

A.I. N° - 089643.0013/16-2
AUTUADO - LULU MOTOS COM. IMP. EXP. E TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTES - WERTHER PEREIRA DAS SILVA
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/12/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0236-03/16

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O instituto da substituição tributária rege-se nas operações interestaduais pelos convênios e protocolos firmados pelas unidades federativas para tal fim, em obediência aos arts. 102 e 199 do CTN. Tal regra encontra-se recepcionada na legislação deste Estado através do art. 10 e 11, da Lei n° 7.014/96 e art. 295, do RICMS/12. No caso dos autos, trata-se de operações interestaduais com motocicletas novas e peças, sujeitas à substituição tributária por força do Convênio ICMS 52/93, assinado pelos Estados da Federação e do Distrito Federal. O sujeito passivo não elide a acusação fiscal. Previsão legal da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/01/2016, exige Crédito Tributário no valor total de R\$341.294,70, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, nos meses de maio e novembro de 2012, março a junho e dezembro de 2013, julho e outubro de 2014, fevereiro, abril, julho e setembro de 2015. Infração - **07.01.01.**

O autuado apresenta impugnação, fls. 419 a 432, depois de revelar sua tempestividade alinha os argumentos resumidos a seguir.

Observa que o auto de infração sob análise tem por objeto a ausência de recolhimento do ICMS incidente sobre aquisições de motocicletas (Infrações 01 e 02) e peças (Infração 03), operações nas quais a tributação por tal imposto se dá pelo regime de substituição tributária por antecipação, nos termos do Convênio ICMS 52/93 e do art. 6º, inciso XV, da Lei Estadual n° 7.014/96.

Afirma que a fiscalização valeu-se da análise de Danfes e de Dae ICMS/Normal e GNRE regular e prontamente apresentados, quando da instalação do processo administrativo fiscal respectivo.

Ressalta que a ação fiscal culminou com a lavratura do Auto de Infração ora impugnado, que identificou a conduta de quatro infrações, que abordadas de modo individualizado, podem ser esquematizadas da seguinte forma:

- i) aquisição de motocicletas para comercialização, sem pagamento do ICMS da substituição tributária por antecipação, junto à empresa Tecway da Amazonia Indústria e Comercio Ltda. Indicados os Danfes respectivos.

- ii) aquisição de motocicletas sem o recolhimento antecipado do ICMS, oriundas de outra unidade da Federação, qual seja o Estado da Paraíba, junto à empresa Sazaki Motors Ltda., sem inscrição estadual ativa como substituto tributário. Discriminados os Danfes respectivos.
- iii) aquisição de peças de motocicleta, igualmente sujeitas à substituição tributária por antecipação, sem recolhimento do ICMS. Apontados, de igual forma, os Danfes.
- iv) similar à anterior.

Ressalta que equívocos cometidos pelo autuante, ensejaram a constituição indevida de crédito tributário, por diversos motivos: existência de pagamento prévio em vários dos casos; ausência de fato gerador relativamente a vários Danfes; e configuração de fraude do alienante, devidamente reportada à autoridade policial mediante competente Boletim de Ocorrência, anexado à presente defesa.

Questiona ainda a liquidez e certeza do crédito tributário constituído, notadamente no que tange à alíquota considerada, que não levou em conta a Resolução nº 13/2012, do Senado Federal, que fixou em 4% a alíquota para operações interestaduais com bens e produtos importados do exterior, como é o caso das motocicletas adquiridas.

Esclarece que parte da infração refere-se a aquisições feitas na competência do ano de 2013 de 350 motocicletas, gerando crédito a pagar de ICMS, incidente sobre a operação, junto à empresa Tecway da Amazônia Ind. Com. Ltda., e correspondem os Danfes de números: 28818 a 28839, 28843 a 28861, 28864, 29637 a 29657, 29659 a 29667, 29669 a 29688, 30016 a 30026, 30028 a 30049, 30051 a 30056, 30058 a 30117, 30119, 30181 a 30189, 30191 a 30195, 30197 a 30225, 30227 a 30229, 30231 a 30234, 30245 a 30246, 30251, 30254 a 30255, 30258, 30262, 30268, 30270, 30272 a 30273, 30275, 30277, 30279, 30307, 30309 a 30315, 30317 a 30326, 30328 a 30384, 30387 a 30395, 30397 a 30398, 30400 a 30404, 30406, 30408 a 30448, 30450 a 30452, 30977, 30984.

Diz que ciente da aplicação do regime da substituição tributária por antecipação para o caso em voga, calculou em conjunto com a empresa Tecway da Amazônia, conforme comunicações eletrônicas (e-mail) em anexo, o valor que seria devido a título de incidência de ICMS sobre tal operação, vindo a ser encontrado o total de R\$177.310,00.

Informa que, confiando na boa-fé da empresa alienante, que havia recebido de bom grado o valor transferido, com a incumbência de realizar o recolhimento do ICMS mediante competente GNRE, efetuou três transferências bancárias, datadas de 14/06/2013 - R\$26.350,00, 19/06/2013 – R\$ 45.560,00 e 31/07/2013 - R\$105.400,00, totalizando a quantia indicada no parágrafo anterior.

Revela que, realizada a transferência, portanto, de total boa-fé, tranquilizou-se quanto ao cumprimento da obrigação tributária principal, sob regime de antecipação. Afinal, é vedada nova tributação, nas etapas subsequentes, quando há recolhimento antecipado, nos termos da Lei Estadual nº 7.014/96, em seu art. 9º, reforçado pelos arts. 289 e 290 do RICMS-BA/12 e Cláusula Décima Terceira do Convênio CONFAZ 52/93, cujo teor reproduz.

Pondera ser necessário apurar a inclusão de R\$96,00 sobre o preço de cada uma das 350 motocicletas adquiridas, a fim de afastar potencial *bis in idem* que é vedado pelos dispositivos legais acima transcritos.

Assinala que em face da notória ilegalidade da conduta da empresa Tecway da Amazônia Ind. Com. Ltda., lavrou o Boletim de Ocorrência nº DECECAP SSA-BO-16-00090, junto à Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública - DECECAP, no dia 14/04/2016, narrando à Autoridade Policial os fatos em apreço, para fins de investigação quanto à conduta da dita empresa.

Informa que pautou sua conduta nos mais estritos parâmetros de legalidade e ressalta, inclusive, que nos referidos Danfes o ICMS substituído encontra-se destacado, denotando a transparência da escrituração contábil das operações.

Afirma ter sido vítima de conduta de terceiro, fato este que há de ser devidamente apurado e comprovado em sede de inquérito policial, como já dito. Declara requer, com base no art. 8º, inciso IV, do RPAF-BA/99, a produção de prova emprestada, obtida junto ao inquérito em questão.

Aduz que de modo subsidiário, e comprovada, por sua vez, a existência de conduta ilícita por parte da empresa Tecway da Amazônia Ind. Com. Ltda., há de restar atraída a aplicação dos Princípios da Equidade e do *In dubio pro contribuinte*, temperando-se a interpretação do art. 136 do CTN, de modo a se afastar, ao menos, a incidência de multa no caso concreto. Continua observando que tal subsidiário encontra fundamento normativo no art. 42, §8º, da Lei Estadual nº 7.014/96, e em precedentes reiterados do Superior Tribunal de Justiça, acolhendo tal entendimento, citando como exemplo o julgado, AgRg no REsp 1220414/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19/05/2011, DJe 25/05/2011.

Registra que, em face de todo o exposto, portanto, considerando-se a existência de transferência oportunamente dos valores para pagamento antecipado do ICMS, documentalmente comprovada, considerando-se ainda a transparência e boa-fé de sua conduta, que agiu dentro da lei e das normas regulamentares, requer a improcedência desta parte da autuação no valor de R\$197.087,84.

Requer, subsidiariamente, nos moldes da jurisprudência do STJ, o afastamento da multa aplicada no Auto de Infração ora impugnado.

Observa que outra parte da infração discutida em tela refere-se às aquisições feitas na competência do ano de 2015, no valor de R\$140.999,55, junto a empresa, Sazaki Motors Ltda., conforme Danfes de nºs: 4320, 4416, 4538, 4540, 4610, 4618, 4619, 4632, para os quais há uma pluralidade de motivos que apontam a insubsistência da autuação, por totalmente descompassada com a realidade dos fatos.

Diz que em análise de tais Danfes, é fácil identificar que as motocicletas nele indicadas lhe foram remetidas em operação de Remessa de Consignação (CFOP 6917 - Remessa de mercadoria em consignação mercantil ou industrial), as quais posteriormente, foram devolvidas mediante nova nota fiscal, sob competente CFOP, em estrita obediência ao art. 334 do RICMS-BA/12. Prossegue informando que os Danfes com os referidos anexos comprovam adoção de tais providências. Assinala que tais dados permitem concluir, portanto, que não houve circulação jurídica da mercadoria em questão e, portanto, inexistiu fato gerador quanto aos citados Danfes. Frisa que outro não é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, conforme precedente *REsp 1420872/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 19/02/2015*, cuja ementa transcreve.

Remata revelando que diante de tal realidade, o próprio art. 280 do RICMS-BA/12, prevê a suspensão da incidência do ICMS, nestes casos, e por isso, requer o afastamento da cobrança relativa aos Danfes de nºs 4320, 4416 e 4417.

No tocante aos Danfes de nºs 4540 e 4610 informa que foram remetidas motocicletas para a finalidade de vendas, sob CFOP 6102, diferentemente do que ocorreu no item anterior. Continua observando que as mercadorias em questão foram posteriormente devolvidas ao remetente originário, sendo cumpridas as formalidades previstas no art. 451 e seguintes do RICMS, o que afasta, portanto, a legitimidade da autuação em relação a tais notas. Destaca que se encontram apensados os anexos que comprovam a devolução.

Explica que, apenas, ocorreria um singelo erro formal na escrituração do Danfe nº 11.173 (anexo ao 4540), ao se indicar como natureza da operação o CFOP 6949 (*Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado*), genérico, no lugar do CFOP 6202 (*Devolução de compra*

para comercialização). Menciona que tal equívoco foi devidamente retificado com a emissão de Danfe ajustado.

No que diz respeito aos 03 Danfes acima listados, assevera que, com lastro na documentação que diz anexar, que houve o efetivo pagamento do ICMS incidente sobre a operação de compra e venda das motocicletas.

Requer a improcedência do Auto de Infração em relação a esses Danfes.

Em relação ao Danfe de nº 4618, afirma ter sido surpreendido com a inclusão desse Danfe emitido pela Sazaki Motors Ltda., por desconhecer essa operação atribuindo equívoco da emitente, vez que nunca realizou a operação nele escriturada.

Informa que, inclusive, tal fato foi inserido no Boletim de Ocorrência a que se fez referência anteriormente, para fins de apuração de eventuais responsabilidades.

Destaca que em momento posterior à lavratura do Auto de Infração, os representantes da empresa Sazaki Motors Ltda. enviaram Declaração, firmada ainda pelo contador responsável, em que peremptoriamente afirmam:

“a NFe. 4.618 (...) emitida em favor da empresa LULU MOTOS COM. IMP. EXP. E TRANSPORTES LTDA., foi faturada de forma errônea (sic) por nosso faturista. A NFe em epígrafe não foi lançada em nossa contabilidade, como também a empresa LULU MOTOS não fez a devolução para cancelamento da mesma.”

Requer a exclusão desse Danfe da autuação, uma vez que há expresso reconhecimento por parte da empresa emitente da NFe em questão quanto à ocorrência de equívoco e, portanto, inexistência de fato gerador do ICMS quanto à referida nota fiscal.

Quanto às aquisições feitas na competência de 12/2013, junto à empresa EBF Industria e Comercio Art. Plast. Ltda., conforme Danfe nº 51321, e no ano de 2014 junto a empresa, Viva Peças Alfer Com. de Peças de Motos Ltda., conforme Danfes de nºs 086 e 155, informa que acosta os comprovantes de pagamento do ICMS aos mesmos referentes.

Observa que de modo claro e objetivo, requer a improcedência do auto de infração em relação a tais documentos, no valor de R\$2.561,93.

No que concerne às aquisições feitas na competência no ano de 2012, junto às empresas MCM Comercial Ltda., conforme Danfe de nº 1029, e Viva Peças Alfer Com. de Peças de Motos Ltda., conforme Danfe nº 315, perfazendo o total de R\$645,38.

Observa que, assim como ocorreu em relação ao Danfe nº 4618, desconhece o negócio escriturado em tais documentos fiscais, por nunca ter adquirido as mercadorias neles listadas. Sustenta que não pode, portanto, ser alçado à condição de contribuinte ou responsável pelo ICMS em relação a tal operação, que sequer se sabe se existiu no mundo fenomênico, envolvendo outras partes.

Suscita que aparentemente, inclusive, surgem indícios de má-fé da empresa em emitir de forma irresponsável as citadas notas fiscais, envolvendo seu estabelecimento e gerando prejuízos, com risco de cobrança de exação indevida e imposição de ônus para apresentação de defesa.

Arremata assinalando que, por não reconhecer o negócio jurídico em questão, requer a improcedência desta parte da Infração, no valor de R\$645,38.

Menciona que a norma jurídica tributária instituidora de obrigação principal, também denominada de regra-matriz de incidência tributária por parcela da doutrina, é estruturalmente formada por um antecedente normativo, que descreve uma hipótese de incidência, e o seu consequente, prescrevendo a obrigação de pagar tributo.

Destaca que no antecedente, encontram-se os critérios material, temporal e espacial; no consequente, o pessoal e o quantitativo, este último dividido em base de cálculo e alíquota que

incide sobre a última. Frisa que tais elementos, ou critérios, via de regra só podem ser modificados por lei em sentido formal. Reproduz ensinamentos doutrinários sobre o tem da lavra do jurista, Leandro Paulsen, para corroborar sua tese de que tributária principal, consistente na obrigação de pagar tributo, decorre da lei, e apenas dela. Remata frisando que apenas com a subsunção de um fato gerador a uma hipótese de incidência legalmente descrita.

Revela que restou demonstrado à exaustão na presente impugnação que, por razões variadas, em diversos casos sequer veio a se concretizar um fato gerador, e em outras passagens, demonstrou-se que, apesar de existir o fato gerador, houve pagamento do respectivo tributo.

Assinala que nas hipóteses em que o fato gerador não se verificou, não se mostra possível reconhecer a incidência da exação. Diz ser necessário ultrapassar as amarras da formalidade, para que se possa enxergar se houve, de fato, fato imponível, pois o descumprimento de deveres instrumentais (obrigações acessórias) não faz nascer a incidência tributária, mas apenas a imposição de obrigação de pagar multa pela infração secundária. Ressalta que o RPAF-BA/99 já citado expressa carrega em seus artigos 157 e 158 pertinentes disposições acerca da questão.

Afirma que a menção a tais dispositivos, portanto, objetiva lastrear o requerimento de que mesmo eventual descumprimento de obrigação acessória seja relevado por este Órgão Julgador, partindo-se da premissa de que a Impugnante se pautou sempre pela boa-fé, agindo sem dolo, fraude ou simulação.

Arremata destacando que resta também claro que não foi por omissão sua que existiu falta de recolhimento de tributo. Assinala que tal consequência decorreu da inexistência de competentes fatos geradores, de acordo com o que foi exposto.

Observa que a lavratura do Auto de Infração, como se pode verificar em seu demonstrativo de débito, apontou como incidentes nas diversas operações listadas alíquotas de 12% e 17%.

Lembra que a Resolução nº 13/2012, do Senado Federal, fixou em 4% a alíquota incidente nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior. Ressalta que tal incidência foi regulamentada pelos Estados através do Convênio ICMS 38/2013, reproduzindo o teor da Cláusula Segunda, para revelar que a subsunção do caso concreto à hipótese acima é completa.

Informa que as motocicletas que integram os Danfes dissecados ao longo da presente impugnação foram importadas pelas empresas emitentes. Afirma que a título exemplificativo, seguem em anexo Declarações de Importação apontando especificamente os bens em questão em seu âmago.

Verifica-se que os Danfes nºs 4538, 4540, 4610, 4619 e 4632 se utilizam corretamente da alíquota interestadual de 4%, o mesmo ocorre com o Danfe nº 4618, cuja relação já foi anteriormente refutada.

Ressalta que o RICMS-BA/97 passou a prever tal alíquota, com tais fundamentos, a partir de 20/06/2013, com a modificação do art. 55-A, segundo o qual:

“Art. 55-A. Nas operações interestaduais realizadas com a aplicação da alíquota de 4% (quatro por cento), por força do previsto na Resolução do Senado Federal nº 13, de 25 de abril de 2012, deverão ser prestadas no documento fiscal as informações exigidas no Conv. ICMS 38/13.”

Sustenta que se impõe a improcedência do Auto de Infração, cabendo a determinação, se o caso for, de determinação da deflagração de nova ação fiscal para fins de acertamento adequado do crédito tributário, afastando-se as penalidades erroneamente aplicadas.

Protesta pela produção de provas nesta seara administrativa, como lhe garante o art. 8º, inciso IV, do RPAF-BA/99, especialmente a utilização da instrução realizada no inquérito policial decorrente

do Boletim de Ocorrência nº DECECAP SSA-BO-16-00090, bem como a oitiva das empresas mencionadas na presente defesa.

Conclui requerendo:

- a) Primeiramente, que seja julgado improcedente o Auto de Infração, seja pela ausência de fato gerador, ou também pela comprovação de pagamento de várias das dívidas erroneamente apontadas; ou ainda pela erro na alíquota utilizada pela autoridade fiscal, que desconsiderou a alíquota de 4% prevista na Resolução 13/2012 do Senado Federal;
- b) Subsidiariamente, caso seja superado o pedido anterior, que seja afastada a aplicação da multa sobre o valor principal, diante da boa-fé do contribuinte, temperando-se a interpretação do art. 136 do CTN com a aplicação dos Princípios da Equidade e do “*In Dubio Pro Contribuinte*”, como orienta o Superior Tribunal de Justiça.

O Auditor Fiscal designado presta informação fiscal, fls. 441 a 444, depois de resumir as considerações iniciais alinhadas na defesa, apresenta as seguintes ponderações rebatendo as razões de defesa do impugnante.

Em relação a alegação do impugnante de que realizou remessas de numerário ao vendedor das mercadorias, Tecway da Amazônia Ind. Com. Ltda. constantes nos Danfes que relaciona à fl. 421, visando ao pagamento do ICMS-ST devido nessas operações, assinala que esta declaração do defendant, da qual não há prova nos autos, ainda que restasse comprovada em nada contribuiria para modificar a sua condição de responsável solidário pelo inadimplemento da obrigação tributária caracterizada na Auto de Infração. Observa que são inteiramente inócuas para o Direito Tributário as suas relações de direito privado com o remetente das mercadorias. Do mesmo modo, revela ser inútil a referência atinente ao registro de ocorrência na delegacia de polícia, bem como a citação da decisão do STJ em que pretende apoiar seu pedido de improcedência da autuação referente à falta de recolhimento do ICMS-ST decorrente das aquisições interestaduais configuradas nas notas fiscais mencionadas ou, alternativamente, o pedido de desconsideração da multa aplicada.

Quanto à alegação do defendant da necessidade de se apurar “a inclusão de R\$96,00 sobre o preço de cada uma das 350 motocicletas adquiridas, a fim de afastar potencial *bis in idem*”. Observa que o referido valor consta no corpo de todas as notas fiscais relacionadas, como “Outras Despesas” e foi adicionado ao “Valor dos Produtos” para obter-se o “Valor Total da Nota”. Informa que também se verifica no roda-pé dessas notas fiscais no campo reservado aos “Dados Adicionais” - “Informações Complementares” há o seguinte texto: “Inf. Contribuinte: Mercadoria Tributada na Origem Até Cons. Final Conf. Termo de Acordo Nº 104/2011 GSEFAZ NCM 871122010. Declaramos ter vendido o veículo sem Reserva de Domínio e sem Alienação Fiduciária. Base ICMS-ST: R\$3.900,00. Valor do ICMS: R\$96,00 Ficha 000008851 NF Origem 000009094-07/07/2013”.

Assinala que diante da informação constante no corpo das notas fiscais referidas neste item da defesa de que uma importância de R\$96,00, sob a rubrica de “Outras Despesas”, foi debitada ao adquirente das mercadorias, considerou-se necessária a sua inclusão na base de cálculo do ICMS-ST. Revela que, por outro lado, impõe-se a ressalva de que a responsabilidade pelas informações contidas nas Notas Fiscais é do seu emissor, e remetente das mercadorias, e do destinatário destas, que recebeu tais documentos sem lhes opor qualquer objeção.

Quanto à alegação atinente aos Danfes de nºs 4320, 4413 e 4417, de que as mercadorias neles discriminadas foram recebidas em consignação e, posteriormente “devolvidas mediante emissão de nova nota fiscal sob o competente CFOP, em estrita obediência ao art. 334 do RICMS-BA/12, cujos comprovantes diz anexar à defesa concluindo que não ocorrerá circulação jurídica de mercadorias e, portanto, inexistiu fato gerador. Esclarece o autuante que a venda em consignação prevista no Código Civil Brasileiro sob a designação de contrato estimatório, constitui operação

de circulação de mercadoria, sendo, portanto, fato gerador do ICMS e, estando a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, configura-se, por via de consequência, a obrigatoriedade de recolher o imposto relativo às operações subsequentes a serem realizadas com as sobreditas mercadorias. Menciona que estas supostas devoluções de mercadorias recebidas em consignação poderiam, apenas, ensejar, se devidamente comprovadas no trâmite de processo pertinente, a restituição de valores pagos, uma vez que as obrigações tributárias objeto do Auto de Infração já se perfizeram e são independentes do evento de mercadorias.

Ademais, apesar de ter afirmado o defendant que procedera rigorosamente consoante o previsto no art. 334 do RICMS-BA/12, o aludido dispositivo em seu Parágrafo único expressamente determina a sua não aplicação nas eventuais devoluções de mercadorias consignadas em operações interestaduais regidas pelas normas da substituição tributária como se verifica no presente caso.

Quanto a afirmativa da defesa de que ocorreu devolução de compras das mercadorias constantes dos Danfes de nº 4540 e 4610, com a emissão do Danfe de nº 11173 de devolução nos termos do art. 451 do RICMS-BA/12 e que anexou a defesa, observa que esse Danfe, da mesma forma que os indicados no item III.2.a, também não se encontram nos autos. Assinala que se repete aqui o que já foi dito em relação às alegadas devoluções de mercadorias recebidas em consignação, pois, nesse caso poderiam apenas ensejar, se devidamente comprovadas no trâmite de processo pertinente, com já citado no item anterior.

Revela que o defendant afirma na impugnação que foi recolhido o “ICMS incidente sobre a operação de compra e venda das motocicletas” relativo aos Danfes de nºs 4538, 4619, e 4632 e que tal declaração é feita “com lastro na documentação em anexo”. No entanto, assinala que esta afirmação não pode prevalecer, pois, se verifica que não fora juntado aos autos qualquer comprovação.

Observa que o impugnante alega que a operação atinente ao Danfe nº 4618 não foi realizada, informando que fez constar no boletim policial de ocorrência que registrou depois da lavratura do Auto de Infração, relatando que o emitente do referido Danfe lhe enviou uma declaração dando conta de que houve erro do faturista ao emitir a Nota Fiscal, frisando que não registrou em contabilidade e ainda que o destinatário “não fez a devolução para cancelamento da mesma.” Diante disso, assinala que nado foi dito nesse item da defesa está documentado nos autos e, de qualquer modo, não poderia ser reconhecido como verdadeiro diante da existência de Nota Fiscal regularmente emitida e não cancelada.

Frisa que o defendant afirma que realizou os recolhimentos do ICMS relativos às operações descritas nos Danfes de nºs 51321, 86 e 154, “acostando os comprovantes de pagamento do ICMS aos mesmos referentes.” Entretanto, diz verificar que inexiste nos autos qualquer documento comprobatório de pagamento de ICMS e, dessa forma, não se pode reconhecer o pagamento alegado.

Em referência à denegação do autuado de ter praticado as operações relativas os Danfes de nºs 1029, 315 e 4618, esclarece que esta simples negação também não pode ser aceita como suficiente para retirar a eficácia de Nota Fiscal devidamente emitida.

No que diz respeito às ponderações do defendant acerca da hipótese de incidência, da obrigação tributária, de sua absoluta sujeição ao princípio da estrita legalidade, dos dispositivos do RPAF-BA/99 que versam sobre a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória e os requisitos que, se verificados, poderão levar o órgão julgador a decretar sua redução ou cancelamento, para em seguida formular seu pedido de que seja relevado um eventual descumprimento de obrigação acessória já que, no que tange à obrigação tributária principal tributária principal, considera ter demonstrado sobejamente estar quite com a Fazenda Estadual, bem como ter agido de boa-fé, sem dolo, fraude ou simulação, informa o autuante que no

presente Auto de Infração não é exigido crédito tributário decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

No tocante a alegação defensiva atinente à alíquota de 4% [Resolução do Senado nº 13/2012] que incide nas operações interestaduais com bens e mercadorias importadas do exterior de ocorrera erro por terem sido aplicadas as alíquotas de 12% e 17% no cálculo do ICMS-ST devido, informa que o impugnante incorre em erro inescusável ao pretender que se aplique a alíquota de 4%. Explica que cálculo do ICMS-ST se refere às operações subsequentes que serão praticadas com as mercadorias adquiridas pelo contribuinte substituído.

Observa que a aplicação da alíquota interestadual é de responsabilidade do remetente das mercadorias e emitente da Nota Fiscal respectiva. Registra que foi considerado no cálculo do imposto devido, os valores de ICMS referentes às operações próprias, também ditas normais, destacados nas Notas Fiscais e aplicado à base de cálculo relativa à substituição tributária por antecipação a alíquota referente a operações internas, uma vez que o crédito tributário objeto do lançamento de ofício diz respeito, como já dito, às operações subsequentes que serão realizadas com as mercadorias adquiridas ao substituto tributário em operações interestaduais.

Conclui mantendo a autuação.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração da falta de recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição referente a aquisições de mercadorias [motocicletas e peças] provenientes de outras unidades da Federação, por remetente sem inscrição estadual ativa, conforme demonstrativo acostado à fl. 04 - Convênio ICMS 52/93.

A acusação fiscal se fundamenta no §5º, do art. 8º, da Lei 7.014/96, *in verbis*:

"Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

[...]

§ 5º A responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado."

O autuado, em sede de defesa refutou o cometimento da irregularidade apontando os seguintes argumentos.

Em relação aos Danfes emitidos pela empresa Tec Way da Amazônia Ind. Com. Ltda., CNPJ nº 05.377.079/0001-98, arrolados no levantamento fiscal e discriminados em sua defesa à fl. 421, referente a aquisição de 350 motocicletas, informou que ciente da aplicação do regime de substituição tributária por antecipação, em conjunto com a empresa remetente calculou o valor do imposto incidente na operação no valor de R\$177.310,00 e efetuou três remessas para a Tec Way da Amazônia Ind. Com. Ltda., conforme troca de e-mails que diz anexar aos autos, para que o remetente recolhesse o ICMS-ST correspondente através da GNRE. Para sua surpresa recebeu a notificação da lavratura do Auto de Infração.

Informou que providenciou a lavratura junto à Delegacia Policial competente de Boletim de Ocorrência contra a remetente por não ter efetuado o recolhimento acertado, cuja cópia disse ter acostado à sua defesa. Com base na existência de comprovação que diz ter acostados aos autos, de que efetuou as transferências de valores para o recolhimento ICMS-ST, requereu a improcedência do montante da exigência fiscal relativo a essas operações.

Depois examinar os elementos dos autos que constituem essa explanação alinhada pelo impugnante, constato que, mesmo verificando que foi carreado aos autos cópias das comprovações de seus argumentos, não é possível exonerá-lo de sua responsabilidade tributária

solidária, haja vista ser intransferível, mediante acordo com terceiro, a sujeição obrigatoria prevista na legislação tributária. Acordos e contratos entre particulares não geram qualquer repercussão no âmbito do Direito Tributário, precipuamente não desonera a responsabilidade do sujeito expressamente estatuído em lei.

Nestes termos, resta patente o acerto da autuação em relação a essas operações, cuja exigência deve ser mantida.

No tocante ao valor de R\$96,00, acrescido ao preço de venda incluídos nos Danfes relativos a essas operações, a título de taxa de alienação, alegado pela defesa que deveria ser excluído da autuação para evitar o *bis in idem*, não acolho a pretensão do impugnante, tendo em vista que qualquer importância recebida ou debitada do adquirente deve integrar a base de cálculo, de acordo com a alínea “a” do inciso II, do §1º, do art. 17 da Lei 7.014/96, *in verbis*:

“§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso VI do caput deste artigo:

[...]

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

Entendo também, que a multa sugerida deve ser mantida, haja vista ter sido corretamente tipificada para a irregularidade cometida, consoante previsão contida na alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Em suma, pelo expedito, fica mantida a exigência fiscal da autuação em relação aos Danfes arrolados no levantamento fiscal e elencados na defesa à fl. 421.

Em relação aos Danfes de nºs 4220, 4416 e 4417, cujas operações o deficiente alegou não ser devida a exigência apurada no Auto de Infração, pelo fato de se tratar de remessas em consignação que foram devolvidas mediante emissão de nota fiscal correspondente e que cumpriu rigorosamente o estabelecido no art. 334 do RICMS-BA/12.

O autuante ao prestar informação fiscal refutou o argumento da defesa esclarecendo que, por se tratar de operação interestadual de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, o Parágrafo Único do referido dispositivo regulamentar expressamente determina a não aplicação nas devoluções ora em lide.

Como se depreende da transcrição do aludido dispositivo regulamentar, assiste razão ao autuante.

“Art. 334. Na realização de operação de consignação mercantil, observar-se-ão os seguintes procedimentos (Ajuste SINIEF 2/93);

[...]

III - Na venda da mercadoria remetida a título de consignação mercantil:

[...]

IV - Na devolução de mercadoria remetida em consignação mercantil:

[...]

Parágrafo único. As disposições contidas neste artigo não se aplicam às operações sujeitas ao diferimento ou ao regime de substituição tributária por antecipação, exceto nas operações internas em que a fase de tributação já tenha sido encerrada.”

Assim, não acolho as alegações da defesa e ficam mantidas essas operações atinentes aos referidos Danfes arroladas no levantamento fiscal.

No que concerne ao Danfe nº 4618, arrolado no levantamento fiscal, o impugnante asseverou que desconhece essa operação e requer a sua exclusão, carreando aos autos cópia de declaração do emitente, Sazaki Motores Ltda. constante na mídia “*pen drive*”, fl. 434, informando que ocorreu um equívoco.

Em que pese constar nos autos a declaração da emitente da referida nota fiscal de que ocorreu equívoco em sua emissão, não deve prosperar a pretensão da defesa, uma vez que é indubidosa a existência da nota fiscal no sistema de Notas Fiscais eletrônicas e, somente o devido

cancelamento no ambiente público de arquivamento é que poderia ser aceito o desfazimento do negócio e a conseqüente desoneração do autuado.

Assim, acolho o argumento apresentado pelo autuante na informação fiscal e mantendo a autuação relativa ao Danfe nº 4818. Do mesmo modo, rejeito a alegação da defesa, ao não reconhecer as operações atinentes aos Danfes de nºs 1029 e 315, sob o fundamento de que não adquiriu as mercadorias neles indicadas. Logo, ficam mantidas as exigências dessas operações tendo em vista que a simples negação, sem qualquer comprovação inequívoca não tem o condão de elidir a acusação fiscal lastreada em documento fiscal válido em nome do autuado.

Constatou também que não deve prosperar a alegação da defesa de que não foi considerada a alíquota de 4% prevista na Resolução do Senado nº 13/2012 na apuração da exigência objeto da autuação, pelo fato de constar no demonstrativo de apuração as alíquotas de 12% e 17%, ao apontar na defesa os Danfes de nºs 4538, 4540, 4610, 4619 e 4632.

Como bem esclareceu o autuante ao proceder à informação fiscal, a apuração do ICMS-ST foi efetuada corretamente como se constata no demonstrativo de apuração, uma vez que considerado o crédito fiscal de 4% destacado nas operações interestaduais amparadas pela referida resolução aplicada a correspondente MVA e incidindo a alíquota de 12% para as operações subsequentes com motocicletas ou, de 17% nas operações com peças.

Assim ficam mantidas as operações relativas aos citados Danfes.

No que diz respeito aos Danfes de nºs 51321, 086 e 155, para os quais o impugnante asseverou em sua defesa ter efetuado o recolhimento e que acostou aos autos os correspondentes comprovantes, também não acato a alegação, haja vista que após compulsar os documentos acostados aos autos no *pen drive*, fl. 434, constato que somente existe a cópia de uma GNRE do Danfe de nº 51321, sem qualquer autenticação do banco arrecadador, portanto, sem qualquer valor probante do efetivo recolhimento. Em relação aos demais Danfes não constam quaisquer comprovantes. Logo ficam mantidas as correspondentes exigências no levantamento fiscal.

Por fim o defendant sustentou que os Danfes de nºs 4540 e 4610, arrolados no levantamento fiscal foram objeto de devolução, asseverando que acostou à sua defesa cópia das correspondentes operações de devoluções através dos Danfes de nºs 11173 e 11298.

- Ao compulsar a documentação acostada aos autos pela defesa constato que apesar da cópia dos referidos Danfes de nºs 11173 e 12298 se referirem às mesmas mercadorias dos Danfes de nºs 4540 e 4610, não foram comprovados os efetivos retornos das mercadorias através dos correspondentes Conhecimentos de Transporte - CT-e, bem como não consta nos referidos Danfes quaisquer dados do transportador. Mesmo se tratando de suposta devolução 71 motos não foram indicados os motivos da devolução. O CFOP da operação indicado nos Danfes não correspondem a operação de devolução e foi alterado através de Carta de Correção manual, não válida para notas fiscais. Ademais, a alteração da natureza da operação no presente caso, implica mudança na base de cálculo e alíquota, erro não passível de correção consoante previsão expressa do inciso I, do §1º-A, do art. 7º, do Ajuste SNIEF 01/01. Também não constam no campo próprio dos referidos Danfes o destaque do imposto correspondente ao indicado nos Danfes de aquisição de nºs 4540 e 4610. Logo, a documentação apresentada pelo impugnante não comprova de forma inequívoca que ocorreram as devoluções em questão, portanto, não tem o condão de elidir a acusação fiscal.

Nestes termos, ante o exposto, concluo pela subsistência da autuação.

Ante o acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** E o Auto de Infração nº **089643.0013/16-2**, lavrado contra **LULU MOTOS COM. IMP. EXP. E TRANSPORTES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$341.294,70**, acrescido da multa de 60 % prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA