

PROCESSO - A. I. Nº 207457.0003/12-6
RECORRENTE - HIDRAU TORQUE INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0056-05/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 17/02/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0019-11/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PEÇAS AUTOMOTIVAS SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS PARA CONTRIBUINTE ESTABELECIDOS NO ESTADO DA BAHIA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. **b)** IMPOSTO RETIDO A MENOS. Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária entre Estados signatários de convênio ou protocolo, ou em decorrência de termo de acordo firmado com o sujeito passivo e o Estado da Bahia, que preveja a retenção do imposto, esta é atribuída ao remetente. Rejeitada a preliminar suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/06/2012 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$70.467,08, acrescido da multa de 60%, em razão de duas irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de proceder à retenção de ICMS e ao consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, de mercadorias com NCM elencados no Protocolo ICMS nº 41/08, no valor total de R\$58.012,47, acrescido da multa de 60% sobre o valor do lançamento.

INFRAÇÃO 2 – Reteve a menos o ICMS, com consequente recolhimento também a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas a contribuintes localizados no Estado da Bahia, no valor total de R\$12.454,61 acrescido da multa de 60% sobre o valor do lançamento.

O Fisco acostou documentos às fls. 89 a 153.

O autuado apresentou impugnação ao lançamento às fls. 159/69, a autuante prestou informação fiscal às fls. 181/185 contestando os argumentos defensivos e mantendo a exigência fiscal.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0056-05/13, às fls. 192 a 197. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Em preliminar de nulidade, o impugnante cita todo o art. 39 do RPAF, que trata das exigências formais para constituição do crédito tributário, sem apontar especificamente quais formalidades não foram cumpridas pela autuante. Assim, analisando os aspectos formais do lançamento, constato que estão descritas as infrações, identificado o autuado e apresentadas as provas (amostra de cópias das notas fiscais) juntamente com demonstrativo de débito, e não identifico qualquer descumprimento de formalidade legal.

O impugnante também alega ausência de capitulação legal, que não procede, pois mesmo em sua eventual ausência, de acordo com o art. 19 do RPAF, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade ou erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Quanto aos valores do lançamento, em que arguiu cerceamento de defesa, por aparecer em um momento o valor histórico e em outro o valor com acréscimos e multa, em nada constituiu cerceamento de defesa, visto que no corpo do Auto de Infração, o imposto é lançado pelo seu valor histórico na data da ocorrência do fato gerador, e ao final, acompanhando o Auto de Infração, está um demonstrativo com as multas e os acréscimos moratórios, de forma a esclarecer ao contribuinte o quantum real e atual a pagar, visto que o valor devido não se resume ao valor histórico lançado, não se constituindo, portanto, cerceamento de defesa, muito pelo contrário, é mais um esclarecimento sobre o Auto de Infração, de forma a deixar o autuado ciente de todos os cálculos do imposto a pagar, com as multas e acréscimos moratórios. O valor lançado está perfeitamente descrito em dois demonstrativos, o que feito pela autuante em software aplicativo, com número da nota fiscal, data, valor devido, etc., às fls. 10/92, e o do Sistema Emissor do Auto de Infração – SEAI às fls. 04/07. Assim, descarto a existência de vício formal do lançamento, e passo ao julgamento de mérito.

O impugnante aduz que parte das vendas são mercadorias adquiridas de terceiros e que, portanto não está obrigado à retenção. Novamente se equivoca, pois nas operações interestaduais a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente, conforme transcrição abaixo da cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93:

Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

Também protesta contra a utilização de pauta fiscal no cálculo do imposto, mas não é o que se constata no procedimento, pois o autuante se baseou nos valores constantes das mercadorias nas notas fiscais emitidas e não em pauta fiscal, conforme se verifica na Nota Fiscal nº 625763 (fl. 121) cuja mercadoria no valor de R\$501,60 está lançada no cálculo do demonstrativo à fl. 23 (verso) com o mesmo valor da nota fiscal, sendo aplicada a MVA prevista em norma, para a obtenção da base de cálculo da substituição tributária, não havendo que se falar em pauta fiscal.

Quanto ao fato alegado de que os destinatários são prestadores de serviços, constato pelas notas fiscais que se tratam de empresas do ramo de autopeças, tanto de automóveis como de tratores, a exemplo da nota fiscal da fl. 121 e 122 cujos destinatários são as empresas TRATOR TÉCNICA COMÉRCIO PEÇAS E SERVIÇOS LTDA. e PETRAC PEÇAS PARA TRATORES. Se exceções existem, não foram apontadas nem provadas pelo impugnante.

Por fim, resta à questão da NCM das mercadorias, se são ou não vinculadas à substituição tributária. O autuante por uma questão de zelo listou às fls. 93/110 as mercadorias que estão apresentadas nas notas fiscais com mesmos códigos de produto e NCM diferentes, embora também se possam constatar produtos com códigos diversos e NCM iguais, a exemplo do item CHAVETA da Nota Fiscal nº 670794 (fl. 141) que aparece duas vezes no documento fiscal com códigos diferentes (1B8705 e 5H2532), embora com NCM iguais.

A mercadoria CALÇO (fl. 93) aparece duas vezes com o mesmo código 1332425, mas com NCM diferentes (4016.93.00 e 8302.30.00). Neste caso a NCM 4016.93.00 se reporta a juntas, gaxetas e semelhantes de borracha vulcanizada e está no item 07 do Anexo Único do Protocolo nº 41/98 e a NCM 8302.30.00 aparece como Outras guarnições, ferragens e artigos semelhantes, para veículos automóveis, que está no item 25 da listagem do Anexo Único, ou seja, ambas estão inclusas na substituição tributária, o que aparentemente demonstra, neste caso, ausência de dolo nos eventuais erros cometidos, pois se as mercadorias possuem mesmo código, supõe-se que são iguais e deveriam ter o mesmo NCM, por se tratar do mesmo artigo, mas a divergência de NCM neste caso não implicou em tentativa de retirar uma das mercadorias da obrigação de retenção do ICMS, visto que em ambos os casos, o remetente fica por força de lei, obrigado a fazer a retenção do imposto devido por substituição tributária nas operações interestaduais nos termos do Protocolo ICMS 41/98.

Em princípio, divergências nos códigos não implicam maiores anormalidades, pois, por exemplo, juntas e gaxetas, que são mercadorias de mesmo NCM, similares, de mesma utilização como elementos de vedação, não são exatamente iguais, pois podem ser fabricados por empresas diferentes, com níveis de qualidade diferentes e ter também códigos de identificação diferentes, importando em verdade, a NCM, que é código referencial para efeitos fiscais. O caso citado da mercadoria de mesmo código, mas com NCM diferente resultou inócuo, pois ambas as NCM estão na substituição tributária, não havendo questionamento sobre o posicionamento tributário. Situação diferente é o caso de uma mercadoria cuja descrição não corresponde de alguma forma à que está descrita na NCM, pois nesse caso, caracterizaria erro que pode implicar em mudança de situação tributária.

Enfim, de uma consulta feita a alguns desses produtos listados pelo autuante, pode se constatar o seguinte:

DESCRIÇÃO: JUNTA - Código 1H8466 – NCM 4016.93.00 - juntas, gaxetas e semelhantes de borracha vulcanizada (fl. 93);

DESCRIÇÃO: DUOCONE – Código 1M8746 - NCM - 4016.93.00 - juntas, gaxetas e semelhantes de borracha vulcanizada (fl. 94);

DESCRIÇÃO: CALÇO – Código 2M3518 - NCM 4016.93.00 - juntas gaxetas e semelhantes de borracha (fl.94).

Do exposto acima, conclui-se que as mercadorias juntam DUOCONE e CALÇO, embora tenham descrições diferentes, códigos diferentes, todos têm a mesma NCM nº 40.16.93.00, que vem a se tratar do item 07 do Anexo único do Protocolo nº 41/08, cuja descrição é: Juntas, gaxetas e outros elementos com função semelhante de vedação.

Portanto, todos estão elencados entre os itens submetidos à substituição tributária e o fato, por exemplo, da mercadoria DUOCONE estar com dois códigos diferentes é absolutamente normal, pois o código de fabricação pode variar com o tamanho, cor, espessura, material empregado na fabricação, etc., e isto é uma questão de controle do fabricante ou do distribuidor, importando, repito a classificação NCM para efeitos fiscais.

Em conclusão, a lista de mercadorias com produtos de mesmo código e diferente NCM, embora seja possível e explicável em muitos casos, como os anteriormente comentados, pode eventualmente demonstrar erros na classificação de mercadorias obrigadas à retenção do imposto por substituição, mas tais erros não maculam o procedimento, visto que são pontuais e podem ser perfeitamente identificados e discutidos no curso do processo administrativo fiscal.

Consultando-se as notas fiscais apresentadas pelo autuante entre as fls. 111/153 constato por amostragem, que as Notas Fiscais Eletrônicas nº 603.543 à fl. 111 está na fl. 10 do demonstrativo, a Nota Fiscal Eletrônica nº 603.824, cuja cópia está na fl. 112, consta seu lançamento no demonstrativo, no verso da fl. 10 e a Nota Fiscal Eletrônica nº 670794 à fl. 141 consta no demonstrativo à fl. 42, comprovando se tratar de amostragem das notas fiscais que foram relacionadas nos demonstrativos e, portanto demonstram que tais notas são passíveis de análise por amostragem para efeito de consultas das citadas operações de venda que estão no demonstrativo de débito.

Por fim, o impugnante traz como único exemplo de erro material do autuante, o lançamento do imposto, no demonstrativo de débito, de uma mercadoria cuja NCM é nº 39081029, e que pode ser encontrada na Nota Fiscal da fl. 144, Nota Fiscal Eletrônica nº 80158, associadas às mercadorias CINTA e GAXETA CELERON e que foram destinadas à CEAVE NORTE DIESEL, IE nº 01.584.967 com o argumento de que tal NCM não se encontra relacionada no Protocolo nº 41/08, e não poderia o imposto ser lançado. O impugnante não apresenta quaisquer outros erros de nomenclatura porventura cometidos pelo autuante.

O autuante em sua informação fiscal, à fl. 183, ao tentar contrapor o impugnante, o fez de forma não muito apropriada, ao explicar que a NCM nº 39081029 que foi arguida pelo impugnante como sendo um erro por não ser integrante do Protocolo ICMS 41/08, argumenta que tal nomenclatura diz respeito ao grupo NCM nº 3908 = poliamidas em formas primárias e a NCM nº 39081029 = outras, citando outros NCM correlatos, e ao final diz que o contribuinte denomina os NCM citados como anel, anel nitrílico, retentor e cinta e que por “analogia” concluiu que todas tem função de vedação e que logicamente está na substituição tributária.

Possivelmente a autuante não verificou o que sejam “poliamidas”, e se o fizesse, provavelmente não faria “analogia” alguma, simplesmente constataria que se trata de uma mercadoria utilizada em uma área completamente diferente do campo de atuação do fabricante e dos destinatários, conforme veremos a seguir.

A única NCM citada pelo impugnante como exemplo de erro, NCM nº 39081029, diz respeito ao produto POLIAMIDA, que de acordo com um trabalho acadêmico encontrado no sítio na UNESP - <http://serv-bib.fcfar.unesp.br/seer/index.php/alimentos/article/viewFile/641/539>, (consulta feita em 30/04/2013), poliamidas são embalagens plásticas para carnes e queijos, de acordo com a seguinte transcrição literal – “As poliamidas são usadas como embalagem de alimentos, principalmente devido à resistência mecânica, térmica, química e à gordura, às boas propriedades de barreira e por serem termoforráveis”.

Cabe ressaltar, que de acordo com a Nota Fiscal nº 80158 (fl. 144), pode se encontrar a supracitada NCM como sendo das mercadorias CINTA e GAXETA CELERON. Assim, constata-se flagrante falta de dialeticidade na impugnação feita pelo impugnante, pois os produtos descritos na nota fiscal e a correspondente NCM, é relativa a embalagens plásticas para empacotar gêneros alimentícios, o que demonstra erro na classificação NCM das mercadorias, pois, ainda que seja possível que o fabricante de autopeças seja também fabricante ou fornecedor de embalagens plásticas para alimentos, não há a mínima razoabilidade que os adquirentes, no caso da Nota Fiscal Eletrônica nº 80158, a CEAVE NORTE DIESEL, que são notoriamente do ramo de autopeças, venham adquirir tais mercadorias para embalar queijos e carnes. Entendo que o impugnante aproveita-se do próprio erro para tentar impugnar o lançamento.

A autuante talvez tenha usado a palavra “analogia”, quando quis em verdade, fazer a correlação das mercadorias descritas, CINTA e GAXETA, com a NCM verdadeira, que é a 4016.93.00 - juntas, gaxetas e semelhantes de borracha vulcanizada. Ou seja, entre uma NCM que destoa da descrição das mercadorias e da atividade do próprio emitente e dos destinatários, o autuante privilegiou a descrição das mercadorias, que de fato, pela descrição “CINTA e GAXETA” não predispõe qualquer razoabilidade em se aceitar que tais mercadorias sejam embalagens plásticas para gêneros alimentícios. Obviamente se tratam de artefatos de uso automotivo.

Tomando-se se aleatoriamente uma amostragem como na Nota Fiscal Eletrônica nº 253432 fl. 152, aparece a mercadoria descrita como JUNTA, com NCM nº 4016.93.00. No Anexo único do Protocolo ICMS 41/08, item 07, aparecem às mercadorias descritas e o respectivo NCM nº 4016.93.00: Juntas, gaxetas e outros elementos com função semelhante de vedação. Também a Nota Fiscal Eletrônica nº 649252, fl. 137, e a Nota Fiscal Eletrônica nº 649259, fl. 138, os itens PROTETOR TRUCK, MUNHÃO e SUPORTE aparecem com os respectivos códigos nos 8M7207, 3J6575 e 9J8427, mas com a mesma NCM nº 8431.49.29, que corresponde exatamente ao NCM proposto no item 44 do Anexo único do Protocolo ICMS 41/08: Partes reconhecíveis como exclusiva ou principalmente destinadas às máquinas agrícolas ou rodoviárias.

Assim, fica evidenciado que a alegação feita pelo impugnante, tomando-se o exemplo que ele mesmo trouxe ao processo, não se revela consistente. As mercadorias cintas, juntas, gaxetas e outros elementos com função de vedação possuem NCM descrito no Protocolo ICMS 41/08 e o fato de mercadorias semelhantes estarem listadas com o NCM vinculado a embalagens plásticas destinadas a queijos e carnes, demonstram erro de classificação fiscal do próprio impugnante e tal erro não pode ser aproveitado em seu favor. Não há outros “erros” materiais apontados pelo impugnante, e da análise das notas fiscais acostadas ao processo, constato que se trata em geral, de trava, braçadeira, suporte de roda, porca de roda, juntas, gaxetas, bucha, calço, anéis de vedação, etc., mercadorias que visivelmente fazem parte do estoque de empresas revendedoras de autopeças, que assim como os destinatários, tais como FREITAS PEÇAS PARA TRATORES, IE 65966174, (fl. 141), TRATOR TÉCNICA COMÉRCIO PEÇAS E SERVIÇOS LTDA., IE 024096450 (fl. 142) fazem prova robusta de que o lançamento tributário feito pela autuante, encontra-se lastreado pela legislação em vigor, de acordo com transcrição parcial do referido protocolo, in verbis:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às operações subseqüentes.

§ 1º O disposto neste protocolo aplica-se às operações com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único, de uso especificamente automotivo, assim compreendidos os que, em qualquer etapa do ciclo econômico do setor automotivo, sejam adquiridos ou revendidos por estabelecimento de indústria ou comércio de veículos automotores terrestres, bem como de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, ou de suas peças, partes, componentes e acessórios, desde que a mercadoria objeto da operação interestadual esteja sujeita ao regime da substituição tributária nas operações internas no Estado de destino.

Assim, constato que o impugnante, que possui inscrição especial como substituto tributário no Estado da Bahia, realizou operações interestaduais com destinadas a contribuintes deste Estado, sem a devida retenção e o consequente pagamento do tributo, assim como do tributo recolhido a menos.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 209 a 223, reproduzindo parte das suas alegações da impugnação originária. Em apertada síntese, o Recorrente descreve as imputações e aduz que em ambas o Fisco identificou “supostas ofensas” às Cláusulas Primeira e Quarta do Protocolo “ICMS” 41/08 e aos artigos 42, II, “e”, da Lei nº 7014/96, e os reproduz.

Em seguida aduz que teria havido vícios formais e materiais no lançamento, e que o Fisco teria desconsiderado hipóteses legais de dispensa de retenção; que teria também utilizado interpretação extensiva do “rol taxativo” de bens sujeitos à substituição tributária, inserido no Anexo do citado Protocolo.

Copia trecho do Voto do Acórdão de base, e o diz passível de reformas.

O recorrente passa a alegar nulidade do lançamento, copiando o artigo 39 do RPAF/99, destacando

que não teriam sido indicados, no Auto de Infração, os dispositivos normativos tidos como infringidos, e com a tipificação da multa aplicada. Aduz que teriam sido indicados no Auto de Infração apenas valores históricos de débito, impossibilitando-o de saber o real valor lançado, inclusive pela apresentação que lhe teria sido feita, pelo Fisco, de planilha com “valores históricos” sem definição, ou qualificação. Copiou trecho do Voto de Acórdão de base sobre o tema. Diz que o Acórdão teria reconhecido defeito de capitulação e mesmo assim não teria declarado a nulidade do lançamento, o que revelaria “parcialidade de julgamento.”

Diz que o Fisco estaria elevando o Protocolo a status de Lei, e que o RICMS/BA não conteria previsão de acolhimento do Protocolo, pelo que este seria inaplicável na Bahia, porque não seria auto-aplicável. Pede a declaração de nulidade do Auto de Infração.

Passa a falar sobre o mérito da acusação fiscal copiando parte dos artigos 40, 353 e 355, todos do RICMS/BA/97. Em seguida aduz que suas operações, objeto do lançamento de ofício, seriam de venda de mercadorias adquiridas de terceiros, pelo que estariam de acordo com o artigo 353 do RICMS/BA/97, e não seria exigível retenção por parte dele, recorrente, “em razão da prévia retenção realizada por seu fornecedor”. Que muitos de seus clientes habituais seriam prestadores de serviços, que possuíam previsão específica para a não-retenção, por serem suas operações não-tributáveis pelo ICMS, e sim pelo ISS. Que tais aquisições por parte desses clientes não estariam destinadas à revenda, e sim à prestação de serviços de reparo e de manutenção. Que sua boa-fé neste sentido deveria ser presumida.

Copia novo trecho do Voto da decisão *a quo*.

Transcreve o artigo 374 do RICMS/BA/97, e diz que quanto ao recolhimento de imposto devido por substituição tributária prevista no Convênio ICMS 81/93, este dispositivo regulamentar já previa procedimento voltado à eliminação de dupla incidência de imposto, “devendo referido ser obedecido e baixadas as exações relativas a retenções pretéritas.”

Passa a discorrer sobre o que identifica como sendo taxatividade do Protocolo ICMS 41/08, e cita as operações com produtos sob NCM 39081029, aduzindo que estas não estariam previstas no Protocolo, mas foram entendidas como hipótese de substituição tributária pelo Fisco. Discorre a respeito.

Passa a dizer que teria havido utilização de pauta fiscal na definição da base de cálculo, e expõe seu ponto de vista sobre o fato, citando julgado da esfera judicial.

Conclui pedindo a reforma da decisão de base, com o julgamento pela nulidade da autuação; sucessivamente, pede o julgamento pela improcedência da autuação e, alternativamente, que “sejam subtraídos do mesmo os produtos equivocadamente qualificados pela Autoridade Fiscal com enquadrados na substituição Tributária;”.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Ângeli Maria Guimarães Feitosa, emite Parecer às fls. 226 a 232 aduzindo que o contribuinte reprisa, em sede de Recurso, o quanto já alegado na impugnação inicial, e já apreciado pelo julgamento de primeira instância. Resume o teor das argumentações do contribuinte. Considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocarem a revisão do Acórdão recorrido. Afirma que as imputações estão claras e o lançamento obedece ao artigo 39 do RPAF/99. Que a base de cálculo foi apurada de forma transparente e com fundamento em dispositivo de lei, estando anexados aos autos os elementos materiais que conduziram à autuação. Que inexistente cerceamento de defesa.

Afirma que as arguições de inconstitucionalidade devem ser rechaçadas porquanto falece ao Conselho de Fazenda a declaração de inconstitucionalidade, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Diz que, no mérito, o Recurso Voluntário é improcedente.

Passa a se pronunciar quanto à alegação do contribuinte acerca das operações com produtos sob

a NCM/SH [Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias] nº 39081029, sobre as quais o contribuinte afirma que não deveriam estar incluídas na autuação porque esta NCM/SH não estaria incluída no Anexo do Protocolo ICMS 41/2008. A Procuradora aduz que tais mercadorias referem-se à Nota fiscal constante à fl. 144 dos autos, na qual constam, dentre outros itens, “Cintas e Gaxetas”, ali classificadas com a NCM/SH 39081029. Explica o significado e objetivo da codificação NCM e do SH. Afirma que, dos oito códigos que compõem a NCM, os seis primeiros são classificações do SH, e os dois últimos fazem parte das especificações próprias do Mercosul. Que a classificação fiscal de mercadorias é de competência da Secretaria da Receita Federal – SRF, que o faz através da tabela [TIPI] e da tabela de Tarifa Externa Comum -TEC.

A Procuradora prossegue expondo que a partir das normas fixadas pela Receita Federal na Tabela TEC, as mercadorias “Cintas e Gaxetas” foram equivocadamente enquadradas, no documento fiscal, na NCM 3908.19.29, porque a NCM iniciada com os algarismos “3908-10”, em tal tabela, que reproduz, refere-se a “Poliamidas em formas primárias”. Que os produtos “Cintas e Gaxetas” estão, nesta Tabela, na NCM 4016.93.00.

Que, assim, conforme dito por autuante e Junta de Julgamento Fiscal, consoante as normas da Receita Federal, órgão competente para a definição da NCM dos produtos, o contribuinte cometeu equívoco ao enquadrar os produtos “Cintas e gaxetas” na NCM 3908.19.29, porquanto se enquadram na NCM 4016.93.00, e esta NCM está prevista no Anexo do Protocolo ICMS 41/2008, sendo portanto sujeitos ao regime de substituição tributária tal como ali previsto.

Que, assim, o Fisco agiu corretamente ao incluir tais produtos no lançamento em análise, vez que o contribuinte não reteve, e não recolheu, o ICMS respectivo devido por substituição tributária. Cita o artigo 143 do RPAF/99, assinala que o contribuinte nada prova de suas alegações defensivas, e conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações imputadas.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte demonstra, em seus textos nos autos, ter entendido as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo.

Observo que o contribuinte, embora alegue ausência de explicitação de dispositivo legal a basear a aplicação da multa, não só o cita, como o copia no texto do seu recurso.

Assinalo também que, contrário do quanto dito pelo contribuinte, o Protocolo aplica-se aos contribuintes do Estado signatário. Não se trata de lei *stricto sensu*, mas de norma com força de lei em razão do disposto na Lei Complementar 24/75.

Outrossim, o RICMS/BA/97, em redação vigente à época dos fatos geradores objeto das imputações, previa em seu artigo 353:

RICMS/BA/97:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por

substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

*30 - peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores;
(...)*

Ressalto, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, inclusive de Protocolo ICMS, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

O Auto de Infração, às fls. 04 a 07, em seu Anexo denominado “Demonstrativo de Débito”, traz os valores de débito atualizados à data da lavratura. Ademais o contribuinte pode, caso assim decida, reportar-se à Inspetoria Fazendária de seu domicílio fiscal e cientificar-se do valor de débito lançado atualizado. Portanto, mesmo em relação à atualização de débito à data da autuação, não se detecta qual seria a “tarefa hercúlea” necessária, a que faz repetida menção o recorrente, para a consulta ao mencionado Anexo ao Auto de Infração, que o contribuinte recebeu em mãos.

Arguições de nulidade do Auto de Infração rejeitadas.

Em relação à alegação de “parcialidade” do julgamento, feita pelo contribuinte, em verdade nada existe, nos autos deste processo, que forneça a mínima base para tal grave assertiva. O julgamento de base abordou didaticamente todos os aspectos da autuação e, quando se reportou aos dispositivos normativos utilizados pelo Fisco, e não acolheu as argumentações do contribuinte a respeito, não admitiu que houvera erro de capitulação normativa, apenas citou dispositivo regulamentar, qual seja este o artigo 19 do RPAF/99, que prevê que, ausente a capitulação legal correta, inobstante isto, se descrita a imputação, o dispositivo regulamentar equivalente supre perfeitamente a ausência de dispositivo legal.

Portanto, não acolhida a genérica alegação recursal de nulidade da decisão, decorrência de alegada parcialidade, na verdade inexistente. Válida a decisão.

Quanto ao mérito, coaduno-me ao entendimento expressado no igualmente didático Parecer da PGE/Profis, presente nos autos, no sentido de que não merece reparo a decisão de base.

Observe que o contribuinte alega boa-fé em relação às operações de seus clientes, mas nada traz de provas aos autos. Por outro lado, a obrigação de pagamento de imposto, por força das Cláusulas Primeira e Quarta do Protocolo ICMS 41/2008, e artigo 353 do RICMS/BA/97, já transcrito neste voto, não é de seus clientes, mas do recorrente.

Não houve aplicação de valores de pauta fiscal, para apuração do imposto exigido no Auto de Infração, e sim cálculos matemáticos baseados nos dados dos documentos fiscais do contribuinte, tal como provado no demonstrativo fiscal acostado às fls. 10 a 92 dos autos, cuja cópia o contribuinte recebeu quando da sua cientificação da lavratura do Auto de Infração, consoante documentos de fls. 156 e 157.

Quanto aos produtos objeto da exação, o contribuinte persiste reclamando da inclusão de mercadorias com NCM/SH 3908,10,29, mas está provado, nos autos, que esta NCM/SH que cita está atrelada aos produtos citados no DANFe de fl. 144 dos autos, descritos como “Cintas e Gaxetas”, que, tal como muito bem exposto no parecer da PGE/PROFIS, na realidade deve estar enquadrado na NCM/SH 4016.93.00, prevista no Anexo do Protocolo ICMS 41/2008.

O enquadramento equivocado, por parte de contribuintes do imposto, em relação à NCM/SH de qualquer produto, não elide a obrigação de pagamento do tributo.

O contribuinte não prova o pagamento do tributo devido em razão da prática das operações objeto das imputações 1 e 2 do Auto de Infração em análise. Correta a autuação.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar

mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207457.0003/12-6** lavrado contra **HIDRAU TORQUE INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.467,08** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS