

A.I. Nº 298629.0001/22-1
AUTUADO RAYTEC VEÍCULOS ESPECIAIS INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI
AUTUANTE IARA ANTÔNIA DE OLIVEIRA ROSA
ORIGEM DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15/05/2024

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0054-01/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. BENS DO ATIVO PERMANENTE; b) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL; c) MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO CREDITADO INDEVIDAMENTE QUE NÃO REPERCUTIU. Alegações defensivas não elidem estes itens da autuação. Infrações 1, 2 e 3 procedentes. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO ESCRITURADAS. Alegação defensiva não elide a autuação. Entretanto, merece reparo a multa apontada no Auto de Infração de 100%, haja vista que a multa aplicável, no presente caso, é a prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei n. 7.014/96. Retificada, de ofício, a multa aplicada. Infração parcialmente procedente. b) NOTAS FISCAIS. VENDA DE VEÍCULO. É devido o imposto na operação de venda de veículo autopropulsado, realizada por pessoa jurídica, antes de 12 meses da data de aquisição direta junto ao fabricante, nos termos do Convênio 64/06. Infração subsistente. 4. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. Alegação defensiva não elide a autuação. Infração subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2022, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 282.143,34 em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01 – 001.002.001 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de dezembro de 2019 e janeiro de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 28.701,51, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 – 001.002.040 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is), no mês de fevereiro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 5.111,39, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 – 001.002.089 – Utilização indevida de crédito fiscal, que não repercutiu em falta de recolhimento do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos, no mês de março de 2020, sendo imposta multa no valor de R\$ 9.864,00;

Infração 04 – 002.001.002 - Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as

operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, nos meses de junho e julho de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 36.284,88, acrescido da multa de 100%;

Infração 05 - 002.005.006 - Deixou de recolher ICMS na operação de venda de veículo autopropulsado, realizada por pessoa jurídica, antes de 12 (doze) meses da data de aquisição direta junto à fabricante ou importador, nos meses de fevereiro a dezembro de 2019, fevereiro e março de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 72.558,76, acrescido da multa de 60%;

Infração 06 - 016.001.006 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto de 2019, abril, junho a dezembro de 2020, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 129.622,80.

O autuado, por intermédio de advogada legalmente constituída, apresentou Defesa (fls.35 a 57). Reporta-se sobre a tempestividade da peça impugnatória. Sustenta que a exação é nula por cerceamento ao direito de defesa e falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração. Afirma que existem vícios como o lançamento de períodos não contemplados no termo da intimação para entrega de documentos, bem como infração genérica e sem descrição fundamentada do fato, anexos em PDF apenas com lista de notas sem apresentação de DANFES com suas operações.

No mérito, relativamente à infração 01, o autuado alega que as Notas Fiscais de 2019 foram de remessa à ordem e as de 2020 foram objeto de substituição tributária e que a contabilidade estornou os créditos na EFD enviada em 22/03/2022.

Quanto à infração 02, alega que a Nota Fiscal nº 2186 refere-se a devolução da Nota Fiscal original nº 2153, portanto não representa nenhuma utilização de crédito superior ao destacado na nota.

Relativamente à infração 03, alega que o valor lançado nesta infração já havia sido objeto de expurgo pela contabilidade no dia 22/03/2022, portanto antes da lavratura do Auto de Infração.

No que tange à infração 04, o autuado alega que foi utilizada alíquota de 18% para notas do mês 06, no entanto, essas notas têm como destino outra unidade da Federação e alíquota correta seria de 12%, e que não há base legal para multa de 100%.

No que concerne à infração 05, o autuado alega que todas as notas fiscais apresentadas nos anexos VI e VII usados pela autuante como fundamento dessa infração, se referem as notas que já foram objeto da substituição tributária, encerrando a fase de tributação.

Pontua que a principal regra estabelecida no Convenio ICMS 64/06 é a condição de pagamento do ICMS caso o veículo seja vendido - desincorporado do patrimônio da Pessoa Jurídica -, antes de decorridos 12 (doze) meses de sua aquisição junto à montadora. Diz que a ocorrência de ter que haver o pagamento do imposto nesta revenda apenas possui guarida legal caso seja para Unidade da Federação de destino do veículo diversa da primeira aquisição efetuada na venda direta, e no caso concreto desta lide não é.

No que diz respeito à infração 06, alega que registrou todas as notas fiscais na EFD emitida no dia 22/03/2022, portanto antes do lançamento do presente procedimento fiscal. Inviabilizando por completo a presente infração.

Finaliza a peça defensiva requerendo que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração, ou, no mínimo, que seja considerado improcedente. Protesta, ainda, em homenagem ao Princípio da Verdade Material, pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls.93 a 100). Contesta a alegação defensiva de existência de vícios como o lançamento de períodos não contemplados no termo da intimação para entrega de documentos, bem como infração genérica e sem descrição fundamentada do fato, anexos em PDF apenas com lista de notas sem apresentar DANFES com suas operações.

Afirma que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) determina nos artigos e

incisos que reproduz, que não há obrigação do autuante informar o período a ser fiscalizado, muito menos solicitar documentos referentes a todos os meses fiscalizados. Acrescenta, no entanto, que o período fiscalizado foi informado na intimação e no Termo de Prorrogação de Fiscalização, conforme acostado às fls. 06/ 07 dos autos.

Esclarece também que atualmente não é mais necessário intimar o contribuinte para apresentação de Escrita Fiscal, haja vista que esta é realizada mediante a Escrituração Fiscal Digital – EFD e já se encontra no banco de dados da SEFAZ.

Explica que a intimação para envio dos arquivos da EFD dos meses de junho, julho, agosto, novembro e dezembro de 2020, só se fez necessária porque os arquivos foram enviados anteriormente sem informações.

No tocante à alegação defensiva de que os demonstrativos em meio magnético estão em formato PDF, informa que o PDF é um tipo de arquivo desenvolvido pela Adobe Systems para representar na tela do computador páginas de documentos de maneira independente do aplicativo, hardware e sistema operacional usados para criá-los. Diz que um arquivo PDF pode conter documentos que contenham textos, planilhas, gráficos e imagens.

Assevera que os demonstrativos em arquivo PDF, anexados aos autos e entregues ao autuado, contém todas as planilhas de cálculos da infração, sendo que os referidos demonstrativos em PDF podem ser convertidos para vários formatos, a exemplo do Word e Excel.

Alega que o § 3º do art. 8º do RPAF, citado pelo autuado, refere-se as petições do processo administrativo fiscal.

Conclusivamente, diz que diante das informações acima, a alegação defensiva referente a nulidade e cerceamento de defesa não tem respaldo legal.

Quanto ao mérito, relativamente à infração 01, consigna que o autuado alega que as notas fiscais de 2019 foram de remessa à ordem e as de 2020 foram objeto de substituição tributária e que a contabilidade estornou os créditos na EFD enviada em 22/03/2022.

Informa que o estorno de créditos efetuado pelo autuado mediante a Escrituração Fiscal Digital enviada em 23/03/2022 durante ação fiscal não tem validade jurídica, conforme inciso I, § 7º da cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 002/09 e o § 2º do art. 251 do RICMS/BA, cujo teor reproduz.

Esclarece, ainda, que todas as notas fiscais se referem a venda de veículos automotores da montadora para o autuado na modalidade de venda direta para consumidor final, conforme cópias das notas fiscais anexadas pelo autuado às fls. 74 a 77.

No que tange à infração 02, observa que o autuado alega que a Nota Fiscal nº 2186 refere-se a devolução da Nota Fiscal original 2153, portanto não representa nenhuma utilização de crédito superior ao destacado na nota.

Informa a autuante que na Nota Fiscal de venda nº 2153 inexistiu destaque de imposto e não houve pagamento de ICMS na Nota fiscal nº 2153 da venda do veículo automotor, então não pode haver nenhum crédito de ICMS na devolução desta mercadoria.

No tocante à infração 03, observa que o autuado alega que o valor lançado nesta infração já havia sido objeto de expurgo pela contabilidade no dia 22/03/2022 antes da lavratura do Auto de Infração.

Diz que o expurgo do valor lançado na infração efetuado pelo autuado mediante a Escrituração Fiscal Digital enviada em 23/03/2022 durante a ação fiscal não tem validade jurídica, conforme inciso I, § 8º da cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 002/09 e o § 2º do art. 251 do RICMS/BA.

No respeitante à infração 04, observa que o autuado alega que foi utilizada alíquota de 18% para notas fiscais do mês de junho, e as notas têm como destino outra unidade da Federação e a alíquota correta seria de 12%, e que não há base legal para multa de 100%.

Diz que diferentemente do alegado pelo autuado, a alíquota aplicada nas notas fiscais referentes ao mês 06/2020 foi de 12%, conforme demonstrativo de cálculo de notas de saídas não escrituradas, acostado à fl. 20 dos autos, e entregue ao contribuinte por meio da Intimação para ciência do Auto de Infração, fls. 28/ 29.

No tocante à multa de 100%, afirma que está perfeitamente tipificada, conforme art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96.

Quanto à infração 05, observa que o autuado traz as seguintes alegações.

1 - Que todas as notas fiscais apresentadas nos anexos VI e VII usados pela auditora como fundamento dessa infração, se referem as notas que já foram objeto da substituição tributária, encerrando a fase de tributação.

Afirma que existe um equívoco de interpretação da autuada na análise das notas fiscais de aquisições dos veículos, pois o ICMS ST destacado nas notas fiscais refere-se ao do Convênio 51/00, e, na verdade, não se trata de regime de substituição tributária.

Observa que a Lei 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, estabelece, conforme artigos 8º ao 11 c/c seu Anexo I, que as operações com veículos automotores novos estarão sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação.

Assinala que a substituição tributária, nas operações interestaduais com veículos automotores, é disciplinada pelos Convênios ICMS 199/17 e 142/18 que contém regras que deverão ser observadas pelos acordos celebrados pelas Unidades Federadas para fins de adoção do regime da substituição tributária do ICMS.

Diz que assim sendo, tanto as operações internas quanto as operações interestaduais com veículos automotores novos estão sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação.

A montadora ao vender veículos automotores novos para seus concessionários, deverá calcular e reter o ICMS que seria devido por aqueles por ocasião da revenda dessa mercadoria ao consumidor final, encerrando a fase de tributação do ICMS sobre os veículos automotores novos.

Entretanto, o regime de substituição tributária por antecipação do ICMS não se aplica à venda direta de veículos automotores novos, pois o veículo automotor novo destina-se ao consumidor final que não o adquire como mercadoria para revender. Como, a princípio, não haverá revenda, não há que se falar em pagamento de ICMS por substituição tributária por antecipação na venda direta de veículos automotores novos.

Porém, o aumento significativo das vendas diretas de veículos automotores e em razão da significativa perda de arrecadação de ICMS sofrida pelas Unidades Federadas das Regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste provocada pela regra constitucional, então vigente, que deixava a totalidade do ICMS com o estado onde estava localizada a montadora, nas operações interestaduais destinadas a consumidor final, em 15/09/2000, foi firmado o Convênio ICMS 51/00.

Do Convênio 51/00, destacam-se as seguintes regras:

a) o ICMS incidente na operação será rateado entre o Estado de localização da montadora e o Estado de localização do concessionário que fará a entrega do veículo automotor, independentemente da localização do consumidor final;

b) o rateio obedecerá às regras previstas no parágrafo único da cláusula segunda, que leva em consideração a alíquota do IPI, o Estado de origem e o Estado de destino; aí se determina a base de cálculo (X%) a ser aplicada para cálculo do ICMS devido ao Estado onde está localizada a montadora ou o importador que remeter o veículo ao concessionário localizado em outro Estado; bem como, por subtração (100% - X%), também se determina a base de cálculo a ser aplicada para o cálculo do ICMS devido ao Estado de localização do concessionário;

c) a montadora ou o importador deverá emitir nota fiscal de faturamento direto ao consumidor, devendo informar no campo "Informações Complementares" desse documento fiscal a expressão "Faturamento Direto ao Consumidor", bem com o valor das bases de cálculo da operação do estabelecimento emitente e daquela a ser utilizada para o rateio do ICMS como o Estado de localização do concessionário;

d) apesar de o Convênio ICMS 51/00 falar substituição tributária, o que, de fato, foi aí acordado, foi uma repartição do ICMS devido nas vendas diretas de veículos automotores, disciplinando a forma pela qual a montadora ou o importador envolvido nessas operações deverá proceder e estabelecendo os valores devidos

aos Estados de origem e de destino desses veículos.

No início dos anos 2000, observou-se que pessoas jurídicas vinham se utilizando indevidamente das vendas diretas, adquirindo veículos automotores diretamente das montadoras como se destinados fossem ao seu ativo imobilizado, quando, de fato, destinam-se à revenda.

Além de provocar uma concorrência desleal com os concessionários, esse "desvirtuamento" das vendas diretas provocava sonegação de ICMS.

*Para combater esse artifício, os Estados celebraram, os **Convênios ICMS 64/06 e o 67/18**, que passaram a disciplinar as **operações de venda** de veículo automotor realizada por pessoa física que explore a atividade de produtor agropecuário ou por **qualquer pessoa jurídica, com menos de 12 (doze) meses da data da aquisição junto à montadora**, grifo nosso.*

Afirma que conforme restou demonstrado acima, a alegação do autuado não procede, pois o "ICMS substituição" destacado nas notas fiscais refere-se ao do Convênio nº 51/00, que, na verdade, trata da repartição do ICMS devido nas vendas diretas de veículos automotores e não encerra a fase de tributação.

Conclusivamente, diz que a infração está totalmente embasada no que estabelece o Convênio ICMS nº 64/06, isto é, operação de venda de veículo autopropulsado, realizada por qualquer pessoa jurídica, antes de 12 (doze) meses da data da aquisição junto à montadora.

2 - O contribuinte alega que a principal regra estabelecida no Convenio ICMS 64/06 é a condição de pagamento do ICMS caso o veículo seja vendido - desincorporado do patrimônio da Pessoa Jurídica -, antes de decorridos 12 (doze) meses de sua aquisição junto à montadora. E que a ocorrência de ter que haver o pagamento do imposto nesta revenda apenas possui guarida legal caso seja para Unidade da Federação de destino do veículo diversa da primeira aquisição efetuada na venda direta, e no caso concreto desta lide não é.

Alega que o benefício dado na venda direta não é uma isenção fiscal, mas sim um desconto oferecido pela montadora, para estimular essa modalidade de negociação.

Quanto a essas alegações do autuado, diz a autuante que a modalidade de venda direta de veículos é realizada para o consumidor final que negocia a compra de veículos diretamente da fábrica.

Afirma que a infração lançada demonstra que o autuado não é o consumidor final na compra da citada modalidade de venda, pois adquire os veículos para revenda, desvirtuando a finalidade dessa modalidade de venda.

Observa que o Convênio ICMS 64/06 foi firmado, justamente, para combater essa manobra utilizada por empresas para burlar o pagamento do ICMS Substituição, através de Vendas Diretas de Veículos.

Salienta que o Convênio ICMS 64/06, com as alterações promovidas pelo Convênio ICMS 67/18, estabelece o regramento conforme reproduz.

- a) A pessoa física que explore a atividade de produtor agropecuário ou qualquer outra pessoa jurídica **que revenda veículo automotor antes de 12 meses de sua aquisição junto à montadora (venda direta) será tributada pelo ICMS**, que será recolhido a favor da Unidade Federada do adquirente;*
- b) A base de cálculo do ICMS será o preço de venda ao público sugerido pela montadora,*
- c) A alíquota aplicada será a prevista na Legislação do ICMS da Unidade Federada do adquirente*
- d) Do resultado obtido será deduzido o crédito fiscal constante da nota fiscal de aquisição emitida pela montadora.*
- e) A montadora, ao realizar venda de veículo automotor para a pessoa física que explore a atividade de produtor agropecuário ou para **qualquer outra pessoa jurídica**, deverá informar, no campo "Informações Complementares" da nota fiscal que documentar a venda, a data a partir da qual o veículo poderá ser revendido sem tributação do ICMS, bem como informar o preço de venda sugerido ao público, que deverá ser utilizado como base de cálculo do ICMS, caso o veículo seja revendido antes de 12 (doze) meses da sua aquisição.*

f) A pessoa física que explore a atividade de produtor agropecuário ou qualquer pessoa jurídica, adquirentes de veículos nos termos do Convênio 64/06, quando procederem a venda antes de 12 (doze) meses da data da sua aquisição junto à montadora, possuindo Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, deverão emití-la em nome do adquirente, constando no campo "Informações Complementares" a apuração do ICMS devido na forma estabelecida na cláusula segunda do Convênio 64/06, transcrita abaixo, anexando a esse novo documento fiscal uma cópia da nota fiscal emitida pela montadora quando da aquisição do veículo.

Pontua que a cláusula primeira do Convênio 64/06 determina o seguinte:

Cláusula primeira Na operação de venda de veículo autopropulsado, realizada por pessoa física que explore a atividade de produtor agropecuário ou por qualquer pessoa jurídica, antes de 12 (doze) meses da data da aquisição junto à montadora, deverá ser efetuado o recolhimento do ICMS em favor do estado do domicílio do adquirente, nas condições estabelecidas neste convênio.

Conclusivamente, diz que restou demonstrado que há um equívoco de interpretação do autuado, pois, o fato gerador do ICMS que rege a cláusula primeira do Convênio 64/06 é operação de venda de veículo autopropulsado, realizada por pessoa física que explore a atividade de produtor agropecuário ou por qualquer pessoa jurídica, antes de 12 (doze) meses da data da aquisição junto à montadora. Acrescenta que a destinação do recolhimento do ICMS é que deverá ser feita em favor do estado do domicílio do adquirente.

No que concerne à infração 06, diz que o autuado alega que registrou todas as notas fiscais na EFD emitida no dia 22/03/2022.

Rechaça essa alegação defensiva dizendo que as notas fiscais lançadas na Escrituração Fiscal Digital - EFD enviada em 23/03/2022, durante a ação fiscal, não tem validade jurídica, conforme inciso I, § 8º da cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 002/09 e o § 2º do art. 251 do RICMS/BA.

Finaliza a peça informativa mantendo na íntegra o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de seis infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo, todas, objeto de impugnação.

Inicialmente, no tocante a alegação defensiva de cerceamento ao direito de defesa e falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração, não vislumbro como possa prosperar a pretensão defensiva. Os alegados vícios como o lançamento de períodos não contemplados no termo da intimação para entrega de documentos; infração genérica e sem descrição fundamentada do fato; e anexos em PDF apenas com lista de notas sem apresentação de DANFES com suas operações; no presente caso, não se apresentam como determinantes para nulidade da autuação.

Primeiro, porque no documento de fl. 10 dos autos, enviado ao autuado via DT-e, consta o número da Ordem de Serviço com a indicação que a ação fiscal foi prorrogada até 31/03/2022, abrangendo o período de 01/01/2019 a 31/12/2020, portanto, alcançando os períodos aduzidos pelo autuado.

Segundo, porque não procede a alegação defensiva de que a infração é genérica e sem descrição fundamentada do fato, haja vista que todas as seis infrações estão descritas claramente sendo possível identificar em que consiste cada conduta infracional imputada ao autuado, inclusive com a indicação dos respectivos códigos.

Terceiro, porque os anexos em PDF com a listagem das notas fiscais sem apresentação de DANFES com suas operações, no presente caso, não trouxeram qualquer prejuízo ao exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, haja vista que identificados todos os documentos e seus respectivos dados.

Certamente não houve qualquer cerceamento de defesa para que o autuado indicasse, apontasse, entre as notas fiscais arroladas na autuação e os valores exigidos aqueles que, se fosse o caso, teriam sido exigidos indevidamente. Ademais, conforme observado pela autuante, os anexos em

PDF podem ser convertidos para vários formatos, a exemplo do Word e Excel.

Ressalto que especificamente no presente caso, o autuado não identificou ou apontou, mesmo por amostragem, qualquer documento fiscal ou valor que constasse do levantamento fiscal indevidamente, o que poderia ser objeto de uma diligência para que a autuante procedesse aos ajustes e apresentasse os anexos em Excel, registre-se, como já ocorreu em casos semelhantes julgados por esta Junta de Julgamento Fiscal.

É certo que mesmo em PDF, se identifica no levantamento fiscal todos os elementos que constam nos demonstrativos/planilhas, a exemplo de números das notas fiscais, valores, base de cálculo, imposto exigido, não sendo um fator determinante de nulidade do lançamento por cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista que o lançamento de ofício em questão foi realizado em conformidade com a legislação de regência, especialmente, no tocante ao seu aspecto formal, de acordo com as disposições do artigo 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, incorrendo qualquer das hipóteses previstas no seu art. 18 capaz de inquirir de nulidade o ato de lançamento.

No mérito, no que tange a infração 01, observo que o autuado alega que as notas fiscais referentes ao exercício de 2019 foram de remessa à ordem e as notas fiscais referentes ao exercício de 2020 foram objeto de substituição tributária, sendo que a contabilidade estornou os créditos na EFD enviada em 22/03/2022.

Vejo também que a autuante contesta a alegação defensiva afirmando que o estorno de créditos efetuado pelo autuado na Escrituração Fiscal Digital-EFD enviada em 23/03/2022, durante ação fiscal, não tem validade jurídica, conforme o inciso I, § 7º da cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 002/09 e o § 2º do art. 251 do RICMS/BA.

De fato, o § 2º do art. 251 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, estabelece:

Art. 251. A retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.

[...]

§ 2º Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.

Portanto, assiste razão a autuante quando afirma que não tem validade jurídica o estorno procedido pelo autuado, haja vista que já se encontrava sob ação fiscal.

Por certo que se o próprio autuado diz que *a contabilidade estornou os créditos na EFD enviada em 22/03/2022*, deixa claro que, efetivamente, o crédito fiscal objeto da glosa de que cuida este item da autuação é indevido.

Diante disso, a infração 01 é procedente.

No que tange à infração 02, verifico que diz respeito exclusivamente a uma única Nota Fiscal, no caso a Nota Fiscal nº. 2186.

O autuado alega que referida Nota Fiscal nº 2186 refere-se à devolução da Nota Fiscal original 2153, portanto, não representa nenhuma utilização de crédito superior ao destacado na nota fiscal.

Noto, também, que a autuante contesta a alegação defensiva afirmando que a Nota Fiscal de venda nº 2153 não contém destaque de imposto e que não houve pagamento de ICMS, portanto não pode haver nenhum crédito de ICMS na devolução da mercadoria realizada por meio da Nota Fiscal nº. 2186.

Efetivamente, o exame do demonstrativo elaborado pela autuante intitulado “Crédito fiscal a maior que o destacado na nota fiscal – Demonstrativo analítico”, acostado à fl. 18 dos autos, permite constatar que o autuado lançou na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, o valor de R\$

5.111,39, sendo que na coluna “VlIcmsNfe” o valor do ICMS consta como 0,00 (zero) e na coluna “VlCredMaior”, consta o valor de R\$ 5.111,39.

Diante disso, indubitavelmente, o autuado incorreu na irregularidade apontada nesta infração 02, sendo, desse modo, procedente.

No tocante à infração 03, verifico que diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal, que não repercutiu em falta de recolhimento do ICMS, sendo imposta multa no valor de R\$ 9.864,00.

Observo que o autuado apenas alega que o valor lançado nesta infração já havia sido objeto de expurgo pela contabilidade no dia 22/03/2022 antes da lavratura do Auto de Infração.

A autuante contesta a alegação defensiva afirmando que o expurgo do valor lançado na infração efetuado pelo autuado mediante a Escrituração Fiscal Digital – EFD, enviada em 23/03/2022, durante a ação fiscal não tem validade jurídica, conforme inciso I, § 8º da cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 002/09 e o § 2º do art. 251 do RICMS/BA.

De fato, essa alegação defensiva não tem como prosperar, haja vista que o § 2º do art. 251 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, estabelece que não terá validade jurídica a retificação da EFD nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.

No presente caso, o autuado já se encontrava sob ação fiscal em 06/12/2021, conforme intimação acostada à fl. 08 dos autos, portanto, em data anterior a 23/03/2022.

Portanto, assiste razão a autuante quando afirma que não tem validade jurídica o estorno procedido pelo autuado, haja vista que já se encontrava sob ação fiscal.

Diante disso, a infração 03 é procedente.

No respeitante à infração 04, observo que o autuado alega que foi utilizada alíquota de 18% para notas fiscais do mês de junho, e as notas têm como destino outra unidade da Federação e a alíquota correta seria de 12%, e que não há base legal para multa de 100%.

Verifico, também, que a autuante contesta a alegação defensiva afirmando que a alíquota aplicada nas notas fiscais referentes ao mês de junho de 2020 foi de 12%, conforme demonstrativo de cálculo de notas de saídas não escrituradas, acostado à fl. 20 dos autos, e entregue ao contribuinte por meio da intimação para ciência do Auto de Infração, fls. 28/ 29.

O exame do demonstrativo elaborado pela autuante intitulado “Notas de saída não escrituradas – Demonstrativo analítico”, acostado à fl. 20 dos autos, permite constatar que foi utilizada a alíquota correta de 12%, conforme consta na coluna “AliqAud”, sendo que o imposto exigido no valor total de R\$ 36.224,40, constante na coluna “Diferença S=R-M”, é resultante da aplicação da alíquota de 12% sobre a base de cálculo constante na coluna “VlBcReAud”.

Certamente que o autuado ao alegar que foi aplicada a alíquota de 18% reporta-se sobre a alíquota que consta no demonstrativo no Auto de Infração, precisamente na coluna “Aliq %”, que efetivamente consta como 18% no período de 30/06/2020. Contudo, verifica-se que o valor constante na coluna “Valor Histórico (RS)” é o mesmo valor de R\$ 36.224,40, constante no demonstrativo “Notas de saída não escrituradas – Demonstrativo analítico”, portanto, inexistindo qualquer agravamento quanto ao valor do imposto apurado em face à aplicação da alíquota.

Cabível consignar que a diferença de 12% para 18% decorre do ajuste feito automaticamente pelo sistema de emissão de Auto de Infração, porém, reitere-se, sem qualquer agravamento quanto ao valor efetivamente devido.

Diante disso, a infração resta caracterizada.

Entretanto, merece reparo a multa imposta de 100%, haja vista que a multa aplicável, no presente caso, é a prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei n. 7.014/96.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

[...]

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;

Assim sendo, retifico de ofício a multa para 60%, sendo, desse modo, procedente em parte a infração.

Quanto à infração 05 - *Deixou de recolher ICMS na operação de venda de veículo autopropulsado, realizada por pessoa jurídica, antes de 12 (doze) meses da data de aquisição direta junto à fabricante ou importador* -, verifico que foi apurada conforme levantamento fiscal levado a efeito pela autuante acostado à fl. 23 dos autos, denominado “ICMS NÃO RECOLHIDO - Venda de Veículos Autopropulsados com Aquisição direto da montadora como consumidor final”, constando como enquadramento legal da infração o art.426 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, c/c a cláusula primeira do Convênio 64/06.

Vejo que o Convênio ICMS Nº 64/06 dispõe sobre operação de venda de veículo autopropulsado realizada por pessoa física que explore a atividade de produtor agropecuário ou por qualquer pessoa jurídica, com menos de 12 (doze) meses da aquisição da montadora.

Consoante muito bem consignado pela autuante o Convênio ICMS 51/2000 dispõe sobre as operações com veículos automotores novos efetuadas por meio de faturamento direto para o consumidor. A parcela do imposto relativa à operação sujeita ao regime de sujeição passiva por substituição é devida à unidade federada de localização da concessionária que fará a entrega do veículo ao consumidor. A montadora e a importadora deverão emitir a Nota Fiscal de faturamento direto ao consumidor adquirente.

Assiste razão a autuante quando contesta a alegação defensiva e afirma que o regime de substituição tributária por antecipação do ICMS não se aplica à venda direta de veículos automotores novos, pois o veículo automotor novo destina-se ao consumidor final, que não o adquire como mercadoria para revenda, portanto, como inicialmente não haverá revenda, descabe falar-se em pagamento de ICMS relativo à substituição tributária por antecipação na venda direta de veículos automotores novos.

O referido Convênio ICMS 64/06, dispõe sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas pelo pagamento de ICMS, caso realize a venda de veículos, antes de 12 (doze) meses da data de sua aquisição junto à montadora. A sua cláusula primeira estabelece o seguinte:

Na operação de venda de veículo autopropulsado, realizada por pessoa física que explore a atividade de produtor agropecuário ou por qualquer pessoa jurídica, antes de 12 (doze) meses da data da aquisição junto à montadora, deverá ser efetuado o recolhimento do ICMS em favor do estado do domicílio do adquirente, nas condições estabelecidas neste convênio.

Verifica-se, portanto, que se trata de imposto de responsabilidade direta da pessoa jurídica, que deve ser recolhido para o Estado de localização do destinatário e apurado mediante a aplicação da alíquota interna do Estado de destino sobre o preço de venda sugerido pela montadora, que deve estar expresso na nota fiscal emitida pela montadora, por ocasião da venda direta a consumidor final, deduzido o crédito fiscal constante na referida nota fiscal, conforme previsto na cláusula segunda do Convênio ICMS 64/06, que estabelece:

A base de cálculo do imposto será o preço de venda ao público sugerido pela montadora.

§ 1º Sobre a base de cálculo será aplicada a alíquota interna cabível, estabelecida para veículo novo, por parte do fisco do domicílio do adquirente.

§ 2º Do resultado obtido na forma do § 1º será deduzido o crédito fiscal constante da nota fiscal de aquisição emitida pela montadora.

§ 3º O imposto apurado será recolhido em favor da unidade Federada do domicílio do adquirente, pelo alienante, através de GNRE ou documento de arrecadação próprio do ente tributante, quando localizado em Estado diverso do adquirente, e quando no mesmo Estado, através de documento próprio de arrecadação do ente tributante.

No presente caso, a autuante constatou compra de veículos diretamente das montadoras na modalidade de venda direta e revenda com menos de 12 meses da data de aquisição, razão pela qual nas notas fiscais emitidas pelas montadoras consta no campo “Informações Complementares” as indicações sobre a venda do veículo com menos de um ano da data de aquisição, conforme determina o inciso I da cláusula terceira do Convênio 64/06.

O artigo 426 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, também apontado como enquadramento legal da autuação, estabelece:

Art. 426. Na operação de venda de veículo autopropulsado, realizada por pessoa física que explore a atividade de produtor agropecuário ou por qualquer pessoa jurídica, antes de 12 (doze) meses da data da aquisição junto à montadora, deverá ser efetuado o recolhimento do ICMS em favor do estado do domicílio do adquirente, nas condições estabelecidas neste capítulo (Conv. ICMS 64/06).

Parágrafo único. Na hipótese de não observância dos procedimentos dispostos neste capítulo, o DETRAN não poderá efetuar a transferência de veículo oriundo das pessoas indicadas no caput deste artigo.

Observo que no levantamento fiscal não está sendo exigido o ICMS ST, haja vista que não incluiu MVA para cálculo do valor devido, sendo a base de cálculo o preço de venda ao público sugerido pela montadora, conforme consta no demonstrativo elaborado pela autuante.

No presente caso, o autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS nas saídas dos veículos adquiridos junto às montadoras, consoante o Convênio ICMS 64/06 e art. 426 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, imposto de sua responsabilidade direta.

Diante do exposto, resta caracterizado o cometimento da infração imputada ao autuado decorrente da falta de recolhimento do ICMS na operação de venda de veículo autopropulsado, realizada por pessoa jurídica, antes de 12 (doze) meses da data de aquisição direta junto à fabricante ou importador, sendo, desse modo, subsistente a infração.

No que concerne à infração 06, verifico que o autuado alega que registrou todas as notas fiscais na Escrituração Fiscal Digital - EFD emitida em 23/03/2022.

Vejo, também, que a autuante contesta essa alegação defensiva afirmando que as notas fiscais lançadas na Escrituração Fiscal Digital – EFD, enviada em 23/03/2022, durante a ação fiscal, não tem validade jurídica, conforme inciso I, § 8º da cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 002/09 e o § 2º do art. 251 do RICMS/BA.

Efetivamente, essa alegação defensiva não tem como prosperar, haja vista que o § 2º do art. 251 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, estabelece que não terá validade jurídica a retificação da EFD nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.

No presente caso, o autuado já se encontrava sob ação fiscal em 06/12/2021, conforme intimação acostada à fl. 08 dos autos, portanto, em data anterior a 23/03/2022.

Portanto, assiste razão a autuante quando afirma que não tem validade jurídica o estorno procedido pelo autuado, haja vista que já se encontrava sob ação fiscal.

Diante disso, a infração 06 é procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298629.0001/22-1**, lavrado contra **RAYTEC VEÍCULOS ESPECIAIS INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVICOS EIRELE**, devendo

ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 142.656,54**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, incisos II, “d” e “f”, e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$ 9.864,00**, prevista no inciso VII, “a”, e da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 129.622,80**, prevista no inciso IX do artigo 42 do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 3.856/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2024.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR

