

A. I. N° - 279738.0164/08-4
AUTUADO - BASF S/A
AUTUANTE - ILDEMAR JOSÉ LANDIN
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 18.05.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0109-02/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS DE SAÍDAS DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao fabricante de tintas, vernizes, esmaltes e lacas a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subseqüentes, a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Refeitos os cálculos com redução do valor autuado. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/06/2008, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$222.242,91, em razão de proceder a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.

O autuado impugna o lançamento tributário, fls. 61 a 94, mediante advogado habilitado nos autos, aduz que é fabricante de diversos produtos químicos, dentre eles tintas e vernizes, comercializado Aguarrás Mineral com a finalidade de solvente de tintas, assim como outros solventes, catalisadoras para vernizes etc., estando sujeita aos ditames do Convênio ICMS 74/94, específico para as indústrias do setor, ratificado pelo Convênio nº 86/95, que estabelecia substituição tributária para o produto Aguarrás Mineral, que era observa pelo autuado. Todavia, com o advento do Convênio ICMS 86/95, foi alterado o dispositivo que incluía o referido produto entre aqueles sujeitos à substituição tributária, tendo deixado de realizar a substituição.

Reconhece a procedência de parte da infração acostando cópia do DAE.

Ainda em sede de preliminar, alega que o Auto possui vícios de ordem formal em sua elaboração, o que enseja decretação de sua nulidade, tais sejam que foi imputado ao autuado a prática de retenção a menor do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição em operações realizadas com o produto aguarrás, deste modo, firmado em equivocadas premissas, lançou a autoridade fiscal o presente Auto de infração adicionando o valor agregado de 35% para todas as operações perpetradas pelo autuado, tendo o autuante entendido que 100% dos produtos verificados tratavam-se de aguarrás e foram remetidos para fins de revenda, o que não condiz com a realidade fática.

Aduz que se pode denotar da documentação colacionada ao Auto que parte das operações escolhidas pela fiscalização foram efetivadas sob a espécie de venda para uso e/ou consumo, onde deveria ser calculado apenas e tão somente o valor do difere portanto, sem agregar a margem de 35%. Em tais casos não s

incidência de adição de margem tendo em vista que não há a figura do substituto tributário, mas apenas de consumidor final, citando o Anexo 86 do RICMS/BA que versam sobre a imputação de margem de valor agregado em operações de revenda.

Aduz que tal margem também foi equivocadamente aplicada para operações não sujeitas ao regime de substituição tributária: aguarrás (NCM 2710.11.30), batoque (3923.50.00), catalisadores (3824.90.30), pois tais produtos não poderiam ter o lançamento da margem de 35%, por não possuir suas classificações tarifárias previstas em lei vigente como sujeitas ao regime de substituição tributária.

Aponta, ainda, como vício formal insanável, a utilização de MVA completamente discrepante do previsto no Convênio 74/94, que indica a alíquota de 35% e não 30%. Deste modo, não sendo respeitado o princípio estampado no art.142 do CTN, qual seja, ato vinculado.

Discorre sobre as inconstitucionalidades da “substituição tributária para frente”, entendendo que o legislador do Estado da Bahia não poderia ter instituído o sistema de substituição tributária para o caso, tendo em vista tal sistema ser discrepante das normas constitucionais vigentes.

Alega que a Emenda Constitucional nº 03 é inconstitucional, o que mantém a inconstitucionalidade da substituição tributária para frente.

Reitera a alegação quanto da aplicabilidade do Convênio 74/94 às indústrias químicas e da exclusão dos produtos dentre os sujeitos à substituição tributária.

Frisa que houve equívoco acerca do entendimento dado pela fiscalização ao dispositivo do Convênio ICMS 03/99, pretendendo instituir substituição tributária para aguarrás comercializado pela indústria de tintas sem qualquer amparo legal, transcrevendo trecho de legislação do Estado de São Paulo para embasar sua tese somente se aplica ao estabelecimento distribuidores de combustíveis.

Assevera que a multa de 60% e a taxa SELIC são inconstitucionais e os juros são inaplicáveis na presente lide, por entender que somente é possível se a “*autoridade alfandegária venha a ganhar a demanda em sede administrativa de forma definitiva*”.

Ao final, requer pela nulidade da autuação ou pela procedência parcial, acatando o pagamento efetuado relativa ao auto de infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 109 a 112, em relação aos argumentos de inconstitucionalidade da substituição tributária, da multa, juros e taxa selic, ressalta que o Art. 167, I, do RPAF, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Ressalta que o argumento defensivo de que o autuado não está entre aqueles contribuintes elencados no Conv. 03/99 foi embasado em legislação de outro estado, Estado de São Paulo, não podendo ser aceito pelo Estado da Bahia.

Frisa que o contribuinte substituto não assume esta condição por uma questão subjetiva, ao desempenhar ou não tal ou qual atividade. A sua condição ocorre a partir do momento em que ela realiza operações de comercialização de produtos sujeitos à substituição tributária. Logo, uma empresa que comercialize uma ampla variedade de produtos pode estar sujeita à incidência da substituição tributária prevista em diferentes convênios.

Quanto ao argumento de inaplicabilidade da substituição tributária para aguarrás mineral, batoque e catalisadores, acata em relação aos dois últimos justificando que houve um erro de sistema que incluiu algumas notas fiscais com catalisadores e batoque. Em relação ao aguarrás mineral assevera que encontra-se incluído no Conv. 03/99.

Acata o argumento defensivo da aplicação indistinta da MVA de 35% em todas as notas fiscais inclusive daquelas que se destinavam ao uso e/ou consumo, deve

ainda em relação ao MVA, em relação as demais operações a MVA correta é de 56,63% para os estados cuja alíquotas interna é 17%, no caso da Bahia.

Aduz que refez o levantamento fiscal, considerando as situações acima, de forma explicativa em que aparecem apenas o produto aguarrás mineral, nota por nota, com aplicação do diferencial de alíquota para as operações de uso e/ou consumo e com aplicação de MVA de 56,63% para as operações destinadas à revenda.

Ressalta que o contribuinte autuado vem sistematicamente deixando de pagar o ICMS-ST do aguarrás mineral, sendo objeto de autuações anteriores, conforme pode se verificar no sistema INC, com processos já em fase de ajuizamento e inscrição em dívida ativa.

À folha 113, o autuante acostou novo demonstrativo de débito relativo ao período ao período de janeiro a dezembro de 2005, reduzindo o débito reclamado para R\$ 24.721,65.

Em nova manifestação defensiva, após receber cópia da informação fiscal e do novo demonstrativo, o impugnante reitera o argumento de constitucionalidade do regime da substituição tributária, aplicação da selic, multa e dos juros de mora.

Rebate o fato de que estaria a impugnante sujeita à incidência do Convênio 03/99 pelo simples fato de algumas operações que por vezes praticada. Assevera que o convênio 03/99 escolheu contribuinte completamente diverso para figurar na lei individual e concreta, não podendo jamais o autuado ser incluída na presente demanda. Por esse motivo, devem ser desconstituídos os créditos advindos de operações com aguarrás mineral, posto que a ora peticionária não é alvo do supra mencionado convênio.

Quanto à exclusão dos lançamentos efetivados pelas vendas de batoque e catalisadores, diz concordar, posto que atendem exatamente não apenas ao pedido da peça de defesa vestibular da ora peticionária, mas também a legislação vigente que em momento elegeram tais produtos ao constitucional sistema de substituição tributária para frente.

Aduz que a auditoria fiscal esqueceu apenas de indicar que o lançamento perpetrado deve ser revisado pelo órgão competente, abrindo-se novo prazo para nova impugnação, alegando nulidade. A principal razão de tal necessária declaração de nulidade e revisão do lançamento é conceder ao contribuinte o acesso ao princípio da ampla defesa e do contraditório, com prazo estabelecido na legislação para nova impugnação

Também concorda com o argumento de que deve ser excluída a margem de valor agregado (MVA) nas operações destinadas a uso e consumo, posto que, esta é a regra cogente para fins de apuração de ICMS em todas as Unidades da Federação, não se podendo concordar com a aplicação da MVA de 56,63% prevista no Convênio 03/99.

Ao final, requer a nulidade do auto de infração e, em caso de retificação do auto de infração seja conferido novo prazo para o contribuinte apresentar nova impugnação.

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de constitucionalidade da substituição tributária estadual, da Emenda Constitucional nº 03, da multa de 60%, dos juros e da taxa SELIC, não podem ser apreciadas por este colegiado, pois, ao teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99, a apreciação da constitucionalidade da legislação tributária estadual e de emenda constituição nacional não se inclui na competência deste órgão julgador.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que o fato de o produto encontrar-se ou não sujeito a incidência de ICMS Substituição Tributária, assim como se é devido ou não a inclusão de MVA é questão de mérito, a qual será analisada em seguida.

De igual modo, não acolho o argumento de nulidade arguido na 2ª argumento de que não teria constado da informação fiscal

manifestação do sujeito passivo, uma vez essa informação é totalmente dispensável constar da informação. O que é necessário, e foi atendimento do órgão preparador, é que o sujeito passivo foi devidamente intimado do prazo legal para se manifestar sobre a informação fiscal e do novo demonstrativo, os quais lhe foram entregues mediante recibo.

Ressalto que o sujeito passivo após receber cópia da informação fiscal, do novo demonstrativo e da intimação sobre o prazo legal volta a se manifestar, exercendo plena e amplamente seu direito de defesa.

Pelo acima exposto e também por não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação de nulidade, afasto a citada preliminar.

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.

No mérito, devo registrar que a lide no presente caso persiste, após a revisão fiscal realizada pelo autuante quanto da informação fiscal, exclusivamente, em relação ao produto aguarrás mineral (NCM 2710.11.30).

O produto em questão, foi incluído no regime de substituição tributária mediante Convênio ICMS 74/94, pois contava do Anexo do referido convênio (que dispõe sobre regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química), no item XII, ou seja, constava o produto Aguarrás Mineral, classificado na posição NBM/SH 2710.00.9902 no citado Convênio, até 20/11/95. A partir do Convênio ICMS 03/99, ficou estabelecido 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, ou seja, o mencionado Convênio dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos, constando o produto aguarrás mineral, no § 1º, inciso I alínea “b” do referido Convênio ICMS.

No que tange a alegação defensiva de que, por ser o autuado uma indústria do ramo químico, não tendo nenhuma relação com o refinamento de petróleo ou com a distribuição de combustíveis, não poderia figurar como substituto tributário, tal alegação não pode ser acolhida, tendo em vista que a sujeição passiva por substituição com retenção do imposto é decorrente da comercialização do produto, Aguarrás Mineral, e não em razão da atividade do estabelecimento que estava participando da operação de comercialização.

Não pode ser acolhido o argumento defensivo de que não se encontra na qualidade de sujeito passivo por substituição tributário em operações realizadas com o produto aguarrás, pois a defesa se baseou em legislação de outra unidade da Federação, o Estado de São Paulo, uma que a citada legislação tem a sua aplicação restrita àquela unidade da Federação, não possuindo o condão de modificar o previsto na legislação tributária baiana.

Por sua vez, o entendimento reiterado do CONSEF, materializado em seus julgados, somente a título de exemplo, cito os Acórdãos CJF N° 0033-11/09, JJF N° 0183-02/08, CJF N° 0386-11/08, CJF N° 0057-11/09 e JJF N° 0092-04/07, tem sido no sentido de que a lei atribui ao fabricante de tintas, vernizes, esmaltes e lacas a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subsequentes, a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

Devo ressalta, ainda, que o contribuinte já foi anteriormente autuado pela mesma infração, ou seja, proceder a retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia de aguarrás mineral, somente a título de exemplo, cito os Acórdãos CJF N° 0033-11/09 e CJF N° 0179-11/08, todos mantendo a autuação.

Ante ao acima exposto, acolho integralmente o novo demonstrativo de débito revisando pelo autuante quando da informação fiscal, acostado à folha 113 dos autos, o qual foi entregue ao sujeito passivo que concordou com os valores revisados, exceto em relação ao produto aguarrás mineral o que já foi analisado acima, estando correta a MVA aplicado na revisão fiscal, uma vez que se encontra previsto no Convênio ICMS N° 03/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$24.721,65, conforme abaixo:

MESES	ICMS DEVIDO
jan/05	1.008,62
fev/05	1.999,33
mar/05	2.554,99
abr/05	1.853,99
mai/05	945,41
jun/05	1.510,11
jul/05	1.572,01
ago/05	2.545,71
set/05	1.710,72
out/05	2.714,01
nov/05	1.878,66
dez/05	4.428,09
TOTAL	24.721,65

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279738.0164/08-4, lavrado contra **BASF S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.721,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR