

PROCESSO - A. I. Nº 269616.0016/18-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SOFAPE FABRICANTE DE FILTROS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0204-05/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0279-12/20-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RETENÇÃO EO RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OBRIGATORIEDADE DE RETENÇÃO POR PARTE DO REMETENTE SITUADO EM OUTRO ESTADO. Quando a operação subsequente não está sujeita à tributação, haja vista haver diferimento em virtude de incentivo fiscal da destinatária baiana descabe a exigência da ST, conforme demonstrado no PAF. Por outro lado, se o destinatário da mercadoria pratica nova operação interestadual e destaca o imposto da operação própria, igualmente não cabe a cobrança da ST. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/10/2018, em razão de uma única infração descrita a seguir:

Infração 01 - 08.31.01 - 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, nos meses de novembro e dezembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014 a 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$141.652,26, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96.

A 5ª JJF decidiu pela Improcedência do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0204-05/19 (fls. 210 a 215), com base no voto a seguir transscrito:

“Cabe apreciar, inicialmente, as questões preambulares do processo.

O lançamento de ofício obedece aos requisitos formais de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

A defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de intempestividade.

Identificado o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranho aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Não há nulidades arguidas no processo.

Afasto o pedido de “perícia contábil” (sic; fl. 46) formulado pelo sujeito passivo, ainda que genericamente, por entender estarem presentes os elementos fático-probatórios necessários para o deslinde da questão.

A postulação fiscal aborda a falta de retenção de imposto nas saídas de mercadorias submetidas ao regime jurídico da substituição tributária para frente, com previsão no Prot. ICMS 41/08.

Está a defesa vincada em dois grandes pressupostos fáticos: I) alguns tipos dos filtros alcançados pelo lançamento possuem classificação fiscal não contemplada no Anexo Único do citado acordo interestadual; II) outro tipo de filtro, a despeito de ter NCM estabelecida no referido Protocolo, teve destinação para indústria, e como tal não deve ser aplicada a tributação antecipada.

No que respeita ao primeiro pressuposto, a controvérsia quedou pacificada. Os autores reconheceram à fl. 126 que os filtros sob o código 84212100 não se enquadram na substituição tributária, de modo que “realmente cometemos um equívoco em relação a esse item” (sic.).

De fato, ao compulsar o texto do multicitado acordo protocolar, verifica-se que não há referências à NCM logo atrás indicada, apesar de haver citações a “filtros” de diversas aplicações em várias passagens, a exemplo dos itens 37, 38, 40 e 93 do Anexo encartado no Protocolo sob estudo.

Não custa relembrar que constitui regra básica de subsunção da mercadoria à substituição tributária interestadual haver previsão na norma tanto da NCM quanto da descrição completa do produto, visto que por

vezes uma determinada nomenclatura abrange vários tipos de mercadorias e o legislador da ST optou em submeter apenas algumas delas.

Portanto, é preciso haver a acumulação destes dois requisitos, ou seja, indicação simultânea do número da classificação fiscal e da descrição do produto.

Neste sentido, cabe extrair do lançamento inicial os valores aportados a este pretexto, aliás conforme verificado às fls. 139 e 140.

No que respeita ao segundo pressuposto, a questão requer raciocínio mais depurado.

Sustenta a impugnante que, sem embargo das mercadorias contarem com previsão expressa no item 93 - Filtros de pólen do ar-condicionado do Anexo único do Prot. ICMS 41/08, as operações alcançadas pela autuação foram destinadas para a indústria VISTEON SISTEMAS AUTOMOTIVOS LTDA, empresa cuja atividade econômica principal aponta a fabricação de outros equipamentos e aparelhos elétricos não especificados anteriormente.

Como contraponto, os i. auditores fiscais acostaram notas fiscais emitidas pelo mencionado cliente, nas quais se comprova que houve revenda dos filtros para a "Ford", de modo que dita mercadoria não seria aplicada como insumo na produção, hipótese em que se configuraria a tributação antecipada por parte da autuada.

Cabe inicialmente observar que a "VISTEON" declarou ao se cadastrar na SEFAZ uma outra atividade produtiva secundária, qual seja, instalação de máquinas e equipamentos industriais, sob o CNAE 3321000.

Em princípio, tal atividade encontraria regulação na Lei Complementar 116/03, institutiva de normas gerais do ISS, designadamente no subitem 14.06 da Lista de Serviços (Instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos, inclusive montagem industrial, prestados ao usuário final, exclusivamente com material por ele fornecido), circunstância que, por não haver expressamente tributação separada do ICMS para o fornecimento de mercadorias, e do ISS para a prestação de serviços, ensejaria a incidência deste último imposto sobre o valor total praticado.

Todavia, não é esta a situação retratada nos autos.

As notas fiscais, apensadas às fls. 129 a 138, apontam se tratar de alienação de "filtros de pólen", tendo como natureza da operação "venda de mercadoria adquirida de terceiro", a maioria delas endereçadas para estabelecimento da montadora da "Ford Brasil" na Bahia, sendo que a NF 29170, de 02.5.2014, emitida a título de "revenda", teve como destinatário a "HVCC CLIMA BRASIL", fatos que bem caracterizam ter havido a aquisição destes filtros não para uso industrial, a serem acoplados em veículos automotivos, e sim para recomercialização.

A operação seria normalmente tributada se não fosse o diferimento disciplinado no art. 12 da Lei 7.537/99, observação pontuada no corpo das notas fiscais, exceto na NF 29170.

Vale acrescer, que pela consulta do CNPJ do estabelecimento da "HVCC" contra o qual foi emitido o mencionado documento fiscal, apurou-se exercer este o comércio atacadista.

O importante é que, não utilizando a "VISTEON" no seu processo produtivo os filtros adquiridos da autuada, revendendo-os para terceiros, consoante código do produto apostado nos documentos de fls. 129 a 138, não haveria como deixar de aplicar a substituição tributária e considerar como devidos os valores remanescentes aferidos às fls. 139 e 140.

Note-se que tais filtros, utilizáveis na montagem de automóveis, no sistema de ar refrigerado, podem também ser vendidos de forma avulsa, como peça automotiva de reposição, tanto no atacado como no varejo.

Os demonstrativos refeitos pela auditoria não contaram com a contradita quantitativa da autuada na oportunidade da réplica à informação fiscal, razão porque, em tese, justifica-se a manutenção dos valores ali recalculados.

Entretanto, é preciso analisar os argumentos e provas trazidos na manifestação defensiva de fls. 145 a 155, oferecida em tom de réplica, não necessariamente na ordem em que foram apresentados.

Em primeiro lugar, a carta de nomeação de fornecedor juntada às fls. 190 a 197 e resposta respectiva, apensa às fls. 198 a 201, ambas datadas de 28.11.2011, a partir das quais se formaliza a relação comercial entre a autuada fornecedora e a cliente "VISTEON". Destes instrumentos, não se extraem elementos que atestem a possibilidade desta última comprar produtos da primeira exclusivamente com o objetivo de usá-los como insumo na produção. É um documento, portanto, que não se presta para refutar as revendas praticadas pela mencionada cliente.

Em segundo lugar, a declaração da "VISTEON", acostada à fl. 188, datada de 02.01.2015, prestada para efeito de suspensão do IPI, afirmando sob as penas da lei que é fabricante de produtos afeitos ao segmento automotivo, isto em consonância com a solução de consulta dada pela RFB, trechos encartados à fl. 151. Num exame preliminar, poder-se-ia concluir que dito documento confirmaria a condição de industrial da autuada e, pelo menos a partir de 02.01.2015, estaria afastada a incidência do ICMS-ST.

Todavia, não seria este o raciocínio a trilhar.

Ao assegurar que é fabricante, a autuada também admitiu atuar “preponderantemente” (sic; destaque da transcrição) nesta área, de forma que este meio de prova só depõe contra a tese defensiva, pois ali se admite que poderia a impugnante também atuar em outros campos, inclusive revendendo produtos adquiridos da autuada, sem aplicá-los como insumo, até por uma contingência de mercado, sendo a industrialização apenas a sua atividade principal.

A conclusão tomada pelo órgão federal não tem poder vinculativo para o Estado da Bahia, podendo este divergir de entendimento, até em respeito ao princípio da autonomia dos entes federativos; e mesmo que a ele o Estado aderisse, vê-se que o parecer vai na linha da dispensa da penalidade, não do imposto, ao aduzir taxativamente que “não cabe ao fabricante-remetente sanção na hipótese de não cumprimento pelo adquirente-receptor dos requisitos da preponderância ou de este dar emprego ou destinação diferentes da que condicionaram a suspensão” (destaque da transcrição). E, como se sabe, tributo não é pena, não é sanção, de sorte que o ente federal apontou para a dispensa de penalidades, de acordo com o excerto.

No que pese todos estes óbices superados, há uma terceira via que caminha ao encontro da defesa da autuada. É que, pelos documentos fiscais trazidos pela própria auditoria e que refletem as revendas feitas pela “VISTEON”, neles se vê que, à exceção da NF 29170, não houve tributação do ICMS. Tal se explica em princípio porque as saídas efetuadas estavam sujeitas ao diferimento do imposto estadual, a pretexto do PROAUTO, conforme se destaca no corpo dos documentos fiscais emitidos pela “VISTEON” e destinadas à “FORD BRASIL” na Bahia.

Apesar de juntados pela auditoria, não há demonstração em contrário de que ditas operações não eram diferidas. Neste contexto, como a substituição para frente - atribuída à autuada na qualidade de substituta - visa antecipar a tributação das operações subsequentes e sendo estas desoneradas de ICMS, consoante indicado nas notas fiscais de fls. 129 a 135, perde sentido haver a presente cobrança da ST.

Consigne-se também que o Conv. ICMS 142/18 passou a produzir efeitos a partir de 01.01.2019, apesar de ser tal diploma dispensável – pela lógica do regime jurídico – para construir o raciocínio de que, se ficar demonstrado que o cliente do substituto tributário não usou a mercadoria adquirida como insumo na produção, mas a direcionou para revenda, para recomercialização, cabe a ST, desde que esta operação subsequente seja tributável, o que parece não ter ocorrido nos casos anteriores mencionados.

Quanto à NF 29170, de 02.5.2014, emitida contra a “HVCC CLIMA BRASIL” (SP), igual destino a aguarda. Caso houvesse a retenção do imposto por parte da autuada para ser pago em favor do erário baiano, tal recolhimento acabou sendo feito pela “VISTEON”, pela posterior operação interestadual, no valor de R\$8.316,72, não se sabendo exatamente se tal carga tributária corresponderia à devida pela tributação antecipada.

Melhor seria se, numa auditoria específica na “VISTEON”, ficasse patenteado o uso correto do diferimento nas saídas internas para a “FORD” e, na saída interestadual, se houvesse anulação do débito fiscal e se entre o montante destacado e o que sofreria retenção remanesceriam diferenças a exigir. Isto sem falar na recente decisão do STF, que aqui poderia ter cabimento retroativo, na hipótese da base de cálculo efetiva ser menor do que a base presumida.

Finalmente, merece realce também a particularidade do Prot. ICMS 41/08 ter no seu bojo a previsão de não comportar a ST a simples possibilidade da operação destinar-se a estabelecimento industrial, não importa se este revender a mercadoria e não usá-la na produção.

De todo o exposto, é de se considerar o auto de infração IMPROCEDENTE.”

A 5ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Registro a presença na sessão de julgamento, via videoconferência, do patrono do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Gabriel Alves de Oliveira Baccarini - OAB/SP nº 315.287.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência da falta de retenção e recolhimento do ICMS pelo Autuado, situado no Estado de São Paulo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia de produtos albergados pelo Protocolo ICMS 41/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças.

Constatou que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou totalmente o presente Auto de Infração no valor de R\$293.473,63, conforme extrato (fl. 217), montante superior a R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Conforme consta nos autos, o Autuado efetuou venda de filtros blindados e elementos filtrantes, classificados respectivamente nas posições NCM 8421.21.00 e 8421.39.90, utilizando os CFOP 6.105 e 6.106, referentes à venda de produtos próprios ou adquiridos de terceiros, sem transitar pelo estabelecimento do Autuado.

A desoneração relativa ao primeiro produto, filtros blindados, posição NCM 8421.21.00, decorreu exclusivamente da verificação de que a referida NCM não consta no Anexo Único do referido Protocolo ICMS 41/08, o que também verifiquei, pois se trata de filtro blindado para água, não havendo também nenhum equívoco na classificação na referida posição NCM, conforme demonstrado abaixo:

“8421.2 - Aparelhos para filtrar ou depurar líquidos:
8421.21.00 -- Para filtrar ou depurar água”

Portanto, reputo correta a decisão em relação a este item, já que o enquadramento de um produto na substituição tributária exige a dupla validação, tanto da NCM quanto da descrição do produto, ressalvado apenas quando a descrição indicada na norma corresponde exatamente à descrição constante da tabela NCM, hipótese em que todos os produtos corretamente classificados naquela posição estão sujeitos à substituição tributária.

No tocante ao segundo produto, elementos filtrantes, posição NCM 8421.39.90, a desoneração decorreu da constatação de que todas as saídas foram destinadas à empresa VISTEON SISTEMAS AUTOMOTIVOS LTDA, CNPJ 03.509.521/0002-48, Inscrição Estadual nº 053.796.028, localizada no polo petroquímico de Camaçari/BA, empresa que exerce atividade industrial, consoante faz prova documentação apensada, operação excetuada pelo inciso I, do §2º, da cláusula primeira do Protocolo ICMS 41/08, transcrito abaixo, ainda que o produto esteja listado no item 93 do seu Anexo Único:

“§ 2º O disposto neste protocolo não se aplica às remessas de mercadoria com destino a:

I - estabelecimento industrial;
...”

Ressalto que a responsabilidade pela destinação diversa porventura dada pelo adquirente dos produtos somente pode recair por quem lhe houver dado causa, conforme estabelece o Art. 8º, II da Lei nº 7.014/96, não podendo ser atribuída ao remetente, amparado nas disposições do acordo interestadual.

Diante do exposto, reputo correta a Decisão recorrida que julgou o Auto de Infração IMPROCEDENTE e 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 manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269616.0016/18-9**, lavrado contra **SOFAPÉ FABRICANTE DE FILTROS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS