

A. I. N° - 097570.0115/09-8
AUTUADO - SILMÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA
AUTUANTE - ANTÔNIO CAIRO LISBOA
ORIGEM - IFMT DAT/SUL
INTERNET - 25/08/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JF N° 0259-03/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO, NA CONDIÇÃO DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, EM OPERAÇÃO COM MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado que as mercadorias objeto da ação fiscal não estão inseridas no Anexo Único do Protocolo ICMS n° 49/2008, portanto não estão enquadradas no regime de substituição tributária. Imputação elidida. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 31/01/2009 para exigir ICMS não retido e não recolhido, na condição de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo ICMS n° 49/2008), relativamente à operação objeto da Nota Fiscal n° 242424, (fl. 07). ICMS no valor de R\$734,86, acrescido da multa de 60%.

O contribuinte impugna o lançamento de ofício às fls. 11 a 15, inicialmente reproduzindo os termos e dispositivos normativos que baseiam a imputação e, em seguida, aduzindo que o Fisco, sem indicar os fundamentos da base de cálculo, indica o valor de R\$5.860,84. Afirma que os Protocolos ICMS n°s 41 e 49, de 2008, não se aplicam para mercadoria de uso não automotivo. Prossegue afirmando que o Protocolo n° 41/2008, em seu Anexo, apresenta relação de peças, partes, componentes e acessórios destinados a motores estacionários, mas que sua aplicação é restrita a componentes automotivos, ou àqueles negociados por indústrias, ou varejistas, do setor agrícola, ou rodoviário, o que não é seu caso. Reproduz trechos do Protocolo ICMS n° 49/2008. Afirma que, com a Nota Fiscal n° 242424, vendeu peças de uso não automotivo, destinadas à manutenção de motores estacionários, conforme a ressalva contida no mencionado documento fiscal, mas que isto foi desprezado pelo autuante, que sobre a mesma não se manifestou.

Assevera que o seu ramo de atividade não se enquadra no setor automotivo; que não vende, ou industrializa, equipamentos agrícolas, ou rodoviários; que as peças que comercializa não são encontradas em revendas, ou indústrias, de veículos automotores terrestres, veículos, máquinas e equipamentos agrícolas e rodoviários, pois são peças específicas para motores estacionários. Que os Protocolos ICMS n°s 41 e 49 restringem a substituição tributária a operações com peças, componentes e acessórios para veículos automotores e afins, pelo que não alcançam as saídas dos produtos com os quais comercializa. Afirma que o instituto da substituição tributária não se aplica às operações internas e às interestaduais com os seus produtos, conforme Decisão Normativa CAT n° 03/2008 e artigo 313-O do RICMS/SP, pelo que o presente Auto de Infração deveria ser cancelado.

Afirma que o Fisco não pode impor a substituição tributária a operação na qual a norma não se aplica. Expõe o tratamento diferenciado adotado para extintores de incêndio a serem utilizados em prédios, que não estão sujeitos à substituição tributária - ainda que sua descrição e respectivo código NCM coincidam com aqueles constantes do item 39 da "lista" - e a extintores para uso automotivo, que o estão, conforme lista do mencionado Protocolo ICMS.

Conclui protestando por todos os meios de prova em Direito admitidos e pedindo, alternativamente, pela declaração de nulidade da autuação, ou pelo cancelamento da multa aplicada, considerando a ausência de dolo e primariedade.

O sujeito passivo acosta declaração do destinatário das mercadorias à fl. 16, na qual este destinatário afirma que as peças adquiridas não se destinam a uso automotivo. E que não exerce atividade automotiva, agrícola, ou rodoviária, tendo adquirido as peças para reparo de máquinas motrizes não elétricas, dentre as quais moto-compressor. À fl. 24, junta Comprovante de Inscrição e situação cadastral dele, sujeito passivo, no Ministério da Receita Federal.

A informação fiscal, às fls. 32 e 33, foi prestada pelo Auditor Fiscal Sílvio Chiarot de Souza, nos termos do artigo 127, § 2º, do RPAF/99, na qual o mesmo preliminarmente relata os termos da imputação e de sua impugnação e, em seguida, afirma que a Cláusula Primeira do Protocolo ICMS nº 41/2008 atribui ao remetente, nas operações interestaduais com peças, componentes, acessórios e demais produtos listados em seus Anexos, a obrigação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do ICMS. Expõe que os produtos listados pelo seu NCM são taxativos, sendo necessário, para que exista a obrigação de retenção, que o código da mercadoria ali esteja inserido de forma explícita. Que as mercadorias em discussão não tiveram seus códigos NCM discriminados no documento fiscal, o que dificultou a ação fiscal, por ser este um dado que deveria ali constar. Que apesar da lacuna ele, auditor fiscal, visitou o endereço eletrônico do autuado (<http://www.silmaquinas.com.br/site/produtos.php?b=51>), percebendo que aquele comercializa com produtos alheios às regras do referido protocolo. Que, também, o destinatário das mercadorias não tem atividade de revenda de auto-peças, conforme consulta realizada ao Sistema INC/SEFAZ/BA. Que, do exame dos fatos e documentos trazidos aos autos, conclui que não se pode imputar cobrança de imposto ao autuado.

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como argüido pelo sujeito passivo, o preposto do Fisco não explicitou, no presente processo, a forma como encontrou a base de cálculo do ICMS reclamado, embora seja possível presumir-se que se tenha pautado nos termos das Cláusulas segunda e terceira do Protocolo ICMS nº 41/2008, modificado pelo Protocolo ICMS nº 49/2008. Tal incorreção poderia ser saneada, contudo, por meio de diligência determinada por esta JJF, com a respectiva reabertura do prazo de defesa, conforme artigo 129, §4º, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, caso não existisse motivo para a declaração de improcedência da presente autuação, o que explicito a seguir.

O Auto de Infração foi lavrado em 31/01/2009 para exigir ICMS não retido e não recolhido, na condição de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo ICMS nº 49/2008), relativamente à operação objeto da Nota Fiscal nº 242424 (fl. 07).

O Protocolo ICMS nº 41/2008, cuja Ementa foi modificada pelo Protocolo ICMS nº 49/2008, dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças.

As peças, componentes e acessórios para veículos automotores foram inseridas no item 22 do Anexo 86 do RICMS/89 em sua Alteração nº 102, por meio do Decreto nº 11.089, de 30/05/2008, publicado no DOE de 31/05/08 a 01/06/08, com produção de efeitos a partir de 01/06/2008.

As mercadorias discriminadas na mencionada Nota Fiscal não estão listadas no Anexo Único do Protocolo nº 49/2008, que revogou, de forma expressa, os Anexos I e II do Protocolo ICMS nº 41/2008. Assim, não se aplica ao caso a exigência de ICMS em razão do instituto da substituição tributária.

Assinalo que o preposto do Fisco que prestou a informação fiscal assevera ter visitado o endereço eletrônico do autuado (<http://www.silmaquinas.com.br/site/produtos.php?b=51>), percebendo que aquele comercializa com produtos alheios às regras do referido protocolo e que, conforme consulta que realizou no Sistema INC/SEFAZ/BA, o destinatário das mercadorias não tem atividade de revenda de auto-peças.

Ademais não está provado, neste processo, que as mercadorias descritas no mencionado documento fiscal destinar-se-iam especificamente a uso automotivo e, exatamente como asseverado pelo impugnante, a Cláusula Primeira do Protocolo ICMS nº 41/2008, alterada pelo Protocolo ICMS nº 49/2009, com produção de efeitos a partir de 1º de junho de 2008, portanto abrangendo o momento da operação comercial e da ação fiscal, dispõe:

Protocolo ICMS nº 41/2008:

Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com peças, componentes, acessórios e demais produtos listados nos anexos 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.

§ 1º. O disposto neste protocolo aplica-se às operações com peças, partes, componentes e acessórios, 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 industrial ou comercial de veículos automotores terrestres, bem como de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas e rodoviários, ou de suas peças, partes, componentes e acessórios.";

Por tudo quanto exposto, e tendo em vista o disposto no parágrafo único do artigo 155 do RPAF/99, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **097570.0115/09-8**, lavrado contra **SILMÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR