

A. I. Nº - 278997.0008/12-8
AUTUADO - SCANIA LATIN AMÉRICA LTDA.
AUTUANTE - KLEBERSON POLITO BARRETO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28.05.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0073-02/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE INSCRITO NA SEFAZ-BA COMO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. VENDAS DE MERCADORIAS ÀS EMPRESAS SITUADAS NA BAHIA E SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: **a)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE IMPOSTO A MENOS QUE O DEVIDO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cabe ao vendedor reter e recolher a favor da Bahia o ICMS/ST relativo às operações internas subsequentes. Comprovado erro na apuração da infração por aplicação de MVA maior que prevista legalmente. Infração parcialmente subsistente; **b)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE ICMS/ST. Comprovado erro na apuração da infração por aplicação de MVA maior que prevista legalmente e inclusão de operações não sujeitas ao ICMS/ST. Infração insubsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/12/2012 exigindo ICMS no valor de R\$715.352,70, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

01 – 08.31.02 – Procedeu a retenção a menor 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. Valor: R\$315.984,95. Período: janeiro a maio e julho a dezembro 2009; janeiro a dezembro 2010. Enquadramento legal: Cláusula primeira a quarta do Protocolo ICM 41/08;

02 – 08.31.03 – 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. Valor: R\$399.367,75. Período: julho a dezembro 2008; outubro e novembro 2009; janeiro, março a maio e julho a dezembro 2010. Enquadramento legal: Cláusula primeira a quarta do Protocolo ICM 41/08.

Consta da descrição do fato que o ICMS ST lançado nas infrações foi calculado utilizando como base de cálculo a tabela de preços sugerida informada pelo contribuinte (anexo III) conforme prevê as normas do Protocolo 41/2008 em que o Estado que situa a empresa é signatário, aplicando-se a tabela de preços sugerida ali determinada e concedendo-se o crédito fiscal da operação própria. As informações de saída de mercadorias foram coletadas dos arquivos magnéticos do contribuinte enviados pelo SINTEGRA em conjunto com as notas fiscais eletrônicas extraídas do sistema SEFAZ e conferência física das notas fiscais por amostragem, demonstrando a fidelidade dos dados e documentos que serviram de base para a fiscalização contribuinte.

Impugnando o lançamento (fls. 114-127), após sintetizar os fatos o sujeito passivo salienta que o fiscal adotou a tabela de preços que sugeriu somente para o período 2008 contido na infração 02 e nos demais períodos adotou o percentual de Margem de Valor Agregado – MVA para compor a base de cálculo do ICMS/ST, razão pela qual a autuação se mostra insubsistente, na medida em que: (1) contém vício de motivação, pois não atende a condição estabelecida no § 3º, do art. 23, da Lei 7.014/75 (sic), na redação vigente até 30/03/2010, para fins de utilização do preço sugerido ao consumidor como elemento de composição da base de cálculo do ICMS/ST no período de 2008 (Infração 02); (2) ainda assim, não há lei na Bahia autorizando a utilização do preço sugerido ao consumidor como elemento formador da base de cálculo do ICMS/ST na saída de autopeças, conforme expressamente exigido pelo artigo 8º, § 3º da LC 87/96; (3) há patente erro do fiscal na utilização da MVA de 56,9% nas operações realizadas nos períodos de 2009 a 2010, pois não considerou que o concessionário destinatário possui acordo de fidelização com a Impugnante, nos termos do artigo 8º da Lei Federal 6.729/79; (4) a Impugnante efetuou o pagamento da quantia total de R\$276.018,34, referente ao ICMS/ST devido em decorrência das operações realizadas no período de 2008 (Infração 02), o que não considerado na autuação; (5) as operações realizadas nos períodos 2009 a 2010, referentes à Infração 02, não estão sujeitas à substituição tributária.

No que diz respeito à nulidade, destaca que em relação ao período 2008 da infração 02 o procedimento se revela incompleto, o que fulmina o fundamento legal da respectiva acusação fiscal, pois, analisando o mapa de apuração conclui que a metodologia está exclusivamente amparada nos preços sugeridos pela Impugnante, mas não há qualquer indicação dos valores de venda efetivamente praticados pelo concessionário destinatário das autopeças.

Aduz que a constatação fugiu ao trabalho de investigação do autuante que, inclusive, ratifica tal aspecto quando relata que realizou o procedimento unicamente a partir de informações coletadas dos arquivos do SINTEGRA, NF's-e extraídas da SEFAZ, conferidas por amostragem.

Alega o levantamento desta questão pelo fato de até 30 de março de 2010 ter sido indispensável a comprovação de que o valor sugerido foi praticado pelo destinatário da mercadoria sujeita à ST, conforme dispositivo legal que reproduz (artigo 23, § 3º, da Lei 7.014/96). Logo, transcrevendo doutrina e ementas do CONSEF, afirma que a premissa que fundamenta a autuação fiscal revela-se desmotivada e presuntiva.

No mérito, com relação à Infração 01, observa haver incongruência e falta de claro parâmetro legal na apuração do crédito tributário, pois, em determinado período adota a tabela de preços sugerida pela Impugnante, e, em outro momento, elege a MVA para determinar a base de cálculo, mas, a despeito disso, comparando os critérios de apuração do ICMS/ST adotado pela Impugnante e os utilizados pelo autuante, percebe que a única diferença entre ambos, e que motivou a autuação reside no percentual de MVA considerado na apuração do imposto retido, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do Protocolo ICMS 41/08, pois enquanto adotou a MVA de 41,7% o autuante aplicou a MVA de 56,9%, conforme o exemplo extraído do Anexo I, pg. 1, NF 6401 que demonstra.

Alega que em face de as autopeças serem destinadas a empresa integrante de sua rede de concessionárias utilizou o percentual de 41,7%, conforme permite o artigo 8º da Lei Federal 6.729/79 c/c o § 2º, inciso I, “a” e § 3º, inciso I, da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 41/08, dispositivos que reproduz.

No intuito de evidenciar o acerto do seu procedimento também informa anexar à defesa uma planilha descritiva das operações que efetuou, identificando a metodologia empregada (doc. 03).

Com relação à infração 02, em tópico específico diz que a autuação relativa às operações com autopeças é equivocada, pois o autuante adotou o preço sugerido pela Impugnante, o que apenas caberia se houvesse comprovação que o destinatário praticou tal preço em suas vendas, conforme o § 3º do art. 23 da Lei 7.014/96, na redação vigente até 30/03/2010 e, mesmo assim, se houvesse lei ordinária específica autorizando tal critério. Aduz que praticou e recolheu corretamente o valor

de R\$ 276.018,34 usando a MVA de 41,7%, conforme planilha que anexa (docs. 04 e 05), valor que não foi considerado nos cálculos do autuante.

Com respeito às operações dos períodos 2009 e 2010 na infração 02, além de terem sido equivocadamente calculadas com MVA de 56,9% ao invés de 41,7%, com exemplos nas NFs nºs 476968 de 18/11/2010, CFOP 6102 (retorno de mercadoria ou bem recebido para conserto ou reparo), 456205, de 22/10/2010 (NCM 8408.90.10, não prevista no Anexo do Prot. 41/08), 371311, 402180, 197774 (também relativa a operações não alcançadas pelo citado protocolo) alega não estarem sujeitas a ST, seja pela natureza dos bens, seja pelo tipo da operação, conforme planilha descritiva que junta à defesa (doc. 06).

Por fim, requer a nulidade do Auto de Infração por vício material relacionado com a exigência sobre as operações do período 2008 da infração 02 e, caso assim não se entenda, requer o provimento da Impugnação para desconstituir a autuação.

Às fls. 239-242 o autuante presta informação fiscal. Diz que a empresa autuada possui o Termo de Acordo nº 081376/2008-6 para efetuar a ST sobre operações com peças, componentes e acessórios destinadas aos seus concessionários baianos e não apenas com relação aos itens relacionados no Anexo único do Protocolo 41/08.

Quanto ao argumento de que adotou a tabela de preços sugerida pela Impugnante somente em relação às operações de 2008 da infração 02 e, nos demais, a MVA, informa que, por equívoco, o sistema calculou corretamente os dados dos arquivos do SINTEGRA 2008 com base nos preços sugeridos, mas indevidamente usou a MVA quando do cálculo dos dados das NF's-e de 2009 e 2010. Diz que conferiu os dados nas tabelas, porém, ao imprimir os relatórios ocorreu a distorção despercebida no fechamento do Auto de Infração. Entretanto, diz ele, toda a argumentação do AI segue em um mesmo sentido, ou seja, não deixando dúvida quanto à metodologia que aplicou, razão pela qual sustenta a total pertinência da autuação pedindo autorização para que o CONSEF admita a suplementação dos relatórios relativos aos exercícios 2009 e 2010.

Com relação ao alegado vício de motivação por falta de comprovação da condição prevista no §3º, do art. 23, da Lei 7.014/75 (sic), na redação vigente até 30/10/2010, entende haver incongruência no dispositivo, pois condiciona a exigência do ICMS/ST se antes for observada uma situação futura, pelo que entende que o citado dispositivo legal não possui o regramento alegado na defesa, pois se assim quisesse, bastaria o legislador não ter colocado os produtos na ST, de modo a que o imposto fosse calculado após se efetivar a operação seguinte.

Diz não existir dispositivo legal obrigando o sujeito ativo previamente auditar os adquirentes sediados na Bahia antes de auditar o contribuinte substituto fora do Estado. Para clarificar que os preços da revenda na concessionária destinatária são os estabelecidos pela autuada, sob pena de rescisão, acrescenta que ela possui regramento de preços definidos nos itens 7 e 16 do Contrato de Concessão de revenda, tratado como acordo de fidelização (DOC 02, fls. 150 a 153) que transcreve.

Conforme pedido de fls. 251-252, por considera-la insuficiente, o PAF foi baixado em diligência para que o órgão autuante apresentasse nova informação fiscal nos termos do § 6º do art. 126 do RPAF, ou seja, apreciando todas as alegações defensivas, refazendo o demonstrativo em que mesmo tendo utilizado o preço sugerido, o autuante admite haver erro, além de anexar ao PAF a lista de preços sugeridos como prova dos preços praticados, reabrindo-se novo prazo para defesa para o contribuinte.

Atendendo ao pedido, às fls. 255-261 o órgão autuante presta a informação através de autoridade estranha ao feito que, após reproduzir as infrações e sintetizar a Impugnação e a informação do autuante informa o seguinte:

- a) Que os Estados Bahia e São Paulo são signatários do Protocolo 41/08 que albergam o período fiscalizado;

- b) Que a empresa concessionária destinatária na Bahia não utilizou a tabela de preços alegada pelo autuante, conforme pode ser verificada na planilha “Preços NFe x Preços da Tabela.sls”, gravada no CD anexo;
- c) Com relação à Infração 01 – Retenção a menor do ICMS-ST

Opina que a autuada utilizou a correta metodologia para obter a base de cálculo do ICMS/ST, que é a MVA. Adiciona a isto o fato de que a concessionária destinatária da totalidade das mercadorias com CFOP 6401 possui contrato de fidelidade (Cláusula 13 do Contrato de Concessão de Revenda” – fls. 150 a 153), cabendo a MVA de 41,7% nessas operações, conforme alegado na defesa.

- d) Com relação à Infração 02 – Retenção a menor

Conforme demonstrativo que apresenta, informa que a autuada praticou operações com distintos CFOP's para destinatários na Bahia, dos quais somente caberia cobrança de ICMS/ST nas operações com o CFOP 6401, razão pela qual afirma que a infração 02 está totalmente prejudicada, já que o levantamento do autuante foi efetuado sobre CFOP's que não estariam no campo de incidência do ICMS/ST.

Acata as contrarrazões da autuada e configurando a metodologia que entende correta (MVA de 41,7%) somente sobre as operações com o CFOP 6401 e desprezando a dos demais, refez o procedimento fiscal ajustando os valores do imposto, conforme os demonstrativos que apresenta cujo detalhamento consta do CD que anexa (fl. 263).

Tais demonstrativos resultaram nos seguintes valores: Exercício 2008: R\$ -715,86; Exercício 2009: R\$ 21.342,58; Exercício 2010: R\$ 1,72.

Intimado do resultado da diligência solicitada, reiterando seus argumentos defensivos, à fl. 267 o sujeito passivo se manifesta pela sua conformidade ressaltando o reconhecimento da correta utilização da MVA de 41,7%.

À fl. 272 a autoridade diligente se manifesta dizendo que, concordando com o resultado da sua diligência o sujeito passivo nada acrescentou, razão pela qual sugere o encaminhamento do PAF para julgamento.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração contra contribuinte situado em São Paulo, mas inscrito na Bahia como contribuinte substituto.

Conforme acima relatado, o processo em juízo administrativo veicula lançamento de ICMS/ST e sanção tributária acusando o cometimento de duas infrações: 01: Retenção e recolhimento a menor do imposto relativo a operações realizadas para contribuintes localizados na Bahia; 02: Falta de retenção e recolhimento do imposto relativo a iguais operações.

Examinando os autos constato que, após o saneamento com base no § 1º do art. 18 do RPAF, levado a efeito no curso da instrução processual, o PAF encontra-se consoante com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento tributário resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados no levantamento fiscal que ajustou o original e foi efetuado por ocasião da diligência pedida às fls. 251-252, cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo junto com a intimação para o conhecimento do seu resultado (fl. 264), dele obtendo a integral conformidade. Assim, em face da superação do vício acusado na Impugnação, afasto o pedido de nulidade formulado.

No mérito, com relação à Infração 01, expressando sua alegação em exemplo, o Impugnante arguiu incongruência e falta de parâmetro na apuração do crédito tributário, pois, sem fundamento legal, o autuante teria utilizado ou a tabela de preços que sugeriu aos seus concessionários ou uma MVA diferente da prevista para as operações com autopeças (41,7%), e que a diferença entre as MVA's constitui o motivo do suposto recolhimento a menor do tributo.

Pois bem, além de o próprio autuante admitir não ter aportado aos autos os relatórios dos exercícios 2009 e 2010, como bem observado no pedido de diligência (fls. 252-253), a informação fiscal do autuante foi prestada fora do mandamento exposto no § 6º do art. 126 do RPAF, pois não abordou acerca da divergência de MVA, como apontada na Impugnação (56,9% ou 41,75%).

Ora, olhando a legislação a respeito (Protocolo ICMS nº 41/08, Cláusula Segunda, §§ 2º e 3º, - redação vigente até julho 2012, existência de Contrato de Fidelização entre a autuada e o seu concessionário destinatário na Bahia – fls. 150-153), com relação à MVA, constato que, acertadamente, a autoridade fiscal diligente esclareceu ter razão o Impugnante, com respeito ao uso da MVA no percentual de 41,7% para cálculo do ICMS/ST nas operações de venda de autopeças.

Com relação à Infração 02, o Impugnante, além de também alegar a existência da divergência entre a MVA legal e a indevidamente utilizada pelo autuante (como visto na infração 01), apresentando exemplos, argumenta que o autuante indevidamente incluiu em seu levantamento fiscal, operações fora do âmbito de incidência da substituição tributária e também não considerou o valor de R\$276.018,34 que oportunamente recolheu por conta de operações objeto da exação fiscal.

Como também observado no pedido de diligência (fl. 251), a informação prestada pelo autor do feito (fls. 239-242), passa ao largo dessas alegações defensivas, mas, por ocasião da diligência requerida, mais uma vez confirmando razão caber ao Impugnante, a autoridade diligente demonstra e declara às fls. 258-259 que, de fato, o autuante incluiu em seu levantamento fiscal operações cobertas com diversos CFOP's, dos quais somente caberia cobrança de ICMS/ST nas operações com o CFOP 6401 (Venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto).

É mais, a autoridade fiscal diligente categoricamente afirma que a infração 02 está totalmente prejudicada, já que, excluindo o CFOP 6401, o levantamento fiscal do autuante foi efetuado sobre CFOP's fora do campo de incidência do ICMS/ST, de modo que, refazendo o procedimento fiscal dentro dos parâmetros legais e informando que os cálculos se encontram de forma integral no CD anexado à fl. 263, compondo os arquivos Excel “Apuração 2008.xlsx”, “Apuração 2009.xlsx”, “Apuração 2010.xlsx”, onde se pode constatar os cálculos item a item de todas as NFs emitidas pela autuada para a sua concessionária envolvida neste caso, com as respectivas fórmulas em aberto para conhecimento da metodologia utilizada, apurou diferença de ICMS/ST devido apenas com relação à infração 01 para os exercícios de 2009 e 2010, conforme demonstra às fls. 260-261 dos autos.

Cumprir observar que o conhecendo e sem observar existência de inconsistência nos arquivos do levantamento cujas cópias recebeu, o sujeito passivo conformou-se com o resultado da diligência fiscal entabulada (fl. 267).

Assim, considerando que a exação fiscal processada foi devidamente aperfeiçoada na forma regulamentar, a ponto de não mais restar questionamento no contraditório instalado pelo sujeito passivo com a Administração ativa, titular do crédito em constituição, acolho como correta a presente exigência fiscal no valor de R\$21.423,92, fruto do ajuste efetuado na diligência fiscal citada, conforme demonstrativo de débito abaixo, reconheço a parcial procedência da infração 01 e a improcedência da Infração 02.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor Historico
Infração 01					
31/01/09	09/02/09	44136,12	17	60	7503,14
28/02/09	09/03/09	81873,88	17	60	13918,56
31/03/10	09/04/10	0,94	17	60	0,16

30/06/10	09/07/10	0,53	17	60	0,09
31/07/10	09/08/10	0,88	17	60	0,15
31/08/10	09/09/10	0,12	17	60	0,02
30/09/10	09/10/10	2,18	17	60	0,37
31/10/10	09/11/10	4,76	17	60	0,81
30/11/10	09/12/10	2,53	17	60	0,43
31/12/10	09/01/11	1,12	17	60	0,19
Total da Infração					21.423,92

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278997.0008/12-8**, lavrado contra **SCANIA LATIN AMÉRICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.423,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “e”, 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, 10 de maio de 2018.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR