

**A. I. N°** - 148593.0044/08-8  
**AUTUADO** - AKZO NOBEL LTDA  
**AUTUANTE** - JOAQUIM TEIXEIRA LIMA NETO  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**INTERNET** 13.04.09

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0033-05/09**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDA PARA CONTRIBUINTE ESTABELECIDOS NA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É nulo o lançamento em que agentes de tributos realizam atos imanentes aos lançamentos tributários, sem que haja ato formal que expresse a coordenação das atividades por auditor fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 03/06/2008, exige ICMS, no valor histórico total de R\$476,73, e multa de 60%, em razão da retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.

Consta a concessão de Liminar com vistas à liberação das mercadorias apreendidas, conforme orientação sedimentada na Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal. (fls. 13/14)

O autuado ingressa com defesa, fl.20 a 32, na qual aponta que há um erro formal no Auto de Infração, posto que não se pode aceitar que o lançamento fiscal seja pautado em Convênio, celebrado entre as Unidades Federativas, já que o sistema tributário nacional dispõe que o crédito tributário seja determinado tão somente através de lei.

Dessa forma conclui-se que o lançamento é nulo de pleno direito, por falta de requisito de validade. No entanto, caso não seja acatada a referida preliminar de nulidade, cumpre discutir sobre o enquadramento legal que pretende o fiscal atribuir ao mesmo, para que se submeta ao regime de substituição tributária sobre os produtos comercializados a pessoas jurídicas domiciliadas no Estado da Bahia.

Alega que no Estado da Bahia o Convênio ICMS 74/04 foi devidamente ratificado, nos termos da Lei Complementar nº 24/75, através dos Decretos nºs 3.377/94 e 45.490/2000 (Regulamento do ICMS), respectivamente, que determinam em quais condições e quais produtos serão submetidos ao referido regime.

Transcreve a legislação do Estado da Bahia e de São Paulo e faz uma comparação entre as duas quanto aos produtos ali constantes.

Afirma que, pela leitura de tais dispositivos, verifica-se que estaria submetido às condições determinadas pela legislação paulista, se tivesse efetuado operação interna com a circulação dos produtos elencados.

Alega que todos os produtos relacionados às operações com tintas, vernizes e outros produtos da indústria química, que derem saída a estabelecimentos localizados nos respectivos Estados, estão submetidos ao regime de substituição tributária, e para a determinação da base de cálculo, em caso de inexistência do preço mínimo ou único de venda, a ser praticado pelo contribuinte

substituído, fixado por autoridade competente, ou de preço final a consumidor ou sugerido pelo fabricante ou importados, será de 35% o percentual de margem de valor agregado (preço do produto acrescido de frete, tributos e outros encargos transferíveis ao adquirente).

Com relação à Nota Fiscal nº 447.826 afirma que procedeu corretamente, ao regime de substituição tributária para os produtos relacionados nas legislações de regência, onde foram remetidos a estabelecimentos localizados no Estado da Bahia, com exceção do produto denominado “Endurecedor”, enquadrado na classificação fiscal NCM 3824.9031 (*Aglutinantes preparados para moldes ou para núcleos de fundição: produtos químicos e preparações das indústrias químicas ou das indústrias conexas/outros/ mistura 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 ao regime de substituição tributária, conforme se verifica na legislação do Estado de São Paulo.

Aduz que o autuante procedeu ao lançamento em combate, para exigir o recolhimento do ICMS/substituição tributária justamente com relação ao produto que não está elencado na lei para substituição do referido regime, conforme o cálculo de demonstração.

Dessa forma, tal exigência (cobrança do ICMS/substituição tributária incidente sobre produto que não está no rol atribuído pela legislação de regência) é totalmente inconstitucional, por afrontar o artigo 150, inciso I da Constituição Federal que determina o princípio da legalidade tributária, segundo o qual “*é vedado à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*”. Isso porque não há na legislação fiscal relativa ao regime de substituição tributária o produto “endurecedor”.

Alega que havendo equívoco fiscal, à vista de não haver fato impositivo para a exigência em comento, deve a Administração sanar tal irregularidade.

Esclarece 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, haja vista que se não há previsão na legislação de determinado fato, não há que se falar em ocorrência do fato gerador, que diz respeito à ocorrência de um fato hipotético, previsto na lei, conforme o critério material nela determinado.

Requer a desconstituição total do crédito tributário e o consequente cancelamento do auto.

O autuante presta informação fiscal, fl. 69, e relata que o autuado entende que os itens constanres na Nota Fiscal de fls. 6/7, referente ao produto “endurecedor” não estaria sob sua responsabilidade quanto à retenção e consequente recolhimento do ICMS da substituição tributária, visto que, no seu entendimento, tal produto não está previsto na legislação do Estado de origem, como sujeito ao regime de substituição tributária.

Afirma que este não é o seu posicionamento, pois o referido produto estaria enquadrado no dispositivo do art. 353, II, item 16, do RICMS/BA, quando se refere a “*outros impermeabilizantes NCM 3715.00.00, 3215.10.10, 3214.90.00, 3506.99.00 e 38.24.90 – Redação dada pela alteração nº 7 (Decreto nº 7365, de 01/07/98), sujeito, portanto, ao regime de substituição tributária, como previsto por meio da lavratura do respectivo auto de infração*”.

Requer que seja mantido o Auto de Infração, em todos os seus termos e, ao final, julgado totalmente procedente.

## VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à retenção a menos de ICMS e conseqüentemente à falta de recolhimento do imposto pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo

às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes estabelecidos no Estado da Bahia, estando o estabelecimento autuado localizado no Estado de São Paulo.

Conforme descrito no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 145385, fl. 04, a mercadoria objeto do lançamento fiscal é “endurecedor”, coonstante na Nota Fiscal nº 447826, emitida em 29/05/2008, cuja 1ª via encontra-se à fl. 07 do PAF, de classificação fiscal 31, correspondente à NCM 3824.90.31.

No compulsar dos autos, verifico que a Memória de Cálculo, fl. 08, que lastreou a formação da base de cálculo do imposto exigido, está assinada por agente de tributos, Cadastro nº 232323-1, fato que fulmina de nulidade o Auto de Infração, haja vista que o a memória de cálculo, é elaborada com vistas à determinar a matéria tributável, e calcular o montante do tributo devido, procedimento privativo de auditor fiscal, que serve de lastro ao lançamento tributário.

Tal entendimento está preconizado no art. 7º da Lei nº 8.210/02, combinado com o art. 6º, II, da mesma lei, em que os atos praticados pelos agentes públicos, constituem-se condutas auxiliares aos procedimentos de fiscalização, executados pelos auditores fiscais.

Já a conduta de coordenação, está atrelada à concreção ao ato administrativo de lançamento, com redação no art. 142 do CTN, que atribui a competência privativa à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim, entendido o procedimento tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Outro não foi o entendimento manifestado pela PGE/PROFIS, em Parecer do Douto Procurador José Augusto Martins Júnior, no qual adota a posição de que *“os atos praticados de forma isolada pelos agentes de tributos carecem de elemento essencial à sua validade, qual seja a formal participação de auditor fiscal vinculado ao ato de fiscalização, no sentido de coordenar estas atividades, restando desta forma, eivados de vício de origem e, mais que isto, sem possibilidade de convalidação.”*

No presente caso, houve violação art. 41, I, e II do RPAF/99, e ainda violação ao art. 107 do COTEB.

Portanto, nulo o presente Auto de Infração, conforme entendimento acima manifesto, que concordo.

Neste caso, represento à autoridade Fazendária, para que o ato administrativo seja refeito a salvo de erros e incorreções, conforme art. 21 do RPAF/99

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 148593.0044/08-8, lavrado contra AKZO NOBEL LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JORGR INÁCIO DE AQUIINO - JULGADOR