

A. I. Nº - 207160.0201/23-6
AUTUADO - KOMATSU BRASIL INTERNACIONAL LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO CARLOS DE SANTANA
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/11/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0241-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VÍCIOS INSANÁVEIS. Restou comprovado que o Auto de Infração foi lavrado com a ausência de Termo de Ocorrência Fiscal válido, o que vai de encontro ao quanto estabelecido pelos Arts. 26, I, 28, IV e IV-A do RPAF/BA. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 06/03/2023 exige ICMS no valor de R\$ 38.103,12, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 050.001.002 – *Deixou o estabelecimento remetente de mercadoria ou bem e ou prestador de serviço destinados a consumidor final, não contribuinte do imposto, de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na hipótese do inciso XVI do art. 4º da lei 7.014/96. Falta de recolhimento da partilha do ICMS nos termos da EC 87/15, referente aos DANFE(s) nº 45708 de 24/02/2023.*Multa aplicada de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96.

O autuado apresenta defesa às fls. 27 a 33, inicialmente fala sobre a tempestividade da sua apresentação. Em seguida faz uma síntese dos fatos dizendo ser pessoa jurídica de direito privado, que tem como objeto social as atividades que indicou.

Assim, no exercício de suas atividades comercializa seus produtos através de distribuidores localizados em todo o território nacional. Estes distribuidores realizam as vendas de produtos Komatsu aos clientes finais e realizam o transporte destes produtos pelo território nacional, contratando empresas de transporte locais para tais operações.

Destaca que a Komatsu e seus distribuidores possuem gestões apartadas, não possuem o mesmo quadro de acionistas ou diretoria e ainda não possui a Komatsu ingerência nas atividades conduzidas por estes distribuidores, especificamente em relação ao formato de transporte realizado pelos mesmos e também não escolhe as empresas transportadoras que irão conduzir estas operações, como no presente caso.

Apresenta as seguintes questões de nulidades do Auto de Infração:

- **Ilegitimidade Passiva:** diz que no caso em questão, o distribuidor FW MAQUINAS DISTRIBUICAO E COMERCIO LTDA., CNPJ Nº 00.153.298/0002-50, contratou a empresa RODOPESO TRANSPORTES ESPECIAIS EIRELI, CNPJ Nº 17.483.211/0001-25, para a execução de serviço de transporte de CARREGADEIRA DE RODAS WA200-6 para o cliente FERTINOR FERTILIZANTES LTDA., CNPJ Nº 07.938.461/0002-30, localizado no Estado de Sergipe. Estas informações podem ser confirmadas nos documentos pertinentes à operação, dentre os quais o DACTE nº 2129, com chave de acesso para consulta do documento de 3323 0317 4832 1100 0125 5700 1000 0021 2910 0002 7360.

Neste documento, assim como nos demais, disponíveis aos auditores, resta evidenciado e claro que a Komatsu não é contratante ou tomadora do serviço de transporte, nem transportadora vinculada a esta operação em questão. Inclusive, a ora Impugnante foi surpreendida com os termos da presente autuação, tendo em vista que não tinha qualquer informação sobre esta

operação, sobre eventuais divergências ou ainda sobre quem seria a empresa transportadora.

Isto posto, assevera que a Komatsu não é parte legítima a figurar no polo passivo da presente demanda, uma vez que o transporte objeto do litígio não foi contratado e também não foi conduzido ou realizado pela mesma, tendo sido o transporte coordenado por distribuidor com o qual não tem relação direta de subordinação, controle ou responsabilidade. Assim, eventual erro que porventura possa ter ocorrido na operação de transporte conduzida por terceiros não pode ser imputado à empresa Impugnante.

Dessa forma, é evidente a nulidade do presente Auto de Infração, fundamentada no artigo 18, IV, “a” e “b” que foi instruído com elementos que não são suficientes para estabelecer a responsabilidade passiva da Komatsu nesta operação e tendo em vista que ficou demonstrada a ilegitimidade passiva em virtude de não ser a empresa Komatsu transportadora, contratante ou tomadora de serviço de transporte realizado por terceiros.

- **Falta de elementos para configurar a infração:** O referido auto de infração versa sobre infração referente a suposta falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e estaduais, na hipótese do inciso XVI do artigo 4º da Lei nº 7014/96, Ocorre que, como se verifica pelas informações disponibilizadas, o destinatário final dos produtos da ora Impugnante está localizado em outro Estado, no caso o Estado de Sergipe, no caso a empresa FERTINOR FERTILIZANTES LTDA., CNPJ Nº 07.938.461/0002-30. Inclusive, apesar de a Impugnante não ter relação direta com a operação, como afirmado anteriormente, foi informado pela empresa distribuidora que o montante referente ao ICMS diferencial de alíquotas foi recolhido adequadamente ao Estado de Sergipe.

Dessa forma, entende que não restou evidenciado, claro e fundamentado no presente Auto de Infração o motivo pelo qual teria que ser cobrado ICMS diferencial de alíquotas para o Estado da Bahia, tendo em vista que não se trata de operação com destinatário final neste Estado. Por esta razão, além de existir nulidade quanto à ilegitimidade passiva da Impugnante, também existe nulidade quanto ao enquadramento e fundamentação da cobrança do suposto ICMS devido a este Estado, tendo em vista que esta mesma empresa não é destinatária, nem remetente ou tomadora de serviço de transporte ou ainda prestador desse serviço de transporte.

Acrescenta que além das motivações referentes às causas de evidentes nulidades que tornam viciados os atos administrativos lavrados e que foram expostas anteriormente, a multa imputada no percentual de 60%, prevista na alínea F, inciso II, do artigo 42, da Lei nº 7014/96, além de ser manifestadamente desproporcional, não ocorreu qualquer hipótese de infração como já exposto anteriormente e que importe descumprimento de obrigação tributária principal ou ainda acessória, motivo pelo qual não existe razão em ser imputada qualquer multa à empresa contribuinte Impugnante.

Finaliza pugando pela nulidade do Auto de Infração nº 2071600201/23-6 e Termo de Ocorrência Fiscal nº 2225521018/23-3, tendo em vista a ocorrência da ilegitimidade passiva da empresa Impugnada, bem como ausência de elementos suficientes para determinar com segurança a infração cometida e o vínculo com a presente Impugnada, com base no artigo 18, IV, “a” e “b” do Decreto nº 7629/1999.

O autuante ao prestar a Informação fls.79 a 80, transcreve o inteiro teor contido na “Descrição dos fatos”, inserido no Termo de Ocorrência Fiscal, conforme seguir: “*Em hora, dia e local no exercício das minhas funções fiscalizadoras; constatei as seguintes irregularidades: Mercadoria oriunda do Estado de São Paulo com destino previsto na NF-e de nº 45708 (chave 35230102336124000763550020000457081057947207) para ser entregue no Estado de Sergipe (SE). Sendo que de fato a Mercadoria constante da NF-e 45708 adentrou no Estado da Bahia sob alegação de ser submetida a um Processo de Revisão. Sendo alegado pelo Motorista que a Mercadoria uma “CARREGADORA DE RODASWA 200-60”; MÁQUINA NOVA, que nunca foi usada, teria sofrido um pequeno arranhão na sua pintura durante o Transporte, e assim sendo a mesma teria que permanecer na Cidade do Salvador (BA) para Revisão, onde faria este pequeno*

Conserto. Ocorre que não há justificativa plausível para que o referido “Pequeno Conserto,” um retoque na pintura, não pudesse ter sido feito no Estado de SERGIPE, haja vista que a Empresa KOMAT’SU de CNPJ nº 02.336.124/0007-63 possui dois Distribuidores neste Estado, conforme Documento Anexo à este Procedimento Fiscal. Para corroborar com a tese, que de fato está Mercadoria teve como Destino Físico o Estado da Bahia com uma clara tentativa de eximir-se do “ICMS SOB O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA”, esta modalidade de Cobrança do ICMS, fora implementada pela Emenda Constitucional nº 87/2015, não restando outra alternativa ao Estado da Bahia, senão cobrar o “ICMS diferencial de Alíquota” decorrente desta Operação Mercantil. Sendo elencadas algumas incongruências percebidas: O “DAMFE “ de nº 1.376 Chave 33230217483211000125580000000013761000016563) não faz menção a NF-e de nº 45708 destinada ao Estado de Sergipe (SE); sendo que a Transportadora não estava com nenhuma carga destinada ao Estado da Bahia (BA); e o pequeno conserto na pintura da Máquina poderia ter sido feito no Estado de Sergipe (SE), dentre outras observações”.

Após, copia o inteiro teor da infração e em seguida se pronuncia informando que a mercadoria objeto da autuação, trata-se de equipamento, cuja Nota fiscal destinava-se ao Estado de Sergipe, conforme se pode constatar na folha de nº 11 do presente PAF, no entanto de fato o referido bem foi entregue em Simões Filho - BA, fato que se pode corroborar com a fotografia do local onde o equipamento foi descarregado (Fls. 19 e 20 do PAF). Salienta que os fatos estão descritos no Termo de Ocorrência Fiscal inserto nas folhas 04 e 05 do presente PAF e opina pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração é resultante de uma ação de fiscalização realizada no trânsito de mercadorias em decorrência do cometimento da Infração (050.001.002) e está assim descrita: *“Deixou o estabelecimento remetente de mercadoria ou bem e o prestador de serviço destinados a consumidor final, não contribuinte do imposto, de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na hipótese do inciso XVI do art. 4º da lei 7.014/96. Falta de recolhimento da partilha do ICMS nos termos da EC 87/15, referente aos DANFE(s) nº 45708 de 24/02/2023”*

Examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico, de fato, a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

No presente caso, como o Auto de Infração foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias teria de ser precedido, forçosamente, da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio.

Fazendo um exame detalhado nas peças que integram estes autos, vejo que apesar de constar o “Termo de Ocorrência Fiscal” nº 2225521018/23-3, fls. 04 a 05, o mesmo não contém a assinatura do autuado, ou mesmo de seu representante legal ou preposto.

Portanto, fica claro que este Auto de Infração foi lavrado com a ausência de Termo de Ocorrência Fiscal válido, o que vai de encontro ao quanto estabelecido pelos Art. 26, I, 28, IV e IV-A do RPAF/BA, conforme se verifica a seguir:

Art. 26. *Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:*

I - *apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;*

(...)

Art. 28. *A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do*

cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

(...)

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos;

Por outro lado, a dispensa do referido Termo somente ocorre quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de: a) descumprimento de obrigação acessória, b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular, c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias; (art. 29, do RPAF/BA).

Assim, como o Termo de Ocorrência Fiscal é elemento indispensável para caracterizar a materialidade do fato gerador e o termo aqui apresentado é desprovido de qualquer validade, e, também de eficácia jurídica, o mesmo não pode gerar efeitos.

Consequentemente, a autuação padece de vício insanável, razão pela qual voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento nas disposições do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **207160.0201/23-6**, lavrado contra **KOMATSU BRASIL INTERNACIONAL LTDA.**

Sala Virtual das Sessões CONSEF, 20 de novembro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR