

PROCESSO - A. I. Nº 299166.0096/08-2
RECORRENTE - AKZO NOBEL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0170-05/08
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 01/06/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0116-12/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO DO IMPOSTO A MENOS NA CONDIÇÃO DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Modificada a Decisão recorrida. O produto “endurecedor” – NCM nº 3824 – à época dos fatos geradores não constava no rol das mercadorias sujeitas à substituição tributária, dentro do Convênio ICMS 74/94, aplicável às operações interestaduais. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente contra a referida Decisão da 5ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0170-05/08 que, por unanimidade, julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$2.963,24, acrescido da multa de 60%, em face da ocorrência da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 - Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativos às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, tendo sido enquadrada na Cláusula III, IV, e V do convênio ICMS nº 74/94 e alterações posteriores e aplicada a multa de 60% tipificada no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

Foi lavrado o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 146147, ficando as mesmas sob a guarda e responsabilidade da transportadora Rajan Transportes.

O autuado apresentou a sua peça defensiva, alegando, inicialmente, que o cerne da questão diz respeito tão-somente ao enquadramento da norma legal ao fato, ou seja, verificar se o produto em questão está submetido ao regime de substituição tributária, nos termos da legislação fiscal de regência. Aduziu que se não há previsão na legislação de determinado fato (produto endurecedor no rol da legislação que dispõe sobre o regime de substituição tributária), não há que se falar em ocorrência do fato gerador (fato imponível), que diz respeito à ocorrência de um fato hipotético previsto na Lei, conforme o critério material nela determinado. Isto posto, pugnou pela total improcedência da infração.

Em sede de informação fiscal, o autuante declarou que o Autuado não apresentou argumentos convincentes que autorizassem a decretação da nulidade da autuação, visto que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a Lei Estadual nº 7014/96. Quanto ao mérito da autuação, informou que o autuado argumentou que os produtos com Classificação Fiscal NCM 3824.9031 não estariam sujeitos ao regime de substituição tributária, tendo em vista que tal produto não está elencado no rol de produtos que devem se submeter ao regime de substituição tributária, à luz da legislação do Estado de São Paulo, aplicável ao presente caso. Salientou que os produtos autuados constam do item 16.11.5, do art. 353, do RICMS-BA, como sujeitos à substituição tributária, bem como que consta do item 11.3, da tabela apresentada pelo autuado, na pagina 6 de sua defesa, como integrante do Decreto Estadual nº 3377/94, sendo que as relações dos produtos descritas na legislação baiana seguem fielmente ao Convênio ICMS nº 74/94, acordo interestadual subscrito tanto pela Bahia quanto pelo Estado de São Paulo, obrigando a empresa remetente a efetuar a retenção do ICMS substituição em favor do Estado da Bahia, e, por não ter

sido efetivada a aludida retenção, o contribuinte foi autuado. Pediu a manutenção do Auto de Infração.

O autuado, através do seu patrono, requereu a juntada de substabelecimento de procuração, anexando Memorial de Julgamento, através do qual continuou pleiteando o enquadramento da norma legal ao fato, a fim de que seja verificado e constatado que o produto em questão não está submetido ao regime de substituição tributária, nos termos da legislação fiscal paulista (jurisdição onde a impugnante deve cumprir suas obrigações fiscais, nos termos do Convênio ICMS 74/94), justamente por não haver previsão de inclusão do produto “endurecedor”, no rol de sua legislação. Acrescentou que, não havendo fato gerador, por não haver este fato hipotético em lei, conforme dita o critério, não há tributo a ser lançado. Pleiteou a total improcedência da ação fiscal.

A 5ª JJF, através do Acórdão nº 0170-05/08, julgou Procedente o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) não há como prosperar a arguição de nulidade suscitada pelo autuado, visto que é atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subseqüentes saídas nas operações interestaduais com mercadorias relacionadas no Convenio ICMS 74/94, ficando assim comprovada a falta de retenção e de recolhimento na operação interestadual destinada a contribuinte da Bahia;
- b) no mérito, restando demonstrado que os Estados da Bahia e São Paulo são signatários do Convênio ICMS 74/94 e tendo ambos incorporado as disposições do citado Convênio em suas legislações, por ser o autuado sujeito passivo por substituição, atribui-se-lhe a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subseqüentes saídas da mercadoria em questão e, não tendo o mesmo assim procedido, subsistente é o lançamento.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual, inicialmente, tece escorço histórico a respeito do presente PAF, especialmente no que se refere as razões de decidir invocadas pelo julgador de *primo* grau. Assinala que, pela Decisão recorrida, o tipo tributário pretendido pelo autuante é efetivamente o art. 353, do RICMS-BA, restando evidenciada a ofensa ao princípio da legalidade. Após transcrever os arts. 353, do RICMS-BA e 312, do RICMS-SP, afirma que não existe previsão, nos respectivos instrumentos normativos, quanto à remessa por contribuinte paulista para contribuinte, fabricante, importador, arrematante, distribuidor, depósito ou atacadista localizado no Estado da Bahia, faltando fundamento e previsão legal para a exigência que ora se apresenta, violando o quanto disposto no art. 150, I, da Constituição Federal, cujo teor transcreve.

Prossegue ressaltando que a simples inserção em Convênio não é suficiente para criar a regra de incidência do imposto, posto que, a teor do art. 4º, da Lei Complementar nº 24, de 1975, decreto estadual deve ratificar o convênio, o que equivale a dizer que o Convênio, de *per si*, não é suficiente para a criação da regra de incidência e exoneração, invocando e transcrevendo Decisões do STJ. Sustenta que se não consta do art. 353, do RICMS-BA que as remessas interestaduais de tintas para o Estado da Bahia estão sujeitas ao regime de substituição tributária, não há autorização legal que dê suporte ao lançamento do imposto, mormente porque a edição isolada de dispositivo em Convênio interestadual não é suficiente a equivaler à própria regra de incidência. Transcreve escólio de Ricardo Mariz de Oliveira, bem como os arts. 97, 113, § 1º e 114, do CTN, para asseverar que se não há lei em sentido estrito – e nem mesmo a previsão regulamentar ou ratificação por decreto estadual – inexistente o nascimento da obrigação tributária principal, aspecto que, por si só, é suficiente para desconstituir o crédito tributário ora exigido. Transcreve Decisão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda para propugnar pela nulidade do Auto de Infração.

Frisa que pela leitura dos dispositivos legais anteriormente invocados, depreende-se que o recorrente somente estaria submetido às condições determinadas pela legislação paulista se tivesse efetuado operação interna com a circulação dos produtos ora elencados, jamais nas

operações interestaduais. Argumenta que não vinga o entendimento deduzido no Acórdão recorrido relativamente à classificação fiscal, posto que a alegada correspondência entre NCM e NBM não foi posta a debate, e trazê-la ao processo implicaria em ser necessária a avaliação das classificações fiscais mencionadas, até mesmo porque não existe normativo legal que estabeleça a equivalência entre tais classificações fiscais. Assinala que, persistindo a aceitação e modificação da classificação fiscal trazida pela Junta de Julgamento, o recorrente ficaria em situação de completa insegurança, seja porque não existe lei em sentido estrito que estabeleça as equivalências particulares dos produtos entre NCM e NBM, seja por instaurar no processo discussão nova, que não fora aventada desde o início em sede de autuação, impossibilitando o recorrente de, prazo exíguo de 10 dias para interposição do Recurso apresentar justificativas técnicas que afastem a pretensão fiscal de que o endurecedor não se enquadra na pretensão fiscal.

Todavia, argumentando o que lhe é possível, alega que é fabricante de produtos para pintura automotiva e, dentre eles, produtos endurecedores à base de isocianato, o que, além de dinamizar o processo de secagem, enrijecem a película de tinta aplicada. Salienta que na indústria de tintas, catalisadores e endurecedores são substâncias químicas utilizadas com o objetivo de acelerar a secagem dos materiais utilizados (primes, tintas, vernizes), sendo que tais compostos são aplicados em processos onde há necessidade de acelerar uma reação química, a qual, após a reação entre as moléculas do polímero e do endurecedor, passa a fazer parte do produto final. Diz que nesta família são utilizados compostos altamente reativos isocianatos homopolímeros de isocianatos e suas blendas e poliamidas, razão pela qual, neste contexto, deve-se sempre ser utilizada como forma de classificação a origem da substância a ser utilizada como endurecedor ou catalisador, de acordo com a forma que o composto irá reagir com os reagentes. Elenca a classificação de acordo com a TIPI (Tabela de Incidência sobre produtos industrializados):

- 38.24.90.3 – Preparações para borracha ou plásticos e outras preparações para endurecer resinas sintéticas, colas, pinturas ou usos similares.
- 38.24.9031 - Contendo isocianatos de hexametileno.
- 3824.90.32 – Contendo outros isocianatos.

Assim, conclui que todos os produtos contendo homopolímeros de Hexametileno diisocianatos e outros isocianatos são considerados endurecedores e, neste caso, ter-se-ia a classificação fiscal 3824.90.31 para homopolímeros contendo hexametileno diisocianato e 3824.90.32 para outros homopolímeros a base de tolueno diisocianato, isoforona diisocianatos e suas blendas (mistura).

Pugna pela total improcedência da acusação fiscal, devendo ser dado Provimento ao Recurso Voluntário para reformar a Decisão proferida, anulando-se o Auto de Infração e extinguindo-se o crédito tributário.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite seu Parecer opinativo declarando que, ao analisar o presente PAF, verificou à saciedade que tanto a imputação fiscal está absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual (art. 10 e 11 da Lei nº 7014/96, c/c o art. 353, inciso II, item 30 do RICMS/97), como o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7629, de 09/07/1999.

Prossegue aduzindo que não existe fundamento jurídico que ampare a arguição de ofensa ao princípio da legalidade, porquanto o lançamento sob apreço está respaldado nos termos da Lei Complementar nº 24/75, da Lei Estadual do ICMS de nº 7.014/96, do Convênio ICMS 74/94, ratificado pelos Estados da Bahia e São Paulo e das disposições constantes no Regulamento do ICMS/BA. Com efeito, salienta, os elementos essenciais à perfeição de qualquer lançamento tributário estão devidamente caracterizados na hipótese em tela, ou seja, não há dúvidas quanto aos aspectos pessoal, temporal, espacial e quantificador, frisando que as mercadorias NCM 3824.9031 (aglutinantes preparados para moldes ou para núcleos de fundição; produtos químicos e preparação das indústrias químicas conexas ou outras misturas e preparação para borrachas ou plásticos e demais misturas e preparações para endurecer resinas sintéticas, colas, pinturas ou usos similares), pertencem ao grupo NCM 3824.90 e estão sujeitas ao regime de substituição tributária, de acordo com os termos da legislação tributária vigente.

Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

Merece reforma a Decisão recorrida.

Isso porque, à época dos fatos geradores, a NCM nº 3824 não integrava os ditames do Convênio ICMS 74/94, aplicável às operações interestaduais.

Da análise dos autos, mormente no quanto disposto no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fl. 04) e na própria informação fiscal (fl. 73), percebe-se que o autuante lastreou a sua ação fiscal no art. 313, II, do RICMS, cujos efeitos e incidência se circunscrevem, tão-somente às operações internas.

Ora, aqueles instrumentos indicam, de forma cristalina, o NCM nº 3824.90, como sendo objeto da autuação.

Todavia, como já dito, o grupo NCM nº 3824.90 não estava elencado no rol de mercadorias sujeitas à substituição tributária dentro do Convênio ICMS 74/94, aplicável às operações interestaduais, como sói ocorrer no caso vertente.

A invocação trazida pelo julgador de *prime* Grau de que as mercadorias estariam subsumidas ao grupo NCM nº 3823.90, não pode prosperar, posto que tal nomenclatura apenas produziu efeitos durante o período compreendido entre janeiro de 1989 a dezembro de 1995.

Acrescento que na redação atual do Convênio ICMS 74/94, com efeitos a partir de 01/01/09, indicam o grupo 3824, item VIII, como sendo “*Preparações iniciadoras ou aceleradoras de reação, preparações catalísticas, aglutinantes, aditivos, agentes de cura para aplicação em tintas, vernizes, bases, cimento, concretos, rebocos e argamassas*”, completamente distinto da indicação de “*Impermeabilizantes*”, constante da redação do Convênio ICMS 74/94, vigente à época dos fatos geradores (item XI, grupo 3823.90.9999).

Dest'arte, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299166.0096/08-2, lavrado contra **AKZO NOBEL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS