

A. I. N ° - 206847.0023/06-6
AUTUADO - VEDACIT DO NORDESTE S/A
AUTUANTE - FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 26. 04. 2007

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0092-04/07

EMENTA: ICMS. 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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/2006, para constituir o crédito tributário, no valor de R\$268.464,84, em decorrência da 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.

O autuado apresentou defesa, fls. 238 a 253, argumentando que tem como atividade principal a fabricação de tintas, vernizes, esmaltes e lacas, porém, os produtos que industrializa não se restringem a estas mercadorias fiscalizadas, pois, também fabrica componentes para acabamento, materiais de construção, aditivos, adesivos, etc. Aduz que o autuante pensou que os produtos: ADIMENT 20 KG; ALVENARIT; ARGAMASA; CEMIX; DESMOL; RETARD VZ, dentre outros são produtos a base de tintas, vernizes, esmaltes, estes sim, produtos sujeitos à substituição tributária. Anexa ao PAF, demonstrativo com a composição básica e a utilidade no mercado dos produtos supracitados.

Ressalta que com a criação do Mercosul, houve a necessidade de adaptação dos códigos constantes da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias (NBM) para composição da nova Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM). Em sua essência, não houve alterações modificadoras do todo, e sim, adequações visando unificar os códigos utilizados nas transações efetuadas entre países integrantes do Mercosul e qualquer outro país do mundo. Dessa forma, as duas nomenclaturas continuam a ser usadas e se equivalem, tendo havido, em relação à NBM/SH, a redução com cortes dos dois últimos dígitos que a compunham.

Entende que, para efeitos fiscais, quando se apresenta a classificação de um produto com base na NBM, busca-se fazer a conversão para NCM e vice-versa para avaliar o enquadramento nas situações do RICMS que dependam da classificação fiscal constante dos dispositivos a que se referem. Assim, os produtos citados no Auto de Infração e classificados nos códigos da NCM,

como por exemplo, ADIMENT, ALVENARIT e ARGAMASSA, não estão elencados no Convênio ICMS nº 74/94, nem tampouco, no RICMS/97.

Conclui que houve apenas uma redução no número de dígitos de NBM/SH, de 10 para 08, e não uma alteração nem inclusão de novos produtos com a criação da NCM. Destaca que foi feita uma consulta a Gerência de Orientações e consultas Tributária, nº 745.026/97 e 51757620038, onde o parecer do Auditor Fiscal manifestou seu entendimento igual ao descrito, em anexo Doc. 04.

Salienta que caso os produtos sejam enquadrados no art. 353, inciso II do RICMS/BA, a base de cálculo para apuração e recolhimento do ICMS por substituição tributária está incorreta, tendo em vista que ao incluir o IPI na base de cálculo do ICMS o autuante não respeitou a legalidade da obrigação tributária. Em virtude disso, no que se refere à parcela de ICMS recolhido sobre o IPI que compõe indevidamente sua base de cálculo, não se verifica existência de relação jurídica válida, pois, a base de cálculo do referido imposto deve ser o valor da operação mercantil na qual este tributo incide. Cita os art. 150 e 155 da Constituição Federal e a Lei Complementar 87/96 para reforçar o seu entendimento de flagrante inconstitucionalidade do procedimento.

Ao final, requer o seguinte:

- Que o presente processo seja convertido em diligência à ASTEC, para que fiscal estranho ao feito proceda a análise dos componentes de todos os produtos incluídos no Auto de Infração.
- Que seja declarada a improcedência da infração, em razão de que os produtos relacionados não estão sujeitos ao regime de substituição tributária.
- Que seja declarada a improcedência em razão da inclusão do IPI na base de cálculo do imposto.

Na informação fiscal, fl. 377, o autuante esclarece que a SEFAZ respondeu a consulta formulada pela autuada, confirmando a obrigatoriedade de se realizar a substituição tributária das mercadorias transcritas no inciso II, item 16 do art. 353 do RICMS/97. O que não foi feito, resultando na autuação.

Em relação a inclusão do IPI na base de cálculo, afirma que foi feita com base no inciso II, art. 61 do RICMS/97, não cabendo a ele se pronunciar quanto a alegação de inconstitucionalidade do procedimento.

Por fim, opina pela procedência total da autuação.

VOTO

O presente Auto de Infração imputa 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.

Inicialmente, não acolho o pedido de perícia suscitada pela defesa, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu convencimento de julgador, ao teor do disposto no art. 147, I “a”, II, “b” do RPAF/99.

Em relação às alegações pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que tal matéria, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador.

O Impugnante alega em sua peça defensiva que não efetuou a substituição tributária dos produtos autuados porque os mesmos não estão elencados no Convênio ICMS nº 74/94, nem tampouco, no RICMS/97 e que houve apenas uma redução no número de dígitos de NBM/SH, de 10 para 08, e não uma alteração nem inclusão de novos produtos com a criação da NCM.

Conforme pode ser observado à fl. 11/12 do presente processo, o contribuinte solicitou consulta formal à DITRI, através do processo nº 51757620038, que foi respondido em 15/10/2003, a respeito 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. Obteve do Órgão a seguinte resposta:

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 subseqüentes 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 (Conv. 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).

Ao observar os produtos autuados, apresentados no demonstrativo de fls. 14 a 235, constatei que os mesmos estão discriminados no inciso II, item 16 do art. 353 do RICMS/BA. Assim, o contribuinte está obrigado a fazer a retenção do imposto nas operações de saídas internas que efetuar para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes.

Quanto à inclusão do IPI na base de cálculo da substituição tributária dos produtos autuados, entendo que é devida, tendo em vista que de acordo com o art. 61 do RICMS/BA, no presente caso, a base de cálculo do imposto é calculada da seguinte forma:

I - o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído, fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente;

II - na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subseqüentes.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206847.0023/06-6**, lavrado contra **VEDACIT DO NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$268.464,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA