

A. I. N° - 206847.0024/06-2
AUTUADO - VEDACIT DO NORDESTE S/A
AUTUANTE - FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 17/04/07

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0102-03/07

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO. A lei atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo 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. Excluídos do débito exigido os valores correspondentes aos produtos que, pela NCM, não se enquadravam nessa condição. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/12/2006, refere-se à exigência de R\$14.079,09 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por 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, conforme Notas Fiscais de Saídas referentes ao mês de dezembro de 2004.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 18 a 33), alegando que é uma empresa de tradição do setor em que atua (fabricação de tintas, vernizes, esmaltes e lacas), sempre diligenciou no sentido de cumprir suas obrigações fiscais perante o Poder Público. Apresenta o entendimento de que os produtos objeto da autuação não se enquadram no regime de substituição tributária. Diz que o autuante pensou que os produtos ALVENARIT, ARGAMASSA, CEMIX, DESMOL, EXPANSOR SC 25 KG, RETARD VZ, são produtos com base de tintas, vernizes, esmaltes, e que junta ao PAF um manual técnico de todos os produtos da Vedacit e planilha com todas as informações. Esclarece que, com a criação do Mercosul, houve necessidade de adaptação dos códigos constantes da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, baseado no Sistema Harmonizado (NBM/SH), para composição de nova NCM. Assim, as duas nomenclaturas continuam a ser usadas e se equivalem, e apesar de ter sido criada a NCM, internamente o Brasil continuou usando a antiga TIPI de 10 dígitos até 1997. A partir do mencionado ano, incorporou-se a NCM na TIPI, e foi feita uma nova tabela de incidência do IPI com oito dígitos, aprovada pelo Decreto nº 2.092/96, que vigora até hoje. Assegura que os produtos citados no presente Auto de Infração e classificados nos códigos NCM, a exemplo de 3824.4000 – RETARD VZ; 1301.9000 – ALVENARIT; 3816.0019 – ARGAMASSA OBE 500 e demais, não estão elencados no Convênio ICMS nº 74/94, nem no RICMS-BA. Portanto, houve apenas uma redução do número de dígitos de NBM/SH, de 10 para 8, mas não houve alteração nem inclusão de novos produtos com a criação da NCM, ou seja, houve apenas uma nova classificação dos produtos que já estavam incluídos na Substituição Tributária. Salaria que foi realizada uma consulta à Gerência de Orientação e Consultas Tributárias de números 745.026/97 e 51757620038, constando o parecer do Auditor Fiscal com entendimento igual ao da empresa autuada. Como não houve inclusão nem alteração dos produtos que respeitavam a Substituição Tributária, e sim, adequações visando unificar os

códigos utilizados nas transações efetuadas entre os países integrantes do Mercosul, os produtos objeto da autuação não poderão respeitar o art. 353, II, item 16 do RICMS-BA. Prosseguindo, o autuado argumenta que, por cautela, se o julgador entender de forma diversa, no tocante à falta de classificação dos produtos objeto da autuação como sujeitos à substituição tributária, a base de cálculo apurada está incorreta. Após comentar sobre a relação jurídica no mencionado regime de recolhimento e transcrever o art.113 do CTN, diz que o regime de substituição tributária para frente constitui exceção à regra. No caso em tela, a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, o autuante não respeitou a legalidade da obrigação tributária. Apresenta o entendimento de que a base de cálculo do ICMS deve ser o valor da operação mercantil, sendo ilegal tomar como base de cálculo outro valor senão o da operação de fato, o que viola o princípio da estrita legalidade. Transcreve o art. 150, § 7º e 155, § 2º, XI, da Constituição Federal, além do art. 13, § 2º, da Lei Complementar 87/96 e art. 61 do RICMS/97, assegurando que a tributação efetuada pelo autuante está em desacordo com o comando constitucional, haja vista que o IPI não poderá integrar a base de cálculo do ICMS, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Cita ensinamentos de Hugo de Brito Machado, Ives Grandra da Silva Martins e José Eduardo Soares de Melo, além de decisão do STF por ocasião do julgamento do RE 170.412-8-SP. Alega que é imperiosa a subtração da base de cálculo do ICMS recolhido pelo contribuinte da parcela correspondente ao IPI, haja vista que caracteriza-se recolhimento a mais do que o devido. O defendente finaliza, pedindo que o presente processo seja convertido em diligência à ASTEC para que fiscal estranho ao feito proceda à análise dos componentes de todos os produtos incluídos no presente lançamento; que seja declarada a improcedência deste Auto de Infração; e se ultrapassada, que seja declarada improcedente a infração, em razão da inclusão do IPI na base de cálculo da substituição tributária.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 156 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que o autuado formalizou consulta suscitando dúvida quanto à obrigatoriedade de continuar processando a substituição tributária das mercadorias em razão das alterações procedidas nos códigos de NBM e NCM, obtendo a resposta de que o autuado deveria efetuar a substituição tributária das mercadorias constantes no inciso II, item 16, do art. 353, do RICMS/97, o que não foi feito pelo autuado. Salienta que não cabe ao autuante se manifestar quanto à constitucionalidade da norma tributária. Por fim, pede a procedência total do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que ensejasse a realização de diligência, por isso, indefiro o pedido formulado pelo contribuinte, em sua impugnação.

O presente Auto de Infração é decorrente da falta de retenção e recolhimento do imposto pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, referentes às vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado.

De acordo com o art. 353, inciso II, do RICMS/97, “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”, o alienante das mercadorias relacionadas no mencionado inciso, constando no item 16:

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):

16.1 - tintas à base de polímeros acrílicos dispersos em meio aquoso - **NCM 3209.10.10**

16.2.1 - à base de polímeros acrílicos ou vinílicos – **NCM 3209.10;**

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;

Em sua impugnação, o autuado alegou que os produtos citados no presente Auto de Infração e classificados nos códigos NCM, a exemplo de 3824.4000 – RETARD VZ; 1301.9000 – ALVENARIT; 3816.0019 – ARGAMASSA OBE 500 e demais, não estão elencados no Convênio ICMS nº 74/94, nem no RICMS-BA; que houve apenas uma redução do número de dígitos de NBM/SH, de 10 para 8, mas não houve alteração nem inclusão de novos produtos com a criação da NCM, ou seja, houve apenas uma nova classificação dos produtos que já estavam incluídos na Substituição Tributária. Junta ao PAF (fls. 43 a 45), planilha indicando a NCM de cada produto objeto do presente lançamento.

Confrontando a planilha apresentada pelo defendente com a classificação indicada no RICMS/97, reproduzida neste voto, constatei que as mercadorias, CEMIX (NCM 3824.4000), CONCENTRADO OBE (NCM 3824.9089), DESMOL CD (NCM 3824.9089), EXPANSOR (NCM 3824.9089), MIXOIL (NCM 3824.4000), RETARD VZ (NCM 3824.4000), SUPERCIMENTOL (NCM 3209.1010) e VADACIT RÁPIDO (NCM 3824.4000), pelas suas respectivas classificação no código de NCM, indicadas pelo defendente às fls. 43 a 45 dos autos, estão sujeitas ao regime da substituição tributária, e por isso, o autuado deveria ter efetuado a retenção do imposto.

Considerando os dados do levantamento fiscal (fls. 05 a 15), o cálculo do imposto em relação aos mencionados produtos, excluindo-se os demais que não se enquadram na substituição tributária, o débito exigido fica alterado para R\$1.561,53, conforme demonstrativo abaixo:

Descrição do Produto	ICMS DEVIDO	Descrição do Produto	ICMS DEVIDO
Cemix 2000 220 KG	47,63	DESMOL CD 3.6L	3,54
Cemix 2030 20 KG	3,69	DESMOL CD TB 200L	59,42
Cemix 2030 TB230 KG	29,08	DESMOL CD TB 200L	33,76
Cemix 2030 TB230 KG	42,76	DESMOL CD TB 200L	59,42
Cemix 230 KG	27,89	DESMOL CD TB 200L	33,76
Cemix 230 KG	25,17	DESMOL CD TB 200L	31,40
Cemix AIR 200 KG	18,61	EXPANSOR 3KG	1,45
Cemix AIR 200 KG	25,31	EXPANSOR 3KG	17,73
CONCENTRADO OBE 14 KG BD	56,00	EXPANSOR 16KG	8,59
CONCENTRADO OBE 14 KG BD	55,58	EXPANSOR 16KG	7,01
CONCENTRADO OBE 14 KG BD	7,00	EXPANSOR 16KG	8,59
DESMOL 18L	69,61	EXPANSOR SC 25 KG	34,56
DESMOL 200L	48,45	MIXOIL 3.6L	0,79
DESMOL CD 18L	7,17	MIXOIL 3.6L	1,07
DESMOL CD 18L	7,17	MIXOIL 3.6L	5,05
DESMOL CD 18L	6,68	RETARD VZ 200 KG	23,83
DESMOL CD 18L	4,14	RETARD VZ 20 KG	24,95
DESMOL CD 18L	17,26	RETARD VZ 20 KG	3,42
DESMOL CD 18L	7,17	RETARD VZ 20 KG	2,72
DESMOL CD 18L	21,08	SUPERCIMENTOL BRANCO 16KB DB	9,03
DESMOL CD 18L	6,81	SUPERCIMENTOL BRANCO 16KB DB	17,24
DESMOL CD 18L	33,39	SUPERCIMENTOL BRANCO 16KB DB	20,37
DESMOL CD 18L	17,93	SUPERCIMENTOL BRANCO 16KB DB	3,62
DESMOL CD 18L	13,35	SUPERCIMENTOL BRANCO 16KB DB	22,58
DESMOL CD 18L	26,16	SUPERCIMENTOL BRANCO 16KB DB	27,10
DESMOL CD 18L	92,93	SUPERCIMENTOL BRANCO 16KB DB	27,10
DESMOL CD 18L	6,81	SUPERCIMENTOL BRANCO 16KB DB	33,87
DESMOL CD 18L	18,15	SUPERCIMENTOL BRANCO 16KB DB	22,58
DESMOL CD 18L	13,77	SUPERCIMENTOL BRANCO 16KB DB	2,01
DESMOL CD 18L	15,19	VEDACIT RAPIDO CL 20KG	19,76
DESMOL CD 18L	14,34	VEDACIT RAPIDO CL 20KG	7,03
DESMOL CD 18L	61,95	VEDACIT RAPIDO CL 20KG	15,10
DESMOL CD 18L	14,58	VEDACIT RAPIDO CL 20KG	11,42
DESMOL CD 18L	9,20	VEDACIT RAPIDO CL 20KG	7,03
DESMOL CD 18L	14,34	VEDACIT RAPIDO CL 1.4KG	0,76
DESMOL CD 3.6L	7,81	VEDACIT RAPIDO CL 3.6KG	8,08
DESMOL CD 3.6L	3,54	VEDACIT RAPIDO CL 3.6KG	3,76
DESMOL CD 3.6L	3,69	VEDACIT RAPIDO CL 3.6KG	9,50
DESMOL CD 3.6L	11,20	VEDACIT RAPIDO CL 3.6KG	3,76
DESMOL CD 3.6L	8,68	VEDACIT RAPIDO CL 3,6KG	4,07
DESMOL CD 3,6L	3,43		
TOTAL	924,70	-	636,83

TOTA A RECOLHER	1.561,53
-----------------	----------

Em relação à base de cálculo, também questionada pelo defendente, que apresentou o entendimento de que, com a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, o autuado não respeitou a legalidade da obrigação tributária, não assiste razão ao autuado, tendo em vista que a base de cálculo é 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 (art. 61, II, do RICMS/97).

Quanto à alegação defensiva de que houve adequações visando unificar os códigos utilizados nas transações efetuadas entre os países integrantes do Mercosul, e os produtos objeto da autuação não poderão respeitar o art. 353, II, item 16 do RICMS-BA, e que existe inconstitucionalidade na utilização do art. 61 do mencionado Regulamento, pelo autuante, na apuração do débito, saliento que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206847.0024/06-2, lavrado contra **VEDACIT DO NORDESTE S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.561,53**, 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, 02 de abril de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR