

A. I. Nº - 281105.0006/22-0
AUTUADA - AURABRASIL – TRANSPORTES MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.12.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0222-05/22-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS AO ATIVO/USO E CONSUMO. Não merecem prosperar as alegações empresariais de que não é contribuinte do ICMS, até porque possui em seu contrato social atividades submetidas ao imposto estadual e, além disto, efetivou recolhimentos como contribuinte optante pelo sistema de conta corrente e também do diferencial de alíquota. Exigência reduzida após revisão fiscal. Preliminares rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Vale de começo salientar que o presente relatório atende as premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, adaptado inclusive para as sessões virtuais de julgamento.

O lançamento de ofício em tela, lavrado em 30/06/2022, tem o total histórico de **R\$ 141.949,74**, afora acréscimos, e apresenta a seguinte descrição:

Infração 01 – 006.005.001 – Falta de pagamento da DIFAL (diferença entre as alíquotas interna e interestadual), em face de aquisições interestaduais de produtos destinados ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Extenso descritivo das mercadorias envolvidas consta no corpo do auto de infração.

Fatos geradores de julho de 2017 a dezembro de 2018.

Enquadramento legal nos art. 4º, XV, da Lei 7.014/96, c/c o art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.680/2012, mais multa prevista no art. 42, II, “f”, da lei retrocitada.

Juntados, entre outros documentos (fls. 06/45): termo de início de fiscalização, páginas do sítio eletrônico da empresa, demonstrativo mensal e analítico da infração, mídia digital contendo arquivos eletrônicos.

Em sua impugnação (fls. 51/59), o contribuinte:

Informa que é uma empresa cuja atividade principal é a locação de máquinas e equipamentos.

Pugna pela improcedência da cobrança em face da existência de vício de nulidade no enquadramento da irregularidade, nos termos do art. 18 do RPAF-BA, haja vista não ser contribuinte de ICMS, conforme reconhecido no parecer da Sefaz 5010/2019 e, nestas circunstâncias, a exigência deveria se referir ao “DIFAL de Partilha”.

Destarte, a descrição das circunstâncias em que ocorreu o fato gerador não foi apresentada de maneira suficientemente clara, cerceando o seu direito de defesa, na doutrina de Hugo de Brito Machado.

Além disso, o autuante sequer intimou a autuada para que fossem prestados quaisquer esclarecimentos acerca da falta de recolhimento. Tivesse sido intimada e certamente não haveria um lançamento injusto, indevido e inconcebível.

Num tópico a parte, desenvolve a tese de não ser sujeito passivo de ICMS, aditando que em seu objeto social não exerce nenhuma atividade que possa configurar contribuinte deste imposto nem tampouco não possui nenhum contrato cujo objeto possa enquadrar como atividade abrangida pelo fato gerador do tributo estadual.

Excepciona que a única atividade que consta nos objetivos sociais e no CNPJ passível de tributação pelo ICMS é o “transporte rodoviário de carga”, assim consignado para que pudesse obter a inscrição estadual com vistas a se evitar transtornos na movimentação de suas máquinas e equipamentos, especialmente quanto às barreiras fiscais, embora nunca tivesse exercido tal atividade, tampouco firmado qualquer contrato nesse sentido.

Esclarece que, após a revogação do inciso I do artigo 269 do RICMS-BA que permitia a anulação dos efeitos fiscais da incidência do ICMS nas operações de transferências interestaduais com bens do ativo imobilizado para filiais da empresa, formalizou consulta à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, cujo Parecer nº 5.010/2019 (anexo na defesa e com trecho dentro dela encartado) foi na linha dela não ser contribuinte do imposto estadual por trabalhar com locação de máquinas e equipamentos e que, por ser interpretativo, faz retroagir os seus efeitos na linha do art. 106, I do CTN.

Neste prisma, não estaria sujeita ao pagamento do DIFAL NORMAL mas apenas do chamado DIFAL DE PARTILHA.

Sustenta que, em sendo assim, o enquadramento legal da infração estaria errado, pois a subsunção está no art. 449-A do RICMS-BA.

No mérito, argumenta que o autuante ignorou os pagamentos realizados a título de DIFAL e/ou retenções na fonte de ICMS-ST.

Usa como amostra os meses de outubro, novembro e dezembro de 2018, aproveitando a própria planilha fiscal e acrescentando quatro colunas, quais sejam, Difal pago (W), ICMS-ST (X), Diferença a pagar (Y) e data de lançamento na escrita fiscal (Z).

Faz os seguintes esclarecimentos:

“Observem, nobres julgadores, que a soma das colunas W e X, no valor de R\$ 35.219,52, é maior que a soma do total levantado pelo autuante (coluna S) no valor de R\$ 34.457,12, representando uma diferença a favor da autuada em R\$ 762,38. Ressalte-se, todavia, que no confronto apenas do valor total que foi pago naqueles meses de outubro, novembro e dezembro/2018, no valor de R\$ 32.063,02, com o total da coluna W da referida planilha, no valor de R\$ 29.019,99, se observa uma diferença de R\$ 3.043,43 que se justifica em razão do fato de que o autuante considerou, no seu procedimento, a data da emissão da nota fiscal, enquanto que a autuada realizou tais pagamentos com base na data da entrada de tais mercadorias no seu estabelecimento (coluna Z).

Observa-se, portanto, que se analisando apenas sob o prisma do fato de não terem sido computados os pagamentos realizados nem tampouco o ICMS-ST retidos nas notas fiscais, não deverá prosperar a cobrança em exame em razão da clarividente e injustificada falha na conduta do autuante”.

Em função destas arguições, requereu que o autuante fosse intimado para prestar os esclarecimentos e justificar a razão pela qual deixou de considerar tanto os pagamentos realizados a título de DIFAL como também o ICMS-ST retido nas notas fiscais.

Além dos documentos de representação legal, constam no CD notas fiscais com o ICMS-ST, planilha fiscal com a inclusão das quatro colunas e o parecer fazendário 5010/2019 (fls. 61/72).

Em função da aposentadoria do autuante, auditor estranho ao feito foi designado para prestar as informações fiscais (fls. 76/80), ocasião em que:

Afirma exercer a autuada atividades secundárias típicas de sujeito passivo de ICMS, nomeadamente comércio atacadista de máquinas e transporte rodoviário de cargas, além de estar cadastrado na SEFAZ como “contribuinte normal”.

Logo, considera correto o enquadramento legal feito no auto de infração de ser DIFAL e não “DIFAL Partilha”.

Concorda em retirar do levantamento inicial aqueles casos em que houve o pagamento da DIFAL e a retenção do ICMS-ST, sinalizando que o auditor aposentado considerou sim as datas de registro das notas fiscais na EFD, à exceção daquelas que não foram registradas.

Refaz o demonstrativo inicial e postula a alteração da cobrança para R\$ 57.054,48.

Juntados novos demonstrativos analíticos e sintéticos da irregularidade (fls. 81/97, frente e verso).

Intimado para se manifestar da redução da exigência tributária (fl. 100, frente e verso), o impugnante permaneceu silente.

Na sessão de julgamento, de 25.11.2022, o i. patrono da autuada pediu explicitamente a realização de diligência, no intuito de serem trazidos aos autos provas de que o estabelecimento autuado praticou comercialização de mercadorias.

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

VOTO

Mister apreciar, o requerimento de nulidade da autuação formulado pela impugnante.

A alegação pauta-se na circunstância do autuado não ser sujeito passivo do ICMS, por exercer a atividade principal de locação de máquinas e equipamentos e, nestas condições, ser um prestador de serviços contribuinte do ISS. Ademais, por não ter sujeição passiva do imposto estadual, o enquadramento não seria de falta de pagamento da DIFAL propriamente dita, devida normalmente por quem recolhe o tributo sobre mercadorias, mas de falta de pagamento do que o defendente chamou de “DIFAL Partilha”.

É sabido que o objeto finalístico de uma empresa não só envolve o desenvolvimento de sua atividade principal, mas também outras atividades – ditas secundárias – que eventualmente constem em seu contrato.

A defendente até admite referenciar em suas formalizações sociais a possibilidade de promover o transporte além município de cargas, sujeito ao ICMS, mas assegura que jamais exerceu tal atividade.

Vale salientar que o conjunto de atividades comerciais declaradas por uma pessoa jurídica serve para orientar o potencial campo de tributação dentro do qual pode se submeter.

Observando-se o objetivo social previsto em contrato empresarial juntado às fls. 63v e 64, designadamente na cláusula segunda, letra ‘i’, verifica-se poder a autuada atuar no ramo do “**comércio atacadista** de máquinas, equipamentos para terraplenagem, mineração e construção, partes e peças” (sic; destacamos). Induvidosamente, esta atividade é marcadamente comercial de mercadorias, submetida ao ICMS.

Em reforço, verifica-se que na mídia digital apensada pelo defendente à fl. 72, há um arquivo *pdf* tirado dos dados fazendários no qual se vê recolhimentos sob a rubrica 0791 (Diferencial de Alíquota) e até mesmo sob a rubrica 0759 (ICMS Regime Normal Comércio), no que se refere ao período autuado.

Tudo isso acaba acorde com os dados encartados no informativo fiscal, precisamente às fls. 77 e 78, igualmente tirados da base de dados da SEFAZ, onde se vê estar o estabelecimento autuado cadastrado com as CNAES secundárias 4930202 (Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional) e 4662100 (Comércio atacadista de máquinas, equipamentos para terraplenagem, mineração e construção; partes e peças) e figurar perante o fisco estadual como empresa “Normal”, com pagamento de ICMS pelo regime de apuração pela conta corrente (débitos e créditos fiscais).

Importante realçar que todas estas informações não foram contestadas pela empresa, apesar de chamada para assim se manifestar, conforme intimação via DT-e de fls. 100 e 100v.

Acresça-se também o detalhe de que as aquisições na sua grande parte retratam notas fiscais que se deram sob o CFOP 6102 “Venda de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros”, o que faz descartar a ideia de que a cobrança recaiu sobre meros recebimentos a título de transferência de bens do ativo, assunto enfrentado no parecer fazendário 5010/2019.

Assim, é de afastar a sustentação de haver anormalidades formais no auto de infração, pois a exigência hospeda-se em dispositivos legais e regulamentares adequados, designadamente nos arts. 4º, XV, da Lei 7014/96 e art. 305, § 4º, III, ‘a’, do RICMS-BA, abaixo transcritos:

Lei 7014/96:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

XV - 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.

RICMS-BA:

Art. 305. No regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

...

§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

...

III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:

a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;

Pelo exposto é de se afastar o pleito preliminar empresarial.

Logo, vale frisar que o Auto de Infração cumpre formalmente os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua concretude, designadamente os dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal, a previsão normativa da multa proposta e a assinatura do autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo programa denominado SLCT – Sistema de Lançamentos de Créditos Tributários.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da peça ou defeitos de representação legal para o signatário da impugnação funcionar no processo.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Indeferimos o pedido de conversão do processo em diligência, feito na assentada do julgamento, considerando que já existem no PAF os elementos fático-probatórios suficientes para desate da questão.

No mérito, embora destoe da questão antecedente, mas já superada, a impugnante arguiu que o fisco desprezou recolhimentos feitos a título de diferencial de alíquota e imposto devido por substituição tributária, onde o valor do ICMS, neste último caso, havia sido retido pelo fornecedor.

O auditor estranho ao feito, ao prestar o informativo fiscal, admitiu abater os pagamentos e os valores retidos na origem, de modo que recalculou a dívida e a reduziu de R\$ 141.949,74 para R\$ 57.054,48, consoante levantamento revisional trazido às fls. 81 a 97.

Nele se vê indicação da data da entrada da mercadoria, número do documento fiscal, chave de acesso, CNPJ e UF do emitente, número do item de ordem, CFOP, descrição e NCM da mercadoria, valor da operação, base de cálculo, valor do produto, alíquota aplicável da operação interestadual, imposto creditado, base de cálculo e alíquota da DIFAL e, finalmente, o ICMS devido.

Esta iniciativa do sujeito ativo não teve resistência defensiva, posto que embora regularmente cientificado para firmar pronunciamento, como já se viu, o contribuinte preferiu não se manifestar.

Entretanto, há um ponto importante a ser observado para fins de liquidação da dívida.

A autuação envolveu apenas os fatos geradores de julho de 2017 a dezembro de 2018. O valor de R\$ 57.054,48 abrange também períodos anteriores a este lapso, precisamente de janeiro a junho de 2017 que significam, por assim dizer, postulação estatal *ultra petita*, por não figurar na cobrança inicial.

Então, compulsando-se o demonstrativo mensal aposto à fl. 81, os valores revisados que fazem parte da autuação são os seguintes:

Mês	DIFAL
jul/17	1.458,26
ago/17	0
set/17	6.063,09
out/17	0
nov/17	0
dez/17	1.960,82
jan/18	667,98
fev/18	773,41
mar/18	0
abr/18	4.215,49
mai/18	0
jun/18	5.225,91
jul/18	1.198,87
ago/18	6.771,43
set/18	0
out/18	0
nov/18	2.219,85
dez/18	0
Total	30.555,11

Assim, é o auto de infração considerado PROCEDENTE EM PARTE, no monte histórico de R\$ 30.555,11.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281105.0006/22-0, lavrado

contra **AURABRASIL – TRANSPORTES MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 30.555,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR