

A. I. N° - 269616.0008/12-7
AUTUADO - CUMMINS BRASIL LTDA.
AUTUANTES - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04.10.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0170-04/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE VENDAS DE MERCADORIAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. **a)** OPERAÇÕES A PARTIR DA VIGÊNCIA DO PROTOCOLO ICMS 05/11. **b)** OPERAÇÕES ABRANGIDAS PELO PROTOCOLO ICMS 41/08. Autuantes acolherem, inicialmente, parte dos argumentos defensivos, excluindo da autuação os itens não listados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, bem como, foram excluídas as operações cuja vigência ocorreu após o Protocolo ICMS nº 05/11. Diligência fiscal saneadora, não contestada pelo autuado e pelo autuante, manteve a exigência exclusivamente das operações fiscais, cujos dígitos dos códigos da NCM/SH constam das normas vigentes do Protocolo ICMS 41, de 04 de abril de 2008 e alterações posteriores, para o período autuado. Infrações parcialmente subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, foi lavrado em 28/09/12 para exigir ICMS no montante de R\$125.515,13, mais multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 08.31.03: Deixou de proceder a retenção 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. Refere-se a operações realizadas a partir de 01/05/2011, quando a substituição tributária passou a ser devida sobre a totalidade das peças automotivas, conforme Protocolo 05/11. Período de maio/11 a dezembro/11. Valor lançado R\$48.436,39, de acordo com a planilha de fls. 6 a 31.

Infração 02 - 08.31.03: Deixou de proceder a retenção 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. Referem-se a itens comercializados entre jan/09 a abr/11, sem retenção do ICMS substituição tributária. Valor lançado R\$77.078,74, em conformidade com a planilha de fls. 32 a 91.

O autuado, por intermédio de representantes legais, ingressou com impugnação ao lançamento de acordo com os argumentos apresentados nas Razões de Defesa, fls. 100 a 107, onde, após descrever os fatos narrados no Auto de Infração ingressou nas razões do Direito a seguir sintetizadas.

No que toca a infração 1, inicia arguindo a inaplicabilidade ao caso das alterações trazidas pelo Protocolo 05/11 esclarecendo, em seguida, *"que não pretende esquivar-se do pagamento do ICMS-ST sobre as operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08 – para os quais, frise-se, a Requerente de fato procedeu à retenção e recolhimento do imposto sobre tais itens, conforme comprovantes de*

arrecadação em anexo (Doc. 02) – mas tão somente não se ver compelida ao pagamento do ICMS-ST sobre outros itens além daqueles discriminados no Anexo Único do referido Protocolo, haja vista que se encontra fora do respectivo campo de incidência".

Acrescenta que o autuante "pretendeu aplicar às operações em tela o quanto disposto no Protocolo ICMS 05/11, que deu nova redação ao parágrafo 4º do Protocolo ICMS 41/08 para estender a retenção e recolhimento do ICMS-ST à **todas as operações com peças, partes, componentes e acessórios, ainda que não estejam listadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08**", acrescentando que da análise do referido dispositivo, pode-se concluir que "não se poderia exigir o ICMS-ST sobre a **totalidade** das peças, partes, componentes e acessórios comercializadas pela Impugnante – ainda que não estejam listadas no Anexo Único – haja vista que **a Impugnante não representa estabelecimento fabricante que atenda às especificações dos incisos I e II do referido dispositivo**".

Observa que foram delimitadas no referido dispositivo "as condicionantes necessárias para que um estabelecimento fabricante passasse a reter e recolher o ICMS-ST sobre a totalidade dessas operações (i.e., incisos I e II). Isto porque, conforme redação do referido artigo, **somente os fabricantes discriminados nos incisos I e II são obrigados a reter e recolher o ICMS-ST sobre a totalidade das autopeças remetidas ao Estado da Bahia**", pontuando em seguida que "somente os **fabricantes de veículos automotores** (inciso I) e **os fabricantes de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários** (inciso II), cuja distribuição seja efetuada de forma exclusiva, submetem-se à regra de retenção e recolhimento do ICMS-ST sobre a totalidade dos itens comercializados com empresas localizadas no Estado da Bahia, nos termos da redação atribuída pelo Protocolo ICMS 05/11".

Nesta linha de argumentação, assevera que "**não são todos os fabricantes** que devem reter e recolher o imposto devido por substituição tributária sobre **todas** as peças, partes, componentes e acessórios comercializados com o Estado da Bahia, mas somente os **fabricantes de veículos automotores** (inciso I) e **os fabricantes de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários** (inciso II) estão submetidos a esta obrigação", destacando que não sendo "nem fabricante de veículos automotores nem tampouco fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas (conforme página 10 de seu contrato social), não há que se cogitar em exigir desta o ICMS-ST sobre as autopeças que não se encontrem listadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08", voltando a destacar que sua atividade está relacionada "à compra, venda, importação, exportação, comercialização, manufatura, montagem e instalação de motores diesel e grupos geradores, seus componentes, peças e sobressalentes, equipamentos e acessórios, dentre outros".

Com base nos argumentos acima, conclui sua defesa, em relação a infração 1, asseverando ser "insustentável o embasamento da autuação discriminada no Item 01 do auto de infração, haja vista que a D. Fiscalização, ao pretender exigir da Impugnante a retenção sobre a totalidade dos itens remetidos ao Estado da Bahia, feriu de morte o quanto previsto no parágrafo 4º da Cláusula Primeira do Protocolo 41/08, com a redação trazida pelo Protocolo 05/11, que expressamente delimita os fabricantes que deverão reter e recolher o ICMS-ST sobre todas as peças, partes, componentes e acessórios comercializados com o Estado da Bahia".

Quanto a segunda infração diz que, por igual, esta não deve subsistir, "haja vista que, conforme restará comprovado, a autuação não só se equivoca ao exigir da Impugnante o recolhimento do imposto sobre **todos** os itens comercializados com contribuintes localizados no Estado da Bahia, como também não se atenta para o fato de que a Impugnante procedeu ao recolhimento o ICMS-ST devido para as peças automotivas relacionadas no referido Anexo Único".

Diz que apesar da autuação ter fundamentado a autuação somente no Protocolo ICMS 41/08, "da análise da Planilha em Excel denominada "Infração 02" – elaborada pela D. Fiscalização – pode ser facilmente depreendido que esta não está exigindo da Impugnante somente os itens relacionados no Anexo Único do referido Protocolo – **mas também itens introduzidos posteriormente à data dos presentes fatos geradores pelo Protocolo ICMS 05/11, que representam aproximadamente 90% da referida planilha**", acrescentando em seguida que "os

itens ora exigidos que não se encontram listados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08 foram destacados em negrito (Doc. 03, acostado à presente defesa e também gravado em CD)", argumentando, em seguida que "não se pode pretender que o Protocolo ICMS 05/11, com eficácia a partir de 01.05.2011, possa produzir efeitos sobre os fatos gerados ora guerreados, compreendidos, como visto, em períodos anteriores à vigência do referido Protocolo, qual seja, entre 31.01.2009 e 30.04.2011".

Frisa que "o imposto devido por substituição tributária foi efetivamente recolhido para os itens listados no Anexo Único do Protocolo 41/08, conforme Planilhas denominadas "Planilhas de Pagamentos", elaboradas pela Impugnante, que relaciona os pagamentos realizados por esta (Doc. 04, acostado à presente defesa e também gravado em CD) e respectivos comprovantes de arrecadação (Doc. 05)", informando, ainda, que as mencionadas planilhas de pagamento relacionam "os pagamentos realizados nos meses de Abril/2011, Março/2011, Fevereiro/2011, Janeiro/2011, Dezembro/2010, Novembro/2010, Outubro/2010, Setembro/2010, Agosto/2010, Julho/2010, Junho/2010, Maio/2010, Abril/2010 e Março/2010. Tais planilhas demonstram (i) a razão social com quem a Impugnante comercializou os itens; (ii) o número do documento fiscal. (iii) a data da emissão do documento fiscal; (iv) a descrição do produto; (v) a base de cálculo do ICMS-ST e (vi) o ICMS-ST pago".

Diante deste argumento conclui que "com fulcro no disposto no artigo 156, inciso I, do CTN, o crédito tributário relativo aos itens listados no Anexo Único do Protocolo 41/08 foi extinto pelo pagamento motivo pelo qual deve ser excluído da presente autuação".

Ao final, pontuou que na remota hipótese de assim não se entender, requer que "sejam ao menos abatidos da presente autuação os montantes para o quais procedeu à retenção e recolhimento do ICMS-ST, conforme documentos comprobatórios acostados à defesa (vide Doc. 05), sob pena de enriquecimento ilícito".

Em conclusão requer: a) que seja reconhecida a extinção dos débitos de ICMS-ST ora exigidos, tendo em vista sua patente insubsistência; b) que ao menos sejam os débitos que já foram objeto de recolhimento excluídos da presente autuação (**vide Doc. 05**), protestando pela confirmação de eventuais pagamentos não trazidos aos autos pela D. Fiscalização nos sistemas da Secretaria da Fazenda deste Estado, e c) que todas as intimações e/ou comunicações referentes aos presentes autos sejam elaboradas e remetidas em nome da Impugnante.

Os autuantes prestaram informação fiscal, fls. 277 e 278, onde, em relação a infração 1, acolheram parcialmente os argumentos defensivos ao assim se posicionarem: "De fato, compulsando os documentos de cadastrais da empresa - tanto seu contrato social (fl. 117/118) como seu registro no CNPJ (fl.) – confirmamos que se trata de estabelecimento fabricante de motores e suas peças e partes, **não sendo portanto fabricante de veículos automotores, nem de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas**. Assim, a cobrança do ICMS substituição tributária se restringe aos itens constantes do anexo único do Protocolo 41/08, e não à totalidade das mercadorias comercializadas. Desse modo, acatamos as alegações da defendente quanto a esta infração, elaborando novo demonstrativo **com a exclusão os itens não listados no anexo único** do mencionado protocolo, resultando na redução do valor reclamado na Infração 01 de R\$48.436,39 para o montante de R\$11.589,87. A propósito, adicionamos nova coluna ao demonstrativo (**Coluna "J"**), nela indicando a qual item do Anexo Único do Protocolo 41/08 corresponde o produto listado".

Quanto a segunda infração, por igual, os autuantes acolheram, em parte, os argumentos defensivos, ante a seguinte fundamentação: "Esta parcela do levantamento abrangeu o período anterior à vigência do Protocolo 05/11. Revisando o levantamento à luz dos argumentos da autuada, procedemos à exclusão dos itens cuja previsão de vigência efetivamente se deu a posteriori, assim como daqueles cuja descrição não permitiu a classificação exata quando cotejado com a descrição constante do já mencionado Anexo Único do Protocolo 41/08. Tal qual fizemos com o demonstrativo da INFRAÇÃO 01, adicionamos nova coluna ao demonstrativo

(Coluna “J”), nela também indicando a qual item do Anexo Único do Protocolo 41/08 corresponde o produto listado. Assim, procedidas as exclusões que entendemos devidas, o montante exigido na INFRAÇÃO 02 reduziu-se de R\$77.078,74 para R\$18.899,27”.

Instado a se manifestar acerca da informação fiscal, o autuado, por intermédio de sua i.patrona, se pronunciou às fls. 299 a 302, dizendo que já demonstrou em sua impugnação que a Infração 01 é insubsistente porquanto as alterações trazidas pelo Protocolo ICMS 05/11 não se aplicam ao seu caso, e que efetuou o pagamento do ICMS-ST sobre as operações com mercadorias listadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008 (conforme demonstram os comprovantes de pagamento juntados com a impugnação – doc. 02) e não há que se falar em obrigação de reter o ICMS-ST sobre a totalidade das mercadorias remetidas ao Estado da Bahia.

Diz que as referidas alterações aplicam-se exclusivamente para empresas específicas, quais sejam, fabricantes de veículos automotores ou de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, conforme redação alterada da Cláusula Primeira, § 4º, incisos I e II e que, não estando enquadrada nesta categoria de empresa a ampliação da obrigação de retenção do ICMS-ST para mercadorias não listadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008 a ela não se aplica.

Quanto a infração 2 diz que demonstrou sua insubsistência, não sendo a ela, autuada, aplicáveis as alterações do Protocolo ICMS 05/2011 não são aplicáveis antes de sua entrada em vigor (período de 31.01.2009 a 30.04.2011), e que efetuou o pagamento do ICMS-ST sobre as operações com mercadorias listadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008 (conforme demonstram as planilhas e comprovantes de pagamento juntados com a impugnação – docs. 03 e 04).

Consigna que com base nos argumentos trazidos na peça de impugnação, os autuantes revisaram os valores lançados no auto de infração (para as duas infrações/dois períodos autuados) e deles excluiu apenas os valores correspondentes a mercadorias que não constavam expressamente no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008.

Argumenta, contudo, que os autuantes deveriam também ter se atentado ao fato de que, com relação às mercadorias expressamente previstas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, a Requerente efetuou a retenção do ICMS-ST, conforme demonstrado na peça de defesa e documentos que a instruíram.

Reiteram todos os termos e pedidos da sua impugnação, especialmente o para que seja cancelado integralmente o auto de infração e para que sejam reconhecidos os pagamentos de ICMS-ST já efetivados pela Requerente e, caso a Junta de Julgamento entenda que o auto de infração deve ser mantido nos termos e valores referidos na informação fiscal de fls. 277 a 292, pede a Requerente que ao menos lhe seja devolvido o prazo para pagamento com o desconto previsto no art. 45, I, da Lei Estadual 7.014/96, tendo em vista que as exclusões procedidas pela D. Fiscalização representam alteração substancial (mais de 75% do valor autuado) no lançamento.

Os autuantes voltam a se manifestar, fl. 305, onde reiteram que remanesceram das duas infrações apontadas apenas aqueles itens expressamente constantes do mencionado ANEXO ÚNICO que não foram objeto de retenção do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, e, para que não restasse dúvida sobre a efetiva previsão foi acrescentada nova coluna ao demonstrativo original (COLUNA "J"), indicando a qual item do ANEXO corresponde a mercadoria listada. Mantiveram os termos da Informação Fiscal.

Diante dos fatos acima, decidiu a 4ª Junta de Julgamento Fiscal por encaminhar os presentes autos à ASTEC/CONSEF, para que fossem adotadas as seguintes providências:

- a)** Apurar se as operações listadas na coluna "J" do demonstrativo de fls. 279 a 293 constam no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, sem a ampliação estabelecida pelo Protocolo ICMS 05/11;
- b)** Em caso positivo, apurar se os valores indicados nas operações mencionadas no item acima, coluna "J", já foram objeto de pagamento na forma arguída pela defesa (docs, 3 e 4);

c) Elaborar novos demonstrativos, se necessário;

d) Cientificar aos autuantes e autuado, por intermédio das representantes legais, do resultado da diligência, fornecendo-lhe cópia do mesmo, inclusive desta solicitação, atribuindo-lhes o prazo regulamentar para manifestação.

Está anexado aos autos, fls. 323 a 329, pronunciamento da autuada, datado de 25.11.2015, referente ao processo SIPRO nº 228481/2015-0, acerca da intimação expedida pelo auditor fiscal autor da diligência, onde, em resposta aos termos da referida intimação, a autuada prestou os seguintes esclarecimentos:

Como é sabido, o Auto de Infração nº 269616.0008/12-7 foi lavrado pela D. Fiscalização em razão do suposto não recolhimento do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços devido por Substituição Tributária (“ICMS-ST”) nas vendas de peças automotivas realizadas para empresa localizada no Estado da Bahia.

A D. Autoridade Fiscal, por entender que a Requerente teria remetido mercadorias àquele Estado sem a devida retenção do imposto, julgou oportuno lavrar o referido Auto de Infração com base no quanto disposto no Protocolo ICMS nº 41/08, com as alterações trazidas pelo Protocolo ICMS nº 05/11.

Pois bem. Como se observa do “Demonstrativo Analítico das Operações sem Retenção e Recolhimento do ICMS decorrente do Regime de Substituição Tributária” (“Demonstrativo”) anexado à presente Intimação Fiscal, o D. Auditor Fiscal solicita, dentre outros, os comprovantes de pagamento de mercadorias circuladas entre Janeiro/2009 a Abril/2011, os quais supostamente deveriam ter o ICMS-ST recolhido em razão de expressa previsão no Protocolo ICMS nº 41/2008.

Ocorre que, da simples leitura do Protocolo ICMS nº 41/2008 (doc. 03), constata-se que as referidas mercadorias e respectivos NCMs somente foram incluídas no regime de substituição tributária do ICMS com as alterações trazidas pelo Protocolo ICMS nº 05/2011, o qual, conforme dispõe sua Cláusula Quinta, só começou a produzir efeitos a partir de 1º de maio de 2011 (doc. 04). Transcreve-se:

“Protocolo ICMS CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA – CONFAZ nº 5 de 01.04.2011

Altera o Protocolo ICMS 41/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças.

(...)

*Cláusula quinta Este protocolo entra em vigor na data da sua publicação no Diário Oficial da União, **produzindo efeitos a partir de 1º de maio de 2011 para os Estados signatários e para o Distrito Federal** na data prevista em ato do Poder Executivo”. (grifou-se)*

Nesse sentido, as disposições trazidas no Protocolo ICMS nº 05/2011, cujo efeitos somente foram produzidos a partir de Maio/2011 não são aplicáveis para os fatos geradores ocorridos entre Janeiro/2009 e Abril/2011, a seguir extraídas do Demonstrativo anexado à Intimação Fiscal ora respondida (fls. 325 a 329):

(...)

Ora, a Requerente não pode se ver compelida ao pagamento do ICMS-ST sobre itens cujo fato gerador ocorreu anteriormente às alterações trazidas pelo Protocolo ICMS nº 05/2011, quais sejam nos períodos autuados de Janeiro/2009 a Abril/2011.

*Assim, por se encontrar fora do respectivo campo de incidência **não há guia de recolhimento de ICMS-ST para os referidos períodos**, uma vez que não havia previsão legal à época dos fatos para a referida incidência e recolhimento do ICMS no regime de substituição tributária para tais mercadorias e respectivos NCMs.*

Esclarecidos tais itens da Intimação Fiscal, requer-se o prosseguimento do feito, com a improcedência da presente autuação.

(...)

Às fls. 350 a 361, está juntado o Parecer ASTEC nº 100/2015, onde o i.parecerista após tecer considerações iniciais acerca do pedido de diligência trás os seguintes esclarecimentos:

Consiste em objeto da diligência, a análise das operações consignadas nos demonstrativos de fls. 279 a 293.

Inicialmente, as operações fiscais consignadas nos mencionados demonstrativos foram confrontadas com as normas dispostas sobre o regime de Substituição Tributária no Protocolo ICMS 41, de 04 de abril de 2008 e

alterações posteriores. Em seguida, houve a lavratura de Termo de Intimação para a comprovação dos pagamentos das respectivas operações fiscais submetidas ao citado regime tributário, conforme fls. 317-A e 331.

Instado, através do Termo de Intimação, o sujeito passivo protocola pedido de prorrogação para atendimento da solicitação do diligente em 13/11/2015, fl. 319. Em 25/11/2015, o sujeito passivo apresenta esclarecimentos sobre a falta de envio dos comprovantes solicitados ao informar que "...não há guia de recolhimento de ICMS -ST para os referidos períodos, uma vez que não havia previsão legal à época dos fatos para a referida incidência e recolhimento do ICMS no regime de substituição tributária para tais mercadorias e respectivos NCMs", fls. 322 a 329. Junta cópias dos documentos enviados pelo diligente e da norma de regência, fls. 332 a 347.

Diante dos argumentos defensivos, novamente, o diligente realizou o confronto das operações fiscais com as normas contidas no Protocolo ICMS 41, de 04 de abril de 2008 e alterações posteriores, ao verificar os dígitos dos códigos da Nomenclatura Comum do Mercosul/ Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias - NCM/SH do levantamento fiscal, fls. 279 a 293, nas citadas normas tributárias.

DA CONCLUSÃO

O DEMONSTRATIVO ANALÍTICO DAS OPERAÇÕES SEM RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS DECORRENTE DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, referente aos meses de jan/09; jan/10 a set/11, fls. 354 a 361, aponta alteração nos valores do ICMS ST DEVIDO decorrentes do levantamento fiscal de fls. 279 a 293, a partir da manutenção desses valores, exclusivamente, das operações fiscais, cujos dígitos dos códigos da NCM/SH constam das normas vigentes do Protocolo ICMS 41, de 04 de abril de 2008 e alterações posteriores, para o período acima citado.

Cabe registrar, a título exemplificativo do uso do critério do NCM/SH, que as operações fiscais do produto de NCM/SH 5911.90.00, foram analisadas através dos dígitos deste código, apesar da divergência das descrições do produto no levantamento fiscal e no referido Protocolo ICMS, item 106.

Neste sentido, seguem, também, o DEMONSTRATIVO CONSOLIDADO DA DILIGÊNCIA, fl. 353 e cópia do Protocolo ICMS 41, de 04 de abril de 2008 e alterações posteriores, fl. 362 a 376.

Vale mencionar que constam, nos autos, os demonstrativos mencionados, gravados em mídia, fl. 377, elaborados para o atendimento da presente diligência.

Às fls. 354 a 361 foi juntado pelo auditor diligente o “Demonstrativo analítico das operações sem retenção e recolhimento do ICMS decorrente do regime da substituição tributária”, enquanto que a fl. 353, este demonstrativo se apresenta de forma consolidada, indicando os valores devidos mensalmente para cada infração.

O autuado, por intermédio de seus patronos, foi intimado para se manifestar acerca do resultado da diligência, de acordo com os documentos de fls. 379 e 380, sendo-lhe concedido o prazo de dez dias para se manifestar, porém não houve qualquer pronunciamento.

Os autuantes, por sua vez, se manifestaram acerca do resultado da diligência, fl. 382, onde acataram o resultado da diligência e concordaram com os novos valores do débito apresentado na planilha de fl. 353.

VOTO

Ambas as infrações apontadas nestes autos se referem a falta de retenção do ICMS nas vendas realizadas para contribuintes deste Estado, sendo a primeira relacionada a operações envolvendo peças automotivas a partir de 01/05/2011, conforme Protocolo 05/11, enquanto que a segunda se refere a itens comercializados entre janeiro/09 a abril/11.

O autuado argumentou, em relação a infração 01, a inaplicabilidade das alterações introduzidas pelo Protocolo 05/11 já que efetuou o recolhimento do ICMS-ST com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, não se podendo estender a retenção e o recolhimento do ICMS-ST à todas as operações com peças, partes, componentes e acessórios ainda que não estejam listados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, visto que não representa estabelecimento fabricante que atenda às especificações dos incisos I e II, do § 4º, Cláusula primeira deste Protocolo, pontuando, ainda, que somente os fabricantes de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, cuja distribuição

seja efetuada de forma exclusiva, submetem-se à regra de retenção sobre a totalidade dos itens comercializados, nos termos do Protocolo ICMS 05/11.

Com relação a infração 02 defendeu que não está sendo exigido apenas os itens relacionados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, mas, também itens introduzidos posteriormente à data dos presentes fatos geradores pelo Protocolo ICMS 05/11, que representam aproximadamente 90% da autuação.

Quando da informação fiscal, em relação a infração 01, os autuantes reconheceram que o autuado se trata de fabricante de motores, peças e partes, não sendo fabricante de veículos automotores, máquinas e equipamentos agrícolas. Com isso, entenderam que a autuação deve se restringir aos itens constantes do Anexo Único do Protocolo ICMS nº 41/08 e não à totalidade das mercadorias comercializadas. Diante disto, acolheram os argumentos defensivos, elaborando novo demonstrativo de débito com exceção dos itens não listados no referido anexo único, resultando na redução do débito desta infração do valor de R\$48.436,39 para R\$11.589,87, tendo nessa oportunidade elaborado novo demonstrativo de débito com inclusão de nova coluna denominada “Coluna J”, onde indicaram cada item do Anexo Único do Protocolo 41/08 corresponde ao produto listado.

Com relação a infração 02, acolheram os argumentos da autuada, excluindo da autuação os itens cuja previsão de vigência ocorreu após a edição do Protocolo 05/11, reduzindo o débito do valor original de R\$77.078,74 para R\$18.899,27, elaborando nova planilha nos mesmos moldes do item anterior.

Ao se manifestar acerca da informação fiscal, a autuada voltou a se insurgir contra o novo resultado ao qual chegaram os autuantes, afirmando, em relação a infração 01, que não está na categoria de empresas submetidas a ampliação da obrigação de retenção do ICMS-ST para mercadorias não listadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, enquanto que em relação a infração 02 afirma que efetuou o pagamento do ICMS-ST sobre as operações com mercadorias listadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, argumentos estes, não acolhidos pelos autuantes em sua manifestação de fls. 305.

Objetivando dirimir a controvérsia acima, esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu por converter o presente PAF em diligência à ASTEC/CONSEF buscando à adoção das seguintes providências:

- a) Apurar se as operações listadas na coluna "J" do demonstrativo de fls. 279 a 293 constam no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, sem a ampliação estabelecida pelo Protocolo ICMS 05/11;
- b) Em caso positivo, apurar se os valores indicados nas operações mencionadas no item acima, coluna "J", já foram objeto de pagamento na forma arguída pela defesa (docs, 3 e 4);
- c) Elaborar novos demonstrativos, se necessário.

Auditor Fiscal lotado na ASTEC/CONSEF, atendeu, de forma brilhante, a solicitação de diligência, conforme se verifica através do Parecer nº 100/2015, mais especificamente no demonstrativo analítico das operações sem retenção e recolhimento do ICMS-ST, tendo apontado cada operação, data da ocorrência, CFOP, descrição do produto, e respectivos NCM/SH constantes nos anexos do Protocolo ICMS 41/08 e o imposto devido, indicando, ainda, de forma bastante elucidativa, os efeitos (vigência) relacionada a cada produto que foram acrescidos ao mencionada protocolo.

Com isso, o i.diligente concluiu que *“referente aos meses de jan/09; jan/10 a set/11, fls. 354 a 361, aponta alteração nos valores do ICMS ST DEVIDO decorrentes do levantamento fiscal de fls. 279 a 293, a partir da manutenção desses valores, exclusivamente, das operações fiscais, cujos dígitos dos códigos da NCM/SH constam das normas vigentes do Protocolo ICMS 41, de 04 de abril de 2008 e alterações posteriores, para o período acima citado.”*, apontando, em consequência, o novo valor do débito para ambas as infrações, fls. 353, conforme o quadro abaixo:

DEMONSTRATIVO CONSOLIDADO DA DILIGÊNCIA		
MÊS-ANO	ICMS ST DEVIDO	OBS
jan-09	0,00	Infração 02
jan-10	2.347,75	Infração 02
fev-10	1.093,35	Infração 02
mar-10	181,89	Infração 02
abr-10	500,68	Infração 02
mai-10	1.044,36	Infração 02
jun-10	780,79	Infração 02
jul-10	801,24	Infração 02
ago-10	945,95	Infração 02
set-10	1.106,38	Infração 02
out-10	1.837,11	Infração 02
nov-10	2.358,64	Infração 02
dez-10	527,26	Infração 02
jan-11	822,21	Infração 02
fev-11	0,00	Infração 02
mar-11	408,31	Infração 02
abr-11	326,74	Infração 02
Total	15.082,66	
mai-11	1.331,89	Infração 01
jun-11	2.328,22	Infração 01
jul-11	1.246,31	Infração 01
ago-11	2.467,19	Infração 01
set-11	1.233,59	Infração 01
Total	8.607,20	

Em conclusão, e considerando que a autuada não se insurgiu acerca do resultado da diligência enquanto os autuantes acolheram sem ressalvas o novo débito apurado pela diligência, com a qual também concordo tendo em vista sua clareza e precisão que facilitaram meu convencimento, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$23.689,86, sendo R\$8.607,20 referente a infração 01 e R\$15.082,66 para a infração 02, conforme acima demonstrado.

Finalmente, quanto ao pedido do autuado para que lhe seja devolvido o prazo para pagamento com o desconto previsto no Art. 45, inciso I, da Lei nº 7.014/96, tendo em vista as exclusões efetuadas pelo autuante quando da informação fiscal, vejo que o Art. 45, em sua redação atual, com vigência a partir de 31/03/2010, não mais contempla redução para multa prevista pelo inciso I da citada lei, enquanto que o valor das multas previstas nos incisos II, III e VII do art. 42 desta Lei, será reduzido de “I - 70% (setenta por cento), se for pago antes do encerramento do prazo para impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal”, situação esta que não se aplica ao presente processo, razão pela qual fica indeferido o pleito do autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269616.0008/12-7** lavrado contra **CUMMINS BRASIL LTDA.**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$23.689,86** acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso 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 de Julgamento 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, em 20 de setembro de 2016.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR