

A. I. N° - 022198.0413/02-3
AUTUADO - PARTEK FLOREST LTDA.
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA SOUZA VAZ
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 25. 09. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0334-04/02

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDA DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Independentemente da destinação das mercadorias ser para uso ou consumo do adquirente, ao teor do convênio 85/93, o remetente era obrigado a fazer a retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Efetuada a correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/04/02 pela fiscalização de “trânsito”, exige o pagamento de ICMS no valor de R\$1.186,98, mais multa de 60%, que não foi retido por substituição tributária, nem recolhido, atribuindo a responsabilidade tributária ao remetente das mercadorias, situado em outra unidade da Federação.

O autuado, tempestivamente, impugna o lançamento (fl. 15), interpondo como preliminar de nulidade o descumprimento ao inciso III do artigo 39, da Lei 7629/99, que transcreve, por entender que a infração não foi descrita de forma precisa e clara. Transcreve as cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta, do Convênio ICMS 85/93 para alegar a nulidade por falta de identificação da infração, ferindo o princípio da tipicidade cerrada, pois as referidas cláusulas são genéricas, alegando também que é inaplicável o inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei 7014/96. Alega ainda o cerceamento do direito de defesa, invocando o inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, transcrevendo o dispositivo, além de Acórdão do Conselho de Contribuintes da União.

Continuando, alega que a multa de 60% é descabida, caracterizando confisco, invocando o artigo 52, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, que determina a multa de 2%, recorrendo sobre a aplicabilidade subsidiária do referido Código. Ao analisar a infração, diz que a autuação não possui suporte fático ou legal, e que a autoridade fiscal não tem legitimidade para promover a exigência, face à ilegalidade do Convênio ICMS 85/93, analisando a sua base legal.

A peça defensiva é encerrada com o pedido o julgamento pela total improcedência, por flagrante ilegitimidade do lançamento.

Auditora Fiscal designada presta informação fiscal (fl. 38) combatendo a alegação de cerceamento do direito de defesa, argumentando que a intimação ao sujeito passivo foi feita de

forma regular e que o autuado exerceu plenamente o seu direito, no prazo legal. Quanto às alegações do autuado, feitas com base na ilegitimidade do Convênio ICMS 85/93 e na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, diz que tais argumentos somente podem ser considerados na esfera judicial. Conclui dizendo que o autuado limita-se a questionamentos não oportunos, abstendo-se de contestar a infração apontada, razão de opinar pela procedência do lançamento.

VOTO

Início o presente voto rejeitando as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, por não conseguir vislumbrar a materialização de quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99. A infração está cristalinamente descrita e identificada, não exigindo que o leitor seja “a mais letrada das criaturas”, para que possa entender a acusação. Portanto, o direito de defesa não foi cerceado.

Relativamente à legalidade ou não do Convênio ICMS 85/93, que regulamenta a substituição tributária para pneumáticos (mercadoria objeto da lide), ao teor do artigo 167, I, do RPAF/99, não está na competência deste CONSEF a sua discussão. Portanto, tal alegação não pode ser considerada por este Relator, por lhe faltar competência para apreciar tal assunto.

Ainda, o Código de Defesa do Consumidor não é diploma legal para reger as relações entre os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária e, sim, para reger as relações entre fornecedores e consumidores. Por tal razão, os seus conceitos e determinações são inaplicáveis a questionamentos tributários, pelo que não posso acatar as alegações defensivas que têm como objetivo correlacionar o diploma legal com causa tributária.

Ultrapassadas as questões formais, adentro no mérito e, após constatar que a atividade do adquirente era, à época dos fatos, “...serviços relacionados com a agricultura”, conforme consta de seus dados cadastrais (fl. 08), o meu entendimento não poderia ser outro senão de que a autuação tem procedência. É que o Convênio ICMS 85/93, em sua cláusula primeira, determina que a retenção atinge, inclusive, as aquisições para uso ou consumo.

A mercadoria apreendida (NF. à fl. 10) foi: 2 pneus e duas câmaras de ar, para caminhão. No termo de Apreensão (fl. 06) diz que são para uso ou consumo. Observada a quantidade e a atividade desenvolvida pelo adquirente, concluo que tais mercadorias não foram adquiridas para revenda e, sim, para seu próprio consumo. Portanto, deveria ter sido feita a retenção pelo remetente. Todavia o autuado se equivocou na apuração do imposto devido. Deve ser por diferença de alíquotas, ao teor do que determina o artigo 1º, IV, do RICMS/BA. A base de cálculo é o valor da operação sobre a qual deve incidir o percentual de 10% (alíquota interna 17% menos alíquota interestadual 7%). Quanto à diferença de alíquotas sobre o serviço de transporte, não pode ser exigida do remetente/autuado, pois trata-se de frete FOB, que não posso precisar se conhecido o seu valor no momento da operação. Portanto, o responsável pelo recolhimento do imposto por diferença de alíquotas sobre o mesmo é o destinatário, e o fato gerador ocorrerá na entrada das mercadorias no estabelecimento e não quando do trânsito das mesmas.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento, no valor de R\$754,45, correspondente a 10% sobre R\$7.544,56.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **022198.0413/02-3**, lavrado contra **PARTEK FLOREST LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$754,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “e”, da Lei 7014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2002

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ANSELMO LEITE BRUM - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR