

A. I. N° - 206855.0004/13-0
AUTUADO - DABASONS IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - JOÃO EMANUEL BRITO DE ANDRADE
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 13.06.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0120-04/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A descrição da mercadoria e a sua função, ou até mesmo aspectos atinentes a margens de lucro (que não guardam relação com a lide em enfoque), são elementos dotados de indesejável subjetividade, a qual impossibilita analisar se a operação está ou não ao abrigo de algum acordo interestadual (convênio ou protocolo), o que só pode ser feito mediante a utilização da NCM/SH. Rejeitada a prejudicial de decadência. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado no dia 17/12/2013, exige ICMS no valor histórico de R\$ 700.573,95, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis.

Consta que o lançamento de ofício resulta de vendas, sem o pagamento do imposto, de produtos não listados no Anexo Único do Convênio ICMS 01/1999.

Demonstrativos de débito e cópias de notas fiscais às fls. 06 a 196.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 213 a 229, ressaltando inicialmente ter efetuado pagamento parcial, nos termos da planilha de fl. 213.

Com fundamento no art. 150, §4º, CTN, suscita prejudicial de decadência relativa aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e novembro de 2008.

No mérito, sustenta que a autuação não merece prosperar, porquanto o auditor não teria levado em consideração que nos documentos fiscais foram feitas referências não somente ao Convênio ICMS 01/1999, como também ao de nº 47/1997. Segundo alega, todos os produtos ortopédicos que se encontram relacionados nos demonstrativos gozam de isenção, seja com base no Convênio ICMS 01/1999, seja no Convênio ICMS 47/1997, na redação conferida pelo Convênio ICMS 38/2005, com efeitos a partir de 25/04/2005.

A sociedade empresária fiscalizada tem por objeto a importação, exportação e o comércio atacadista de produtos cirúrgicos, equipamentos, partes e acessórios hospitalares, prestação de serviços de conserto, reposição etc. No exercício de tal atividade, comercializou a maioria das mercadorias auditadas, sob o NCM 9021.10.20 (“*artigos e aparelhos para fraturas*”), conforme planilha apresentada, muito embora a descrição contida nos documentos fiscais traga nomenclatura com expressões do ramo ortopédico (com linguagem comercial), o que por si só não justifica a autuação.

Em seguida, requerendo perícia, argumenta que todos os produtos que não se encontram listados no Convênio ICMS 01/1999 estão contemplados pela isenção do Convênio ICMS 47/1997, alterado pelo Convênio ICMS 38/2005.

A seu ver, o elenco de materiais do Convênio ICMS 01/1999 não é exaustivo, pelo que o CONFAZ ampliou o benefício para todos os produtos ortopédicos através dos Convênios ICMS 47/1997 e 38/2005 (item 04; fl. 226).

Cita legislação federal concernente ao assunto, juntamente com jurisprudência deste Conselho, reitera o pedido de perícia, fornece endereço para comunicações e encerra pleiteando o acolhimento da defesa.

Na informação fiscal, de fls. 326 a 374, o autuante refuta a tese de decadência e discorda do pedido de perícia.

No mérito, diverge dos argumentos da peça de defesa, item a item (produto por produto), destacando as respectivas descrições, funções e códigos internos (diferentes do NCM/SH), de acordo com as planilhas que traz aos autos.

Entende que o sujeito passivo não impugnou o lançamento de ofício completamente, pois, além da fração que reconheceu e pagou, não teceu comentários acerca de diversas mercadorias, como, por exemplo, teria ocorrido nos dois últimos parágrafos de fl. 225, onde diz haver confissão.

O Convênio ICMS 47/1997, que transcreve em seu inteiro teor, concede isenção nas operações com equipamentos ou acessórios destinados a portadores de deficiência física ou auditiva, condição sem a qual não existe o benefício.

Em seguida, afirma que o sujeito passivo não faz uso da isenção movido por intenções nobres, de modo a favorecer pessoas com menor poder aquisitivo, uma vez que trabalha com significativa margem de lucro (fls. 341 a 372).

Conclui mantendo o lançamento de ofício.

VOTO

Quanto à prejudicial de decadência, deve ser observado que o art. 150, § 4º do CTN dispõe sobre lançamento por homologação, sendo que tal atividade (de homologar) guarda relação com o recolhimento necessária e antecipadamente efetuado. Sem o pagamento anterior, não há que se falar em homologação, pois nada existe para ser homologado.

Nas hipóteses de falta de pagamento ou pagamento a menor, a contagem do instituto em comento deve ser efetuada com base no art. 173, I do referido Código.

Rejeitada a prejudicial de decadência.

Não há necessidade de converter o feito em perícia ou diligência, pois todos os elementos aptos a formar a convicção dos julgadores estão presentes nos autos (art. 147, I, “a”, RPAF/1999).

Com relação ao endereço para intimações e notificações, valem as normas do art. 108, RPAF/1999.

Assinale-se que o autuante deveria ter especificado os códigos NCM/SH nos seus demonstrativos, mas não o fez, prejudicando o contribuinte no exercício do direito de defesa e o próprio julgamento. O ônus de provar é de quem acusa (art. 333, CPC).

Entretanto, passarei à análise de mérito com fulcro no art. 155, parágrafo único RPAF/1999.

Os códigos NCM/SH são iguais e as descrições das mercadorias autuadas não têm grande diferença daquelas constantes dos convênios acima mencionados, em razão de que concluo ser da fiscalização, através da apresentação de provas inequívocas, o ônus de demonstrar que os bens não estão ao abrigo da isenção estatuída nos mesmos, o que não conseguiu fazer até o presente momento.

Igualmente, no que diz respeito às margens de lucro (que não guardam relação com a lide em enfoque), são elementos dotados de indesejável subjetividade, a qual impossibilita analisar se a operação está ou não ao abrigo de algum acordo interestadual (convênio ou protocolo), o que só pode ser feito mediante a utilização da NCM/SH.

Aliás, não é o julgador, mas o próprio legislador quem estabelece a codificação fiscal como parâmetro de análise, a teor da cláusula primeira do Convênio ICMS 01/1999.

Cláusula primeira. Ficam isentas do ICMS as operações com os equipamentos e insumos indicados no anexo a este convênio, classificados pela NCM/SH.

No ordenamento jurídico pátrio, a confissão existe como meio de prova, possuindo tal natureza jurídica para quase todos os ramos do direito. Diferente não é quando diz respeito ao direito tributário.

Devo evidenciar que a mesma (confissão) diz respeito a fatos, ou seja, o sujeito apenas tem o poder de confessar fatos, e fatos apenas, estes desprovidos de conteúdo jurídico.

É preciso ter em mente, todavia, a impossibilidade de confissão sobre fato gerador de tributo, bem como sobre elementos da hipótese de incidência tributária, uma vez que os mesmos dizem respeito à qualificação de fatos, e não aos fatos em si.

Ao compulsar os documentos de fls. 36 a 196, nos campos denominados “CLASSIFICAÇÃO FISCAL”, observo que a quase totalidade dos produtos auditados possui a NCM/SH 9201.10.20, seguida por 3006.40.20, 3006.10.90, 9021.90.99, 9021.90.19, 90.18.90.99 e 9018.39.29, todas previstas no Anexo Único do Convênio ICMS 01/1999.

Até mesmo os itens em relação aos quais o defendente registrou à fl. 213 não haver isenção estão contemplados com códigos presentes no referido Convênio (01/1999), como ELETRODO DBS PARA ESTIMULADOR, EXTENSOR 51 cm (fl. 123; NCM/SH 9021.90.99), ELETRODO DBS PARA ESTIMULADOR (fl. 137; NCM/SH 9021.90.99) e ELETRODO ESPECÍFICO 40 cm (fl. 143; NCM/SH 9021.90.99).

No que concerne aos códigos 9021.31.10, 9021.31.20, 9021.31.90, 9021.10.10, 9021.10.99 e 9021.10.91, encontram-se sob o alcance do Convênio ICMS 47/1997, com a atual redação fornecida pelo Convênio ICMS 38/2005, que não traz benefício condicionado, ao contrário do que argumentou o digno autuante.

Com efeito, tratando o referido Acordo da isenção do ICMS relativa às operações com equipamentos ou acessórios destinados a portadores de deficiência física ou auditiva, cabe a quem acusa a demonstração de que os negócios jurídicos fiscalizados não se encartam em tais hipóteses, o que, mais uma vez, não logrou êxito em fazer.

Em face do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206855.0004/13-0**, lavrado contra **DABASONS IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR