

**PROCESSO** - A. I. Nº 298624.0001/17-1  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - DAFRA DA AMAZÔNIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MOTOCICLETAS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 3ª JJF nº 0086-03/18  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 22/11/2019

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C/JF Nº 0279-11/19

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Provado o correto recolhimento do imposto, com base no valor correspondente ao preço de venda a consumidor, constante da tabela estabelecida pelo fabricante. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 0086-03/18, por ter desonerado integralmente o sujeito passivo do débito originalmente lhe imputado, ao julgar Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado para exigir o crédito tributário de R\$278.070,18, acrescido da multa de 60%, em razão de ter efetuado retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2012 a abril de 2015 e novembro de 2015.

A Decisão da JJF considerou o Auto de Infração improcedente após consignar que inexistia nos autos qualquer motivo para nulidade e, no mérito, teceu as seguintes considerações:

### VOTO

[...]

*A lide se instalou porque a fiscalização entendeu ter havido violação ao inciso I, da Cláusula Terceira do Convênio ICMS 52/93, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com veículos de duas rodas motorizados, in verbis:*

**Cláusula terceira** *A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será:*

*I - em relação aos veículos de fabricação nacional, o valor correspondente ao preço de venda a consumidor constante de tabela estabelecida por órgão competente (ou sugerido ao público), ou, na falta desta, pelo fabricante, acrescido do valor do frete e dos acessórios a que se refere o § 1º da cláusula primeira;*

*Em síntese, a Fiscalização não tendo encontrado a informação dos preços praticados pelo autuado nos arquivos da SEFAZ, referida na Cláusula Terceira do dispositivo acima reproduzido, aplicou a MVA ajustada de 34%, lançando de ofício, a diferença encontrada do cálculo realizado pelo impugnante.*

*O defendente se insurgiu contra a autuação. Disse ter verificado no levantamento fiscal, que a base de cálculo do imposto sofreu majoração, tendo os autuantes utilizado percentual de Valor Agregado - MVA de 34%, previsto no parágrafo 4º, Cláusula Terceira do Convênio ICMS 52/1993.*

*Da análise da legislação aplicável ao fato, observo que a aplicação da MVA de 34% deverá se dar, caso não tenha sido definido o preço final ao consumidor, quer pelo órgão competente, quer pelo fabricante.*

*Nas razões defensivas, o autuado argumentou que no caso em questão, diante da inexistência de pauta definida pelo órgão competente, editou tabela de sugestão de preço de vendas de suas mercadorias ao consumidor final e enviou rotineiramente à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Informou que tal assertiva se comprova pela documentação que anexou ao processo e que contém todos os e-mails enviados a partir de janeiro de 2012 às diversas Secretarias da Fazenda dos Estados brasileiros, dentre elas, a da Bahia. Diante de tais fatos, não*

*deveria ser aplicada a MVA de 34% como fez a fiscalização, uma vez que a situação se enquadra na hipótese atinente ao inciso I, da Cláusula Terceira do Convênio ICMS 52/93, devendo ser aplicado o preço sugerido pela fabricante.*

*Em sede de informação fiscal, os autuantes silenciaram sobre os e-mails anexados pela defesa às fls. 51/233. Limitaram-se a informar que consideraram como os últimos registros de tabelas de preços enviadas a este Estado, aqueles dos exercícios de 1998/99, como comprova e-mail da GERSU datado de 29 de maio de 2017 (fl.08 e 09). Afirmaram que como não tiveram acesso a qualquer tabela de preço do contribuinte, procederam aos cálculos conforme § 4º do Convênio nº 52/93.*

*Considerando os documentos apensados pela defesa, e-mails com preços do fabricante fls. 51/233, a 3ª JJF em busca da verdade material realizou duas diligências na tentativa de confirmar os fatos aqui discutidos.*

*Na primeira, buscou-se informação da Gerencia de Substituição Tributária – GERSU. Em resposta à diligência fl. 241, a GERSU informou que em seus registros só teria encontrado informações referentes aos anos de 1988 e 1999, conforme e-mail retro citado de 29/05/2017, fl. 08. No entanto, informou que não teria como contestar a informação da Autuada, considerando que os e-mails foram enviados para o gerente da GERSU, no referido período, Sr. José Jorge Sousa Santos, falecido em 11.11.2012, que deveria guardá-los em alguma pasta específica no seu computador e após o seu falecimento, podem ter retornado aos remetentes.*

*A segunda diligência foi encaminhada à DTI/GETEC – GERÊNCIA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. Em resposta fl. 247, a Gerente da DTI/ informou que foi realizada uma restauração do back-up da caixa de correio do servidor José Jorge Santos Sousa (jjsousa) relativo ao ano de 2012, porém, não foram encontradas nenhuma das mensagens citadas neste processo. Esclareceu que pela restauração efetuada, foi possível verificar que o citado servidor executava com frequência uma rotina de manutenção, para liberar espaço na sua caixa de correios, cujo limite de armazenamento era apenas 100MB. Disse que, provavelmente ele movia seus e-mails excedentes e mais antigos para uma pasta particular, localizada em sua estação e as apagava do servidor de e-mail para livrar espaço. Desta forma, o back up realizado no servidor já não realizava uma cópia de segurança destas mensagens, o que impede garantir que tais mensagens **foram recebidas ou não**, na caixa de correio do referido servidor.*

*Por fim, informou que não foram encontrados dados relativos a caixa do Sr. José Jorge Santos Sousa no ano de 2013, e que na data de 18/11/2012 ocorreu um estouro de sua caixa por conta dos limites excedidos nesse repositório, devido à falta de limpeza periódica.*

*Diante do exposto, entendo que não existem elementos no processo que confirmem de forma inequívoca, o descumprimento por parte do contribuinte, da obrigação acessória de encaminhar a esta Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, a sua lista de preços praticados junto ao consumidor. Nos termos estabelecidos no multicitado Convênio 52/93, somente em desatendimento a esta condição, o cálculo do ICMS/ST poderia ser realizado com a aplicação da MVA de 34%, conforme realizado pela Fiscalização. Concluo, portanto, que a acusação fiscal não restou caracterizada.*

*Sendo assim, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Por fim, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

## VOTO

Da análise das peças nos autos, depreendo que a acusação é de que o recorrido, situado em Manaus, efetuou retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações subsequentes, nas vendas de motocicletas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos termos previstos na cláusula terceira, inciso I, do Convênio ICMS 52/93, abaixo transcrito, por não ter a fiscalização encontrado a informação dos preços praticados pelo autuado nos arquivos da SEFAZ, o que levou a aplicar a MVA ajustada de 34%, resultando na diferença exigida.

**Cláusula terceira** A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será:

*I - em relação aos veículos de fabricação nacional, o valor correspondente ao preço de venda a consumidor constante de tabela estabelecida por órgão competente (ou sugerido ao público), ou, na falta desta, pelo fabricante, acrescido do valor do frete e dos acessórios a que se refere o § 1º da cláusula primeira;*

Há de ressaltar que a desoneração total do valor exigido decorreu da conclusão, na Decisão recorrida, de que a aplicação da MVA de 34% deverá se dar, caso não tenha sido definido o preço final ao consumidor, quer pelo órgão competente, quer pelo fabricante.

Considerando que o remetente alega, diante da inexistência de pauta definida pelo órgão competente, que editou tabela de sugestão de preço de vendas de suas mercadorias ao consumidor final e enviou à SEFAZ / BA, conforme documentos que anexa às fls. 53 a 233 dos autos, devendo ser aplicado o preço sugerido pelo fabricante e não a MVA de 34% como fez a fiscalização, a JJF determinou a realização de diligências no sentido de confirmar os fatos alegados e documentados pelo recorrido, cujos resultados foram:

1. na primeira diligência, a Gerencia de Substituição Tributária – GERSU, em resposta, à fl. 241, informou que não teria *como contestar a informação da Autuada, considerando que os e-mails foram enviados para o gerente da GERSU, no referido período, Sr. José Jorge Sousa Santos, falecido em 11.11.2012, que deveria guardá-los em alguma pasta específica no seu computador e após o seu falecimento, podem ter retornados.*
2. na segunda diligência, a DTI/GETEC – GERÊNCIA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO, em resposta à fl. 247, informou que foi realizada uma restauração do back-up da caixa de correio do citado servidor, relativo ao ano de 2012, porém, não foram encontradas nenhuma das mensagens citadas no processo. Contudo, quando da restauração efetuada, foi possível verificar que se executava com frequência uma rotina de manutenção para liberar espaço na caixa de correios, cujo limite de armazenamento era apenas 100MB, e que, provavelmente, o referido titular movia os e-mails excedentes e mais antigos para uma pasta particular, localizada em sua estação e as apagava do servidor de e-mail para livrar espaço. Desta forma, o back up realizado no servidor já não realizava uma cópia de segurança destas mensagens, *o que impede garantir que tais mensagens foram recebidas ou não, na caixa de correio do usuário.* Por fim, informou que na data de 18/11/2012 ocorreu um estouro de sua caixa por conta dos limites excedidos nesse repositório, devido à falta de limpeza periódica.

Diante de tais considerações, a Decisão recorrida concluiu não existir elementos no processo que confirmassem, de forma inequívoca, o descumprimento pelo contribuinte da obrigação acessória de encaminhar à SEFAZ/BA a lista de preços praticados junto ao consumidor, o que ensejaria o cálculo do ICMS/ST com a aplicação da MVA de 34%, conforme estabelecido no Convênio ICMS 52/93.

Do exposto, concordo com a Decisão recorrida, principalmente em razão das provas anexadas aos autos pelo recorrido, a exemplo das tabelas do fabricante com sugestão de preço ao consumidor final, como também pelas mensagens enviadas ao então gerente da GERSU, a exemplo das fls. 51, 57, 63, 70, 77, 84, etc., do que se comprova caber razão ao recorrido em aplicar, como base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, o valor correspondente ao preço de venda a consumidor constante da tabela do fabricante. Diante de tais constatações, me alinho à Decisão recorrida de que não subsiste a infração.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298624.0001/17-1**, lavrado contra **DAFRA DA AMAZÔNIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MOTOCICLETAS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2019.

RUBENS SOARES BEZERRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS