

PROCESSO - A. I. Nº 279461.0009/07-2
RECORRENTE - BASF S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0183-02/08
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 24/03/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0033-11/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Estando a mercadoria aguarrás mineral submetida ao regime de substituição tributária, é de ser mantida a Decisão de Primeira Instância que julgou procedente a autuação lavrada em virtude da falta de retenção e recolhimento do imposto devido, sobretudo porque o contribuinte não comprovou a existência de qualquer circunstância capaz de afastar tal regime de tributação e, ainda, é defeso a este Conselho adentrar ao exame da constitucionalidade das normas que compõem a legislação tributária em vigor. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0183-02/08), que julgou procedente o presente Auto de Infração, através do qual a autoridade fiscalizadora constatou a seguinte irregularidade:

Falta de retenção e, conseqüentemente, de recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, rejeitou a decadência suscitada pelo contribuinte, invocando, para tanto, a regra do art. 173, do CTN, segundo o qual o prazo para constituir o crédito tributário inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetivado. Com esse fundamento, o órgão de primeira instância afirmou que o lançamento do imposto devido no exercício de 2002, objeto da autuação, poderia efetivar-se até 31/12/2007, sendo plenamente oportuna a lavratura deste auto no dia 21/12/2007.

No mérito, a JJF esclareceu que o contribuinte, na impugnação ofertada, limitou-se a tratar da mercadoria “aguarrás mineral”, não obstante a autuação englobe diversos outros produtos que foram comercializados sem a retenção e o recolhimento do ICMS-substituição tributária (verniz, base, thinner, aditivo etc.).

Após discorrer acerca do tratamento legislativo conferido à mercadoria aguarrás ao longo dos anos e afastar a incidência do Convênio nº 74/94 à hipótese dos autos, por tratar da substituição tributária apenas da aguarrás vegetal, a JJF concluiu que: *“ao fazer a interpretação sistemática da cláusula primeira e seu § 1º, do Convênio ICMS 3/99, e do art. 512-A do RICMS/BA, nas operações que destinem aguarrás mineral ao Estado da Bahia, o remetente somente está obrigado a fazer a retenção do ICMS pelo regime de substituição tributária se o produto for destinado a uso em aparelhos, equipamentos, máquinas, motores e veículos. “A contrario sensu”, se o produto tem outra destinação, não é exigível a retenção do imposto.*

O autuado apenas alega que a aguarrás mineral produzida pelo seu estabelecimento tem a “finalidade de solvente de tintas”, acrescentando em seguida que o referido produto tem a

“finalidade específica de servir de solvente de tintas”. Não provou que o produto tem destinação diversa da estipulada na legislação baiana como requisito para que se proceda à retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, ou seja, não provou que a aguarrás vendida a contribuintes da Bahia não se destina a uso em aparelhos, equipamentos, máquinas, motores e veículos (RICMS, art. 512-A, inciso III, “a”, combinado com o inciso I, “c”).

Com tais considerações, julgou procedente a autuação, deixando de apreciar as alegações de abusividade da multa imposta e inconstitucionalidade da Taxa SELIC e do regime de substituição tributária, por fugir à competência do órgão administrativo de julgamento.

Inconformada, o autuado interpôs o Recurso Voluntário de fls. 107/139, suscitando a decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário, por ter sido efetivado o lançamento cinco (5) anos após a ocorrência dos fatos jurídicos tributados.

No mérito, reitera quase que literalmente as argumentações expendidas em sede de impugnação, sustentando a inconstitucionalidade do regime de substituição tributária “pra frente”, por entender que o Texto Maior veda a tributação de fato provável, mas apenas admite a tributação de fatos concretos. Nesse tópico, defende que a Emenda Constitucional nº 03/93 viola a segurança jurídica, a cumulatividade do ICMS e o não-confisco, sendo, em razão disso, tão inconstitucional quanto o sistema de substituição tributária.

Afirma que o Convênio ICMS 03/99 aplica-se exclusivamente às refinarias, importadoras e distribuidoras de combustíveis, não se aplicando às indústrias químicas, como o recorrente. Argumenta, nesse tópico, que o Capítulo III, do indigitado Convênio, apresenta quatro sessões, sendo que todas elas referem-se a distribuidoras e refinarias, a saber: “I) *Das Disposições Preliminares*; II) *Das Operações Realizadas por Transportador Revendedor Retalhista – TRR*; III) *Das Operações Realizadas por Distribuidor de Combustíveis ou Importador*; IV) *Dos procedimentos da Refinaria de Petróleo ou Suas Bases*”.

Transcreve o art. 412, do RICMS do Estado de São Paulo, com o intuito de demonstrar que descabe o regime de substituição tributária para o produto aguarrás quando comercializado por indústria de tintas. Diz que, de acordo com o referido dispositivo, o responsável pelo recolhimento do tributo por substituição tributária é o estabelecimento do distribuidor de combustíveis, como tal definido e autorizado por órgão federal competente.

Diz que a adoção do regime pelo Estado da Bahia viola o art. 9º, da Lei Complementar nº 87/96, segundo o qual a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais depende de acordo específico entre os Estados interessados.

Em novo tópico, defende a aplicabilidade do Convênio ICMS 74/94 às indústrias químicas, ressaltando que esse diploma normativo teve seu Anexo alterado pelo Convênio nº 86/95, excluindo do regime da substituição tributária o produto aguarrás, classificado na posição NBM/SH 2710.00.9902.

Aduz que a multa é inaplicável por ter efeito confiscatório, que a taxa Selic é inconstitucional e que os juros de mora só poderão incidir a partir da constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, somente com a Decisão administrativa final.

Pugna, por derradeiro, pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto.

A PGE/PROFIS, por conduto do Parecer de fls. 150/152, opinando pela rejeição da prefacial de decadência, mediante a aplicação da regra contida no art. 173, do CTN, que fixa o primeiro dia do exercício seguinte como termo inicial do prazo decadencial para constituir o crédito tributário.

Afirma que os elementos essenciais à perfectibilização do lançamento tributário estão caracterizados no caso em tela, ou seja, não há dúvidas quanto aos aspectos pessoal, temporal, espacial e quantificador. Aduz que a mercadoria aguarrás mineral é apenas uma dentre tantas

outras que são objeto da autuação, além de se tratar de produto incluído no regime de substituição tributária por efeito do Convênio nº 03/99 e dos arts. 512-A, 354 e 369 do RICMS/BA.

Pede a rejeição das arguições de inconstitucionalidade, com esteio no art. 167, I, do RPAF.

VOTO

A decadência suscitada pelo recorrente não merece acolhimento, pois, consoante entendimento assente na doutrina e na jurisprudência pátrias, quando se verifica a integral falta de recolhimento do tributo devido por parte do contribuinte, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário submete-se ao prazo do art. 173, I, do CTN. Em outras palavras, nesses casos, o prazo decadencial inicia-se apenas no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

Logo, como a presente autuação, lavrada em 21/12/2007, refere-se a fatos geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2002 e o que se reclama é o imposto que não foi retido e recolhido, não se pode falar em decadência, uma vez que o prazo para lançamento de ofício iniciou-se em 01/01/2003 e findou-se em 31/12/2007.

No mérito, registre-se que a argumentação do contribuinte refere-se, exclusivamente, à mercadoria aguarrás mineral. E, dentro dos limites da matéria submetida à apreciação desse Conselho, verifico que a Decisão de primeira instância não merece qualquer censura, tendo concluído acertadamente pela aplicação do regime da substituição tributária às operações com aguarrás mineral.

Com efeito, não tem o menor cabimento a argumentação do contribuinte de que as normas do Convênio ICMS 03/99 aplicam-se exclusivamente às refinarias e distribuidoras de derivados de petróleo. Em verdade, os representantes dos Estados da Federação, ao firmarem o referido Convênio, estabeleceram que o seu objetivo seria disciplinar o regime de substituição tributária em operações com combustíveis e lubrificantes, derivados de petróleo ou não, e outros produtos. O parâmetro para aplicação do regime de substituição, portanto, foi o produto comercializado, e não o estabelecimento que estava participando da operação de comercialização.

Apenas a título de registro, a aguarrás mineral é um derivado de petróleo, possuindo, inclusive, disciplina específica dada pela Resolução nº 03, do Conselho Nacional de Petróleo, datada de 15/03/1966, cujo item 02 estabelece: *“A Aguarrás Mineral, especificada na presente Norma, deverá possuir as propriedades expressas no quadro anexo, sendo definida como um derivado de petróleo, límpido, não contendo material estranho, nem água aparente”*.

Nas circunstâncias, o Convênio 03/99 não incorreu em qualquer ilegalidade ao estabelecer, na Cláusula 1ª, Parágrafo 1º, I, “b”, que a aguarrás mineral, classificada no código 2710.00.92 NBM/SH, submete-se ao regime de substituição tributária. Outrossim, não se vislumbra qualquer incompatibilidade entre o art. 9º, da Lei Complementar 87/96, que trata da instituição do regime de substituição tributária mediante Convênio, e o art. 512, do RICMS, que, repetindo a norma do CONFAZ já referida tantas vezes, colocou a aguarrás expressamente na substituição.

A inclusão deste ou daquele produto na substituição tributária, desde que atenda aos ditames do art. 9º, da Lei Complementar 87/96 (celebração de Convênio entre os Estados Federados), não implica, *a priori*, qualquer inconstitucionalidade, pois se trata de regime previsto constitucionalmente (art. 155, parágrafo 2º, XII, b, da Constituição Federal), sendo vedado a este Conselho aprofundar-se nesta questão por força da expressa vedação contida no art. 167, I, do RPAF.

O mesmo se diz com relação às alegações de confiscatoriedade da multa aplicada e inconstitucionalidade da utilização da Taxa SELIC; são questões que escapam à competência desse Órgão administrativo de julgamento, não podendo, sequer, ser objeto de apreciação.

Por derradeiro, no tocante aos acréscimos moratórios, a argumentação recursal também carece de plausibilidade. Ora, pretende o recorrente que os acréscimos somente incidam a partir da Decisão administrativa definitiva pondo termo ao presente auto, pois, segundo o seu entendimento, é nesse momento que surge o crédito tributário e pode exigir-se o seu pagamento. A tese, todavia, deixa de contemplar um dado relevante: a autuação refere-se a fatos geradores ocorridos no ano de 2002 e visa à cobrança de um imposto que deveria ter sido quitado naquela época. Logo, a incidência dos encargos da mora é totalmente legítima e visa a ressarcir os cofres públicos de um valor que deveria estar disponível desde 2002, mas, até o presente momento, não foi recolhido.

Ante o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário.

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 279461.0009/07-2, lavrado contra **BASF S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.833,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “c”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de março de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS