

A. I. N° - 207349.0001/18-8
AUTUADO - CNH INDUSTRIAL LATIN AMÉRICA LTDA.
AUTUANTES - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS e VERA LÚCIA ANDION CORTIZO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLCIAÇÃO - INTERNET – 03/06/2019

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0104-03/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE INSCRITO NA SEFAZ-BA COMO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. VENDAS DE MERCADORIAS A EMPRESAS SITUADAS NA BAHIA E SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: **a)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE IMPOSTO A MENOS QUE O DEVIDO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cabe ao vendedor reter e recolher a favor da Bahia o ICMS/ST relativo às operações internas subsequentes. Infração reconhecida; **b)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE ICMS/ST. O sujeito passivo não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/03/2018, exige crédito tributário no valor de R\$70.148,17, através das seguintes imputações:

Infração 01 - **08.31.02**. Retenção a menos 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, nos meses de fevereiro a maio de 2015, fevereiro, março, outubro a dezembro de 2016. Exigido o valor de R\$1.466,55, acrescido da multa de 60%;

Como complemento consta: “Efetuou a retenção a menor nas vendas de autopeças constantes nas Notas Fiscais do Anexo 3, sendo essa retenção prevista no Protocolo 41/08”.

Infração 02 - **08.31.03**. Falta de 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, nos meses de janeiro a novembro de 2015, janeiro a maio, julho, setembro a dezembro de 2016. Exigido o valor de R\$68.681,62, acrescido da multa de 60%;

Como complemento consta: “Deixou de efetuar a retenção nas vendas de produtos constantes nas Notas Fiscais do Anexo 2, sendo essa retenção prevista no Protocolo 41/08”.

O Autuado apresenta peça defensiva, fls. 46 a 60, inicialmente, observa a tempestividade da Impugnação, reproduz o teor das infrações e alinha os argumentos sintetizados a seguir.

Pugna pela improcedência do lançamento em relação às mercadorias listadas no anexo único do Protocolo ICMS 41/08 (reproduz as cláusulas primeira e quarta), que transfere ao remetente dos produtos a responsabilidade, por substituição, pela retenção e recolhimento do ICMS-ST incidente sobre operações interestaduais realizadas entre contribuintes localizados nos Estados signatários da norma. Transcreve o art. 10, da Lei nº 7.014/96 alegando ser fabricante de máquinas agrícolas.

Sustenta que a fiscalização se equivocou ao deixar de considerar que parte das mercadorias autuadas, discriminadas na planilha anexa de acordo com as notas fiscais a que se referem (doc.

03), não constam entre aquelas listadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, sendo que em relação a essas partes e peças, é indevida a transferência de responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST.

Afirma que não se aplica as disposições do inciso II, do §4º, da Cláusula Primeira, visto que, apesar de ser fabricante de equipamentos agrícolas que realiza saídas interestaduais para estabelecimentos distribuidores, não há acordo formalizado com o Fisco deste Estado da Bahia que lhe transfira a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST.

Afirma que pode ser verificado, por meio das notas fiscais, que acobertaram as operações realizadas no ano de 2016 (DANFES em anexo - doc. 03), de que realizou operações envolvendo dois CFOPs: - 6.401 - *Venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto;* - 6.101 - *Venda de produção do estabelecimento.*

No que concerne às operações de CFOP 6.401, salienta que na condição de substituto tributário, procedeu à retenção e recolhimento do ICMS-ST devido, calculando o valor do imposto com as reduções disciplinadas pelo Convênio ICMS 52/91 c/c com a Resolução Senado Federal 13/2012. Destaca que a forma de recolhimento do ICMS-ST consta nas “Informações Complementares” das notas fiscais, sendo que essas operações não foram objeto da autuação.

Com relação às operações de CFOP 6.101, observa duas situações distintas:

Em relação às mercadorias cujas NCMs se encontram listadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, procedeu à retenção e recolhimento do ICMS-ST, na condição de responsável por substituição tributária. Ressalta que as Guias Nacional de Informação e Apuração do ICMS substituição tributária - GIAS) e respectivos comprovantes de recolhimento do imposto se encontram em anexo (doc. 04). Como essas operações também não foram objeto de autuação, deixa de analisá-las de forma detalhada.

Diz que entre as operações de CFOP 6.101, realizou o recolhimento de parte do imposto exigido, o que para esses casos, se referem às mercadorias listadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08. Registra que apresentará, posteriormente, o comprovante do pagamento, com os devidos acréscimos legais.

Para as demais operações de CFOP 6.101 (doc. 04), declara que não procede a exigência fiscal, visto que as mercadorias comercializadas não se encontram listadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08.

Lembra que, nos termos do art. 9º, da Lei Complementar nº 87/96, apenas as operações interestaduais com mercadorias especificadas em Acordos, Protocolos e Convênios serão submetidas ao regime de substituição tributária. Reitera que, em se tratando de operações interestaduais com autopeças, coube ao Protocolo ICMS 41/08 dispor acerca da substituição tributária e discriminá-las relativamente às quais esse regime seria aplicável.

Reproduz a literalidade da Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 41/08, nos quais os produtos que não se enquadram entre aqueles arrolados no seu anexo, não estão sujeitos à substituição tributária.

Chama atenção para a análise das mercadorias autuadas, e a sua respectiva classificação na Tabela de Classificação de Produtos na Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM para verificar se estariam sujeitas ao regime da substituição tributária, juntando cópia tabela das mercadorias classificadas nas NCMs 73151210 e 85071090.

Aduz que as NCMs 73151210 e 85071090 não estão arroladas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, razão pela qual essas mercadorias não estão sujeitas ao regime de substituição tributária.

Relaciona alguns julgados do CONSEF - ACÓRDÃO JJF Nº 0038-01/15, ACÓRDÃO JJF Nº 0292-01/13 e ACÓRDÃO JJF Nº 0250-02/12, que cuidam da mesma matéria e em situações semelhantes, como

precedentes para que seja afastada a exigência do ICMS-ST relativamente às mercadorias que não estão sujeitas à retenção do imposto, em razão da sua NCM não se enquadrar em uma das posições listadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08.

Sustenta que tais mercadorias, não se podem exigir a retenção e recolhimento do ICMS-ST por se tratarem de operações de venda que têm por objeto peças, partes, componentes e demais produtos que não estão listados no seu Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08 (alterado pelo Protocolo ICMS 49/08).

Ressalta que não se aplica a regra de exceção disciplinada pelo §4º, da Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 41/08, visto que não há acordo com o Estado da Bahia que transfere a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST.

Frisa que o art. 10 da Lei nº 7.014/96 estabelece que “*a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas*”.

Revela que o Protocolo ICMS 41/08, em consonância com a legislação estadual, exige, para a transferência de responsabilidade pelo recolhimento do imposto estadual, que seja firmado acordo específico acerca da substituição tributária. Arremata assinalando que, como não foi firmado acordo com o Estado da Bahia, não pode ser responsabilizado pelo recolhimento do ICMS-ST.

Solicita que o lançamento deva ser parcialmente cancelado, haja vista que as operações ocorridas no ano de 2016, referente às mercadorias classificadas nas NCMs 73151210 e 85071090 (notas fiscais juntadas no doc. 04 desta defesa), não estão relacionadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, além de não se enquadarem na exceção prevista no §4º, da Cláusula Primeira do referido protocolo, por ausência de acordo firmado com o ente tributante.

Pugna pelo cancelamento da multa aplicada, asseverando serem confiscatória e desproporcional. Reproduz o art. 150, IV, onde dispõe a vedação aos Estados utilizar tributos com efeitos confiscatórios. Sobre o tema, trás a colação ensinamento do jurista pátrio, Leandro Paulsen.

Afirma que as multas impostas no percentual de 60% do valor do imposto ofendem o princípio constitucional do não confisco. E, por mais que seja indiscutível que a Administração Pública deva pautar a sua atuação pelos ditames de normas infralegais que regem determinados procedimentos, a própria Constituição Federal, como também a doutrina e a jurisprudência, determinam que a sua atuação tenha sempre em vista parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

Assinala que há jurisprudência pátria do STF, onde não aceita penalidades superiores a 20% ou 30% do valor do imposto devido, em razão de seu caráter confiscatório, sendo que multas superiores a esse patamar somente seriam cabíveis em casos de comprovado intuito de fraude, o que não se alegou no presente caso. Colaciona aresto do RE nº 523.471-AgR, de relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa, da 2ª Turma do STF, publicado no DJe de 23.4.2010 e decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 754.554, o Ministro Celso de Mello entendeu ser confiscatória multa fixada no patamar de 25% do valor do imposto devido.

Requer revisão da punição aplicada, sob pena de violação aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade e do não confisco, bem como à própria jurisprudência do STF. Ressalta que, sequer, houve alegação de fraude ou simulação, eventualmente capazes de fundamentar a aplicação de multa em patamares exorbitantes.

Requer o cancelamento da multa fixada no percentual de 60% ou ao menos, a redução, em virtude de seu nítido caráter confiscatório e pela ausência de proporcionalidade entre o seu valor e a gravidade da infração cometida, sob pena de ofensa ao inciso IV, do art. 150, da CF/88 (princípio do não confisco) e ao inciso LIV, art. 5º, da CF/88 (princípio da proporcionalidade).

Finaliza para que seja parcialmente cancelado o Auto de Infração, diante da improcedência da exigência do ICMS-ST em relação às mercadorias de NCMs 73151210 e 85071090, cujas Notas Fiscais estão listadas no doc. 04, por se tratarem de partes, peças e componentes que não se encontram no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08. Acrescenta que não são aplicáveis ao caso as disposições do inciso II, do §4º, da Cláusula Primeira, visto que não há acordo formalizado com o Fisco deste Estado da Bahia que lhe transfira a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST, e, por isso, não é atribuída ao Impugnante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto na condição de substituta tributária. Subsidiariamente, na remota hipótese de não ser cancelado o lançamento fiscal em relação às notas fiscais acima referidas, requer seja cancelada ou substancialmente reduzida a multa fixada no percentual de 60% do valor do imposto, por força do seu caráter abusivo, desproporcional e confiscatório.

Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, principalmente com a juntada posterior de eventuais documentos que venham a ser levantados, vinculados às operações autuadas.

Nas fls. 250 e 251, consta petição com a informação de que efetuou o recolhimento da parcela do crédito tributário que é relativa a operações com mercadorias classificadas nas NCMs constantes do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, em relação às quais não apresentou defesa, conforme se verifica por meio dos comprovantes em anexo, sendo que procedeu ao pagamento do imposto devido, no valor principal de R\$28.934,84, relativamente aos débitos que se encontram listados em anexo, acrescido de multa e juros, aplicando-se as reduções dispostas nos artigos 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

Conclui pugnado, conforme expedido, ela procedência parcial do Auto de Infração.

Na informação fiscal prestada, fls. 260 a 263, as Autuantes, de início, reproduzem as infrações, resumem a impugnação e informa que os trabalhos de fiscalização recaíram sobre a verificação da ocorrência da devida retenção do ICMS-ST nas notas fiscais, bem como dos referidos pagamentos, incidentes sobre operações com mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Destacam que a empresa autuada é contribuinte regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, na condição de Substituto Tributário, ficando, portanto subordinada ao cumprimento das normas dispostas nos diversos institutos que versem sobre a Substituição Tributária Interestadual.

Arguem que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, particularmente onde se fundamenta a autuação.

Quanto à alegação do Autuado de que, em 2016, parte das mercadorias listadas no Anexo 2 do presente PAF com as NCMs 73151210 e 85071090 não se enquadram no regime de Substituição Tributária por não se encontrarem discriminadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, afirmam que não procede, já que, desde 01/01/2016, encontra-se em vigor o Convênio ICMS 92/2015 (cópia anexa às fls. 264 a 275), reproduzem as cláusulas primeira e segunda.

Pontuam que a partir de 01/01/2016, estabelece quais as mercadorias que estão sujeitas ao regime de Substituição Tributária são os Anexos deste supracitado Convênio. Em relação às NCMs 73151210 e 85071090 estão contidos no Anexo II, do Convênio ICMS 92/15 - itens 112.0 e 53.0 respectivamente.

Em relação à segunda alegação de que não poderia ser aplicada a multa de 60%, por ser abusiva, desproporcional e confiscatória, registram que não pode ser aceita porque quem define os percentuais de multa é a Lei nº 7014/96. Registraram que na alínea “a”, do inciso V, do art. 42, estabelece 150% do valor do imposto retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente.

Declararam que não foi apontada qualquer fraude ou dolo, apenas tratou-se da aplicação da lei, não sendo pertinente aqui discutir se a multa é exorbitante, se é confiscatória, sendo que só cabe ser aplicada a Lei e, assim foi feito.

Arrematam assinalando que mantêm a autuação, por entenderem ser devida a retenção e o consequente recolhimento do ICMS-ST, não acatando, portanto, a alegação apresentada pela Defesa.

Concluem pugnando pela procedência total do Auto de Infração.

Às fls. 278 a 281, constam extratos do SIGAT discriminando o pagamento integral da Infração 01 e parcial da Infração Auto 02.

VOTO

Inicialmente, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Logo, consigno que o presente processo está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo a retenção a menos e a falta de 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, consoante descrição pormenorizada no preâmbulo do relatório e demonstrativo de apuração acostados às fls. 10 a 36 e CD, à fl. 38.

No que diz respeito à Infração 01, como se verificam às fls. 255 e 258, o Autuado apresenta cópia do DAE comprovando o pagamento integral do débito exigido, e à fl. 281, consta cópia de extrato do SIGAT discriminando sua baixa no sistema por pagamento.

Assim, ante o pagamento do débito lançado de ofício, fica mantida a Infração 01.

Com relação à Infração 02, o Impugnante, em sede defesa, contestou parcialmente o cometimento desse item da autuação, asseverando serem indevidas as exigências decorrentes das operações arroladas no levantamento fiscal com as mercadorias de NCMs 73151210 e 85071090, por se tratarem de partes, peças e componentes não elencados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08.

Sustentou também o Autuado a não aplicação ao caso das disposições do inciso II, do §4º, da Cláusula Primeira, do referido Protocolo, uma vez que não há acordo formalizado com o Fisco deste Estado da Bahia que lhe transfira a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST, e, por isso, não lhe pode ser atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto na condição de substituta tributária.

As Autuantes, ao procederem à informação fiscal, mantiveram a autuação sob o fundamento de que o argumento da Defesa não se sustenta pelo fato de que a partir de 01/01/2016, encontra-se em vigor o Convênio ICMS 92/2015. Explicou que o citado convênio contempla nos itens 112.0 e 53.0 de seu Anexo II, as mercadorias de NCMs 73151210 e 85071090.

Assim, do quanto acima expedito, fica patente que, para o deslinde da questão objeto da autuação, no que se refere às operações não reconhecidas pelo Impugnante, se faz necessário aquilatar se as operações realizadas com as mercadorias de NCMs 73151210 e 85071090, arroladas no levantamento fiscal, estavam sujeitas ou não ao regime de substituição tributária por ocasião da ocorrência dos correspondentes fatos geradores.

Depois de examinar os elementos resultantes do contraditório instalado nos presentes autos, precípuamente, após compulsar o item e 53, fl. 272 e o item 112, fl. 275, do Anexo II - Autopeças, do Convênio ICMS 92/2015, que estabelece a sistemática de uniformização e identificação das mercadorias e bens passíveis de sujeição aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do ICMS, com o encerramento de tributação relativo às operações subsequentes, verifico que as mercadorias de NCMs 73151210 e 85071090, efetivamente, afiguram-se elencadas no Anexo II do aludido convênio, e vigentes no período de ocorrência dos fatos geradores, objeto da autuação.

Convênio ICMS 92/15

Cláusula primeira *Este convênio estabelece a sistemática de uniformização e identificação das mercadorias e bens passíveis de sujeição aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do ICMS com o encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes.*

Anexo II - AUTOPEÇAS

[...]

53.0	01.053.00	8507.10	<i>Acumuladores elétricos de chumbo, do tipo utilizado para o arranque dos motores de pistão, exceto os classificados no CEST 01.053.01</i>
<i>Redação anterior dada ao item 53.0 do Anexo II pelo Conv. ICMS 146/15, efeitos de 01.01.16 a 31.08.17.</i>			
112.0	01.112.00	7315.12.10	<i>Outras correntes de transmissão</i>

Assim, entendo que de forma inequívoca, resta evidenciado nos autos que as operações com mercadorias de NCMs 73151210 e 85071090, arroladas no levantamento fiscal e apontadas pela Defesa, estão sujeitas ao regime de substituição tributária.

Logo, concluo pela manutenção da autuação da Infração 02.

No que concerne à multa de 60%, sugerida no Auto de Infração, verifico que deve ser mantida, haja vista ser a legalmente prevista para a irregularidade cometida, prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42 da Lei 7.014/96. No tocante ao pedido para exclusão da multa, ressalto que esta Junta de Julgamento Fiscal somente tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação acessória, consoante o art. 158 do RPAF-BA/99.

Em face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207349.0001/18-8, lavrado contra **CNH INDUSTRIAL LATIN AMÉRICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.148,17**, acrescido da multa 60%, prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os pagamentos efetuados pelo autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA