

PROCESSO - A. I. Nº 273307.0012/12-3
RECORRENTE - JHON DEERE BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0053-04/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 28/07/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0168-12/14

EMENTA: ICMS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NAS OPERAÇÕES SUBMETIDAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DISPOSTAS NO PROTOCOLO ICMS 41/08, ALTERADO PELO PROTOCOLO ICMS 49/08. Aplicação da MVA ajustada de 56,9%, vigente à época dos fatos geradores constantes do lançamento realizado. Preliminares e pedido de diligência indeferidos. Impugnação genérica. Devolução de mercadorias. O sujeito passivo não apresenta fato modificativo ou extintivo específico da acusação fiscal. Pedido de redução da multa proposta por inadimplência da obrigação principal não acolhido. Incompetência da Câmara de Julgamento para apreciação. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 24/03/2014 (Acórdão de fls. 99/103) que julgou, totalmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/03/2013, com o objetivo de exigir o débito de ICMS no valor histórico de R\$ 8.523,22, em decorrência da constatação de 1 (uma) infração, relativa ao exercício de 2010, consoante documentos às fls. 02/29 dos autos, em razão da seguinte irregularidade:

***Infração 01.** Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Mercadorias informadas como enviadas por doação ou para testes sem comprovação do retorno para o remetente e sem recolhimento do imposto devido por substituição e/ou pelo diferencial de alíquotas.*

Após a apresentação da defesa (fls. 36/44) e da correspondente informação fiscal (fls. 93/95), a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 4ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração o que fez nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal - PAF está revestido das formalidades legais no que preceitua o regulamento - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, tendo sido apurados o imposto, a multa e a respectiva base de cálculo, conforme demonstrativos e documentos juntados aos autos. Há clareza quanto à indicação do nome, endereço, qualificação fiscal do autuado, enquadramento e das condutas típicas do ilícito administrativo, bem como o nítido e tempestivo exercício do direito de defesa e do contraditório pelo sujeito passivo. Dessa forma, afasto o pleito de nulidade suscitado pelo impugnante relacionado com a ausência de descrição dos argumentos inerentes à fundamentação do lançamento tributário, bem como sobre o pedido de diligência.

O cerne do ponto controvertido, apresentado na tempestiva impugnação neste PAF, consiste na aplicação das cláusulas primeira a quarta do Protocolo ICMS 41/08, notadamente, pela MVA ajustada sugerida pelo autuante, além da cobrança do ICMS decorrente do regime de Substituição Tributária - ST, nas mercadorias

com operações de retorno, conforme demonstração às fls. 62/63.

O comando do art. 150, da CF/88, em § 7º, estabelece a possibilidade, através de lei, “de atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária, a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

O art. 155, incisos II, parágrafo 2º e XII, alínea “b”, da CF/88, vincula, à lei complementar, a disposição sobre substituição tributária. E, assim, a Lei Complementar nº 87/96, prescreve:

[..]

Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado.

Art. 7º Para efeito de exigência do imposto por substituição tributária, inclui-se, também, como fato gerador do imposto, a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado.

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

[..]

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

[...]

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

A Lei nº 7.014/96, no art. 10, impõe condição para adotar o Regime de Substituição Tributária:

Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

Com base nos arts. 100, 102 e 199, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional - CTN, surge, no ordenamento jurídico tributário, o Convênio ICMS 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regime de substituição tributária, instituído por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal.

Assim, o Estado da Bahia celebra o Protocolo ICMS 41/08, vigente à época dos fatos geradores insertos no presente Auto de Infração, posteriormente, alterado pelo Protocolo ICMS 49/08, em 21.05.2008. Dessa forma, refuto os argumentos defensivos relativos à inexistência de indicação da base legal estadual das infrações cometidas, tendo em vista a descrição do enquadramento à fl. 2 do PAF, cuja responsabilidade tributária consta do § 4º da Cláusula Primeira desse acordo interestadual, com efeitos de 01.06.08 a 30.04.11.

Não assiste razão ao impugnante sobre a aplicação do valor de 41,7%, correspondente a MVA ajustada, tendo em vista a falta de comprovação dos requisitos do atendimento do índice de fidelidade de compra, tratado no art. 8º, da Lei Federal nº 6.729, de 28 de novembro de 1979 e da distribuição exclusiva, mediante contrato de fidelidade, conforme § 2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 41/08. Pelo contrário, quando da vigência do § 3º, dada pela Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 49/08, com efeitos de 01.06.08 a 31.07.12, a MVA-ST original consta do percentual de 40%, estabelecido pelo § 2º, inciso II, da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 41/08, obtendo-se a MVA ajustada de 56,9%, a seguir demonstrada. Verifico que tal procedimento está disposto no § 3º, inciso III, da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 49/08, ao determinar a aplicação do seu §1º.

$MVA_{ajustada} = [(1 + MVA-ST \text{ original}) \times (1 - ALQ \text{ inter}) / (1 - ALQ \text{ intra})] - 1$, em que:

$MVA-ST \text{ original} = 40\% = 0,4$. Margem de valor agregado prevista no § 2º, inciso II, da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 41/08. Dispositivo vigente até 31.07.12.

$ALQ \text{ inter} = 7\% = 0,07$. Coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;

$ALQ \text{ intra} = 17\% = 0,17$. Coeficiente correspondente à alíquota prevista para as operações substituídas, na unidade federada de destino. Dispositivo da Cláusula Segunda, inciso III, do Protocolo ICMS 41/08, vigente até 31.05.13.

No caso em tela, tem-se:

$MVA_{ajustada} = [(1 + 0,4) \times (1 - 0,07) / (1 - 0,17)] - 1$

$MVA_{ajustada} = [1,4 \times 0,93 / 0,83] - 1$

$MVA_{ajustada} = 1,569 - 1$

$MVA_{ajustada} = 0,569 = 56,9\%$

Assim, o procedimento adotado pelo autuante está respaldado na norma tributária, descrita no campo enquadramento do Auto de Infração, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores em questão, notadamente, ao aplicar a MVA ajustada de 56,9%, nas operações sujeitas ao regime de Substituição Tributária - ST, apesar de o autuante apresentar em sua informação o quadro do inciso II, da § 3º, da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 49/08, efeitos de 01.06.08 a 31.07.12, aplicada na combinação dos requisitos acerca do atendimento ao índice de fidelidade de compra, tratado no art. 8º, da Lei Federal nº 6.729, de 28 de novembro de 1979 e da distribuição exclusiva, mediante contrato de fidelidade, que representa o percentual de MVA ajustada mencionada, § 3º, inciso II, da Cláusula Segunda, dada pelo Protocolo ICMS 49/08, efeitos de 01.06.08 a 31.07.12, englobando os meses do lançamento promovido.

Ao compulsar os autos, verifico a juntada de cópia das notas fiscais nº 1711 e 1715, às fls. 62/63, referentes ao retorno de prestação de serviços. Contudo, constato a ausência, nesses documentos, da descrição das mercadorias submetidas à mencionada operação e vinculação à nota fiscal de origem, o que não extingue ou modifica a acusação fiscal. Por demonstrar, de forma genérica, não se aplica o art. 340, § 1º, do Regulamento do ICMS vigente, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997. Logo, mantenho o lançamento, com base no art. 143 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, por falta de impugnação específica a identificar as mercadorias efetivamente devolvidas com os documentos fiscais de saída citados nas fls. 40/41 e em respeito à verdade material.

Quanto ao pedido de redução da multa proposta de 60%, por ultrapassar os limites da razoabilidade/proporcionalidade, pleiteada pelo impugnante, não resta acolhida, em virtude da 1ª Instância Julgadora não possuir competência para avaliar o pleito referente à redução da multa decorrente de descumprimento de obrigação principal, conforme art. 158 do RPAF/99, bem como o caráter inconstitucional, conforme art. 167 do RPAF/99. Sugiro que o respectivo pedido seja direcionado pelo impugnante à Câmara Superior, com fulcro no art. 159 desse regulamento processual.

Do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração em epígrafe.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 4ª JF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 116/126), reproduzindo, quase que *ipsis litteris* os termos da sua impugnação, aduzindo:

- i. Preliminar de nulidade, diante da ausência de indicação da base legal estadual que fundamentou a autuação das infrações indicadas;
- ii. Aduz ser indevida a cobrança constante dos autos, pois no período de apuração considerado o recorrente deu saída a diversas mercadorias que efetivamente retornaram, conforme comprova as notas fiscais acostadas e tabela demonstrativa elaborada;
- iii. Reitera que a fiscalização utilizou percentual incorreto no cálculo do ICMS-ST supostamente devido, vez que incompatível com as disposições legais vigentes no momento das operações objetos do Auto de Infração;
- iv. Por fim, reafirma a abusividade da multa aplicada, posto que ultrapassados os limites da razoabilidade e proporcionalidade; e requer o reconhecimento da total da improcedência do Auto de Infração e portanto, o Provimento integral do Recurso voluntário.

Não houve manifestação da PGE/PROFIS.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 24/03/2014 (Acórdão de fls. 99/103) que julgou, totalmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/03/2013, com o objetivo de exigir o débito de ICMS no valor histórico de R\$ 8.523,22, em decorrência da constatação de 1 (uma) infração, relativa ao exercício de 2010, consoante documentos às fls. 02/29 dos autos.

A infração em questão refere-se à falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Tudo isso em razão de a fiscalização ter constatado a existência de mercadorias informadas como enviadas por doação ou para testes sem comprovação do retorno para o remetente e sem recolhimento do imposto devido por substituição e/ou pelo diferencial de alíquotas.

Antes de adentrar ao mérito do Recurso Voluntário, cumpre asseverar que, analisando as peças processuais, constato que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 39, 41 e 42, do RPAF/99, sendo as infrações descritas de forma clara, estando fundamentadas nos demonstrativos e documentos fiscais que as embasam, estando elas determinadas, com segurança, bem como identificado o infrator. Não vislumbro nos autos qualquer vício que inquine o lançamento de nulidade e a lide tem transcorrido no âmbito do devido processo legal.

O recorrente, ao repetir integralmente seus argumentos de impugnação, levantou preliminar de nulidade, a qual já fora devidamente analisada pelos julgadores de piso. Basicamente, alega ser nulo o lançamento por não indicar, com clareza, o texto legal infringido, mas tão somente o Protocolo ICMS 41/08. Aduz ainda que a descrições dos fatos não foi devidamente realizada.

Entendo não assistir razão ao Recorrente. Da leitura do lançamento é possível, claramente identificar o que se está exigindo no presente lançamento, tanto é assim que o Recorrente se defendeu de forma expressa contra os fatos que lhe foram imputados, demonstrando com clareza, que entendeu o que lhe estava sendo exigido.

Outrossim, a Lei nº 7.014/96, no art. 10, impõe condição para adotar o Regime de Substituição Tributária:

Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

Nessa esteira, e com base nos arts. 100, 102 e 199, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional - CTN, surge, no ordenamento jurídico tributário, o Convênio ICMS 81/93, que estabelece normas gerais aplicáveis ao regime de substituição tributária, instituído por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal.

Assim, o Estado da Bahia celebra o Protocolo ICMS 41/08, vigente à época dos fatos geradores insertos no presente Auto de Infração, posteriormente, alterado pelo Protocolo ICMS 49/08, em 21.05.2008, que fundamenta o presente lançamento tributário.

Desta forma, entendo restar claramente evidenciado o embasamento legal para a presente autuação, razão pela qual indefiro a preliminar de nulidade suscitada pelo Recorrente.

Quanto ao repetido argumento de utilização indevida do índice de MVA igualmente entendo não assistir razão ao Recorrente. Isto porque, o Recorrente não atendeu aos requisitos do índice de fidelidade de compra, tratado no art. 8º, da Lei Federal nº 6.729, de 28 de novembro de 1979 e da distribuição exclusiva, mediante contrato de fidelidade, conforme § 2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 41/08, razão pela qual foi aplicada a MVA ajustada.

Tal fato fora claramente demonstrado pelos julgadores de piso:

(...) quando da vigência do § 3º, dada pela Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 49/08, com efeitos de 01.06.08

a 31.07.12, a MVA-ST original consta do percentual de 40%, estabelecido pelo § 2º, inciso II, da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 41/08, obtendo-se a MVA ajustada de 56,9%, a seguir demonstrada. Verifico que tal procedimento está disposto no § 3º, inciso III, da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 49/08, ao determinar a aplicação do seu §1º.

Desta feita, me alinho aos argumentos da Decisão recorrida.

Por sua vez, verifico a juntada de cópia das Notas Fiscais nºs 1711 e 1715 (fls. 62/63), que supostamente comprovariam o retorno de parte dos produtos remetidos pelo Recorrente.

Entretanto, constato a ausência da descrição das mercadorias submetidas à mencionada operação e vinculação à nota fiscal de origem, o que não extingue ou modifica a acusação fiscal, sendo impossível constatar se as mercadorias foram devolvidas, uma vez que da descrição dos itens devolvidos consta tão somente “Peças Diversas”.

Assim, ao demonstrar de forma genérica a suposta devolução, não se aplica o art. 340, § 1º, do Regulamento do ICMS vigente, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997.

Quanto ao de redução da multa proposta de 60%, me abstenho de apreciar por não possuir competência para avaliar o pleito referente à redução da multa decorrente de descumprimento de obrigação principal, conforme art. 158 do RPAF/99, bem como o caráter inconstitucional, conforme art. 167 do RPAF/99, podendo o Recorrente direcionar pedido à Câmara Superior, com fulcro no art. 159 desse regulamento processual.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **273307.0012/12-3**, lavrado contra **JOHN DEERE BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.523,22**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF , 09 de junho de 2014.

CARLOS FABIO CABRAL - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS