

A. I. Nº - 210943.0035/11-0
AUTUADO - MECALUX DO BRASIL SISTEMAS DE ARMAZENAGEM LTDA.
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 01. 11 .2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0243-01/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Contradição na descrição do fato, que ora acusa falta de retenção do imposto referente às operações subsequentes, ora se refere a diferença de alíquotas sobre a venda de mercadoria destinada a uso ou consumo do destinatário. Fundamentação inadequada do lançamento. Inaplicabilidade do Protocolo ICMS 26/10, pois o Estado de origem das mercadorias não é signatário daquele acordo. Quanto ao Protocolo ICMS 104/09, as mercadorias listadas no item 59 de seu anexo único são materiais para andaimes, para armações e escoramentos, eletrocalhas e perfilados de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para construção. No caso de perfilados de ferro fundido, não basta, como a fiscalização considerou neste caso, que tais perfilados precisem ser fixados ao solo, para evitar que tombem ou desmoronem, considerando a autoridade fiscal que essa fixação ao solo configuraria obra de construção civil. O item 59 da lista do anexo único do citado protocolo se refere a perfilados de ferro fundido, ferro ou aço “próprios para construção”, ou seja, tais perfilados devem ter por destinação objetiva o emprego em construção civil. As mercadorias apreendidas são partes e peças porta-paletes convencionais para armazenagem de mercadorias, nada tendo a ver com construção civil. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 2.9.11, diz respeito ao lançamento de ICMS por ter o autuado [estabelecido no Estado de São Paulo], ter deixado de proceder à retenção do ICMS e ao recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 15.938,38, com multa de 60%.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” que o ICMS lançado neste caso é devido por substituição tributária e é relativo ao “diferencial” entre a alíquota interna e a interestadual sobre a venda de mercadoria destinada a uso/consumo de estabelecimento de contribuinte do imposto. Foi tomado por fundamento o Protocolo ICMS 104/09. No enquadramento legal é citado também o Protocolo ICMS 26/10.

O contribuinte impugnou o lançamento (fls. 15/32) explicando é estabelecido em Hortolândia (SP), e que fabrica e comercializa estruturas conhecidas como porta-paletes, que são utilizadas para a

otimização de armazenagem, permitindo a máxima utilização do espaço disponível, segurança, eficiência e flexibilidade para os clientes. Diz que vendeu porta-paletes para a empresa Base Nordeste Indústria Ltda., sediada em Salvador, conforme Nota Fiscal Eletrônica 7517, constando no documento que sobre o valor da venda das mercadorias incidiu o imposto à alíquota de 7%, totalizando imposto no valor de R\$ 11.156,87, e foi surpreendido com a apreensão das mercadorias pelo fisco da Bahia. Alega que a fiscalização classificou indevidamente as mercadorias fabricadas, porque, em vez de classificá-las como porta-paletes, classificou-as como bens destinados a construção civil – material para andaimes, para armações (cofragens) e para escoramentos, eletrocalhas e perfilados de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para a construção. Aduz que, por essa classificação equivocada, foi exigido o pagamento da diferença de alíquotas, tendo o fisco apreendido os bens, nomeando como fiel depositária a transportadora Translayne Transportes de Cargas e Logística.

Observa que um dos protocolos citados, o Protocolo ICMS 26/10, foi firmado entre a Bahia e Minas Gerais, porém o seu estabelecimento fica em São Paulo. Grifa sua estranheza ante o fato de a fiscalização fundamentar uma infração com base em um convênio que não abrange a área territorial do sujeito passivo.

Pede que seja acolhida essa preliminar e se decrete a nulidade ao Auto de Infração.

Quanto ao mérito, reitera que foi cobrada a diferença de alíquotas referente à aludida Nota Fiscal, tendo a mercadoria sido apreendida, nomeando-se como fiel depositária a transportadora, entendendo o fisco que a mercadoria seria destinada a construção civil, estando por isso sujeita ao pagamento da diferença de alíquotas, como se se tratasse de material para andaimes, para armações (cofragens) e para escoramentos, eletrocalhas e perfilados de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para a construção, com base no Protocolo ICMS 104/09. Sustenta que as mercadorias não eram destinadas a construção civil, e que se trata de partes e peças porta-paletes convencionais, cadastradas na NCM/SH na posição 7308.90.90.

Chama a atenção para o texto da cláusula primeira do Protocolo ICMS 104/09, observando que a obrigação para retenção do imposto por parte do remetente somente se aplica às mercadorias expressamente listadas no anexo único do aludido protocolo. Transcreve o teor do anexo único daquele protocolo.

Protesta que, além de lavrar este Auto de Infração, a fiscalização ainda reteve indevidamente as mercadorias, causando um enorme problema comercial entre a empresa e seu cliente.

Anexou Laudo Técnico Pericial elaborado pela RGC Consultoria e Engenharia Ltda., demonstrando quais são os produtos fabricados e comercializados por seu estabelecimento, bem como a Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE) e a NCM/SH utilizadas, para provar que sua empresa não atua, não fabrica e não comercializa produtos destinados à construção civil.

Juntou também os catálogos dos produtos que fabrica, para provar que as mercadorias comercializadas são destinadas exclusivamente para soluções de armazenagem, não tendo nenhuma relação com os materiais descritos pelo fiscal neste Auto.

Reclama da multa aplicada, que reputa ter natureza confiscatória. Toma por fundamento o art. 150, IV, da Constituição.

Pede que seja acolhida a preliminar suscitada, pois sua empresa não é domiciliada em Minas Gerais, não podendo ser compelida a uma obrigação determinada pelo Protocolo ICMS 26/10, ou que, no mérito, o Auto seja anulado, uma vez que as mercadorias foram classificadas equivocadamente, não se aplicando o Protocolo ICMS 104/09. Alternativamente, pede, não sendo acatados os pedidos anteriores, seja descaracterizada a multa confiscatória, ofensiva aos princípios constitucionais.

Requer que as futuras intimações sejam efetuadas tanto em nome da empresa como em nome de seus patronos, no endereço que indica. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 203/207) contrapondo que a tentativa da defesa de demonstrar que houve erro no enquadramento legal da infração, pelo fato de o “texto padronizado eletronicamente” fazer referência aos dois acordos interestaduais relativos à substituição tributária dos quais a Bahia é signatário, o Protocolo ICMS 104/09 e o Protocolo ICMS 26/10. A seu ver, o argumento da defesa não se sustenta frente à descrição dos fatos.

Quanto ao mérito, o fiscal rebate a alegação de que a descrição comercial da mercadoria não se enquadra na relação do anexo único do Protocolo ICMS 104/09, dizendo que a defesa despreza a principal informação que, na essência, define legalmente o produto: o código NCM empregado (7308.90.90), que figura no item 59 da lista de mercadorias. Considera que neste caso a descrição legal mais apropriada é a que define a mercadoria como perfilados de ferro fundido, restando apenas enfrentar o ponto subjetivo e controvertido, que diz respeito à finalidade, ou seja, se são apropriados para construção.

Aduz que, para se saber se a montagem e fixação da estrutura de perfilados ao solo destinada ao suporte e armazenagem de paletes configuram uma obra de construção, considera razoável recorrer aos conceitos normativos disponíveis do que se entende por construção civil. Nesse sentido, vai em busca da legislação previdenciária, e conclui que perfilados de ferro fundido são próprios para a construção, haja vista a necessidade lógica de, como demonstra em figuras ilustrativas, ser agregados ou fixados ao solo, obra que certamente requer fundamentos técnicos de engenharia, seja pela dimensão industrial de que se reveste, seja pelos riscos de tombamento ou desabamento em sua montagem e fixação. Aduz não ser por outra razão que esse tipo de mercadoria está abrangido pelas normas do COBRACON – Comitê Brasileiro referente aos componentes, elementos, produtos ou serviços utilizados na construção civil, conforme os grifos destacados no texto que reproduz a seguir.

Acrescenta que corroboram também no sentido de reafirmar que esse tipo de estrutura perfilada deve ser fixada ao solo figuras extraídas da “pagina” de empresa fabricante da referida mercadoria, na internet, conforme cópias que reproduz.

Conclui dizendo que insiste na manutenção da “reclamação”.

VOTO

O presente Auto de Infração diz respeito a lançamento de ICMS, atribuindo-se ao autuado, estabelecido no Estado de São Paulo, a responsabilidade pelo imposto, na condição de sujeito passivo por substituição, por ter deixado de proceder à retenção e recolhimento do tributo relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Há uma flagrante contradição na caracterização do fato, pois, embora no campo “Infração” seja dito que o imposto lançado seria referente às operações subsequentes, no campo “Descrição dos Fatos” é dito que a exigência fiscal seria referente à diferença de alíquotas sobre a venda de mercadoria destinada a uso/consumo de estabelecimento destinatário.

É evidente que foi citado indevidamente o Protocolo ICMS 26/10, firmado pelos Estados da Bahia e Minas Gerais, haja vista que o autuado é estabelecido em São Paulo.

Quanto ao Protocolo ICMS 104/09, observe-se que as mercadorias listadas no item 59 do anexo único daquele protocolo são materiais para andaimes, para armações e escoramentos, eletrocalhas e perfilados de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para construção.

No caso de perfilados de ferro fundido, não basta, como afirmou o autuante na informação, que tais perfilados precisem ser fixados ao solo, para evitar que tombem ou desmoronem, considerando o autuante que essa fixação ao solo configuraria obra de construção civil.

Ocorre que o item 59 da lista do anexo único do citado protocolo se refere a perfilados de ferro fundido, ferro ou aço “próprios para construção”, ou seja, tais perfilados devem ter por destinação objetiva o emprego em construção (“próprios para construção”).

De acordo com o DANFE à fl. 7, as mercadorias apreendidas são partes e peças porta-paletes convencionais. O autuado anexou Laudo contendo figuras das estruturas denominadas porta-paletes às fls. 82/113. Anexou também catálogos das mercadorias às fls. 115/167. As estruturas em questão não são absolutamente “próprias para construção”.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210943.0035/11-0**, lavrado contra **MECALUX DO BRASIL SISTEMAS DE ARMAZENAGEM LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 3 de outubro de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR