

PROCESSO - A. I. Nº 269141.0005/19-6
RECORRENTE - COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO COROA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0210-02/19
ORIGEM - INFAC RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0218-12/20-VD

EMENTA: ICMS. APURAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOR. Devidamente comprovado, pelos demonstrativos elaborados pelo autuante, que o sujeito passivo não tributou corretamente as saídas de mercadorias sujeitas à tributação, dando às mesmas, tratamento de mercadorias submetidas à substituição tributária, com encerramento de tributação. A infração é subsistente. Não acolhida a preliminar suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida, que julgou através do Acórdão nº 0210-02/19 a Procedência do presente Auto de Infração, ora apreciado, lavrado em 29 de março de 2019, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$871.753,60, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. 03.02.04. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2016. Consta na descrição dos fatos: “Tratam-se de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, alíquota indevida ou com erro na determinação da carga tributada (ECF)” (Mantida a grafia original).

A empresa autuada, por seu advogado, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 19 a 21, onde, após resumir a acusação, indica que as mercadorias apontadas incluídas, estão no regime da substituição e antecipação tributária, com encerramento da tributação, por serem de uso da construção civil e papelaria. Na Informação fiscal, constante às fls. 31 e 31-verso, onde opina pela Procedência do Auto de Infração. A Junta julgadora decidiu pela manutenção da autuação nos seguintes termos:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada, qual seja, o recolhimento a menor do ICMS por erro na apuração dos valores do imposto, quando das saídas das mercadorias.

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 foi devidamente cientificada do início da ação fiscal, e intimada a apresentar livros, documentos e/ou prestar informações, em 02/01/2019, através do seu DTE, na forma dos elementos contidos às fls. 04 e 05, tomou conhecimento do teor da acusação (fls. 16 e 17), recebendo cópia da mídia encartada à fl. 15, e pode exercer de forma plena e absoluta 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 possibilitessem a instalação do contencioso.

Não tendo sido suscitadas questões preliminares a serem analisadas, adentro no mérito da autuação.

A defesa alega terem sido lançados valores correspondentes a mercadorias sujeitas à substituição tributária, atribuindo tal fato ao autuante ter apenas se guiado pela NCM dos produtos, o que seria um erro, diante de que algumas mercadorias de mesma NCM podem ser tidas como tributadas ou sujeitas à substituição tributária, as quais enumera como equivocadas, no que foi refutada pelo autuante.

A matéria, então, se resume à análise de cada uma daquelas NCM indicadas na peça impugnatória

apresentada, o que passo a fazer.

Antes, porém, a título de exemplo, analisarei algumas das inseridas nos demonstrativos analíticos elaborados pelo autuante, iniciando no exercício de 2014 pelo produto “bloco de espuma 1620000”, de NCM 3921.1390. No Anexo 1 ao RICMS/12, vigente no período, os itens 24.7 e 24.8 contêm a NCM raiz 3921.

Entretanto, esta NCM em tais itens, se reporta a “veda rosca, lona plástica, fitas isolantes e afins” e “telhas plásticas, chapas, laminados plásticos em bobina, para uso na construção civil”, respectivamente. Como bem sabido, para a aplicação da substituição tributária o critério a ser utilizado, e a própria defesa indica em sua peça, é a NCM combinada com a descrição da mercadoria. Por este critério, claro está não se enquadrar a mercadoria “bloco de espuma” nos itens acima nominados, o que lhe confere tributação normal.

O mesmo ocorre com a mercadoria “mangueira trançada 3/4”, de NCM 3917.3229, uma vez que no Anexo 1 ao RICMS/12, naquele ano (2014), a NCM raiz 3917 estava prevista para fins de substituição tributária para os produtos elencados no item 24.4, a saber “tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões) de plásticos, para uso na construção civil”, igualmente diversos da mercadoria mangueira.

Idêntica situação do produto “forro angelim pedra 10 x 1cm”, com NCM 6303.9990, distinto dos elencados como “persianas de materiais têxteis” presente no item 24.28 do Anexo 1 ao RICMS/12.

Como já dito acima, estes são apenas alguns poucos exemplos dos produtos em relação aos quais a empresa autuada tributou equivocadamente a menor, dando saídas sem tributação, quando deveriam ter a tributação cheia de 17% ou 18%, vez que produtos tributados pelo ICMS.

E aqui se percebe, claramente, que o argumento defensivo de que para uma mesma NCM existirem produtos com tributações diversas, tributados e com substituição tributária, procede. Apenas a empresa autuada não atentou para isso quando da tributação de diversos produtos, como os acima elencados.

Quanto àquelas NCM expressamente mencionadas na defesa, inicialmente entendo pertinente esclarecer que, muito embora a Carta Magna estabeleça em seu artigo 5º, ao abordar os direitos e garantias individuais, no inciso LV garanta “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e Recursos a ela inerentes”, neste dispositivo, evidentemente, encontra-se embutida a possibilidade de apresentação de prova.

Se é certo que, por exemplo, em direito penal, cabe, sem qualquer reserva, a “prova por amostragem”, à vista, inclusive de diversas decisões de Tribunais Superiores, em direito tributário tal conceito não pode ser adotado de forma ampla, como vemos no exemplo no julgamento do STJ no AgRg no REsp 659521/SP, no qual o relator, ministro Francisco Falcão, exarou a seguinte Decisão:

“EMENTA PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SÚMULA Nº 7/STJ.”

1. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido entendeu que no mandado de segurança, mesmo que preventivo, a necessidade de prova documental pré-constituída impede a aceitação de amostragens ou eventuais levantamentos elaborados unilateralmente pela impetrante e, ‘in casu’, nem isto foi apresentado, restando inadequada a via do mandado de segurança, instrumento constitucional que serve também para evitar lesão futura, mas desde que a direito decorrente de relação jurídica certa e determinada. (Grifos do relator).

A propósito, Paulo Bonilha, em seu livro *Da Prova no Processo Administrativo Tributário*, às fls. 69, após conceituar prova como “a soma dos fatos produtores da convicção da autoridade julgadora, apurados no processo administrativo tributário”, afirma na p. 78 que “o poder de instrução das instâncias de julgamento administrativo não pode implicar invasão ou substituição do dever das partes de carregar prova aos autos”, o que significa dizer que cabe apenas e tão somente à impugnante trazer tais provas relativas aos demais produtos tidos como submetidos à substituição tributária, contudo, não estão presentes nos autos.

Isso porque, no contencioso tributário, não poderá ser negado, ao contribuinte, o direito pleno de defesa, podendo o mesmo se utilizar de todos os meios de prova admitidos em lei, aliás, neste caso, inverte-se o ônus da prova, passando exclusivamente a este a responsabilidade da apresentação de elementos de provas que demonstrem as inverdades apuradas através de procedimento administrativo tributário que, por sinal, oferecendo, assim, maior possibilidade de apreciação objetiva e segura quanto às conclusões extraídas de seus resultados, de tal sorte que as provas produzidas sejam realizadas em toda sua extensão e amplitude, assegurando amplas prerrogativas e garantias de defesa ao contribuinte, para que o mesmo não seja onerado além do expressamente previsto na lei tributária.

Esta não faz distinção, não havendo preterição de qualquer uma das partes, devendo triunfar sempre a verdade material e formal dos fatos. Cabe, a princípio, à administração fazendária o ônus da prova no ilícito tributário, mesmo que a base de cálculo do montante devido seja determinada por arbitramento, o que não foi o caso em tela.

Todavia, a norma legal não conferiu, ao sujeito passivo, o poder de se eximir de sua responsabilidade através da recusa ou impossibilidade da entrega dos elementos materiais à apreciação objetiva e prevista na legislação tributária.

No presente caso, também não se pode aventure eventual aplicação da regra contida no artigo 333 do antigo Código de Processo Civil, sabidamente aplicado de forma subsidiária ao processo administrativo fiscal de Estado da Bahia, na forma de previsão legal, sendo o ônus desta prova especificamente, do sujeito passivo, vez que os documentos que elidiriam a infração estão em seu poder, compondo a sua escrituração, documentação e arquivos.

Dessa forma, não fazendo a produção da prova necessária, incorreu a defendente na regra do artigo 143 do RPAF/99, que determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, razão pela qual não posso admitir a sua argumentação defensiva quanto a outros itens da autuação não apontados, sequer aceitar que a prova seja produzida por amostragem, até pelo fato de ter feito as verificações e checagens tidas como necessárias para a elucidação da lide.

Assim, o contribuinte listou especificamente as NCM 3209, 3917, 3918, 3506, 3922, 9609, além da 3925.9000.

A 3209 no exercício de 2014, vigia apenas para “tintas, vernizes e outros” (item 40.1 do Anexo I ao RICMS/12); em 2015, permaneceu na substituição tributária para os mesmos produtos, no mesmo item, ao passo que em 2016, migrou para o item 16.1 (tintas e vernizes).

Foi encontrada operação de saída de “verniz vitral”, com a NCM 3213.1000, em 2014. Entretanto, no Anexo I ao RICMS/12 esta NCM previa substituição tributária, ou seja, saídas sem tributação para o produto de NCM 3213.1000, “tinta guache”, item 27.1, diverso dos vernizes acima referidos.

Quanto a NCM 3917, já foi abordada linhas acima, ao falarmos acerca da mercadoria “mangueira flexível”, vigorando a substituição em 2014 para aquela NCM, apenas em relação aos produtos “tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção civil”, mesma situação de 2015 (item 24.4 do Anexo I ao RICMS/12).

Em 2016, esta NCM se encontrava em dois itens do Anexo I ao RICMS/12: o 1.2 (peças, componentes e acessórios para veículos automotores) e o 8.6. Entretanto, não foram indicados pela defesa, nem encontrados nas verificações efetuadas, produtos comercializados pela empresa autuada que se enquadrassem nestas hipóteses.

No caso da NCM 3918, temos que em 2014 e 2015, ela se encontrava presente no item 24.5 do Anexo I ao RICMS/12, com a seguinte descrição: “revestimento de pavimento de PVC e outros plásticos”. Em 2016, a NCM 3918.1 se encontrava nos itens 1.3 (peças, componentes, e acessórios para veículos automotores - protetores de caçamba) e 8.7 somente com a raiz 3918 (revestimento de pavimento de PVC e outros plásticos).

Os produtos arrolados na autuação com tal NCM 3908 foram, por exemplo, em 2015 “acqua kap 30cm x 30cm preto kit C/6PCS 160303”, NCM 3918.9000, constante nas notas fiscais 650.530, de 04/01/2015 e 691.662, de 06/04/2015, “bloco eps (isopor) h-8 1200x400x80mm”, na nota fiscal 724.286, emitida em 08/07/2015. Já em 2016 “bota sola amarela n. 42”, de NCM 3918.1000, contido na nota fiscal 888.497, de 07/01/2016, “fita zebra 70 mm x 100m worker”, na nota fiscal 888.892, emitida em 08/01/2016, com NCM 3918.9000, “bloco EPS (isopor) h7 1200x400x70mm”, de NCM 3918.9000, tal qual nos exemplos anteriores, não se enquadram na descrição das mercadorias que estariam sujeitas à substituição tributária, listadas no Anexo I ao RICMS/12, o que leva ao não acolhimento do pleito defensivo.

Para o ano de 2014, a mesma situação se repete em relação aos produtos comercializados com esta NCM, e diante do já exposto, devem ser mantidos os produtos inseridos no demonstrativo da autuação, por não se caracterizarem pelas suas descrições, com aqueles sujeitos à substituição tributária.

Em relação à NCM 3506, esclareço que no ano de 2016, esta não se encontrava no rol do Anexo I ao RICMS/12. Logo, todas as operações de mercadorias com a mesma deveriam ser tributadas normalmente.

Não foi, entretanto, o procedimento da empresa autuada. Tomo por exemplo, a mercadoria “cola madeira Amazonas uso geral 250g” (NCM 3506.1090), comercializada em 30/12/2016 através da nota fiscal 1.090.483, sem qualquer tributação. Mesma situação da mercadoria “adesivo 17g”, (NCM 3506.1090) vendido em 25/11/2016 através da nota fiscal 1.068.364, igualmente sem tributação na saída.

Para 2014, apesar da previsão de diversos produtos, não foram verificadas vendas com tal NCM, ao passo que em 2015, no item 24.92 “produtos de qualquer espécie utilizados como colas ou adesivos, acondicionados para venda a retalho como colas ou adesivos, com peso líquido não superior a 1 kilo, exceto cola bastão, cola instantânea e cola branca escolar”, item 27.41 “colas escolares branca e colorida, em bastão ou líquida - 3506.10.9 e 3506.91.9”, item 40.6 “produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas (exceto cola escolar branca e colorida em bastão ou líquida nas posições 3506.10.90 e 3506.9190) e adesivos. 2707, 2713, 2714, 2715, 3214, 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807” e item 40.9

"indutos, mástiques, massas para acabamento, pintura ou vedação – 3214, 3506, e 3910" estavam sujeitos à substituição tributária.

Constatou operação com o produto "fita dupla face banan 12x2 Norton", NCM 3506.9190, comercializada em 13/02/2015, através da nota fiscal 671.838. Neste período, vigorava a substituição tributária para "colas escolares branca e colorida, em bastão ou líquida - 3506.10.9 e 3506.91.9", e tendo em vista o produto comercializado não corresponder à descrição contida na legislação, ainda com a mesma NCM, não assiste razão à empresa autuada.

Encontro, ainda, a mercadoria "passa roupa Sonho gatilho 500ml", NCM 3506.9120, vendida através da nota fiscal 683.636, emitida em 14/03/2015, sem tributação. Todavia, o Anexo 1 ao RICMS/12, não prevê substituição tributária para tal mercadoria, sequer a sua NCM correspondente, o que justifica o acerto do autuante.

Por fim, como mercadoria arrolada no período, "fita dupla face acrílica 09mmx02m Vonder", NCM 3506.1090, cuja saída do estabelecimento autuado ocorreu através da nota fiscal 806.914, de 24/10/2015, e que se enquadra no mesmo caso da fita dupla face acima analisado, vez que o item 27.41 do Anexo 1 ao RICMS/12 determina a substituição tributária para "colas escolares branca e colorida, em bastão ou líquida - 3506.10.9 e 3506.91.9", o que definitivamente não se enquadra neste produto analisado

Quanto à NCM 3922, em 2014 e 2015, a substituição tributária estava prevista no item 24.9 do Anexo 1 ao RICMS/12, para os produtos "banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, caixas de descarga e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos", ao passo que em 2016, no item 8.13 do mesmo Anexo, para os produtos "banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, caixas de descarga e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos."

Foram comercializadas, sem tributação alguma em 2014 pela autuada, mercadorias como "armário p/ banheiro branco", NCM 3922.9000, na nota fiscal 448.336, de 03/01/2014, "kit acessório p/banh 5pc Atlantis", de NCM 3922.9000, na nota fiscal 450.055, emitida em 06/01/2014, "suporte Aquapluv style branco", NCM 3922.9000, na nota fiscal 451.614, de 08/01/2014, "kit Verona p/banh. 9pc crom.cristal", ainda com a NCM 3922.9000 (nota fiscal 452.035, de 09/01/2014), "rodapé angelim pedra 7x1.5cm 1m", também com a mesma NCM 3922.9000, como visto na nota fiscal 455.963, datada de 15/01/2014.

Como visto, a exceção do rodapé, os demais produtos são utilizados em sanitários, todavia não se caracterizam como de "usos sanitários ou higiênicos", razão suficiente para a manutenção no lançamento. Nos demais exercícios, as mesmas situações se repetem, para idênticos produtos.

Para a NCM 9609, são pertinentes as seguintes observações: em 2014 nenhum produto com tal NCM tinha previsão para substituição tributária, o mesmo acontecendo em 2016. No ano de 2015, existia a previsão para substituição tributária para os produtos de NCM 9609, constante no item 27.15 (artigos de papelaria), a saber, "lápis, minas, pastéis, carvões, gizes para escrever ou desenhar e gizes de alfaia".

Assim, em 2015, não se constatou no levantamento qualquer produto com tal NCM, ao passo que aqueles comercializados em 2014 e 2016, não foram tributados corretamente, a exemplo dos seguintes: "lápis preto n.º 2", constante da nota fiscal 1.014.229, de 12/08/2016, "lápis preto tris collection glitter com borracha", da nota fiscal 1013.835, datada de 11/08/2016, "lápis de cor flex 12 cores", inserido na mesma nota fiscal anteriormente citada, dentre muitos outros casos.

Por fim, para a NCM 3925.9000, em 2014, o item 24.11 do Anexo 1 ao RICMS/12 estabelecia a substituição tributária para "telhas, cumeeiras e caixas d'água de polietileno e outros plásticos – 3925.1, 3925.9", sendo constatado que as operações realizadas pela autuada sem tributação foram com produtos como "bocal Aquapluv 125x88mm bege", que segundo o site do seu fabricante, disponível em https://www.tigre.com.br/bocal-retangular-esquerdo-aquapluv-style?gclid=EA1alQobChMliu2_nKyQ5QIVkQyRCh2zmwRmEAAYASAAEgIWSvD_BwE, se constitui na peça que "faz a ligação da calha que capta a água da chuva que cai nos telhados ao tubo de descida....permite o fechamento do lado esquerdo da calha", ou seja, não corresponde aos materiais cuja previsão de substituição tributária ocorre, tendo, pois, tributação normal, ao contrário do procedimento adotado pela autuada, na emissão da nota fiscal 447.662, em 02/01/2014, com indicação da NCM aqui analisada (3925.9000).

Também no mesmo documento fiscal verifico a mercadoria de mesma NCM 3925.9000 descrita como "cabeceira direita Aquapluv beiral 125 mm bege", que igualmente de acordo com informação do fabricante em https://www.tigre.com.br/cabeceira-direita-aquapluv-style?gclid=EA1alQobChMlrNHcgquQ5QIVGY7ICh0mAA50EAAYASAAEgI5JfD_BwE, "permite o fechamento ao lado direito do final da calha que é instalada nos telhados de residências e comércios, para coletar e conduzir água da chuva", o que também não se coaduna com a descrição acima posta pela legislação, vez que calha não é telha, nem caixa d'água, e muito menos cumeeira.

Foi da mesma forma, encontrada operação realizada com a nota fiscal 649.276, de 31/12/2014 da mercadoria

"cabide c/ventosa av/cab BRI", de NCM 3925.9090, a qual não se enquadra na descrição normativa para substituição tributária, falecendo, pois, razão à autuada, tal qual a mercadoria "balde plástico preto 12l reforçado" (NCM 3925.9000), comercializado pela nota fiscal 448.648, em 03/01/2014, também mercadoria que não pode ser tida como sujeita à substituição tributária, reservada, como já visto, com tal NCM para "telhas, cumeeiras e caixas d'água de polietileno e outros plásticos", devendo sofrer tributação normal.

E aqui aproveito a oportunidade para registrar não ter verificado o lançamento da mercadoria "balde preto para construção", no demonstrativo elaborado pelo autuante.

Esta é rigorosamente a mesma situação do ano de 2015, onde posso citar a mercadoria "cantoneira plástica Kanti ABC" (NCM 3925.9090), vendida através da nota fiscal 650.587, em 04/01/2015, somente para ficarmos neste exemplo.

Já em 2016, temos duas situações em relação a tal NCM 3925.9: a primeira delas é a vigente de 01/01 a 09/03/2016, no qual no item 8.16 do Anexo I ao RICMS/12, encontramos a previsão de substituição tributária para as mercadorias "outras telhas, cumeeira e caixa d'água, inclusive sua tampa, de plástico, mesmo reforçadas com fibra de vidro" e item 8.17 para "artefatos para apetrechamento de construções, de plásticos, não especificados nem compreendidos em outras posições, incluindo persianas, sancas, molduras, apliques e rosetas, caixilhos de polietileno e outros plásticos, exceto os descritos nos itens 8.15 e 8.16", onde no demonstrativo elaborado pelo autuante encontramos "bloco eps (isopor) H-12", (NCM 3925.9010), na nota fiscal 887.251, emitida em 06/01/2016, produto sem qualquer relação com aqueles acima listados, bem como "balde plástico preto 12l" (nota fiscal 888.516, de 07/01/2016), também já analisado em 2014, com a devida justificativa para manutenção no lançamento.

A segunda situação, vigorando a partir de 09/03/2016, mantém os mesmos itens anteriormente citados, bem como itens do Anexo I, e a título de comprovação da correta fiscalização, exemplifico com a operação com "bloco eps (isopor) H-12", (NCM 3925.9010), na nota fiscal 1.036.974, de 01/10/2016, igualmente já analisada anteriormente.

E para que não pare qualquer dúvida, acerca dos procedimentos de conferência, as operações com ECF também foram analisadas, e apesar de os demonstrativos elaborados não trazerem as NCM, apenas os CFOP de cada operação, por estes, é possível se analisar a correta ou não do procedimento adotado pelo contribuinte.

Assim, por exemplo, para 2015, o produto "mangueira trancada 3/4 pt300", trazido como exemplo, e já analisado logo no começo do presente, consta o CFOP 5405 (fl. 01 do demonstrativo), que se reporta a venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído, o que não corresponde à situação tributária da mesma, que deveria ser tributada normalmente, não tendo vindo aos autos, por intermédio da defesa, qualquer documento fiscal que comprovasse a entrada de tal mercadoria com a tributação encerrada.

De igual modo, a mercadoria "escada alumínio uso doméstico 5 degraus", comercializada em 31/01/2015, com o mesmo CFOP 5405 (também na fl. 01 do demonstrativo), se encontra submetida à tributação normal, e não à substituição tributária, diante da não inclusão de tal produto no Anexo I ao RICMS/12.

No ano de 2016, produtos como "lápis de cor tris jumbo 12 cores" (demonstrativo fl. 04), tidos pela autuada como sujeitos à tributação, não se encontravam descritos no Anexo I ao RICMS/12 como sujeitos à substituição tributária, apenas "sombra, delineador, lápis para sobrancelhas e rímel", item 19.4 (NCM 8214.1000).

Assim ocorre com os demais produtos ali elencados, e diante da serem mera repetição, e à vista de apontamento específico de mercadorias pela defesa, não serão analisados especificamente.

Logo, diante do fato de como analisado e demonstrado os produtos elencados no demonstrativo se caracterizam diante das NCM e respectivas descrições, em produtos tributados normalmente pelo ICMS nas saídas, devendo ser mantidos na autuação, até pelo fato de a defesa mencionar de forma geral aquelas NCM tidas como incorretamente inseridas no levantamento fiscal realizado, o que não se configura, e leva ao entendimento e posicionamento pela procedência da autuação.

A autuada, ora recorrente, inconformada com a decisão de piso vem aos autos novamente interpor peça recursal às fls. 52 a 55, com CD na folha seguinte consta o arquivo de seu apelo. Trouxe a descrição da imputação e pede pela reforma da decisão pelas seguintes razões:

Salienta que todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela legalidade, sendo que o procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei, precisando que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Reproduz o artigo 142 do CTN.

Assevera que o lançamento, por esta sua natureza, é conforme ao princípio de legalidade, além do CTN estabelecer que no parágrafo único do art. 142 que “*a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*”, sendo atividade vinculada, pois não pode se separar da legalidade, tanto no que respeita ao conteúdo, quanto à forma.

Lembra que matéria tributária é a situação descrita em lei como pressuposto material do fato gerador, precisamente é o elemento objetivo do fato gerador. Sustenta que não basta que o órgão fiscal tome apenas conhecimento da ocorrência do fato, mas precisa confrontá-lo com a lei criadora para se certificar se este se enquadra perfeitamente no modelo da lei. Às vezes esse elemento é muito complexo e exige apreciação da relação fática.

Afirma que calcular o montante do tributo devido significa que, se for o caso de tributo avaliável, deve utilizar-se da base de cálculo que a lei também instituiu para aquele tipo e sobre ela aplicar a alíquota legal. Portanto, quer para determinar a matéria tributável quer para calcular o montante do tributo devido estão vinculados à exatidão do fato e aos limites da lei.

Explica que as mercadorias apontadas pelo auditor fiscal autuante como recolhidas a menor o ICMS, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, alíquota indevida ou com erro na determinação da carga tributada na ECF, não procede, eis que, desta relação de mercadorias foram incluídas mercadorias que estão no regime da substituição e antecipação tributaria com encerramento da tributação porque, são mercadoria de uso da construção civil e papelaria.

Esclarece ainda que, as provas apresentadas pelo fisco foram as notas fiscais eletrônicas de compras e vendas e a escrituração fiscal eletrônica do autuado que estão armazenadas no Serviço Público de Escrituração Fiscal. Portanto, em caso de dúvida, cabia o órgão julgador baixar em diligencia o processo para ser saneado ante a divergência apontada.

Disse que ao acolher, reconhecendo, a divergência o julgador ao invés de converter em diligência, para esclarecer sua própria dúvida, por conta própria adentrou no Sitio eletrônico do fabricante do produto para buscar o esclarecimento da sua dúvida, que, ficou supostamente esclarecida, **com elementos de prova que não foram levados ao contraditório e se quer existiam nos autos, ou seja houve a introdução de uma prova inexistente nos autos.**

Assinala que pelo fato do julgador acessar o domínio eletrônico do fabricante para buscar elementos de prova e usar em sua fundamentação demonstra insuficiência de prova apresentada pelo autuante e, mais, demonstra-se que no mínimo diante da dúvida (comprovada com a sua ação) deveria o julgador converter o auto em diligência para se analisar e excluir os produtos da autuação fiscal equivocadamente autuado, oportunizando novo contraditório.

Conclui solicitando que a decisão seja anulada, baixando o processo em diligência para saneamento e realização da ampla defesa e do contraditório.

Finaliza, requerendo que seja acolhido o presente Recurso Voluntário para o fim de assim ser decidido, reformar a decisão julgando totalmente improcedente este Auto de Infração, com fundamento no artigo 5º, LV da Constituição Federal de 1988.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado com previsão legal no art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, tendo a JJJ julgado Procedente o Auto de Infração lavrado em 29-03-2019, para exigir ICMS no valor total de R\$871.753,60, imputação esta em decorrência de erro na ECF, determinação na carga tributária:

Infração 01. 03.02.04. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2016. Consta na descrição dos fatos: “Tratam-se de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, alíquota indevida ou com erro na determinação da carga tributada (ECF)” (Mantida a grafia original).

Constato que o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais à sua lavratura, obedecendo o disposto no art. 39 do RPAF/99, art. 142 do CTN.

Os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos de mídias, levantamentos, demonstrativos e documentos fiscais constantes nos autos, necessários à demonstração dos fatos arguidos, todos entregues cópias ao autuado, que exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório, incorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar em nulidade.

No mérito, a recorrente alega a improcedência do lançamento, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, alíquota indevida ou com erro na determinação da carga tributada na ECF, uma vez que, desta relação de mercadorias, foram incluídas mercadorias com NCMs que estão no regime da substituição e antecipação tributária, refutada pelo autuante em sua informação fiscal, fl. 31 e verso.

Observo que nesta alegação, o autuado não trouxe qualquer prova necessária à desconstituição do crédito tributário lançado pelo fisco, ainda que parcial. Sendo o contribuinte possuidor dos possíveis elementos probatórios das alegações defensivas, não os trazendo aos autos, o entendo incurso nas disposições do art. 142 do RPAF/99, que abaixo reproduzo:

Art. 142. 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.

Destaco também, que o contribuinte na fase primária – impugnação, até tentou descharacterizar a autuação, total ou parcial, fazendo alegações que o relator de piso combateu todas as dúvidas, comparou os exemplos pontuados pelo ora recorrente e verificou que as informações sustentadas pelo contribuinte não condiziam com a correta tributação. Ainda, o relator de Primeira Instância verificou cada nota alegada, cada mercadoria, cada NCMs e desconstituiu as razões que não foram comprovadas.

Por tudo aludido, encontra-se correto o procedimento fiscal, confirmando que o sujeito passivo efetuou recolhimentos a menor, aplicando alíquota diversa da legislação nas saídas enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Ante ao exposto, entendo que nada há a reformar na Decisão recorrida, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269141.0005/19-6, lavrado contra COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO COROA LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$871.753,60, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS