

A. I. Nº - 269369.0007/11-6
AUTUADO - KOMATSU FOREST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS FLORESTAIS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO FISCHBORN
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 17. 12. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0277-01/13

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo, entre as Unidades da Federação envolvidas na operação, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação. Contrariamente, se as mercadorias estavam sujeitas à retenção do imposto pelo remetente, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 7.014/96 e em consonância com o Protocolo ICMS 41/08, celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias, é indevida a exigência do imposto do destinatário, por ilegitimidade passiva. Efetuadas as devidas correções do lançamento, remanesce parcialmente a exigência fiscal. Infração parcialmente subsistente. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. Restou comprovado mediante realização de diligência cumprida pelo próprio autuante, por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, que as mercadorias discriminadas nas notas fiscais arroladas neste item da autuação, efetivamente, têm a condição de usadas, portanto, sendo correta a redução da base de cálculo utilizada pelo contribuinte. Infração insubsistente. Rejeitada a nulidade arguida. Indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/08/2011, exige crédito tributário no valor de R\$347.181,55, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 [art. 353, II, do RICMS/97], nos meses de janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$327.814,81, acrescido da multa de 60%;

2. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de março e julho de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$19.366,74, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogados regularmente constituídos, apresentou impugnação (fls. 81 a 86), arguindo, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração por não preencher os requisitos legais previstos na legislação que trata do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia. Invoca o art. 129, §1º, inciso IV, da Lei nº 3.956/81 [COTEB], para afirmar que ao se compulsar os demonstrativos acostados ao Auto de Infração fica evidente que o autuante não cumpriu o mencionado dispositivo legal.

Aduz que no demonstrativo falta a indicação da correção monetária incidente, bem como os critérios a título de acréscimos monetários, ficando preterido o seu direito de defesa.

Rechaça a infração 01, consignando que o núcleo da questão reside no fato de se considerarem as notas fiscais elencadas no “LEVANTAMENTO DE MERCADORIAS COM ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”, deduzido em 24 páginas, que fazem parte do Auto de Infração, como aquisições interestaduais tributadas pelas alíquotas de 7% e 12%, quando estas se tratam de transferências entre a sede e/ou outras filiais da empresa com a filial de Nova Viçosa-BA.

Salienta que tratou as saídas como incursas no Anexo 88, item 31, subitem ‘2’ – “NAS DEMAIS SAÍDAS INTERNAS”, com MVA de 40%, enquanto o Fisco entende que não são transferências, mas sim aquisições tributadas pela alíquota de 7% sujeitas ao “Montante de Valor Adicionado” – MVA, de 56,90% e/ou se tributadas pela alíquota de 12% sujeitas a MVA de 48,40%.

Afirma que não há como prosperar a autuação, atribuindo aquelas situações constantes do levantamento realizado pelo autuante como aquisições, haja vista que prova incontestável de que se trata de transferências, e não de aquisições, se tem pela simples observação de duas situações: uma que consta dos autos, e outra que passa a demonstrar, no caso:

- no “LEVANTAMENTO DE MERCADORIAS COM ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”, encontra-se como remetente o estabelecimento autuado;
- do contrato social consolidado consta na quarta e quinta páginas as quatorze filiais da empresa.

Frisa que no mais, requer a realização de diligências para se constatar tais provas que surgem do caderno processual, para afastar integralmente a infração 01, por se tratar de transferências e não de aquisições, sendo precisa e exata a utilização da MVA de 40%.

Argumenta, ainda, que não procede a inclusão nesta autuação das Notas Fiscais nº 0007779; 0068856; 0068857; 0068858; 0068859; 0069007; 0069008; e 0069073, do exercício de 2008, pois foram arroladas no Auto de Infração nº 298942.0311/10-6, lavrado em 22/03/2010, no valor histórico de R\$ 22.111,87, integralmente quitado, razão pela qual devem ser excluídas da exigência fiscal.

No que tange à infração 02, sustenta que o recolhimento a menos referente às Notas Fiscais nºs 26294 de 03/03/2009 e 29396 de 17/07/2009, em razão de utilização indevida de redução de base de cálculo conforme entende o Fisco não ocorreu. Menciona que a fundamentação legal para a redução da base de cálculo em 80%, decorre da alínea “a” do inciso II do artigo 83[RICMS/97].

Diz que, dessa forma, a base de cálculo do ICMS de R\$ 76.000,00, valor do ICMS de R\$ 12.920,00, total da nota fiscal R\$ 380.000,00, Nota Fiscal nº 26294 de 03/03/2009. Já a Nota Fiscal nº 29396 de 17/07/2009, tem como base de cálculo do ICMS R\$ 100.000,00, valor do ICMS R\$ 17.000,00 e valor total da nota fiscal R\$ 500.000,00.

Assevera que a infração 02, queda em face de sua total improcedência, por se tratar de permissão legal contida no final do artigo 83 caput: “.....e de 80% nos demais casos, observando-se o seguinte (Conv. ICM nº 15/81);...”.

Conclui afirmando que o Auto de Infração não possui qualquer respaldo fático e legal, razão pela qual, deve ser julgado totalmente insubsistente. Protesta pela produção de outras provas que se fizerem necessárias para corroborar com a total improcedência do auto de infração e imposição de multa, como juntada de outros documentos, perícias e constatações.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 147 a 154), observando que no levantamento, conforme descrito na planilha de cálculo de fls. 12 a 35 dos autos, cuja cópia o contribuinte recebeu, conforme comprovante à fl. 75, no campo “remetente” e “CFOP”, em que são detalhadas as notas fiscais, percebe-se a existência de notas fiscais de “transferência” de mercadorias da empresa Komatsu “matriz” e outras “filiais” para a empresa autuada (Komatsu, filial de Nova Viçosa/BA) - CFOP das notas fiscais 6151 e 6152, mas, também, se percebe notas fiscais de aquisições de mercadorias (compras), feitas pelo autuado, de outras empresas, como, por exemplo, SEAL, ANTARES, GAPIZA, ASTRA, RADIADORES VIT, RADIADORES VITÓRIA, HIDROCROMO, DINNIL, sendo o CFOP das notas fiscais 6101.

Observa, ainda, que se tratando de transferências ou de aquisições, ambas as operações são alcançadas pela Antecipação Tributária.

Afirma que é devida a antecipação tributária, sendo que, a Bahia é signatária do Protocolo 41/08, alterado pelo Protocolo 49/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com peças, componentes e acessórios, para veículos automotores e outros fins, tendo como Estados signatários, além da Bahia, os Estados de: Amapá, Amazonas, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraná, Piauí, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo e o Distrito Federal.

Aduz que assim sendo, quando a mercadoria se originar de um destes Estados, caberá ao remetente efetuar a substituição tributária, recolhendo o ICMS para o Estado da Bahia através de GNRE, que acompanhará a Nota Fiscal, ou no prazo do dia 09 do mês subsequente, caso o remetente tenha inscrição de substituto tributário na Bahia.

Registra que as mercadorias, no caso, peças, componentes e acessórios, para veículos automotores e outros fins, também estão enquadradas no regime de substituição tributária pela legislação interna, conforme previsto no RICMS-BA/97, no seu art. 353, inciso II, item 30, que sujeitam ao regime todas as mercadorias caracterizadas como autopeças, independentemente da sua classificação fiscal.

Diz que, dessa forma, todas as peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores se sujeitam à substituição tributária nas operações internas, não importando, para a aplicabilidade do regime dentro dos limites territoriais deste Estado, o fato de não estarem arroladas no Anexo único do Protocolo 41/08.

Assevera que dessa forma, nas operações interestaduais de peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores para comercialização, em que o remetente não tenha efetuado a retenção do imposto para o Estado da Bahia, estará o adquirente obrigado a efetuar a retenção no momento da entrada das mercadorias no território baiano, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, caso esteja devidamente credenciado a efetuar o recolhimento em prazo especial, conforme o art. 125, inciso II, "b", e § 7º, do RICMS/97.

Consigna que o imposto referente à antecipação tributária que está sendo exigido através deste Auto de Infração e que o contribuinte está sujeito é uma “retenção do imposto referente às operações internas subsequentes”. Ou seja, o contribuinte está pagando um imposto antecipado, por isso o nome antecipação tributária, sobre a operação de venda que ainda fará, não importando se as mercadorias adentraram no estabelecimento autuado como compra (aquisição) ou como transferência de produção da matriz para a filial.

Assinala que não caberia a antecipação do imposto nas hipóteses previstas no art. 355 do RICMS/97, cujo teor reproduz.

Assevera que a empresa Komatsu, inscrição estadual 50.427.958, não se enquadra no inciso I do artigo 355 do RICMS/97, pois, embora seja filial da matriz sediada no Estado do Paraná, não é

estabelecimento filial atacadista. Também não opera como estabelecimento atacadista, vendendo veículos, máquinas, equipamentos e peças a outras empresas varejistas que farão a venda no varejo dessas máquinas, veículos, partes e peças, sendo o Código de Atividade Econômica Principal da Komatsu filial 003, de Posto da Mata, Nova Viçosa/BA 28.69-1-00. CNAE secundários: 2543800, 2866600, 3321000.

Quanto à determinação da MVA a ser utilizada, transcreve o item 31 do anexo 88 do RICMS/97, para afirmar que as aquisições da empresa Komatsu Forest Indústria e Comércio de Máquinas Florestais Ltda, filial de Nova Viçosa - BA, com CNPJ 75.173.575/0003-77, não se enquadram em nenhuma das duas situações de aquisições, no caso:

- de fabricante de veículos automotores para atender índice de fidelidade;
- ou, de fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas rodoviários, cuja distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade.

Diz que a empresa Komatsu (CNPJ 75.173.575/0003-77) não se enquadra, em razão de não fazer aquisições de fabricante de veículos automotores para atender índice de fidelidade, até mesmo porque não é uma concessionária, e sim uma filial da empresa Komatsu, estabelecida em Curitiba-PR. Também porque não faz aquisições de fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas rodoviários, cuja distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade.

Reitera que o autuado adquire ou recebe em transferência equipamentos, partes e peças de sua matriz sediada em Curitiba/PR, de outras filiais da mesma empresa sediadas em MG, SP, ES, como também de outras empresas. Ou seja, não há distribuição exclusiva e nem contrato de fidelidade formalmente estabelecido entre essa empresa e alguma outra, à época do período fiscalizado.

Frisa que, dessa forma, ao definir qual a MVA a ser utilizado, restaria ao autuado as seguintes opções: MVA de 56,90% nas demais aquisições interestaduais e que estejam tributadas pela alíquota de 7%; MVA de 48,40% nas demais aquisições interestaduais e que estejam tributadas pela alíquota de 12%.

Prosseguindo, registra que no Auto de Infração nº 298942.0311/10-6, aduzido pelo impugnante, consta esta mesma infração que se discute no presente Processo Administrativo Fiscal, sendo que, naquele lançamento de ofício o autuado reconheceu a infração e pagou integralmente, enquanto no presente processo alega não ser procedente a autuação por se tratar de “transferência” de mercadorias.

Admite ter incorrido em equívoco ao incluir as Notas Fiscais nº 0007779; 0068856; 0068857; 0068858; 0068859; 0069007; 0069008; e 0069073, no levantamento, pois já haviam sido arroladas no levantamento anterior, na fiscalização do exercício de 2008, dentro do mês de dezembro de 2008. Acrescenta que como tais notas fiscais estavam arquivadas juntamente com as notas fiscais de janeiro de 2009, foram equivocadamente incluídas no levantamento do exercício de 2009, gerando duplicidade de exigência.

Diante disto, opina no sentido de que o Julgador acate esse argumento da defesa, procedendo a exclusão dessas 8 notas fiscais do levantamento em questão.

Observa que gerou uma exigência indevida referente a essas oito notas fiscais no valor de R\$22.273,95, sendo que, conforme demonstrado no levantamento de fls. 12 a 13 dos autos, no mês de janeiro de 2009 o autuado recolheu ICMS antecipação tributária no valor de R\$ 46.799,83, tendo sido calculado como devido ICMS no valor de R\$48.304,55, gerando ICMS ainda a recolher no valor de R\$ 1.504,72, referente ao período de janeiro de 2009.

Assim, ao excluir essas notas fiscais, que totalizaram um ICMS devido de R\$22.273,95 do valor calculado como devido de R\$48.304,55; o autuado deveria recolher a título de ICMS antecipação tributária competência janeiro de 2009, o montante de R\$ 26.030,60.

Como o ICMS devido em janeiro de 2009, foi calculado em R\$ 26.030,60 e o contribuinte recolheu R\$46.799,83, tem direito a um crédito de ICMS no valor de R\$20.769,23.

Salienta que para correção do Auto de infração, no registro de janeiro de 2009, da infração 01, bastaria a alteração do valor de R\$1.504,72, para R\$0,00.

Frisa que o direito do contribuinte ao ICMS pago a mais, competência janeiro de 2009, no valor de R\$20.769,23, a critério da autoridade julgadora deste processo, haverá de obedecer as disposições dos artigos 112 e 93, VIII, do RICMS/BA.

No que concerne à infração 02, observa que o impugnante invoca a alínea “a” do inciso II do art. 83 do RICMS/97, cuja redação transcreve, para fundamentar a utilização da redução da base de cálculo adotada.

Assinala que da análise das notas fiscais, cujas cópias estão acostadas aos autos no anexo 03, fls. 45 a 46, identificou que não é feita menção a alínea ou inciso do artigo 83 que justifique a adoção de base de cálculo reduzida, não havendo na defesa apresentada, comprovação de que tais produtos sejam “saídas de máquinas, aparelhos, veículos, móveis, motores e vestuário **usados (como podemos observar pelo valor dos produtos nas 2 notas fiscais)**, bem como nas operações decorrentes da desincorporação de bens do **ativo imobilizado** (tendo sido até objeto de arrendamento mercantil / com o Bradesco – nota fiscal 29396, folha 46)” conforme “caput” do artigo 83 do RICMS/BA.

Menciona que com a reabertura do prazo de defesa, o autuado poderia comprovar a situação dessas máquinas relacionadas nas duas notas fiscais de fls. 46 e 47, como “usadas”, ou “desincorporação de ativo”.

Finaliza opinando pela procedência do Auto de Infração, à critério da autoridade julgadora, excluindo-se da exigência o ICMS referente as oito notas fiscais arroladas em duplicidade, competência janeiro 2009, conforme alegado pela defesa e reconhecido.

Observa que com a Informação Fiscal foram acostados novos documentos, razão pela qual, em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, abre-se novo prazo de 30 dias, para que a empresa possa se manifestar.

O autuado se manifestou sobre a informação fiscal (fls. 409 a 416), reiterando os termos da nulidade apresentada na peça de defesa inicial.

No mérito, diz que com as vênias de rigor, a Informação Fiscal somente vem a corroborar a nulidade absoluta do Auto de Infração, pois, como já se apontou anteriormente, os termos da peça acusatória não preenche o contido no inciso IV, do § 1º do artigo 129 da Lei nº 3.956/81 combinado com o artigo 123 do mesmo diploma legal, e com o § 1º do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Salienta que novamente, com as devidas vênias, a tentativa da Informação Fiscal ao tentar, pois mais que mera tentativa não é, de transformar transferências de mercadorias entre a matriz e/ou filiais da autuada, com a filial de Nova Viçosa, em aquisições, afronta até Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ, de número 166 publicada no DJ de 23/9/1996, cujo teor reproduz.

No que tange ao reconhecimento da inclusão de 08 (oito) notas fiscais de 2008, que já haviam sido objeto de autuação anterior, padece o auto de infração de nulidade absoluta, pois o Senhor Auditor Fiscal, não toma a diligência de retificar os termos ato fiscal, adequando o montante do mesmo, com exclusão dos valores referentes às mesmas.

Conclui dizendo que diante dos argumentos circunstanciadamente analisados e fundamentados em fatos incontroversos e na legislação, Auto de Infração e imposição de multa não possui qualquer respaldo fático e legal, razão pela qual, deve ser julgado totalmente insubsistente. Protesta pela produção de outras provas que se fizerem necessárias para corroborar com a total improcedência do auto de infração e imposição de multa, como juntada de outros documentos, perícias e constatações.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à INFAZ de origem (fl. 427), a fim de que o diligenciador adotasse as seguintes providências: **a)** intimasse o autuado para esclarecer e comprovar a efetiva natureza das mercadorias discriminadas nas Notas Fiscais nºs 26294 e 293965, ou seja, se dizem respeito a mercadorias usadas ou se tratam de mercadorias novas adquiridas para comercialização; **b)** em seguida, deveria o diligenciador analisar os elementos apresentados pelo autuado, se fosse o caso, e informasse sobre o resultado da mencionada análise.

O autuante se pronunciou à fl. 445, salientando que nas notas fiscais apresentadas pelo autuado às fls. 439 a 442, consta o número de série das máquinas colheitadeiras, ou seja, os números 1164-3 e 1163-1, sendo tal numeração como que as “placas” do veículo, ou o seu número de “chassi”.

Frisa que em sendo assim, entende que restou comprovado que tais equipamentos há haviam sido comercializados e a operação em questão, referente às Notas Fiscais nºs 26294 e 26396, efetivamente, dizem respeito a equipamentos usados.

Nos termos do Acórdão JF nº. 0140/01/12, a 1ª JF julgou nula a infração 01, por ilegitimidade passiva do autuado, tendo recorrido de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

A 1ª CJF ao apreciar o recurso de ofício, decidiu pela nulidade da decisão de primeira instância, por não terem sido analisados todos os aspectos materiais e jurídicos que envolvem o lançamento, caracterizando insuficiência de fundamentação, retornando o PAF à Primeira Instância para novo julgamento.

Em face da decisão da 1ª CJF, o processo foi convertido em diligência pela 1ª JF, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências: 1. Utilizando os dados existentes na planilha “Levantamento de Mercadorias com Antecipação Tributária”, fls. 12 a 35, elaborasse novas planilhas, segregando os valores por origem de notas fiscais, ou seja:

- as provenientes do Estado do Espírito Santo (não signatário do Protocolo ICMS 41/08, até 01/11/2009);
- as provenientes da matriz ou filiais de Estados signatários do Protocolo ICMS 41/08;
- as provenientes de outras empresas situadas em Estados signatários.

Foi ressaltado, também, que além da indicação do valor do imposto na coluna “DEVIDO”, conforme consta na planilha de fls. 12 a 35, é indispensável que fossem indicados nas novas planilhas os valores nas colunas “PAGO” e “RECLAMADO”, a fim de permitir a análise individualizada de cada item por origem.

O autuante cumpriu a diligência consignando às fls. 604/605, que elaborou uma planilha na qual constam as notas fiscais provenientes do Estado do Espírito Santo, referente ao período de janeiro a outubro de 2009 (anexo 01).

Esclarece que também elaborou outra planilha em que constam as notas fiscais provenientes da matriz e filiais da empresa Komatsu, de Estados signatários do Protocolo ICMS 41/08, do período de janeiro a dezembro de 2009, incluindo as recebidas da matriz e filial do Estado do Espírito Santo, nos meses de novembro e dezembro de 2009 (anexo 02).

Consigna que elaborou outra planilha onde constam as notas fiscais provenientes de outras empresas situadas em Estados signatários, incluindo as recebidas de outras empresas do Estado do Espírito Santo, nos meses de novembro e dezembro de 2009, quando o Estado do Espírito Santo já fazia parte do Convênio ICMS 41/08 (anexo 03).

Assinala que da planilha original de fls. 12 a 35 dos autos para a confecção das três novas planilhas, conforme descrito acima, manteve a exclusão das oito notas fiscais, no caso, Notas Fiscais nº. 7779,

68856, 68857, 68858, 68859, 69007, 69008 e 69073, conforme a manifestação da defesa de fl. 84, que acatou à fl. 152.

Cientificado sobre o resultado da diligência o autuado se manifestou (fls. 649 a 656) reiterando inicialmente, os termos das defesas anteriormente apresentadas.

Argui a nulidade do Auto de Infração, afirmando que nos termos em que foi lavrado é nulo, por não preencher os requisitos legais taxativos, na legislação que trata do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia. Invoca nesse sentido o art. 129, § 1º, inciso IV, da Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, cuja redação reproduz.

Diz que ao se compulsar os demonstrativos acostados ao Auto de Infração, fica evidente que o autuante não cumpriu com o previsto no inciso IV do § 1º do artigo 129 da Lei nº 3.956/81.

Alega que não preenche o demonstrativo juntado ao Auto de Infração, ante a falta da indicação da correção monetária incidente, bem como os critérios a título de acréscimos monetários, ficando preterido o seu direito de defesa, dos atos praticados pela autoridade fazendária.

Salienta que nas disposições gerais sobre o Processo Administrativo Fiscal, Lei nº 3.956/81, o direito a ampla defesa e ao contraditório é inerente a este processo, nos termos do artigo 123, cujo texto transcreve.

Sustenta que definitivamente o Auto de Infração não atende à especificação contida no art. 129, § 1º, IV, do Código Tributário do Estado da Bahia, pelo que o nulifica em todos os seus termos, cerceamento de defesa.

Pugna pela insubsistência do Auto de Infração, e pelo seu arquivamento.

Reporta-se sobre a acusação fiscal atinente à infração 01, consignando que o núcleo da questão reside no fato de se considerarem as notas fiscais elencadas no levantamento de mercadorias com antecipação tributária, deduzido em 24 folhas, que fazem parte do Auto de Infração, como aquisições interestaduais tributadas pelas alíquotas de 7% e 12%, quando estas dizem respeito a transferências entre a sede e/ou outras filiais da empresa, como a filial de Nova Viçosa/BA.

Observa que tratou as saídas como incursas no Anexo 88, item 31, subtem '2' – "NAS DEMAIS SAÍDAS INTERNAS", Margem de Valor Adicionado de 40%.

Já o Fisco entende que não são transferências e sim aquisições, sendo que tributadas pela alíquota de 7% sujeitas a Margem de Valor Adicionado – MVA, de 56,90% e/ou se tributadas pela alíquota de 12% sujeitas ao MVA de 48,40%.

Assevera que não há como prosperar a autuação atribuindo aquelas situações constantes do Levantamento de Mercadorias, como aquisições.

Salienta que a prova incontestável de que se trata de transferências, e não de aquisições, se tem pelas simples observação de duas situações, isto é, uma que consta dos autos, e outra que passara a constar, sendo:

- a) no "LEVANTAMENTO DE MERCADORIAS COM ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA", encontram-se como remetente o autuado;
- b) do contrato social consolidado do autuado consta na quarta e quinta página as quatorze filiais da empresa.

Assinala que no mais requer diligência para se constatar tais provas que surgem do caderno processual, para afastar integralmente a primeira infração, por tratar-se de transferências e não aquisições, sendo precisa e exata a utilização da MVA 40%.

Sustenta, ainda, que é totalmente improcedente constar do presente Auto de Infração as Notas Fiscais nºs 0007779; 0068856; 0068857; 0068858; 0068859; 0069007; 0069008; e 0069073, totalizando R\$ 22.111,87, tendo em vista que tais notas fiscais referem-se ao ano de 2008, e foram objeto do Auto de

Infração nº 298942.0311/10-6, de 22/03/2010, conforme cópia juntada aos autos, tendo sido o mesmo integralmente recolhido.

Diz que, desse modo, cabe a exclusão das notas fiscais acima referidas, em número de oito, por ser totalmente improcedente a exigência fiscal.

Argui que, novamente, o Auto de Infração é nulo, por não observar a dicção do artigo 129, § 1º, inciso IV, da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981.

No que tange à infração 02, diz que o recolhimento a menos do ICMS das Notas Fiscais nºs 26294 de 03/03/2009 e 29396 de 17/07/2009, não ocorreu de sua parte a utilização indevida de redução de base de cálculo, conforme entende o Fisco.

Sustenta que a insubsistência do Auto de Infração e seu arquivamento são patentes, o que requer.

Continuando, diz que a informação fiscal somente vem a colaborar com a nulidade absoluta do Auto de Infração.

Invoca o § 1º do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, cujo texto transcreve, para afirmar que como já apontou anteriormente, os termos da peça acusatória não preenche o contido no inciso IV do § 1º do artigo 129 da Lei nº 3.956/81 c/c o artigo 123 do mesmo diploma legal, e com o § 1º do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Assevera que a completa nulidade do Auto de Infração e imposição de multa se impõe, devendo ser declarado insubsistente.

Aduz que a tentativa da Informação Fiscal ao tentar, pois mais que mera tentativa não é, de transformar transferências de mercadorias entre a matriz e /ou filiais da empresa, com a filial de Nova Viçosa, em aquisições, afronta até Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ, de número 166 publicado no DJ de 23/9/1996, no sentido de que: *“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”*

Afirma que, mais uma vez, totalmente insubsistente o Auto de Infração e imposição de multa.

Quanto ao reconhecimento da inclusão de oito notas fiscais de 2008, que já haviam sido objeto de autuação anterior, afirma que padece o Auto de Infração de nulidade absoluta, pois o autuante, não toma a diligência de retificar os termos do ato fiscal, adequando o montante do mesmo, com exclusão dos valores referentes às mesmas.

Assegura que a insubsistência do Auto de Infração novamente é patente.

Apresenta considerações finais dizendo que a Informação Fiscal e as Novas Planilhas elaboradas não modificam em nada o teor de nulidade absoluta do Auto de Infração em referencia, bem como, não afastam as Defesas anteriormente deduzidas e reiteradas e reproduzidas na presente manifestação..

Diz que diante dos argumentos circunstanciadamente analisados e fundamentados em fatos incontroversos e na legislação, conclui-se que o Auto de Infração e imposição de multa não possui qualquer respaldo fático e legal, razão pela qual, deve ser julgado totalmente insubsistente. Protesta pela produção de outras provas que se fizerem necessárias para colaborar com a total improcedência do Auto de Infração e imposição de multa, como juntada de outros documentos, perícias e constatações.

Requer a total improcedência do Auto de Infração e imposição de multa.

O autuante se pronunciou (fls.660/661) reiterando os termos da informação fiscal prestada no cumprimento da diligência e, conclusivamente, diz que nada mais tem a acrescentar.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado, sendo a primeira infração relativa ao recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 [art. 353, II, do RICMS/97] e a segunda infração, referente ao recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Conforme descrito no Relatório a decisão desta 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou nula a infração 01 por ilegitimidade passiva do autuado, nos termos do Acórdão JF N°. 0140/01/12, foi anulada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal na forma do Acórdão CJF N°. 0325-11/12, quando da apreciação do Recurso de Ofício.

Preliminarmente, no que concerne à nulidade arguida pelo impugnante, por ausência no demonstrativo acostado ao Auto de Infração da correção monetária incidente, bem como dos critérios a título de acréscimos monetários, o que teria preterido o seu direito de defesa, não acolho a pretensão defensiva, haja vista que os demonstrativos indicam os períodos alcançados pela autuação, com os seus valores respectivos, inclusive com a indicação dos valores correspondentes aos acréscimos moratórios.

É certo que os débitos vencidos a partir de 1º de janeiro de 2001, não estão sujeitos à atualização monetária (Lei nº 7753/00), portanto, descabendo tal argumentação defensiva. Quanto aos critérios utilizados para cálculo dos acréscimos moratórios incidentes sobre os débitos exigidos em lançamento de ofício, a partir de janeiro de 2001, foram estabelecidos claramente na legislação do ICMS, precisamente no art. 138-B, inciso II, do RICMS/BA, sendo desnecessária a indicação dos referidos critérios nos demonstrativos acostados ao Auto de Infração.

Consoante esclarecido pelo próprio autuante na informação fiscal, o autuado recebeu mercadorias em transferência de sua matriz e de outras filiais da empresa, assim como efetuou aquisições de mercadorias de outras empresas, sendo ambas as operações alcançadas pela Antecipação Tributária, sendo que a Bahia é signatária do Protocolo 41/08, alterado pelo Protocolo 49/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com peças, componentes e acessórios, para veículos automotores e outros fins, tendo como Estados signatários, além da Bahia, os Estados de: Amapá, Amazonas, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraná, Piauí, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo e o Distrito Federal.

Nas operações interestaduais ocorridas entre contribuintes localizados em Estados signatários de convênio ou protocolo, que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor da unidade federada destinatária, na condição de sujeito passivo por substituição, conforme previsto no Convênio ICMS 81/93, regra recepcionada no art. 373 do RICMS/BA.

Também é certo que nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas a substituição tributária por força de convênio ou protocolo, a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade supletiva do contribuinte substituído, desde que esgotadas todas as possibilidades de exigência do imposto do sujeito passivo por substituição, essa cobrança se tornar impossível.

Vale registrar que, no caso da responsabilidade supletiva acima aduzida, o § 1º do art. 125 do RICMS/97, determina que, poderá ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário, no sentido de efetuar o recolhimento espontâneo do imposto, na forma, prazo e condições estabelecidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Ou seja, antes mesmo da autuação deve ser oportunizado ao destinatário das mercadorias – responsável supletivamente – o recolhimento do imposto devido de forma espontânea.

Ressalto que o fato de as peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores estarem sujeitas à substituição tributária nas operações internas, conforme previsto no art. 353, II, 30, do RICMS/BA, não afasta o que foi dito acima sobre a responsabilidade do remetente e do destinatário. Ou seja, sendo a mercadoria oriunda de Estado signatário do Protocolo nº 41/08, alterado pelo Protocolo nº 49/08, não há que se exigir do destinatário o imposto cuja responsabilidade é do remetente. Significa dizer que, somente caberá a exigência de pagamento do imposto pelo destinatário quando a mercadoria for oriunda de Estado não signatário de acordo interestadual – convênio ou protocolo.

Saliento que em face da decisão da 1ª CJF que anulou a decisão desta 1ª JJF, o processo foi convertido em diligência a INFAZ de origem, a fim de que o autuante adotasse as seguintes providências:

1.Utilizando os dados existentes na planilha original “Levantamento de Mercadorias com Antecipação Tributária” de fls. 12 a 35, elaborasse novas planilhas, segregando os valores por origem de notas fiscais, ou seja: - as provenientes do Estado do Espírito Santo (não signatário do Protocolo ICMS 41/08, até 01/11/2009); - as provenientes da matriz ou filiais de Estados signatários do Protocolo ICMS 41/08; - as provenientes de outras empresas situadas em Estados signatários. Foi ressaltado, também, que além da indicação do valor do imposto na coluna “DEVIDO”, conforme consta na planilha de fls. 12 a 35, é indispensável que fossem indicados nas novas planilhas os valores nas colunas “PAGO” e “RECLAMADO”, a fim de permitir a análise individualizada de cada item por origem.

O autuante cumpriu a diligência. Esclareceu que elaborou três planilhas, sendo que, na planilha Anexo 01, constam as notas fiscais provenientes do Estado do Espírito Santo, referente ao período de janeiro a outubro de 2009; na planilha Anexo 02, constam as notas fiscais provenientes da matriz e filiais da empresa Komatsu, de Estados signatários do Protocolo ICMS 41/08, do período de janeiro a dezembro de 2009, incluindo as recebidas da matriz e filial do Estado do Espírito Santo, nos meses de novembro e dezembro de 2009 ; na planilha Anexo 03, constam as notas fiscais provenientes de outras empresas situadas em Estados signatários, incluindo as recebidas de outras empresas do Estado do Espírito Santos, nos meses de novembro e dezembro de 2009, quando o Estado do Espírito Santos já fazia parte do Convênio ICMS 41/08.

Esclareceu ainda o autuante que, da planilha original de fls. 12 a 35 dos autos, para a confecção das três novas planilhas, manteve a exclusão das oito notas fiscais, no caso, Notas Fiscais nº. 7779, 68856, 68857, 68858, 68859, 69007, 69008 e 69073, conforme a manifestação da defesa de fl. 84, que acatou à fl. 152.

Devo consignar que, com fulcro no art. 147, I, “a” do RPAF/99, indefiro o pedido formulado pelo impugnante para realização de diligência, pois considero os elementos existentes nos autos suficientes para formação do meu convencimento sobre a decisão da lide.

Conforme já foi dito acima, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre as Unidades da Federação envolvidas na operação, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação. Por outro lado, se as mercadorias estavam sujeitas à retenção do imposto pelo remetente, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 7.014/96 e em consonância com o Protocolo ICMS 41/08, celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias, é indevida a exigência do imposto do destinatário, por ilegitimidade passiva.

Observe que na informação fiscal o autuante esclareceu que o autuado adquire ou recebe em transferência equipamentos, partes e peças de sua matriz sediada em Curitiba/PR, de outras filiais da mesma empresa sediadas em MG, SP, ES, como também de outras empresas, inexistindo distribuição exclusiva e nem contrato de fidelidade formalmente estabelecido entre essa empresa e alguma outra, à época do período fiscalizado.

Assim sendo, considero correta a MVA de 48,40% aplicada pelo autuante no cálculo do imposto apontado no Anexo 01, por se referir às demais aquisições interestaduais tributadas pela alíquota de 12%.

Verifico também que o autuante excluiu do levantamento originalmente realizado as oito notas fiscais aduzidas pelo impugnante, no caso as Notas Fiscais nº. 7779, 68856, 68857, 68858, 68859, 69007, 69008 e 69073.

Dessa forma, com fundamento nas planilhas elaboradas pelo autuante denominadas de Anexo 01, Anexo 02 e Anexo 03, considero devida a exigência exclusivamente quanto aos valores constantes do Anexo 01, haja vista que as mercadorias são originárias do Estado do Espírito Santo que, no período de janeiro a 30 de outubro de 2009, ainda não era signatário de Protocolo ICMS 41/08, o que somente veio a ocorrer em 01/11/2009, cabendo, desse modo, ao destinatário – autuado - efetuar o pagamento por antecipação do imposto.

Quanto às mercadorias arroladas nos Anexos 02 e 03, considero indevida a exigência fiscal, haja vista que a existência de Protocolo impõe ao remetente e não ao destinatário a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido, portanto, sendo nulas por ilegitimidade passiva.

Vale registrar que a atribuição da responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, suscitada pelo ilustre Relator da 1ª CJF, somente surgiu com a Lei nº. 11.899/10, que acrescentou o inciso XV ao artigo 6º da Lei nº. 7.014/96, com efeitos a partir de 31/03/10. Ou seja, até 30/03/10 a responsabilidade do destinatário era apenas supletiva.

Diante do exposto, esta infração é parcialmente subsistente no valor do ICMS devido de R\$14.151,58, conforme o demonstrativo elaborado pelo autuante de fls. 607 a 617, Anexo 01.

No que tange à infração 02, restou comprovado mediante realização de diligência cumprida pelo próprio autuante, por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, que as mercadorias discriminadas nas Notas Fiscais nºs 26294 e 293965, efetivamente, tinham a condição de usadas, portanto, sendo correta a redução da base de cálculo utilizada pelo contribuinte e, por consequência, insubsistente a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269369.0007/11-6**, lavrado contra **KOMATSU FOREST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS FLORESTAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.151,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR