

A. I. N° - 232400.0002/10-8  
AUTUADO - CATERPILLAR BRASIL LTDA.  
AUTUANTES - NILCÉIA DE CASTRO LINO e SUELY CRISTINA TENÓRIO MUNIZ RIBEIRO  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET 26.04.2011

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0075-05/11**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, RELATIVO ÀS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES, NAS VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA.

**a) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO; b) RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS.** O autuado é o contribuinte substituto para a obrigação do recolhimento do imposto, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, definido através do Protocolo ICMS 41/08, firmado entre os Estados envolvidos na operação. Ficou comprovado nos autos que as mercadorias comercializadas se enquadram no citado Protocolo e que a alegação de defesa não elidiu a acusação fiscal, pois não restou comprovado que os prováveis recolhimentos realizados pelos destinatários das suas mercadorias, correspondem àqueles que foram objeto do crédito tributário reclamado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/10, exige o ICMS-ST, no valor total de R\$ 319.627,32, acrescido da multa de 60%, conforme documentos às fls. 32 a 401 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de retenção do ICMS, no valor de R\$ 264.754,73, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de junho de 2008 a dezembro de 2009;
2. Retenção a menor do ICMS, no valor de R\$ 54.872,59, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de junho a setembro de 2008.

Foi consignado, ainda, no campo “Descrição dos Fatos”, que “*Para cálculo do ICMS ST Devido no período de junho de 2008 a fevereiro de 2009, foi utilizada a MVA de 56,9% prevista no inciso II do § 3º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 41/08. A partir de março de 2009, foi utilizada a MVA de 41,7% prevista no inciso I do dispositivo acima citado, em razão de Contrato de Fidelidade firmado 02/03/2009, anexo, em conformidade com a regra prevista na alínea b do inciso I do § 2º da Cláusula Segunda do mesmo Instrumento Legal.*”

O autuado, através de seus advogados legalmente constituídos, tempestivamente, apresenta defesa, às fls. 406 a 411 dos autos, na qual destaca sua condição de contribuinte substituto do ICMS de diversos produtos que comercializa, tais como tintas, combustíveis e peças.

Após transcrever as irregularidades imputadas ao autuado, diz que os trabalhos fiscais se limitaram a analisar a documentação fiscal da impugnante, sem maiores investigações a respeito do recolhimento do imposto, uma vez que, o fato de não ter efetuado o recolhimento do ICMS-ST, não causou prejuízo aos cofres públicos do Estado da Bahia, haja vista que os valores de ICMS foram recolhidos pelo destinatário das mercadorias.

Preliminarmente, em relação à segunda infração, apresenta comprovante de pagamento da totalidade do débito (fl. 434) e, em relação à primeira infração, reconhece parcialmente os débitos tão-somente no tocante à diferença da margem de valor agregado aplicada nas operações ocorridas entre junho/2008 a junho/2009 (26,5% X 40%), uma vez que os valores integrais dos débitos deste período foram recolhidos pelo destinatário.

Tece comentários sobre o mecanismo da substituição tributária, através da qual a responsabilidade tributária, que normalmente seria atribuída a uma pessoa, é transferida para outra. Diz que, no caso em tela, a legislação atribuiu ao impugnante a condição de substituto tributário responsável pelo recolhimento do ICMS incidente sobre as saídas subsequentes das mercadorias que serão efetuadas por seus destinatários. Contudo, como não é possível determinar o valor da base de cálculo destas saídas posteriores, o ICMS-ST é calculado de acordo com uma presunção de margem de valor agregado (MVA) por parte dos destinatários das mercadorias do autuado.

Salienta que ocorreram falhas nos seus controles internos que fizeram com que não efetuasse o recolhimento do ICMS-ST devido ao Estado da Bahia sobre algumas mercadorias que, por força da legislação, estavam sujeitas ao regime de substituição tributária. Entretanto, aduz que as falhas cometidas não causaram prejuízos ao Fisco baiano, na medida em que as parcelas de ICMS-ST não recolhidas pelo autuado foram recolhidas pelos destinatários das mercadorias.

Diz que, no período de junho/2008 a junho/2009, as filiais da empresa revendedora Marcosa S.A. (CNPJ nº 04.894.077/0030-48 e nº 04.894.077/0037-14) localizadas em território baiano, aplicaram uma MVA de 26,5% sobre todas as mercadorias que receberam do impugnante, inclusive as apontadas nos anexos do Auto de Infração, e recolheram o ICMS-ST sobre tais operações.

Como prova de sua alegação, anexa arquivos magnéticos contendo Registro de Entradas da Marcosa, demonstrando a entrada das mercadorias, e cópia dos DAEs utilizados para recolhimento do ICMS-ST.

Assim, destaca que as autuantes não consideraram o fato de que as filiais da Marcosa, revendedoras dos produtos do impugnante no Estado da Bahia, efetuaram diversos pagamentos do ICMS-ST quando do ingresso das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Entende que, diante de tais recolhimentos, a exigência do ICMS-ST sobre tais mercadorias configuraria a cobrança em duplicidade destas parcelas do imposto, razão pela qual tal cobrança não pode prosperar, do que protesta pela produção de prova pericial para determinação de eventuais prejuízos que tenham ocorridos em função do não recolhimento do ICMS-ST.

Por fim, requer que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, decretando a insubsistência do lançamento atacado, em virtude dos insanáveis erros de fato e de direito cometidos durante o trabalho fiscal, como também requer a juntada posterior de documentos.

As autuantes, em sua informação fiscal, às fls. 441 a 449 dos autos, após transcreverem dispositivos legais que imputam ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subsequentes, previsto no Protocolo ICMS 41/2008, dizem que não pode prosperar o argumento do autuado de que o recolhimento foi efetuado pela destinatária e que tal exigência se configuraria em cobrança em duplicidade do imposto, visto que os elementos apresentados, além de insuficientes para desqualificar o crédito constituído, não conferem confiabilidade para verificar se os lançamentos e recolhimentos constantes no CD apresentado correspondem aos valores impugnados, visto que:

- 1º) No presente Auto de Infração, foi apurado que o impugnante realizou remessa de mercadorias para o Estado da Bahia para três filiais da empresa Marcosa S.A., enquanto os dados constantes no CD são de apenas uma filial, não havendo menção quanto às remessas para as outras filiais;
- 2º) Nos registros dos livros fiscais constantes do CD apresentado referentes aos meses de agosto/2009 e novembro/2009 não está exibida a coluna correspondente ao ICMS-ST, o que inviabiliza qualquer possibilidade de análise;
- 3º) No período posterior a fevereiro/2009, não obstante a equalização da MVA aplicada para apurar o ICMS-ST pela fiscalização com a que o impugnante afirma ter utilizado, 41,7%, em razão do contrato de fidelidade, os valores do ICMS-ST lançados no livro Registro de Entrada da empresa Marcosa S.A. são inferiores ao apurado, a exemplo de diversas notas fiscais relacionadas;
- 4º) Várias notas fiscais com ICMS-ST devido, identificadas no Auto de Infração, foram lançadas no livro Registro de Entradas, constante do CD, sem o respectivo valor da retenção, a exemplo das notas fiscais de nº 528, 529, 537 e 538;
- 5º) Após minuciosa conferência, restou constatado que várias notas fiscais com ICMS-ST devido não foram localizadas no livro Registro de Entradas do CD, fls. 436, tais como: 398557, 590712, 398581, 398597, 600165, etc.

Assim, diante dessas diversas situações elencadas, sustentam as autuantes da impossibilidade de se aceitar, como meio de prova de quitação dos recolhimentos exigidos através deste lançamento de ofício, o CD apresentado pela defesa, pois entendem que a obrigação tributária não foi cumprida e se foi em parte, como pretensamente afirma o impugnante, não foram oferecidas provas capazes de demonstrar que os prováveis recolhimentos realizados por um dos destinatários das suas mercadorias correspondem àqueles que foram objeto do crédito tributário reclamado.

Por fim, aduzem as autuantes que, porém, conquanto comprovado, existe previsão legal para que o interessado solicite à autoridade administrativa competente a restituição dos valores que porventura considere “devidos” a fim de afastar qualquer possibilidade de ficar caracterizada a pretensa cobrança em duplicidade arguida pelo impugnante. Assim, ratificam a ação fiscal.

Às fls. 452 e 453, constam extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária), consignando valores reclamados, recolhidos e demais acréscimos legais.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do remetente, localizado no Estado de São Paulo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o ICMS-ST de R\$ 319.627,32, acrescido da multa de 60%, relativo às operações subsequentes, nas vendas de peças, partes, componentes, acessórios e outros produtos listados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, de uso especificamente automotivo, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, sendo R\$ 264.754,73 por ter deixado de proceder à retenção do ICMS-ST e R\$ 54.872,59 por ter retido a menor, consoante documentos às fls. 32 a 401 dos autos.

O autuado, em sua defesa, preliminarmente, reconhece integralmente a exigência relativa à segunda infração e parcialmente à primeira infração quanto à diferença da margem de valor agregado aplicada nas operações ocorridas entre junho/2008 a junho/2009 (26,5% X 40%), sob a alegação de que os valores integrais dos débitos deste período foram recolhidos pelo destinatário.

Destaca que as autuantes não consideraram o fato de que as filiais da Marcosa, revendedoras dos produtos do impugnante no Estado da Bahia, efetuaram diversos pagamentos do ICMS-ST quando do ingresso das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cuja cobrança configuraria exigência em duplicidade destas parcelas do imposto. Assim, requer que seja decretada a nulidade do Auto de Infração em virtude dos insanáveis erros.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, arguido pelo defendant, pois o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, como também não restou comprovada a existência de erros no levantamento fiscal, como alega o autuado, o qual, inclusive reconhece como devida parte das exigências consignadas no Auto de Infração.

Também indefiro o pedido de produção de prova pericial para determinação de eventuais prejuízos que tenham ocorridos em função do não recolhimento do ICMS-ST, requerido pelo autuado, pois a prova de tal fato não depende do conhecimento especial de técnicos, nos termos do art. 147, II, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, sendo de ônus de quem alega.

Quanto ao mérito, é o remetente, ora autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subsequentes, previsto no Protocolo ICMS 41/2008. Em que pese o esforço do autuado em comprovar que, na medida em que as parcelas de ICMS-ST não recolhidas pelo autuado, foram recolhidas pelos destinatários das mercadorias, quando do ingresso das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, tal alegação não restou cabalmente comprovada. Sendo assim, não efetivando os recolhimentos dos quais era responsável por força legal, cabe ao sujeito passivo demonstrar de forma indubitável sua alegação, o que não ocorreu.

Conforme bem pontuaram as autuantes, não foram oferecidas provas capazes de demonstrar que os prováveis recolhimentos realizados, por apenas um destinatário das suas mercadorias, correspondem àqueles que foram objeto do crédito tributário reclamado, relativo à remessa de mercadorias para três filiais da adquirente, além de que várias notas fiscais com ICMS-ST devido não foram localizadas no livro Registro de Entrada do estabelecimento filial, trazido aos autos como prova. Logo, diante de tantas inconsistências, corroboro com o entendimento de que a obrigação tributária não foi cumprida e se foi em parte, como pretensamente afirma o impugnante, não foi documentalmente comprovada, cabendo aos interessados solicitar à autoridade administrativa competente a restituição dos indébitos fiscais.

Assim, diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo-se homologar os valores recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232400.0002/10-8**, lavrado contra **CATERPILLAR BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$319.627,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos devidos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA