

A. I. N° - 232903.0009/19-5
AUTUADO - PONSSE LATIN AMÉRICA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS FLORESTAIS TDA.
AUTUANTE - CARLOS EDUARDO PAMPONET DANTAS
ORIGEM - INFRAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26/08/2020

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0136-03/20-Vd

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO OU CONSUMO.. Infração reconhecida. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O sujeito passivo não elide a acusação fiscal. Infração subsistente 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO FIXO E/OU PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. O Autuado não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infrações 03 e 05 subsistentes. Infração 04 reconhecida. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TOTAL. RECOLHIMENTO A MENOS. AQUISIÇÕES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração subsistente. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Infração não impugnadas. Rejeitada a preliminar de nulidade Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2019, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$92.127,26, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.02. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo, no mês de novembro de 2018. Exigido o valor de R\$3.360,00, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 11;

Infração 02 - 03.02.05. Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no mês setembro de 2017. Exigido o valor de R\$10.515,78, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 13;

Infração 03 - 06.01.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de fevereiro de 2018. Exigido o valor de R\$46.090,00, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 17;

Infração 04 - 06.02.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de setembro novembro e dezembro de 2017. Exigido o valor de R\$9.767,47, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 10 a 24;

Infração 05 - 06.02.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no mês de novembro de 2018. Exigido o valor de R\$9.240,00, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 26;

Infração 06 - 07.01.02. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no meses de março, abril e outubro de 2018. Exigido o valor de R\$11.598,12, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 28;

Infração 07 - 16.01.01. Entrada no estabelecimento de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, março a agosto e outubro a dezembro de 2018. Exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$1.555,89. Demonstrativo às fls. 33 e 34.

O Autuado, por meio de advogado, apresenta impugnação às fls. 38 a 49, depois de observar sua tempestividade, alinha suas razões de defesa na forma a seguir sintetizadas.

Registra ser parcial a Defesa. Assinala que o Auto de Infração lhe atribui o cometimento de sete infrações, as quais estão individualizadas nos Anexos que o acompanharam. Registra que se insurge contra as Infrações 02, 03, 05 e 06.

Portanto, com relação às Infrações 01, 04 e 07, informa que pretende realizar o adimplemento.

Apresenta a seguir, seus argumentos para cada uma das Infrações contestadas.

Infração 02 - reproduz a descrição da infração e frisa que a acusação fiscal lhe imputa o cometimento de erro na determinação da base de cálculo do “Motor” espelhado na nota fiscal autuada.

Depois de reproduzir o teor do enquadramento legal, ou seja, os artigos 17 a 21 e o art. 23, da Lei 7.014/96 diz perceber que o fisco não realizou o enquadramento efetivo de sua conduta dita irregular em uma norma específica. Menciona que a expressão “a depender da hipótese”, utilizada pelo fisco, evidencia essa ausência de enquadramento.

Observa que o Auto de Infração deveria ter apontado qual “a hipótese”, ou seja, apontado o fundamento normativo preciso que contemplaria a sua situação. Diz não ser por acaso, que assim prevê o §1º, do art. 129, COTEB - Código Tributário da Bahia, Lei 3.956/81.

Asseverando que de acordo com a descrição fiscal, não se sabe sequer qual a hipótese em que sua conduta teria sido enquadrada. Arremata afirmando que, nem mesmo é possível identificar a natureza da infração. Daí a configuração da nulidade.

Infração 03 - registra que o fisco estadual afirma ter se tratado de aquisição de mercadoria, mas, na verdade, a nota fiscal autuada espelha uma transferência interestadual entre unidades da mesma empresa. esclarece não ter havido compra e venda, uma vez que não houve alteração de titularidade. Sustenta que, por isso, aplica-se ao caso o entendimento já sedimentado no Judiciário, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não incide ICMS na transferência de bens e produtos entre estabelecimentos da mesma empresa.

Depois de citar sobre a matéria julgados de Tribunais Superiores, frisa que neste contexto, sendo, como é, incontroverso que a autuação albergou mera operação de transferência entre seus estabelecimentos.

Assinala constatar ser pertinente o reconhecimento da insubsistência da pretensão fiscal. Ressalta que, com o devido respeito, que este reconhecimento, já na esfera administrativa, é adequado até mesmo na perspectiva do erário estadual.

Menciona que a manutenção do débito na órbita administrativa ensejará a condução do assunto para o plano judicial, no qual, como demonstrado, o entendimento é o mesmo ora defendido. Ressalta que conduzir este debate ao Judiciário, além de consumir energia dos advogados do Estado, acarretará a condenação deste último ao pagamento de honorários de sucumbência.

Revela que se está diante de situação na qual é recomendável a aplicação da autotutela. Frisa que não por acaso, desde muito o Supremo Tribunal Federal sumulou através da Súmula 473 a

possibilidade de aplicação da autotutela. Acrescenta que a Súmula 346, também do Supremo, encampa o mesmo entendimento.

Observa que o defendido quanto ao exercício da autotutela é acolhido por órgãos do A título de exemplo, cita-se o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais da União no Processo 14033.003355/2008-43. Acórdão 3302-002.645. 3^a Câmara/2^a Turma Ordinária. Sessão de 22/07/2014.

Registra que a revogação parcial do ato administrativo consubstanciado no Auto de Infração se mostra justificável à luz também do princípio da eficiência. Assevera tratar-se de um princípio da Administração Pública, previsto constitucional e infraconstitucionalmente. Arremata destacando a pertinência da pretensão ora defendida.

Afirma existir um fundamento adicional, independente do acima apresentado, e que, com o devido respeito, também afasta a pretensão fiscal. Prossegue assinalando que o bem arrolado no levantamento fiscal estava imobilizado há mais de um ano, antes de ter sido recebido pelo estabelecimento ora autuado. Informa que esta Impugnação é acompanhada pela declaração de importação do bem (o desembaraço ocorreu em março de 2017). Por isso, considerando o inciso VIII, do art. 3º, da Lei 7.014/1996, do Estado da Bahia, não incide o diferencial de alíquota.

Sustenta que se baseia na interpretação manifestada pela Secretaria de Estado da Fazenda da Bahia, por exemplo, no Parecer 4303/2013, cujo teor reproduz.

Arremata ressaltando que respeita e valoriza a função fiscalizatória, mas, como se constata, há pelo menos dois fundamentos que, quanto a esta infração, desconstituem a pretensão fiscal.

Infração 05 - assinala que, apesar da acusação fiscal tratar a operação como sendo aquisição de mercadoria, na verdade, a nota fiscal autuada espelha uma transferência interestadual entre unidades da mesma empresa. Por isso, aplica-se, a esta infração, o mesmo arrazoado desenvolvido para a Infração de 03, com exceção do argumento final ali trabalhado, baseado no inciso VIII, do art. 3º, da Lei 7.014/96.

Infração 06 - depois reproduzir o enquadramento normativo que sustenta a pretensão fiscal, afirma que as notas fiscais no Auto de Infração foram emitidas por terceiros com destino ao seu estabelecimento.

Sustenta que por isso, as normas citadas pelo fisco, no Auto, não lhe atribuem a responsabilidade, que atua como destinatária. Assevera que este descasamento entre a base normativa e a conclusão fiscal, de lhe atribuir a responsabilidade, inviabilizam tal responsabilização.

Registra que, de fato, o Código Tributário Nacional, ao tratar de responsabilidade, afirma que esta deve ser prevista em lei. Sem essa previsão, não é possível que se faça a responsabilização. No caso dos presentes autos, a situação fática, reitera-se, não se encaixa na descrição normativa. Não há, portanto, lastro jurídico para que seja responsabilizada.

Conclui pugnando pela insubsistência das Infrações 02, 03, 05 e 06.

No tocante às Infrações 01, 04 e 07, requer a emissão dos documentos de arrecadação para que possa, desde logo, efetuar a quitação.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 83 a 84, articulando os argumentos a seguir resumidos.

Inicialmente assinala que o Impugnante reconhece o cometimento das Infrações 01, 04 e 07.

Infração 02 - frisa que identificou que a base de cálculo do ICMS do produto "ENGINE" foi praticada com preço inferior às operações de vendas realizadas pelo próprio contribuinte, em relação ao mesmo produto em meses anteriores, conforme NF-e nº 015.791, indicada à fl. 15. Informou que também foi constatado que, no mês anterior da venda, objeto dessa autuação, houve uma aquisição dessa mesma mercadoria, da própria PONSSE de Minas Gerais, na qual, o preço de compra foi 40% superior ao indicado na NF-e de venda, objeto da autuação, conforme pode ser constatado através da NF-e nº 6.072, à fl. 14, portanto, abaixo do preço de custo.

Arremata assinalando que, diante dessas constatações, pode se afirmar que houve erro na determinação na base de cálculo, sim. Assinala que assim, resta devidamente enquadrada a infração, sendo que os artigos descritos no Auto de Infração, foram indicados automaticamente pelo Sistema de lançamento de Crédito Tributário - SLCT- SEFAZ.

Infração 03 - diz que o contribuinte alega como indevida a cobrança de DIFAL, em relação às operações de transferências interestaduais, citando várias decisões judiciais. Destaca que não cabe a fiscalização analisar tais questões, pois a referida infração está devidamente amparada na legislação do Estado da Bahia. Diz tratar-se de operações de transferência interestadual entre unidades da mesma empresa de produtos destinados ao Ativo Fixo.

Infração 05 - observa que a defesa destaca que o Fisco afirma ter se tratado de aquisição de mercadoria, mas na verdade, a nota fiscal espelha uma transferência interestadual entre unidades da mesma empresa. Informa que mantém seu entendimento já descrito na Infração 03.

Infração 06 - registra que aponta a impugnação que as notas fiscais que estão listadas no Auto de Infração foram emitidas por terceiros com destino ao estabelecimento autuado, e que por isso, as normas citadas pelo Fisco no Auto de Infração, não lhe atribuem a responsabilidade porque foi a destinatária.

Sustenta que essa infração está devidamente amparada pelo inciso II, do art. 8º, sendo responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição das mercadorias constantes do Anexo 1, da Lei, exceto na hipótese de tê-la recebido já com o imposto antecipado, que não é o caso das mercadorias objeto da autuação.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, observo que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, o Auto de Infração é constituído de sete infrações à legislação baiana do ICMS, consoante descrição pormenorizada no preâmbulo do relatório.

O sujeito passivo reconheceu expressamente o cometimento das Infrações 01, 04 e 07, motivo pelo qual as considero mantidas, ante a inexistência de lide.

A Infração 02 trata do recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, consoante demonstrativo à fl. 13.

Em sede de Defesa o Impugnante não enfrentou o mérito da acusação fiscal e requereu a nulidade da autuação aduzindo que o enquadramento legal desse item da autuação não indica de forma clara a hipótese em que teria sido enquadrada a irregularidade cometida.

- Ao compulsar os elementos que compõem esse item da autuação constato não deve prosperar a alegação defensiva, uma vez que se encontra claramente explicitado o conjunto de dispositivos infringidos que, em função da descrição e do demonstrativo de apuração norteiam e embasam a irregularidade cometida. Assim, resta claramente identificada a natureza e a extensão da irregularidade cometida.

Saliento, por importante, que esta infração decorre da acusação fiscal lastreada em notas fiscais, tanto de aquisição, como de venda, conforme demonstrativo de apuração à fl. 13 e cópias das referidas notas fiscais acostadas às fls. 14 e 15, que demonstram que o Impugnante vendeu em, 23/07/2018, através da Nota Fiscal de nº 16542 a mercadoria, MOTOR “ENGINE”, de NCM 84082090

pelo valor unitário de R\$82.075,86, valor esse bem inferior ao constante da Nota fiscal de venda nº 15791, de 20/04/2018 no valor de R\$137.714,89 e inferior também ao valor de R\$120.825,15, constante da nota fiscal de compra nº 6072, de 16/06/2018. O que significa dizer que, sem qualquer indicação de que houve a concessão de desconto de incondicional, por não constar do documento fiscal, entendo restar demonstrado cabalmente nos autos que ocorreu o recolhimento do imposto devido a menos na operação de venda objeto da autuação em função de erro na determinação da base de cálculo na saída dessa mercadoria.

Considerando que, mesmo explicitada a acusação fiscal mediante demonstrativo e cópias dos referidos documentos fiscais registrados na escrita fiscal, o Impugnante não carreou aos autos elemento algum capaz de elidir a acusação fiscal.

Nos termos expostos, concluo pela subsistência da Infração 02.

A Infração 03 imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Em sua peça defensiva o sujeito passivo aduziu ser indevida a exigência da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações arroladas no levantamento fiscal por se tratar operações de transferência entre estabelecimento da mesma empresa.

Quanto à questão da incidência do ICMS nas transferências interestaduais e, em consequência da diferença de alíquota, pois a lei instituidora do ICMS no Estado da Bahia, Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu art. 4º, inciso XV, expressamente prevê que ocorre o fato gerador do ICMS no momento “da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto”.

Ademais, há que ser salientar que essa referida Lei Complementar, no seu art. 13, §4º, expressamente dispõe sobre critérios de determinação da base de cálculo nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, pelo que se conclui que tais operações estão dentro do campo de incidência do ICMS.

Alegou também como motivo para rebater a acusação fiscal asseverando que, por se tratar de transferência de um bem do ativo do estabelecimento remetente como menos de um ano de uso, portanto, é indevida a exigência.

Apresentou como prova de sua alegação cópia da Declaração de Importação relativa ao bem arrolado no demonstrativo de apuração, às fls. 64 a 66, datada de 13/03/2017.

Verifico a data da operação de remessa do “Simulador de Operação Marca PONSSE” consta como sendo 07/02/2018 através da nota fiscal nº 4314, fl. 17. O que significa dizer que, ao contrário do que alegou a defesa, mesmo se considerado o bem constante da DI, como sendo o mesmo objeto da transferência, ora autuada, o período entre a data da Importação ainda não concluída, constante da Declaração e a data em que o bem deu entrada no estabelecimento autuado não completou o interregno de um ano, previsto pela legislação de regência, qual seja, o inciso VII, do art. 3º, da Lei 7.014/96, *in verbis*:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

[...]

VIII - saídas de bens integrados no ativo permanente, desde que tenham sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação;

Ademais, entendo ser insuficiente a apresentação da cópia da DI do bem objeto da autuação como sendo prova cabal de que o bem objeto da autuação corresponde ao mesmo indicado na declaração de importação, uma vez que na empresa pode existir mais de um “Simulador de Operação Marca PONSSE”, portanto, caberia empresa carregar aos autos a efetiva comprovação do

ingresso do bem devidamente identificado no Ativo do estabelecimento, através de seus registros fiscais e contábeis o que não ocorrerá.

Nos termos expendido, concluo pela subsistência desse item da autuação.

A Infração 05 trata da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no mês de novembro de 2018.

Ao enfrentar a acusação atinente a esse item Impugnante repetiu o mesmo argumento alinhado na defesa da Infração 03 de que, por se tratar de operações de transferência interestaduais entre estabelecimento do mesmo titular não é devida a exigência veiculada nesse item da autuação.

Logo, da mesma forma em que foi não acatada a pretensão e a argumentação do Defendente na Infração 03, fica mantida a exigência fiscal, haja vista que pela legislação de regência somente não há incidência do ICMS nas operações de transferência entre estabelecimento do mesmo titular em se tratando de operações internas, ou seja, dentro do Estado da Bahia.

Nestes termos, concluo pela manutenção da Infração 05.

A Infração 06 cuida do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, conforme demonstrativos sintético e analítico e cópias das notas fiscais acostadas às fls. 28 a 31.

Em sua impugnação o Defendente sustentou não ser devida a exigência tendo em vista que as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal foram emitidas por terceiros e com destino ao seu estabelecimento e que por isso, não se pode atribuir a responsabilidade ao destinatário.

Como se depreende da alegação defensiva o Impugnante não consegue elidir a acusação fiscal, uma vez que não traz aos autos qualquer elemento capaz de desconstituir a infração cometida.

A legislação que a matéria é por demais clara ao responsabiliza o destinatário das mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária ao m

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

[...]

§3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.

[...]

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

De acordo com os elementos constantes dos autos, o demonstrativo de apuração acostado à fl. 29 e as cópias das notas fiscais arroladas no levantamento, resta indubioso o acerto da autuação, uma vez que as operações de aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária de remetente do Estado do Espírito Santo que não possui inscrição estadual de substituto tributário nesse Estado e sem destaque nas referidas notas fiscais do ICMS ST.

Assim, pelo expedido, concluo pela subsistência da Infração 06

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232903.0009/19-5, lavrado contra **PONSSE LATIN AMÉRICA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS FLORESTAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$90.571,37, acrescido das multa de 60% , previstas na alínea “a”, do inciso VII, e nas alíneas “a” e “f”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº

7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$1.555,89**, prevista no art. 42, inciso IX da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA