

PROCESSO - A. I. Nº 269096.0009/13-7
RECORRENTE - MADEPAR LAMINADOS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0086-04/15
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0213-12/19

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS DE SAÍDA DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Diante da incerteza da autuação, a realização da diligência encaminhada à ASTEC para cotejar as Notas Fiscais objeto da autuação, no qual concluiu-se que inexistem valores a serem exigidos. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. a) ICMS NORMAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Verifico que as ilustrações acostadas pela empresa, tratam de chapas laminadas destinadas à indústria moveleira, sem uso na construção civil, cujos destinatários são empresas inscritas no Simples Nacional, sendo que tais empresas estão cadastradas, efetivamente, nesta condição. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DESTINADAS A AMBULANTES, MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, SEM OBEDECER AO DISPOSTO NA LEGISLAÇÃO. Não restou comprovado que o benefício concedido da redução da alíquota tenha sido repassado ao destinatário. Infração subsistente. Mantida a Decisão deste item. Afastadas as arguições de nulidade e a solicitação de perícia. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 24/11/2014, mantendo a exigência fiscal no valor total de R\$85.664,76, decorrente das seguintes infrações:

***Infração 1** - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Foi lançado imposto no valor de R\$1.791,69, mais multa de 60%.*

Disse o Autuante que: “Correspondente à Infração 01 do A.I. 269096.0008/13-0, que possui a seguinte redação: Em conformidade com o Parecer DITRI Nº 19959 2014 (cópia anexa), usamos com critério de seleção das operações sujeitas a ST para os produtos destinados ao USO NA CONSTRUÇÃO CIVIL, o NCM do produto vinculado ao CNAE Fiscal do adquirente. Inserido na mídia ótica que contém os anexos deste Auto de Infração sob a denominação de INFRAÇÃO 01, tem os seus valores estabelecidos como a resultante das diferenças a maior havidas entre o resultado do demonstrativo ICMS_ST_NÃO_RETIDO_2014 - REVISADO (que contém os resultados do recálculo obtido na revisão do processo), e o demonstrativo ICMS-ST-NÃO_RETIDO_2012 (que formou os anexos do A.I. 269096.0008/13-0)”.

***Infração 2** - Recolheu a menos ICMS em decorrência da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Foi lançado imposto no valor de R\$14.099,20, mais multa e 60%.*

***Infração 3** - Recolheu a menos o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas*

saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Foi lançado imposto no valor de R\$69.773,87, mais multa de 60%.

Consta que: “Com anexo denominado INFRAÇÃO 04, por corresponder a esta infração então cobrada através do A.I. 269096.0008/13-0, tem o seu resultado expresso naquelas diferenças a maior, havidas entre os resultados obtidos nos demonstrativos VENDAS 7% SEM DESCONTO – REVISADO, e VENDAS 7% SEM DESCONTO, sendo o primeiro demonstrativo fruto de recálculo dos valores cobrados através do segundo demonstrativo, no citado A.I. 269096.0008/13-0.

A redação da sua infração consta do seguinte teor: Realizou vendas com alíquota de 7% para Ambulantes, Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (EPP), sem observar a condicionante de concessão de desconto na base de cálculo do imposto CONSIGNADO em nota fiscal, conforme preceituado no Art. 16, Parágrafo 1º, inciso II da Lei 7.014.”

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 4ª JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto Foi consignado que: “Com anexo denominado INFRAÇÃO 03, por corresponder a esta infração então cobrada no A.I. 269096.0008/13-0, tem a sua redação com o seguinte teor: Realizou vendas internas de produtos da ST com alíquota de 7% no cálculo do ICMS Normal, contrariando o veto implícito no Art. 16, inciso I, alínea c da Lei 7.014. Os valores aqui cobrados são a resultante das diferenças a maior havidas do confronto dos resultados dos demonstrativos (anexos) VENDAS 7% PRODUTOS ST – REVISADO, e VENDAS 7% PRODUTOS ST, sendo o primeiro demonstrativo fruto do recálculo das infrações demonstradas através do segundo demonstrativo no A.I. 269096.0008/13-0”.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 4ª JJF, decidiu, por unanimidade, pela Procedência com fundamento no condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito:

VOTO

Inicialmente, ressalto que o presente lançamento de ofício trata de um Auto de Infração Complementar que visa exigir valores que não puderam ser exigidos no Auto de Infração nº 269096.0008/13-0, anteriormente lavrado, tendo em vista a impossibilidade de majoração dos valores lançados naquele Auto de Infração.

Considerando que as infrações contidas no presente lançamento são as mesmas de parte do lançamento anterior e que os argumentos trazidos nesta defesa idênticos a parte dos aduzidos na defesa inicial; neste meu voto, reutilizo a mesma fundamentação empregada no voto proferido no Acórdão referente ao Auto de Infração nº 269096.0008/13-0, conforme passo a me pronunciar.

Sustenta o autuado que o presente Auto de Infração está baseado em presunção não autorizada em lei, ferindo, assim, os princípios da capacidade contributiva, da legalidade e da tipicidade cerrada, além de impor penalidades com caráter de confisco.

Discordo desse argumento defensivo, pois as infrações que compõem o Auto de Infração em comento não estão baseadas em presunções. As exigências fiscais possuem previsão legal, conforme o enquadramento que consta ao final de cada infração. Considerando que nesses enquadramentos há citações de dispositivos regulamentares, saliento que nos termos do art. 19 do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade tal indicação.

A alegação defensiva atinente a penalidades com caráter de confisco não merece acolhimento, uma vez que as multas indicadas na autuação estão corretas e são as previstas no art. 42 da Lei nº 7014/96 para as infrações que foram imputadas ao autuado, não cabendo a este colegiado apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, nos termos do art. 125, inc. I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB).

Na defesa, foi requerida a realização de perícia técnica para esclarecer aspectos relacionados a infrações que compõem o lançamento tributário de ofício, apresentou quesitos a serem respondidos e indicou seu assistente técnico.

A prova pericial destina-se a fornecer subsídios ao julgador, a quem cabe, nos termos do § 2º do artigo 147 do RPAF/99, o indeferimento de solicitações que considerar desnecessárias ou meramente protelatórias. Além disso, prevê o art. 147, II, “b”, do RPAF/99, que deverá ser indeferido o pedido de perícia fiscal, quando ela se revelar desnecessária em vista de outras provas constantes nos autos.

Considero que no caso em tela a prova pericial requerida pelo impugnante é desnecessária, pois os elementos já constantes nos autos permitem que os julgadores formem o seu convencimento acerca dos pontos controversos, como ficará demonstrado na apreciação do mérito da lide. Dessa forma, fica indeferida a perícia solicitada.

Ultrapassadas as questões acima, passo a apreciar o mérito da lide.

Trata a infração 1 de falta de retenção e recolhimento de ICMS devido por substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subsequentes, nas vendas para

contribuintes localizados neste Estado.

A quase totalidade dos produtos relacionados na infração em comento são chapas decorativas e fitas e bobinas de PVC, conforme se pode observar nos demonstrativos gravados no CD-ROM que acompanha o Auto de Infração. Segundo a autuação, esses produtos estão classificados na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) nas posições 39219011 e 39204900 - afirmação que não foi contestada pelo autuado.

O autuado, em sua defesa, afirma que a quase totalidade das mercadorias relacionadas na autuação foi destinada à indústria moveleira, sem qualquer uso na construção civil. Explica que chapas decorativas de espessura inferior a 1,3 mm são destinadas à indústria moveleira, ao passo que as de espessura superior a 1,3 mm são empregadas na construção civil.

As chapas decorativas (NCM 39219011) e as fitas e bobinas de PVC (NCM 39204900), quando destinadas à construção civil, estão enquadradas no regime de substituição tributária nos termos do art. 353, II, item "40.1", do RICMS-BA/97, vigente até 31/03/12, bem como item "24.8" do Anexo 1 de que trata o art. 298 do RICMS-BA/12, vigente a partir de 01/04/12. Todavia, quando destinadas a empresas do ramo moveleiro, não se submetem a esse citado regime.

Para que uma mercadoria esteja enquadrada no regime de substituição tributária, é necessário que a sua classificação na NCM e a sua descrição coincidam com a constante na legislação tributária pertinente. Além desses dois elementos - NCM e descrição -, em algumas situações especificadas na legislação, é necessário observar a destinação dada à mercadoria em análise.

No caso em comento, é necessário que se verifique a destinação da mercadoria, pois a legislação que prevê o regime de substituição tributária para as chapas decorativas e para as fitas e bobinas em PVC exige que elas sejam destinadas ao "uso na construção civil". As operações de saídas que foram incluídas na infração em comento foram aquelas destinadas a empresas comerciais varejistas e atacadistas que possuíam como atividade a venda de materiais de construção.

O fato de as chapas decorativas terem espessura inferior a 1,3 mm não é capaz de elidir a infração, pois as operações de saídas foram destinadas a empresas que possuíam como atividade a venda de materiais de construção. Além disso, a descrição das mercadorias constantes no item "10" do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/09 e no item "24.8" do Anexo 1 de que trata o art. 298 do RICMS-BA/12, não faz qualquer restrição quanto à espessura das chapas, senão vejamos:

Mercadorias – NCM
Telhas plásticas, chapas, laminados plásticos em bobina, para uso na construção civil – 3921
Chapas, etc. de Resina Melamina-Formaldeído, Estratificados - 39219011

A Decisão Normativa CAT-6, da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, não possui o condão de descaracterizar a destinação das mercadorias relacionadas na infração em tela, as quais foram destinadas a estabelecimentos comerciais de venda de materiais de construção. Por outro lado, os Pareceres DITRI nºs 07409/11 e 2853 corroboram o posicionamento adotado pelo autuante na ação fiscal, uma vez que as mercadorias em questão possuem NCM e descrição coincidentes com as constantes na legislação tributária aplicável ao caso.

Considerando que as mercadorias arroladas na autuação possuem NCM e descrição coincidentes com as constantes na legislação e que essas mercadorias foram destinadas a empresas comerciais que possuíam a atividade a venda de materiais de construção; o autuado estava, portanto, obrigado a fazer a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, conforme consta na descrição da infração que lhe foi imputada.

Quanto aos cálculos dos valores lançados, saliento que o autuado não indicou equívocos numéricos e nem contrapôs demonstrativos aos elaborados pelo autuante.

Assim, a acusação imputada ao autuado está caracterizada e, portanto, a infração 1 é procedente.

A infração 2 trata de recolhimento a menos de ICMS em decorrência de aplicação de alíquota diversa da prevista nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Ao tratar de aplicação de alíquota, assim dispõe o art. 16, I, "c", da Lei nº 7.014/96:

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% (sete por cento) nas operações com:

[...]

c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado e destinadas a empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes, quando inscritas no cadastro estadual, exceto em se tratando das mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição

tributária e das mercadorias relacionadas nas alíneas “a” a “j” do inciso II; (grifo não do original)

Conforme o demonstrativo que embasa esse item do lançamento demonstra que o autuado, nas operações de saídas internas de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, aplicou a alíquota de 7% no cálculo do ICMS normal, em vez de 17%.

Sustenta o autuado que os produtos relacionados nesse item do lançamento não estão enquadrados no regime de substituição tributária, pois os laminados [chapas] decorativos e fitas de borda em PVC não foram destinados à construção civil.

Esse argumento defensivo não elide a autuação, pois conforme foi demonstrado na infração 1, as mercadorias relacionadas na autuação estão enquadradas no regime de substituição tributária, já que a NCM e a descrição coincidem com o constante na legislação e as saídas foram destinadas à construção civil, haja vista que os destinatários eram estabelecimentos comerciais. Dessa forma, o ilícito fiscal imputado ao autuado está caracterizado.

Quanto aos cálculos dos valores lançados, saliento que o autuado não indicou equívocos numéricos e nem contrapôs demonstrativos aos elaborados pelo autuante.

Em face ao acima exposto, a infração 2 é procedente.

Na infração 3, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos ICMS em razão de aplicação indevida da alíquota de 7% nas operações de saídas regularmente escrituradas destinadas a ambulantes, microempresas e empresas de pequeno porte.

Conforme art. 16, I, “c”, da Lei nº 7.014/96, o ICMS incide à alíquota de 7% nas operações com mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado e destinadas a empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes. Todavia, o §1º, II, desse citado art. 16, determina que o estabelecimento industrial fica obrigado a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.

Visando demonstrar que o autuado não repassou aos destinatários das mercadorias o benefício da utilização da alíquota de 7%, o autuante elaborou uma planilha denominada “Demonstrativo do Preço Unitário dos Produtos sob Alíquotas Diversas”. Examinando essa planilha, observa-se que o preço dos produtos tributados com a alíquota de 7% era o mesmo dos tributados com alíquotas de 12% ou 17%, chegando, em alguns exemplos isolados, ao preço com a utilização da alíquota de 7% a ser superior. Dessa forma, fica comprovado que a condição exigida para o gozo do referido benefício não foi atendida.

O fato de constar nos documentos fiscais a citada redução não é suficiente para elidir a infração. É fundamental que o desconto seja efetivamente repassado ao destinatário, o que não restou demonstrado nos autos.

Quanto aos cálculos dos valores lançados, saliento que o autuado não indicou equívocos numéricos e nem contrapôs demonstrativos aos elaborados pelo autuante.

Em face ao acima exposto, a infração 3 é subsistente.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Devidamente intimada, a Recorrente interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionado às fls.92/102, no qual, de plano, pede que seja anulada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Diz que requereu prova pericial em sede de impugnação e que tal pedido foi negado pela Decisão de piso. Assevera que a referida prova é imprescindível ao deslinde da querela e que a Decisão de piso afronta o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Prosseguindo na arguição de nulidade da decisão ora recorrida, em relação ao percentual da multa, diz que é superficial porque não teria apreciado o mérito da matéria em discussão, o que implicaria em supressão de instância.

Discorre sobre posicionamento do STF sobre a matéria, também dizendo do princípio da proporcionalidade.

No mérito, para a infração 1, diz que apesar de mantido o Auto de Infração pela decisão da Junta, quase a totalidade das mercadorias foram destinadas para a indústria moveleira, sem qualquer uso na construção civil, e que teria demonstrado que toda e qualquer chapa decorativa de espessura inferior a 1,3mm teria sido destinada à indústria moveleira.

Assevera que a fiscalização, de maneira simplória e equivocada, alegou descumprimento da

legislação em face da necessidade de recolhimento de ICMS por substituição tributária nas operações com produtos supostamente destinados ao uso na construção civil, o que se constatou através do NCM do produto vinculado ao CNAE Fiscal do adquirente deste produto, o que se revela mera presunção, materializada na expressão “com capacidade para gerar vendas para a construção civil”, sem nenhuma prova de sua utilização específica.

Diz que o fiscal Autuante manteve o olhar apenas para o código da NCM 3921, ignorando que a grande maioria dos produtos não é de aplicação na construção civil, o que teria justificado o pedido de prova pericial.

Registra que quase a totalidade das mercadorias foi destinada para a indústria moveleira, sem qualquer uso na construção civil, reiterando que toda e qualquer chapa decorativa de espessura inferior a 1,3mm é destinada à indústria moveleira, o que foi comprovado no caso do produto Standard, com espessura de 0,8 e 1,0 mm, destinado ao revestimento de móveis em geral; no caso do material Postforming, com espessuras de 0,6 e 0,8mm, que é utilizado em arredondamento de bordas, para uso residencial ou comercial.

Já para os produtos Madewall e Madepiso, com espessura de 1,3 e 2,00 mm, tem uso na construção civil, com aplicações em pisos e paredes diversos, bem como os produtos TS Estrutural e TS Light, com espessuras de 2,00 a 20,00mm e de 3,00mm, com uso na construção civil.

Salienta à elaboração de relatório demonstrando quais produtos referem-se às chapas sujeitas à substituição tributária, para uso efetivo na construção civil, bem assim ao entendimento manifestado na Decisão Normativa CAT - 6, de 9-4-2009, sobre quais mercadorias podem ser caracterizadas como materiais de construção e congêneres.

Consigna que por maior que seja a extensão que o fisco pretenda atribuir aos produtos objeto da autuação, não poderiam, todos eles, serem enquadrados no conceito de construção civil, pois, não há impedimento para que o marceneiro compre a chapa para móveis em uma casa de venda de materiais de construção civil, o que não significa que terá aplicação na construção civil.

Registra que o Parecer solicitado ao Sistema de Controle de Pareceres Tributários, pelo Fiscal que lavrou a autuação é claro ao dispor que se faz necessária a comprovação do uso dos produtos na construção civil, o que não teria sido feito, entendido que jamais se fez tal prova. Mesmo entendimento estaria expresso **PARECER N° 07409/2011**, de 15/04/2011, transcrito.

Reitera que autuação não pode prosperar.

Para as infrações 02 e 03, diz que mais uma vez a fiscalização laborou em equivoco, haja vista que se valeu da classificação equivocada de que os produtos Laminados Decorativos e Fitas de Borda PVC (para móveis), seriam de aplicação na construção civil, estando sujeitos à Substituição Tributária (ST) do ICMS.

Diz da necessária prova do cometimento da infração, aduzindo que a quase totalidade dos produtos não se destinaram ao uso na construção civil, certo que a mera alegação do fisco de que a NCM e a descrição coincidem com o constante na legislação não autoriza a dedução de que as saídas foram destinadas à construção civil.

Quanto ao repasse do benefício de redução da alíquota aos destinatários das mercadorias, diz que o v. aresto aduziu que o simples fato da redução constar nas notas não é suficiente para comprovar o desconto, e que tal posição da Junta requer prova pericial, visto que todas as informações relacionadas ao desconto estariam impressas no campo de “dados adicionais” de cada nota, nos exatos termos da legislação.

Por fim, pugna pela nulidade da decisão de piso, facultando-se então a produção das provas pertinentes, ou que, em não sendo acolhido esse pleito, seja reformada integralmente a decisão, cancelando-se e arquivando-se o Auto em tela.

Às fls. 113 a 129, foi trazido aos fólios do processo manifestação da PGE/Profis, no sentido da

desnecessidade de manifestação do órgão Consultivo, sobretudo em face do não requerimento dos julgadores, o que foi corroborado pela manifestação da Procuradora Assistente da PGE/Profis/NCA – fl. 130.

Na assentada do Julgamento, em 18/12/2018, tendo em vista as razões recursais apresentadas pelo Contribuinte, o i. Representante da PGE/PROFIS, considerando a questão jurídica suscitada no apelo recursal, pediu Vistas ao PAF.

E na sessão seguinte, o Presidente da Mesa, também pediu vista ao processo e conclui que cabe baixar o presente PAF em diligência à IFEP Indústria, para determinar que o Fiscal Autuante tome as seguintes providências:

1. Segregar do CD de fl. 5 todas as notas fiscais emitidas relativas a chapas de madeira decorativas de espessura igual ou inferior a 1,3 mm;
2. Dar ciência ao autuado do resultado da diligência e retornar o PAF a este CONSEF para retomar o rito processual devido.

O Autuante, às fls. 139/140, em atenção a diligência solicitada, tece algumas considerações sobre o trabalho solicitado, a saber:

- Trata-se de ação fiscal realizada em 2014, desde quando o SIAF já sofreu várias atualizações, os bancos de dados da Autuada já passaram também por várias atualizações. Ressalta que os próprios criadores do software advertem para os riscos de se perderem as informações contidas nos bancos de dados durante os procedimentos de atualização. Aduzindo: “*Uma temeridade!*”;
- Aponta como temeridade maior, o fato de o autuante venha a prover provas contra o seu trabalho. Indica a ASTEC;

Às fls. 143/144, o Contribuinte manifesta-se sobre a Diligência, aduzindo que o CD ROOM, à fl. 138, abrange os anos de 2010 a 2014, evidenciando que quase a totalidade das notas fiscais refere-se a chapas decorativas com espessura de 0,60 a 0,80 mm, comprovando que quase a totalidade das mercadorias foi destinada à indústria moveleira, sem qualquer uso na construção civil, posto que qualquer chapa decorativa de espessura inferior à 1,3 mm.

Salienta que foi elaborado relatório demonstrativo indicando quais os produtos referem-se às chapas sujeitas à substituição tributária, por seu uso efetivo na construção civil.

Ressalta também que não há nenhum impedimento para que o marceneiro compre a chapa para móveis em uma casa de venda de material de construção, não cabendo aplicar o tratamento por presunção.

Conclui requerendo a reforma integral da decisão de primeiro grau para cancelar e arquivar o Auto de Infração em tela.

Na assenta do Julgamento do Recurso Voluntário no dia 09/07/2018, considerando que a Recorrente alega que quase a totalidade das mercadorias foi destinada para a indústria moveleira, sem qualquer uso na construção civil, reiterando que toda e qualquer chapa decorativa de espessura inferior a 1,3mm é destinada à indústria moveleira, o que foi comprovado no caso do produto Standard, com espessura de 0,8 e 1,0 mm, destinado ao revestimento de móveis em geral; no caso do material Postforming, com espessuras de 0,6 e 0,8mm, que é utilizado em arredondamento de bordas, para uso residencial ou comercial.

Já para os produtos Madewall e Madepiso, com espessura de 1,3 e 2,00 mm, tem uso na construção civil, com aplicações em pisos e paredes diversos, bem como os produtos TS Estrutural e TS Light, com espessuras de 2,00 a 20,00mm e de 3,00mm, com uso na construção civil.

Considerando também que a diligência requerida anteriormente, transcrita na fl. 139/140, não atendeu satisfatoriamente a solicitação desta 2ª Câmara, seus membros decidiram encaminhar o PAF à ASTEC, para as seguintes providências:

1. Segregar do CD de fl. 5 todas as notas fiscais emitidas relativas a chapas de madeira decorativas de espessura igual ou inferior a 1,3 mm, destinadas à empresas de Construção Civil ou que revendam mercadorias destinadas à Construção Civil, elaborando o respectivo demonstrativo da base de cálculo dessas vendas;
2. Dar ciência ao autuado do resultado da diligência e retornar o PAF a este CONSEF para retomar o rito processual devido.

Atendida a Diligência às fls. 156/158, pela Auditora Fiscal Dra. Maria do Socorro Fonseca de Aguiar, após explicar como analisou os dados do demonstrativo e débito da autuação em comento, complementar, considerando que os valores apurados do ICMS ST não retidos são inferiores aos lançados no Auto de Infração anterior.

Dai conclui que: *“Face ao exposto, e após as segregações solicitadas por esta CJF não foi elaborado novo demonstrativo de débito da Infração 01, haja vista que os valores já foram cobrados no Auto de Infração anterior.”*

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo Contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

De plano, a Recorrente aduz a nulidade da Decisão de piso em face da negativa da Junta de Julgamento Fiscal frente ao seu pedido de produção de prova pericial, além do fato de que não teria sido apreciado o mérito da discussão em torno da multa aplicada sobre cada uma das infrações.

Quanto à preliminar suscitada, entendo que não tem razão o Recorrente. Da compulsão dos autos, vê-se que há na peça acusatória a clara exposição dos fundamentos de fato e de direito, certo que o fato descrito como típico está na legislação, bem como as circunstâncias do fato são claras e consubstanciadas em documentos trazidos aos autos juntamente com a peça inicial.

Dito isto, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, vê-se que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, nem há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Voltando o olhar às etapas processuais, sobretudo o quanto suscitado pela Recorrente no que se refere à produção de prova pericial, vejo que todos os passos foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao Recorrente e à possibilidade de manifestação, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna.

Ou seja, nada há no processo que dê substância às alegações recursais, certo também que a Junta de Julgamento Fiscal cuidou de analisar todos os fatos aduzidos em sede de defesa de maneira pontual e absolutamente clara, o que ao fim e ao cabo determinou a preservação do direito que tem o Sujeito Passivo ao contraditório e à ampla defesa.

Especificamente em relação à perícia técnica para esclarecimento acerca da destinação dos produtos objeto da autuação, em que pese a Junta de Julgamento Fiscal haver indeferido pedido do Sujeito Passivo, os membros desta Câmara entenderam pela necessidade de conversão do feito em diligência para que fossem segregadas as notas fiscais relativas a chapas de madeira decorativas de espessura igual ou inferior a 1,3 mm, objeto das razões recursais.

Ocorre que apesar de esta Câmara de Julgamento Fiscal ter encaminhado o feito em diligência ao Autuante, tudo o que se obteve como resposta foi a opinião pessoal do Servidor no sentido de que

seria uma temeridade a produção de prova contra o seu trabalho, o que se resume num injustificável desrespeito por este CONSEF e os seus Conselheiros que têm como função precípua buscar a verdade material e promover a justiça fiscal.

Eis que, diante da incerteza da autuação, após a não realização da primeira diligência requerida, o PAF foi encaminhado à ASTEC que em seu parecer às fls. 156/158, após cotejar as Notas Fiscais objeto da autuação, elaborou demonstrativos, segregando operações destinadas e não destinadas à construção civil, conclui que inexistem valores a serem exigidos.

Ainda que a legislação preveja o regime de substituição tributária para as chapas e para as fitas e bobinas em PVC, determina que esses produtos tenham como destinação o “uso na construção civil”, o resultado da diligência apurou que não remanescem valores a serem exigidos.

Portanto, julgo que a Infração 01 deve ser considerada improcedente.

Em relação à infração 02, que acusa o Contribuinte de recolhimento a menos de ICMS em decorrência de aplicação de alíquota diversa da prevista nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sobre a qual aduz a Recorrente que as mercadorias não estão enquadradas no regime de ST. A JJF fundamentou em sentido contrário.

Verifico que as ilustrações acostadas pela empresa, de fls. 52/57, tratam de chapas laminadas destinadas à indústria moveleira, sem uso na construção civil. Como se trata de desconto concedido para vendas a microempresas, o Contribuinte juntou, às fls. 58/59, cópias das NFs 4528 e 6889, cujos destinatários são empresas inscritas no Simples Nacional. Foi apurado em mesa que tais empresas estão cadastradas, efetivamente, nesta condição.

Assim, também julgo improcedente a Infração 02.

Quanto à infração 03, entendo que deve ser mantida, tendo em vista que a Recorrente não logrou comprovar o repasse da redução da alíquota de 7%, aos preços unitários destinados aos adquirentes que teriam direito a esse benefício fiscal.

Isto posto, pelas razões acima dispostas, voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao apelo recursal, por julgar IMPROCEDENTES as Infrações 01 e 02, e PROCEDENTE a Infração 03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269096.0009/13-7 lavrado contra **MADEPAR LAMINADOS S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$69.773,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “e” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS