

A.I. Nº - 206888.0003/18-9
AUTUADO - MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A.
AUTUANTE - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/03/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0006-03/20

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Configurada a ilegitimidade passiva do autuado. Nas infrações 01 e 02, o destinatário das mercadorias era pessoa diversa do autuado. Na infração 03, a responsabilidade pelo pagamento do imposto era do remetente, nos termos do Convênio ICMS 110/07. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 29/12/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$4.837.973,71, em razão das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento (06.05.01), ocorrido nos meses de junho de 2015 a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.549.840,35, acrescido de multa de 60%;

Infração 02 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento (06.05.01), ocorrido no mês de março de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$214.197,77, acrescido de multa de 60%;

Infração 03 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento (06.05.01), ocorrido nos meses de janeiro, fevereiro, março e maio de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$73.935,59, acrescido de multa de 60%;

O autuado apresentou defesa das fls. 15 a 35 dos autos. Destacou que as notas fiscais, objeto das autuações indicadas na infração nº 1 e 2 já foram objeto do Auto de Infração nº 2068880041/17-0, lavrado em 6 de julho de 2017 (fls. 113 a 149), pendente de decisão administrativa. Apresentou laudo técnico elaborado pela empresa Tyno Consultores Tributários e Empresariais Ltda., para comprovar a duplicidade da exigência fiscal (fls. 151 a 158).

Constatou que, em relação às infrações nº 1 e 2, após realizar o confronto das notas fiscais, a totalidade das notas fiscais constantes no Anexo III do Laudo foram emitidas para a sociedade empresária Fazenda Brasileiro Desenvolvimento Mineral Ltda., CNPJ 022.104.045/0001-49 e não para a sociedade empresária Mineração Fazenda Brasileiro S/A CNPJ 005.673.658/0001-58, sujeito passivo da autuação fiscal, ou seja, trata-se de pessoas jurídicas diferentes, contribuintes absolutamente distintos. Ressaltou que essas mesmas operações, representadas pela totalidade das notas fiscais identificadas, foram objeto do Auto de Infração nº 2068880041/17-0. Assim, requereu a nulidade do lançamento.

Discorreu acerca da não-cumulatividade do ICMS e concluiu que, na hipótese de existir créditos relativos a um período de apuração, em montante superior aos débitos mesmo após o estorno, como é o caso da Impugnante, não há imposto a pagar. Entendeu que não há débito do sujeito passivo ao qual corresponda o crédito tributário, que é o direito subjetivo da Fazenda Pública de

receber a prestação pecuniária. Logo, nada há que ser constituído pelo lançamento tributário a título de imposto não pago antecipadamente, sob pena de violação ao Art. 24 da LC nº 87/96.

Explicou que tinha registrado em seus livros fiscais, no mês de dezembro de 2016, período de competência do último mês do período fiscalizado (janeiro de 2015 a dezembro de 2016), R\$591.626,54 (quinhentos e noventa e um mil, seiscentos e vinte e seis reais e cinquenta e quatro centavos), referente a saldo credor de ICMS, conforme consta no Recibo de Entrega de Escrituração Fiscal Digital - SPED Fiscal de dezembro de 2016.

Argumentou que o Auto de Infração ora impugnado imputou um débito indevido à Impugnante no valor de R\$4.837.973,71 (quatro milhões, oitocentos e trinta e sete mil, novecentos e setenta e três reais e setenta e um centavos), sem nem ao menos efetuar a compensação com o saldo credor mencionado acima, ou seja, esse débito é absolutamente inexistente. Concluiu que houve erro material cometido pela Autoridade Fiscalizadora que deveria seguir o comando do artigo 24 da Lei Complementar 87/96, e instrumentalizar a compensação realizadora da não-cumulatividade, em procedimento denominado recomposição da conta gráfica.

Quanto ao recolhimento do diferencial de alíquota nas operações com combustíveis e lubrificantes, constante na infração nº 3, alegou que já havia ocorrido a retenção e recolhimento pelo regime de substituição tributária, sendo equivocada a constituição de lançamento tributário da diferença entre a alíquota interna e interestadual. Acrescentou que a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS exige, expressamente, conforme Art. 155, § 25, Incisos VII e VIII, da Constituição Federal e art. 4º, Inciso XIV, da Lei Estadual nº 10.297/96, a destinação ao ativo permanente ou consumo. Ou seja, é requisito essencial que o adquirente tenha dado uma destinação final, encerrando o ciclo de circulação comercial dos bens ou serviços adquiridos.

Ressaltou que a aquisição de combustível foi para uso no processo produtivo, inexistindo a materialidade da hipótese de incidência, já que não se pode falar em aquisição para consumo final quando os bens ou serviços adquiridos servem de insumo para fabricação do produto.

O Auditor Fiscal Josman Ferreira Casaes apresentou informação fiscal das fls. 163 a 167, em lugar do autuante que se encontra aposentado. Disse que não procede a alegação de que as notas fiscais, objeto das autuações indicadas nas infrações 01 e 02, emitidas contra a Fazenda Brasileiro Desenvolvimento Mineral Ltda., inscrita no CNPJ sob nº 022.104.045/0001-49, já foram objeto do Auto de Infração nº 2068880041/17-0, haja vista que o Auto de Infração mencionado versa sobre infração completamente diversa do PAF em comento, ou seja, o ilícito tipificado, para o Auto de Infração mencionado é a Infração 06.02.01 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO - EMPRESA NORMAL, e o presente PAF versa sobre a INFRAÇÃO 06.05.01 - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS INDICIDENTE QUANDO DA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS INIDADES DA FDERAÇÃO, E DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO.

Refutou também as alegações do autuado quanto à existência de saldo credor de ICMS, uma vez que, mesmo existindo, não o utilizou para pagamento do diferencial, visto que poderia ter incluído o débito apurado a título de diferencial de alíquota, no campo "OUTROS DÉBITOS" do Livro Registro de Apuração do ICMS, abatendo o débito do saldo credor existente.

Disse que analisou as planilhas de débito apensadas ao PAF e verificou que o autuado classifica a maioria dos produtos com os CFOP's 2551 - COMPRA DE BEM PARA O ATIVO PERMANENTE; 2556 - COMPRA DE MATERIAL PARA USO OU CONSUMO e 2653 - COMPRA DE COMBUSTÍVEL OU LUBRIFICANTE POR CONSUMIDOR OU USUÁRIO FINAL, estando, pois, sujeitos ao recolhimento do diferencial de alíquota. Verificou, também, que o autuado utilizou de maneira equivocada outro CFOP, o 2101 - COMPRA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO, para produtos com a mesma descrição, sendo tais produtos também destinados a uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo às fls. 07 e 08 do PAF.

Quanto ao laudo elaborado pela empresa Tyno Consultores Tributários e Empresariais Ltda., disse que não trouxe nenhum fato novo e conclusivo.

Em razão de o autuado apresentar, na sessão de julgamento, arquivo eletrônico, denominado "Anexo IV – Planilha de Cálculo DIFAL Perícia", em CD à fl. 158, com chaves de acesso de notas

fiscais relacionadas no demonstrativo deste auto de infração, onde o destinatário é pessoa jurídica diversa do autuado, conforme, por exemplo, a Nota Fiscal nº 42.275, os membros da 1ª junta de julgamento fiscal deliberaram por unanimidade pela conversão do processo em diligência à inspetoria de origem para que Auditor Fiscal estranho ao feito verificasse se o destinatário das mercadorias constante nas notas fiscais relacionadas no demonstrativo de débito deste auto de infração era o autuado.

O Auditor Fiscal Josman Ferreira Casaes, em cumprimento à diligência, apresentou informação fiscal, às fls. 177 a 179. O auditor confirmou que o destinatário constante nas notas fiscais relativas às infrações 01 e 02 era a empresa Fazenda Brasileiro Desenvolvimento Mineral Ltda., CNPJ nº 22.104.045/0001-49, e não o autuado. Disse, ainda, que verificou que o efetivo destinatário escriturou as notas fiscais na EFD e que o imposto foi efetivamente pago. Em relação à infração 03, disse que não procede a exigência fiscal, pois na aquisição da mercadoria o imposto reclamado já havia sido pago por substituição tributária pelo remetente.

O autuado se manifestou às fls. 186 e 187 requerendo a anulação do auto de infração diante das constatações trazidas pelo diligenciador.

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O presente auto de infração é composto de três infrações onde todas as exigências fiscais consistem em exigir ICMS referente à diferença de alíquotas, na aquisição de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado ou para o uso ou consumo no estabelecimento.

O resultado da diligência requerida pela 1ª Junta de Julgamento, revelou que o destinatário indicado nas notas fiscais relacionadas nos demonstrativos de débito das infrações 01 e 02, era pessoa jurídica diversa do autuado. Desse modo, ficou evidente tratar-se de lançamento de ofício, em que se atribuiu a obrigação tributária à pessoa jurídica que não tinha relação com o fato gerador, que resulta em nulidade das infrações 01 e 02 por ilegitimidade passiva.

Na infração 03, a exigência fiscal também atribuiu indevidamente ao autuado a responsabilidade pelo pagamento da diferença de alíquotas, nas aquisições interestaduais de combustíveis em operações amparadas pelo disposto no Convênio ICMS 110/2007, recepcionado no Anexo 1 do RICMS. O referido convênio, atribui ao remetente a responsabilidade pelo pagamento do imposto, inclusive em relação ao diferencial de alíquotas. Na diligência requerida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, foi constatado que o remetente efetivamente cumpriu as obrigações objeto desta infração, tornando a exigência fiscal da infração 03 ao autuado também nula, por ilegitimidade passiva.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206888.0003/18-9**, lavrado contra **MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A.**, devendo ser intimado o autuado para tomar conhecimento do feito.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2020.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – JULGADOR