

A. I. N° - 207140.0016/07-9
AUTUADO - SIKA S/A
AUTUANTE - JAIR DA SILVA SANTOS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 05.12.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0336-02/07

EMENTA: ICMS. 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. Infração parcialmente procedente. Rejeita a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2007, exige ICMS, no valor de R\$138.539,52, acrescido das multas de 60%, por deixar de proceder a 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. Consta ainda da acusação, que os produtos estão incluídos no item 16 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97, tais como impermeabilizantes, secantes, catalizadores, massas e demais produtos da indústria química, nos autos específicos, obedecida respectiva codificação segundo a NCM (Convênio ICMS 74/94 e 28/95).

O autuado apresentou defesa, fls. 580 a 601, impugnando a constituição do crédito tributário, alegando preliminarmente decadência em relação ao período de janeiro a abril de 2002, pois o Auto de Infração foi lavrado em 24/04/2007, incluindo notas fiscais do período de janeiro de 2002 a dezembro de 2003. Frisa que, nesse sentido, determina o § 4º, do artigo 150, do Código Tributário Nacional, que se a lei não fixar prazo à homologação, será ele, o prazo de 5 anos, a contar da data da ocorrência do fato gerador, transcrevendo os dispositivos citados e doutrina sobre tema.

Destaca que o Auto de Infração impugnado exige créditos tributários inexistentes, pelas seguintes razões:

- 1- Seja pela formação deste sobre nota fiscal cancelada;
- 2- Seja sobre vendas para consumidor final;
- 3- Seja pela duplicidade de exigência;
- 4- Seja porque se fundamenta em classificação fiscal distinta do produto constante na operação descrita na nota fiscal em que a empresa não deve recolher o ICMS na qualidade de substituição tributária.

Prosseguindo, transcreve o caput do artigo 353, o inciso II e os itens 16, 16.7.5, 16.11.4 e 16.11.5, todos do RICMS/97.

Alega a existência de divergência entre as classificações fiscais destacadas nas notas fiscais e no Auto de Infração, as classificações especificadas pelo autuante são:

3214.90.00

3506.10.90

3506.99.00

3824.40.40

3824.90.90

Observa que os produtos constantes das operações descritas nas notas fiscais referem-se a classificações fiscais das quais o autuado não está sujeito à retenção do ICMS Substituição Tributária e que utilizou codificação “NBM” nos documentos fiscais constantes do Anexo I e IV, ao passo que no Auto de Infração a fiscalização utilizou da codificação “NCM”.

Destaca que a codificação utilizada pela fiscalização nos códigos NCM não têm correspondência e identidade de produtos com as codificações utilizadas nas notas fiscais, não se enquadrando como sujeito passivo por substituição, pois os produtos objeto da autuação não se encontram na tabela do Convênio ICMS 74/94 CONFAZ.

Assevera que não utilizou das classificações fiscais listadas no Auto de Infração (NCM), pois pela composição dos produtos, mostra-se que não são impermeabilizantes. São colas, cimentos, outros aditivos etc., portanto, não sujeitos à substituição tributária, razão pela qual não efetuou o destaque e o recolhimento como substituta tributária.

Informa que elaborou um levantamento das classificações fiscais, pela NBM utilizadas pela empresa em suas operações, antes da conversão para a NCM, conforme abaixo destacado:

- Caso 1 NCM Autuado: 3284.40.00

NBM relacionado: 3823.40.9900 – Outros aditivos preparados, p/cimento/argamassa/concreto.

Empresa - 3823.40.99.00 (não estava relacionado na tabela do Convênio nº 74/94, vide abaixo).

Tabela do Convênio nº 74/94

Código	Descrição	Correlação
3824.40.0100	Preparação antiácida /impermeabilizante, p/ cimento	NCM 3824.40.00 Descrição: Aditivos preparados p/cimentos, argamassas ou concretos

Conversão NCM x NBM

Código	Descrição	Correlação
3824.40.00	Aditivos preparados p/cimentos, argamassas ou concretos	NBM 3823.40.0100 - Preparação antiácida/impermeabilizante, p/ cimento. NBM 3823.40.9900 - Aditivos preparados p/cimentos, argamassas ou concretos

- Caso 2 NCM Autuado: 3214.90.00

NBM relacionado: 3214.90.0100–Mistura de cimento/ cal hidratada, c/saibro / areia / etc..

Empresa - 3214.90.0100 (não estava relacionado na tabela do Convênio nº 74/94, vide abaixo).

Tabela do Convênio nº 74/94

Código	Descrição	Correlação
3214.90.9900	Indutos utilizados em alvenaria, n/ refratários.	NCM 3214.90.10.10 – Mastique de vidraceiro, cimentos de resinas, outros mastiques.

		3214.90.00 - Indutos n/ refratários do tipo utilizados em alvenaria,.
--	--	-----------------------------------------------------------------------

Conversão NCM x NBM

Código	Descrição	Correlação
3824.40.00	Aditivos preparados p/cimentos, argamassas ou concretos	NBM 3823.40.0100 - Preparação antiácida /impermeabilizante, p/ cimento. NBM 3823.40.9900 - Aditivos preparados p/cimentos, argamassas ou concretos

- Caso 3 NCM Autuado: 3506.99.00

NBM relacionados: 3506.99.0101 - Colas preparadas minerais, de silicatos.

3506.99.0102 - Colas preparadas minerais, exceto de silicatos.

Empresa - 3506.99.0101 e 3506.99.0102 (não estava relacionado na tabela do Convênio nº 74/94, vide abaixo).

Tabela do Convênio nº 74/94

Código	Descrição	Correlação
3506.99.9900	Outras colas / adesivos, p > 1kg preparadas minerais, de silicatos	NCM 3506.99.00 – Outras colas e adesivos preparados

Conversão NCM x NBM

Código	Descrição	Correlação
3506.99.00	Outras colas e adesivos preparados	NBM 3506.99.0101 - Colas preparadas minerais, de silicatos NBM 3506.99.0102 - Colas preparadas minerais, exceto de silicatos NBM 3506.99.9900 - Outras colas / adesivos, p > 1kg

Destaca que as classificações fiscais utilizadas pela empresa não se encontravam entre aquelas sujeitas à substituição tributária do ICMS com base no Convênio ICMS nº 74/94. Além disso, o fato das classificações pelo sistema atual (NCM) terem, em muitos casos, aglutinado em um único código as classificações do sistema anterior (NBM), não gera a obrigação da retenção às mercadorias que pela NBM não se sujeitavam à retenção.

Em suma, entende que deve prevalecer a classificação fiscal vigente à época do Convênio.

Argumenta que não pode o fiscal autuar o impugnante fundamentando-se em código relativo a produto diverso daquele condizente à operação praticada. Ademais, os produtos objeto da autuação não se enquadram em nenhuma das classificações fiscais prevista pelo item 16 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97. Portanto, as operações autuadas não estariam alcançadas pela substituição tributária por inexistir amparo legal para tal, uma vez que as mercadorias não fazem parte do Anexo do RICMS/97. Ressalta que no anexo do RICMS configura-se uma lista taxativa, aplicando-se a substituição tributária em referência somente às operações com os produtos classificados nos códigos por esta abarcados.

Em relação a classificação nº 35061090 constantes das notas fiscais, em parte da autuação nota-se que o autuante exige a retenção do ICMS relacionando notas fiscais – Anexo VI com a codificação “NCM 32141010” que possui como descrição “MASTIQUES DE VIDRACEIRO, CIMENTOS DE RESINAS, OUTS. MASTIQ.” Observa que em referidas notas fiscais a operação realizada refere-se a

outra codificação, ou seja, “NCM 35061090”, que se trata de “OUTS. PRODS. UTILIZADOS COMO COLA OU ADESIVOS, PESO=1KG”.

Quanto ao Anexo X, frisa que há exigência de retenção de ICMS sobre as Nota Fiscais nºs 2445 e 26382, com emissão de 31/07/2003 e 11/12/2003, respectivamente, em que a empresa também consignou notas fiscais a classificação “NCM 35061090”, não prevista no artigo 353 do RICMS/BA.

Aduz que grande parte dos lançamentos efetuados trata-se de não recolhimento em virtude das vendas terem sido realizadas a consumidor final, Anexo III e VII. Basta que essa mercadoria não seja objeto de subsequente de industrialização ou comercialização ou, ainda, prestação de serviço sujeito ao imposto estadual, para ser considerada destinada ao consumo final. Destaca que, de acordo com as notas fiscais anexas à defesa e dos respectivos cartões do CNPJ das empresas adquirentes, é possível apreender a sua condição, desenquadrando o autuado da obrigação do imposto sob à condição de substituto tributário, conforme inciso VII do artigo 353 do RICMS/97.

Salienta que a comprovação de que o autuado realizou operação de circulação de mercadoria á consumidor final se dá parte pelas próprias notas fiscais em que resta apontado em alguns casos que o comprador é isento de inscrição estadual. Mesmo nos casos de contribuinte do imposto, as mercadorias adquiridas não são para revenda, mas para consumo próprio, conforme se constata pelos CNPJ's dos compradores, bem como pelas declarações dos compradores ora anexas.

Ressalta que parte das notas ficais, Anexos II e V, que são objeto de exigência do ICMS constante no Auto de Infração foram canceladas pela empresa, sendo devidamente escriturado, tal como determina a legislação baiana. Assim, uma vez cancelada não há que se falar em recolhimento de imposto.

Destaca que verifica-se na autuação que há exigência do imposto relativo a inúmeras nota fiscais em duplicidade, Anexo VIII do RICMS/BA.

Alega que a multa aplicada de 60% é indevida e excessiva, sendo ilegal e inconstitucional.

Ao finalizar, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

Na informação fiscal, o autuante contesta o argumento de decadência ressaltando que a Lei 7.014/96, no § 1º do artigo 44, estabelece que o prazo decadencial é de 5 (cinco) e a contagem começa a partir do 1º dia do exercício subsequente ao lançamento. Assim, a contagem do prazo decadencial dos lançamentos relativos ao período de janeiro a abril de 2002 começa em 01/01/2003 e terminará em 31/12/2008, de forma que não extinguiu o direito da fazenda Pública, posto que a autuação ocorrida em 24/04/07 está dentro do prazo prefixado.

No que tange ao argumento do autuado sobre o qual sustenta que “os produtos constantes das operações descritas nas notas fiscais referem-se a classificações fiscais das quais o impugnante não estaria sujeito à retenção do ICMS Substituição Tributária”, verifica-se das tabelas anexas às folhas 56 a 93 e 127 a 157, combinadas com a relação de produtos da empresa SIKA aposta às folhas 09 a 13, pode aduzir que todos os produtos que fazem parte da autuação estão elencados no item 16 do artigo 353, II, do RICMS/97. Dos códigos NCM constantes da folha 586 da peça de defesa, verifica-se que as seguintes situações:

CÓDIGO NCM	PRODUTO	ITEM DO INC. II DO ART. 353
3214.90.00	REVESTIMENTO SIKA TOP 107	16.11.5
3506.10.90	SELANTE E1 1238	16.11.5
3506.99.00	COLA SIKAFIX SUPER	16.11.4
3824.40.00	IMPERMEABILIZANTE SIKA 1	16.11.4
3824.90.90	ENDURECEDOR ANTISOL	16.11.5

Observa que no demonstrativo, ao contrário do alegado pelo autuado, os produtos constantes das operações descritas nas notas fiscais contêm classificações fiscais incluídas no artigo 353 que trata do regime de substituição tributária, cabendo o argumento defensivo que a empresa tenha utilizado o código NBM e que o autuante tenha utilizado o código NCM, conforme se vê dos documentos fiscais acostados aos autos.

Em relação aos produtos de classificação NCM 3506.10.90, havidos como de código NCM 3414.10.10, diz que se trata do produto SIKAFLEX 256, cujo material é utilizado para proteger, vedar e impermeabilizar uma superfície, conhecido como selante. Reconhece que o código NCM 3506.10.90 está correto e que não está incluído no item 16.11.5. Na verdade, o item incluído é o de NCM 3506.99.00, que se trata do mesmo produto, só que aquele que se encontra enquadrado no código NCM 3506.10.90 tem peso inferior a 1 (um) quilo.

Acolhe às demais alegações defensivas, reconhecendo os erros apontados nos demonstrativos, esclarecendo que tiveram com base os arquivos magnéticos do autuado. Informa que, após análise das inconsistências, foram elaborados novos relatórios, os quais fazem parte integrante da informação fiscal, conforme abaixo:

Ocorrência	Vencimento	ICMS DEVIDO
31/1/2002	15/2/2002	1.979,61
28/2/2002	15/3/2002	1.593,62
31/3/2002	15/4/2002	2.659,82
30/4/2002	15/5/2002	2.684,39
31/5/2002	15/6/2002	4.767,24
30/6/2002	15/7/2002	4.154,91
31/7/2002	15/8/2002	3.272,83
31/8/2002	15/9/2002	2.912,55
30/9/2002	15/10/2002	3.427,23
31/10/2002	15/11/2002	3.732,87
30/11/2002	15/12/2002	3.097,81
31/12/2002	15/1/2003	3.436,58
31/1/2003	15/2/2003	1.856,45
28/2/2003	15/3/2003	1.967,50
31/3/2003	15/4/2003	2.197,91
30/4/2003	15/5/2003	4.711,38
31/5/2003	15/6/2003	4.565,30
30/6/2003	15/7/2003	2.991,28
31/7/2003	15/8/2003	3.520,65
31/8/2003	15/9/2003	3.714,18
30/9/2003	15/10/2003	3.773,78
31/10/2003	15/11/2003	2.802,03
30/11/2003	15/12/2003	2.786,87
31/12/2003	15/1/2004	2.154,63
TOTAL		74.761,42

O autuado recebeu cópia do novo demonstrativo e, em nova manifestação, folhas 1849/1851, o reitera seus argumentos anteriores de decadência e de que é improcedente a exigência do imposto sobre operações que se referem a classificações fiscais das quais a empresa não está sujeita à retenção do ICMS Substituição tributária.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração concernente a de 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. Consta, ainda da acusação, que os produtos estão incluídos no item 16 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97, tais como impermeabilizantes, secantes, catalizadores, massas e demais produtos da indústria química, nos autos específicos, obedecida a respectiva codificação segundo a NCM (Convênio ICMS 74/94 e 28/95).

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à multa aplica, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito. Também, não pode ser acolhida a alegação de ilegalidade da multa, uma vez que a mesma está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

Quanto à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento, relativamente aos fatos geradores anteriores ao mês de maio de 2002, em razão de ter tomado ciência do Auto de Infração em 24/04/2007, não pode ser acolhida.

É que o art. 107-A, em seu inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), estabelece que o direito da fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso em lide, por se reportar uma parte a fatos geradores do exercício de 2002, o prazo para a contagem iniciaria em 01/01/03, cujo prazo final se daria em 31/12/2007.

Como o lançamento ocorreu em 30/03/2007, portanto, obedeceu ao prazo decadencial, o que cai por terra o argumento do autuado.

O autuado em sua peça defensiva alegou que o Auto de Infração exige créditos tributários inexistentes, pelas seguintes razões:

- 1- Seja pela formação deste sobre nota fiscal cancelada;
- 2- Seja sobre vendas para consumidor final;
- 3- Seja pela duplicidade de exigência;
- 4- Seja porque se fundamenta em classificação fiscal distinta do produto constante na operação descrita na nota fiscal em que a empresa não deve recolher o ICMS na qualidade de substituição tributária.

Em relação ao argumento defensivo de alguns dos produtos não se encontram na substituição tributária, não pode ser acolhido, pois como bem ressaltou o autuante na informação fiscal, verifica-se das tabelas anexas às folhas 56 a 93 e 127 a 157, combinadas com a relação de produtos da empresa SIKA aposta às folhas 09 a 13, pode aduzir que todos os produtos que fazem parte da autuação estão elencados no item 16 do artigo 353, II, do RICMS/97. Dos códigos NCM constantes da folha 586 da peça de defesa, verifica-se que as seguintes situações:

CÓDIGO NCM	PRODUTO	ITEM DO INC. II DO ART. 353
3214.90.00	REVESTIMENTO SIKA TOP 107	16.11.5
3506.10.90	SELANTE EI 1238	16.11.5
3506.99.00	COLA SIKAFIX SUPER	16.11.4
3824.40.00	IMPERMEABILIZANTE SIKA 1	16.11.4
3824.90.90	ENDURECEDOR ANTISOL	16.11.5

No tocante aos produtos de classificação NCM 3506.10.90, havidos como de código NCM 3414.10.10, diz que se trata do produto SIKAFLEX 256, cujo material é utilizado para proteger, vedar e impermeabilizar uma superfície, conhecido como selante. Reconhece que o código NCM 3506.10.90 está correto e que não está incluído no item 16.11.5. Na verdade, o item incluído é o de NCM 3506.99.00, que se trata do mesmo produto, só que aquele que se encontra enquadrado no código NCM 3506.10.90 tem peso inferior a 1 (um) quilo.

O autuante na informação fiscal acatou os argumentos defensivos em relação a notas fiscais canceladas, sobre vendas para consumidor final e sobre a duplicidade da exigência, tendo elabora novo demonstrativo de débito, o qual foi entregue ao autuado, reduzindo o valor do débito para R\$ 74.761,42, o qual acolho integralmente.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$74.761,42.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207140.0016/07-9**, lavrado contra **SIKA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$74.761,42**, acrescido da multa 60% prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIOMA IRMÃO - JULGADOR