

PROCESSO - A. I. Nº 298942.0004/18-1
RECORRENTE - PIANNA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0049-02/19
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0317-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM IMPOSTO PAGO. 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 Recorrente não trouxe em grau de Recurso, novos argumentos ou produtos que estivesse ao abrigo da substituição tributária, citando inclusive as mesmas notas fiscais e mercadorias da peça de impugnação inicial, conforme se verifica às fls. 189 (impugnação) e fls. 269 (Recurso Voluntário) repetindo exatamente a mesma argumentação: deste modo, a vista da listagem das notas fiscais é possível constatar a impossibilidade da autuação, citamos as Notas Fiscais nºs 9024, 9373, 9404, itens mangueira preta. Quanto às demais infrações, não apresentou contestação, apenas reconhecendo parcialmente o lançamento. Contudo, verifico que quanto à decadência, embora o voto recorrido tenha se pronunciado de ofício e, reduziu o lançamento quanto aos itens 2, 3 e 4, não o fez com relação ao item 1, crédito fiscal indevidamente lançado, e assim, também de ofício, reduzo esta infração, excluindo os lançamentos de janeiro a abril de 2013. Negados os pedidos de nulidade e diligência. Reconhecida, de ofício, a decadência parcial da infração 1. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração que 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. Às fls. 221 a 227 se encontram os documentos comprobatórios do recolhimento efetuado. Informação fiscal prestada pelo autuante à fl. 229. A JJF decidiu pela Procedência Parcial pelos seguintes termos:

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.

Observe 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 escriturado, 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 subseqüentes”

*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 defendente 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

Apresenta as razões recursais devido ao inconformismo da decisão de piso, às fls. 257/65, e inicialmente, reproduz as infrações, alega reconhecimento parcial do débito, transcreve a ementa da JJF e resume a decisão de primo grau.

Nas razões, solicita preliminar de nulidade alegando que o lançamento é obrigado a obedecer às diretrizes constitucionais particularmente aquelas calcadas no devido processo legal (substantivo) que perpassa pela prévia definição de competência até efetiva participação das partes na tramitação. Reproduz o art. 2º do RPAF/BA.

Alega ainda cerceamento do direito de defesa, pois informa que o acórdão da JJF rejeita a impugnação fiscal arguindo que o “contribuinte não consegue trazer aos autos elementos no sentido de comprovar a insubsistência das infrações, o que as mantém no lançamento”, todavia negou peremptoriamente a diligência pedida pela Recorrente.

Reconhece na infração 1 como devido o valor de R\$1.311,17, pois tal parcela não trata de substituição tributária. Nas infrações 2 e 3, reconhece o valor de R\$20.000,00.

Assinala que anexou inúmeros documentos fiscais (Notas Fiscais e GNRE's) à impugnação por meio dos quais comprova em grande parte o recolhimento do tributo aqui discutido (ICMS-ST e ICMS).

Esclarece que tanto a autuação como o acórdão da JJF afastam a aplicação do ‘Protocolo ICMS 41/2008’ seja por divergência de especificação dentro da tabela seja por desconsideração do componente para efeito de classificação como autopeça.

Por esse motivo, pede-se o detalhamento do levantamento fiscal e a aferição dos elementos contábil-fiscal que objetivava demonstrar a estrita correlação das peças automotivas em questão à atividade automotiva. Transcreve decisão do STJ (STJ, 3ª Turma, AgRg no RESp nº 1.408.962/PE, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 29.04.2016) sobre a negação do detalhamento e afirma que a contribuinte não elidiu o lançamento fiscal, sendo incidido em cerceamento de defesa.

Nas questões de mérito, diz serem restritas ao ‘Protocolo ICMS 41/2008’ relativo à substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças, observa-se que a atividade comercial da Recorrente é comércio atacadista de máquinas, aparelhos e equipamentos para uso agropecuário além de comercializar partes e peças.

Dimensionados os fatos geradores a partir de 07/2013 até 11/ e 12/2015 o acórdão nega o direito ao crédito tributário e, mantém as outras duas infrações, partindo do pressuposto de se tratar de operação interestadual regida pela substituição tributária, o que delibera sem qualquer discriminação entre as mercadorias arroladas no ‘Protocolo ICMS 41/2008’ e aquelas nele não previstas.

Explica que, o giro comercial da Recorrente contemplava circulação de mercadorias sujeitas à substituição tributária e outras que não se tratavam dela, motivo pelo qual arguiu e comprovou ser indevida a atuação de modo indiciário. Entretanto, dada a formatação do levantamento, pediu o detalhamento para que ficasse indene de dúvida os dois tipos operação! Negada a diligência, a decisão tem substrato em presunção que, todavia, é incompatível com a certeza inerente ao lançamento tributário.

Pontua que a decisão remete ainda ao Anexo 01 do RICMS/12 sem, todavia, referir-se ao Anexo do próprio “Protocolo ICMS 41/2008” – instrumento o qual seja na sua redação originária seja na sua redação atual contemplava os itens.

Afirma que há clara divergência em relação à classificação das mercadorias em relação as quais gravitam as alegações da Recorrente e a determinação fiscal, a partir do rol trazido no RICMS/12 e o rol elencado no ‘Protocolo ICMS 41/2008’.

Esclarece que, nos termos do art. 110 do CTN, *“a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”*. Cita decisões do CONSEF (A-0197-01/12; A-0076-05/15).

Pondera que as mercadorias em questão estão alocadas no anexo I do ‘Protocolo ICMS 41/2008’ cuja dimensão abrange no § 1º, parágrafo único – cláusula primeira. Disse que na medida que o órgão julgador impõe à Recorrente conduta condizente *“a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha”* quando ela forneceu os elementos e pediu o detalhamento do levantamento fiscal a decisão incide em nulidade por que nos termos do RPAF/BA – Art. 18.

Afirmar a ausência de prejuízo ou atingimento dos fins por outras finalidades porque a autuação foi mantida. Assevera que a fundamentação adotada no acórdão NCM perante as definições e o rol do ‘Protocolo ICMS 41/2008’ é insuficiente para caracterizar infração aos termos da normativa cuja rubrica, portanto o regramento refere a autopeças.

Disse que inúmeros outros julgados, vem reduzindo infrações com base na divergência de classificação (Acórdãos 3ª JF nº 0002-03/17 5ª JF Nº 0002-03/17 dentre outros). Nessas decisões, dentre outras matérias, restabeleceu-se a própria MVA definida no protocolo!

Aponta que a autuação, para a ausência de individualização das mercadorias ao afrontar a estrita legalidade, conforme tem afastado pretensão de redimensionar autopeças para abranger bens não encampados no conceito (Apelação 0567961-92.2014.8.05.0001, julgado pela 2ª Câmara cível do TJBA).

Assinala 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.

Reitera que por esse motivo o ‘Parecer nº 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 é possível constatar a impossibilidade de autuação (exemplificativamente, citamos as NFe nºs 9024, 9373, 9404, itens 1406020, 1406021, 1406019 e 1406018 – mangueira preta, cuja descrição não consta no Anexo I).

Afirma que a descrição da mercadoria ligada à finalidade (veículo automotor) fixa o nexo de causalidade que afasta a autuação. Postula que, nem sequer a base de cálculo foi reduzida, circunstância desconsiderada pela fiscalização unicamente porque a descrição do produto diverge daquela estabelecida no Convênio ICMS 52/9, sendo que se ignorou o fato de as NFs estarem corretas. Existindo o mesmo fundamento aplica-se o mesmo direito para desconstituir a infração a partir da verificação dos fatos. Acrescenta que, houve lançamento de ICMS sobre aquisições de mercadorias cuja antecipação desse mesmo imposto se fez por ST (a teor do Protocolo ICMS 41/2008).

Reafirma que somente a diligência para esclarecer de fato as dúvidas, cuja negativa, vide acórdão ora atacado, pecou por não deferi-la.

Finaliza postulando:

- A admissão e o processamento do recurso na forma legal;
- A realização da diligência antes requerida (desdobramento do levantamento fiscal que subsidia o lançamento tributário);
- No mérito, a reversão (reforma) do acórdão no âmbito dessas razões recursais anulando-se a atuação fiscal remanescente.

VOTO

O lançamento é composto de 4 itens – por uso indevido de crédito fiscal, recolhimento a menos do imposto em razão de aplicação de alíquota diversa, por erro na carga tributária utilizada no ECF e em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas regularmente escrituradas.

A primeira infração, consta o demonstrativo às fls. 15/21, com itens como *tubo plástico walmur preto*, *botina uberabão*, *mangueira preta*, sendo em sua maioria, *bota de PVC*. Tais mercadorias tiveram o crédito fiscal glosado, segundo o autuante, e confirmado pelo voto recorrido, por se tratar de mercadorias submetidas à substituição tributária.

A segunda infração, cujo demonstrativo está às fls. 22/114, consta de diversos produtos como *serra circular*, *lima chata*, *parafuso*, *mola*, *anticorrosivo*, *chave de fenda*, etc., cujas alíquotas foram informadas como “zero” nas notas fiscais, sendo cobrada a diferença para a alíquota normal de 17%.

A terceira infração, demonstrativo às fls. 117/67, consta saídas de produtos idênticos ao da segunda infração, contudo em vendas por meio de ECF, também com alíquota “zero”.

A quarta infração, demonstrativo de fls. 168/73, é composta de mercadorias como *enxada*, *conjunto de chave*, *enxada*, e o erro apontado no lançamento está na base de cálculo do imposto, que foi corrigida pelo autuante.

Colocadas as descrições das 4 infrações, e observando os demonstrativos, não constato qualquer vício que possa se configurar em nulidade o lançamento, mesmo porque o próprio Recorrente reconhece na infração 1, uma parte do imposto lançado como devido, no valor de R\$1.311,17, pois admite que tal parcela não trata de mercadorias submetidas à substituição tributária.

Nas infrações 2 e 3, também foi reconhecido como procedente o valor de R\$20.000,00, embora sem

especificar quais mercadorias, nem tampouco que valores mensais estaria a reconhecer como devidos no lançamento.

Assim, apresenta-se inclusive a situação de reconhecimento parcial do lançamento, não fazendo sentido qualquer apelo à nulidade. Da mesma forma, o pedido de diligência não está devidamente fundamentado, já que todos as infrações estão claras, com as mercadorias referidas, perfeitamente identificadas em demonstrativos minuciosamente elaborados, e não cabe nenhuma análise a ser efetuada em diligência, estando o julgador apto a ponderar as razões de defesa.

Assim denego o pedido de nulidade, pois não há cerceamento de defesa, nem vícios de ordem formal ou material que macule o lançamento, assim como também não vislumbro necessidade de diligência para resolução da lide.

No mérito, o Recorrente não fez uma defesa pontual de cada infração, apenas arguiu que as mercadorias arroladas estariam no Protocolo ICMS 41/2008. Essa questão foi devidamente apreciada no voto recorrido conforme reproduzo abaixo:

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.

O Recorrente não trouxe em grau de Recurso, novos argumentos ou produtos que estivesse ao abrigo da substituição tributária, citando inclusive as mesmas notas fiscais e mercadorias da peça de impugnação inicial, conforme se verifica às fls. 189 (impugnação) e fls. 269 (Recurso Voluntário) repetindo exatamente a mesma argumentação: “deste modo, a vista da listagem das notas fiscais é possível constatar a impossibilidade da autuação, citamos as Notas Fiscais nºs 9024, 9373, 9404, itens mangueira preta”.

Fazendo consulta ao Anexo do RICMS/2012, nos exercícios fiscalizados, é possível aferir que o julgador de piso tem razão. Vejamos o que diz por exemplo, o item 24.4 do referido anexo:

ITEM 24.4 – Tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção civil – NCM 3917

A mangueira preta por exemplo, está no grupo NCM 3917 e, portanto, incluída na substituição tributária, o que impede o uso do crédito fiscal.

Constatado ainda que quanto às demais infrações o Recorrente não apresentou especificamente qualquer contestação nem na impugnação inicial nem no Recurso Voluntário. O voto recorrido inclusive fez referência aos arts. 142 e 143 do RPAF, relativas à ausência de contestação das infrações, apenas indicando o reconhecimento parcial, contudo sem indicar quais mercadorias reconhecia no lançamento, como corretas, conforme se demonstra o voto recorrido:

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 dependente de forma pontual, o lançamento há de ser mantido na sua integralidade, exceto a parte excluída pela decadência, na forma da seguinte demonstração.

Contudo, verifico que quanto à decadência, embora o voto recorrido tenha se pronunciado de ofício e, reduziu o lançamento quanto aos itens 2, 3 e 4, não o fez com relação ao item 1, crédito fiscal indevidamente lançado, e assim, também de ofício, reduzo esta infração, excluindo os lançamentos de janeiro a abril de 2013, sendo o valor original lançado de R\$3.466,04 reduzido para R\$1.393,72. O Recorrente inclusive reconhece como devido um valor próximo, de R\$1.311,17.

Face ao exposto, mantenho a decisão recorrida, e NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, excluindo, de ofício, os meses de janeiro a abril de 2013, fulminados pela decadência, mantendo os lançamentos de julho de 2013 a maio de 2014. Assim, o montante do Auto de Infração é conforme o demonstrativo abaixo:

| INF | VL LANÇADO | VL JULG-JF | VL JULG-CJF | MULTA | RESULTADO |
|--------------|------------------|------------------|------------------|-------|--------------------------|
| 01 | 3.466,04 | 3.466,04 | 1.393,72 | 60% | PROC. PARCIAL/DECADÊNCIA |
| 02 | 46.264,53 | 40.995,54 | 40.995,54 | 60% | PROCEDÊNCIA PARCIAL |
| 03 | 29.194,08 | 23.012,32 | 23.012,32 | 60% | PROCEDÊNCIA PARCIAL |
| 04 | 948,47 | 821,46 | 821,46 | 60% | PROCEDÊNCIA PARCIAL |
| Total | 79.873,12 | 68.295,36 | 66.223,04 | | |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298942.0004/18-1, lavrado contra **PIANNA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$66.223,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os recolhimentos efetuados.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS