

A. I. N° - 210943.0125/14-4
AUTUADO - LUPATECH S.A. UNIDADE MNA
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 04. 11. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0229-01/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VÁLVULAS. ACORDO INTERESTADUAL (PROTOCOLO). Conjugando-se a ementa do Protocolo ICMS 104/09 com as indicações dos itens de seu Anexo Único, fica evidente que os materiais por ele listados somente estão sujeitos ao regime de substituição tributária quando são destinados a emprego na construção civil. Em sintonia com essa orientação, o Anexo 1 do RICMS/12, ao especificar as mercadorias sujeitas à substituição tributária, distingue cada grupo de mercadorias com um item específico, segundo a sua natureza, tendo reservado o grupo do item 24 para os materiais de construção, de modo que tudo o que no referido Anexo 1 estiver especificado abaixo da rubrica “24 – Material de construção” somente estará sujeito a substituição tributária se for “material de construção”. As válvulas objeto deste lançamento, embora estejam especificadas no subitem 24.83 do item 24 do Anexo 1 do RICMS/12, no presente caso não são destinadas a construção civil – são destinadas à Petrobrás para serem empregadas no controle de gases e líquidos em plataformas de petróleo, não se sujeitando portanto à substituição tributária, nos estritos termos do Protocolo ICMS 104/09. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 11.6.14, diz respeito à falta de retenção de ICMS pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição [estabelecido no Estado de São Paulo], relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Consta no campo “Descrição dos Fatos” que se trata de falta de retenção da diferença de alíquotas na venda de mercadoria da posição 8481.0895 da NCM, destinada a uso ou consumo de contribuinte estadual, nos termos do Protocolo ICMS 104/09. O fato foi enquadrado no art. 10 da Lei 7.014/96, c.c. as cláusulas primeira, terceira e quarta dos Protocolos ICMS 104/09 e 26/10 [*sic*]. Imposto lançado: R\$ 9.789,45. Multa: 60%.

O autuado defendeu-se (fls. 26/29) suscitando preliminarmente a inaplicabilidade das disposições contidas no Protocolo ICMS 26/10, uma vez que este foi firmado entre o Estado de Minas Gerais e o Estado da Bahia, e não abrange a operação realizada.

Quanto ao Protocolo ICMS 104/09, diz que a válvula objeto da autuação tem, de ordinário, aplicações múltiplas, inclusive na construção civil, o que poderia dar ensejo à aplicação do referido protocolo, porém não se trata de hipótese de aplicação do referido convênio, uma vez que a mercadoria

“válvula tipo esfera” comercializada por seu estabelecimento não é destinada à construção civil, e sim à exploração de petróleo. Explica que a referida válvula é utilizada para o controle de gases e líquidos em plataformas de petróleo.

Aduz que a substituição tributária é hipótese específica de deslocamento da responsabilidade pelo recolhimento do tributo e antecipação do fato gerador, e depende de expressa previsão legal, bem como que a situação fática se enquadre exatamente à previsão da norma para sua ocorrência, e sendo assim, embora o Protocolo ICMS 104/09 preveja que os produtos enquadrados na posição geral NCM 84.81 se sujeitam à substituição tributária, essa disposição se aplica exclusivamente para as hipóteses em que o comércio desses produtos tenha por fim o seu emprego na construção civil, mas não é esse o caso, pois as válvulas fabricadas e comercializadas pela Lupatech têm aplicação exclusiva na indústria petrolífera, tendo como destinatário do produto a Petrobrás, não se sujeitando à substituição tributária.

Como prova, apresenta o pedido de compra e catálogo da empresa que demonstra a utilização da válvula vendida à Petrobrás e o ramo de atuação da empresa autuada.

Passa a questionar a multa aplicada, de 60%, alegando que ela tem evidente caráter confiscatório e acaba por violar expressamente o art. 150, IV, da Constituição, pois traz um enorme endividamento ao contribuinte e se mostra incompatível com a natureza da multa. Alega ser pacífico tanto nos tribunais quanto na esfera administrativa o entendimento de que a multa que inviabiliza a capacidade e o desenvolvimento da atividade econômica da empresa tem natureza confiscatória, e a multa fixada ultrapassa os limites do que se considera razoável, violando os princípios da razoabilidade e do não confisco. Conclui dizendo que os valores das multas são geralmente reformados nos tribunais, que reconhecem sistematicamente que, apesar da existência de previsão legal, os patamares das multas fixadas ultrapassam o limite do razoável, violando o princípio do não confisco, da proporcionalidade e da capacidade contributiva, quase sempre reduzindo-as a valores muito inferiores aos determinados pelo agente fiscal.

Pede a anulação do Auto de Infração, e por consequência a liberação da fiel depositária do encargo assumido para liberação do bem apreendido, ou a redução da multa a patamares aceitáveis, descaracterizando-se seu nítido caráter confiscatório. Requer o prazo de 15 dias para juntada de procuração original, que em virtude das greves do Correios no Estado de São Paulo não chegou ao destinatário no Estado da Bahia. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 110/113) rebatendo a alegação da defesa de que o Protocolo ICMS 104/09 se aplica exclusivamente aos casos em que o produto seja empregado na construção civil, não estando a referida válvula sujeita às regras da substituição tributária por ser utilizada apenas na indústria petrolífera. Segundo o fiscal, a SEFAZ/BA, por sua “diretoria consultiva”, já se pronunciou sobre o mesmo tema, envolvendo o mesmo tipo de mercadoria, concluindo pela aplicação do regime de substituição tributária, conforme o Parecer 03027/2013 e o Parecer 06447/2013, cujo teor transcreve.

Conclui dizendo que, nos termos do Protocolo [ICMS] 104/09, deve ser atribuída ao remetente da mercadoria a responsabilidade tributária por substituição em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes, de saída ou subsequente entrada, relativamente ao valor da diferença de alíquotas nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado que seja contribuinte do imposto.

VOTO

O lançamento em discussão diz respeito à falta de retenção de ICMS pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição estabelecido no Estado de São Paulo, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Consta no

campo “Descrição dos Fatos” que se trata de falta de retenção da diferença de alíquotas na venda de mercadoria da posição 8481.0895 da NCM, destinada a uso ou consumo de contribuinte.

O contribuinte tem razão quanto à não aplicação neste caso do Protocolo ICMS 26/10, haja vista que o Estado de São Paulo não é signatário desse acordo. O que importa aqui é o Protocolo ICMS 104/09.

Baseado no Protocolo ICMS 104/09, o autuado alega que a válvula objeto da autuação tem aplicações múltiplas, inclusive na construção civil, o que poderia dar ensejo à aplicação do referido protocolo, mas não neste caso, uma vez que a mercadoria “válvula tipo esfera” comercializada por seu estabelecimento não é destinada à construção civil, e sim à exploração de petróleo. Explica que a referida válvula é utilizada para o controle de gases e líquidos em plataformas de petróleo. Insiste em que, embora o Protocolo ICMS 104/09 preveja que os produtos enquadrados na posição geral NCM 84.81 se sujeitam à substituição tributária, essa disposição se aplica exclusivamente para as hipóteses em que o comércio desses produtos tenha por fim o seu emprego na construção civil, mas não é esse o caso, pois as válvulas fabricadas e comercializadas pela Lupatech têm aplicação exclusiva na indústria petrolífera, tendo como destinatário do produto a Petrobrás, não se sujeitando à substituição tributária.

A interpretação da norma jurídica não pode ser feita lendo-se apenas um artigo, um parágrafo, um item. A interpretação deve ser feita de forma sistemática, conjugando os diversos enunciados, de modo a desvendar o sentido e alcance da norma.

No caso em questão, para se concluir se a operação do autuado com a válvula objeto da autuação está ou não sujeita à substituição tributária, não basta que a mercadoria se enquadre na posição da NCM – é preciso que o bem corresponda ao enunciado da previsão normativa, inclusive quanto à sua destinação.

A ementa do Protocolo ICMS 104/09 é esta: “Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno”.

A ementa de um ato jurídico integra as suas disposições normativas. Pelo enunciado da ementa do referido protocolo, depreende-se, de antemão, que os bens alcançados por suas disposições hão de ser compreendidos como materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno.

Os termos “acabamento” (revestimentos, calefação, recobrimento ou montagem final de peças visando um determinado efeito estético, mediante azulejos, porcelanatos, vidros, fórmica, adesivos, pisos laminados, tintas, folheados metálicos, luminárias), “bricolagem” (pequenos trabalhos, normalmente reparações, feitos por amadores) ou “adorno” (enfeite, ornato, atavio) estão vinculados, evidentemente, à construção civil. Para os propósitos do Protocolo ICMS 104/09, não é qualquer material empregado no acabamento, reparação ou enfeite, por exemplo, de móveis, vestuários, artes plásticas ou livros, para dotar o produto de aspecto exterior mais atrativo para o usuário ou consumidor, que torna o material sujeito à substituição tributária, mas apenas o material aplicado no acabamento, reparação ou adorno de obras de construção civil.

O Anexo Único do Protocolo ICMS 104/09, na redação dada pelo Protocolo ICMS 70/12, deixa evidente que os materiais por ele listados somente estão sujeitos ao regime de substituição tributária quando são destinados a emprego na construção civil, repetindo, exaustivamente, os termos “para construção civil” ou “para uso na construção civil”. Em alguns itens, não consta essa observação, por ser desnecessária, como nos casos de ardósia, argamassa, massas para revestimento, telhas, cumeeiras, portas, pisos, etc., pois o próprio nome do material já indica sua finalidade.

Prevendo a possibilidade de eventuais dúvidas, o legislador baiano, ao elaborar o Anexo 1, que especifica as mercadorias sujeitas à substituição tributária, distinguiu cada grupo de mercadorias com um item específico, segundo a sua natureza. Assim, reservou o grupo do item 24 para os materiais de construção, com esse título: “24 – Material de construção”. Ou seja, tudo o que no

referido Anexo 1 estiver especificado abaixo da rubrica “24 – Material de construção” somente estará sujeito a substituição tributária se for “material de construção”.

É o caso das válvulas objeto deste lançamento, especificadas no subitem 24.83 do item 24 do Anexo 1 do RICMS/12.

Eis o que consta no referido anexo do RICMS/12:

ANEXO 1 MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA					
Item	Mercadoria – NCM	Acordo Interestadual/ Estados signatários	MVA nas aquisições de UF signatária de acordo interestadual (conforme a Alíq. interestadual aplicada no estado de origem)	MVA nas aquisições de UF não signatária de acordo interestadual (conforme a Alíq. interestadual aplicada no estado de origem)	MVA nas operações internas
24	Material de construção				
24.83	Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes – 8481	Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES e MG	70,02% (Alíq. 4%) 64,71% (Alíq. 7%) 55,86% (Alíq. 12%)	70,02% (Alíq. 4%) 64,71% (Alíq. 7%) 55,86% (Alíq. 12%)	47%

Não resta dúvida, portanto, que somente as válvulas destinadas a emprego na construção civil estão sujeitas ao regime de substituição tributária.

As válvulas objeto deste lançamento são destinadas à Petrobrás para serem empregadas no controle de gases e líquidos em plataformas de petróleo. Não estão sujeitas à substituição tributária, nos estritos termos do Protocolo ICMS 104/09. Como são bens destinados a uso por parte da Petrobrás, caberá a esta proceder ao pagamento da diferença de alíquotas. Porém o remetente, fornecedor dessas válvulas à Petrobrás, não tem a obrigação de reter o imposto, pois o citado protocolo somente atribui a responsabilidade pela retenção do tributo em se tratando de materiais destinados a construção civil, entendimento que é corroborado pelo item 24 do Anexo 1 do RICMS/12.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210943.0125/14-4**, lavrado contra **LUPATECH S.A. UNIDADE MNA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2014

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR