

A. I. N° - 298942.0004/18-1
AUTUADO - PIANNA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25.03.2019

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0049-02/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM IMPOSTO PAGO. Constatado que as mercadorias efetivamente se encontram na substituição tributária, é vedada a apropriação do crédito fiscal. Infração mantida. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. **a)** APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DAQUELA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO; **b)** ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO; **c)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO QUANDO DAS SAÍDAS. O contribuinte não consegue trazer aos autos elementos no sentido de comprovar a insubsistência das infrações, o que as mantém no lançamento. Não acolhidas as arguições de nulidade. Negado o pedido de diligência. Reconhecida, de ofício, a decadência parcial. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de junho de 2018 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$79.873,12, além de multa de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **01.02.05.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a abril, julho, agosto, e dezembro de 2013, abril e maio de 2014, no total de R\$ 3.466,04.

Infração 02. **03.02.02.** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no montante de R\$ 46.264,53, para ocorrências nos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014 e janeiro a dezembro de 2015.

Infração 03. **03.02.04.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, constando a indicação de ter havido “erro na carga tributária utilizada no ECF”, no valor de R\$ 29.194,08, fatos verificados nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2015.

Infração 04. **03.02.05.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no total de R\$ 948,47, ocorrências constatadas em janeiro de 2013 a maio de 2014, julho de 2014 a janeiro de 2015, março a julho e setembro a novembro de 2015.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 182 a 191, onde, após breve síntese da autuação, inicialmente, reconhece que cometeu erro na apuração do ICMS que justifica uma parte da autuação fiscal, e admite como devido para a infração 01, o valor de R\$ 2.039,06, todavia, em relação à parcela defendida não se trata de substituição tributária no valor de R\$ 1.426,98, em função do que é indevida a autuação, de acordo com o artigo 9º da Lei 7.014/96, bem como a proibição do uso do crédito. Para as infrações 02 e 03, admite R\$22.912,90, pedindo a aplicação da redução disciplinada na lei baiana.

Indica quanto ao débito remanescente, em relação ao recolhimento a menos apontado, por sua vez, divergência de alíquota, pois houve imposição da alíquota de 17%.

Como preliminar, invoca a nulidade do lançamento, por vislumbrar cerceamento de defesa, frente ao fato de que o lançamento tributário, na forma como foi constituído, não pode resistir, porque lavrado de forma defeituosa, com vício insanável que o inquia de nulidade, porque em clara divergência entre o ocorrido no mundo dos fatos e a descrição promovida pela agente fiscal.

Argumenta que a instauração, o preparo, a instrução e a decisão do Processo Administrativo são regidas por princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo o lançamento de crédito tributário um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Neste sentido, invoca julgado do CONSEF, no Acórdão JJF 0164-01/15.

Quanto ao mérito, aduz ter como atividade o comércio atacadista de máquinas, aparelhos e equipamentos para uso agropecuário além de comercializar partes e peças, cujas operações sujeitam-se ao ICMS.

Garante ter promovido o recolhimento do ICMS conforme expressa determinação do Protocolo 41/2008, anexando inúmeros documentos fiscais (Notas Fiscais e GNRE's) comprovando grande parte do recolhimento do tributo aqui discutido (ICMS-ST e ICMS).

Fala que a autuação afasta a aplicação do Protocolo 41/2008, seja por divergência de especificação dentro da tabela seja por desconsideração do componente para efeito de classificação como autopeça, porém, o objeto do referido Protocolo são “...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”, conforme parágrafo único, da Cláusula Primeira.

Noutra medida, vislumbra que o lançamento viola os termos do próprio Protocolo, pois de acordo com o § 3º da Cláusula Primeira, a sistemática do mesmo abrange “...também, às operações com os produtos relacionados no § 1º destinados à aplicação na renovação, recondicionamento ou beneficiamento de peças partes ou equipamentos e integração ao ativo imobilizado ou ao uso ou consumo do destinatário, relativamente ao imposto correspondente ao diferencial de alíquotas”.

Menciona que as notas fiscais que anexa evidenciam a estreita ligação dos produtos em questão às autopeças, diante do fato de o Anexo Único do Protocolo 41/2008 se referir às partes de veículos automóveis, tratores e máquinas autopropulsadas, e a posição 11 da tabela trazer “Mangueiras e tubos semelhantes, de matérias têxteis, mesmo com reforço ou acessórios de outras matérias”.

Já na posição 25 da tabela do Anexo Único do Protocolo estão “Dobradiças, guarnições; ferragens e artigos semelhantes de metais comuns”, havendo, ainda, menção as “partes reconhecíveis como exclusiva ou principalmente destinadas aos motores das posições 84.07 ou 84.08” na posição 29.

Esclarece ser autopeça, substantivo, constitui gênero a significar “peça destinada a auto veículo, fabricada na rede industrial desse ramo”, e a ausência de exata correspondência de itens à NCM citada no Protocolo 41/2008 é insuficiente para caracterizar infração aos termos da normativa cuja rubrica, portanto o regramento refere a autopeças.

Cita que a Gerência de Fiscalização dirimindo uma consulta fiscal deduzida por contribuinte estadual assim esclareceu que “pela regra estabelecida no art. 353, inciso II, item 30, do RICMS-BA/97 (Dec. 6.284/97), as operações de comercialização internas com peças e acessórios para veículos automotores, estão alcançadas pelo regime de substituição tributária. Dessa forma, as

aquisições interestaduais para revenda de peças e acessórios para uso em veículos automotores assolados no RICMS-BA/97, art.353, inciso II, item 30, sem o imposto retido, o contribuinte desse Estado deverá efetuar o recolhimento antecipado do ICMS relativo às operações posteriores.

O aludido regime aplica-se em função da mercadoria, não da destinação a ser dada pelo adquirente, ou seja, se as peças e acessórios destinados a veículos automotores estiverem enquadradas no dispositivo supra, o contribuinte será responsável, na qualidade de substituto tributário, pelo recolhimento do ICMS Substituição tributária” (Parecer 1.507/2008).

Menciona que inúmeros outros julgados vêm reduzindo infrações com base na divergência de classificação (Acórdão JJF 0002-03/17, dentre outros). Nessas decisões, dente outras matérias, restabeleceu-se a própria MVA definida no protocolo.

Noutro giro, na autuação paira a ausência de individualização das mercadorias ainda, a afrontar a estrita legalidade. Não por outro motivo o judiciário baiano tem afastado pretensão de redimensionar autopeças para abranger bens não encampados no conceito, “*ex vi*” Apelação 0567961-92.2014.8.05.0001 julgada pela 2ª Câmara Cível do TJBA.

De igual modo, diz não proceder a infração 01 ao imputar uso indevido de crédito fiscal de ICMS (mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária) porque não se trata de substituição tributária, na espécie. Desconforme o enquadramento da mercadoria à autuação não há como prosperar a exação em razão do princípio da legalidade bem como da aderência à verdade material.

Explicita que se a mercadoria/produto não consta do Protocolo de ICMS aplicável à substituição tributária, não há como socorrer a infração 01 porque se faz necessária a coincidência entre as características da mercadoria e os atributos descritos na normativa e por esse motivo o Parecer 28.250/2013, exarado em 08/11/2013 em resposta a uma consulta fiscal, afastou a incidência sobre produtos fabricado por um contribuinte dado a divergência entre capítulo do Protocolo ICMS 104/2009 a uma NCM.

Deste modo, a vista da listagem das notas fiscais diz ser possível constatar a impossibilidade de autuação (exemplificativamente, cita as Notas Fiscais 9.024, 9.373, 9.404, itens 1406020, 1406021, 1406019 e 1406018 (mangueira preta), cuja descrição não consta no Anexo.

Fala ser essa Secretaria enfática em orientar os administrados acerca da importância da descrição da mercadoria, ao responder à pergunta sobre qual a importância da classificação fiscal e descrição da mercadoria, conforme transcreve.

Sob a mesma razão que afasta o enquadramento da infração 01, possibilita a aplicação do Protocolo 41/2008 para legitimar o recolhimento, afastando as infrações 02 e 03.

Esclarece ser a descrição da mercadoria ligada à finalidade (veículo automotor) fixa o nexo de causalidade que afasta a autuação, e onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito, e onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir, duas antigas regras de hermenêutica jurídica sistematicamente utilizadas pelo STF na deliberação das atuais decisões.

Quanto à infração 04 assevera tratarem-se de produtos com base de cálculo reduzida, circunstância desconsiderada pela fiscalização unicamente porque a descrição do produto diverge daquela estabelecida no Convênio ICMS 52/91.

Esclarece que se autuou nada obstante a NCM seja idêntica, tendo sido ignorado o fato de as Notas Fiscais estarem corretas, e existindo o mesmo fundamento aplica-se o mesmo direito para desconstituir a infração a partir da verificação dos fatos.

À vista da divergência suscitada, em particular a insustentabilidade da autuação por ter sido desconsiderada a descrição da mercadoria/classificação fiscal em relação à finalidade (autopeças-veículos automotores) anexados os elementos, pede o detalhamento do levantamento fiscal e a aferição dos elementos contábil-fiscal.

Em face do todo o exposto, requer a admissão, processo e julgamento da peça apresentada, sob pena de se configurar violação aos princípios do devido processo legal, isonomia e às garantias constitucionais ao direito de petição, ampla defesa e o contraditório, que seja julgado nulo o Auto de Infração em função da preliminar arguida e caso superado o âmbito preliminar, seja realizada diligência/prova pericial e, ao fim, julgada improcedente a ação fiscal, anulando-se o Auto de Infração ora impugnado.

Às fls. 221 a 227 se encontram os documentos comprobatórios do recolhimento efetuado, assim como a discriminação das parcelas reconhecidas e correspondente aos valores pagos.

Informação fiscal prestada pelo autuante à fl. 229 esclarece que o contribuinte não questiona o feito fiscal mencionando que se a mercadoria tiver descrição e NCM constante no Protocolo ICMS 41/08 tem que ser considerada peças de veículos.

Durante os trabalhos de fiscalização, apresentou e deu todo o trabalho para o contribuinte analisar e questionar, no entanto, não se pode considerar que produtos das empresas Baldan, Marchesan, Kamaq, Husqvarna, Rochfer, CEMAG, etc., que são peças agrícolas (arados, grades aradoras, etc.), peças de roda d'água, carneiro, motosserras, etc.

Apresenta um dos inúmeros e-mails trocados com o setor de contabilidade do contribuinte, explicando os procedimentos adotados e pior, o contribuinte deixou de atribuir a NCM para a maior parte de suas mercadorias, descreve uma denominação sem discriminá-lo fornecedor, dando um trabalho inimaginável para a fiscalização que teve que trabalhar com notas de entradas e saídas, além dos arquivos eletrônicos para verificar o NCM, a procedência, entender qual peça se tratava, qual fornecedor.

Aponta que as remessas são oriundas de estados signatários e de empresas de enorme idoneidade, caso fossem enquadradas como peças de veículos, essas empresas destacariam no documento fiscal o ICMS por substituição tributária e recolheriam o imposto devido.

Menciona ter sido o contribuinte beneficiado por inúmeras mercadorias nas quais não conseguiu determinar a sua origem e aplicação, justamente, por falta de melhor descrição e no e-mail em anexo, orientou o mesmo a melhor discriminá-la mercadoria para facilitar para ele e a fiscalização.

Garante ter agido na maior transparência e sido excessivamente rigoroso a favor do contribuinte nos trabalhos de fiscalização onde na dúvida, pró-contribuinte e não poderia agir diferente do que isso.

Diante do exposto e pelas provas do contribuinte (notas fiscais da Baldan, Marchesan – peças agrícolas) diz apenas consubstanciar o seu entendimento e ratificar o trabalho, opinando pela manutenção do feito em sua totalidade e integralidade.

VOTO

O presente lançamento constitui-se em quatro infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada, ainda que forma parcial.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

Foram suscitadas questões preliminares a ser analisadas, o que passo a fazer.

Inicialmente, quanto ao fato de ter sido aplicada a alíquota de 17%, esclareço que se trata de parametrização do sistema, de aplicar tal alíquota, em relação aos valores de imposto apurado, o que, entretanto, não traz qualquer prejuízo ao contribuinte, pelo fato de que os valores de

imposto (que realmente importam), estarem em consonância com os documentos fiscais, não sendo razão para a declaração de nulidade.

Da mesma maneira, não vislumbro o alegado cerceamento de defesa, frente ao fato de que na ótica do sujeito passivo, o lançamento tributário, foi feito de forma defeituosa, fundado em clara divergência entre o ocorrido no mundo dos fatos e a descrição promovida pela agente fiscal, uma vez que fatos verificados e descritos guardam perfeita consonância, descabendo, pois, tal alegação. Ademais, constato que os demonstrativos analíticos e sintéticos se encontram inseridos no corpo do processo, com entrega de cópia dos mesmos ao sujeito passivo, possibilitando, como já afirmado acima, o pleno exercício de seu direito de defesa e do contencioso.

Igualmente, foram respeitados os princípios da legalidade e do devido processo legal, diante do fato de ter a cobrança em foco lastro na legislação vigente relativa ao ICMS, descabendo a arguição de não atendimento aos mesmos.

Desta maneira, reafirmo o atendimento aos requisitos de validade e produção de efeitos jurídicos por parte do lançamento em apreço, rejeito as arguições de nulidade suscitadas.

Quanto ao pedido para a realização de diligência/perícia, indefiro a mesma, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido tal pedido, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

Impende dizer-se que ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

Ressalte-se que a diligência e/ou perícia, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa formulada.

Digno de registro é o fato da jurisprudência se posicionar no sentido, de inexistência de cerceamento de defesa, ante a negativa de tal pedido, a exemplo da decisão abaixo transcrita, oriunda do STJ:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 6.899/81. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ E 282/STF. PERÍCIA COMPLEMENTAR. NEGATIVA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N.7/STJ.

1. *Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo.*

2. *O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.*

3. *Não implica cerceamento de defesa a negativa de realização de perícia complementar quando o julgador a quo, com base no livre convencimento motivado, foi suficientemente*

convencido pelas conclusões a que chegou o perito. A revisão desse entendimento demanda o reexame do conjunto fático probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

Processo: AgRg no AREsp 314656 SP 2013/0074424-1

Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Julgamento: 12/05/2015

Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA

Publicação: DJe 18/05/2015"

Os elementos constantes nos autos são suficientes para o pleno convencimento do julgador e o deslinde da questão, nos termos do artigo 147 incisos I, alínea “a” e II, alínea “a” do RPAF/99, o que, da mesma forma, concorre para tal indeferimento.

Antes de analisar o mérito, porém, entendo de extrema importância analisar fato prejudicial, que se apresenta como de ordem pública, embora não aventada pela defesa apresentada, diz respeito a existência de decadência. As infrações apontadas no lançamento, especialmente as de número 02, 03 e 04 falam em “recolhimento a menor” de imposto, ao passo que tendo o lançamento data de 28 de junho de 2018, com ciência pessoal em 29 de junho de 2018, na forma da fl. 02, as ocorrências apontadas, verificadas em janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2013, seja entre a ocorrência do fato gerador e a ação fiscal, extrapolaram o prazo decadencial de cinco anos.

A legislação, especialmente o Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, §4º, que “*o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, e se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*”.

Nesta seara, destaco que durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173 inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

O entendimento predominante neste Órgão era o que prevalecia em tais hipóteses como a presente, não somente a redação contida no Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/81), até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Súmula Vinculante 08, a qual aplicável aos créditos tributários.

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive no Poder Judiciário, tal entendimento acima exposto, dissonante daquele predominante nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo que após diversas derrotas judiciais na apreciação de tal matéria, repensou o pensamento anterior da matéria, culminando com a adoção dos denominados “Incidentes de Uniformização”, os quais visaram unificar o pensamento acerca de questões até então ensejadoras de inúmeros e acalorados debates.

Dentre tais “Incidentes de Uniformização”, destaco o de n.º PGE 2016.194710-0, cujo enunciado transcrevo: “*Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que correspondia às operações declaradas*”. (grifei)

E avança ainda mais o entendimento exposto, ao observar na seguinte Nota 1: “*Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação”.*

Inequívoco o fato de o contribuinte ter não somente lançado o imposto, como, da mesma forma, antecipado, ainda que em parte, o pagamento de que nos fala o dispositivo legal acima enunciado, sendo clara e inquestionável a aplicação do mesmo.

Diante de tal posicionamento, cristalino está que no caso em comento relativo à infração lançada, a Secretaria da Fazenda se manteve inerte frente ao ocorrido, ou seja, o recolhimento a menor do imposto que deveria ser recolhido, diante do longo lapso temporal em que se manteve inerte, deixando ocorrer a decadência ora aventada.

Logo, não pode o julgador, ante tal fato, fechar os olhos e deixar de praticar a almejada justiça fiscal, razão pela qual, de ofício, ainda que não provocado, entendo presente a hipótese de decadência, vez que o valor do imposto foi devidamente lançado e escrutinado, sem qualquer ato da Administração Tributária no sentido de preservar o seu interesse.

Desta forma, antes de qualquer outra apreciação, as ocorrências dos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2013 devem ser excluídas do lançamento, por ocorrência do instituto da decadência, e os valores pertinentes a tais meses não pode ser considerado.

Logo, remanescem para apreciação de mérito nas infrações 02, R\$ 40.995,54, na 03, R\$ 26.651,74, ao passo que na 04, R\$ 846,50.

Adentrando no mérito da autuação, a mesma basicamente se circunscreve à aplicação do Protocolo ICMS 41/2008, de 04/04/2008, pelo qual se dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças, e da qual o estado da Bahia é signatário.

Pelo mesmo, na sua 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 subsequentes*”

Já o § 1º estipula que “*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*” (grifei).

Da análise dos demonstrativos acostados aos autos, verifico que os remetentes das mercadorias destinadas ao estabelecimento autuado, em atenção ao disposto no mesmo diploma normativo, efetivaram o recolhimento do imposto devido por substituição tributária, ainda que não retido no documento fiscal, ou quando não indicavam a inscrição estadual de substituto tributário,

recolhiam através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE) a parcela de imposto relativo a substituição tributária.

Em alguns casos, quando não havia o recolhimento na origem, o destinatário das mercadorias, no caso, a empresa autuada, através de DAE recolhia o ICMS devido por substituição tributária.

Logo, tendo em vista o fato de que ao se fazer tal recolhimento ficar encerrada a fase de tributação das aludidas mercadorias, descaberia qualquer apropriação de crédito fiscal relativo a tais operações, o que motivou a infração 01.

A tese defensiva se lastreia no fato de entender que o referido Protocolo não foi atendido, sequer respeitado pela fiscalização, a qual agiu de forma equivocada, com o que não concorda o autuante, mantendo a autuação.

Passemos, pois, à análise de cada uma das infrações de per si. Na primeira delas, dos demonstrativos elaborados, se verifica que a empresa se apropriou de créditos relativos a mangueira preta (NCM 3917.29.00), tubo plástico preto para isolador (NCM 39172100), botinas (NCM 64039990) e botas de PVC (NCM 64019200).

A mangueira preta de NCM 3917.29.00, e o tubo plástico preto (NCM 39172100) tinham a previsão para substituição tributária no item 24.4 do Anexo 01 ao RICMS/12 vigente em 2013 e 2014 (Tubos, e seus acessórios, como por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões, de plásticos, para uso na construção civil).

As botas e botinas tinham previsão de substituição tributária no item 09 (calçados) do Anexo 01 ao RICMS/12 vigente em 2013 e 2014, estando, pois, sujeitas a substituição tributária, e, por consequência, sendo vedada a apropriação do crédito fiscal correspondente a tais aquisições.

Cai por terra, pois, o argumento defensivo de que em relação a mangueira preta, cuja descrição não constaria no Anexo 01 ao RICMS/12, uma vez que segundo a sua própria linha de raciocínio da defesa deveria, para caracterizar a substituição tributária, ter o produto e a sua NCM respectiva, o que ali se observa.

E aqui, constato que não se trata de peças automotivas, como quer fazer crer a defesa, em sua sustentação lógica, mas sim mercadorias diversas desta, e como tal, não submetidas ao Protocolo ICMS 41/2008.

Assim, havendo a necessária previsão normativa para a substituição tributária de tais produtos, e havendo retenção do imposto a tal título, o crédito apropriado se apresenta como indevido, o que mantém a infração 01.

Nas demais infrações, a lógica é a mesma. Na 02, ao analisar as planilhas que embasaram a autuação, constato que a mesma recai sobre diversos produtos, dentre os quais destaco “chave allem”, “chave hexagonal”, “lima chata”, “lâmina duas pontas”, “parafusos”, “faca broca”, “anticorrosivo”, “chave fixa”, “alicate”, “chave de fenda”, “apoio de lâmina”, “trena” não tributados nas saídas pelo sujeito passivo, em relação aos quais este não impugnou especificamente quais itens contestava, apenas asseverando reconhecer parte dos débitos, o que não permite analisar de *per si* cada um deles, o que contribui para a procedência parcial da infração, assim como as demais (03 e 04), todas entre si relacionadas, diante do reconhecimento de ofício da decadência parcial, nos valores já acima indicados.

Isso diante do fato de não ter a autuada obedecido aos ditames do artigo 123, § 5º do RPAF/99, segundo o qual “*a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que....I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos*”.

Também verifico que o contribuinte não atendeu ao contido nos artigos 142 e 143 do mencionado RPAF/99, que, respectivamente, estabelecem “*a recusa de qualquer parte em comprovar fato*

controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária” e “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Desta forma, pelos expostos motivos, e tendo em vista o fato de, apesar de possuir todos os elementos que deram azo ao lançamento, o contribuinte não especificou contra quais especificamente se insurgia na cobrança, apesar de reconhecer ser devida parte do lançamento nos valores que indicou, bem como diante da quantidade de produtos listados na autuação, o que tornaria impraticável a análise de cada um especificamente, a menos que indicado pela defendant de forma pontual, o lançamento há de ser mantido na sua integralidade, exceto a parte excluída pela decadência, na forma da seguinte demonstração:

Infração 01	R\$ 3.466,04
Infração 02	R\$ 40.995,54
Infração 03	R\$ 23.012,32
Infração 04	R\$ 821,46
TOTAL	R\$ 68.295,36

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. **298942.0004/18-1** lavrado contra **PIANNA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser o contribuinte intimado a recolher imposto no montante de **R\$68.295,36**, acrescido da multa de 60%, prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, incisos II, alínea “a” e VII, alínea “a”, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os recolhimentos efetuados.

Sala de Sessões do CONSEF, 12 de março de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA