

PROCESSO	- A. I. N° 206887.0004/17-4
RECORRENTE	- OURO VERDE COMÉRCIO DE FERTILIZANTES E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0122-03/18
ORIGEM	- INFRAZ ITABERABA (CENTRO NORTE)
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 09/07/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0125-11/21-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. A antecipação parcial é prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, incidindo sobre as aquisições de mercadorias para comercialização, independentemente do regime de apuração. Diligência realizada junto ao autuante, que reconheceu parte das alegações da recorrente. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, contra a decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual exige ICMS no valor de R\$142.387,36, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7014/96, ocorrida no período de fevereiro a novembro de 2014; maio a junho e setembro de 2015 e janeiro, fevereiro, abril, junho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2016, em face da seguinte imputação:

Infração 01 – 07.15.02: “Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização”.

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 3ª JJF:

VOTO

O Auto de Infração em lide exige ICMS mais multa, em decorrência do recolhimento a menor da antecipação parcial do imposto, referente aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de fora do Estado.

Preliminarmente, verifico que a acusação fiscal está efetivamente motivada no Auto de Infração, ou seja, está claramente especificada a infração, infrator, descrição dos fatos, enquadramento legal, montante do débito exigido e da multa aplicada.

O autuado, por duas oportunidades, em sua impugnação fez referência a infrações que não fazem parte da presente lide. Alegou, ainda, aplicação indevida de MVA, exigência do imposto para mercadorias inclusas na substituição tributária e isentas, bem como a falta de redução de alíquota para o produto “fertilizante”.

Em virtude do acima mencionado, o processo foi baixado em diligência, para que o autuado fosse intimado para tomar ciência das informações fiscais prestadas, alertando-o de que a prova documental de suas alegações deveria ser apresentada na impugnação, ou seja, que o mesmo apontasse quais mercadorias, objeto da autuação, seriam isentas de tributação ou estariam sob o regime da substituição tributária, informando ainda o NCM das mesmas e, elaborando demonstrativos elucidativos que amparassem suas argumentações.

Todavia, o autuado foi intimado à fl. 102 e não se manifestou. 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, de acordo com o que determina o art. 123, §5º, e art. 142, do RPAF/BA.

Vale ressaltar que, tratando a presente exigência de recolhimento a menor da antecipação parcial, não houve aplicação de MVA, e os demonstrativos elaborados pelo autuante, às fls. 04 a 57, atenderam, inclusive, as reduções das alíquotas previstas na legislação, sendo que seus dados, em nenhum momento foram contestados objetivamente pelo sujeito passivo.

O artigo 123 do RPAF/99 assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração,

devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do supra citado regulamento.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o presente recurso objetivando a reapreciação da decisão de piso.

Inicialmente, informa a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos.

Nas razões de mérito, aduz que a contribuinte atendeu todas as intimações recebidas e inclusive apresentou planilha demonstrando todas as notas fiscais que foram indevidamente incluídas na antecipação parcial por se tratar de mercadoria substituída, isenta ou tributada com alíquota reduzida.

Ademais, afirma que está respondendo a dois Autos de Infração lavrados pelo mesmo auditor na mesma época, que estão correndo em paralelo, um tratando sobre antecipação parcial e o outro sobre substituição tributária, ambos relativos ao mesmo período. De maneira que, as planilhas contendo todas as mercadorias adquiridas nos anos de 2014, 2015 e 2016 foram apresentadas no Auto de Infração nº 2068870002/17-1, e segue anexa ao presente.

Destaca que fez alegações específicas a respeito da aplicação da lei tributária tanto em sua defesa quanto na manifestação à informação fiscal, as quais não foram objeto de análise nem do fiscal nem de parte da Junta de Julgamento Fiscal. Como vemos ambos se limitaram a afirmar que o lançamento fiscal está correto e que a contribuinte não apresentou uma contestação objetiva.

Entende que as alegações da defesa, a despeito do posicionamento da JJF, foram muito objetivas e exemplificativas das situações em que a lei tributária não foi aplicada corretamente. Além disso, os questionamentos feitos se referiram à totalidade dos débitos lançados nos demonstrativos e não a parte dele. Logo todo o lançamento estava sendo impugnado.

Alega que o auditor deixou de contemplar alegações defensivas, limitando-se a dizer que “*o contribuinte na sua defesa alega entre outras coisas que retroagimos a lei para alcançar as aquisições realizadas nos anos de 2014 a 2015, acrescentando á base de cálculo MVA incidente nas aquisições interestaduais e cita alguns NCMs num universo bem maior que são efetivamente da antecipação parcial e não do total conforme as referidas planilhas. Não apresentando nenhum demonstrativo que possa desqualificar nossos levantamentos*”.

Salienta que os NCMs citados na defesa estão presentes em todos os demonstrativos feitos pelo fiscal, e não apenas em parte dele, de maneira que todo o demonstrativo estava sendo impugnado. Todavia, o fiscal não adentrou sequer o mérito da indevida retroação da lei tributária, especialmente no que toca às mercadorias (cujos NCMs foram expressamente citados em cotejo com o Anexo I do RICMS) sujeitas à substituição tributária na época (com fase de tributação encerrada) que foram indevidamente inseridos na antecipação parcial.

Cita o art. 127, §6º do RPAF/99 e afirma que a informação fiscal foi genérica, vaga e pouco objetiva, pois não fez menção sequer ao Anexo I do RICMS vigente na época para rebater as alegações da contribuinte, especialmente no que aos citados NCMs.

Segue aduzindo que a JJF desqualificou a defesa da contribuinte pelo simples fato de esta não ter apresentado um demonstrativo, e, seguindo neste entendimento, de que é imprescindível apresentar o demonstrativo para se defender (mesmo quando a matéria alegada é de aplicação da lei) supriu da contribuinte o próprio direito de defesa, haja vista que não apreciou as suas razões, e considerou procedente o lançamento fiscal sem sequer analisar as alegações expostas na impugnação em cotejo com o Anexo I do RICMS vigente na época dos fatos.

Cita o art. 153 do RPAF e ressalta que a defesa apresentada expôs objetivamente os motivos pelas

quais o lançamento deveria ser julgado improcedente, demonstrando que houve indevida retroação da lei tributária e aplicação incorreta da lei ao fato gerador, o que terminou gerando para a contribuinte uma cobrança indevida de ICMS.

Assim, cita os pontos que não foram analisados:

(i) *Houve incidência de ICMS antecipação parcial sobre mercadorias sujeitas à substituição tributária provenientes do Estado de São Paulo, integrante do Protocolo ICMS 104/09 cadastradas no NCM 8431.30.00 e 7318.1600; bem como sobre as mercadorias cadastradas no NCM 3923.29.13 e no NCM 2809.20.19 provenientes dos Estados de SP, ES, MG e RJ conforme Protocolo ICMS 106/2009 e 27/2010; previstas no ANEXO I do RICMS desde 2014.*

a. Como exemplo podemos enumerar as seguintes notas fiscais do ano de 2014 5321, 295775, 52491, 42628, 3849, 315668, 19258, 3855, 4278, 301296, 12923, 1730, 27999, 5851, 144863, 5049, 30688, 443907, 3664, 301407, 6191, 310294, 47259, 446394, 3226721, 3296; e do ano de 2015 1047937, 7038, 7424, 159420, 22687, 6300, 8101 entre outras enumeradas nas planilhas anexas.

(ii) *Houve cobrança indevida do diferencial de alíquota na aquisição interestadual da mercadoria cadastrada no NCM 3809.91.99 proveniente do Estado do Rio de Janeiro, signatário do Protocolo ICMS 27/10 a partir de fevereiro de 2015, sujeita à substituição tributária com fase de tributação já encerrada, a exemplo do ocorrido nas NF NOS147937, 159470, 7038, 22687, 7424, 6300, 8101.*

(iii) *Houve cobrança indevida do diferencial de alíquota incidente nas operações com as mercadorias cadastradas no NCM 1209 (sementes) e mudas que são mercadorias isentas por força do disposto no art. 265, I, "a" e "b" do RICMS/BA. E houve cobrança indevida da alíquota do ICMS antecipação sobre os fertilizantes e adubos a maior do que o previsto no art. 268, incisos L1H e L1V com a redação dada pelo Decreto nº 16.284 de 18/08/2015.*

a. Como exemplo do ocorrido com as notas fiscais do ano de 201474582, 5064, 20933, 75826, 3062, 5453, 3177, 77905, 5179, 107491, 9245, 7774, 539, 76953, 12165, 20571, 22238, 10558, 38429, 7607, 75181, 7731, 4936, 26883, 482, 6219, 26915, 8100, 63209, 15485, 62719, 7754, 107852, 77837, 75826, 3062, 5453, 3330; e no ano de 2015 com as Notas Fiscais de nos 8017, 106133, 106141, 5148, 20745, 5316, 110073, 111421, 111423, 111452, 5428, 114190, 116217, 21868, 22090, 5738, 22270, 22305, 121271, 7212188, 7218252, 23570, 127008, 24231, 24284, 6436; no ano de 2016 9523, 100489, 18674, 26739, 7107, 26940, 26959, 38473, 9641, 101183, 9651, 1444619, 144744, 7186, 34811, 101741, 41650, 516, 146599, 11053, 47038 entre muitas outras enumeradas nas planilhas anexas.

Conclui requerendo seja julgado improcedente o lançamento fiscal ante a cobrança indevida de ICMS gerada pela indevida retroação da lei tributária e pela incidência do imposto em mercadorias isentas ou com alíquotas reduzidas.

Ademais, pede ainda com fundamento no art. 123, §5º, III do RPAF a juntada das planilhas anexas que foram tempestivamente apresentadas nos autos do Processo nº 2068870002/17-1, como demonstrativo das alegações aqui expostas e em complemento dos fatos e fundamentos alegados.

Em Sessão de Julgamento realizada em 09/10/2019, tendo em vista as alegações e documentação apresentada pelo contribuinte, esta 1ª CJF decidiu converter o feito em diligência ao autuante para apreciação da documentação acostada (fls. 143/144).

Em resposta (fl. 148), o autuante afirma que os argumentos e documentação já foram contemplados nos demonstrativos aqui referidos, ou seja: as reduções da base de cálculo estão contempladas nas alíquotas internas que, como se percebe é diferente das nossas alíquotas que seriam 17%. Como também as NFs com fase de tributação encerrada relacionadas no CD do Recurso Voluntário não constam mais no demonstrativo que deu origem ao ICMS reclamado.

Assim, conclui que a documentação apresentada no Recurso Voluntário não tem pertinência para que haja alteração nos demonstrativos originais, e consequentemente no ICMS reclamado.

Em sessão de julgamento realizada em 03/03/2020, esta 1ª CJF decidiu converter novamente o feito em diligência após observar que havia questões ainda a serem analisadas pelo autuante, a exemplo do tópico i, 'a', a NF Nº 295.775, de mercadorias oriundas de SP, cujos NCMS são 7318.19.00, 8481.80.99, 8424.90.10, 7326.19.00, 3917.39.00 e 8424.90.10, possuem relação com as NCMS constantes no Protocolo ICMS 104/09. Exemplo: a NCM 7318.19.00, relativa à mercadoria "jogo de

arruelas e anéis...”, possui relação com a NCM constante no Protocolo 104/09, item 63.

Em resposta (fl. 157), o autuante informou que a revisão foi realizada e, após científica, a recorrente não se manifestou. Planilha anexa à fl. 159.

VOTO

O presente Auto de Infração, imputa ao sujeito passivo o cometimento da seguinte infração: *“Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização”.*

Em sede recursal, a recorrente apresentou os pontos que entendeu não terem sido analisados nem pelo autuante nem pela Junta de Julgamento Fiscal.

Apontou que não fora observado que as mercadorias (cujos NCMs foram expressamente citados em cotejo com o Anexo I do RICMS), sujeitas à substituição tributária na época (com fase de tributação encerrada), foram indevidamente inseridas na antecipação parcial.

Ademais, aduziu a recorrente que:

(i) *Houve incidência de ICMS antecipação parcial sobre mercadorias sujeitas à substituição tributária provenientes do Estado de São Paulo, integrante do Protocolo ICMS 104/09 cadastradas no NCM 8431.30.00 e 7318.1600; bem como sobre as mercadorias cadastradas no NCM 3923.29.13 e no NCM 2809.20.19 provenientes dos Estados de SP, ES, MG e RJ conforme Protocolo ICMS 106/2009 e 27/2010; previstas no ANEXO I do RICMS desde 2014.*

a. *Como exemplo podemos enumerar as seguintes notas fiscais do ano de 2014 5321, 295775, 52491, 42628, 3849, 315668, 19258, 3855, 4278, 301296, 12923, 1730, 27999, 5851, 144863, 5049, 30688, 443907, 3664, 301407, 6191, 310294, 47259, 446394, 3226721, 3296; e do ano de 2015 1047937, 7038, 7424, 159420, 22687, 6300, 8101 entre outras enumeradas nas planilhas anexas.*

(ii) *Houve cobrança indevida do diferencial de alíquota na aquisição interestadual da mercadoria cadastrada no NCM 3809.91.99 proveniente do Estado do Rio de Janeiro, signatário do Protocolo ICMS 27/10 a partir de fevereiro de 2015, sujeita à substituição tributária com fase de tributação já encerrada, a exemplo do ocorrido nas NF NOS147937, 159470, 7038, 22687, 7424, 6300, 8101.*

(iii) *Houve cobrança indevida do diferencial de alíquota incidente nas operações com as mercadorias cadastradas no NCM 1209 (sementes) e mudas que são mercadorias isentas por força do disposto no art. 265, I, “a” e “b” do RICMS/BA. E houve cobrança indevida da alíquota do ICMS antecipação sobre os fertilizantes e adubos a maior do que o previsto no art. 268, incisos L1H e L1V com a redação dada pelo Decreto nº 16.284 de 18/08/2015.*

a. *Como exemplo do ocorrido com as notas fiscais do ano de 201474582, 5064, 20933, 75826, 3062, 5453, 3177, 77905, 5179, 107491, 9245, 7774, 539, 76953, 12165, 20571, 22238, 10558, 38429, 7607, 75181, 7731, 4936, 26883, 482, 6219, 26915, 8100, 63209, 15485, 62719, 7754, 107852, 77837, 75826, 3062, 5453, 3330; e no ano de 2015 com as Notas Fiscais de nos 8017, 106133, 106141, 5148, 20745, 5316, 110073, 111421, 111423, 111452, 5428, 114190, 116217, 21868, 22090, 5738, 22270, 22305, 121271, 7212188, 7218252, 23570, 127008, 24231, 24284, 6436; no ano de 2016 9523, 100489, 18674, 26739, 7107, 26940, 26959, 38473, 9641, 101183, 9651, 1444619, 144744, 7186, 34811, 101741, 41650, 516, 146599, 11053, 47038 entre muitas outras enumeradas nas planilhas anexas.*

Tendo em vista a apresentação respaldada em documentos e planilhas da autuação, esta 1ª CJF converteu o auto em diligência à autoridade fiscalizadora, para apreciação das alegações trazidas no recurso, as quais foram, num primeiro momento, entendidas como impertinentes para a alteração da infração.

Todavia, vislumbrando que haviam questões não observadas pelo auditor, reforçamos a necessidade de diligência quanto às informações trazidas pela recorrente, onde se verificou que:

1. *No tópico i, “a”, a nota fiscal nº 295.775 de mercadorias oriundas de SP, cujos NCMs são 7318.19.00, 8481.80.99, 8424.90.10, 7326.19.00, 3917.39.00 e 8424.90.10, possuem relação com as NCMs constantes no Protocolo ICMS 104/09. Exemplo: a NCM 7318.19.00, relativa à mercadoria “jogo de arruelas e anéis”, possui relação com NCM constante no Protocolo 104/09, item 63.*

2. Ademais, a NCM 8481.80.99 relativa à mercadoria “válvula da câmara”, possui relação com a NCM constante no referido Protocolo, item 89.
3. Além do NCM 7326.19.00, relativa à mercadoria “abraçadeira simplex” possui relação com a NCM constante no referido Protocolo 104/09, item 71.
4. As notas fiscais de nº 147.937 e 159.470, oriundas de SP e não RJ de NCM 7318.15.00 relativa a mercadoria “parafusos” e 7318.16.00 relativa a mercadoria “porcas”, possuem relação com a NCM do item 67 citado.

Diante dos quesitos abordados, o autuante informou que procedeu com a análise nota por nota, realizando o contraponto com os protocolos citados pela recorrente, procedendo com os ajustes necessários, procedendo parcialmente o Auto de Infração no valor de R\$64.991,69, conforme planilha à fl. 159.

Saliente-se, que o contribuinte foi devidamente intimado para se manifestar acerca do trabalho revisional realizado, sem, contudo, se manifestar.

Assim, tendo em vista que a recorrente não contestou a diligência, admite-se como verídico os valores encontrados após a diligência.

É o que determina o art. 140 e 142 do RPAF/99. Veja-se:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

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.

Neste sentido, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, acatando o resultado da diligência realizada pelo autuante, cujos valores constam na planilha à fl. 159.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206887.0004/17-4, lavrado contra **OURO VERDE COMÉRCIO DE FERTILIZANTES E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$64.991,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS