

PROCESSO - A. I. Nº 295902.0011/17-0
RECORRENTE - JEMA REFLORESTAMENTO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0200-04/18
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS (AGRESTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/02/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0280-11/20-VD

EMENTA: ICMS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. **b)** MATERIAIS PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO PELO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Verifica-se que os referidos contratos acostados nos autos, constata-se, tanto no seu corpo como em seus anexos, a descrição de materiais que a Recorrente se obriga a aplicar na prestação dos serviços, sem direito a ressarcimento, que foram objeto da autuação. A atividade de “Florestamento e Reflorestamento consta no rol dos serviços sujeitos ao ISSQN – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, conforme o art. 1º, §2º da Lei Complementar nº 116, estando em consonância com art. 3º da Lei nº 7.014/96, sendo que não existe a vedação ao prestador de serviços, exercer outra atividade, ou seja, ter atividades mistas em seus objetivos sociais, e querer, pelo fato de haver atividades além da principal, circunscrever a destinação de bens e/ou mercadorias adquiridas a uma atividade secundária, apenas, ainda mais à vista das provas acostadas ao processo, torna-se assim, uma atitude extorsiva, que visa tão somente carrear numerário aos cofres públicos, sem respaldo legal. Comprova-se que as DMAs trazidas ao processo pela autuante, não demonstram operações de venda de produtos/mercadorias, o que torna claro que a Recorrente, apesar de ter em seus objetivos atividades comerciais, não as exerceu, o que configura a destinação das mercadorias, objeto da autuação, como sendo para a prestação de serviços, que comprova. Infração insubsistente. Não acolhidas as arguições de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente processo, diz respeito ao Recurso Voluntário impetrado pela autuada, em face da decisão proferida pela 4ª JF, que através o Acórdão JF nº 0200-04/18, julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 30.06.2017, ciente em 07.07.2017, no valor original de R\$57.910,61, pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – 06.01.01

Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da federação, destinadas ao Ativo Fixo do próprio estabelecimento.

Infração 02

Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Analisando o Auto de Infração ora referenciado, a impugnação apresentada pela autuada, protocolado em 05.09.2017, fls. 140 a 142 do processo e a Informação Fiscal prestada pelo autuante, protocolada em 26.12.2017, fls. 1443 a 1446, através o Acórdão JJF nº 0200-04/18, em sessão de 08.11.2018, às fls. 1496 a 1500, assim se manifestou:

A questão envolvida nos presentes autos, relaciona-se à exigência do ICMS a título de diferença de alíquotas pelas aquisições interestaduais de bens destinados ao Ativo Fixo do autuado, infração 01, e aquisições de mercadorias destinadas ao uso ou consumo próprio pelo estabelecimento, infração 02.

Inicialmente, observo que o lançamento atende a todos os requisitos previstos pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, portanto, não se revelam fatos ou motivos que iniquem de nulidade o presente Auto de Infração. Aliás, alguns questionamentos trazidos pelo autuado objetivando a decretação da nulidade do lançamento, serão analisados no contexto meritório.

Observo de imediato que o autuado é contribuinte do ICMS inscrito na condição de “normal”, portanto, a apuração do imposto a recolher é feita com base na sua conta corrente fiscal e possui como atividade econômica principal o código “230600 – Atividades de apoio à produção florestal”.

Consta também em seus dados cadastrais, que exerce as seguintes atividades secundárias: serviço de pulverização e controle de pragas agrícolas; produção de carvão vegetal – florestas plantadas; comércio atacadista de combustíveis de origem vegetal, exceto álcool carburante; transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e intermunicipal, finalmente, transporte rodoviário de produtos perigosos.

A Lei nº 7.014/96, em seu Art. 2º, inciso IV, dispõe que o ICMS incide sobre as operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto, redação está dada pela Lei nº 13.373, de 22/09/15, efeitos a partir de 01/01/16.

Esse mesmo artigo em sua redação anterior, com efeitos até 31/12/15, assim estabelecia: “IV – a entrada ou a 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 prestações subsequentes”.

Portanto, à luz do dispositivo legal acima transcrito tem-se que é devido o pagamento da diferença de alíquota por contribuinte do imposto nas operações de aquisições interestaduais de bens para integrar o Ativo Imobilizado, também nas aquisições de mercadorias para uso ou consumo próprio nas mesmas condições. Note-se que a circulação física da mercadoria não é requisito indispensável à caracterização do fato gerador do ICMS, já que a circulação jurídica é suficiente para configurar hipótese de incidência do imposto estadual, portanto, será devido o recolhimento da diferença de alíquotas nessas operações.

Em sua peça defensiva, o autuado questionou a existência de falta de motivação para o ato administrativo do lançamento, argumento este que não se sustenta, na medida em que a lei não desonera o contribuinte do imposto devidamente inscrito nessa condição, como é o caso do autuado, do pagamento do imposto a título de diferença de alíquota,

Assim, temos que a Lei nº 7.014/96, ao tratar do momento do fato gerador do imposto, assim dispõe:

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.

Por outro lado, o Art. 272 do RICMS/12, que trata da dispensa do lançamento e o pagamento do imposto relativo à diferença de alíquotas, não alcança o autuado, na medida em que as hipóteses ali elencadas não se referem a contribuintes inscritos na condição do autuado.

Note-se que o art. 3º, § 1º, inciso I da Lei nº 7.014/96, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores indicados no presente Auto de Infração, previa a hipótese do não pagamento da diferença de alíquota nas operações de aquisições de mercadorias efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação na sua atividade, porém, entendo que esta hipótese não se aplica ao autuado, em face das múltiplas atividades que

exerce na condição de contribuinte normal do imposto:

“Art. 3º (...)

§ 1º - Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas;

I – nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuados por prestador de serviço para emprego ou aplicação na prestação de serviço de qualquer natureza”.

As decisões transcritas pelo autuado em sua peça defensiva em nada lhe socorrem, pois algumas se referem à antecipação parcial, enquanto que as demais tratam de diferença de alíquotas exigidas de empresas que exerciam apenas a atividade de prestação de serviços, o que não é o caso do autuado, que exerce atividades mistas, cabendo ao mesmo a comprovação de que só exercia a atividade de prestação de serviço.

Convém salientar, que o autuado obteve autorização para emissão de nota fiscal de venda ao consumidor, enquanto que no bojo dos documentos fiscais colacionados aos autos se verifica que além do valor relacionado a prestação do serviço propriamente dito, consta o destaque relacionado ao fornecimento de materiais.

Em conclusão, ficam afastadas todas as arguições de nulidade suscitadas pela defesa, e no mérito, voto pela Procedência do presente Auto de Infração.

Ciente da decisão acima proferida, a Recorrente, através representante devidamente constituído, Dr. Márcio Costa Leal, apresentou RECURSO VOLUNTÁRIO, protocolado em 22.02.2019, fls. 1509 a 1515, buscando a reforma da mesma pelas razões que passo a analisar.

Inicialmente, a Recorrente, diz estar invocando o disposto nos Artigos 5º, LV da Constituição Federal de 1988, 145, I do CTN e Artigo 123 e seguintes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto Nº 7.629/99, nos termos dos arts. 22 e 109, III do RPAF, Decreto Nº 7.629/99, para encaminhamento e pedido de recepção do Recurso Voluntário que ora apresenta.

Apresenta a seguir **“DAS RAZÕES DA RECORRENTE”**, destacando como base para sua peça recursiva o que dispõe o RPAF, como abaixo:

*“Art. 2º - Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da **verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa**, sem prejuízo de outros princípios de direito.”*

Destaca os condicionantes estabelecidos pelo RPAF, para dizer que *“a ação fiscal não representa um mero deleite dos agentes fazendários, sendo certo que seus atos devem estar voltados para a atividade fiscalizadora, ou seja, para verificar a ocorrência ou não do fato gerador de acordo com as rotinas de fiscalização previstas para a respectiva ação fiscal.”*

Complementa afirmando que a decisão proferida pela Junta Julgadora não observou o devido processo legal, para em sequência abordar **“A FALTA DE MOTIVO”**.

Afirma que as infrações que lhe foram imputadas devem ser julgadas nulas pelo fato de o Fisco não haver considerado que não é devido o pagamento de diferencial de alíquota, assim como a antecipação parcial na aquisição interestadual de produtos destinados à atividade de prestação de serviços, mesmo exercendo atividades mistas, conforme disposto no artigo 3º § 1º, inciso I da Lei nº 7014/96. Diz que tal cobrança somente poderia ocorrer em caso de as aquisições serem destinadas à comercialização, citando decisões deste Conselho, que transcreve:

*ACÓRDÃO JJF Nº 0125-04/07 Resolução
ICMS. 1 ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA (...)*

2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DE IMPOSTO DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. Não é devido o pagamento de diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuados por prestador de serviço para emprego ou aplicação, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas. INFRAÇÃO IMPROCEDENTE.

ACÓRDÃO CJF Nº 0298-12/07 Resolução

ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Não é devido o pagamento de diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias ou

materiais por prestador de serviço para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza. Diligência fiscal comprova que parte das mercadorias foi adquirida para uso na prestação de serviços de fotografias. INFRAÇÃO IMPROCEDENTE.

Auto de infração: 276473.1202/07-6

Contribuinte: CORTESUL SERVIÇOS AGROFLORESTAIS LTDA

EMENTA

ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não restou provado nos autos que o sujeito passivo, inscrito no cadastro do ICMS na condição de contribuinte especial, desenvolve atividades sujeitas ao ICMS e ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, conforme previsto no artigo 352-A, § 3º, inciso II, do RICMS/BA. Infração não caracterizada. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

ACÓRDÃO JJF Nº 0124-02/05

EMENTA: ICMS DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. A) BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. B) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Trata-se de prestador de serviços e neste caso, as mercadorias ou materiais adquiridos não são considerados materiais de uso e consumo para efeito de pagamento de diferença de alíquotas. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

Reafirma que a exigência contida no Auto de Infração não tem suporte, pois à época dos fatos geradores o artigo 3º, § 1º, inciso I da Lei nº 7014/96, não estabelecia a exigência de tais recolhimentos, no caso, por parte das empresas que utilizassem as mercadorias/produtos na sua prestação de serviços.

Para comprovar o que afirma, diz ter anexado ao processo cópias das notas fiscais objeto da autuação, as quais, por sua natureza, não poderiam se destinar à comercialização, e, sim destinadas à sua prestação de serviços na área de reflorestamento, reiterando que o procedimento do Fisco se torna plenamente nulo.

De relação ao fato de não haver efetuado o recolhimento do diferencial de alíquota, afirma a Recorrente: *“Ademais, mesmo se não fosse o caso exposto nos autos de mercadorias adquiridas para consumo no próprio estabelecimento prestador de serviços, se a autuada tivesse adquirido mercadorias com alíquota interestadual, estaria no máximo descumprindo uma obrigação acessória, motivada por erro de terceiro, uma vez que, a obrigação principal de recolher o diferencial entre alíquotas interestaduais e a interna pertence ao contribuinte remetente e não ao contribuinte destinatário. Tal diferença de alíquota é devida ao Estado remetente e não ao Estado destinatário, sob pena deste está se locupletando ilicitamente”.*

A respeito da motivação do Auto de Infração, que considera não existir, cita ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo e Hely Lopes Meireles, transcrevendo trechos de obras dos mesmos.

Continuando sua análise a respeito da autuação e sua pretensão, cita o jurista Seabra Fagundes sobre os cinco elementos que devem ser considerados no ato administrativo:

- I. A manifestação de vontade que é o impulso gerador do ato, devendo emanar de agente competente, ou seja, pessoa que tem atribuição legal para o exercício da função, no caso a de lançar tributo;*
- II. O MOTIVO, QUE COMPREENDE OS FUNDAMENTOS QUE DÃO ENSEJO À PRÁTICA DO ATO. TRATANDO-SE DE ATO VINCULADO, OS MOTIVOS SÃO LEGAIS, DEVEM FIGURAR EXPRESSAMENTE, PELA MENÇÃO À LEI EM QUE SE BASEIA;*
- III. O OBJETO DO ATO É O SEU CONTEÚDO, O PRÓPRIO OBJETO DE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE, A SUA ESSÊNCIA. SERÁ A DECLARAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO, A IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO, A DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO E A ALÍQUOTA APLICÁVEL, COM APURAÇÃO DO MONTANTE A PAGAR, CONFERINDO EXIGIBILIDADE AO CRÉDITO ASSIM FORMALIZADO;*
- IV. A finalidade é o resultado prático que o ato procura alcançar (cobrança e arrecadação de tributo);*
- V. A forma, que é o meio “pelo qual se exterioriza a manifestação da vontade. Por ela se corporifica o ato”. A*

forma do lançamento, como regra geral, é escrita. Não será verbal, como acontece com frequência na atividade policial de emergência.

Como suporte para que este Conselho refaça a decisão proferida pela Junta Julgadora, apresenta ensinamento ministrado pela Editora Forense, na publicação “Comentários ao Código Tributário Nacional” edição 1ª, pág. 386, assim nos ensina, ***in verbis***”:

“Ao apreciar o erro como um dos motivos que justificam o desfazimento ou a revisão do lançamento, distingue a melhor doutrina, e já hoje, também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as duas espécies em que o mesmo se pode revestir – erro de fato e erro de direito –, para só autorizar a revisão nos casos em que a autoridade lançadora tenha incorrido no primeiro (erro material de cálculo, por exemplo), mas não quando se trate de erro de direito. Tal entendimento está absolutamente conforme com o sistema jurídico que nos rege, que não admite defesa baseada em erro de direito, pois a ignorância da lei não escusa a ninguém. Se assim é para os particulares, com maior soma de razões sê-lo-á para a própria administração pública, que não poderá alegar a nulidade de ato seu por haver mal interpretado o direito, fazendo errônea aplicação sua ao fato.”

Complementando sua apreciação sobre o MOTIVO da autuação, que afirma não existir, afirma Recorrente: ***“Ipso facto”, a autuada argüi como PREJUDICIAL DE VALIDADE e EFICÁCIA da peça básica do processo administrativo fiscal instaurado; requerendo, por isso mesmo, com amparo no princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Magna Carta (Art. 5º, LV, CF/88), que a prejudicial seja apreciada e decidida, com fundamentação própria e específica (CF/88, art. 93, IX, e inteligência do art. 5º, II, 37 “caput”, Hely Lopes Meireles, direito administrativo brasileiro, 15º ed. RT SP, 1990 ff. 78/79)”***.

Encerrando sua peça recursiva a Recorrente apresenta:

DO PEDIDO

*Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, a Autuada **REQUER**:*

*Que este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF decrete a **nulidade total** do auto de infração em tela, e se assim não entender, ad argumentandum tantum, o que certamente não ocorrerá, decida pela **IMPROCEDÊNCIA**, por ser de direito e da mais **LÍDIMA JUSTIÇA**.*

VOTO

De início, analiso a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente, verificando que o processo fiscal está revestido de todas as formalidades legais, tendo a mesma recebido cópia de todos os demonstrativos apresentados pela autuante e comparecido ao mesmo, exercendo plenamente seu direito ao contraditório, sem nada que se possa reportar ao artigo 18 do RPAF, como pretendido, rejeito tal pretensão.

Reportando o presente processo à reclamação para pagamento de ICMS Diferencial de Alíquota sobre aquisições de bens e mercadorias, apontadas como destinadas ao ativo imobilizado e ao uso e consumo, por parte da Recorrente, devo inicialmente contextualizar as atividades exercidas pela mesma, e a motivação da autuação.

Consta no Cadastro de Contribuintes do Estado a identificação da Recorrente, como abaixo:

Consulta Básica ao Cadastro do ICMS da Bahia

Dados da empresa

Identificação

CNPJ: 09.333.481/0001-21

Inscrição Estadual: 076.340.201 NO

Razão

Social: JEMA

REFLORESTAMENTO EIRELI

Nome Fantasia:

Natureza Jurídica: EMPRESA INDIVIDUAL DE RESP. LIMITADA - EIRELI (DE NATUREZA EMPRESARIA)

Unidade de Atendimento: SGF/DIRAT/GERAP/CORAP NORTE

Unidade de Fiscalização: INFAZ AGRESTE

Endereço

Logradouro: RUA PRACA DO PARQUE FLORESTA

Número: 148

Complemento: RUA B

Bairro/Distrito: CENTRO

CEP: 48005-209

Município: ALAGOINHAS

UF: BA

Telefone: (75) 34211051

E-mail: JEMA@JEMAREFLORESTAMENTO.COM.BR

Referência:

Localização: ZONA URBANA

Domicílio Tributário Eletrônico - DTE

Situação do DTE: CREDENCIADO

Data do Credenciamento: 18/02/2016

Situação da Conta: ATIVA

Data da Criação da Conta: 18/02/2016

Informações Complementares

Data de Inclusão do Contribuinte: 07/02/2008

Atividade Econômica Principal:

230600 - Atividades de apoio à produção florestal

Atividade Econômica Secundária

161001 - Serviço de pulverização e controle de pragas agrícolas

210108 - Produção de carvão vegetal - florestas plantadas

4681803 - Comércio atacadista de combustíveis de origem vegetal, exceto álcool carburante

4930202 - Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional

4930203 - Transporte rodoviário de produtos perigosos

Unidade: UNIDADE PRODUTIVA

Forma de Atuação

- ESTABELECIMENTO FIXO

Condição: NORMAL

Forma de pagamento: C/CORRENTE FISCAL

Situação Cadastral

Vigente: ATIVO

Data desta Situação Cadastral: 15/08/2012

Endereço de Correspondência

Endereço: RUA PRACA DO PARQUE FLORESTA

Complemento: RUA B

Referência:

Número: 148

Bairro: CENTRO

CEP: 48005209

Município: ALAGOINHAS

UF: BA

Informações do Contador

Classificação CRC: Profissional

CRC: 7685 -BA

Tipo CRC: Originario

Nome: JOSE CARLOS SILVA DE SANTANA

Responsável pela organização contábil

Classificação CRC: Profissional

CRC:

Tipo CRC: Originario

Nome:

Endereço

Endereço: RUA JOSE BONIFACIO TERREO

Número: 64

Bairro: CENTRO

Município: ALAGOINHAS

UF: BA

Referencia:

CEP: 48010090

Telefone: (71)

33223119

Celular: ()

Fax: ()

E-mail:

Nota: Os dados acima são baseados em informações fornecidas pelo contribuinte, estando sujeitos a posterior confirmação pelo Fisco

Data da Consulta: 16/10/2020

Como se vê, a Recorrente é uma prestadora de serviços, que tendo como atividade principal “230600 - Atividades de apoio à produção florestal”, também exerce outras atividades, de caráter

secundário, a seguir relacionadas:

161001 - Serviço de pulverização e controle de pragas agrícolas

210108 - Produção de carvão vegetal - florestas plantadas

4681803 - Comércio atacadista de combustíveis de origem vegetal, exceto álcool carburante

4930202 - Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional

4930203 - Transporte rodoviário de produtos perigosos

A autuante, à vista de constar como atividades secundárias, “*Produção de Carvão Vegetal*”, “*Comércio atacadista de combustíveis de origem vegetal, exceto álcool carburante*”, “*Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional*”, e “*Transporte rodoviário de produtos perigosos*”, aliás, raciocínio seguido pelo julgador de piso, considerou que as aquisições, objeto da autuação, teriam destinação não à prestação de serviços de “*Atividades de apoio à produção florestal*”, ou “*Serviço de pulverização e controle de pragas agrícolas*”, mas às demais acima citadas.

Em sua peça defensiva, a Recorrente, acostou ao processo cópias dos Contratos de Prestação de Serviços por ela firmados com as empresas COPENER FLORESTAL S.A, ERB ARATINGA S.A, ERB ENERGIAS RENOVÁVEIS DO BRASIL S.A e CIA. FERRO LIGAS DA BAHIA – FERBASA, onde estão discriminadas as atividades a serem por ela executadas, o que lhe compete, a título de fornecimento de material e mão de obra, assim como também anexou, cópias das Notas Fiscais de Prestação de Serviços no período dos fatos geradores.

Consta nos contratos, a obrigatoriedade do fornecimento de materiais utilizáveis nas áreas de florestamento, reflorestamento, plantio, replantio, adubação, capinagem, dentre outras, assim como todo o material de EPI, fardamento, a serem utilizados por seu pessoal que trabalhe nos referidos projetos.

Verificando os referidos contratos, constato, tanto no seu corpo como em seus anexos, a descrição de materiais que a Recorrente se obriga a aplicar na prestação dos serviços, sem direito a ressarcimento, que foram objeto da autuação.

A atividade de “Florestamento e Reflorestamento consta no rol dos serviços sujeitos ao ISSQN – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, assim descrito:

7.16 – Florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação e congêneres.

Este item da Lista de Serviços sujeitos ao ISSQN, foi atualizada, como abaixo:

7.16 - Florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação, reparação de solo, plantio, silagem, colheita, corte e descascamento de árvores, silvicultura, exploração florestal e dos serviços congêneres indissociáveis da formação, manutenção e colheita de florestas, para quaisquer fins e por quaisquer meios. (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

A Lei Complementar nº 116, assim expressa:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

(...)

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

Analisando, com relação à legislação do ICMS, a Lei nº 7.014/96, no seu artigo 3º, determina:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

XIV - saídas ou fornecimentos decorrentes de operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída ou do fornecimento, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos

Municípios, ressalvadas as hipóteses de incidência do ICMS previstas em lei complementar;

Redação originária do § 1º, efeitos até 31/12/15:

“§ 1º - Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

I - nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza;

Soa estranha a argumentação do ilustre relator do processo na Junta Julgadora, quando afirma ao analisar os acórdãos deste Conselho, apresentados pela Recorrente, visto um deles tratar-se de cobrança do ICMS Antecipação Parcial:

“enquanto que as demais tratam de diferença de alíquotas exigidas de empresas que exerciam apenas a atividade de prestação de serviços, o que não é o caso do autuado, que exerce atividades mistas, cabendo ao mesmo a comprovação de que só exercia a atividade de prestação de serviço.”

Em momento algum, assim como em legislação alguma, existe a vedação ao prestador de serviços de exercer outra atividade, ou seja, ter atividades mistas em seus objetivos sociais, e, querer, pelo fato de haver atividades além da principal, circunscrever a destinação de bens e/ou mercadorias adquiridas a uma atividade secundária, apenas, ainda mais à vista das provas acostadas ao processo, fls. 181 a 1.440, torna-se uma atitude extorsiva, que visa tão somente carrear numerário aos cofres públicos, sem respaldo legal.

A afirmativa de ter a Recorrente requerido e obtido a impressão de um talonário de Nota Fiscal de Venda ao Consumidor, (50) folhas, 26.09.2013, é plenamente justificável, pelo fato de ter a atividade de “Produção de Carvão Vegetal” em seu objetivo social, não tendo a autuante apresentado comprovação do uso do mesmo, que, de acordo com a legislação, perdeu sua validade em 25.09.2015.

Saliente-se ainda, que as DMAs trazidas ao processo pela autuante, não demonstram operações de venda de produtos/mercadorias, o que torna claro, que a Recorrente, apesar de ter em seus objetivos atividades comerciais, não as exerceu, o que configura a destinação das mercadorias, objeto da autuação, como sendo para a prestação de serviços, que comprova.

Diante do que analisei e constatei, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e julgo IMPROCEDENTE o Auto de Infração, reformando a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário, apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 295902.0011/17-0, lavrado contra **JEMA REFLORESTAMENTO LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS