

**PROCESSO** - A. I. Nº 298952.3000/16-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - HENKEL LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0112-01/17  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 11/06/2018

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0096-12/18**

**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 de insumos utilizados na atividade industrial. Infração insubstancial. Mantida a Decisão recorrida. **b)** POR IMPOSIÇÃO DO CONVÊNIO ICMS 74/1994. Excluído os valores exigidos relativos a aquisições de insumos utilizados na atividade industrial. Infração procedente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº JJF 0112-01/17 ter desonerado o sujeito passivo dos valores exigidos na infração 1 e parte dos valores da infração 2, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração lavrado em 16/09/2016, acusa o cometimento de três infrações com valor exigido de R\$133.363,81, sendo objeto do recurso às infrações 1 e 2:

1. *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 (Convênio ICMS 110/07) - R\$4.027,96.*
2. *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 (Convênio ICMS 74/1994) - R\$97.176,14.*

Na Decisão proferida a 1ª JJF inicialmente afastou a arguição de decadência por entender que as orientações contidas no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0 acerca do instituto da decadência, tendo em vista que *o contribuinte não declarou a ocorrência do fato jurídico tributário relativo às operações objeto da autuação e que neste caso deve ser aplicada a regra prevista no art. 173, inc. I, do CTN.*

No mérito apreciou que:

*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	MÊS	VALOR	MÊS	VALOR
out/14	981,67	fev/15	750,84	jul/15	375,42

nov/14	57,75	mai/15	750,84	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.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/BA.

Na fl. 129 foi acostado um termo no qual a Secretaria do CONSEF comunica ao sujeito passivo que o Recurso Voluntário apresentado em 18/09/17 foi declarado intempestivo tendo em vista que foi cientificado do julgamento da primeira instância em 23/08/17.

## VOTO

O recurso interposto relativo à desoneração total da infração 1 (falta de retenção do ICMS-ST) decorre da desoneração de valores exigidos como não retidos previstos no Convênio ICMS 110/07.

Na Decisão proferida, a 1ª JJF acolheu o argumento defensivo de que as operações objeto da autuação foram destinadas a estabelecimento industrial que utiliza a mercadoria como insumo e não se submete ao pagamento do ICMS-ST.

Constatou que o demonstrativo original gravado na mídia acostada à fl. 27, cuja cópia da primeira página foi juntada à fl. 18, indica que se trata de vendas de lubrificantes (SUPER LUB) destinados a Ford Motor Company Ltda, a exemplo da NFe 294134 de 17/10/12, que embora não tenha sido comprovado, tudo indica ser utilizado na atividade de industrialização de automóveis.

Conforme ressaltado na impugnação apresentada, o Convênio ICMS 110/2007 prevê que os Estados, quando destinatários, estão autorizados a atribuir ao remetente de lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações que o remetente estiver realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário.

O produto óleo lubrificante é elencado no item V (NCM 2710.19.3) da Clausula primeira.

Ocorre que o §1º, IV da Clausula primeira do citado Convênio estabelece:

§ 1º O disposto nesta cláusula também se aplica:

IV - na entrada no território da unidade federada destinatária de combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo, quando não destinados à sua industrialização ou à sua comercialização pelo destinatário.

Restou comprovado que foi exigido na infração 1 o ICMS-ST relacionado no Convênio ICMS 110/07, mas que em se tratando de produto destinado a atividade de industrialização utilizada como insumo, não se submete a substituição tributária (art. 10 da Lei 7.014/96).

Pelo exposto fica mantida a Decisão pela improcedência da infração 1.

No tocante à infração 2, (falta de retenção do ICMS-ST) decorre da desoneração de valores exigidos como não retidos previstos no Convênio ICMS 74/94.

No mérito, também na Decisão ora recorrida foi acolhido o argumento defensivo de que parte das operações objeto da autuação foram destinadas a estabelecimento industrial, que utilizou os produtos adquiridos como insumos no processo de fabricação.

Neste aspecto a fiscalização refez o demonstrativo original e excluiu os valores das mercadorias destinadas como insumo e não se submete ao pagamento do ICMS-ST, conforme demonstrativo

de débito de fls. 103 a 105 o que resultou em valor devidos de R\$1.039,41 em 2014 e R\$2.482,72 no exercício de 2015, totalizando valor remanescente de R\$3.522,13.

Ressalto que conforme demonstrativo gravado na mídia acostada à fl. 27, todas as operações que foram objeto da autuação no período de janeiro a setembro de 2011, que a empresa alegou ter sido alcançado pela Decadência e não acolhido pela 1ª JJF, refere-se a operações de venda a de produtos destinados a Ford Motor Company Ltda. que utiliza como insumos no processo produtivo, motivo pelo qual foi afastada a exigência dos valores correspondentes por não haver incidência do ICMS-ST, como apreciado na infração 1, tendo em vista que o §1º da Cláusula primeira do Convenio ICMS 76/94 prevê que “*o disposto nesta cláusula não se aplica às remessas de mercadorias para serem utilizadas pelo destinatário em processo de industrialização*”

Pelo exposto, fica mantida a Decisão pela procedência parcial da infração 2, com redução do débito de R\$97.176,14 para R\$3.522,34.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª 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 298952.3000/16-2, lavrado contra **HENKEL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.682,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES – REPR. DA PGE/PROFIS