

A. I. N º - 206847.0001/06-2  
AUTUADO - VEDACIT DO NORDESTE S/A  
AUTUANTE - FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA  
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA  
INTERNET - 16. 03. 07

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0031-04/07**

**EMENTA: ICMS.** 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao fabricante de tintas, vernizes, esmaltes e lacas a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subseqüentes, a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Refeitos os cálculos. Infrações parcialmente procedentes. 2. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS DE SAÍDAS DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao fabricante de tintas, vernizes, esmaltes e lacas a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subseqüentes, a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Infração subsistente. Rejeita a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2006, para constituir o crédito tributário, no valor de R\$213.413,02, em decorrência:

1- Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 68.163,03, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2003).

2- Falta de retenção e o consequentemente recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 23.857,00, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadrado

no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2003).

3- Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$1.077,80, devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA.

4- Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$120.315,19, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O autuado apresentou defesa, fls. 499 a 513, impugnando parcialmente o lançamento tributário, reconhecendo integralmente a infração 03.

Em relação a infração 01, aduz que se faz necessário revisar as planilhas apresentadas pelo autuante, por conta da existência de algumas notas fiscais de entrada e saída de mercadorias, não observadas anteriormente, bem como devoluções igualmente não contabilizadas. Conforme planilha que elaborou (DOC 02), referente ao produto Aguarrás/Vedarrás, difere da planilha do autuante (DOC 03), pois representa a totalidade das operações realizadas pela empresa.

No que tange a lista da entrada do produto Aguarrás no exercício de 2003, convém ressaltar que ficara de fora a Nota Fiscal nº 10.876, emitida pela Ipiranga, (DOC 04), datada de 02/04/2003, na qual comprova a entrada de mais 5.000 litros do produto Aguarrás. No mesmo sentido, a quantidade exata de devoluções foi de 2.707, um pouco maior do que os 2.415 litros apontados pelo autuante, superando 292 litros do produto devolvido.

Quanto às saídas, observa uma diferença no montante de 3.797 litros, estas saídas maiores do que as verificadas pelo fiscal decorrem da inclusão das notas fiscais (DOC. 06), todas relacionadas por mês.

Assevera que, quanto a diferença encontrada, não se deve caracterizar como venda sem nota, visto que fora consumida na produção do Acquella, produto fabricado e comercializado pelo autuado, com função de tornar as superfícies minerais repelentes à água, impedindo assim a penetração de umidade, devido ao fato da sua formulação química guardar um substancial percentual de Aguarrás, conforme a seguir será demonstrado. Salienta que o produto Acquella apresenta composição química em volume de aguarrás oscilante entre 80% a 95%, já no que tange aos percentuais de Silicone verificar-se uma variação de 5% a 20% no produto final. Sendo tal afirmação comprovada pelo (Doc. 07), anexo, elaborada pela Engenheira química Regina Kazimour, com registro profissional de número CRQ 04.307.783, que afirma: “a quantidade de Aguarrás utilizada na formulação depende da concentração do silicone adquirido”.

Ressalta que esta afirmação é importante, pois a empresa produz o Acquella com densidade de 0,76 g/cm<sup>3</sup> (DOC.08) e os percentuais de cada um (aguarrás e silicone) serão definidos visando alcançar um produto com a mencionada densidade, em razão das características e condições da produção.

Diz que o produto Acquella é comercializado em três tipos de embalagens, que são de 3,6 litros, 18 litros e 200 litros. Nesse passo, conforme Extrato de Movimentação de Produtos, anexo (doc. 09, 10, 11 e12) o autuado apresenta toda a movimentação do Aguarrás e Acquella no exercício de 2003. Evidenciando estoque inicial e final, produção, venda e devoluções, tudo devidamente registrado com informações dos compradores, quantidade vendida e principalmente números das notas fiscais.

Em relação a infração 02, aduz que consoante fora articulado na defesa da infração 01, tendo em vista que a empresa não promoveu as saídas do aludido produtos singularmente considerado, não se caracterizou o fato gerador do imposto reclamado.

No tocante a infração 04, argumenta que com a reclassificação de nomenclatura introduzida pelo Decreto nº 2.092/96, foram reunidos, em um mesmo código NCM ( 8 dígitos), diversos produtos que possuíam código NCM ( 10 dígitos) específicos. Neste diapasão, o produto “Argamassa OBE”, por exemplo, que era classificado com a NBM 3214.90.0100, passou a ser classificado como NCM 3214.90.00, da mesma forma que vários outros produtos que possuíam NBM próprios. Tendo em vista que da lista de produtos sujeitos ao regime de substituição Tributária prevista no inciso II do artigo 353 do RICMS/97 consta, com fundamento na nova nomenclatura NCM, produtos que anteriormente, com base na NBM, não eram alcançados pela substituição Tributária, passou o autuado a proceder à substituição tributária dos aludidos produtos. Entretanto, após inúmeras reclamações de clientes que alegavam que outras empresas do ramo não realizavam a substituição tributária, formalizou Consultas junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, objetivando saber se deveria continuar realizando a substituição ou não, (Docs. 14, 15, 16 e 17), obtendo como resposta que não era devida à substituição tributária.

Ao finalizar, requer a realização de diligência e o julgamento pela improcedência das infrações 1, 2 e 4.

Na informação fiscal, fl. 711/713, em relação a infração 01, o autuante salienta que as compra do período levantado totalizaram efetivamente a quantidade de 335.000 litros de Agurrás/Vedarras, e não 340.000, como sugere o autuante, vez que a Nota Fiscal nº 10876 da Ipiranga, por ela juntada, refere-se a simples faturamento antecipado, porquanto não houve a entrada de mercadoria em seu estabelecimento, por não ter havido circulação da mesma.

Quanto às Notas Fiscais e os documentos constante dos denominados “DOC 05” e “DOC 06”, fls. 529 a 647 do PAF, o autuando tem razão no que diz respeito às suas devoluções de vendas que totalizaram 2.707 litros do referido produto, e não 2.415 litros como consta da autuação, e as saídas com notas fiscais considerando as inclusões e exclusões apontadas pela mesma. Sendo que considerando as inclusões de notas fiscais não relacionadas nas planilhas pelo autuante anteriormente, bem como levando em conta as exclusões de notas fiscais relacionadas em duplicidade e indevidamente (convertendo embalagem de 900 ml em litro) totalizaram 180.746 litros e não 183.825, encontrados pelo autuado, Seja: saída com nota fiscal da planilha 180.028, fl. 525, mais inclusões 1.755 litros, menos exclusões de 1.037 litros, tem-se como total 180.746 litros.

Considerando o Estoque Inicial de 19.990 litros, mais compras de 335.000 litros, somando com as devoluções de vendas de 2.707 litros, tem-se o total de 357.697 litros, e com a exclusão deste de 23.162 litros de estoque final, conclui-se que a saída real no período levantado foi de 334.535 litros. Com isso, deduzindo desta quantidade o equivalente a saída de 180.746 litros com Notas Fiscais, apura-se de saída sem documento fiscal a quantidade de 153.789 litros da referida mercadoria.

Ressalta que as divergências ocorreram por culpa do autuado que se encontrava com informações incompletas em seus arquivos magnéticos, já intimado para regularizar.

Aduz que a alegação defensiva de que a diferença encontrada não dever ser caracterizado como venda sem nota, por ter sido consumida na produção de Acquella, não tem pertinência, pelas razões que se seguem:

1- Na constância da fiscalização foi solicitado ao autuado a apresentação dos mapas de custos; livros de Controle da Produção e do Estoque; fatores de coeficientes técnico de produção; tendo respondido o autuado não possuí-los, de nenhum produto.

2- Em relação ao produto Aguarrás/Vedarras, o autuado declarou expressamente à folha 09 que o mesmo não sofre nenhuma mistura, recebe o mesmo com a titularidade de aguarrás e embala e vende com a denominação de Vedarras, não dando cabimento à aplicação em qualquer processo produtivo gerador de novo produto.

3- Na embalagem do referido produto Acquellea não tem se quer a sua composição química. Na tentativa de demonstrar as características do citado produto, deixa evidente que o Acquellea é a base de “SILICONE”, conforme demonstra seu “DOC 08” acostado pela defesa à folha 651.

4- A defesa juntou uma listagem de computar por ela emitida sem nenhum controle e acompanhamento por parte de SEFAZ.

5- Em visita à fábrica do autuado, acompanhado pelo responsável da produção, a fim de conhecer o seu processo fabril, o mesmo informou o que a contadora declarou por escrito, que a Aguarrás sobre apenas recondicionamento na fábrica, passando a denominar-se de Vedarras na qualidade de produto acabado, pronto para venda, não informou da destinação para composição de outro produto em seu estabelecimento industrial. Sendo, portanto, a informação de aplicação de Aguarrás na composição química do produto denominado de Acquellea, juntada ao PAF pela autuado, após a autuação.

Finaliza sua informação fiscal em relação as infrações 01 e 02, destacando que diante do exposto é de se considerar a saída sem documento fiscal de 153.789 litros de Aguarrás /Vedarras, refletindo os seus efeitos no item 02 da autuação, na condição de contribuinte substituto, por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária.

No tocante a infração 04, assevera que é decorrente da falta de retenção e o recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a diversas mercadorias enquadrada no regime de substituição tributária discriminadas no inciso II, item 16, do artigo 353 do RICMS/97, conforme levantamento às folhas 203 a 275 e demonstrativo retirado do RUDFTO do autuado, indicando Produto e códigos NBM/NCM à folhas 281 dos autos.

Ressalta que o autuado formalizou consulta junto ao Estado da Bahia por suscitar dúvidas quanto a obrigatoriedade de continuar processando a substituição tributária das referidas mercadorias, em razão das alterações procedidas nos códigos NBM, passando a ser denominado NCM. A resposta da consulta foi no sentido da obrigatoriedade da substituição tributária de suas mercadorias transcritas no referido inciso II, item 16, do artigo 353 do RICMS/97, o que não foi realizado pelo autuado.

Ao finalizar, opina pela manutenção parcial do Auto de Infração.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido por sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl. 717.

Cumprida a diligência, folhas 721/7444 autuante refez o levantamento quantitativo (infrações 01 e 02) e acostou cópia da Consulta Fiscal relativa à infração 04.

Após receber cópia dos documentos de folhas 711 a 713 e de 721 a 744, o autuado, fls.749 e 750, reitera o argumento defensivo de que a diferença encontra na Auditoria de Estoque não é fruto de saídas sem notas fiscais. Diz que tal diferença foi empregada na produção do produto ACQUELLA, produto que é comercializado pelo autuado conforme os documentos anexados a impugnação (DOC 10), (DOC 11) e (DOC 12), as notas fiscais atinentes às vendas das mercadorias Acquellea, listadas em ordem cronológica de venda, o que vem a comprovar a realização da circulação destas mercadorias, devidamente acompanhada de documento legal.

Ao finalizar, requer a nulidade do Auto de Infração.

Em nova manifestação, folha 755, o autuante reitera seus argumentos constante da informação fiscal às folhas 711 a 713.

## VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 04 (quatro) infrações.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu a procedência da infração 03, estando acostado aos autos à folha 716 extrato do sistema INC - Informação do Contribuinte – Relação de DAE's – Maio/2006, constando os dados relativos ao recolhimento do débito. Portanto, não existe lide em relação a referida imputação, estando devidamente caracterizada. Assim, a lide encontra-se restrita às acusações 01, 02 e 04, as quais passo a analisar.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que o pedido não foi fundamentado, também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Na infração 01 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do imposto, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, enquanto que na infração 02 é imputado ao autuado a falta de retenção e o consequentemente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadrado no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, sendo ambas apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2003), estando diretamente relacionadas, uma vez que a falta de retenção (infração 2) e justamente sobre as vendas sem notas fiscais apuradas na infração 01.

Analisando os papéis de trabalho elaborados pela auditoria, quando da aplicação do Roteiro de Auditoria de Estoques, folhas 08 a 191, em especial à folha 08, relativa a planilha “Resumo Diferença Levantamento quantitativo Estoque-exercício 2003, constatei que o produto objeto da presente lide é “Aguarras/Vedarras”.

Em sua peça defensiva o autuado requer a revisão das planilhas apresentadas pelo autuante, por conta da existência de algumas notas fiscais de entradas e saídas de mercadorias, não observadas anteriormente, bem como devoluções igualmente não contabilizadas, tendo apresentado planilha indicando os equívocos.

Na informação fiscal o autuante reconheceu os equívocos cometidos e opinou pela redução do débito de ambas às infrações.

Entretanto, como o autuante não apresentou novos demonstrativos, o PAF foi convertido em diligência, para que as novas planilhas fossem acostadas aos autos, sendo fornecida cópia ao autuado para se manifestar no prazo de lei, porém, silenciou.

Acolho os novos demonstrativos acostados pela diligência às folhas 722 a 732 dos autos, uma vez que o autuante corrigiu os equívocos apontados pela defesa.

Entretanto, ainda em relação as infrações 01 e 02, o autuado apresentou outro argumento, o qual passo a analisar.

Segundo o autuado, a diferença encontrada não deve ser caracterizada como venda sem nota fiscal, por ter sido consumida na produção de Acquelle. Salienta que o produto Acquelle apresenta composição química em volume de aguarrás oscilante entre 80% a 95%, já no que tange aos percentuais de Silicone verifica-se uma variação de 5% a 20% no produto final. Acosta

declaração de Engenheira Química, na qual afirma: “a quantidade de Aguarrás utilizada na formulação depende da concentração do silicone adquirido”.

Este argumento defensivo não foi acolhido pela autuante, pelas razões que se seguem:

1- Na constância da fiscalização foi solicitado ao autuado a apresentação dos mapas de custos; livros de Controle da Produção e do Estoque; fatores de coeficientes técnico de produção; tendo respondido o autuado não possuí-los, de nenhum produto.

2- Em relação ao produto Aguarrás/Vedarras, o autuado declarou expressamente à folha 09 que o mesmo não sofre nenhuma mistura, recebe o mesmo com a titularidade de aguarrás e embala e vende com a denominação de Vedarras, não dando cabo da aplicação em qualquer processo produtivo gerador de novo produto.

3- Na embalagem do referido produto Acquella não tem sequer a sua composição química. Na tentativa de demonstrar as características do citado produto, deixa evidente que o Acquella é a base de “SILICONE”, conforme demonstra seu “DOC 08” acostado pela defesa à folha 651.

4- A defesa juntou uma listagem por ela emitida sem nenhum controle e acompanhamento por parte de SEFAZ.

5- Em visita à fábrica do autuado, acompanhado pelo responsável da produção, a fim de conhecer o seu processo fabril, o mesmo informou o que a contadora declarou por escrito, que a Aguarrás sofre apenas recondicionamento na fábrica, passando a denominar-se de Vedarras na qualidade de produto acabado, pronto para venda, não informou da destinação para composição de outro produto em seu estabelecimento industrial. Sendo, portanto, a informação de aplicação de Aguarrás na composição química do produto denominado de Acquella, juntada ao PAF pelo autuado, após a autuação.

O autuado, conforme extrato do sistema INC - Informação do Contribuinte – Relação de DAE's – Maio/2006, exerce a atividade de Fabricação de Tintas, Vernizes e Esmaltes.

Ao Exercer a atividade de fabricação o autuado encontra-se obrigado a escriturar o livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, conforme determinação contida no Inciso VI do Artigo 314 do RICMS/97:

*“Art. 314. Salvo disposição em contrário, todos os contribuintes do ICMS deverão manter, em cada estabelecimento, conforme as operações ou prestações que realizarem, os seguintes livros fiscais (Conv. SINIEF s/nº, de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajuste SINIEF 1/92):*

[...]

*VI - Registro de Controle da Produção e do Estoque, modelo 3 (Anexo 42);”*

O autuado foi devidamente intimado, em 09/01/06, conforme Termo de Intimação acostado à folha 06, para apresentar o “Registro de Controle da Produção e do Estoque” referente aos exercícios de 2003 e 2004, não tendo atendido a intimação, fato que comprova a situação irregular no controle da produção e do estoque do estabelecimento autuado, uma vez que o prazo estabelecido pela no RICMS/97, Artigo 319, § 9º, é de 15 dias. Ressalto que o referido livro não foi apresentado nem na fase de auditoria e nem na defesa, comprovando que o autuado não realizou a escrituração determinada pelo autuado.

Saliento que o livro Registro de Controle da Produção e do Estoque é de importância fundamental para à Secretaria da Fazenda realizar auditorias nos estabelecimentos industriais ou a eles equiparados pela legislação federal, uma vez que destina-se à escrituração dos documentos fiscais e dos documentos de uso interno do estabelecimento, correspondentes às entradas e saídas, à produção e às quantidades referentes aos estoques de mercadorias.

Caso o autuado atendesse as determinações da legislação tributária, escriturando o livro Registro de Controle da Produção e do Estoque de forma regular, sua alegação seria comprovada ou não mediante análise das colunas sob o título "Saídas", mais especificamente na coluna "Produção - No Próprio Estabelecimento", em se tratando de matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, a quantidade remetida do almoxarifado para o setor de fabricação, para industrialização no próprio estabelecimento, ou, em se tratando de produto acabado, a quantidade saída, a qualquer título, de produto industrializado no próprio estabelecimento.

Observo que, além de não atender a legislação tributária especificação em relação seu estabelecimento industrial, o autuado não apresentou durante o procedimento de auditoria, apesar de devidamente intimado, nenhum documento que comprovasse qualquer tipo de controle da produção do produto em lide. Somente após a autuação, em sua peça defensiva, é que apresentou uma listagem, sem qualquer tipo de controle por parte da Administração Tributária do Estado da Bahia, não servindo sequer para comprovar qual a sua data de elaboração, se em janeiro de 2003, primeiro mês objeto da fiscalização, ou após a autuação.

Assim, tal listagem, elaborada e emitida sem qualquer tipo de controle por parte da Administração Tributária do Estado da Bahia, de fatos geradores ocorridos há mais de 03 (três) da data de lavratura do Auto de Infração (31.03.2006) não é capaz de elidir a presunção de veracidade da ação fiscal, principalmente, pelo fato de contrariar declaração expressa do autuado acostada à folha 09, onde a empresa autuada afirma à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia “que o produto AGUARRÁS (código 01-0004-8) tem a saída com a titularidade de VEDARRÁS, sem sofrer nenhuma mistura, somente sendo envasadas nas embalagens de 0,9 litros (código 04-0161-7), 5 litros (código 04-108-1) e 200 litros código 04-0115-3”. Fato que foi comprovado pelo autuante com da diligência realizada para conhecer o processo produtivo do autuado.

De igual modo, entendo que a declaração acostada pela defesa de “a quantidade de Aguarrás utilizada na formulação depende da concentração do silicone adquirido”, também, não é capaz de elidir a acusação de que foi apurado saídas sem notas fiscais na Auditoria de Estoque, uma vez que a omissão de saídas encontra-se comprovada nos papéis de trabalho acostados pelo autuante.

Logo, entendo que as infrações 01 e 02, restaram parcialmente caracterizadas nos valores, respectivos, de R\$ 67.803,37 e R\$ 23.731,19.

No que concerne a infração 04 é imputado ao autuado a falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A autuação decorre do Processo de Consulta nº 5175765/2003-8, datado de 16/09/2003, formulado pelo autuado e respondido pela DITRI em 15/10/2003, conforme folhas 41, 41v, 42, 42v e 43 do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências do estabelecimento do contribuinte autuado, cópia acostada às folhas 741 a 744 dos autos

Consta da referida consulta que o autuado, empresa industrial, cuja atividade consiste na fabricação de tintas, vernizes, esmaltes e lacas, formula consulta acerca da aplicação do regime de substituição tributária nas operações com as mercadorias indicadas na inicial, tendo em vista a alteração da Classificação Fiscal, de NBM para NCM.

Consta, ainda, que:

*“A Consulente declara que, quando o Convênio ICMS 74/94 foi incluído no art. 353 do RICMS-BA, a empresa efetuou uma classificação dos produtos conforme a nova nomenclatura e, devido ao agrupamento que a NCM causou, passou a substituir o ICMS de todos os produtos. Porém, após várias consultas e segundo orientação do plantão fiscal, resolveu proceder do modo quando começou a vigorar o referido Convênio e, a partir de*

01/10/2003, deixará de substituir o ICMS dos produtos relacionados, visto que, quando entrou em vigor o Conv. ICMS 74/94, alterado pelo Conv. ICMS 28/95, os mesmos não constavam na relação dos produtos sujeitos ao regime de Substituição Tributária.

Diante do exposto, solicita desta Administração Tributária a confirmação do seu entendimento de que a alteração da classificação fiscal dos produtos, de NBM para NCM, não implica em mudança do tratamento tributário das mercadorias, conforme Convênio ICMS 117/96.

**DA RESPOSTA**

Para esclarecermos as dúvidas suscitadas pela Consulente, alguns aspectos temos que considerar:

O Decreto-lei nº 1.154 de 1º de março de 1971 estabeleceu em seu art. 1º a Nomenclatura Brasileira de Mercadorias (NBM), de acordo com o disposto no art. 155 do Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966 e, no seu art. 8º, acrescentou o inciso VII ao art. 156 do Decreto-lei nº 37, no qual determina que a este cabe estabelecer os critérios e normas de classificação para a aplicação uniforme da NBM.

Com o advento do Decreto nº 2.092 de 10 de dezembro de 1996 a NCM passou a constituir a nova Nomenclatura Brasileira de Mercadoria, baseada no Sistema Harmonizado (NBM/SH), para todos os efeitos do Decreto-lei nº 1.154/71.

Por força deste Decreto, os Estados interessados, considerando que as alterações procedidas nos códigos da NBM/SH visavam aprimorar a classificação das mercadorias; que os acordos visavam atingir as mercadorias enquadradas nos códigos por ocasião da sua celebração; e considerando, ainda, a necessidade de esclarecer o contribuinte, no sentido de que pudesse cumprir corretamente suas obrigações tributárias, celebraram, em 13 de dezembro de 1996, o Convênio ICMS 117/96, firmando o entendimento de que as reclassificações, agrupamentos e desdobramentos de códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado - NBM/SH não implicariam em mudanças quanto ao tratamento tributário dispensado pelos Convênios e protocolos ICM/ICMS em relação às mercadorias e bens classificados nos referidos códigos.

Assim, diante do exposto, podemos inferir, que o fato de o RICMS-BA, em seu art. 353, inciso II relacionar os produtos que estão sujeitos à substituição tributária, com os códigos da NCM, não implica em mudança de tratamento tributário, pois não houve na verdade, uma substituição de NBM por NCM; a NCM passou, por força do Decreto 2.092/96, a compor a nova NBM - Nomenclatura Brasileira de Mercadoria.

Desta forma, a Consulente deve observar quais as mercadorias relacionadas às operações de saída do seu estabelecimento industrial estão discriminadas no inciso II, item 16 do artigo 353 do RICMS/BA a seguir transcrito, e que devem ser objeto do regime de Substituição Tributária.”

Logo, não resta dúvida que nas saídas do estabelecimento industrial autuado, das mercadorias relacionadas no Inciso II, item 16 do artigo 353 do RICMS/97, deve ser objeto de Substituição Tributária, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

[...]

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*" Analisando os produtos constante da consulta formulada pelo autuado, folha 740, os quais foram objeto da infração em lide, os mesmo encontram-se listado no item 16 do inciso II acima transcrito, quais sejam:

*"16 - tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, solventes, aguarrás, secantes, catalisadores, corantes e demais mercadorias da indústria química a seguir especificadas, obedecida a respectiva codificação segundo a NCM (Convs. ICMS 74/94 e 28/95):*

**16.4 - tintas:**

*16.4.1 - à base de óleo – NCM 3210.00.10;*

*16.4.2 - à base de betume, piche, alcatrão ou semelhante – NCM 3210.00.10;*

*16.4.3 - qualquer outra - NCM 3210.00.10;*

*16.6 - preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas e vernizes:*

*16.6.1 - solventes e diluentes compostos para vernizes ou produtos semelhantes – NCM 3807.00.00;*

*16.11 - impermeabilizantes:*

*16.11.4 - preparação antiácida ou impermeabilizante para cimento – NCM 3824.40.00;*

*16.11.5 - outros impermeabilizantes - NCM 2715.00.00, 3214.10.10, 3214.90.00 (exceto tinta em pó), 3506.99.00 e 3824.90;" (grifo nosso)*

Como ressaltou a DITRI, os dispositivos acima transcritos obriga o contribuinte alienante, neste Estado, de tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, solventes, aguarrás, secantes, catalisadores, corantes e demais mercadorias da indústria química a seguir especificadas, obedecida a respectiva codificação segundo a NCM (Convs. ICMS 74/94 e 28/95), a fazer a retenção do imposto nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

Saliento que o autuado foi orientado pela DITRI para acatar o entendimento estabelecido na resposta à consulta, ajustando-se à orientação recebida, se for o caso, e efetuando o pagamento das quantias porventura devidas, atualizadas monetariamente, mas sem acréscimos moratórios, dentro do prazo de 20 (vinte) dias após a ciência da resposta, nos termos do art. 63 do RPAF/99, o que não foi observado pelo autuado, resultando na autuação, razão pela qual entendo que a infração em tela restou caracterizada.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$212.927,55, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
1	PROC. PARTE	67.803,37
2	PROC. PARTE	23.731,19
3	PROCEDENTE	1.077,80
4	PROCEDENTE	120.315,19
TOTAL		212.927,55

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206847.0001/06-2, lavrado contra **VEDACIT DO NORDESTE S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$212.927,55**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 67.803,37 e 60% sobre R\$145.124,18, previstas no art. 42, incisos III e II, alíneas “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR