

PROCESSO - A. I. Nº 207097.0006/17-0
RECORRENTE - S. A. F. EMPREENDIMENTOS FLORESTAIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0256-03/17
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/10/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0211-11/18

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Os benefícios previstos no Convênio ICMS 52/91 se aplicam exclusivamente a máquinas, aparelhos e equipamentos industriais, não alcançando operações com máquinas de lavar roupas de uso doméstico. Infração subsistente. Afastadas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente auto de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JF nº 0256-03/17, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 27/03/2017, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$120.897,33, acrescido de multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade:

***Infração 01 - 06.02.04** Deixou o estabelecimento destinatário da mercadoria, bem ou serviço para uso consumo ou ativo permanente, de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na hipótese do inciso XV do art. 4º da Lei 7014/96, nos meses de janeiro a novembro de 2016.*

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 3ª JF, decidiu, por unanimidade, pela Procedência da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte.

Mesmo não sendo arguidas questões específicas de nulidade quanto ao Auto de Infração, constato que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Percebo que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada conforme o valor previsto em lei foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão fls.16/86 e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo, dentro deste específico PAF.

O contribuinte não negou os fatos, insurgindo-se apenas contra aos lançamentos referentes ao ICMS diferença de alíquotas nas aquisições de combustíveis e lubrificantes. Alegou que no presente caso, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto seria da empresa remetente dos materiais. Frisou que este procedimento confirma-se, mesmo que o imposto tenha sido retido anteriormente, inclusive com o valor de Substituição Tributária nas vendas para consumidor final em outra Unidade da Federação, sobre o valor do diferencial da alíquota interna e do destinatário.

Em sede de informação fiscal, o Autuante esclareceu que o contribuinte realizou diversas operações de aquisições de mercadorias para uso e consumo, em outras unidades da Federação, no exercício de 2016, e não recolheu o ICMS Diferença de Alíquota-Destino.

Analizando os elementos que compõem o presente PAF verifico que a matéria encontra-se prevista conforme disposição do art. 4º, inciso XV, da Lei 7014/96, in verbis:

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 subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto;

A alegação do defendente de que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto seria apenas do remetente, não pode prosperar, em cumprimento ao disposto no art. 6º, inciso XVII da Lei 7014/96, in verbis:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte:

XVII - o contribuinte substituído que realizar operação interestadual com combustíveis derivados do petróleo e com álcool etílico anidro combustível - AEAC, em relação ao recolhimento do imposto devido à unidade federada de destino, inclusive seus acréscimos legais, se este não tiver sido objeto de retenção e recolhimento, por qualquer motivo, ou se a operação não tiver sido informada ao responsável pelo repasse, conforme determinado em acordo interestadual.

Nestes termos, não há dúvidas de que o defendente deveria ter recolhido o ICMS aqui discutido em função da responsabilidade solidária que lhe foi atribuída por força de Lei.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A recorrente, ingressa com sua defesa, e afirma que, fica o remetente responsável pela retenção e o recolhimento do ICMS Substituição Tributária nas operações interestaduais com combustíveis e derivados de petróleo conforme o Convênio do CONFAZ de nº 110, de 28/09/2007. Este procedimento confirma-se mesmo que o imposto tenha sido retido anteriormente, inclusive com o valor de Substituição Tributária nas vendas para consumidor final em outra Unidade da Federação, sobre o valor do diferencial da alíquota interna e do destinatário.

Traz que as informações fiscais, encartadas às fls. 96/97, afirma que o ilustre auditor fiscal aduziu que a Recorrente infringiu o artigo 4º, XV, da Lei nº 7.014/96 e, em combate aos argumentos da defesa, “salvo melhor juízo” (SIC), que a Emenda Constitucional 87/15, teria suspenso os efeitos de todas as “Normas inferiores” que venham a chocar com o alcance da referida EC.

Declara a falta de apreciação da matéria de defesa – cerceamento de defesa, afirmando que os julgadores aduziram todos os fatos, porém, com o devido acatamento, ao proferirem voto, os mesmos não teceram uma única narrativa sobre o fato primordial da defesa, que é a aplicação ao caso concreto com Convênio CONFAZ nº 110, de 28/09/2007.

Aduz, que o próprio Auditor Fiscal, em suas informações fiscais, deixou claro que “quanto à infração reclamada através do auto de infração, verifica-se que o contribuinte só apresentou dúvida quanto a exigência do ICMS Diferença de alíquota dos combustíveis derivados de petróleo, foi que diz a defesa. Resolvidos os dois pontos citados na preliminar acredito que fica resolvido o caminho para julgar a que se espera”.

Afirma que para a decisão seja válida, sem vício, necessário se faz a análise da aplicabilidade ou não do convênio Confaz nº 110/ 2007, pois o presente voto, foi fixado nos entendimentos dos requisitos dos artigos 4º, XV e 6º, ambos da Lei nº 7.014/97.

Afirma, que não nega ter recolhido a diferença de alíquota imposta pelo auditor fiscal, contudo, foi feita com base no Convênio CONFAZ 110/2007, que impõe tal obrigação ao remetente e não ao destinatário. Por sua vez, o auditor entendeu que a EC 87/96, suspendeu o convênio em que a recorrente embasa a sua pretensão.

Alega ainda, que apesar de não ter abordado tal tema em sua defesa, em fase de recurso, permite adentrar em tal aquarela, alegando que nos demonstrativos de débitos, existem itens que não são ativos permanentes, por exemplo:

1. Na página 19, o segundo item, que se reporta a um “Banheiro completo -bet”;
2. Nesta mesma página constam “partes aparelho mecânico”, alegando que é muito vago, não se sabendo do que se trata.

Trazendo, que há outros itens, que certamente não se enquadram como ativos permanentes, entretanto não trazendo a relação destes.

Pede, ainda, pela nulidade do auto, trazendo o art. 18, e 39 do Decreto nº 7.629/99, que nos termos, desses dispositivos, quer pela inserção de produtos que não são ativos permanentes e, como tal,

infringem a norma supostamente afrontada; quer pela ausência da data de ocorrência do fato gerador e que deveria ocorrer o pagamento; o Auto de infração é eivado de nulidade, e como tal deve ser julgado, uma vez que o seu demonstrativo de débito não preenche os requisitos normativos.

No mérito, traz que a obrigação do recolhimento é do remetente, trazendo a cláusula primeira, incisos I, II, III e IV do Convênio CONFAZ 110 de 2007, onde destaca que fica os estados, quando destinatários, autorizados a atribuir ao remetente de combustíveis e lubrificantes derivados ou não de petróleo, situado em outra unidade da Federação, a condição de sujeito passivo por substituição tributária

Para justificar a sua tese, invoca o artigo 155, VII, “a” e “b” da Constituição Federal, afirmando que o dispositivo do Convênio CONFAZ e da Carta Maior, não há qualquer conflito, alegando que o art. 155, VIII, “b”, é taxativo ao estabelecer que a responsabilidade em recolher o imposto é do remetente quando o destinatário não for contribuinte do imposto, sendo certo, por sua vez, nos ditames do Convênio Confaz número 110/2207, que fica o remetente responsável pela retenção e o recolhimento do ICMS Substituição Tributária nas operações interestaduais com combustíveis e derivados de petróleo.

Assim, conclui, que não existindo conflito entre a carta maior e o Convênio CONFAZ 110/2007, a recorrente não pode ser penalizada nos termos do Auto de Infração, decretando a nulidade do Acórdão nº 0256-03/17, e no mérito, a improcedência do Auto de Infração ora combatido.

VOTO

Da análise dos autos, verifico que se trata de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a decisão da 3ª JF que julgou Procedente a autuação. A infração, objeto da peça recursal, trata-se do não recolhimento do ICMS, no valor de R\$120.897,33, acrescido de multa de 60%, em razão de ter deixado o estabelecimento destinatário da mercadoria, bem ou serviço para uso consumo ou ativo permanente, de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na hipótese do inciso XV do art. 4º da Lei nº 7014/96, nos meses de janeiro a novembro de 2016, apurado mediante levantamento do autuante.

Preliminarmente, a recorrente pede a nulidade do lançamento ao argumento de que, o lançamento ora sob análise, fundou-se em dispositivos que afrontam os art. 18, e 39 do Decreto 7.629/99, quer pela inserção de produtos que não são ativos permanentes e, como tal, infringem a norma supostamente afrontada, quer pela ausência da data de ocorrência do fato gerador em que deveria ocorrer o pagamento, afirma que o Auto de Infração é eivado de nulidade, e como tal deve ser julgado, uma vez que o seu demonstrativo de débito não preenche os requisitos normativos.

Quanto a este argumento, não vislumbro a ocorrência de falha que pudesse macular a autuação, já que estão caracterizados a infração, o infrator e o montante devido, e foram bem entendidos pelo recorrente, como demonstra a própria defesa inicial e o recurso ora apreciado, assim, não pode o autuado alegar que o auto é eivado de nulidade, e como tal deve ser julgado.

Foram cumpridas as formalidades legais e garantido o direito a ampla defesa e ao contraditório, não cabendo acolher a arguição de nulidade interposta na peça recursal.

No mérito, traz que a obrigação do recolhimento é do remetente, trazendo a cláusula primeira, incisos I, II, III e IV do Convênio CONFAZ 110 de 2007, onde destaca que ficam os estados, quando destinatários, autorizados a atribuir ao remetente de combustíveis e lubrificantes derivados ou não de petróleo, situado em outra unidade da Federação, a condição de sujeito passivo por substituição tributária.

O argumento da recorrente de que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo será apenas do remetente, não é absoluta, podemos observar nos dispositivos ao qual passo a

analisar.

A Constituição Federal de 88, em seu art. 155, inc. II, parágrafo 2º, inciso VII “a” e inciso VIII, estabeleceu que em relação as prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual quando o destinatário for contribuinte do imposto, cabendo à unidade federada de localização do destinatário o imposto correspondente a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual. A partir, dessa disposição constitucional, o legislador Baiano estabeleceu o fato gerador, para o caso em lide, no art. 4º, inc. XV, da Lei Estadual nº 7.014/96, previsão “*in verbis*”:

“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 subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto. “

Observe, que o fato gerador está claro nesse dispositivo, já em relação a alegação da recorrente de que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto seria apenas do remetente, não pode prosperar, em cumprimento ao disposto no art. 6º, inciso XVII da Lei nº 7014/96, in verbis:

“Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte:

[...]

XVII - o contribuinte substituído que realizar operação interestadual com combustíveis derivados do petróleo e com álcool etílico anidro combustível - AEAC, em relação ao recolhimento do imposto devido à unidade federada de destino, inclusive seus acréscimos legais, se este não tiver sido objeto de retenção e recolhimento, por qualquer motivo, ou se a operação não tiver sido informada ao responsável pelo repasse, conforme determinado em acordo interestadual.”

Nestes termos, conforme o exposto, não há dúvidas de que o ICMS é devido a recorrente, em função da responsabilidade solidária que lhe foi atribuída, assim, entendo que nada existe a ser modificado no julgamento recorrido, por isso ratifico integralmente o julgamento efetuado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, dessa forma voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207097.0006/17-0**, lavrado contra **S. A. F. EMPREENDIMENTOS FLORESTAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$120.897,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "b", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS