

A. I. Nº - 299130.0048/21-3
AUTUADO - MOTO HONDA DA AMAZONIA LTDA.
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/10/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0220-04/22-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Nas operações de aquisições de motocicletas de fabricação nacional, para efeito de fixação do valor da base de cálculo da substituição tributária do imposto estadual, se aplica o “Preço Público Sugerido – PPS” à luz do previsto no art. 23, §§ 2º e 6º da Lei nº 7.014/96, c/com o art. 289, § 10º, IV do RICMS/BA. Inadequação da aplicação da MVA de 34% a qual somente se aplicada nas operações de importação de motocicletas. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos da exigência de crédito tributário na ordem de R\$ 60.270,67, mais multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, decorrente do Auto de Infração supra referenciado, expedido pela fiscalização no trânsito de mercadorias, Posto Fiscal Honorato Viana, em decorrência da seguinte imputação: *“Destaque do ICMS a menor em documento fiscal devido a erro na determinação da base de cálculo”*.

Consta, a título de Descrição dos Fatos: *“Cobrança de ICMS relativo a substituição tributária, retido a menor por contribuinte cadastrado no Estado como contribuinte substituto, na aquisição mercantil interestadual tributável de motocicletas constantes dos DANFE (s) nºs 14.303.451, 14.303.452, 14.303.453, 14.303.454, 14.303.753, 14.303.754, 14.303.755, 14.303.756, 14.304.426, 14.304.411, 14.301.483, 14.304.430, 14.304.487, 14.302.468, 14.302.439, 14.302.470, 14.306.170, 14.307.484, 14.306.960, 14.310.039, 14.310.040, 14.302.371, 14.304.431, 14.304.388, 14.312.028, 14.302.510, 14.302.511, 14.302.511, 14.302.513, 14.302.514, 14.302.515, e 14.302.516 – DACTE nos 9701, 9702, 9703 e 9704, DAMDFE nº 2760, conforme Termo de Ocorrência Fiscal nº 00998831148/21-5”*.

O autuado, por intermédio de seus Representantes Legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 101 a 127, arguindo sua tempestividade e reproduzindo a descrição dos fatos objeto da autuação.

Em seguida passou a arguir a nulidade do lançamento, ante ao que considera como precariedade do trabalho fiscal e cerceamento do direito de defesa. Neste sentido argumentou que a exigência do tributo foi formalizada de maneira equivocada e indevida, além do fato de que a infração descrita não é precisa, tratando-se, pois, de um vício material que macula irremediavelmente o lançamento.

Neste sentido, citou o Art. 142 do CTN, e o Art. 129 do CTE, no tocante ao que deve conter para efeito de consubstanciar o lançamento tributário, citou doutrina e concluiu este tópico observando que fica mais evidente o cerceamento do direito de defesa ao se analisar a acusação, bem como a incerteza da exigência fiscal, principalmente em relação a aplicação equivocada da Margem de Valor Agregado no percentual de 34%, relativo a bens importados, sem qualquer fundamentação, motivação e subsunção às operações, se de fato seriam importadas ou de bens produzidos nacionalmente, o que é o caso.

No tópico seguinte se aprofundou no pedido de nulidade do Auto de Infração *“Por vício Material*

e total dissociação das provas – erro na base de cálculo – aplicação da MVA de 34% - Produtos Nacionais”, citando que se depreende da autuação que esta decorre de destaque a menos do imposto, em razão de erro na base de cálculo, sendo esta a única descrição constante no Auto de Infração, o que lhe leva a presumir que a única conclusão que conseguiu chegar seria com relação a aplicação da MVA em 34%, mediante a análise do demonstrativo, inexistindo qualquer fundamentação legal trazida pelo autuante que justifique a aplicação deste percentual de MVA, o qual somente deve ser aplicado às operações envolvendo motocicletas importadas, o que não é o caso, haja vista que os DANFES objetos da autuação se referem a produtos produzidos na sua planta no Amazonas, portanto, são produtos nacionais.

Desta maneira, sustentou que a simples análise da memória de cálculo, se constata que não houve qualquer equívoco da sua parte no recolhimento e destaque do ICMS/ST, pois de acordo com o Convênio 200/17 e o próprio RICMS/BA, aplicar-se-ia o “*Preço Público Sugerido – PPS*” aos produtos nacionais, tal como procedeu, ao enviar periodicamente à Sefaz, com fundamento no art. 23, §§ 2º e 6º da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 289, § 10º, IV do RICMS/BA, razão pela qual o autuante deveria, ao menos, discorrer sobre os motivos determinantes pelo qual foi aplicada a MVA para fins de base de cálculo do ICMS/ST.

Sustentou que existe, portanto, uma confusão por parte do autuante, sobretudo em definir a infração cometida, diante da incoerência da fundamentação legal, ou seja, trata-se de grave erro da acusação fiscal em decorrência do equívoco cometido na apuração da base de cálculo, sem considerar, ainda, a ausência de fundamentação e motivação.

Após transcrever ementa de julgado da lavra do E. Superior Tribunal de Justiça – STJ e deste CONSEF, reportou-se ao Art. 18, II e III do RPAF/BA, para concluir que em razão dos vícios apontados e à luz da legislação e jurisprudência mencionados na peça defensiva, há de ser reconhecida a nulidade absoluta do presente lançamento.

No tópico seguinte, intitulado “*Da Nulidade por impossibilidade de presunção como meio de prova*”, apresentou diversas ponderações para consubstanciar seus argumentos no sentido de não se admitir lançamento baseado em mera presunção para concluir que resta, mais uma vez, comprovada a integral falta de tipicidade da conduta considerada ante a ausência de efetiva demonstração de ocorrência da infração.

Ao ingressar ao mérito da autuação, passou a sustentar a legalidade da aplicação do PPS, como procedeu, e não incidência da MVA de 34%, a qual disse supor que a autuação está baseada neste percentual.

Assim é que afirmou que utilizou para efeito de cálculo do ICMS/ST o PPS enviado à SEFAZ periodicamente, conforme dispõem os Convênios ICMS 200/17 e 142/2018, para as motocicletas produzidas no país, cuja base de cálculo do imposto em ST será o preço final sugerido pelo fabricante, transcrevendo farta legislação neste sentido, aduzindo, ainda, que a fim de dirimir quaisquer dúvidas, está apresentando em anexo, memória de cálculo com a demonstração da devida tributação dos valores já recolhidos, doc. 04, mediante aplicação do PPS, em prol da verdade que sequer foram considerados e mencionados na autuação, que levou em conta a cobrança de mera diferença entre a aplicação do PPS e a MVA, apontando exemplos.

Passou a se reportar ao que considera como “*abusividade da multa imposta*”, tecendo diversos argumentos jurídicos neste sentido, citando, inclusive decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal – STF, para concluir que restou demonstrada a abusividade da penalidade imposta, que viola o art. 150, IV da CF/88, sendo absolutamente desproporcional a infração que lhe foi imputada, que agiu de boa-fé, não podendo ser responsabilizado por eventual falha da fiscalização que, partindo de premissas equivocadas, alcançou conclusões distanciadas da realidade fática.

Em conclusão requereu a nulidade do auto de infração, ou se ultrapassada, o reconhecimento da legalidade da base de cálculo que adotou, extinguindo-se a autuação, e, ainda, de forma

alternativa, a conversão do feito em diligência a fim de que sejam devidamente apurados e abatidos os valores já retidos a menor e, por fim, de forma subsidiária, que a multa aplicada seja afastada ou ao menos reduzida.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 209 a 212, citando que o Auto de Infração exige ICMS recolhido a menos, em razão da substituição tributária devida nas aquisições interestaduais de motocicletas, conforme relação de DANFES juntados à peça inicial.

Após tecer breves considerações acerca dos argumentos defensivos, observou que “*só vale a pena considerar a alegação de que a impugnante aplicou o preço público sugerido, enviado periodicamente à Secretaria da Fazenda*”.

Em seguida disse que adotou as seguintes providências, **na forma abaixo reproduzidas**:

“- Intimar a empresa autuada para apresentar comprovantes de que enviou, de forma oficial e periodicamente à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, relação de preço final a consumidor sugerido pelo fabricante, conforme sua afirmação às fls. 08 da peça defensiva apresentada pela autuada nos autos do PAF nº SIPRO: 044698/2021-3 e auto de infração Nº 299130.0048/21-3. (doc. 01).

Em atendimento à referida intimação, a autuada apresentou os seguintes documentos: captura da tela (print screen) da caixa de saída do e-mail da empresa, relacionando o envio dos documentos com título “Tabela de Preço Bahia Moto Honda da Amazônia LTDA à Secretaria da Fazenda do Estado”, entre 02/09/2020 e 21/03/2022. Enviou ainda carta resposta onde cita os servidores da Sefaz/BA Gustavo Adolfo Carneiro da Mota <gmota@sefaz.ba.gov.br> e Marildete Bittencourt da Silva <marildete@sefaz.ba.gov.br> como destinatários das Tabela de Preço Público Sugerido (PPS) enviadas pela autuada. (Doc. 02 e 03)

Expedir solicitação via correio eletrônico aos dois servidores da Sefaz/BA anteriormente citados pela Moto Honda da Amazônia LTDA para que os mesmos:

- a) confirmar se receberam efetivamente tais tabelas de Preço Público Sugerido – PPS, enviadas pela MOTO HONDA DA AMAZÔNIA LTDA. e se este envio ocorria de forma regular e periódica;*
- b) informar se as referidas tabelas foram encaminhadas para as **Inspetorias do Trânsito de Mercadorias** para efeito de encaminhamento às equipes dos Postos Fiscais. (doc. 04)*

Em resposta a nossa solicitação, o servidor Gustavo Adolfo Carneiro da Mota se manifestou informando que a “funcionária” responsável, desde 2020, pelo recebimento e arquivamento em pastas específicas das listas de preços dos segmentos de veículos, motos, sorvetes e cigarros por marca é Bárbara Regina Santana Rocha e que “não existe não temos a rotina de encaminhamento para o trânsito de mercadoria, nunca houve esta solicitação”, conforme passamos a transcrever a seguir:

“Prezado Jorge Tadeu,

Com relação as informações solicitadas, confirmo que estamos recebendo os e-mails da empresa Moto Honda da Amazônia Ltda., conforme arquivo zipado referente aos anos de 2020 até 2022 em XML, em anexo a esta resposta.

A funcionária responsável desde 2020 pelo recebimento e arquivamento em pastas específicas das listas de preços dos segmentos de veículos, motos, sorvetes e cigarros por marca é Bárbara Regina Santana Rocha.

Estas tabelas normalmente são encaminhadas a fiscalização de comércio quando somos solicitados, não temos a rotina de encaminhamento para o trânsito de mercadoria, nunca houve esta solicitação.

Estamos estudando uma forma de disponibilizar as referidas listas no Intranet para consultas por parte dos interessados.

Atenciosamente, ”

- Efetuar nova conferência nos cálculos do recolhimento ICMS ST, tomando por base o preço sugerido pelo fabricante (PPS), só agora informado pelo setor da Sefaz/BA que recebeu as tabelas do contribuinte Moto Honda da Amazônia Ltda. Neste procedimento não foi identificado valores a serem cobrados”.

Em seguida assim se posicionou, conforme transcrição literal:

“Concluídas as providências e diligências realizadas pelo autuante, restou a constatação da fragilidade das rotinas internas no âmbito da Sefaz/BA, tendo em vista que o setor responsável pelo recebimento das tabelas de preços sugeridos pelos fabricantes, nos casos em que a legislação prevê estes como base de cálculo do ICMS normal ou ST, não vem rotineiramente enviando estas tabelas para as Inspetorias do Trânsito de Mercadorias, criando grande dificuldades, para os prepostos nos postos fiscais, tendo em vista que no trânsito, as ações fiscais são imediatas, isto é, se iniciam e devem ser concluídas com lavratura de autos ou

não no mesmo momento.

CONCLUSÃO

Diante das contestações do autuado e dos procedimentos executados pelo autuante, junto ao presente PAF os documentos comprobatórios das diligências realizadas e opino pelo acatamento da defesa da impugnante.

Esta informação fiscal deve ser enviada para a IFMT/METRO para ter ciência do seu teor e adotar as providências cabíveis.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª Sâmia Ali, OAB/SP nº 418.584, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O Auto de Infração em combate foi expedido com o fito de reclamar crédito tributário na ordem de R\$ 60.270,67, mais multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, expedido pela fiscalização no trânsito de mercadorias, Posto Fiscal Honorato Viana, em decorrência da seguinte imputação: *“Destaque do ICMS a menor em documento fiscal devido a erro na determinação da base de cálculo”*.

Consta, a título de Descrição dos Fatos: *“Cobrança de ICMS relativo a substituição tributária, retido a menor por contribuinte cadastrado no Estado como contribuinte substituto, na aquisição mercantil interestadual tributável de motocicletas constantes dos DANFE (s) nºs 14.303.451, 14.303.452, 14.303.453, 14.303.454, 14.303.753, 14.303.754, 14.303.755, 14.303.756, 14.304.426, 14.304.411, 14.301.483, 14.304.430, 14.304.487, 14.302.468, 14.302.439, 14.302.470, 14.306.170, 14.307.484, 14.306.960, 14.310.039, 14.310.040, 14.302.371, 14.304.431, 14.304.388, 14.312.028, 14.302.510, 14.302.511, 14.302.511, 14.302.513, 14.302.514, 14.302.515, e 14.302.516 – DACTE nos 9701, 9702, 9703 e 9704, DAMDFE nº 2760, conforme Termo de Ocorrência Fiscal nº 00998831148/21-5”*.

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração por precariedade do trabalho fiscal e cerceamento ao seu direito de defesa, além de imprecisão na descrição dos fatos, estando, ao seu entender, eivado de vício material o lançamento tributário.

Com a devida vênia não posso concordar com os argumentos defensivos, na medida em que, apesar da descrição da infração se encontrar posta de forma bastante resumida, existe no próprio corpo do Auto de Infração a citação sobre o que se refere a exigência tributária, com a indicação dos documentos fiscais que deram azo a autuação, além da existência de planilha dos cálculos levados a efeito pelo autuante, elementos estes que possibilitaram ao defendente os meios para o pleno exercício da defesa, não havendo, portanto, que se falar em algum tipo de cerceamento, visto que, a rigor, o autuado a exerceu em sua plenitude.

Portanto, por não vislumbrar ofensas aos Arts. 142 do CTN, e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, não acolho os argumentos de nulidade acima suscitados.

Como segundo pedido de nulidade do Auto de Infração, a título de existência de vício material, total dissociação das provas, erro na base de cálculo e aplicação equivocada da MVA de 34%, por se tratar de produtos nacionais, vejo que não se confirma a existência de vício material e total dissociação de provas na medida em que o processo se encontra revestido dos elementos que lhe dão sustentação probante, isto na ótica da consecução do lançamento, enquanto que os elementos motivadores, documentos fiscais, se encontram indicados na autuação e as cópias dos DANFES também estão anexadas aos autos.

Portanto, neste sentido não há como acolher o pedido de nulidade. Quanto aos demais argumentos, erro na base de cálculo e aplicação de MVA equivocada, serão apreciados quando do exame do mérito da autuação, onde os mesmos argumentos foram trazidos pela defesa.

O terceiro argumento de nulidade, por impossibilidade de utilização de presunção como meio de prova, também não pode ser acolhido, pois, a autuação não se deu com base em presunção. O fato

decorreu de interpretação equivocada do autuante da legislação no tocante a aplicação da MVA de 34% sobre aquisições de mercadorias (motocicletas) produzidas no país, situação esta que não implica em mera presunção, e, sim, em equívoco de interpretação, consoante já assinalado acima.

Isto posto, e ultrapassadas as nulidades suscitadas, no mérito, o autuado arguiu a legalidade do seu procedimento para efeito do cálculo e recolhimento do ICMS/ST, pois está em consonância com o Convênio 200/17 e o próprio RICMS/BA, ao aplicar o “*Preço Público Sugerido – PPS*” aos produtos nacionais, no caso motocicletas produzidas no país, tal como procedeu, enviando tal informação periodicamente à Sefaz, com fundamento no art. 23, §§ 2º e 6º da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 289, § 10º, IV do RICMS/BA.

Questionou a MVA de 34% utilizada pelo autuante, que considera sem qualquer fundamentação legal, e que deve ser aplicada apenas as operações com motocicletas importadas, o que não é o caso.

Neste ponto vejo que assiste total razão ao autuado em seu argumento, o qual foi acolhido pelo autuante, que inclusive carreou aos autos elementos comprobatórios do seu convencimento, não restando dúvidas quando ao correto procedimento do autuado no tocante ao cálculo do ICMS/ST, que atende ao quanto previsto pelo Art. 289, 10º, IV do RICMS/BA, *verbis*:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

(...)

§ 10. A base de cálculo da substituição tributária nas operações com as mercadorias a seguir indicadas será, quando houver, o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador:

(...)

IV - motos;

Isto posto, e considerando que não se aplica a MVA de 34% nas aquisições de motocicletas produzidas no país, mas, apenas aquelas operações decorrentes de importação, voto pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração, restando prejudicados, em consequência, a análise dos demais argumentos e pedidos apresentados pelo autuado em sua peça defensiva.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299130.0048/21-3**, lavrado contra **MOTO HONDA DA AMAZÔNIA LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR