

PROCESSO - A. I. Nº 298624.0020/08-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0382-04/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 05/03/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0018-12/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO EM DESCONFORMIDADE COM REGRAS ESTABELECIDAS EM CONVÊNIO ICMS. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/BA, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JJF Nº 0382-04/09, que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 13/06/08, para exigir ICMS no valor de R\$127.846,22, acrescido da multa de 60%, relativo à retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta, na descrição dos fatos, que a irregularidade decorre do destaque a mais do ICMS, resultando em retenção a menos do ICMS para fins de substituição tributária interestadual.

Em defesa, a empresa, inicialmente, aponta a infração que culminou com a lavratura do Auto de Infração e se reporta, especificadamente, ao mês de maio de 2003, aduzindo que neste caso, além dos valores terem sido calculados de forma inconsistente, houve sua extinção por ter sido operada a decadência. Argumenta que o direito do Estado da Bahia de lançar crédito tributário do imposto sujeito a lançamento por homologação é de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, conforme termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN), cujo teor transcreve. Afirma que tomou conhecimento do Auto de Infração em 23/06/08, não podendo ser exigido ICMS das operações praticadas em 2003. Ressalta que não se deve cogitar na aplicação do disposto no art. 173, I do CTN, pois norma de regra geral da decadência e sim do art. 150, § 4º do mesmo diploma legal, que trata de regra própria de imposto homologatório. Transcreve diversas decisões de Tribunais Superiores (REsp 470.219/SP; REsp 279.473/SP; REsp 278.727/DF e REsp 172.997/SP) para corroborar o seu posicionamento.

No mérito afirma que das 153 operações objeto do Auto de Infração, 143 se referiram à remessa de veículos com finalidade específica de "Test Drive", não destinadas a posteriores revendas, sendo "Fat. direto ao cons. – Convênio ICMS 51/00 e 10 operações, conforme indicado na nota fiscal "Faturamento direto ao consumidor - Convênio ICMS 51/00" (empresa), que, de igual forma, não são destinadas a posteriores revendas.

Diz que embora o autuante sustente que houve recolhimento a mais para o Estado do Paraná, resultando em recolhimento a menos para o Estado da Bahia, por ter sido aplicada incorretamente a alíquota de 12% ao invés de 7% relativa à operação própria, nos seus demonstrativos não indicou como foi apurada a diferença de 5% calculada a mais na operação própria. Em vista desta circunstância, alega falta de fundamentos legais para desconsiderar o regime de apuração adotado (Convênio ICMS 51/00), em detrimento de cláusulas do Convênio ICMS 132/92, já que inexistem provas de que os veículos foram revendidos. O RPAF/BA é expresso em determinar que o Auto de Infração deve identificar o contribuinte que lhe é imputada, recomendar o montante exigido e, não sendo atendidos tais requisitos, fica in

razões que levaram a fiscalização a desconsiderar a alíquota de ICMS aplicável nas vendas de veículos com faturamento direto a consumidor. Assim, prossegue, ele deve ser anulado por ferir o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88). Transcreve parte de texto de autoria da professora Maria Sylvia Zanella Di Petro, os artigos 2º e 18 do RPAF/BA objetivando reforçar o seu posicionamento de que ficou impedido de exercer o seu direito de defesa, por não ter sido dado conhecimento dos fatos que levaram a fiscalização a aplicar o disposto no Convênio ICMS 132/92, bem como, não foi cientificado dos critérios adotados pela fiscalização na quantificação dos valores contidos na coluna "Diferença" contida no demonstrativo juntado ao Auto de Infração.

Afirma que mesmo se entendendo não sendo aplicáveis as regras previstas no Convênio ICMS 51/00 às operações praticadas, a exigência é indevida. Esclarece que estando localizada no Estado do Paraná, ao realizar operações de vendas interestaduais de veículos é obrigado a recolher o ICMS sobre a operação própria para aquele Estado e, em virtude do regime de substituição tributária, obrigado a recolher o ICMS para o Estado destinatário, no caso, a Bahia, tanto para as vendas destinadas a Distribuidores autorizados - Convênio ICMS 132/92 como aquelas "Direta a consumidor final- Convênio ICMS 51/00". Que ao ser acusado do destaque do ICMS normal mediante aplicação de alíquota de 12% ao invés de 7%, resultando em recolhimento a menos do ICMS para o Estado da Bahia com inobservância das disposições contidas no Convênio ICMS 132/92, a fiscalização não observou que as vendas foram feitas diretamente a consumidores finais (Convênio ICMS 51/00). Observa que, embora tenha indicado a aplicação das Cláusulas terceira, sexta, sétima e oitava do Convênio ICMS 132/92, *"utilizou-se da base de cálculo reduzida prevista no Convênio ICMS 51/00 e não o valor da operação por ela praticado"*.

Ressalta que a Cláusula Segunda, Parágrafo Único do Convênio ICMS 51/00 estabelece que o imposto devido ao Estado de origem tem como base de cálculo o valor da venda (acrescido dos acessórios e IPI), reduzido de um percentual, sendo calculado mediante aplicação da alíquota interna, que no Estado do Paraná é de 12%, o que foi efetivamente praticado, conforme tabela apresentada à fl. 44 (art. 682-B do RICMS/BA) relativa à saída de veículos da Região Sul com destino à Região Nordeste, denominados fatores de redução da base de cálculo de faturamento direto ao consumidor, que vai de 32,70% a 45,08% em função da sujeição da alíquota de IPI de 0% a 35%, utilizando a seguinte fórmula: $ICMS \text{ próprio} = PV \times FRBC \times alq.i.o.$ Já o Convênio ICM 132/92, determina que nas operações sujeitas ao regime de apuração nele previstas, o imposto devido ao Estado de origem é calculado com base no valor da operação praticada, sem qualquer redução, mediante aplicação da alíquota interestadual vigente para a operação, no caso 7%, conforme demonstrou à fl. 46 utilizando a seguinte fórmula: $ICMS \text{ próprio} = PV \times aliq. \text{ Int.}$ Neste contexto, como as operações objeto da autuação decorreram de vendas diretas a consumidor final, conforme indicado nas notas fiscais emitidas, não há do que se cogitar na aplicação da alíquota interestadual (7%) e nem a redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 51/00 como quer a fiscalização, pois não se pode utilizar critérios previstos nos citados Convênios de forma concomitante visto que se trata de regimes próprios de apuração de imposto para operações diferentes (venda a consumidor final e vendas para comercialização) não se resumindo a aplicação de alíquota interna. Em seguida, tece comentários sobre alíquota, base de cálculo, preço do veículo e dos acessórios, aplicação de alíquotas de 12% pela de 7%, previstas de forma diferenciada nos citados Convênios. Exemplifica seu argumento com a Nota Fiscal nº 33488 (fl. 106), demonstrando a forma equivocada do autuante em exigir o imposto ora em combate por ter aplicado as regras concomitantemente dos dois Convênios já citados. Conclui sua linha de raciocínio afirmando que, caso seja acatado o procedimento por ele adotado com aplicação do Convênio ICMS 51/00 (alíquota de 12% sobre a base de cálculo reduzida), não resta qualquer valor devido na presente autuação e se adotada a sistemática prevista no Convênio ICMS 132/92, é necessário o refazimento dos cálculos considerando a aplicação da alíquota de 7% sobre o valor da operação praticada (sem redução prevista no Convênio ICMS 51/00).

Por fim, requer o acatamento da nulidade pretendida, improcedên
correto do ICMS próprio com aplicação das regras previstas :
retificação dos cálculos com aplicação das regras estabelecida
reabrindo o prazo para eventual pagamento com redução de pag

legislação do imposto. Protesta pela juntada de documentos para comprovar os fatos e indica, à fl. 51, o endereço para remessa de correspondências.

Os autuantes discordam da preliminar de decadência pretendida diante das determinações legais contidas no art. 173, I tudo do CTN. No mérito, dizem que os arquivos magnéticos apresentados pelo contribuinte, bem como as provas levantadas, contradizem as alegações da defesa, visto que, em todas as operações realizadas foi utilizado o CFOP 6.401 (venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto) relativa a operações de revenda, conforme planilhas acostadas às fls. 7/13, onde consta, inclusive, a condição dos diversos destinatários, *"que se trata de estabelecimentos destinados ao comércio a varejo de automóveis, camionetas e utilitários novos"*. Com relação à alegação de que "a totalidade" das operações se destina a "test drive" e uso e consumo sem revenda posterior, ressaltam que em ambos os casos se tratariam de operações destinadas ao ativo imobilizado, situação em que os veículos deveriam permanecer pelo menos um ano, não podendo ser considerado de uso consumo. Entretanto, pelos extratos obtidos junto à Gerência de IPVA da SEFAZ ficou demonstrado de que para os veículos, objeto das Notas Fiscais nºs 104937 e 150817, houve transferência de suas titularidades, nas datas de 16/12/05 e 10/10/06, o que, entendem, descaracteriza a pretensão do autuado.

Quanto à base de cálculo, esclarecem que *"foram utilizados exclusivamente aqueles constantes das notas fiscais, consignados pelo próprio contribuinte"*. Pugnaram pela manutenção da autuação.

A 4ª JJF determina a realização de diligência (fls. 251/252) para que os autuantes refizessem os demonstrativos originais levando em consideração as regras estabelecidas no Convênio ICMS 132/92, como indicado no enquadramento da infração. Esta diligência não foi atendida, já que os autuantes declararam: *"ficamos impossibilitados de atender, visto que o Convênio ICMS 132/92 requer conhecimento do preço de fábrica de cada veículo, informação não presente nas notas fiscais emitidas conforme Convênio ICMS 51/00"*.

A 4ª JJF após analisar as peças processuais proferiu a seguinte Decisão.

Inicialmente rejeitou a preliminar de nulidade arguida, diante das determinações legais contidas no art. art. 107-B, § 5º, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia).

Após indicar a acusação, resumir as alegações de defesa e os contra argumentos apresentados pelos autuantes, a 4ª JJF assim decidiu:

“.....

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que a fiscalização apurou o débito com base nas regras dispostas no Convênio ICMS 132/92, que regulamenta operações praticadas com distribuidoras autorizadas, enquanto o autuado escriturou as operações com base no Convênio ICMS 51/00 que disciplina operações realizadas diretamente a consumidor final.

Em busca da verdade material, esta JJF determinou a realização de diligência no sentido de que fossem refeitos os demonstrativos originais levando em consideração as regras estabelecidas no Convênio ICMS 132/92, como indicado no enquadramento da infração, o que não foi feito segundo os autuantes em razão da impossibilidade de atender, por não disporem do preço de fábrica de cada veículo, conforme previsto no Convênio 132/92.

Pelo exposto, constato que as operações praticadas pelo contribuinte autuado estão em conformidade com as regras dispostas no Convênio ICMS 51/00. Entretanto, os autuantes exigiram o ICMS-ST aplicando as regras dispostas no Convênio ICMS 132/92, que regula as operações de ICMS-ST nas vendas diretas a consumidor cuja base de cálculo do ICMS é igual $PV \times FRBC \times ICMS-ST$ nas vendas diretas a consumidor final cuja base de cálculo do ICMS é igual $PV \times aliquota\ interna$, porém utilizando a base de cálculo prevista no Convênio ICMS 51/00, que regula operações de ICMS-ST de venda para revenda cuja base de cálculo é apurada utilizando a seguinte fórmula $ICMS = PV \times aliquota\ interna$.

Sendo assim, restou comprovado vício insanável na apuração do imposto exigido, tendo em vista que foram utilizadas regras previstas no Convênio ICMS 132/92, mas utilizando base de cálculo prevista no Convênio ICMS 51/00.

Concluo, portanto, após análise de tudo quanto foi aqui colocado, considerando como foi apurado o imposto lançado, e, não sendo possível promover o ofício ser declarado nulo por não conter elementos suficientes para se determinar nos termos do art. 18, IV, "a", do RPAF/99.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, que poderá ser renovado mediante determinação da autoridade competente, a salvo de equívocos.”

De ofício, a 1ª Instância de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

VOTO

O lançamento fiscal diz respeito à exigência do imposto relativo à retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações subsequentes, em vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A razão determinante que levou a JJF a decretar a nulidade do lançamento fiscal está correta, não havendo qualquer reparo a ser feito. De fato, da análise das peças processuais, resta provado que a fiscalização ao apurar débito ora exigido utilizou, concomitantemente, das regras contidas no Convênio ICMS 132/92 e no Convênio ICMS 51/00, sendo que o primeiro regulamenta operações comerciais com distribuidoras autorizadas, enquanto o segundo disciplina operações realizadas diretamente a consumidor final. São regras reguladoras de regimes próprios de apuração de imposto para operações comerciais diferentes. E, como bem posicionado pela JJF na sua Decisão, *os autuantes exigiram o ICMS-ST aplicando as regras dispostas no Convênio ICMS 132/92, que regula as operações de ICMS-ST nas vendas diretas a consumidor cuja base de cálculo do ICMS é igual $PV \times FRBC \times ICMS-ST$ nas vendas diretas a consumidor final cuja base de cálculo do ICMS é igual $PV \times FRBC \times$ alíquota interna, porém utilizando a base de cálculo prevista no Convênio ICMS 51/00, que regula operações de ICMS-ST de venda para revenda cuja base de cálculo é apurada.*

Afora tal circunstância e diante das razões expostas pelos autuantes em sua informação fiscal (as operações comerciais diziam respeito a vendas a consumidor final), a 1ª Instância deste Colegiado ainda buscou sanar a questão, remetendo os autos aos autuantes para que fossem utilizadas as regras do Convênio ICMS 132/92, mas não obteve êxito, já que eles afirmaram não poder realizar os cálculos, *visto que o Convênio ICMS 132/92 requer conhecimento do preço de fábrica de cada veículo, informação não presente nas notas fiscais emitidas conforme Convênio 51/00.* Ou seja, restou demonstrado que as operações realizadas pelo contribuinte estavam calculadas em conformidade com as regras dispostas no Convênio ICMS 51/00, que, se errôneas, deveriam ser recalculadas corretamente, o que não foi feito pelos próprios prepostos fiscais.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter inalterada a Decisão recorrida que julgou Nulo o Auto de Infração. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal mediante determinação da autoridade competente, a salvo de equívocos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **298624.0020/08-7**, lavrado contra **VOLKSWAGEM DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTES LTDA**. Recomenda-se que a autoridade competente verifique a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA

Created with

 **nitroPDF** professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional

JOSÉ AUGUSTO MARTINS