

N.F. Nº - 232607.0614/20-6
NOTIFICADO - FERRAGENS 3F DO BRASIL LTDA.
NOTIFICANTE - PAULO CÉSAR SILVA DE LIMA
ORIGEM - DAT NORTE / IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/03/2025

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO JJF Nº 0061-02/25NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO. Notificado comprovou que a mercadoria tem como destino empresa industrial para ser utilizado como insumo, não cabendo a cobrança do ICMS-ST do remetente, conforme estabelece a Cláusula Segunda, II, do Protocolo ICMS 26/10. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 28/07/2020, exige do Notificado ICMS no valor histórico R\$ 9.122,74, acrescido da multa de 60% no valor de R\$ 5.473,64, perfazendo um total de R\$ 14.596,38, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 55.34.01: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo as operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.

Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 C/C cláusulas primeira, terceira e quarta do Protocolo ICMS 104/09 e 26/10.

Multa prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.

Assim consta na descrição dos fatos: “Contribuinte remetente, na qualidade de sujeito passivo desta operação, deixou de destacar e recolher o ICMS ST conforme acordo previsto no Prot. ICMS 26/10. DANFE Nº 173351. REF. NOTIFICAÇÃO FISCAL 2326070059/20-6 LAVRADA EM 22/07/2020. Lançamento referente ao TFD nº 2006044065, lavrado para a transportadora BRASPRESS TRANSPORTES URGENTES LTDA, Inscrição Estadual 066.564.240”.

Está anexado ao processo: I) Termo de Fiel Depositário-TFD nº 2006044065; II) cópia do DANFE nº 173.351; III) cópia da consulta ao INC-Informações do Contribuinte da empresa destinatária.

A Notificada apresenta, através de advogado, peça defensiva com anexos, às fls. 20/64.

A Notificada inicia sua defesa falando sobre sua tempestividade, para em seguida, fazer uma descrição dos fatos que ensejaram a lavratura da Notificação Fiscal, frisando que a Autoridade Fiscal deixou de observar a previsão contida na cláusula segunda, inciso II, do Protocolo ICMS 26/10, que afasta a sistemática da substituição tributária quando a mercadoria for destinada a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria prima, produto intermediário ou material de embalagem, sendo esta previsão aplicável ao caso em tela, conforme será demonstrado.

No tópico “DAS PRELIMINARES DE NULIDADE-DA ILEGITIMIDADE PASSIVA – MERCADORIAS DESTINADAS A ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL EM SEU PROCESSO PRODUTIVO” - O Protocolo ICMS 26/10 dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, incluindo nessa sistemática as operações interestaduais com cadeados, fechaduras e outros produtos similares, nesse sentido a cláusula primeira do referido protocolo estabelece a responsabilidade por substituição tributária do estabelecimento remetente de mercadorias

indicadas no anexo único, devendo efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes. Entretanto, é importante frisar que não foi observada a previsão contida na cláusula segunda, inciso II, do mesmo protocolo, que afasta a sistemática da substituição tributária quando a mercadoria for destinada a estabelecimento industrial para em processo de industrialização como matéria prima, produto intermediário ou material de embalagem.

Diz que, no caso em concreto, identifica-se as condicionantes que afastam responsabilidade por substituição tributária, na medida em que a mercadoria foi destinada a “OKIT PORTAS EIRELI” cuja atividade econômica principal corresponde à fabricação de esquadrias de madeira e de peças de madeira para instalações industriais e comerciais, desse modo inexistente fundamentação para atribuição da responsabilidade tributária a ora Impugnante. Nessa perspectiva, demonstra-se, portanto, a ilegitimidade passiva da ora Impugnante.

No tópico “DA NULIDADE DO LANÇAMENTO POR VÍCIO DE MOTIVAÇÃO: AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO DO FATO OPONÍVEL À NORMA” - Diz que a aplicação da penalidade pressupõe a identificação de ilícito praticado pelo sujeito passivo, sendo indispensável a indicação da disposição legal infringida e a penalidade aplicável, nos termos do art. 142 e do art. 51, II do Decreto Estadual nº 7.629/1999. Na hipótese em tela, a autoridade administrativa aplica a penalidade prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/1996, sem, contudo, restar configurado o pressuposto fático necessário à devida subsunção ao referido dispositivo legal que estabelece, pois, a Impugnante não está obrigada ao recolhimento do ICMS-ST, conforme previsão contida na cláusula segunda do referido protocolo. A autoridade administrativa, embora vinculada à busca da verdade material deixou de diligenciar, antecipadamente, pelo que averiguaria que a mercadoria objeto da operação foi destinada a estabelecimento industrial e utilizado por este em seu processo industrial.

No tópico “DO DIREITO – DA INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NAS VENDAS DESTINADAS À INDUSTRIALIZAÇÃO” – A Impugnante repete as mesmas argumentações apresentadas nos parágrafos anteriores, de que a empresa não está sujeita à sistemática da substituição tributária, pois a mercadoria está destinada a estabelecimento industrial conforme está expressamente determinado na cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 26/10.

Diz que a fazenda estadual, incorreu em equívoco ao considerar tão somente a origem e classificação fiscal das mercadorias, deixando de analisar a finalidade do produto, que na verdade, não foi revendido, mas aproveitado como material intermediário no processo produtivo da empresa adquirente.

Para comprovar seus argumentos, apresenta uma declaração da empresa destinatária das mercadorias garantindo que não serão para revenda e sim utilizados como insumos no processo de fabricação de seus produtos e uma consulta no banco de dados da SEFAZ da empresa onde consta como atividade econômica - Fabricação de esquadrias de madeira e de peças de madeira para instalações industriais e comerciais.

Em conformidade com o exposto, respeitosamente, a Impugnante requer seja conhecida e provida a presente impugnação, para fins de:

- i) PRIMEIRAMENTE, suspender a exigibilidade do crédito tributário constituído por meio da Notificação Fiscal ora impugnada, nos termos art. 151, inciso III, do CTN, de forma que não cause óbice à emissão de certidão de regularidade fiscal ou quaisquer outras restrições;
- ii) Ser reconhecida a nulidade da Notificação Fiscal de ICMS nº 232607.0614/20-6, extinguindo-se os respectivos créditos tributários, diante dos vícios insanáveis apontados nos tópicos preliminares acima, ou subsidiariamente;

- iii) Na remota hipótese de indeferimento do pedido retro, requer a Impugnante seja conhecida e provida a presente impugnação, para fins de cancelar os débitos exigidos na Notificação Fiscal de ICMS nº 232607.0614/20-6.

Não consta informação fiscal.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$ 9.122,74 e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

O Notificante em sua peça, acusa a Notificada tipificando-a na infração de ter deixado de proceder a retenção do ICMS e a consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para o Estado da Bahia e para tal se alicerça do enquadramento do art. 10 da Lei 7014/96 combinado com as Cláusulas Primeira, Terceira e Quarta dos Protocolos ICMS 104/09 e 26/10:

Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

PROTOCOLO ICMS 26, DE 20 DE JANEIRO DE 2010. *Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção e congêneres.*

Cláusula primeira *Nas operações interestaduais com bens e mercadorias relacionadas no Anexo XI do Convênio ICMS nº 142, de 14 de dezembro de 2018, destinadas aos Estados do Amapá, Bahia, Espírito Santo, Minas Gerais, Pará e Rio de Janeiro, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, 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.*

Parágrafo único. O disposto no “caput” aplica-se também à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a base de cálculo da operação própria, incluídos, quando for o caso, os valores de frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, na hipótese de entrada decorrente de operação interestadual, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente.

Cláusula segunda *O disposto neste protocolo não se aplica:*

- I - às transferências promovidas pelo industrial para outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica, exceto varejista;*

- II - às operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem;*

§ 1º Na hipótese desta cláusula, a sujeição passiva por substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário, devendo tal circunstância ser indicada no campo “Informações Complementares” do respectivo documento fiscal.

Cláusula terceira *A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço único ou máximo de venda a varejo fixado pelo órgão público competente.*

§ 1º Inexistindo o valor de que trata o “caput”, a base de cálculo corresponderá ao montante formado pelo preço praticado pelo remetente, incluídos os valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado ajustada (“MVA Ajustada”), calculado segundo a fórmula “MVA ajustada = [(1 + MVA ST original) x (1 - ALQ inter) / (1 - ALQ intra)] - 1”, onde: I - “MVA ST original” é a margem de valor agregado indicada no Anexo Único deste protocolo;

II - “ALQ inter” é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação; III - “ALQ intra” é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto da unidade federada de destino, nas operações com as mesmas mercadorias mencionadas no “caput” da cláusula primeira deste protocolo.

§ 4º Nas operações destinadas ao Estado da Bahia e Minas Gerais a MVA-ST original a ser aplicada é a prevista na legislação interna dessas unidades federadas para os produtos mencionados neste Protocolo.

Cláusula quarta *O imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição será calculado mediante a*

aplicação da alíquota vigente para as operações internas a consumidor final na unidade federada de destino, sobre a base de cálculo prevista neste protocolo, deduzindo-se, do valor obtido, o imposto devido pela operação própria do remetente, desde que corretamente destacado no documento fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de remetente optante pelo regime tributário diferenciado e favorecido de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, o valor a ser deduzido a título de operação própria observará o disposto na regulamentação do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Em sua defesa a Notificada apresenta a mesma argumentação para justificar o pedido de nulidade e insubsistência da Notificação Fiscal, de que as mercadorias foram enviadas para estabelecimento industrial para ser utilizado em seu processo produtivo, não se aplicando a cobrança do ICMS-ST da empresa remetente, conforme a cláusula segunda do Protocolo 26/10, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção e congêneres. Para reforçar seus argumentos defensivos apresenta uma declaração da empresa destinatária confirmando a utilização da mercadoria em seu processo produtivo e dados cadastrais do destinatário confirmando ser um estabelecimento industrial.

Em razão da argumentação defensiva apresentada analisamos o cadastro da empresa destinatária através do INC- Informações do Contribuinte, que já estava anexado ao processo, e encontramos a seguinte situação: a OKIT PORTAS EIRELI possui a Inscrição Estadual ativa com o nº 106.438.756, é uma unidade produtiva e tem como Atividade Econômica Principal a **CNAE 1622602 – Fabricação de esquadrias de madeira e de peças de madeira para instalações industriais** e algumas CNAES Secundárias como 4744001 – Comércio varejista de ferragens e ferramentas; 744099- Comércio varejista de materiais de construção em geral; 4930202 – Transporte rodoviário de cargas, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e interna e 8299799 – Outras atividades de serviços prestados principalmente às empresas não especificadas anteriormente.

A análise do cadastro do destinatário que tem como atividade principal a CNAE 1622602 - **Fabricação de esquadrias de madeira e de peças de madeira para instalações industriais e comerciais**, aliado a declaração do destinatário na Bahia, de que as mercadorias adquiridas serão utilizadas como insumos em seu processo de fabricação, evidencia que não cabe a cobrança do ICMS -ST do remetente, como está previsto na cláusula segunda do Protocolo ICMS 26/2010.

De tudo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **232607.0614/20-6**, lavrada contra **FERRAGENS 3F DO BRASIL LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2025

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA