

A. I. Nº - 269616.0024/15-7
AUTUADO - SOLDERING COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTES - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.05.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0074-05/16

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO. VENDAS PARA CONTRIBUENTES LOCALIZADOS NA BAHIA. a) RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Restou comprovado que o contribuinte utilizou MVA inferior à prevista na legislação nas operações sujeitas ao regime da ST, em operações interestaduais, regidas pelo Protocolo ICMS 41/08. Mantida a exigência fiscal contida na infração 01. **b) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO.** Excluída da autuação a infração 02, relacionada às operações com as mercadorias da posição NCM 8431.41.00 – fatos geradores de julho e agosto de 2010. A inclusão das citadas mercadorias no regime ST, regido pelo Protocolo ICMS 41/2008, só se verificou em 1º de abril de 2011, com a publicação do Protocolo ICMS 05/2011. A norma alteradora inseriu o item 115 no anexo único do Protocolo ICMS 41/2008, referente às mercadorias “*Caçambas, pás, ganchos e tenazes p/máquinas rodoviárias*”, para a cobrança do ICMS substituição tributária nas operações interestaduais realizadas entre os estados signatários. Excluída também da autuação, na infração 03, a exigência de imposto antecipado do ICMS-DIFAL dos itens de NCM 7318.2400 e NCM 8431.4100. O primeiro deles foi inserido no Protocolo ICMS 26/10, e só poderia ser objeto de exigência a partir de 01/01/2011, data da vigência do citado acordo interestadual, conforme estabelecido pelo Decreto 12.470/10, de 22 de novembro de 2010. Quanto às peças da posição NCM 8431.4100 - “*Caçambas, pás, ganchos e tenazes p/ máquinas rodoviárias*”, constante no item 115 do Anexo Único, a cobrança do ICMS antecipado teve vigência estabelecida a partir de 01.05.2011, conforme Protocolo ICMS 05/11. Mantida a autuação nos períodos subsequentes. As mercadorias comercializadas pela autuada são peças de reposição de equipamentos e maquinários dos estabelecimentos destinatários, enquadráveis, portanto, como material de uso ou consumo. Afastada a arguição de nulidade do lançamento tributário. Indeferido pedido de diligência/perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 31/03/2015, para exigir ICMS no valor principal de R\$ 330.030,55, acrescido de multas, com as seguintes imputações:

Infração 01 – Procedeu retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Contribuinte utilizou MVA a menor que o estabelecido para o período (Protocolo ICMS 26/10). Valor exigido: R\$ 402,46. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Algumas operações estão incluídas no Protocolo ICMS 26/10 de material de construção. Valor exigido: R\$ 47.166,44. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Refere-se a diferencial de alíquota não retido. Valor exigido: R\$ 282.461,65. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “e”, da lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado ao A.I. através dos Correios, via AR (aviso de recebimento), em 13/04/2015 e ingressou com a peça impugnatória em 12/06/2015.

De início, a impugnante relatou ser uma sociedade empresária cujo objeto social tem como atividade principal a fabricação de máquinas e equipamentos para terraplenagem, pavimentação e construção, peças e acessórios, exceto tratores.

Nos anos de 2010 a 2014 a autuada comercializou seus produtos para empresas sediadas no Estado da Bahia e, supostamente, cometeu infrações à legislação tributária deste Estado, bem como às regras previstas em Protocolos de ICMS nos quais são signatários o Estado de Minas Gerais e o Estado da Bahia, nos termos do Auto de Infração em referência.

De início aduziu que não há embasamento fático ou jurídico para a autuação ora impugnada, pois, primeiramente, o auto de infração abrange fatos geradores ocorridos em períodos anteriores à entrada da vigência dos protocolos de ICMS que fundamentam sua cobrança, bem como considerando que a presente cobrança incluiu operações com mercadorias que ostentam a qualidade de “produto intermediário”, não alcançadas pelas regras previstas nos mesmos Protocolos.

Disse também que o auto de infração não apresenta os requisitos mínimos que possibilitem a defesa do contribuinte, como a descrição clara e específica quanto aos dispositivos previstos nos Protocolos de ICMS que o fundamentam.

A defesa apontou, em razões preliminares, falta de clareza do A.I. em relação aos dispositivos previstos nos Protocolos ICMS n. 41/2008 e 26/2010 que fundamentam a cobrança do ICMS/ST e ICMS/Difal previstos nos itens “Infração 01 – 08.50.02” –, “Infração 02 – 08.31.03” e “Infração 03 – 08.31.03”, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Que em todas as descrições das infrações, consta apenas fundamentação genérica dos dispositivos previstos nos protocolos ICMS acima apontados, conforme abaixo descrito:

“Infração 01 – 08.50.02”

Enquadramento: Cláusula Primeira e Quarta do Protocolo ICMS n. 26/2010 e alterações posteriores”;

“Infração 02 – 08.31.03

Enquadramento: Cláusula Primeira a Quarta do Protocolo ICMS n. 41/2008

“Infração 03 – 08.31.03

Enquadramento:

Cláusula Primeira e Quarta do protocolo ICMS n. 41/2008

Art. 10 da Lei 7.014/96 C/C Cláusula Primeira e Quarta do Protocolo ICMS n. 48/2008.

Nestes casos argumenta que não houve a menção expressa dos incisos e parágrafos que trazem a previsão do enquadramento preciso da infração supostamente cometida pela impugnante, de modo que restaria patente a nulidade do presente auto de infração, conforme o previsto no art. 39, V, do Decreto n. 7.629/99 que aprovou Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) do Estado da Bahia, “*in verbis*”:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...);

V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação:

a) em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória;

b) tidos como infringidos;

c) em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente.

Entende a impugnante que no caso dos autos houve cerceamento ao direito da ampla defesa e não atendimento ao devido processo legal, nos termos da fundamentação acima.

Ao ingressar nas razões de mérito a defesa discorreu que o auto de infração abrange fatos geradores do ICMS/ST e ICMS/Difal referentes às notas fiscais emitidas no período de 01/01/2010 a 31/12/2014. Que as referidas cobranças somente teriam validade jurídica para os fatos geradores ocorridos após a vigência da legislação que o fundamenta.

Em relação ao Protocolo ICMS n. 26/2010, que dispõe sobre a substituição tributária e diferencial de alíquota de ICMS nas operações com “materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno”, publicado em 27 de janeiro de 2010, suas regras foram implementadas pela Legislação do Estado da Bahia por meio do Decreto Estadual n. 12.470/2010, com vigência a partir de 23 de novembro de 2010. Que a cobrança está relacionada às mercadorias descritas no NCM/SH 7318.2400: “*Parafusos, pinos ou pernos, roscados, porcas, tira-fundos, ganchos roscados, rebites, chavetas, cavilhas, contrapinos, arruelas (incluídas as de pressão) e artefatos semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço*” descrito no anexo único daquele protocolo.

Por sua vez, o Protocolo ICMS n. 41/2008, que dispõe sobre a substituição tributária e a cobrança do diferencial de alíquota nas operações interestaduais com autopeças, publicado em 14 de abril de 2008, foi implementado na legislação do Estado da Bahia por meio do Decreto Estadual n. 11.039/2008, com vigência a partir de 06 de maio de 2008.

Todavia, em 1º de abril de 2011 foi publicado o Protocolo ICMS n. 05/2011 para alterar o texto do Protocolo n. 41/2008, incluindo o item 115, em seu anexo único, referente às mercadorias “*Caçambas, pás, ganchos e tenazes p/máquinas rodoviárias*”, previstos no NCM/SH n. 8431.41.00 e comercializadas pela impugnante, que passaram a se sujeitar à sistemática da substituição tributária e da cobrança de diferencial de alíquota nas operações interestaduais realizadas entre os estados signatários do Protocolo ICMS n. 41/2008.

Argumenta a defesa, que ao fazer uma comparação entre o período de fiscalização abrangido pelo auto de infração e a data de vigência prevista nas normas que fundamentam a exigência fiscal, é possível se concluir que somente poderão ser exigidas as cobranças por falta de recolhimento de ICMS, por substituição tributária, referente aos “*Parafusos, pinos ou pernos, roscados, porcas, tira-fundos, ganchos roscados, rebites, chavetas, cavilhas, contrapinos, arruelas (incluídas as de pressão) e artefatos semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço*”, previstos no NCM/SH 7318.2400, a partir do dia 23/11/2010, data de vigência do Decreto Estadual n. 12.470/2010 que implementou as regras do Protocolo ICMS 26/2010 na legislação do Estado da Bahia.

Da mesma forma, somente poderia ser exigida a cobrança de diferencial de alíquota de ICMS para as operações realizadas pela Impugnante com os itens “*Caçambas, pás, ganchos e tenazes*

p/máquinas rodoviárias”, previstos no NCM/SH n. 8431.41.00, a partir do dia 1º de maio de 2011, data da vigência do Protocolo n. 05/2011 que alterou a redação do Protocolo 41/2008, incluído essas mercadorias.

O contribuinte elaborou na peça defensiva quadros demonstrativos contendo o rol de notas fiscais de saída de mercadorias efetuadas pela empresa, referentes às mercadorias descritas na NCM/SH 7318.2400 e NCM/SH 8431.41.00, cujos fatos geradores do ICMS/ST e ICMS/Difal ocorrerem em datas anteriores à vigência dos Protocolos ICMS 41/08 e 26/10, com os respectivos valores. Na infração 02, pediu a exclusão de todas as operações.

Em relação à infração 03, pede a retirada das cobranças referentes aos fatos geradores para os itens descritos nas notas fiscais com NCM/SH 7318.2400, no valor de R\$ 10.608,18. Já em relação às notas fiscais que acobertaram os produtos da NCM/SH 8431.4100, requereu a retirada da cobrança do total de R\$ 218.182,05, por abranger operações que ainda não estavam regidas pelo acordo interestadual de substituição tributária.

Sustenta, portanto, que o valor total da soma das notas fiscais a ser decotado da cobrança consubstanciada nos Itens das infrações 02 e 03, perfaz um total de R\$ 275.956,67 (duzentos e cinquenta e sete mil, novecentos e cinquenta e seis reais e sessenta e sete centavos).

Em seguida, a defesa discorreu argumentos pela inaplicabilidade do Protocolo ICMS 26/2010 para as operações envolvendo “produtos intermediários”, realizadas pela empresa autuada. Pede a exclusão das operações com pino de desgaste para escavadeiras.

Declarou que o Protocolo ICMS n. 26/2010 prevê, em sua cláusula primeira, as regras relativas à cobrança de ICMS pela sistemática da substituição tributária, nas operações interestaduais com as mercadorias listadas em seu Anexo Único, destinadas aos Estados da Bahia e Minas Gerais.

Que o parágrafo único da cláusula primeira do citado Protocolo, prevê a obrigatoriedade de recolhimento do diferencial de alíquota nas mesmas operações, mas limitando a sua aplicação às entradas, no estabelecimento de contribuinte, decorrente de operação interestadual de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente.

Por sua vez, o Inciso II da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 26/2010 estabelece a não aplicação das regras nele previstas em relação às operações que destinem matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, a estabelecimento industrial, quando empregados em processo de industrialização, conforme transcrição abaixo:

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; (grifou-se)*

Entende a defesa que os mencionados dispositivos do Protocolo ICMS 26/2010, excluem as operações que envolvam **produto intermediário** destinado a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização, restringindo-se às operações com material de uso e consumo e ativo permanente.

Pontuou ainda que do art. 266, I, do Regulamento do IPI, Decreto Federal nº. 7.212/10, extrai-se o conceito de “produto intermediário” assim entendido como sendo: “(...) *matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluindo-se, entre as matérias-primas e os produtos intermediários, aqueles que, **embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente***”;

Consignou mais à frente que o Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF – já se manifestou a respeito da conceituação dos “produtos intermediários”, no Acórdão 2ª JF Nº 0287-02/06 proferido em sede de Recurso de Ofício e Voluntário nos autos do Auto de Infração n. 279459.0005/05-0, nos

seguintes termos: “É necessário que se saliente que, tanto os materiais de consumo como os produtos intermediários, são “consumidos” pelo estabelecimento industrial, porém o que importa para a sua caracterização legal é onde o consumo acontece: **se o bem é consumido em função e como resultado de sua participação direta no processo de fabricação do produto da empresa**, então há que se denominá-lo de produto intermediário; caso contrário, deve ser definido como material de consumo”.

Declarou em seguida que quase a totalidade dos destinatários dos produtos comercializados pela impugnante enquadra-se como estabelecimento industrial que atua nos ramos de Mineração, Construção Civil e de Infraestrutura, Metalurgia, dentre outras, conforme cópias dos respectivos comprovantes de inscrição e situação cadastral anexos.

Afirmou também que os produtos comercializados pela Impugnante envolvendo “Parafusos, pinos ou pernos, roscados, porcas, tira-fundos, ganchos roscados, rebites, chavetas, cavilhas, contrapinos, arruelas (incluídas as de pressão) e artefatos semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço”, previstos no NCM/SH n. 7318.2400, caracterizam-se como “produto intermediário”, à luz da legislação pátria, estando fora do alcance das regras previstas no Protocolo ICMS 26/2010, consoante o previsto no inciso II de sua Cláusula Segunda.

Reiterou que os produtos comercializados pela Impugnante enquadrados no NCM/SH de n. 7318.2400 não podem ser caracterizados como sendo “bens de uso e consumo” haja vista a sua aplicação direta no processo produtivo. Que o conceito de “bens de uso e consumo” embora não se encontre na legislação é amplamente definido na doutrina especializada. Citou a Decisão CAT do Estado de São Paulo, que contém a seguinte diretiva:

“Em que pese o tratamento do tema tanto pelo Convênio ICM n. 68/88 como LC n. 87/96, o fato é que a legislação nunca conceituou os bens destinados ao uso e consumo. Entretanto, no âmbito infralegal, a Decisão CAT n. 1/01, do Estado de São Paulo, definiu-os por exclusão como toda mercadoria que:

- (a) não se destine à revenda;*
- (b) não integre o ativo imobilizado da empresa;*
- (c) não se incorpore ao produto final; e*
- (d) não seja consumida no processo de produção.*

Dessarte, pode-se afirmar, à luz das normas vigentes, que os bens de uso e consumo são todos aqueles não caracterizáveis como mercadorias para revenda, matérias-primas, produtos intermediários ou bens do ativo imobilizado”.

E conclui apontando entendimento da jurisprudência sobre o tema: “Ante o exposto, pode-se afirmar que, consoante a posição majoritária da jurisprudência, são bens de uso e consumo a mercadorias consumidas em estabelecimentos comerciais ou de prestação de serviço e também aquelas utilizadas de forma indireta no processo produtivo das indústrias, como graxas, óleos lubrificantes e materiais de limpeza”.

Sustenta ainda a defesa que essas mercadorias não poderiam ser enquadradas na categoria de bens destinados ao “ativo permanente” ou “ativo imobilizado” dos seus adquirentes, considerando não se enquadrarem nos bens assim definidos pelo Comitê de Pronunciamento Contábil de n. 27.

“Ativo imobilizado é o item tangível que:

(a) é mantido para uso na produção ou fornecimento de mercadorias ou serviços, para aluguel a outros, ou para fins administrativos; e

(b) se espera utilizar por mais de um período.

Correspondem aos direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da entidade ou exercidos com essa finalidade, inclusive

os decorrentes de operações que transfiram a ela os benefícios, os riscos e o controle desses bens”.

Pede ao final que seja reconhecida a inaplicabilidade da cobrança de ICMS Diferencial de Alíquotas, previsto no Protocolo ICMS 26/10, para as operações referentes às mercadorias descritas no NCM/SH 73.18.2400, tidos como “produtos intermediários”.

Pontuou a necessidade de produção de prova pericial, formulou quesitos e indicou assistentes técnicos (fls. 41/42).

No tocante às penalidades aplicadas no Auto de Infração alegou a desproporcionalidade e irrazoabilidade das multas, invocando a aplicação do inciso IV do artigo 150 da Carta Magna que veda a utilização de tributo com efeito de confisco. Consignou que foi lançado no A.I., a título de multas, o valor nominal R\$ 198.018,18 (cento e noventa e oito mil e dezoitoeais e dezoito centavos), enquanto o valor devido a título de principal pelo suposto não recolhimento do imposto aos cofres públicos totalizou a cifra, também em valor nominal, de R\$ 330.030,55 (trezentos e trinta mil, trinta reais e cinquenta e cinco centavos).

Citou na peça defensiva decisões judiciais originárias dos tribunais superiores, em especial a ADI 551-1/RJ, do STF. Reproduziu na inicial trechos de ensinamentos doutrinários de tributaristas brasileiros, entre eles, Humberto Ávila, Leonardo Freitas e Leandro Paulsen.

Conclui a peça impugnatória formulando os seguintes pedidos:

- 1 – Que seja declarada a nulidade do presente auto de infração, com base no art. 39 V, do Decreto n. 7.629/99 que aprovou Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) do Estado da Bahia, considerando a ausência de menção expressa quanto aos incisos e parágrafos que trazem a previsão do enquadramento preciso da infração supostamente cometida pela Impugnante;
- 2 – que seja reconhecida a inaplicabilidade da cobrança do ICMS/ST e ICMS/Difal e acréscimos legais para os fatos geradores ocorridos anteriormente à vigência do Protocolo ICMS n. 26/2010, ou seja, anteriores a 22 de novembro de 2010, bem como para os fatos geradores ocorridos anteriormente à vigência do Protocolo ICMS n. 41/2008, ou seja, anteriores a 1º de maio de 2011;
- 3 – que sejam decotados os valores constantes das planilhas anexas ao auto de infração ora combatido referente aos fatos geradores de ICMS/ST e ICMS/Difal e acréscimos legais anteriores à vigência dos Protocolos ICMS 41/2008 e 21/2010, no valor total de R\$ 275.956,67 (duzentos e cinquenta e sete mil, novecentos e cinquenta e seis reais e sessenta e sete centavos).
- 4 – que sejam reconhecidos como “produto intermediário” os itens descritos NCM/SH 7318.2400 comercializados pela Impugnante e, conseqüentemente, sejam excluídos da cobrança do ICMS/ST e ICMS/Difal para tais itens, previstos no auto de infração ora combatido, considerando a previsão expressa contida no inciso II da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS n. 26/2010.
- 5 – que seja reconhecida a irrazoabilidade da aplicação da multa prevista no art. 42, II, “e” da Lei n. 7.014/96 do Estado da Bahia, considerando que o montante da penalidade calculada corresponde ao importe de 60% do valor do débito principal, conforme se extrai do demonstrativo de débito anexado ao auto de infração ora impugnado.
- 6 – Pede também o deferimento de produção de prova pericial técnica com o intuito de provar a qualidade de “produto intermediário” das mercadorias previstas no NCM/SH 7318.2400 comercializadas pela impugnante, de modo a afastar a cobrança em relação aos fatos geradores de ICMS/ST e ICMS/DIFAL descritas no auto de infração. Para tanto indicou como assistentes técnicos os Srs. Wander Cássio Barreto e Silva inscrito no CRC/MG sob o número 070195 e Helcio Gouvêa inscrito no CRC/MG sob o número 070140.

Os autuantes prestaram informação fiscal em 25/11/2015 (doc. fls. 253 a 255).

No tocante ao pedido de nulidade argumentaram não proceder a alegação de cerceamento de direito de defesa quando esta consegue identificar claramente o que se acusa. Afirmaram ainda que o padrão de enquadramento trazido pelo Sistema de Emissão de Auto de Infração (SEAI) desta SEFAZ/BA é há muito apreciado neste CONSEF, não se constituindo em elemento limitador para a clareza e precisão das questões debatidas no âmbito do processo administrativo fiscal.

Relativamente à infração 01, os autuantes consignaram, a partir do demonstrativo acostado à fl. 07, que a exigência fiscal reclama a diferença de ICMS pela utilização a menor da MVA (margem de valor agregado), nas operações sujeitas à retenção do ICMS por substituição tributária. Que o contribuinte ao invés de ter efetuado a retenção utilizando o percentual de 56,90%, na condição de fabricante, deveria aplicar margem de valor agregado de 78,83%. Que não há que discutir-se aqui o cabimento da substituição tributária, pois o próprio contribuinte já a aplica, só que em percentual inferior ao previsto. Que as peças de NCM 8431.49.2 – *“Partes reconhecíveis como exclusiva ou principalmente destinadas às máquinas agrícolas ou rodoviárias”* encontram-se elencadas no item 44 do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, nele introduzida pelo Protocolo 49/08, com efeitos a partir de 01.06.2008. Que inobstante constar do A.I. enquadramento e citação incorreta do Protocolo ICMS 26/10, isto não impediu a impugnante de recorrer ao diploma legal correto, isto é, ao Protocolo ICMS 41/08, ainda que com argumentos insubsistentes para a questão.

No que tange ao percentual de MVA, o percentual ajustado para 78,83% teve vigência estabelecida a partir de 01/08/2012, pelo Protocolo ICMS 61/12.

Na infração 02 foram acatados integralmente os argumentos defensivos pela improcedência do lançamento fiscal. Frisaram os autuantes que a mercadoria de NCM 8431.41.00 – *“Caçambas, pás, ganchos e tenazes p/ máquinas rodoviárias”*, constante no item 115 do Anexo Único, do Protocolo 41 teve vigência estabelecida a partir de 01.05.11, conforme Protocolo ICMS 05/11.

Em relação à infração 03 foram acatados parcialmente os argumentos da defesa. Concordaram os autuantes quanto à incorreta cobrança de complementação de alíquota dos itens de NCM 7318.2400 e 8431.4100. Que o primeiro deles, incluso no Protocolo ICMS 26/10, só poderia ser reclamado a partir de 01/01/2011, data da vigência do citado acordo interestadual, conforme estabelecido pelo Decreto 12.470/10, de 22 de novembro de 2010. Quanto à peça de NCM 8431.4100 – *“Caçambas, pás, ganchos e tenazes p/ máquinas rodoviárias”*, constante no item 115 do Anexo Único, teve vigência estabelecida a partir de 01.05.11, conforme Protocolo ICMS 05/11, portanto só a partir desta data caberia a autuação.

Foi elaborado novo Demonstrativo de Débito para a infração 03, acostado às fls. 256 a 262 do PAF, totalizando a cifra de R\$ 56.678,85.

O contribuinte foi cientificado, via Correios (AR – aviso de recebimento), da revisão efetuada pelos autuantes na fase de informação fiscal, conforme atesta o Termo de Intimação juntado às fls. 264 a 265, não aduzindo, após essa etapa, fatos novos no processo.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 03 (três) acusações conforme foi detalhadamente apresentado no relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

O lançamento em exame recaiu sobre contribuinte localizado em outra unidade da federação, no Estado de Minas Gerais, município de Betim, inscrito na Bahia na condição de substituto tributário.

O contribuinte, em razões preliminares, formulou pedido de nulidade do Auto de Infração. Não acolho o pedido de invalidação do lançamento formulado na peça defensiva, fundamentado na imprecisão da acusação fiscal e na ausência de descrição específica dos dispositivos dos Protocolos ICMS 41/2008 e 26/2010. É que a descrição dos fatos foi precisa na peça de lançamento, com a indicação das 03 (três) ocorrências relacionadas à retenção a menor, falta de retenção do

ICMS-ST e os correspondentes períodos mensais em que as mesmas ocorreram. Estabelece o art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, aprovado pelo Dec. Estadual nº 7.629/99 (RPAF), que não implica em nulidade o erro de indicação de dispositivo regulamentar, desde que pela descrição dos fatos na peça acusatória fique evidente o enquadramento legal ou normativo. A descrição dos fatos no A.I. foi precisa e possibilitou ao contribuinte formular a sua defesa de mérito.

O contribuinte formulou na inicial pedido de realização de perícia fiscal com a finalidade de esclarecer os pontos controvertidos da lide para melhor decisão de mérito. Indicou assistentes técnicos e elaborou quesitos.

Considero desnecessária a remessa do processo para a realização de diligência ou perícia fiscal-contábil, por entender estarem presentes nos autos todos os elementos de prova suficientes para a solução da lide, em especial, os relatórios contendo o descritivo dos produtos comercializados pela autuada, as classificações na NCM/SH e os respectivos destinatários localizados no Estado da Bahia.

Essa questão será melhor detalhada no exame das questões de mérito.

No mérito, a infração 01 abarca a acusação de recolhimento a menor de ICMS pelo regime da substituição tributária em operações interestaduais. A exigência se deu em razão do contribuinte ter utilizado MVA menor que a estabelecida na legislação de regência. Ao invés do contribuinte ter efetuado a retenção utilizando o percentual de 56,90%, deveria aplicar margem de valor agregado de 78,83%. Trata-se das operações com mercadorias da posição NCM 8431.49.2 – *“Partes reconhecíveis como exclusiva ou principalmente destinadas às máquinas agrícolas ou rodoviárias”* que se encontram inseridas no item 44 do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, através da alteração promovida pelo Protocolo ICMS 49/08, com efeitos a partir de 01.06.2008. Observou o autuante que o enquadramento e citação incorreta do Protocolo ICMS 26/10 não impediu a impugnante de recorrer ao diploma legal correto, isto é, ao Protocolo ICMS 41/08.

No caso concreto a empresa procedeu à retenção do ICMS nas notas fiscais, porém com margem de agregação menor. Não se discute aqui a legitimidade ou legalidade da substituição tributária, mas o montante correto do imposto que deveria ser retido pela empresa remetente, ora autuada.

Observo que em relação ao percentual de MVA, o mesmo foi ajustado para 78,83% no Protocolo alterador (Protocolo ICMS 61/12), com vigência estabelecida a partir de 01/08/2012.

A infração 01 deve ser integralmente mantida no valor de R\$ 402,46.

Na infração 02 a exigência fiscal recaiu sobre as operações acobertadas pelas notas fiscais listadas no Demonstrativo de fl. 08, que alcançou mercadorias da posição NCM 8431.41.00 – fatos geradores de julho e agosto de 2010. Todavia, a inclusão das citadas mercadorias no regime ST, regido pelo Protocolo ICMS 41/2008, só se verificou em 1º de abril de 2011, com a publicação do Protocolo ICMS 05/2011. A norma alteradora inseriu o item 115 no anexo único do Protocolo ICMS 41/2008, referente às mercadorias *“Caçambas, pás, ganchos e tenazes p/máquinas rodoviárias”*, para a cobrança do ICMS substituição tributária e diferencial de alíquota nas operações interestaduais realizadas entre os estados signatários.

Este fato foi reconhecido pelos autuantes na fase de informação fiscal, ocasião em que a proposição foi no sentido da total improcedência da cobrança estampada no item 02 do A.I. Assim se manifestaram os autuantes: *“Acatamos as alegações do remetente. A mercadoria de NCM 8431.41.00 – “Caçambas, pás, ganchos e tenazes p/ máquinas rodoviárias”, constante no item 115 do Anexo Único, do Protocolo 41 teve vigência estabelecida a partir de 01.05.11, conforme Protocolo ICMS 05/11. Reconhecemos, portanto, como IMPROCEDENTE”*.

Pelas razões acima expostas, excluo da exigência fiscal a infração 02.

Na infração 03, a exigência fiscal diz respeito à falta de retenção do ICMS-DIFAL nas operações envolvendo mercadorias listadas também no Protocolo ICMS 41/08. Os autuantes acataram

parcialmente os argumentos da defesa, concordando com a exclusão da cobrança dos itens de NCM 7318.2400 e NCM 8431.4100. O primeiro deles foi inserido no Protocolo ICMS 26/10, e só poderia ser objeto de exigência a partir de 01/01/2011, data da vigência do citado acordo interestadual, conforme estabelecido pelo Decreto 12.470/10, de 22 de novembro de 2010. Quanto às peças da posição NCM 8431.4100 - *“Caçambas, pás, ganchos e tenazes p/ máquinas rodoviárias”*, constante no item 115 do Anexo Único, a cobrança do ICMS antecipado teve vigência estabelecida a partir de 01.05.2011, conforme Protocolo ICMS 05/11. Portanto só a partir das datas acima mencionadas é que caberia a autuação.

Foi elaborado novo demonstrativo de débito apensado às fls. 256 a 262, totalizando a cifra principal de R\$ 56.678,85.

Remanesceu em discussão, no tocante ao mérito, a cobrança das peças de reposição de maquinários, destinadas a contribuintes dos ramos de mineração, construção, metalurgia etc. Entendeu a defesa que os bens comercializados devem ser classificados como “produtos intermediários” nas atividades desenvolvidas pelas empresas adquirentes. A exigência do ICMS antecipado a título de DIFAL (diferença de alíquotas) estaria em desacordo com a disposição do Protocolo ICMS 26/10, que retira a obrigatoriedade de antecipação quando as mercadorias se destinarem a estabelecimento industrial para emprego como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem.

Os produtos comercializados pela impugnante envolvem as seguintes descrições: *“Parafusos, pinos ou pernos, roscados, porcas, tira-fundos, ganchos roscados, rebites, chavetas, cavilhas, contrapinos, arruelas (incluídas as de pressão) e artefatos semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço”*, previstos no NCM/SH 7318.2400. Só pela descrição dos produtos nas notas fiscais que remanesceram na autuação, listados no Demonstrativo de fls. 256 a 262, percebe-se que são peças de reposição de máquinas e equipamentos, enquadrando-se na categoria de bens de uso e consumo, submetidos, portanto, às regras dos Protocolos ICMS 41/08 e 26/10, que regem o regime da substituição tributária, inclusive ICMS-DIFAL, para os produtos listados nas citadas normas que foram recepcionadas na legislação interna do Estado da Bahia.

Verifico ainda que os estabelecimentos destinatários, segundo os dados juntados pelo autuado e extraídos da Receita Federal (doc. fls. 81 a 93 – Comproverantes de situação cadastral), são, em grande maioria, contribuintes que atuam nas atividades de extração mineral, locação de máquinas e mão-de-obra e construção civil, não havendo qualquer evidência probatória de que as peças por eles adquiridas foram aplicadas em algum processo de transformação industrial.

Pelo exposto a infração 03 fica parcialmente mantida, no valor principal de R\$ 56.678,85.

Quanto ao pedido subsidiário da defesa relacionado ao valor excessivo das multas aplicadas no A.I., no percentual de 60% do imposto lançado, e o decorrente efeito confiscatório, em ofensa a Constituição Federal, não há com se enfrentar essa questão na esfera administrativa. É que o art. 167 do RPAF/99, retira da competência dos órgãos administrativos deixar de aplicar norma vigente no ordenamento jurídico sob o argumento de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Pelas razões acima expostas nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração que passa a ter a seguinte composição:

Infração 01 – PROCEDENTE – Valor R\$ 402,46;

Infração 02 – IMPROCEDENTE;

Infração 03 – PROCEDENTE EM PARTE – Valor R\$ 56.678,85, conforme demonstrativo apensado às fls. 256 a 262.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269616.0024/15-7**, lavrado contra **SOLDERING COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para

efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 57.081,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2016.

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR