

A. I. Nº - 278996.0005/18-5
AUTUADO - FAURECIA AUTOMOTIVE DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO ANDRÉ MOREIRA TOSTA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO– INTERNET 28.03.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0053-02/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) NOTA FISCAL DE ENTRADA LANÇADA EM DUPLICIDADE. **b)** USO MAIOR QUE O IMPOSTO DESTACADO EM DOCUMENTOS FISCAIS. Infrações reconhecidas. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS PARA ARMAZENAGEM FORA DA BAHIA, ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Operações com expressa tributação no art. 471 do RICMS-BA/2012. Infração subsistente. **b)** TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração reconhecida. **3. RECOLHIMENTO A MENOS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS. TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA MENOR QUE A LEGAL PARA O CASO. a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. 12% (doze) é a alíquota aplicável às operações interestaduais de saídas de mercadorias objeto da autuação. Infração subsistente. **b)** RETORNO DE MATERIAL RECEBIDO POR EMPRÉSTIMO. Aplica-se às operações a mesma tributação ocorrida na operação de entrada (Conv. ICMS 54/00 e art. 451 do RICMS-BA/2012). Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 28/06/2018, para exigir ICMS no valor total histórico de R\$121.319,69, com as seguintes imputações:

Infração 01 – 01.02.20: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento (s) fiscal (is) em duplicidade. Valor: R\$46.275,32. Período: Maio 2014. Enquadramento Legal: Art. 31 da Lei 7014/96 c/c art. 309, I, do RICMS-BA/2012. Multa: art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

Consta na descrição dos fatos ser referente à NF de entrada 41.491, emitida em 22/05/14, anulando a NF 33.130, emitida em 11/10/2013, e a NF 10.462, referente à mesma NF 33.130, conforme Anexo B, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue à Autuada.

Infração 02 – 01.02.41: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais no (s) documento (s) fiscal (is). Valor: R\$7.769,56. Período: Janeiro, Abril, Maio, Julho a Outubro e Dezembro 2014; Janeiro e Fevereiro 2015. Enquadramento Legal: Arts. 29 e 31, da Lei 7.014/96 c/c art. 332, §7º, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

Consta da descrição dos fatos referir-se a aquisições nos Estados do Paraná, Santa Catarina e São Paulo, com aplicação da alíquota interestadual de 12%, conforme Anexo D, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue à Autuada.

Infração 03 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor: R\$44.255,45. Período: Janeiro, Maio e Setembro 2014; Janeiro 2015. Enquadramento Legal: Art. 2º, I, e art. 32, da Lei 7.014/96 c/c art. 332, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, inc. II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Consta da descrição dos fatos referir-se às saídas interestaduais destinadas a armazenamento – Operlog Logística e Transporte Ltda-SP, Qualificação Log Ltda-PR e Faurecia Automotive do Brasil Ltda-PR, conforme Anexo R, parte integrante do Auto de Infração, cópia e mídia entregues à Autuada.

Infração 04 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor: R\$ 4.368,90. Período: Março, Julho e Agosto 2014. Enquadramento Legal: Art. 2º, I, e art. 32, da Lei 7.014/96 c/c art. 332, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, inc. II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Consta da descrição dos fatos referir-se às saídas interestaduais a título de transferência para estabelecimentos situados no Paraná, Rio de Janeiro e São Paulo, conforme Anexo T Saídas Transferências, parte integrante do Auto de Infração, cópia e mídia entregues à Autuada.

Infração 05 – 03.02.02: Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$11.274,09. Período: Agosto a Outubro e Dezembro 2014; Abril, Maio de Novembro 2015. Enquadramento Legal: Arts. 15, 16 e 16-A, da Lei 7.014/96. Multa: Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Consta da descrição dos fatos referir-se às saídas interestaduais a título de transferência com aplicação incorreta da alíquota de 4%, prevista na Resolução SF 13/12, pois não foi o importador das mercadorias, conforme Anexo B Saídas Transf 4%, cópia e mídia entregues à Autuada.

Infração 06 – 03.02.02: Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$7.386,37. Período: Julho e Setembro 2015. Enquadramento Legal: Arts. 15, 16 e 16-A, da Lei 7.014/96. Multa: Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Consta da descrição dos fatos referir-se às saídas a título de devolução de empréstimo – NFs 74062 e 79137, conforme Anexo P, parte integrante do Auto de Infração, cópia e mídia entregues à Autuada.

O contribuinte impugnou o lançamento às fls. 37-43. Reproduz as infrações e no item “2 – DAS RAZÕES DE FATO E DE DIREITO...”, passa a rebater as seguintes:

Infração 03

Do valor exigido (R\$ 44.255,79), reconhece devido R\$5.596,33. Diz que se a infração fosse devida, estaria com o valor errado, uma vez que calculada considerando o ICMS por dentro, o que aumentou a base de cálculo de R\$324.538,89 para R\$368.795,33, calculando um ICMS de R\$44.255,79, quando correto seria R\$38.944,79, conforme Anexo 04 (fl.52).

Referenciando-se à Súmula 166 do STJ que, segundo o Impugnante, não distingue ICMS interno do interestadual, aduz que na operação não houve transferência de titularidade das mercadorias e, por isso, o imposto não incidiria nas operações autuadas. Contudo, diz que não houve perda para o erário, uma vez que os materiais retornaram para o Estado de origem. Assim, caso tivesse tributado na saída, haveria crédito na entrada e o saldo seria ZERO, conforme Anexo 05 (fls. 53-54).

Fala que “para o CTN, artigo 106, II, “b”, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, quando deixe de trata-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo”. Entende poder correlacionar tal dispositivo com o seu caso, pois houve ação sem fraude, aprovada pelo Estado e o imposto não pago deixou de existir com o retorno do material pelo crédito gerado.

Admite que a empresa falhou em seu procedimento, mas, com o advento da NF-e também falhou o Estado autorizando emissão de NF-e sem destaque de ICMS para operação interestadual.

Acrescenta que “se aprofundarmos com a análise, ficará claro que o estado também errou e foi omissos na sua ação, pois ao autorizar a nota já estava sabendo da falha da empresa e poderia fazer o auto, se não fez enquanto o material estava fora do estado, por certo não deve fazer depois que o material retornou, pois, tudo já foi regularizado”, razão pela qual requer a anulação da infração.

Infração 05

Diz que nessa infração também repercute o teor da Súmula 166 do STJ, pois todas as transferências foram para outro estabelecimento da autuada não havendo, portanto, transferência de titularidade das mercadorias. Também repete que aqui ocorreu falha da autuada (quanto ao procedimento) e do Estado, como dito na Infração 03.

Infração 06

Diz que as NFs 074062 e 079137, objeto da autuação, estavam devolvendo materiais recebidos por empréstimos. Assim, a NF 074062 de 20/07/2015, estava devolvendo “Coluna de fechamento Haitiam” emprestada de outra unidade da Faurecia com a NF 230581 de 17/07/2015, e a NF 079137 de 09/09/2015 devolvia “Guia Linear 109057 Lectra” emprestada de outra unidade Faurecia com NF de 04/09/2015, conforme se observa no quadro da observação das referidas NFs (Anexo 06, fls. 55-58).

Concluindo, pede a improcedência das infrações defendidas.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 61-65. Diz que a Impugnante reconheceu integralmente as infrações 01, 02 e 04 e parte da Infração 03. Quanto às demais, passa a abordar o mérito na mesma ordem da Impugnação.

Infração 03

Do valor autuado (R\$ 44,255,45), informa que a Impugnante reconheceu R\$5.596,33 e que para o valor restante há dois argumentos defensivos que passa a analisar.

Primeiro, a questão da inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto e, segundo, a mera questão da incidência na operação de remessa interestadual para armazém geral.

Para a primeira questão, observa que a própria Impugnante chama à lide a Súmula 166 do STJ, a qual ela, Impugnante, entende se aplicar ao caso. Diz que se assim entendeu, a autuada não incluiu o ICMS na BC das operações relacionadas no demonstrativo da infração (fl. 12). Portanto, o reproduzindo, informa que outro não pode ser o caminho que não seja observar o que dispõe o art. 17, I, §1º, I, II, “a”, “b” e “c”, da Lei 7.014/96 e que a exigência do ICMS na operação está prevista no artigo 471, I, “a” a “e”, do RICMS- BA/2012 (dispositivos reproduzidos), pois as mercadorias envolvidas nas operações são tributáveis.

Quanto às NFs do Anexo 5 (fls. 53-54, chamando atenção para o fato de a Impugnante não ter acostado cópias das NFs referidas no Anexo 5 que anexou à Impugnação, informa que foram emitidas pelo operador logístico com estabelecimento na Bahia, conforme decalque extraído do DANFE que reproduz. Em complemento, insere as chaves de acesso das NFs 2059 a 2348 (fl. 53) para comprovar a verdade dos fatos e que elas foram registradas na EFD do contribuinte sob o CFOP 1905.

Infração 05

Informa que o argumento defensivo para essa infração chega a ser pueril. Primeiro, porque a autuada emitiu as NFs acobertando operações de transferências, conforme demonstrativo de fl.14 e as tributou com alíquota inadequada para as operações e, agora, na Impugnação, alega que elas, ao abrigo da Súmula 166 do STJ, não se sujeitam a ICMS.

Diz tratar de argumento procrastinatório, pois, trata-se de transferência interestaduais de mercadorias tributáveis produzidas no estabelecimento e os argumentos não elidem a acusação fiscal.

Infração 06

Informa que ao afirmar que as NFs 074062 e 079137, fruto da autuação devolviam matérias que foram recebidas como empréstimos, a Impugnante expressamente confessa a transgressão tributária, uma vez que a alíquota da Bahia para São Paulo, Santa Catarina e Paraná é 12% e não 7%, como destacado nas NFs.

Concluindo, julga desnecessária a diligência solicitada pela Impugnante, uma vez se encontram nos autos todos os elementos de prova e que as acusações fiscais não foram elididas à luz da legislação tributária e mantém o AI na íntegra.

Considerando que por ocasião da Informação Fiscal o autuante aportou informações que deveriam ser conhecidas pelo sujeito passivo, o PAF foi baixado em diligência para tanto, e às fls. 79-86, o contribuinte se manifesta.

Reproduz as infrações impugnadas (03, 05 e 06) e no item “2 – DAS RAZÕES DE FATO E DE DIREITO PARA MANIFESTAÇÃO”, diz:

Infração 03

Repisando o argumento defensivo, insiste que se fosse devida a infração estaria com o valor errado por ter tido o valor calculado com o imposto por dentro.

Diz que ter por guia a Corte Superior, não prova que usou o valor da operação fora dos padrões de custo e ou mercado. (ISSO NÃO SE DISCUTE NO CASO)

Transcrevendo o art. 17, §§ 7º e 8º, da Lei 7.014/96, que tratam da BC nas saídas por transferências, fala que não autorizam cálculo do ICMS por dentro; que não houve prejuízo ao erário, pois os materiais retornaram e se tivesse tributado na saída, haveria o crédito nas entradas, gerando saldo ZERO; que as NFs 36633, 36711, 36947 e 41541, foram erradamente emitidas para fora do Estado, mas as mercadorias foram enviadas e entregues para a mesma empresa na Bahia; que vem tentando conseguir junto ao seu fornecedor Operlog, uma cópia do SPED com os registros da NFs, até agora sem êxito, mas conseguiu o conhecimento de transporte da NF 41541 (Doc. 04); reproduz mesmo quadro explicativo apresentado junto à Impugnação.

Infração 05

Diz que “o Auditor Fiscal, mais uma vez rasga a Constituição desconhecendo a Corte Superior e exige tributos em operação que não deveria haver incidência do ICMS, estando o contribuinte em consonância com a Súmula 166 do STJ”.

Infração 06

Diz que o autuante deseja cobrar tributo com alíquota superior à praticada na operação original, pois o contribuinte recebeu o material emprestado com alíquota de 7% e devolveu com a mesma alíquota.

Concluindo, pede seja a acolhida a Defesa e declarada a improcedências das infrações defendidas.

Cientificado da manifestação do contribuinte, o autuante diz que seus argumentos foram apreciados na Informação Fiscal.

Na assentada de julgamento os julgadores tomaram conhecimento de nova manifestação do Impugnante aportando cópias de DANFE's relativos às NF-es tidas como retorno das mercadorias mandadas para armazenagem fora da Bahia e objeto da Infração 03. Decidiu-se, então, pelo adiamento do julgamento para análise da documentação apresentada.

É o relatório.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de 06 (seis) infrações à legislação do ICMS.

Na Impugnação ao lançamento o sujeito passivo reconhece integralmente devido os valores das infrações 01, 02, e 04, bem como parte do valor da Infração 03. Portanto, as infrações 01, 02 e 04, procedem e não integram essa lide administrativa.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 04, 06, 09, 12, 13, 14, 15 e 24, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 09-15 e CD de fl. 23); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

A Infração 03 (falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis) tem suporte no demonstrativo de fls.12 no qual consta relacionadas NFs de saídas emitidas pelo estabelecimento autuado com destino a contribuinte situado em São Paulo e Paraná (Armazens Gerais).

Do valor da exação (R\$ 44.255,79), sem identificar a quais das operações e NFs se refere, o sujeito passivo reconhece devido o valor de R\$ 5.596,33. Para o valor restante, apresenta os seguintes argumentos: a) “se fosse devida, o valor da exação estaria com o valor errado, uma vez que foi calculado considerando o ICMS por dentro, o que aumentou a base de cálculo de R\$ 324.538,89 para R\$ 368.795,33, como consequência foi apurado um ICMS de R\$ 44.255,79, quando o correto seria R\$ 38.944,79 (ANEXO 04)”; b) não houve transferência de titularidade das mercadorias nas operações e de acordo com a Súmula 166 do STJ, não deveria haver cobrança do ICMS; c) não houve perda ao erário baiano, pois os materiais retornaram para a Bahia (conforme DOC. 05) e, assim, se houvesse sido tributadas na saída, haveria o crédito na entrada, gerando saldo ZERO; d) reconhece que a empresa falhou no procedimento com sua obrigação, mas que o Estado também falhou autorizando a emissão da NF-e sem ICMS na operação interestadual.

Sem razão as alegações defensivas, senão vejamos:

No primeiro caso, porque, além de ser de conhecimento geral, comum, inclusive do próprio contribuinte que assim realiza suas operações de vendas tributáveis, sem distinção do tipo da operação, a legislação a respeito expressamente dispõe que o montante do ICMS integra a base de cálculo do imposto (Lei 7.014/96: Art. 17, §1º, I).

No segundo, porque nas operações objeto da autuação (saídas interestaduais de mercadorias tributáveis para armazenagem), também expressamente a legislação a respeito prevê sua tributação (RICMS-BA/2012: Art. 471). Nesse caso, independentemente da discussão teórico-jurídica quanto à legalidade da tributação das operações tipo, estando ela vigente, em face de sua atuação vinculada à lei, a Administração não pode deixar de atender ao seu ditame, inclusive no âmbito do CONSEF (RPAF: Art. 167).

No terceiro, porque dado ao princípio federativo que importa em uma diferenciada distribuição da receita tributária nacional do ICMS, há distintas alíquotas na tributação para operações entre os Estados envolvidos na infração (Bahia, São Paulo e Paraná), sendo 12% a alíquota incidente sobre o valor das operações de saídas interestaduais de mercadorias da Bahia (Lei 7.014/96: Art. 15, II) e 7% para operações de entradas na Bahia, iniciadas nos Estados das regiões Sudeste (exceto Espírito Santo) e Sul.

No quarto, primeiro, porque diante da possibilidade da existência de operações interestaduais tributáveis ou não, por óbvio, a autorização dada pelo fisco se limita à permissão da emissão do documento fiscal de operação, uma vez que por ser submetida a tributo sujeito a lançamento por homologação do Ente tributante autorizador, a administração e modo prévio de registro de toda a repercussão tributária, correm inteiramente a cargo e responsabilidade do emitente, a ser posteriormente conferida frente à legislação pela Autoridade fiscal do sujeito ativo da relação jurídica inaugurada pelo crédito tributário, podendo o procedimento prévio efetuado pelo contribuinte sofrer correção, como nesse caso. Segundo, porque as NFs que o Impugnante diz “de retorno” indicadas no demonstrativo “Anexo 05” e repetido na manifestação complementar (fls. 83-85), foram emitidas por estabelecimento de operador logístico e transportador situado na Bahia.

Para esta última alegação defensiva, o Impugnante aduziu novo argumento na manifestação defensiva complementar de fls. 79-86: a) Reconhece que as NFs alegadas como relativas a operações de retorno das mercadorias objeto da autuação foram emitidas por estabelecimento situado na Bahia - o que, por si só, implica em imprestável prova para o caso, inclusive, quanto ao DACTE anexado -, mas diz que isso ocorreu por erro. Em suas palavras: *“Ainda sobre estas transferências, o fato verdadeiro é que as notas de transferências foram emitidas erradas (NF 36633 – 36711 – 36947 – 41541), para o destinatário com endereço fora do estado, mas as mercadorias foram enviadas e entregues para a mesma empresa situada no estado da Bahia...”* (grifos meus); b) Nas palavras do Impugnante: *“O fato do contribuinte ter por guia a Corte Superior, não prova que usou o valor da operação, fora dos padrões de custo e ou mercado, pois se assim entendesse atribuiria o valor ZERO, não sendo esta a realidade”*.

Sem embargo, considerando que as operações ocorreram em 2014/2015, quiçá para dificultar o controle do fisco sobre a rotina de suas operações comerciais – algo que se reforça em face do largo histórico de autuações fiscais contra este contribuinte, constante no acervo da SEFAZ -, ao contrário do pretendido, o novel argumento apenas reforça o cometimento da infração e a certeza da legitimidade da exação fiscal.

Primeiro, porque verdade fosse a nova alegação, para a sua correção existe procedimento, regulamentado, e tendo mais de quatro anos para tanto, o sujeito passivo não a providenciou (RICMS-BA: Art. 251). Segundo, porque, se na defesa inicial o Impugnante tratou o assunto como remessa de mercadoria para armazenagem fora da Bahia, agora expressamente admite serem relativas a “transferência” interestadual para outro estabelecimento – o que também é expressamente tributável, como o próprio Impugnante admite com o expresse reconhecimento da Infração 04 que exige ICMS de operações tributáveis escrituradas como não tributáveis. Terceiro, porque nesta exação fiscal não se discute o valor que o contribuinte atribuiu às mercadorias que na segunda manifestação confessa terem sido transferidas para outro estabelecimento.

De todo modo, para o caso interessa a seguinte disposição legal:

Lei 7.014/96:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias,...

§ 1º São irrelevantes para caracterização do fato gerador:

I - a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo;

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

...

II - 12% (doze por cento), nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços a contribuintes ou não do imposto.

Redação originária, efeitos até 31/12/15:

“II - 12% (doze por cento), nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços de transporte ou de comunicação a contribuintes do imposto.”

Portanto, também cai por terra o argumento relativo a Súmula 166 do STJ em face da autonomia dos estabelecimentos e o princípio federativo, que fundamentam, constitucionalmente, a equitativa distribuição nacional do ICMS.

Infração subsistente.

Infração 05

Conforme demonstrativo de fl. 14, refere-se a exigência de complemento do valor do ICMS devido em razão de transferência interestadual de mercadorias tributáveis efetuadas com destaque do imposto calculado por alíquota de 4%, menor que a devida: 12%.

Nas exatas palavras do Impugnante, a alegação defensiva é que “*não deveria haver incidência do ICMS, estando o contribuinte em consonância com a Súmula 166 do STJ, assim redigida: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”*”.

Pois bem. De logo observo que na descrição da infração consta expresso se referir às saídas interestaduais a título de transferência (interestaduais) com aplicação incorreta da alíquota de 4%.

Ora, para esse caso, o procedimento prévio efetuado pelo sujeito passivo, ainda que com alíquota incorreta, contrariando o argumento defensivo, atesta que o próprio sujeito passivo reconhece haver incidência de ICMS sobre as mercadorias que transferiu. Ademais, conforme a fundamentação exposta para a decisão sobre a infração 03 que, por oportuno, empresto à fundamentação da decisão sobre a infração em apreço, em face da expressa previsão de incidência de ICMS para operações de transferência interestadual de mercadoria, ainda que para estabelecimento do mesmo contribuinte, o argumento defensivo não procede para esta infração.

Portanto, não havendo protesto quanto aos dados do levantamento nem me ocorrendo reparo nele a fazer de ofício, tenho a exação fiscal como subsistente.

Infração 06

Conforme demonstrativo de fl. 15, refere-se a exigência de complemento do valor do ICMS devido em razão de aplicação de alíquota de 7% nas operações de saídas escrituradas de mercadorias para o Estado do Paraná (NF 74062) e São Paulo (NF 79137). Nesse caso, a própria Autoridade fiscal autuante informa na descrição da infração, tratar-se de saídas a título de devolução de empréstimos.

Nas manifestações defensivas, o Impugnante, embora ateste a ocorrência das operações entre o estabelecimento autuado e contribuintes situados nos Estados citados, alega que estava devolvendo material que lhe fora emprestado de outras suas unidades e que, por isso, destacou o ICMS sob a mesma alíquota contida nas NFs de entrada dos materiais.

Neste caso, a tributação das operações ocorre sob o mandamento do Convênio ICMS 54/00 (Cláusula primeira), cuja determinação consta absorvida no art. 451 do RICMS-BA/2012:

Eis as redações:

Convênio ICMS 54/00:

Cláusula primeira

Na operação interestadual de devolução, total ou parcial, de mercadoria ou bem, inclusive recebido em transferência, aplicar-se-á a mesma base de cálculo e a mesma alíquota constante do documento que acobertar a operação anterior de recebimento da mercadoria ou bem.

RICMS-BA:

Art. 451. Na devolução de mercadorias, o contribuinte inscrito no cadastro emitirá nota fiscal com destaque do imposto, se for o caso, mencionando o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto, tomando por base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário.

Assim, tendo em vista que a devolução das mercadorias ocorreu com a mesma tributação da origem, não há infração à legislação tributária.

Infração insubsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em face da insubsistência da Infração 06.

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 **278996.0005/18-5**, lavrado contra **FAURECIA AUTOMOTIVE DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$113.933,32**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIO - JULGADOR