

A. I. Nº - 299166.0096/08-2  
AUTUADO - AKZO NOBEL LTDA.  
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS  
ORIGEM - IFMT METRO  
INTERNET - 26.09.08

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0170-05/08**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO DO IMPOSTO A MENOS NA CONDIÇÃO DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes saídas nas operações interestaduais com mercadorias relacionadas no Convênio ICMS 74/94. Comprovada falta de retenção e de recolhimento na operação interestadual destinada a contribuinte da Bahia. Não acolhida a argüição de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 05/03/2008, foi lançado ICMS no valor de R\$2.963,24, acrescido da multa de 60%, por ter sido constatada retenção a menos do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 146147, que se refere à diferença de ICMS referente a substituição tributária incidente sobre operação interestadual com mercadorias elencadas em acordo interestadual, remetidas por contribuinte de Estado signatário de acordo com a Bahia e destinadas a contribuinte baiano.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 19 a 31, alegando que há erro formal no Auto de Infração, posto que não se pode aceitar que o lançamento seja pautado em Convênio celebrado entre as Unidades Federativas, vez que o sistema tributário nacional determina que o crédito tributário seja determinado tão somente através de lei e, por esse aspecto, conclui-se que o auto é nulo de pleno direito, por falta de requisito de validade.

Transcreve a cláusula primeira do Convênio ICMS 74/04, ratificado nos Estados da Bahia e São Paulo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75, determinando em quais condições e quais produtos serão submetidos ao referido regime. A seguir, neste aspecto, transcreve as legislações da Bahia e de São Paulo, dizendo verificar estar submetida às condições determinadas pela legislação paulista, caso tivesse efetuado operação interna com a circulação dos produtos elencados na legislação específica da substituição tributária.

A seguir, passa a discutir o enquadramento legal que pretende atribuir-lhe a que se submeta ao regime de substituição tributária. Diz que todos os produtos relacionados a operações com tintas, vernizes e outros produtos da indústria química, que derem saídas a estabelecimentos localizados nos Estados signatários, se submetem ao regime de substituição tributária. Diz que no caso em tela, relativamente às Notas Fiscais nºs 434.449, 434.448 e 434.446, procedeu corretamente à substituição tributária, com exceção do produto denominado “Endurecedor”, enquadrado na classificação NCM 3824.9031 (*Aglutinantes preparados para moldes ou para núcleos de fundição;*

*produtos químicos e preparação das indústrias químicas ou das indústrias conexas Outros/Misturas e preparações para borracha ou plásticos e outras misturas e preparações para endurecer resinas sintéticas, colas, pinturas ou usos similares),* pois tal produto não está relacionado no rol de produtos que devem se submeter à substituição tributária, conforme se verifica na legislação de São Paulo, à qual se submete.

Aduz que o autuante efetuou o lançamento para exigir o recolhimento do ICMS substituição tributária justamente desse produto que não está elencado na lei para submissão do referido regime.

Diz que a exigência fiscal é inconstitucional por afrontar o princípio da legalidade tributária e nessa esteira transcreve lição de Roque Antonio Carraza, art. 113 do RPAF e julgado da 1º Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Finaliza, requerendo a improcedência da acusação fiscal.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 73, dizendo que o autuado não apresentou argumento convincente que autorize a decretação de nulidade da autuação, visto que foi lavrado consoante a Lei Estadual nº 7.014/96.

Quanto ao mérito, diz discordar do autuado, pois o produto da classificação fiscal NCM 3824.9031 consta no item 16.11.5 do art. 353 do RICMS-BA., como sujeito à substituição tributária e também consta no item 11.3 da tabela apresentada pelo autuado na fl. 6 de sua defesa, como integrante do Decreto Estadual 3377/94, sendo que as relações dos produtos descritas na legislação baiana seguem fielmente ao Convênio 74/94, que, por tratar-se de acordo interestadual assumido tanto pelo Estado de São Paulo, onde está o remetente autuado, quanto pelo Estado da Bahia, onde está o destinatário daquele produto, obriga a empresa remetente a efetuar a retenção do ICMS substituição favorável ao Estado da Bahia, onde está o destinatário daquele produto.

Conclui pedindo a procedência da autuação.

#### VOTO

O presente lançamento se refere a retenção a menos de ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

O autuado impugnou o lançamento alegando que há erro formal no Auto de Infração, posto que não se pode aceitar que o lançamento seja pautado em Convênio celebrado entre as Unidades Federativas, vez que o sistema tributário nacional determina que o crédito tributário seja determinado tão somente através de lei e, por esse aspecto, conclui-se que o auto é nulo de pleno direito, por falta de requisito de validade. Sobre produtos comercializados a contribuintes domiciliados no Estado da Bahia.

Neste aspecto, rechaço a preliminar de nulidade suscitada uma vez que o Convênio ICMS nº 74/94, ratificado por São Paulo e Bahia, foi celebrado sob guarda da previsão legal do art. 9º da Lei Complementar 87/96, e o dispositivo legal específico em que se enquadra a situação da infração está previsto no art. 353 do RICMS-BA. Ademais, ainda que houvesse erro na indicação do dispositivo eventualmente infringido, no presente caso, não se poderia falar em nulidade do Auto de Infração, vez que ele se subsume na condição prevista no art. 19 do RPAF, pois pela descrição do fato nele previsto evidencia-se o enquadramento legal. De todo modo, neste lançamento está determinada à natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário. Portanto, estimo que o mesmo foi formalizado obedecendo aos requisitos formais suficientes para garantir sua eficácia e validade com o que não vejo deficiência a poder enquadrá-lo em qualquer das hipóteses de nulidade previstas no art. 18 do RPAF.

Ultrapassada a preliminar de nulidade passo a examinar o mérito da questão.

Primeiramente, vejo que o autuado nada discute em relação aos valores do lançamento adentrando ao mérito por transcrever a cláusula primeira do Convênio ICMS 74/04, ratificado nos Estados da Bahia e São Paulo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75, determinando em quais condições e quais produtos são submetidos ao referido regime. A seguir, neste aspecto, também transcreveu as legislações da Bahia e de São Paulo, dizendo verificar estar submetido às condições determinadas pela legislação paulista, caso tivesse efetuado operação interna com a circulação dos produtos elencados na legislação específica da substituição tributária.

Feito isso, o autuado passou a discutir o enquadramento legal que pretende o autuante submetê-lo, no que se refere ao regime de substituição tributária. Diz que todos os produtos relacionados a operações com tintas, vernizes e outros produtos da indústria química, que derem saídas a estabelecimentos localizados nos Estados signatários, se submetem ao regime de substituição tributária. Acrescentou que, no caso em tela, relativamente às notas fiscais nº 434.449, 434.448 e 434.446, procedeu corretamente à substituição tributária, com exceção do produto denominado “Endurecedor”, enquadrado na classificação NCM 3824.9031 (*Aglutinantes preparados para moldes ou para núcleos de fundição; produtos químicos e preparação das indústrias químicas ou das indústrias conexas/Outros/Misturas e preparações para borracha ou plásticos e outras misturas e preparações para endurecer resinas sintéticas, colas, pinturas ou usos similares*), pois tal produto não está relacionado no rol de produtos que devem se submeter à substituição tributária, conforme se verifica na legislação de São Paulo, à qual se submete.

Aduziu que o autuante efetuou o lançamento para exigir-lhe o recolhimento do ICMS substituição tributária justamente desse produto que não está elencado na lei para submissão do referido regime.

Por sua vez, o autuante discordou do autuado, dizendo que o produto da classificação fiscal NCM 3824.9031 consta no item 16.11.5 do art. 353 do RICMS-BA., como sujeitos à substituição tributária e também consta no item 11.3 da tabela apresentada pelo autuado na fl. 6 de sua defesa, como integrante do Decreto Estadual 3377/94, sendo que as relações dos produtos descritas na legislação baiana seguem fielmente ao Convênio 74/94, que, por tratar-se de acordo interestadual assumido tanto pelo Estado de São Paulo, onde está o remetente autuado, quanto pelo Estado da Bahia, onde está o destinatário daquele produto, obriga a empresa remetente a efetuar a retenção do ICMS substituição favorável ao Estado da Bahia, onde está o destinatário daquele produto.

Examinando detidamente os autos, verifico, neste caso, que o assunto se resume em ver se a mercadoria com a classificação NCM 3824.9031 cujo ICMS substituição tributária está sendo exigido, é ou não sujeito à substituição tributária em face do Convênio ICMS nº 74/94.

De fato, o art. 353 do RICMS-BA., contém como sujeitos ao regime de substituição tributária todas as mercadorias cuja codificação na Nomeclatura Comum do Mercosul (NCM) a qual passou a ser adotada pelo Brasil e demais países do Mercosul a partir de janeiro de 1996, pertençam ao grupamento 3824.90. Neste aspecto, não há dúvida que a mercadoria codificada na NCM com a numeração 3824.9031 está aqui prevista como sujeita à substituição tributária. Esta inserção na legislação baiana decorre do Convênio ICMS nº 74/94 que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, do qual São Paulo, Estado de situação do autuado, também é signatário e em sendo assim, sem se ter verificado restrição na adesão das partes, os itens sujeitados à substituição por esse convênio são comuns a ambos os Estados.

Para afastar a dúvida suscitada quanto à sujeição da mercadoria tendo em vista as antagônicas posições das partes no processo, fomos ao Convênio ICMS 74/94 e vimos que dele literalmente não consta a mercadoria NCM 3824.9031, o que à primeira vista, poderia conduzir ao entendimento de que o autuado não estaria obrigado, como remetente, a fazer a substituição tributária dessa mercadoria, mesmo que tal item conste na legislação do nosso Estado, uma vez que o autuado,

em matéria de ICMS, de fato está sujeito à legislação de seu Estado sendo apenas alcançado extraterritorialmente quando sob permissão em acordo do qual participe São Paulo. Entretanto, observo que o Convênio 74/94 foi originalmente firmado sob a égide da Nomeclatura Brasileira de Mercadorias (NBM), que foi utilizada pelo Brasil entre janeiro de 1989 a dezembro de 1995, constando entre as suas mercadorias as do grupo NBM 3823.90. Ocorre que na correlação entre essas tabelas o grupo NBM 3823.90 é o grupo NCM 3824.90. Deste modo, evidencia-se que a mercadoria NCM 3824.9031 que é pertencente ao grupo NCM 3824.90 é alcançada pelo Convênio 74/94. Portanto, é evidente que a mercadoria em discussão está sujeita à substituição tributária nas operações interestaduais que obriga aos contribuintes dos Estados signatários do citado Convênio.

Assim, sendo Bahia e São Paulo signatários do Convênio ICMS 74/94 e tendo, por consequência, ambos Estados incorporados às disposições do citado Convênio em suas legislações, por ser o autuado o sujeito passivo por substituição, ficando-lhe atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes saídas da mercadoria em questão e não tendo assim procedido, subsistente é o lançamento.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. 299166.0096/08-2, lavrado contra **AKZO NOBEL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.963,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e VII, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR