazido aos autos elementos para provar a alegação de as operações indicadas no demonstrativo suporte de fl. 14 a 25 são de transporte aéreo de carga tributáveis sob alíquota de 4% e não 12%, solicita juntado aos autos diversos CT-es desse modal.

Conforme nova Informação Fiscal (fls. 122-124) os elementos de prova apresentados, por comprovarem operações de transporte no modal aéreo, foram acolhidos e a exação pela infração foi reduzido de R\$ 82.846,29 para R\$ 48.628,74.

O sujeito passivo foi regularmente cientificado com entrega de cópia da Informação Fiscal e correspondentes demonstrativos com concessão de prazo para, querendo, manifestar a respeito, mas silenciou.

Assim, considerando que: a) a exação pela infração cujo cometimento, embora parcial, foi reconhecido pelo sujeito passivo, foi aprimorado na forma regularmente prevista (RPAF: Art. 18, § 1º); b) nada mais tendo a reparar quanto ao procedimento fiscal, acolho como devido o valor remanescente de R\$ 48.628,74, com fundamento nos artigos 140 e 141 do RPAF:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Infração parcialmente subsistente, com o seguinte demonstrativo de débito:

Data Ocorr	Data Vcto	Base de Cálculo (R\$)	Aliq. %	Multa (%)	Val. Histórico (R\$)	Val. Diligência (R\$)
31/05/2016	09/06/2016	210,00	12	60%	25,20	25,20
31/07/2016	09/08/2016	201,50	12	60%	24,18	24,18
31/08/2016	09/09/2016	1.350,00	12	60%	162,00	162,00
31/10/2016	09/11/2016	2.295,58	12	60%	275,47	275,47
30/11/2016	09/12/2016	640,42	12	60%	76,85	76,85
31/12/2016	09/01/2017	3.700,00	12	60%	444,00	444,00
31/01/2017	09/02/2017	400,00	12	60%	48,00	48,00
28/02/2017	09/03/2017	572,92	12	60%	68,75	68,75
31/03/2019	09/04/2019	7.508,92	12	60%	901,07	901,07
30/04/2019	09/05/2019	20.650,83	12	60%	2.478,10	2.404,19
31/05/2019	09/06/2019	29.940,25	12	60%	3.592,83	2.208,83
30/06/2019	09/07/2019	18.052,00	12	60%	2.166,24	1.351,04
31/07/2019	09/08/2019	14.038,67	12	60%	1.684,64	1.447,04
31/08/2019	09/09/2019	13.499,00	12	60%	1.619,88	1.526,04
30/09/2019	09/10/2019	21.726,92	12	60%	2.607,23	1.904,83
31/10/2019	09/11/2019	9.405,42	12	60%	1.128,65	973,45
30/11/2019	09/12/2019	58.325,08	12	60%	6.999,01	3.209,81
31/12/2019	09/01/2020	48.847,83	12	60%	5.861,74	3.001,34
31/01/2020	09/02/2020	43.284,33	12	60%	5.194,12	1.998,92
29/02/2020	09/03/2020	33.068,50	12	60%	3.968,22	2.639,41
31/03/2020	09/04/2020	10.008,92	12	60%	1.201,07	1.037,44
30/04/2020	09/05/2020	30.243,58	12	60%	3.629,23	1.829,67
31/05/2020	09/06/2020	14.133,25	12	60%	1.695,99	651,10
30/06/2020	09/07/2020	37.947,75	12	60%	4.553,73	2.294,53
31/07/2020	09/08/2020	18.145,42	12	60%	2.177,45	1.946,11
31/08/2020	09/09/2020	36.747,58	12	60%	4.409,71	3.068,11
30/09/2020	09/10/2020	18.095,08	12	60%	2.171,41	1.765,06
31/10/2020	09/11/2020	38.388,50	12	60%	4.606,62	3.020,22
30/11/2020	09/12/2020	43.653,17	12	60%	5.238,38	2.885,18
31/12/2020	09/01/2021	114.471,00	12	60%	13.736,52	5.440,90
				Total	82.746,29	48.628,74

Infração 03 – 006.005.001 – Falta de recolhimento de ICMS DIFAL

Tem suporte probatório nos registros da EFD do sujeito passivo como analiticamente indicado no Demonstrativo “FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DIFERENÇA DE ALÍQUOTA NAS ENTRADAS DE BENS E/OU MATERIAIS DESTINADOS A USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO” (fls. 31-32) informando operações de aquisição de itens típicos para consumo e/ou integração ao ativo fixo do estabelecimento, tais como: Lacres, cartões SIMCARD, envelopes, sensores, aparelho transmissor ST 616100 – SIDE CONNECTOR, papel couche, CP4 – PAINEL DE CONTROLE, COMPUTADOR DE BORDO e Caminhão Artego 2426/48 6x2 com cabine.

Aparentando contradição com os indícios de prova contidos nos autos, contra essa infração e formulando fundamento de improcedência, o Impugnante apenas requer a nulidade total alegando que a destinação ao ativo permanente ou consumo encerrando o ciclo de circulação comercial dos bens ou serviços adquiridos é requisito essencial para cometimento da infração.

Também em contradição com as provas das demais infrações (especialmente da 02, na parte que reconhece devido, inclusive com os CT-es que aporta para parcialmente elidir a Infração 02), bem como com a atividade empresarial que consta do seu cadastro na SEFAZ (4930201 - Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, municipal), aduziu que a empresa autuada presta serviços de transportes dentro do município com tributação pelo ISS e tais aquisições se caracterizam como atividade meio e não somente atividade fim, de modo a entender que neste caso incide a supremacia da CF limitando as competências tributárias.

Não obstante, diz verificar que no levantamento fiscal os autuantes não observaram questões como a tributação de mercadoria da NF 1887 de 29/06/2020 contendo mercadoria imune de incidência pelo ICMS, conforme art. 3º, I da Lei 7014/96, não cabendo cobrança de ICMS por DIFAL.

Do mesmo modo, diz não entender a cobrança de ICMS DIFAL sobre a NF 1548620, de 30/10/20, já que o veículo não foi adquirido para consumo final e sim para prestação de serviços tributáveis pelo ISS que integram o objeto societário do adquirente.

Por sua vez, dizendo ter pouco a informar sobre o argumento defensivo que, acertadamente, entende vazio de lógica, a autoridade fiscal autuante indica que os CT-es relacionados no demonstrativo suporte de fls. 14-25 contrariam a alegada exclusividade de operações tributáveis por ISS, pois informam operações de transporte tributáveis pelo ICMS, em conformidade, inclusive, com o reconhecimento do cometimento da infração pelo Impugnante.

Quanto à alegação de “imunidade”, ela não alberga a mercadoria PAPEL VOUCHER M ETIQUETA DESTINO DL CARGO, adquirida pelo autuado, pois restrita a livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, inclusive o serviço de transporte dos mesmos, o que não é o caso.

Eis o dispositivo legal referido pelo Impugnante:

Lei 7014/96

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;

Quanto ao CAMINHÃO ATEGO 2426/48 6X2 COM CABINE relativa à NF 1548620 acobertando aquisição de bem típico do ativo permanente da empresa autuada, destinação que se confirma pelo próprio impugnante ao expressar “que o veículo não foi adquirido para consumo final e sim para prestação de serviços tributados pelo ISS que integram o objeto societário do adquirente”.

Portanto, considerando que: a) provas autuadas informam atividade do contribuinte tributável pelo ICMS; b) nas manifestações posteriores à Informação Fiscal o sujeito passivo não mais rebateu a acusação fiscal, a tenho por solidificada.

Infração subsistente.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279757.0021/21-7, lavrado contra **D.L. CARGO LOGÍSTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 122.423,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, “a” e “f”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR