

A. I. N° - 207109.0006/20-8
AUTUADO - ZF DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JOAO KOJI SUNANO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 01/08/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0140-04/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS PARA OUTRO ESTADO. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. PROTOCOLO ICMS N° 41/08. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. a) RETIDO A MENOS. Item reconhecido; b) DEIXOU DE PROCEDER A RETENÇÃO Razões de defesa elidem parcialmente a autuação, com manifestação, em sede de defesa, do reconhecimento de parte da autuação. Alterado o demonstrativo de débito em sede de Informação Fiscal pelo agente Autuante, acatando em parte as considerações de defesa. Restou demonstrado que os itens remanescentes da autuação relacionam a operações abarcadas pelo Convenio ICMS nº 41/08, que fundamenta a autuação. Item subsistente parcialmente. Afastada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/06/2020, constitui crédito tributário no valor de R\$ 44.372,24, conforme demonstrativos acostados às fls. 10 a 92 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 93, em razão da constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 – 08.31.02: Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia nos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 10 a 40 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 93. Lançado ICMS no valor de R\$ 6.557,63, com enquadramento no art. 10, da Lei 7.014/96, c/c Cláusulas primeira à quarta do Protocolo ICM nº 41/08 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 08.31.03: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia nos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 41 a 92 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 93. Lançado ICMS no valor de R\$ 37.814,61, com enquadramento no art. 10, da Lei 7.014/96, c/c Cláusulas primeira à quarta do Protocolo ICM nº 41/08 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 105/123 dos autos, apresenta defesa administrativa, pelas razões que a seguir passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (“CNPJ/MF”) sob o nº 059.280.685/0012-72, com Inscrição Estadual nº 103.721.196, com endereço na Rodovia Senador José Ermirio de Moraes, Galpão 01 a 07, S/n, Varejão, Itu/SP, CEP 13.314-012 (Doc. 01), por seus advogados, com fundamento no artigo 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (Decreto nº 7.629/99), oferece impugnação ao Auto de Infração nº 2071090006/20-8, em tela, (Doc. 03) lavrado pela Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

I. DOS FATOS

Diz que é sociedade empresarial que se dedica ao ramo automotivo em geral, fabricando e comercializando peças para automóveis, conforme se verifica por meio do seu contrato social.

Pontua que grande parte das mercadorias que produz está enquadrada no regime de substituição tributária do ICMS, de acordo com o Protocolo 41/2009, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças.

Aduz que, em que pese o zelo da Impugnante com suas obrigações tributárias, foi surpreendida com a lavratura do auto de infração nº 2071090006/208, para exigência de recolhimento de ICMS-ST sob as acusações de (i) *“recolhimento a menor do tributo em relação à itens enquadrados no aludido Protocolo 41”* e (ii) *“ausência de recolhimento do tributo em relação à produtos que, nos termos da fundamentação do Auto, supostamente, estariam relacionadas também no mencionado Protocolo 41, no período de 2016 a 2019”*.

Diz que diante das acusações, após refazer toda a sua apuração de ICMS, verificou que, de fato, em relação aos produtos listados no Protocolo 41, que serviram de base para a infração 1, houve o recolhimento de ICMS-ST a menor e, assim, em demonstração de sua total boa-fé, prontamente, providenciou o recolhimento do imposto efetivamente devido (Doc. 05).

Da mesma forma, quanto a infração 02, verificou que a cobrança era parcialmente devida, em relação aos produtos com NCM mencionados no Protocolo 41 e, portanto, realizou o pagamento espontâneo (Doc. 06).

Consigna que não se discute nesta defesa a Infração 1, todavia, parcialmente a infração 02, visto que os pagamentos efetuados, em relação ao restante da infração 02, de suposta ausência de recolhimento do ICMS-ST, o auto de infração é patentemente nulo, visto que, como diz que se demonstrará, os produtos fiscalizados sequer estão listados no mencionado Protocolo 41.

Frisa que, após um grande exercício, visando compreender a acusação, concluiu que a Fiscalização utilizou como base para parte da exigência a existência Protocolo 104/2009, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno. Isto porque, os itens fiscalizados constam no referido protocolo.

Diz que, tal fato já é suficiente para demonstrar a nulidade do auto, visto que a acusação foi fundamentada no Protocolo 41. Pontua que o erro da fiscalização é tão crasso, data máxima vênia, que contamina, inclusive, a base de cálculo do tributo supostamente exigível. Isto porque, ainda que se pudesse admitir aos itens autuados na infração 2 a aplicação ao regime de substituição tributária, para alguns itens houve a aplicação errônea: deveria ter sido aplicada a MVA trazida pelo Protocolo 104, em que estão listados os NCMs relativos aos itens autuados, mas no caso, foi adotada a MVA do cálculo trazido pelo Protocolo 41 como consta da autuação.

Por fim, argui que, no mérito, também jamais poderia subsistir o Auto de Infração visto que, apesar de alguns itens estarem sujeitos ao regime de substituição tributária do ICMS, em razão de seus respectivos NCM's constarem no Protocolo 104 (Construção Civil), tais itens são de aplicação exclusiva no ramo automotivo, devendo, também por este ângulo, ser cancelada a autuação.

É o que diz que passa a demonstrar.

II. PRELIMINAR DE NULIDADE

II.1 Erro da Fundamentação

Diz, em primeiro lugar, que é preciso atentar-se para o fato de que a fiscalização lavrou auto de infração cujo descritivo fático não exprime fundamentação concreta e hábil a sustentar a cobrança do imposto e a aplicação da penalidade.

Registra que a Fiscalização se limitou a afirmar que a Impugnante não recolheu ICMS-ST e como infração indicou o artigo 10 da Lei nº 7.014/96. Aduz que assim que dispõe tal dispositivo:

“Art. 10 - Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas”.

Consigna, tanto pela leitura das infrações como pelo dispositivo supostamente infringido não há como se concluir com precisão sobre o que a Impugnante está sendo autuada. Aduz que não há expressamente descrito nos fatos das infrações o suposto descumprimento da norma cometido.

Na sequência, diz que a Fiscalização apenas menciona o protocolo ICMS 41, de 4 de abril de 2008, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças. Neste contexto, aduz que a simples menção ao protocolo desacompanhada de qualquer acusação precisa, pode levar a Impugnante a diversas interpretações: “(i) a Impugnante não seguiu o protocolo mencionado? (ii) a Impugnante seguiu esse protocolo, mas se equivocou em algum produto?; (iii) a Impugnante não deveria ter seguido esse protocolo? E se esse for o caso, qual a justificativa para não o utilizar?”

Diante da multiplicidade das opções, entende que a fiscalização deixou de cumprir seu dever de descrever com clareza o fato que permite concluir, sem dúvidas, a acusação atribuída à Impugnante, violando, assim, o artigo 39, III, da Lei nº 7.629/99, que destaca.

Com efeito, diz que não há outra conclusão, senão a de que o auto lavrado incorre em nulidade insanável, advertida no artigo 18, IV, “a” da Lei nº 7.629/99, que, também, destaca.

Registra que, apesar de já por este ângulo ser o Auto completamente nulo, ainda assim traz-se no tópico abaixo a nulidade consequente, qual seja, o erro no montante a ser tributado posto que adotada MVA trazida pelo protocolo 41 em relação à NCM’s trazidos apenas pelo Protocolo 104 (que traz MVA diversa).

II.1 Ofensa ao artigo 142 do CTN

Frisa que o artigo 142 do CTN, reza que a autoridade administrativa deverá constituir o crédito tributário, calculando “o montante do tributo devido”. Aduz, então, que essa é atividade essencial para a apuração tributária e, infelizmente, a Fiscalização não a desempenhou a contento *in casu*.

Isto porque, a Fiscalização visa cobrar ICMS-ST considerando o cálculo do MVA trazido pelo Protocolo 41 em relação à itens/NCM’s que não são abrangidos pelo referido protocolo.

Pontua que o montante tributável, base de cálculo do ICMS-ST foi auferido considerando o cálculo de MVA trazido pelo protocolo 41 enquanto os produtos estão descritos apenas no Protocolo 104.

Traz na peça de defesa às fls. 112 a 114 dos autos, a indicação dos produtos extraídos do demonstrativo de débito, que à luz do seu entendimento, estariam abarcados pelo Protocolo ICMS nº 104 e não Protocolo ICMS nº 41, com isso demonstrar o erro cometido na autuação.

Diz que, na remota hipótese de não se reconhecer a nulidade decorrente do flagrante erro de capitulação e fundamentação, o que só se cogita *ad argumentandum tantum*, é preciso reconhecer a nulidade decorrente da ofensa artigo 142, caput, do CTN, posto que o montante tributável foi erroneamente calculado.

E ainda assim, aduz que, no mérito, também não subsiste a autuação.

III. MÉRITO: DO CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO

Diz que, como já mencionado linhas acima, a Impugnante é uma sociedade empresarial que se dedica ao ramo automotivo em geral, conforme se verifica por meio do seu contrato social.

Nesse sentido, em suas vendas interestaduais de determinados produtos, se sujeita ao Protocolo ICMS nº 41, de 4 de abril de 2008, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças.

Registra que, como já mencionado, nenhum dos produtos fiscalizados é trazido no Protocolo ICMS nº 41. Os NCM’s dos produtos fiscalizados, em verdade, estão relacionados no Protocolo ICMS nº 104, que trata de operações envolvendo a construção civil.

Visando facilitar a visualização, diz ter elaborado uma planilha com as descrições dos produtos objetos de dessa autuação, conforme se pode ver na peça de defesa às fls. 115 a 120 dos autos.

Diz que, pela simples descrição dos produtos, já é possível verificar que a aplicação destes produtos jamais poderia se dar em operações envolvendo a construção civil.

Para deixar ainda mais claro que os produtos não se destinam à construção civil, e, portanto, não podem se sujeitar ao regime de recolhimento do ICMS pela substituição tributária, traz junto desta defesa as fotos dos produtos fiscalizados e suas respectivas aplicações (Doc. 08), como se vê do exemplo descrito na peça de defesa à fl. 121 dos autos.

Diz, então, no mérito, ainda que os produtos fiscalizados tenham sido trazidos pelo Protocolo ICMA nº 104, que, frisa-se novamente, não foi utilizado para fundamentar a suposta infração, ainda assim, jamais caberia incluí-los no regime de substituição tributária, posto que (a despeito de seus NCM's) são aplicados exclusivamente no ramo automotivo, não tendo qualquer aplicação no ramo da construção civil.

Portanto, diz que, também, por este ângulo não subsiste a autuação, sendo ilegal a cobrança materializada no presente auto de infração, e a aplicação da correspondente penalidade, ensejando o seu cancelamento.

IV. DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, requer:

- (i) O reconhecimento do pagamento da integralidade dos valores relativos à infração 1 e de parte da infração 2, com o cancelamento de plano da autuação neste aspecto;
- (ii) A anulação do Auto de Infração, em razão da nulidade de fundamentação e erro de capitulação legal, como se determina os artigos 39, III, e 18, IV, "a", ambos da Lei nº 7.629/99;
- (iii) A anulação do Auto de Infração em razão da consequente nulidade em razão do erro do montante tributável e consequente violação ao artigo 142, do CTN;
- (iv) Caso assim não se entenda, então, requer-se o cancelamento da cobrança, tendo em vista que os produtos questionados na autuação são de uso exclusivo do ramo automotivo de modo que, por não estarem inseridos no Protocolo 41, não se sujeitam ao regime de recolhimento do ICMS por substituição tributária, não havendo o que se falar em ausência de recolhimento de ICMS ST.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 141/145, que a seguir passo a descrever:

I. DA CONTESTAÇÃO:

"Com relação a infração 1, diz que o contribuinte acatou os cálculos e realizou o recolhimento do ICMS ST (doc 5).

Com relação a infração 2, diz que, em relação aos produtos com NCM mencionados, no protocolo 41, realizou o pagamento espontâneo (doc 6).

E afirma não discutir estes itens acima em que realizou o pagamento."

II. DO QUESTIONAMENTO PARCIAL DO ITEM 2

Quanto ao questionamento da empresa diz que tem a relatar que: *"Quando do início da fiscalização, o setor fiscal da autuada nos informou que o contribuinte foi cadastrado como empresa de autopeças e, portanto, estaria somente obrigado a fazer a retenção em relação ao protocolo N° 41/08 de autopeças".*

Observa que informou ao contribuinte que a sua atividade não importava para a fiscalização e sim, quais os produtos que a empresa comercializa e se os mesmos encontram listados nos protocolos e convênios que a Bahia firmou com o Estado de São Paulo.

Pontua que durante a ação fiscal, realmente a maioria dos produtos comercializados encontravam listados no protocolo nº 41/2008, mas encontrou 03 produtos que se encontram no protocolo de material de construção nº 104/2009, os quais listou a seguir os produtos, sua descrição e sua classificação fiscal no NCM: 39269090, 7318 e 7415, conforme classificação abaixo:

- Produtos: Anel de vedação — NCM 39269090 — Descrição - outras obras de plástico para uso na construção civil;
- Produtos: Anéis, parafuso, pinos e outros — NCM 7318 — Descrição — Parafusos e pinos;
- Produtos: Pinos e Arruelas — NCM 7415 — Descrição — Tachas, pregos, percevejos, grampos ondulados;

Diz que, apesar que o contribuinte alegar em sua defesa que desconhece em qual protocolo foi tipificado as infrações, o mesmo cita em sua defesa nas fls. 111 que analisou o enquadramento das MVAs dos protocolos nºs 41/08 e 104/09 e diz que houve erro nos cálculos e no montante, se contradizendo nas frases dito anteriormente.

Aduz reconhecer os erros alegado pelo contribuinte envolvendo MVAs e classificação de alguns produtos, portanto refez os cálculos e constatou diferenças somente a partir do exercício de 2017, referente **a infração 2**.

Após a realização de novos cálculos os valores das infrações ficaram na forma do Quadro que indicou na Informação Fiscal às fls. 143 e 144 dos autos.

Diz, então, que anexou a este PAF o novo cálculo, conforme acima, como também, gerou novos arquivos que anexou a este PAF, com cópia entregue ao contribuinte para fins de ciência.

Informa que, em todos os cálculos por nota fiscal foram discriminados o valor dos produtos, as alíquotas, as bases de cálculos, MVAs utilizadas, e a descrição do produtos e dos protocolos em que foi enquadrado o referido cálculo, pois o contribuinte alegou desconhecer o enquadramento legal, apenas não citou o protocolo 104/09 na tipificação, mas o mesmo encontra-se informado no Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Não Retido às fls 43 a 92, sendo que o novo relatório encontra-se anexados às fls. 80 a 97, referente aos exercícios de 2017 a 2019.

Após as alterações acima, diz que os valores dos débitos perfazem os seguintes valores assim discriminados por infrações:

- **Total da infração 01** - valor total de R\$ 6.557,63 sem nenhuma alteração.
- **Total da infração 02** - exercício de 2016 - R\$ 6.820,00 sem nenhuma alteração; exercício de 2017 - R\$ 4.131,23; exercício de 2018 - R\$ 2.317,57; exercício de 2019 - R\$ 2.501,17; Perfazendo um total da infração 2 - o valor de R\$ 8.949,97.

Pontua que o valor total dos débitos somando as duas infrações (infração 1 e infração 2) somam o valor total de R\$ 15.769,97, conforme discriminado acima e no relatório Geral das infrações às fls 78 e 79

III.DA CONCLUSÃO:

Pelos fatos acima expostos, diz ser pelo julgamento procedente em parte, já que a autuada acata a infração 1 e parte da infração 2 e também foram corrigidos a infração 2 a partir do exercício de 2017, relativos aos erros na MVA e na classificação fiscal de alguns produtos.

Reforça que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente.

Às fls. 172/177 têm manifestação do Contribuinte Autuado à Informação Fiscal de fls. 141/145, conforme a seguir.

• DOS FATOS

Diz que, a impugnante, sociedade empresarial que se dedica ao ramo automotivo em geral, fabricando e comercializando peças para automóveis, foi autuada por ter efetuado recolhimento a menor do ICMS-ST, nos anos de 2016, 2017, 2018 e 2019, referente às operações interestaduais de saída de mercadorias para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Em sua peça de resistência, aduziu a ilegalidade do lançamento fiscal, com finco nos seguintes argumentos:

- *Erro de fundamentação: Tanto pela leitura das infrações como pelo dispositivo supostamente infringido não há como se concluir, com precisão, sobre o que a Impugnante está sendo autuada, visto que não estão expressamente descritas as infrações e o suposto descumprimento da norma cometido pela Impugnante;*
- *Ofensa ao artigo 142, do CTN: A Fiscalização cobrou o ICMS-ST considerando o cálculo do MVA do Protocolo 41, mas em relação à itens / NCMs que estão no Protocolo 104, que trata de operações envolvendo a construção civil. Logo, houve erro na atribuição do montante a ser tributado; e*
- *Cancelamento do lançamento fiscal: No mérito, se requereu o cancelamento da autuação, tendo em vista que, por ser empresa que se dedica ao ramo automotivo, não poderia ser exigido da Impugnante o cálculo e o recolhimento do ICMS-ST na forma do Protocolo 104, visto que esta norma se aplica exclusivamente à empresa que se dedicam ao ramo da construção civil.*

Diz que, em resposta à Impugnação, o sr. Agente fiscal emitiu Parecer Fiscal, sobre o qual a Impugnante passa a se manifestar.

Registra que, no Parecer Fiscal, a autoridade Autuante reconhece o cometimento de erro no lançamento fiscal quanto aos exercícios de 2017, 2018 e 2019 e recalcula o tributo cobrado.

Ressalta que é condição à cobrança do tributo que se proceda a constituição do crédito tributário, mediante o lançamento, assim considerado como procedimento pelo qual o fisco irá verificar a ocorrência do fato gerador, seu sujeito passivo, determinar a matéria tributável, calcular o montante devido e sendo o caso, aplicar a penalidade cabível.

Uma vez efetuado o lançamento, diz que o ato administrativo não poderá ser alterado, salvo pela ocorrência de uma das circunstâncias descritas no artigo 145 do Código Tributário Nacional, nos casos previstos no artigo 149 do mesmo Codex.

Todavia, se o lançamento está eivado de erro de direito, que ocorre quando a constituição do crédito tributário é feita *ilegalmente*, em virtude de ignorância ou errada interpretação da lei (MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 185), o auto de infração é nulo.

Após destacar ementa da AC-APELACIVEL 5018086, à fl. 175 dos autos, diz que é patente que o lançamento fiscal está eivado de nulidade, decorrente do erro de direito, em face da interpretação equivocada da legislação, fato reconhecido pelo Sr. agente fiscal, no Parecer Fiscal, que reconheceu as nulidades apontadas pela impugnante e recalculou o lançamento fiscal.

• **OUTROS ERROS ALÉM DAQUELES RECONHECIDOS NO PARECER FINAL**

Diz que, conforme o lançamento de ofício e o Parecer Fiscal, foi cobrado da Impugnante o pagamento do ICMS, por substituição tributária, porque as mercadorias por ela vendidas estariam listadas nos Protocolos 41 ou 104.

Registra que a exigência do ICMS-ST referente ao NCM 8481.3000, mas para este NCM foi aplicado o MVA errado ao cálculo do tributo, conforme figura que indica à fl. 176 dos autos.

Diante desse fato, vez mais, fica demonstrada a nulidade do lançamento fiscal.

• **FALTA DE PROVA DE DESTINAÇÃO ESPECÍFICA DA MERCADORIA**

No que diz respeito ao produto classificado no NCM 3926.9090, diz o Protocolo 104 que o ICMS-ST está condicionado à aplicação específica na construção civil.

Registra que, conforme se comprova na manifestação de fl. 176, esses produtos foram destinados à aplicação automotiva, tanto que vendidos aos revendedores de autopeças (Conkiste Tratores_e Equipamentos, entre outros). Vide figura de fl. 177.

Logo, por disposição expressa do Protocolo 104, não se pode cobrar, da Impugnante, o ICMS-ST, visto que a sua aplicação foi automotiva.

• DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, reitera toda a matéria de fato e de direito apresentada em sede de Impugnação e requer que seja declarada a nulidade do lançamento fiscal, por todos os motivos expostos.

Às fls. 188/192 têm-se nova Informação Fiscal, conforme a seguir:

I. DA CONTESTAÇÃO:

Em relação ao Item 1- Diz que questiona a autuada por erro na fundamentação, pois segundo a empresa, ela pertence ao ramo automotivo e portanto só poderá ser cobrado itens que estão no protocolo 41/08 (autopeças) e que a fiscalização exigiu imposto de operações de venda de mercadorias que constam no protocolo 104/09 (material de construção).

Em relação ao Item 2- Aplicação com MVA divergente na NFE nº 240.420 do dia 06/02/2017 com valor maior que o devido, solicita a correção.

II. DO QUESTIONAMENTO

Item 1- Quando da fiscalização verificou que o contribuinte tem em sua atividade principal o ramo de autopeças sob a égide do protocolo 41/08, mas em consulta ao NCM das mercadorias vendidas pelo contribuinte diz constar mercadorias listadas também no protocolo 104/09 de material de construção.

Diz que no Brasil existem várias empresas que comercializam produtos de diversos protocolos e convênios, de maneira correta, desde que ofereça a tributação com recolhimento no prazo e com os cálculos conforme prevê a legislação, pois a condição de contribuinte Substituto é pela comercialização de produtos que constam na legislação em que participam o Estados da Bahia e o Estado de SP, que são signatários, não tendo nenhuma proibição da empresa trabalhar com produtos que constam em diversos protocolos e convênios.

Cita um exemplo de uma montadora auditada por ele e que a mesma vende peças de veículos, lâmpadas e pneus, ou seja, operando com 3 protocolos diferentes, ou seja de autopeças, lâmpadas e de pneus.

Registra que na regra da substituição tributária o que importa é obedecer a legislação dos protocolos e convênios (desde que signatários), não importando o ramo de atividade.

Ao seu ver a fundamentação da empresa é totalmente equivocada.

Item 2 - Verificou o lançamento da NF nº 240.420 do dia 06/02/2017 e observou que cometeu um equívoco na determinação do MVA de um determinado produto, o qual realizou a devida correção, conforme a seguir cálculo que apresenta na Informação Fiscal de fl. 190.

Com esta alteração diz que os valores mensais foram alterados, conforme indicado na fl. 190 dos autos, perfaz um valor de R\$ 6.557,63 no item 1 - retido a menor e o valor de R\$ 8.946,28 no item 2 de ICMS não retido, perfazendo um total deste PAF no valor de R\$ 15.503,91. Tudo isso, conforme demonstrativo que indica nas. Fls. 190/192 dos autos.

III. DA CONCLUSÃO

Pelos fatos acima expostos, diz ser pelo julgamento **procedente em parte**, pois foi acatado e corrigido os erros no MVA, conforme acima. O valor total deste PAF perfaz um valor de R\$ 15.503,91.

Vê-se que essa nova Informação Fiscal de fls. 188/192 produzida pelo agente Autuante, não foi dado ciência ao Contribuinte Autuado.

Neste contexto, entendendo este Relator Julgador ser de suma importância a manifestação do Contribuinte Autuado (§ 7º do art. 127) em relação ao saldo remanescente do Auto de Infração, bem assim a apresentação de contrarrazões à informação fiscal produzida pela Fiscalização de fl. 172/177 decorrente de suas considerações de mérito apresentada na peça de defesa de fl. 141/145.

Assim, em sede de Instrução, este Relator, respeitando ao princípio da ampla defesa, verdade

material e contraditório, em pauta suplementar do dia 28/02/2022, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JJF, às fls. 225/226, **onde se decidiu converter o presente processo em diligência ao Autuante, para desenvolver as seguintes providências:**

- **Item 1: produzir nova Informação Fiscal, com observância estrita, ou seja, de forma rigorosa, do § 6º do art. 127, RPAF, onde se possa entender claramente o saldo remanescente de cada uma das imputações do Auto de Infração em tela, com apresentação dos demonstrativos de débito nos mesmos moldes da constituição do lançamento original, dado que, na segunda informação (fls.188/192), não ficou claro o posicionamento do agente Autuante, razão pela qual deve produzir uma 3ª Informação Fiscal.**
- **Item 2: dar conhecimento dessa nova Informação Fiscal produzida nos termos do “Item 1” acima destacado,** ao Contribuinte Autuado, com fulcro ao § 7º do art. 127, do RPAF, concedendo 10 (dez) dias, para se manifestar, querendo.
- **Item 3:** havendo manifestação do Contribuinte Autuado na forma do “*item 2*”, ensejando ou não a elaboração de novo demonstrativo de débito para as infrações de nºs 01 e 02, o i. agente Autuante deve desenvolver nova Informação Fiscal, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os novos demonstrativos, porventura desenvolvidos, que deverão ser apresentados em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.

Após cumprido o pedido de diligência, deverá retornar o presente PAF ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

Às fls. 229/233 têm Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante, a pedido desta 4ª JJF de fls. 225/226, conforme alguns destaques abaixo resumidos, relativamente ao saldo remanescente da imputação de nº 2 do Auto de Infração, em tela.

Diz que, conforme solicitação da diligência realizou a ação de requerer da Autuada, através do escritório de advogados, a memória de cálculos da guia de recolhimento feita pela autuada e como retorno foi informado de que o mesmo fora calculado pelo posto fiscal na Bahia e que não tinham a memória de cálculo deste pagamento a apresentar, conforme cópia do e-mail às fls 237.

Diante dessa dificuldade solicitou ao setor de cálculos da DAT/METRO e foi retirado um extrato da ferramenta SIGAT com o detalhamento de pagamento o qual diz ter anexado às fls. 238 e 239, com o respectivo DAE e comprovante de pagamento parcial as fls 240 e 241.

Em seguida, registra ter elaborado um novo “*Demonstrativo Resumo do ICMS ST não retido - Anexo 02*” com os seguintes campos: Valores totais da infração original deduzindo os valores recolhidos pela empresa, conforme acima citado e também deduziu os valores que foram excluídos em etapa anterior por concordar com as alegações da defesa, restando o valor a recolher de R\$ 7.967,57 na forma da planilha constante do corpo da informação fiscal à fl. 231/233 dos autos.

Pede, então, ser julgado procedente em parte a imputação de nº 2 do Auto de Infração em tela, pois foi acatado e corrigido os erros no MVA, deduzidos os pagamentos efetuado pela autuada, conforme solicitação da diligência.

Diz anexar os novos demonstrativos e também cópias dos mesmos, juntamente com cópia dessa informação fiscal para que seja dado vistas ao Recorrente para pronunciar no prazo máximo de 10 dias após o recebimento deste e após encaminhar vistas ao fiscal diligente para nova informação fiscal, caso seja necessário.

Às fls. 246/247 têm-se manifestação da defendente relativamente a Informação Fiscal de fls. 229/233 produzida pelo agente Autuante, a pedido desta 4ª JJF, sem acrescentar qualquer fato novo, exceto a seguinte consideração:

“Em que pese o resultado da diligência ter resultado em significativa redução, cujos cálculos

concorda a ora requerente, o fato é que, em relação ao valor supostamente remanescente, o lançamento de ofício deve ser completamente anulado uma vez que o erro na base de cálculo é erro material que não pode ser corrigido. “

Às fls. 263/264, têm-se nova Informação Fiscal desenvolvida pelo agente Autuante que pede a manutenção do valor de R\$ 7.797,57 levantado de saldo remanescente para a imputação de nº 2, do Auto de Infração, em tela.

Às fls. 265/266 dos autos, têm-se o encaminhamento da Informação Fiscal de fls. 263/264, por AR/Correios, com registro de recebimento por preposto da defendente, que se manteve silente.

Às fls. 269/271 vê-se demonstrativo extraído do Sistema SIGAT, relativo ao detalhe de pagamento do PAF efetuado pelo defendente, relativo a parte reconhecida da autuação.

À fl. 271, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Inicialmente suscita, o sujeito passivo, nulidade do saldo remanescente da imputação de nº 2 do Auto de Infração, em tela. Consigna que, diante das acusações, após refazer toda a sua apuração de ICMS, verificou que, de fato, em relação aos produtos listados no Protocolo 41, que serviram de base para a imputação de nº 1, houve o recolhimento de ICMS-ST a menor e, assim, em demonstração de sua total boa-fé, observa que, prontamente, providenciou o recolhimento do imposto efetivamente devido (Doc. 05).

Da mesma forma, quanto a infração 2, verificou que a cobrança era parcialmente devida, em relação aos produtos com NCM mencionados no Protocolo ICMS nº 41 e, portanto, aduz ter realizado o pagamento espontâneo (Doc. 06).

Todavia, relativamente ao saldo remanescente da imputação de nº 2, de suposta ausência de recolhimento do ICMS-ST, frisa ser nulo, visto que se tratam de produtos abarcados pelo Protocolo ICMS nº 104 e a exigência é de infringência à legislação fiscal fundamentada no Protocolo ICMS nº 41; em ofensa ao artigo 142, caput, do CTN, posto que o montante tributável teria sido erroneamente calculado.

Não é o que vejo dos elementos constitutivos do lançamento fiscal, pois se trata de uma acusação fundamentada em demonstrativos, com os indicativos de todos os itens de cada um dos produtos autuados necessários a compreensão do defendente em relação ao que se estar exigindo na imputação fiscal, em tela, cujo teor possibilitou a construção da sua peça de defesa, que ensejou, por mais de três vezes o ingresso, nos autos, do agente Autuante, inclusive a pedido desta 4ª JF, desenvolver as correções dos equívocos cometidos na constituição do lançamento original, tudo em conformidade com o § 1º do art. 18, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7629/99, onde dispõe que eventuais incorreções meramente formais decorrentes da legislação pertinente não acarretam a nulidade do lançamento fiscal, desde que as incorreções sejam corrigidas e comunicado ao sujeito passivo, para sobre as correções se manifestar, querendo, que assim o fez, sem qualquer ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, que ao final, em sua última manifestação de fls. 246/247 dos autos, diz taxativamente concordar com o saldo remanescente da imputação de nº 2 do Auto de Infração em tela apresentado na Informação Fiscal de fl. 229/233, pelo agente Autuante, mais especificamente o valor de R\$ 7.967,57 na forma do demonstrativo de débito às fls. 231/233 dos autos, constante do CD/Mídia de fl. 242.

Ultrapassado, então a arguição de nulidade suscitada pela defesa, passo, então, a análise da lide no mérito.

O Auto de Infração, em tela, lavrado em 24/06/2020, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária IFEP COMÉRCIO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 502161/20, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) no valor de R\$ 44.372,24, por ter procedido a retenção a

menor do ICMS no valor de R\$ 6.557,63, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes (Infração 1); e ter deixado de proceder a retenção do ICMS correspondente ao valor de R\$ 37.814,61, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes (Infração 2), todas as duas infrações, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, relativo ao anos de 2016 e 2017, com enquadramento no art. 10, da Lei 7.014/96, c/c Cláusulas primeira à quarta do Protocolo ICM nº 41/08 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, sendo a reconhecida, na totalidade, a infração 1 e em parte a infração 2, que é objeto da lide remanescente.

No mérito, então, em sede de defesa, o sujeito passivo, relativamente ao saldo remanescente da imputação de nº 2 do Auto de Infração, em tela, registra que nenhum dos produtos fiscalizados é trazido no Protocolo ICMS nº 41. Consigna, portanto, que os NCM's dos produtos fiscalizados, em verdade, objeto do saldo remanescente, estão relacionados no Protocolo ICMS nº 104, que trata de operações envolvendo a “*construção civil*”. Visando facilitar a visualização, diz ter elaborado uma planilha com as descrições dos produtos objetos dessa autuação, conforme diz que se pode ver na peça de defesa às fls. 115 a 120 dos autos.

Na Informação Fiscal, diferentemente do entendimento da defesa, pontua, o agente Autuante, que os produtos comercializados remanescentes da autuação, encontravam listados no Protocolo ICMS nº 41/2008, mas encontrou 3 produtos que se encontravam, de fato, no Protocolo nº 104/2009 (*Materiais de Construção Civil*), os quais listou a seguir os produtos, sua descrição e sua classificação fiscal no NCM: 39269090, 7318 e 7415, conforme abaixo:

- Produtos: Anel de vedação — NCM 39269090 — Descrição - outras obras de plástico para uso na construção civil;
- Produtos: Anéis, parafuso, pinos e outros — NCM 7318 — Descrição — Parafusos e pinos;
- Produtos: Pinos e Arruelas — NCM 7415 — Descrição — Tachas, pregos, percevejos, grampos ondulados;

Diz, então, reconhecer alguns erros alegado pelo contribuinte envolvendo MVA e classificação de alguns produtos, portanto refez os cálculos e constatou diferenças somente a partir do exercício de 2017, referente ao saldo remanescente da infração 2. Após a realização de novos cálculos os valores remanescentes da infração 2 ficaram na forma do quadro que indicou na Informação Fiscal às fls. 143 e 144 dos autos.

Momento seguinte, têm-se às fls. 172/177 manifestações do Contribuinte Autuado à Informação Fiscal de fls. 141/145 e depois uma nova Informação Fiscal de fls. 188/192 produzida pelo agente Autuante, todavia não foi dado ciência ao Contribuinte Autuado.

Em sede de Instrução, este Relator, respeitando ao princípio da ampla defesa, verdade material e contraditório, em pauta suplementar do dia 28/02/2022, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JJF, **onde se decidiu converter o presente processo em diligência ao Autuante, para desenvolver as seguintes providências:**

- **Item 1: produzir nova Informação Fiscal, com observância estrita, ou seja, de forma rigorosa, do § 6º do art. 127, RPAF, onde se possa entender claramente o saldo remanescente de cada uma das imputações do Auto de Infração em tela, com apresentação dos demonstrativos de débito nos mesmos moldes da constituição do lançamento original, dado que, na segunda informação (fls.188/192), não ficou claro o posicionamento do agente Autuante, razão pela qual deve produzir uma 3ª Informação Fiscal.**
- **Item 2: dar conhecimento dessa nova Informação Fiscal produzida nos termos do “Item 1” acima destacado,** ao Contribuinte Autuado, com fulcro ao § 7º do art. 127, do RPAF, concedendo 10 (dez) dias, para se manifestar, querendo.
- **Item 3:** havendo manifestação do Contribuinte Autuado na forma do “*item 2*”, ensejando ou não a elaboração de novo demonstrativo de débito para as infrações de nºs 01 e 02, o i. agente

Autuante deve desenvolver nova Informação Fiscal, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os novos demonstrativos, porventura desenvolvidos, que deverão ser apresentados em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.

Às fls. 229/233 têm Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante, a pedido desta 4ª JJF de fls. 225/226, relativamente ao saldo remanescente da imputação de nº 2 do Auto de Infração, em tela.

Em seguida, após novos achados de equívocos cometidos na autuação, registra ter elaborado um novo “*Demonstrativo Resumo do ICMS ST não retido - Anexo 02*” com os valores totais da infração original deduzindo os valores recolhidos pela empresa, bem como deduzindo os valores que foram excluídos em etapa anterior por concordar com as alegações da defesa, restando o valor a recolher de R\$ 7.967,57 na forma da planilha constante do corpo da informação fiscal à fl. 229/233 dos autos.

Às fls. 246/247 têm-se manifestação da defendente relativamente a Informação Fiscal de fls. 229/233 produzida pelo agente Autuante, a pedido desta 4ª JJF, sem acrescentar qualquer fato novo, exceto a seguinte consideração: “(...) *o resultado da diligência ter resultado em significativa redução, cujos cálculos concorda a ora requerente* (...)” (Grifo acrescido).

Às fls. 263/264, têm-se nova Informação Fiscal desenvolvida pelo agente Autuante que pede a manutenção do valor de R\$ 7.797,57, (R\$ 7.967,57), levantado de saldo remanescente para a imputação de nº 2, do Auto de Infração, em tela.

Às fls. 265/266 dos autos, têm-se o encaminhamento da Informação Fiscal de fls. 263/264, por AR/Correios, com registro de recebimento por preposto da defendente, que se manteve silente.

Às fls. 269/271 vê-se demonstrativo extraído do Sistema SIGAT, relativo ao detalhe de pagamento do PAF efetuado pelo defendente, relativo a parte reconhecida da autuação.

Não vendo, portanto, nada que desabone a alterações efetuadas, pelo agente Autuante, na apuração do débito originalmente lançado na infração 02 de R\$ 37.814,61 para o valor de R\$ 7.967,57 na forma da planilha constante do corpo da informação fiscal às fls. 229/233 dos autos, manifesto pela subsistência parcial na forma do demonstrativo de débito de fls. 231 a 233, constante do CD/Mídia de fl. 242 do presente PAF.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207109.0006/20-8**, lavrado contra **ZF DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.967,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, homologando os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA