

A.I. Nº - 298624.0003/19-0
AUTUADO - CNH INDUSTRIAL BRASIL LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ MACÊDO DE AGUIAR e WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS
ORIGEM - IFEP – COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23.11.2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0149-02/20-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. ICMS PARTILHA. PREVISÃO EC 87/15. OPERAÇÕES DE VENDAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS A CONSUMIDORES FINAIS NESTE ESTADO. Com outorga da Emenda Constitucional nº 87/2015, o Estado da Bahia através da Lei nº 13.373/2015, instituiu o diferencial de alíquotas nas operações interestaduais com consumidor final não contribuinte, conforme inciso XVI do caput do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que dispõe sobre a ocorrência do fato gerador do ICMS diferencial de alíquotas nas operações com consumidor final contribuinte do ICMS. Parte das operações estão amparadas pela isenção do ICMS prevista no Convênio ICMS 52/2007 que trata da isenção de ônibus, micro-ônibus, e embarcações, adquiridos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito do Programa Caminho da Escola, do Ministério da Educação – MEC. Outra parte são operações que destinam bens para contribuinte estabelecido em outra Unidade da Federação, e contribuinte inscrito no CAD-ICMS. As razões de defesa elidem parcialmente as exigências. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 13/03/2019, para exigir do ICMS no valor histórico de R\$332.789,50, acrescido da multa de 60%, pela constatação da infração a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 02.01.30 – O remetente e/ou prestador localizado em outra unidade da federação deixou de recolher o ICMS devido ao Estado da Bahia em função da EC nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado, referente ao período de janeiro, março, abril, setembro, dezembro de 2016, maio a agosto de 2017, junho e julho de 2018.

Informam os autuantes que refere-se ao “*ICMS partilha, destacado e não recolhido*”.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. IV, §4º, inc. II; art. 15, §7º e art. 39-B da Lei nº 7.014/96 c/c art. 99 do ADCT da Constituição Federal, acrescido pela EC nº 87/2015 e Convênio ICMS 93/2015.

Multa tipificada no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

A autuada através de seus advogados impugna o lançamento, fls. 17 a 31, onde inicialmente afirma ser tempestiva a defesa, faz uma síntese da autuação, enfatizando que a Fiscalização lavrou o presente auto de infração por entender que a empresa deixou de recolher o Diferencial de Alíquotas – DIFAL decorrente de operações interestaduais com mercadorias destinadas a não contribuintes do imposto localizados na Bahia.

Após transcrever o teor da infração, informa que providenciará o recolhimento parcial do valor exigido no auto de infração, correspondente as operações acobertadas pelas notas fiscais números 268.097, 281.575 e 283.842 – Doc. 04.

Quanto aos valores, referentes as demais operações, diz que continuarão impugnados, por entender que a exigência carece de fundamento jurídico.

Justifica que parte das operações autuadas consideradas pelos autuantes, encontra-se amparada pela isenção do ICMS nos termos do Convênio ICMS 53/2007 e do art. 264, inc. XLI do RICMS/2012.

Em relação as notas fiscais de números 270.735, 270.737, 270.739, 257.889 e 257.891, acrescenta que demonstrará ser a responsabilidade do destinatário das mercadorias o recolhimento do DIFAL, com base no art. 155, §2º, inc. VIII, alínea “a” da Constituição Federal.

Explica que para as operações referentes a venda de ônibus escolar, constantes nas notas fiscais, que diz anexar – Doc. 06, não há incidência do imposto, face a isenção prevista no Convênio ICMS 52/2007 que trata da isenção de ônibus, micro-ônibus, e embarcações, adquiridos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito do Programa Caminho da Escola, do Ministério da Educação – MEC, copiado.

Relaciona os requisitos para fruição do citado benefício fiscal previsto no convênio que diz ter sido internalizado pela Bahia através do art. 264, inc. XLI do RICMS/2012, reproduzindo as mesmas disposições do citado convênio.

Destaca a importância do PROGRAMA CAMINHO DA ESCOLA, tanto que passou a fabricar ônibus especiais destinados a atender ao mesmo, objetivando participar das licitações para fornecimento dos veículos escolares, tendo firmado convênio com o FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE, Doc. 07.

Relata que vencedora de pregões no período de janeiro de 2016 a julho de 2017, emitiu notas fiscais referentes a vendas de ônibus escolares a diversos municípios baianos, tendo observado as condições exigidas para fruição do benefício da isenção, conforme consta nas notas fiscais.

Apresenta como exemplo a nota fiscal número 251.859 referente a venda de ônibus escolar para o município de Baixa Grande-BA, onde no campo INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES consta que a operação foi realizada por meio de Pregão de Registro de Preços, pelo FNDE, classificada na NCM 8702.10.00, é também desonerada do IPI, além do PIS e COFINS, conforme art. 28 da Lei nº 10.865/04, transcrito.

Defende o cancelamento da exigência do DIFAL sobre as operações de vendas de ônibus escolares, cópias das notas fiscais anexas – Doc. 06, em razão de ter atendido a todas as exigências para fruição da isenção do imposto, garante.

Passa a abordar as operações onde entende que a responsabilidade pelo recolhimento do DIFAL é atribuída ao destinatário das mercadorias por determinação da EC nº 87/2015, fato que observa ter ocorrido nas operações acobertadas pelas notas fiscais números 270.535, 270.737, “2020379”, 257.889 e 257.891 – Doc. 09, cujas vendas destinaram mercadorias a contribuintes do imposto.

Pontua que a Emenda Constitucional nº 87/2015 alterou a redação do art. 155 da Constituição Federal, passando a prever a exigência do recolhimento do ICMS, correspondente a diferença entre as alíquotas interestadual e interna, pelo Estado destinatário das mercadorias, independente de ser o destinatário contribuinte ou não do imposto, sendo atribuída a responsabilidade pelo recolhimento ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto, conforme art. 155, §2º, incisos VII e VIII da Carta Magna, copiado.

Relata que em setembro de 2016 e agosto de 2017 realizou vendas de caminhões para a TRANSPORTADORA RENER LTDA. e CENTRAL DE TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA. – EPP, que afirma serem contribuintes do ICMS no Estado da Bahia, conforme consulta SINTEGRA – Doc. 10, razão pela qual, deixou de recolher o diferencial de alíquotas do ICMS para estas operações, por entender serem estes destinatários, os responsáveis pelo recolhimento do imposto.

Apresenta como exemplo a nota fiscal nº 270.737 referente a venda de veículo a empresa CNPJ nº 03.979.665/0001-87 – TRANSPORTADORA RENER LTDA., que segundo tela do SINTEGRA, plotada, atesta tratar-se de contribuinte do ICMS na Bahia.

Adiciona como outro exemplo a nota fiscal nº 257.889 referente a venda de veículo a CENTRAL TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA., também inscrita como contribuinte do imposto na Bahia, assegura.

Conclui, portanto, que não pode ser responsabilizada pelo recolhimento do ICMS-DIFAL nas operações acobertadas pelas notas fiscais de números 270.735, 270.737, “2070739”, 257.889 e 257.891.

Argui que a multa aplicada tem caráter confiscatório, por não estar em consonância com o ordenamento jurídico, em razão do montante exacerbado, fato que implica em inconstitucionalidade com o efeito de confisco.

Transcreve o teor do art. 150, inc. IV da Constituição Federal, que veda a utilização de tributos com efeito confiscatório, princípio que entende se aplicar também às multas, conforme doutrina de Leandro Paulsen, que reproduz.

Frisa que multas que se igualam ao valor do próprio imposto lançado, ofendem ao princípio do não confisco.

Acrescenta que a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal tem firmado o entendimento em não aceitar penalidades superiores a 20% ou 30% do imposto devido, por se caracterizar confisco.

Transcreve ementa do RE523.471 AgR da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa e do RE 754.554, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, cujo entendimento é de que multas no patamar de 25% tem características de confisco.

Assim, diz ser preciso revisar as penalidades aplicadas, no sentido de excluí-las ou reduzi-las de forma a adequar a exigência fiscal ao princípio da vedação ao confisco.

Por fim, requer que seja cancelada a parcela do lançamento em relação as operações de vendas de ônibus escolares, beneficiadas com a isenção prevista no Convênio ICMS 53/07, assim como as operações acobertadas pelas notas fiscais de vendas de veículos a contribuintes do imposto.

A autuada retorna aos autos em manifestação às fls. 151 e 152, onde solicita a juntado aos autos do comprovante de pagamento parcial do débito relativo as operações acobertadas pelas notas fiscais números 268.097, 281.575 e 283.842 – Doc. 01 no valor histórico de R\$22.587,80 que acrescentado de multas e juros totaliza R\$25.711,66.

Reforça seus pedidos de improcedência para as demais operações, já consignadas na defesa.

Um dos autuantes presta a informação fiscal à fl. 157, onde inicialmente confirma a tempestividade da defesa e abordando os argumentos apresentados pela autuada referente a improcedência de parte do auto de infração com base no convênio de isenção e Emenda Constitucional nº 87/2015, observa que a autuação exige o imposto retido, ou seja, cobrado e não recolhido, fato, que diz ser caracterizado como crime tributário, se configurando apropriação indébita.

Transcreve os dispositivos da Lei nº 7.014/96, art. 42, inc. V, referente a multa aplicada e os artigos 1º e 2º, inc. II da Lei Federal nº 8.137/1990.

Cientificada do teor da informação fiscal, a autuada se manifesta às fls. 162 a 164, onde repete os argumentos apresentados na defesa para subsidiar sua pretensão de decretação da improcedência de parte da exigência fiscal, assim como, o caráter confiscatório da multa.

Alerta que qualquer tentativa de alterar o lançamento, neste momento, se constitui alteração de critério jurídico, prática vedada pelo art. 146 do CTN.

Afirma que os autuantes, na informação fiscal, não rebateram nenhum argumento da defesa, tendo apenas consignado que a autuação foi sobre o imposto retido, cobrado, mas não recolhido, além de transcrever o art. 42, inc. V da Lei nº 7.014/96, referente a multa aplicada, quando na

verdade a multa constante no lançamento inicialmente foi aquela prevista no art. 42, inc. II da citada lei.

Requer que seja desconsiderada a informação fiscal e reitera os pedidos já formulados na defesa.

Um dos autuante retorna aos autos, fl. 167, registrando o valor pago referente as notas fiscais números 268.097, 281.575 e 283.842, restando as diferenças nos respectivos períodos a serem quitadas nos valores de R\$58.710,00, R\$195.079,52 e R\$6.080,00.

Reafirma os termos da informação fiscal prestada à fl. 167 e 168 e diz que a parte do débito reconhecido e pago pela autuada, em nada difere do restante do PAF.

Garante que não haverá alteração do lançamento em relação a multa por vedação legal e afirma que “A EC 87/15 no sistema automatizado de auto de infração não prevê multa maior que 60%...”, e o que fez na informação fiscal foi “...transcrever a Lei nº 7.014/96 e Lei 8.137/90, para pontuar a gravidade da infração”.

Por fim, opina pela procedência do auto de infração.

É o relatório.

VOTO

O lançamento em análise imputa ao sujeito passivo, contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia – CD-ICMS, na condição de SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO que recolhe o imposto na forma SUBSTITUIÇÃO/DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS, uma única infração, motivo de impugnação parcial.

Do exame dos autos, constato que o auto de infração foi lavrado com a observância ao disposto no art. 39 do RPAF/99, ou seja, contém a identificação e a qualificação do autuado, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal, de forma clara, precisa e sucinta, demonstrativo de débito tributário, amparado em levantamentos da auditoria realizada, com a discriminação de datas de ocorrência, base de cálculo e alíquota, de modo que o sujeito passivo pode exercer plenamente o seu direito de defesa e do contraditório.

A autuada, declara na defesa que providenciaria o recolhimento parcial do valor exigido no auto de infração, correspondente as operações acobertadas pelas notas fiscais de números 268.097, 281.575 e 283.842 – Doc. 04, promessa que se concretizou na forma do recolhimento trazido aos autos às fls. 151 e 152, através do comprovante de recolhimento no valor histórico do ICMS de R\$22.587,80 que acrescentado de multas e juros totalizou R\$25.711,66, recolhimento que desde já recomendo ao órgão responsável que proceda a homologação.

No mérito, o auto de infração imputa ao sujeito passivo a acusação de ter deixado de recolher o ICMS-DIFAL devido ao Estado da Bahia em função da Emenda Constitucional nº 87/2015, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado, imposto que os autuantes identificaram como “*ICMS partilha, destacado e não recolhido*”.

Inicialmente merece registrar que em 2016 passou a vigorar os efeitos da Emenda Constitucional nº 87/2015, que instituiu o diferencial de alíquotas nas operações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto, alterando o art. 155 da Constituição Federal, conforme a seguir transcrito:

Art. 1º Os incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 155 Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...)

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

*VIII - a **responsabilidade pelo recolhimento do imposto** correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:*

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto. (Grifos meus.)

Anterior à promulgação da citada emenda, vigorava a regra que nas operações interestaduais destinadas a consumidores não contribuintes do ICMS, o imposto era devido integralmente ao Estado de origem.

Com a vigência da Emenda Constitucional, o ICMS devido nessas operações e prestações, passou a ser partilhado entre os Estados de origem e de destino das mercadorias, de forma que o de origem tem direito ao imposto correspondente à alíquota interestadual, ao passo que o Estado de destino tem direito a parte do imposto correspondente à diferença entre a sua alíquota interna e a interestadual.

Ficou também estabelecido que a partir 1º/01/2016, para todas as operações, seria adotada a partilha do ICMS entre os Estados de origem e de destino, com base na regra de transição a ser aplicada em 2015 até 2019, criada para fins da repartição do imposto entre os mesmos, através da fixação de percentuais de proporção que repartiam gradualmente a parcela cabível aos Estados, conforme definido no art. 2º da Emenda Constitucional, que acrescentou o art. 99 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição.

Tendo sido publicada em abril de 2015, a imediata aplicação da regra de transição, restou prejudicada, diante do princípio da anterioridade, passando a vigor somente a partir de 2016 simplificando os procedimentos e garantindo a distribuição do imposto entre os Estados, com melhor repartição de receita tributária.

Por sua vez, a Lei nº 7.014/96, estabeleceu no art. 2º, inc. IV 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.

O art. 4º inc. XVI da mesma lei, acrescentado pela Lei nº 13.373/2015, com efeitos a partir de 1º/01/2016, trata da ocorrência do fato gerador do imposto:

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

XV - da saída do estabelecimento do remetente ou do início da prestação, conforme o caso, destinada a consumidor final, não 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;

A responsabilidade pelo recolhimento do imposto está prevista no §4º do art. 2º da Lei nº 7.014/96.

*§ 4º Na hipótese do inciso IV do caput deste artigo, a **responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual** caberá ao:*

I - destinatário localizado neste Estado, quando este for contribuinte do imposto, inclusive se optante pelo SIMPLES NACIONAL;

II - remetente e o prestador localizados em outra unidade da Federação, inclusive se optante pelo SIMPLES NACIONAL, quando o destinatário não for contribuinte do imposto. (Grifos meus.)

Já o prazo para o recolhimento do ICMS ao Estado da Bahia é tratado no art. 332, inc. XIV do RICMS/2012:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito: (...)

XIV - no tocante ao imposto retido, devido a este estado por contribuinte localizado em outra unidade da federação e inscrito no cadastro na condição de substituto, no prazo previsto no convênio ou protocolo, sendo que, se não for previsto prazo de recolhimento, o tributo será recolhido até o dia 9 do mês subsequente ao da operação;

Da leitura dos dispositivos transcritos, constata-se que parte do ICMS devido ao Estado da Bahia correspondente a diferença entre as alíquotas internas e interestadual, pode ser recolhido até o dia 9 do mês subsequente ao da operação.

A autuada reconhece que efetivamente deixou de recolher o ICMS-DIFAL ao admitir como devido, em parte das operações arroladas no levantamento, tendo, como já consignado, efetuado o recolhimento do valor reconhecido.

Para as operações restantes, a defesa segregou os argumentos em duas vertentes.

Uma delas por entender que parte das operações estão amparadas pela isenção do ICMS, nos termos do Convênio ICMS 53/2007 e do art. 264, inc. XLI do RICMS/2012.

Outra parte, correspondente as notas fiscais de números 270.735, 270.737, 270.739, 257.889 e 257.891, sobre as quais afirma não ter obrigação de efetuar o recolhimento do imposto, pois, concebe ser o pagamento do DIFAL de responsabilidade do destinatário das mercadorias, conforme art. 155, §2º, inc. VIII, alínea “a” da Constituição Federal.

Os autuantes em sede de informação fiscal, não acataram os argumentos da defesa, aliás, não se manifestam a respeito, explicando apenas que “a autuação foi sobre imposto retido, cobrado e não recolhido, que é previsto na lei como crime tributário e se configura como apropriação indébita da maior gravidade”, fato que não se mostra verdadeiro, uma vez que parte das notas fiscais, objeto de autuação, não há sequer destaque de ICMS retido.

Inicialmente abordo o argumento da defesa referente as operações que a autuada entende estarem amparadas pela isenção do imposto por força do Convênio ICMS 53/2007, e do art. 264, inc. XLI do RICMS/2012.

Verifico que a autuada carrou aos autos cópias de notas fiscais, fls. 65 a 125, reunidas sob o título de Doc. 06, referentes a operações de vendas do produto NCM/SH 8702.10.00 – ÔNIBUS O KM – MOTOR DIESEL – MOD. F4H, todas destinadas a diversas Prefeituras de municípios baianos.

Do exame dos citados documentos, inclusive através de consultas por amostragem no PORTAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA, além de confirmar os destinatários das mercadorias, constato que no campo INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES destes documentos fiscais, constam dentre outros dados, os seguintes: números do contrato e do empenho, a expressão “Adesão ao Pregão 42/2015 – FNDE”, local de entrega, valor do DIFAL, percentual do imposto que cabe ao Estado da Bahia e ao Estado de origem, e a expressão “ICMS Deduzido do Preço” que corresponde ao ICMS-DIFAL.

Verifico também que não existe ICMS destacado no campo próprio, assim como não há indicação de ICMS RETIDO, de incidência do IPI e das contribuições PIS e COFINS.

Segue plotagem do campo INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES, constante na nota fiscal eletrônica – DANFE nº 252.990, referente à venda de um ônibus ao Município de Taperoá-BA:

Informações Complementares de Interesse do Contribuinte	
Descrição	CDR ORDINE: 243355 * PEDIDO: 313789 * TIPO TETO: Teto Baixo * FOLHA 1/1 * ICMS REL A PREST. D.RESP. D.AL/REM. Ano/Mod 2016/2016 * CONTRATO 47/2015 EMPENHO 160/2015 ADESAO A ATA DE REGISTRO DE PRECOS 21/2014 * EDITAL 63/2013 FASE VI ORE I ISENTO PIS/COFINS CONF LEI 11529 DE 22/10/2007 ICMS CONF * CONVENIO 53/07 DO CONFAZ, CONFORME DISPOSTO NO ANEXO I PARTE I, ITEM 160, DO RICMS/MG * CONTA PARA PAGAMENTO: BANCO DO BRASIL/ AG. 2659-X CONTA CORRENTE. 5599-9. ENDEREÇO DE * VEICULO C/ PLATAFORMA ELEVA TORIA. VEIC. C/ ACESSIBILIDADE CONFORME RESOLUCAO 402/2012 * CONTRAN ENQUADRADO NA LETRA G.H DO ANEXO I. ENTREGA: RUA DA BANDEIRA 138 * TAPEROA/ BA - CEP: 45430-000 * * Resolucao do Senado Federal no 13/12 - FCI no 56877132-0ED2-4629-8400-D41FBB4095C5. Valor difal: R\$8.480,65; Partilha 40% BA: R\$3.392,26 e 60% MG: R\$5.088,39; ICMS DEDUZIDO DO PRECO:11.872,90 * Entrada: R\$ 0,00 - Financiamento: R\$ 157.740,00 * Vencio parte financiada: ate 120 dias

O Convênio ICMS 53, de 16 de maio de 2007, estabelece na cláusula primeira, *in verbis*:

Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as operações com ônibus, micro-ônibus, e embarcações, destinados ao transporte escolar, adquiridos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito do Programa Caminho da Escola, do Ministério da Educação – MEC, instituído pela RESOLUÇÃO/FNDE/CD/Nº 003, de 28 de março de 2007.

§ 1º O disposto no caput somente se aplica à operação que esteja contemplada com isenção ou tributadas a alíquota zero pelos Impostos de Importação e sobre Produtos Industrializados – IPI e, também, a desoneração das contribuições para o Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP e da contribuição para o financiamento da seguridade social – COFINS.

§ 2º A isenção de que trata o caput somente se aplica às aquisições realizadas por meio de Pregão de Registro de Preços realizado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE.

O Estado da Bahia, estabeleceu as mesmas regras no art. 264, inc. XLI do RICMS/2012:

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações: (...)

XLI - as operações com ônibus, micro-ônibus, e embarcações, destinados ao transporte escolar e adquiridos pelos estados, Distrito Federal e municípios, no âmbito do Programa Caminho da Escola, do Ministério da Educação – MEC, instituído pela RESOLUÇÃO/FNDE/CD/Nº 003, de 28/03/2007, observadas as condições a seguir (Conv. ICMS 53/07):

a) a operação deve estar contemplada com isenção ou tributada com alíquota zero pelos Impostos de Importação e sobre Produtos Industrializados e, também, desonerada das contribuições para o PIS/PASEP e da COFINS;

b) as aquisições devem ser realizadas por meio de Pregão de Registro de Preços realizado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE;

c) a desoneração dos tributos indicados na alínea “a” deste inciso deverá ter o valor correspondente deduzido do preço dos respectivos produtos, mediante indicação expressa no documento fiscal relativo à operação;

Da leitura dos dispositivos transcritos, conclui-se que efetivamente são procedentes as razões da defesa quanto às operações referentes as notas fiscais que acobertaram as vendas de ônibus escolares aos municípios baianos arroladas na autuação, e, portanto, devem ser excluídas do levantamento, por não haver ICMS-DIFAL a recolher, mesmo porque, não foi retido como equivocadamente afirmaram os autuantes.

Quanto ao segundo argumento da autuada, relativo às notas fiscais de números 270.735, 270.737, 270.739, 257.889 e 257.891, cujas cópias estão apensas, fls. 141 a 146, verifico que tratam-se de operações de vendas a duas transportadoras:

TRANSPORTADORA RENER LTDA. – EPP, CNPJ nº: 03.979.665/0005-06, inscrita no CAD-ICMS sob nº 053.697.118, na condição NORMAL, apura o imposto na sistemática de CONTA CORRENTE FISCAL e exerce a atividade econômica principal 4930203 – TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PRODUTOS PERIGOSOS: notas fiscais números: 270.735, 270.737 e 270.739;

CENTRAL DE TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA. – EPP, CNPJ nº: 08.152.302/0001-97, estabelecida no município de Laranjeiras no Estado de Sergipe: notas fiscais números 257.889 e 257.891.

Para as operações cujo destinatário é o contribuinte estabelecido no Estado de Sergipe, não cabe ao Estado da Bahia exigir o recolhimento do ICMS-DIFAL, por ilegitimidade ativa, em face das operações realizadas destinarem os produtos a contribuinte estabelecido em outra Unidade da Federação, devendo os valores exigidos no lançamento, relacionados a estas operações, serem excluídos do lançamento.

Quanto as operações destinadas ao contribuinte estabelecido no Estado da Bahia, o argumento da defesa de que a responsabilidade pelo e recolhimento do imposto seria do remetente, merece acolhimento face as determinações legais.

É fato que a Constituição Federal no art. 155, §2º, inc. VIII, estabelece que nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado como responsável pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota, o destinatário, quando este for contribuinte do imposto, restando a responsabilidade do remetente apenas quando o destinatário não for contribuinte do imposto.

No caso das operações onde o adquirente é contribuinte do ICMS, inscrito no CAD-ICMS da Bahia, não havendo nos autos comprovação dos recolhimentos do ICMS-DIFAL, deverá a Fiscalização exigir a comprovação do recolhimento junto ao destinatário das mercadorias.

Portanto, os valores correspondentes as operações constantes nas notas fiscais números: 270.735, 270.737, 270.739, 257.889 e 257.891, devem ser excluídos do levantamento.

Quanto à alegação de que a multa sugerida tem caráter confiscatório, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, portanto, amparada pela lei. Ademais, essa alegação não pode ser apreciada pelos órgãos de julgamento administrativo, a teor do art. 167, inc. I, do RPAF/99.

Em referência ao pedido de cancelamento ou redução da multa, deixo de acatá-lo, visto que este órgão de julgamento administrativo não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, em razão da revogação do §8º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pela Lei nº 12.605/2012 com efeitos a partir de 15/12/2012.

Pelo exposto, feitos os ajustes necessários, julgo parcialmente procedente o presente auto de infração, conforme demonstrativo a seguir, que representa o valor reconhecido e recolhido pelo contribuinte:

Data		Base de Cálculo - R\$	Alíquota %	Imposto Devido - R\$
Ocorrência	Vencimento			
30/06/2017	15/07/2017	65.000,00	12,00	7.800,00
30/06/2018	15/07/2018	63.266,67	12,00	7.592,00
31/07/2018	15/08/2018	60.048,33	12,00	7.205,80
Total				22.597,80

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298624.0003/19-0**, lavrado contra **CNH INDUSTRIAL BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.597,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Esta Junta 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, de 17/08/18, efeitos a partir de 18/08/2018.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR