

A. I. Nº - 210943.0184/11-6
AUTUADO - MARIA HELENA DE ARAÚJO USINAGEM
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO (POSTO FISCAL HONORATO VIANA)
INTERNET 16.01.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0004-04/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS, E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO AO ESTADO DA BAHIA, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Nas operações realizadas com base em acordos interestaduais, como o especificado no Protocolo ICMS nº 104/09, signatários os Estados de São Paulo e Bahia, cabe ao remetente das mercadorias sujeitas à substituição tributária efetuar a retenção e o recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o ICMS relativo às operações subsequentes. Não está sujeita a essa exigência às operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 19/12/2011, foi atribuído ao sujeito passivo, estabelecido no Estado de São Paulo, o cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS por ter deixado de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, em vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, exigindo ICMS no valor de R\$11.858,86, acrescido da multa de 60%.

Na descrição dos fatos, o autuante alega que não houve retenção, em favor do Estado da Bahia, o ICMS devido por substituição, relativo ao diferencial entre as alíquotas interna e interestadual sobre a venda da mercadoria descrita no DANFE nº 278 destinada a uso/consumo de estabelecimento de contribuinte do imposto, nos termos das cláusulas primeira e nona do Protocolo ICMS 104/09 e cláusulas primeira e oitava do Protocolo ICMS 26/10 e alterações posteriores.

O contribuinte autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 41 a 42, com documentos anexos, acostados aos autos, pleiteando a extinção do Auto de Infração em tela nos termos que passo a expor.

Preliminarmente, discorre um breve relato dos fatos afirmando que foi autuado, porque, em tese, não reteve em favor do Estado da Bahia o ICMS devido por substituição tributária relativo ao diferencial entre a alíquota interna e a interestadual sobre a venda das mercadorias descritas no DANFE nº 278. Diz que o Sr. Fiscal Carlos Lazaro de Andrade classificou a mercadoria constante na Nota Fiscal Eletrônica como material de uso/consumo de estabelecimento de contribuinte do imposto, vindo a cobrar ICMS Substituição Tributária no valor de R\$ 11.858,86 e multa de R\$ 2.134,59, perfazendo um valor total de R\$ 13.993,45 na data de 19/12/2011.

Quanto às razões para extinção do Auto de Infração, alega que a saída de mercadorias do estabelecimento comercial é fato gerador do ICMS, mas o legislador estabelece na cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 104/09, objeto da presente autuação, signatários os Estados de São

Paulo e Bahia, de que o disposto neste protocolo não se aplica às operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem.

Acosta aos autos a fl. 60, cópia da sua ficha declaração de firma individual e seu registro na Junta Comercial do Estado de São Paulo (fl. 62) bem assim seu registro no CNPJ/MF (fl. 65), tudo isso no sentido de demonstrar sua atividade econômica principal – 25.39-0-01 serviço de usinagem, tornearia e solda. Da mesma forma, acosta aos autos, a fl. 69, cópia da ficha de registro no CNPJ/MF da empresa WEB Nordeste Ltda, adquirente das mercadorias objeto da autuação, indicando como atividade econômica principal – 28.51-8-00 fabricação de máquinas e equipamentos para prospecção e extração de petróleo, peças e acessórios; e como atividade secundária – 33.21-0-00 instalação de máquinas e equipamentos industriais.

Diante de todo o exposto, diz que o Auto de Infração em epígrafe deve ser extinto, haja vista a extensa relação de documentos que comprova que a mercadoria apreendida não se destina a uso/consumo como o Sr. Fiscal Carlos Lazaro de Andrade classificou, e sim, esta mercadoria destina-se a industrialização como matéria-prima, produto intermediário, conforme a isenção (cláusula segunda Protocolo ICMS nº 104/09) prevista na legislação tributária.

Assim, requer que seja proferida nova decisão, dando provimento ao presente recurso, reconhecendo a aplicação da isenção às operações realizadas pelo contribuinte, que foram objeto do presente Auto de Infração.

O fiscal autuante em sua informação fiscal a fl. 52, inicialmente, argumenta que o cerne do contraditório reside em saber, efetivamente, como a destinatária utiliza a mercadoria descrita no DANFE 278, visto que a mesma dedica-se, também, à atividade industrial.

Assim, pelo fato de que a empresa destinatária (WEB Nordeste) também se dedica à instalação e manutenção de equipamentos, conforme cópia do CNPJ/MF que anexa à fl. 50, diz o Fiscal Autuante, que essa atividade requer o uso dos produtos em questão, sobretudo, assevera que, por ser a Petrobrás a grande licitante da WEB Nordeste, não é possível afastar de imediato o regime de substituição tributária previsto no Protocolo ICMS 104/09.

Desta forma, alega o autuante, não basta à simples afirmação, sem que seja demonstrado, de que as porcas, travas, hastes são materiais primas inerentes ao processo industrial, razão pela qual diz insistir na manutenção da reclamação.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos e destaque, em campo próprio, da intimação para apresentação de defesa na Repartição Fazendária de sua circunscrição no prazo de 30 (trinta) dias.

Versa a autuação sobre a atribuição ao sujeito passivo do cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS por ter deixado de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, em vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A alegação do autuante é de que não houve retenção, em favor do Estado da Bahia, do ICMS devido por substituição, relativo ao diferencial entre as alíquotas interna e interestadual sobre a venda da mercadoria descrita no DANFE nº 278 (fl.32) destinada a uso/consumo de estabelecimento de contribuinte do imposto, nos termos das cláusulas primeira e nona do

Protocolo ICMS nº 104/09 e cláusulas primeira e oitava do Protocolo ICMS nº 26/10 e alterações posteriores.

O Protocolo ICMS 104/09 diz respeito à substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, tendo como signatários os Estados de São Paulo e Bahia. Da mesma forma, o Protocolo ICMS 26/10 se relaciona à substituição tributária das mesmas mercadorias, porém, tendo como signatário o Estado de Minas Gerais e, também, o Estado da Bahia. Todos os dois trazem o seguinte regramento na cláusula primeira:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único deste Protocolo, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado – NCM/SH, destinadas ao Estado da Bahia ou ao Estado de São Paulo ou ao Estado de Minas Gerais, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, 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 subsequentes.

A saída de mercadorias da empresa MARIA HELENA DE ARAUJO USINAGEM ME, I.E. 637243170112, estabelecida no Estado de São Paulo, com destino a empresa adquirente WEB NORDESTE, I.E. 58056079, estabelecida no Estado da Bahia, conforme os itens descritos no DANFE 278, é fato gerador do ICMS por substituição tributária na forma do que dispõe a cláusula primeira do Protocolo ICMS 104/09 acima descrito.

Ocorre que o disposto na cláusula primeira do Protocolo ICMS 104/09 não se aplica às operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem. É o que dispõe o inciso II da cláusula segunda do mesmo instrumento legal:

Cláusula segunda O disposto neste protocolo não se aplica:

II - às operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem;

A defendantecosta os autos, à fl. 69, comprovante de inscrição e de situação cadastral, junto ao Ministério da Fazenda, da empresa adquirente dos produtos, WEB NORDESTE LTDA, onde se pode ver claramente a atividade econômica principal 28.51-8-00 / Fabricação de máquinas e equipamentos para prospecção e extração de petróleo, peças e acessórios; como atividade econômica secundária 33.21-0-00 / Instalação de máquinas e equipamentos industriais. Todas essas atividades são as mesmas especificadas no Sistema de Informações Cadastrais do Contribuinte da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (INC).

Observando os produtos especificados no DANFE nº 278 (fl.32), objetos da presente autuação, vejo que estão discriminados com NCM/SH 72283000 e 39169090. A descrição do primeiro NCM diz respeito a *barra e perfis, de outras ligas de aço; barras ocas para perfuração, de ligas de aço ou de aço não ligado*. A descrição do segundo NCM diz respeito a *monofilamentos cuja maior dimensão do corte transversal seja superior a 1mm (monofios), varas bastões e perfis*.

Todas as descrições das NCM/SH acima destacadas, associadas às atividades econômicas cadastradas no Sistema INC da SEFAZ, relativa à atuação da empresa WEB NORDESTE LTDA no Estado da Bahia, adquirente das mercadorias do DANFE 278, corrobora para deduzir que efetivamente a operação, objeto da presente autuação, destina a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização.

Cabe destacar ainda, que o Fiscal Autuante em nenhum momento dos autos apresenta elementos onde indique efetivamente que as mercadorias constante do DANFE 278 são destinadas a uso/consumo do adquirente, como especificado na descrição dos fatos (fl. 01) da autuação. Aliás, na sua informação fiscal, sem trazer nenhum elemento aos autos, apenas se limita a fazer a seguinte afirmação, em contraposição a manifestação de defesa do defendantec: “*não é possível afastar, de imediato, o regime de substituição tributária prevista no Protocolo ICMS 104/09, de*

modo que não basta a simples afirmação, sem que seja demonstrado, de que as porcas/travas/hastes são matérias primas inerentes ao processo industrial”

Ora, o ônus da prova cabe a quem acusa ou nega. O código de processo civil, no art. 333, incisos I e II, declara que o ônus da prova cabe ao autor quando ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto a existência e fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Portanto, em quaisquer das situações, de negar ou acusar, a apresentação de prova é imprescindível a prevalência do direito. Assim, não vejo nenhum elemento acostado aos autos pelo Fiscal Autuante, onde demonstre que as mercadorias discriminadas no DANFE 178 são destinadas a uso/consumo da WEB NORDESTE LTDA adquirente dos produtos objeto da autuação.

Por todo o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração por não ver caracterizada a infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210943.0184/11-6**, lavrado contra **MARIA HELENA DE ARAÚJO USINAGEM**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de janeiro de 2013.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR