

PROCESSO	- A. I. Nº 269616.0024/15-7
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- SOLDERING COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0074-05/16
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 16/11/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0237-11/15

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Excluída da infração 2, às operações com as mercadorias da posição NCM 8431.41.00 relativo a fatos geradores ocorridos antes de 01/04/11, quando foi incluída as mercadorias no regime ST, regido pelo Prot. ICMS 41/2008, com a publicação do Protocolo ICMS 05/2011, que inseriu o item 115 no anexo único do Protocolo ICMS 41/2008 (*Caçambas, pás, ganchos e tenazes p/máquinas rodoviárias*). Excluída na infração 3, as mercadorias classificadas com a NCM 8431.4100 e também a exigência do ICMS-DIFAL dos itens consignados com a NCM 7318.2400 que foi inserido no Protocolo ICMS 26/10 a partir de 01/01/2011, data da vigência do citado acordo interestadual, conforme estabelecido pelo Decreto nº 12.470/10. Mantida a Decisão com a redução em parte do débito das infrações 2 e 3. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF (fls. 269/278), conforme disposto no art. 169, I, “a”, do RPAF/BA, relativo ao Auto de Infração lavrado em 31/03/15, para exigir ICMS no valor principal de R\$330.030,55, acrescido de multas, relativo ao cometimento de três infrações, sendo objeto da desoneração as infrações 2 e 3, que acusam:

2. 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 Prot. ICMS 26/10 de material de construção - R\$ 47.166,44, acrescido da multa de 60%.

3. 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 - R\$ 282.461,65 acrescido da multa de 60%.

Na Decisão proferida (fls. 269 a 278) a 5ª JJF inicialmente ressaltou que trata-se de contribuinte localizado no Estado de Minas Gerais, inscrito na Bahia na condição de substituto tributário.

Rejeitou as preliminares de nulidade do Auto de Infração sob alegação de imprecisão da acusação fiscal e na ausência de descrição específica dos dispositivos dos Protocolos ICMS 41/08 e 26/10, por entender que a descrição dos fatos foi preciso na peça de lançamento, com a indicação das ocorrências relacionadas à retenção a menor ou falta de retenção do ICMS-ST, possibilitando ao contribuinte formular a sua defesa de mérito.

Indeferiu o pedido de realização de perícia fiscal, por considerar desnecessária, tendo em vista de estarem presentes nos autos todos os elementos de prova suficientes para a solução da lide, o que

será apreciado quando do exame das questões de mérito, que passou a fazê-lo.

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 – Comprovantes 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 constitucionalidade.

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 às fls. 256 a 262.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/BA.

VOTO

O Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF decorre da desoneração total da infração 2 e de parte dos valores exigidos na infração 3.

No que se refere à infração 2, que acusa a falta de retenção do ICMS-ST, relativo a produtos incluídos no Protocolo ICMS 26/10, a Decisão fundamentou que os produtos objeto da autuação só foram incluídos no regime de substituição tributária a partir de 01/05/11 com a instituição do Prot. ICMS 05/11, não alcançando os fatos geradores dos meses de julho e agosto de 2010.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que:

- O demonstrativo original de fl. 8 relaciona as Notas Fiscais de nºs 6502, 6730 e 6831;
- Foi juntado com a defesa, cópias das notas fiscais às fls. 100 a 102, indicando NCM 8431.41.00 (caçamba escavadeira e adaptador).

O Prot. ICMS 41/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças indica no seu Anexo Único que:

Acrescido o item 115 pelo Prot. ICMS 5/11, efeitos a partir de 01.05.11 para os Estados signatários e da data prevista em ato do Poder Executivo para o Distrito Federal.

Caçambas, pás, ganchos e tenazes p/máquinas rodoviárias	8431.41.00
---	------------

Pelo exposto, os produtos objeto da autuação só foram incluídos no citado Anexo Único a partir de 1º de maio de 2011, com a publicação do Protocolo ICMS 05/2011. Logo, os mesmos não estavam submetidos ao regime de substituição tributária, na data da ocorrência dos fatos geradores, o que foi reconhecido pelos autuantes e acolhido na Decisão em reexame.

Fica mantida a Decisão pela improcedência da infração 2.

A infração 3 acusa falta de retenção de ICMS da diferença de alíquota relativa a operações como mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária pelo Protocolo ICMS 41/08.

Na defesa apresentada o sujeito passivo argumentou que os produtos classificados com as NCMs 8431.4100 e NCM 7318.2400 não estavam enquadradas no regime de substituição tributária, o que foi reconhecido pelo autuante como incorreta a exigência fiscal de parte dos produtos.

Constato que:

- No demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls. 9 a 22), foram relacionadas notas fiscais com descrição das mercadorias (autopeças/material de consumo) e respectivas NCMs;
- Foi juntado com a defesa, cópias das notas fiscais às fls. 117 a 250, indicando NCM 8431.4100 (caçamba escavadeira e adaptador) e NCM 7318.2400.

Conforme apreciado anteriormente, o Protocolo ICMS 41/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças indica no seu Anexo Único “Caçambas, pás, ganchos e tenazes p/máquinas rodoviárias”, cuja vigência foi a partir de 01/05/11 com a publicação do Convênio ICMS 05/2011.

Com relação aos produtos classificados na NCMs 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*), os mesmos foram incluídos na substituição tributária a partir da publicação do Decreto nº 12.470/10, com efeitos a partir de 01/01/11, conforme previsto no Prot. ICMS 26/10.

Pelo exposto, foi correta a exclusão da autuação dos produtos com NCMs 8431.4100 antes de 01/05/11 e da NCMs 7318.2400 antes de 01/01/11, como previsto nos Protocolo ICMS 26/10 e 05/11.

Dessa forma, não merece qualquer reparo a Decisão que julgou Procedente em Parte a infração 3, reduzindo o débito de R\$282.461,65 para R\$56.678,85, conforme demonstrativos refeitos pela fiscalização e acostados às fls. 256 a 262.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269616.0024/15-7**, lavrado contra **SOLDERING COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$57.081,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS