

PROCESSO - A. I. Nº 206912.0001/07-0
RECORRENTE - BASF S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0412-03/07
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 13/06/2008

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0179-11/08

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS 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 subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra Decisão da 3ª JJF, proferida através de Acórdão nº 0412-03/07, que decidiu, por unanimidade, o Auto de Infração procedente, o qual fora lavrado para exigir o imposto no montante de R\$59.126,17, acrescido de multa de 60 % e acréscimos legais, sob a seguinte acusação fiscal:

“Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado”.

Foi, ainda, mencionado no lançamento de ofício que a falta de retenção se refere às vendas de *aguarrás mineral* para contribuinte da Bahia, referentes aos exercícios de 2002, 2003 e 2004, com a aplicação da margem de valor agregado (MVA) de 30% prevista no Convênio de Combustíveis, deduzindo-se o ICMS devido na operação própria relacionado ao valor do produto nos documentos fiscais.

Na Decisão recorrida a ilustre JJF não acatou o argumento apresentado pelo autuado, posto não entender ser de sua competência a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, Inciso I, do RPAF/99. Com relação à taxa SELIC, entendeu que está prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), sendo correta a sua aplicação.

O órgão julgador, no mérito, ressaltou que o Convênio ICMS 03/99, estabeleceu que os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, ficam autorizados a atribuir aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de sujeitos passivos por substituição. Portanto, considerou que o autuado é o responsável pelo lançamento e recolhimento do imposto, na condição de sujeito passivo por substituição, em relação ao produto *Aguarrás Mineral*, classificado no código NBM/SH 2710.00.92, no §1º, Inciso I, alínea “b” da Cláusula primeira do referido Convênio ICMS 03/99.

Quanto à multa, objeto de contestação pelo autuado, concluíram que a sua aplicação está prevista no art. 42, II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

Irresignado com a Decisão, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário, às fls. 152 a 187 dos autos, alegando que com o advento do Convênio ICMS 86/95 foi alterado o dispositivo que incluía a *Aguarrás Mineral* dentre os produtos das indústrias químicas sujeitos à substituição tributária,

deixando, portanto, de contribuir com o respectivo encargo. Prossegue dizendo que interrompeu o recolhimento por não haver mais embasamento legal para este procedimento. Baseado nesta legislação, o recorrente diz que apresentou impugnação administrativa contra os valores lançados pelo Fisco do Estado da Bahia, por entender não haver na legislação de regência norma que o obrigasse a reter os valores indicados no auto da infração a título de substituição tributária, e ainda se diz surpresa com a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, julgando procedente o Auto de Infração.

Alegou, também, a inconstitucionalidade do regime da substituição tributária “para a frente” e pediu a reforma do lançamento de ofício.

No mérito, entendeu o recorrente que a aplicabilidade do Convênio ICMS 03/99 destina-se às refinarias e distribuidoras de combustível e não para os produtos comercializados pelas indústrias químicas. Ratifica esta opinião citando o art. 412 do Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo. Comenta que o Convênio ICMS 74/94, estabelecia a substituição tributária para a mercadoria em tela, Aguarrás Mineral (NBM/SH 2710.00.9902), mas que, com o advento do Convênio ICMS 86/95, foi alterado o referido Convênio ICMS 74/94, excluindo-se do item XII do Anexo ao Convênio ICMS 74/94, o produto Aguarrás Mineral da posição NBM/SH 2710.00.99.02, inexistindo, portanto, a substituição tributária.

Contesta, ainda, a aplicabilidade do valor da multa afirmando ser de caráter confiscatório, uma vez que fere os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, os quais guiam todas as penalidades tributárias.

Insurge-se contra cobrança dos juros de mora, alegando que só passam a acontecer no momento em que o devedor realmente atrasa a prestação à qual se comprometeu.

Aduz que o instituto dos juros de mora busca trazer uma reparação para o credor da obrigação pela demora em receber os valores avençados com o devedor. Concluiu, alegando que a mora só pode acontecer no momento exato onde a obrigação passa a ser completamente exigível, após o crédito for finalmente constituído.

Por fim, pediu o provimento da inaplicabilidade da substituição tributária para frente para o produto Aguarrás Mineral ou, alternativamente, desconstituir a multa de 60%, bem como, afastar a aplicabilidade da taxa SELIC, por não estar prevista em Lei.

A PGE/PROFIS, emite opinativo às fls. 197 a 199, pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por considerar ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão, ora recorrido, uma vez que os pedidos de inconstitucionalidades constantes na súplica recursal devem ser rechaçados, pois carece de competência para declarar o pleito, em consonância com os termos do artigo 167, Inciso I do RPAF/99.

No mérito, argumenta ilustre procuradora que a mercadoria, objeto da ação fiscal, está sujeita ao regime de substituição tributária de acordo com os termos do Convênio ICMS 03/99 que contém cláusula que disciplina operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, inclusive o produto aguarrás mineral classificado no código NBM/SH 2710.00.92, aplicando o que preceitua o parágrafo 1º, Inciso I, alínea “b” da Cláusula primeira deste aludido Convênio.

Ratifica que a multa de 60% está em harmonia com os termos preconizados no art. 42, Inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96. Entendendo ausentes argumentos jurídicos capazes a promover revisão do Acórdão “*a quo*”, conclui pela procedência da ação fiscal.

VOTO

Na verificação das preliminares, observo não restar comprovado nos autos a existência de vícios formais; o PAF atende por completo às formalidades legais, portanto não infringindo as especificações contidas na legislação, inclusive aos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, cuja ocorrência em caso contrário, inquinaria à nulidade do presente lançamento de ofício.

Adentrando ao mérito da infração, está a se analisar o presente lançamento, o qual se refere à falta de retenção e o conseqüente não recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, por operações internas subseqüentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Diferentemente do entendimento emanado do recorrente, de que a aplicabilidade do Convênio ICMS 03/99 destinava-se às refinarias e distribuidoras de combustível e não para os produtos comercializados pelas indústrias químicas, vejo que as mercadorias compreendidas na acusação fiscal, de fato achavam-se incluídas no regime de substituição tributária, constando do Anexo ao Convênio ICMS 74/94 (que dispõe sobre regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química); no item XII do mencionado Convênio ICMS 74/94, até 20/11/1995, constava o produto Aguarrás Mineral, classificado na posição NBM/SH 2710.00.9902.

Cumpre ressaltar que pelo posterior Convênio ICMS 03/99, estabeleceu-se que os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, ficaram autorizados a atribuir aos remetentes localizados em outras unidades da Federação, nos envios de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a condição de contribuintes ou de sujeitos passivos por substituição.

Este Convênio dispôs sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos, dentre os quais se encontra a aguarrás mineral, classificada no código NBM/SH 2710.00.92, na cláusula 1ª, § 1º, inciso I alínea “b” do referido Convênio ICMS, consignando ao recorrente a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do imposto.

Desta forma, deveria o recorrente, na sujeição passiva, consoante estabelecem os autos, ter efetuado a retenção do imposto, competindo assinalar que os cálculos não foram contestados em sede de defesa.

Decorrente a falta de recolhimento espontâneo do imposto, deu-se lugar à aplicação de multa e demais acréscimos legais, ora questionados pelo recorrente.

Referidos acréscimos são oriundos da acusação fiscal. Destaco que na sua aplicação foi indicado corretamente o percentual de 60%, de acordo com o art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, não competindo a este CONSEF a análise da constitucionalidade deste dispositivo legal.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206912.0001/07-0**, lavrado contra **BASF S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$59.126,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS