

A. I. Nº - 298952.3000/16-2
AUTUADO - HENKEL LTDA
AUTUANTE - GERALDO CAMPOS BAHIENSE
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 08. 08. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0112-01/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS, E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. **a)** POR FORÇA DO CONVÊNIO ICMS 110/07. Afastada exigência do ICMS-ST. Aquisições para uso na atividade industrial como insumo. Infração insubsistente. **b)** POR IMPOSIÇÃO DO CONVÊNIO ICMS 74/1994. Afastada parcialmente a exigência do ICMS-ST. Excluída aquisições para uso na atividade industrial como insumo. Infração subsistente parcialmente. **c)** POR FORÇA DO PROTOCOLO ICMS 106/2009. Afastado questionamento quanto a aplicação incorreta do MVA. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 16/09/2016, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$133.363,81, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 08.10.03 – 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 contribuinte localizados no Estado da Bahia. No valor de R\$4.027,96;

Conforme demonstração analítica nos Relatórios Demonstrativos de Apuração do ICMS ST Não Retido, relativos aos exercícios, 10/2012 a 12/2012; 01 a 12/2013; 01 a 09/2014 e 12/2014; e 03/ a 09/2015, à vista do Convênio ICMS 110/07 e suas alterações, e resumo na Tabela I – Quadro Resumo – Demonstrativo do Débito, que fazem parte do auto de infração.

Infração 02 - 08.18.03 – 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 contribuinte localizados no Estado da Bahia. No valor de R\$97.176,14;

Conforme demonstração analítica nos Relatórios Demonstrativos de Apuração do ICMS ST Não Retido, relativos aos exercícios 01, 03 a 12/2011, 01/2012 a 04/2012, 06/2012 a 12/2012; 01 a 12/2013; 02 a 12/2014 e 12/2014; e 01 a 12/2015, à vista do Convênio ICMS 74/1994 e suas alterações, e resumo na Tabela I – Quadro Resumo – Demonstrativo do Débito, que fazem parte do auto de infração.

Infração 03 - 08.36.03 – 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 contribuinte localizados no Estado da Bahia. No valor de R\$32.159,71.

Conforme demonstração analítica nos Relatórios Demonstrativos de Apuração do ICMS ST Não Retido, relativos aos exercícios 01, 02 e 04 a 12/2011, 01 a 03/2012 à vista do Protocolo ICMS 106/2009 e suas alterações, e resumo na Tabela I – Quadro Resumo – Demonstrativo do Débito, que fazem parte do auto de infração.

O Contribuinte tomou ciência do feito em 23/09/2016, o que repercutiu como limite para apresentação da defesa o dia 24/11/2016. Constatou-se, conforme documento às fls. 32, que aos dias 24/11/2016, tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 33 a 49. Quando elencou o seguinte arrazoado defensivo.

Inicialmente, a Impugnante destaca que reconhece parte das exigências entendendo por devida a quantia de R\$ 20.567,87, relativas as notas fiscais que elenca e requerendo, em ato contínuo, a segregação do auto de infração, mediante o pagamento do valor acima mencionado, e a consequente exclusão das respectivas notas fiscais do PAF.

Em seguida pugna pela decadência dos períodos de janeiro a agosto de 2011, constantes no auto de infração, com espeque no art. 150, §4º do Código Tributário Nacional - CTN

Explica que não cabe ao caso a aplicação da inteligência do artigo 173, I do CTN, pois o mesmo somente pode ser utilizado para os tributos considerados diretos, ou seja, aqueles não sujeitos ao lançamento por homologação.

E assevera que sua interpretação está embasada na própria utilização do termo "período" constante no auto de infração (campo "detalhamento do lançamento"), acrescentando que o *“vocábulo utilizado é exatamente o período (note-se bem "período" e não "exercício"), pois o termo "exercício" não pode ser cogitado, pois aqui não se trata de tributo direto, como seria o caso do Imposto de Renda.”*

Dizendo corroborar com sua assertiva, transcreve jurisprudência da RESP. n. 169.246/SP, AC. 2ª. TURMA. DECISÃO DE 04/06/1998.

"TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO REGIME DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo art. 150, 4º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador; a incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, a que pagamento do tributo não for antecipado, já não será caso de lançamento por homologação hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no art. 173, I, do CTN. Recurso Especial não conhecido. (RESP. n. 169.246/SP, AC. 2a. TURMA. DECISÃO DE 04/06/1998. RELATOR: MIN. ARI PARGENDLER. PUBL. DJ 29.06.1998, P. 153)(21)."

Conclui que a cobrança do ICMS, através do auto de infração em tela, relativamente aos períodos anteriores a setembro de 2011 é indevida, visto o crédito ter decaído.

Adentrando ao mérito, a Impugnante alega que com relação a infração 01 – ausência de recolhimento de ICMS-ST conforme convênio ICMS 110/07, descabe a pretensão do autuante tendo em vista que existem exceções a regra proposta pelo referido convênio que afastaria a obrigação de fazer a retenção pela Autuada.

Aduz que nos casos de aplicação do produto como insumo para industrialização pelo destinatário (utilizado em um produto final), não há a previsão de incidência do ICMS por Substituição Tributária, evocando como base para sua interpretação o inciso III do §1º do Art. 2º e §§1º e 2º do Art. 9º da Lei Complementar 87/96 e §§1º e 2º do Art. 10 da Lei Estadual nº 7.014/96.

Assevera que o ponto de convergência entre todos os dispositivos acima mencionados é o fato de que, nos casos de aplicação do produto como insumo para industrialização (utilizado em um produto final), não há a previsão de incidência do ICMS por Substituição Tributária, e afirma: *“este é exatamente o caso das notas fiscais elencadas pela Fiscalização. Veja-se, são todas notas de lubrificantes derivados do petróleo, remetidos para destinatário sediado no Estado da Bahia, com o fim específico de utilização em processo produtivo.”*

Arremata que sua assertiva pode ser comprovada mediante simples análise da natureza dos produtos enviados, os quais não podem, sob qualquer hipótese, ser utilizados como bens de consumo ou para comercialização. Pede por fim o afastamento da exigência relativa à infração 01.

Referindo-se a Infração 02 – ausência de recolhimento de ICMS-ST conforme convênio ICMS 74/1994, esclarece que este convênio dispõe sobre a substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, reafirma a Impugnante para esta infração também estão sendo exigidos o recolhimento do ICMS via substituição tributária de produtos que foram remetidos ao Estado da Bahia para fins de industrialização.

Afirma que esta é uma situação que o Convênio 74/94 expressamente reprime logo em sua primeira cláusula, a qual para fins de análise também transcrevo.

***Cláusula primeira** - Nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas no anexo deste Convênio fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas, ou na entrada para uso ou consumo do destinatário.*

§ 1º - O disposto nesta cláusula não se aplica às remessas de mercadorias para serem utilizadas pelo destinatário em processo de industrialização.

Finaliza seu arrazoado com relação a infração 02 afirmando que: “fazendo a exclusão das notas expressamente mencionadas no item III.1(do reconhecimento parcial das exigências), a autuação relativa a infração 02 do Auto de Infração também é indevida, uma vez que exige o recolhimento do ICMS por substituição tributária para situações que não se submetem à sistemática.”

Por fim relaciona seus pedidos:

“Considerando o tanto quanto exposto, requer-se, inicialmente, o reconhecimento do pagamento parcial dos valores exigidos e a exclusão das respectivas notas fiscais da autuação.

Outrossim, requer o recebimento e processamento da presente impugnação pelos órgãos da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, para que, ao final, os argumentos acima aduzidos sejam considerados para fins de anulação do lançamento tributário combatido em razão da: (i) decadência parcial dos valores exigidos; (ii) não submissão de ICMS-ST para lubrificantes derivados do Petróleo e de tintas e vernizes, conforme acima aduzido, e (iii) equivocada MVA aplicada para os produtos de limpeza, conforme estabelecido protocolo 106/2009.

*Por derradeiro, requer que todas as intimações e notificações dos atos subseqüentes sejam realizadas em nome dos advogados **Rodrigo Alexandre Lazaro Pinto**, inscrito na OAB/SP 235.177, e **Eduardo Simões Fleury**, inscrito na OAB/SP 273.434 com endereço indicado no rodapé.”*

Inicialmente o Auditor fiscal designado para prestar a informação fiscal, em face da aposentadoria do Autuante, se reportando a arguição de decadência assevera que existe decisão do CONSEF e indica ver anexo, fls. 102, neste sentido, cuja decisão (ACÓRDÃO CJF N.º 0289-11/16) foi pelo computo do prazo decadencial de 5 (cinco) anos a partir da data da ocorrência do fato gerador.

E sendo assim, decidiu aquiescer com as razões apresentadas pela Impugnante com relação à decadência parcial dos débitos, concordando que como o Auto de Infração foi constituído em 16/09/2016, a exigência do ICMS ST retroage a 16/09/2011.

Com relação a infração 01 - ausência de recolhimento de ICMS-ST conforme convênio ICMS 110/07, o Auditor Fiscal concorda com a alegação da defesa de que nos casos de aplicação do produto como insumo para industrialização (utilizado em um produto final), não há a previsão de incidência do ICMS por Substituição Tributária, aceitando a base para sua interpretação, qual seja: o inciso III do §1º do Art. 2º e §§1º e 2º do Art. 9º da Lei Complementar 87/96 e §§1º e 2º do Art. 10 da Lei Estadual nº 7.014/96, e que os produtos referentes às operações autuadas se enquadram nesta situação fática que excetua a exigência do ICMS ST.

Com relação a infração 02 – ausência de recolhimento de ICMS-ST conforme convênio ICMS 74/1994, o Autuante concorda com a assertiva da defesa de que o Convênio ICMS 74/94, Cláusula primeira, §1º, reza que não há deslocamento da responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS ST nas remessas de mercadorias a serem utilizadas pelo destinatário em processo de industrialização.

E diante disto, refaz o levantamento do débito da infração 02 excluindo as saídas que se enquadram nas exceções previstas no Convênio ICMS 74/94, resultando em novo levantamento de débito, que apresenta em seguida e reproduzo abaixo:

Ano 2014	R\$ 1.039,41
Ano 2015	R\$ 2.482,72
TOTAL	R\$ 3.522,13

Quanto ao alegado sobre a MVA, referente ao Protocolo ICMS 106/09 objeto da infração 03, o Auditor Fiscal não acata o argumento defensivo e mantém o entendimento original, e afirma que a aplicação do MVA está correta. Explica que a MVA ajustada é de 34,46%, conforme determina o protocolo em questão, em seu Anexo Único, alterado pelo Protocolo ICMS 171/10, o qual transcreve em sua peça de informação fiscal.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Analisando preliminarmente a arguição de decadência devo ressaltar que adotarei como paradigma para subsunção dos fatos a norma prevista no Código Tributário Nacional – CTN sobre este tema, as orientações contidas no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0 acerca do instituto da decadência. Assim, passo a explicitar a orientação em questão conforme excertos abaixo:

“6. Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.” Grifei.

Desta forma, conforme orienta o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, decido pela aplicação do regramento previsto no art. 173, inc. I, do CTN, que determina seja de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. E sendo assim decido que não ocorreu a decadência alegada pela defesa, pois os lançamentos questionados referente ao período anterior a 09/2011, poderiam ter sido efetivado pelo Autuante até dezembro de 2016 e ocorreu em setembro de 2016.

Relativamente a infração 01 verifiquei os demonstrativos do levantamento do débito do período de 2012 a 2015, disponibilizado em mídia e constante dos autos, referente a acusação de ausência de recolhimento de ICMS-ST em função do Convênio ICMS 110/07, que todas as exigências fiscais se referem a saídas da Autuada para destinatário que atua na atividade industrial como insumo,

sendo assim voto pela improcedência da infração 01 com espeque o inciso III do §1º do Art. 2º e §§1º e 2º do Art. 9º da Lei Complementar 87/96 e §§1º e 2º do Art. 10 da Lei Estadual nº 7.014/96.

Em referência a infração 02, conforme alegação da defesa, verifiquei que de fato também ocorreram inclusão no levantamento do débito de operações com mercadorias destinadas a contribuintes que atuam na atividade industrial como insumo, e que houve reconhecimento e pagamento de parte do débito por parte da Autuada. Tendo o Autuante apresentado nova planilha detalhando o débito remanescente que resumo abaixo:

MÊS	VALOR
out/14	981,67
nov/14	57,75
fev/15	750,84
mai/15	750,84
jul/15	375,42
dez/15	605,82
TOTAL	3.522,34

Assim, a infração 02 é parcialmente procedente devendo ser o valor do débito reformulado de R\$97.176,14 para R\$3.522,34.

Quanto a infração 03 não procede a arguição da defesa com relação a erro de aplicação da MVA, tendo em vista que a MVA ajustada é de 34,46%, conforme determina o protocolo em questão, em seu Anexo Único, alterado pelo Protocolo ICMS 171/10 e voto pela manutenção integral do valor lançado na peça vestibular de R\$32.159,71.

Destarte, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo o valor do débito ser reformulado de R\$133.363,81 para R\$35.682,05, cabendo homologação do pagamento efetuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298952.3000/16-2**, lavrado contra **HENKEL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.682,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alíneas “a” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

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 de Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2017

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR