

**A. I. N°** - 210943.0012/09-9  
**AUTUADO** - TUNKER QUÍMICA LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO  
**INTERNET** 05.07.2010

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0157-05/10**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. 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 subseqüentes 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. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 05/10/2009, foi lançado ICMS no valor de R\$1.660,14, acrescido da multa de 60%, por falta de retenção e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos n° 210943.0087/09-9 (fl.5), que o contribuinte não reteve em favor da Bahia o ICMS referente às operações subseqüentes a serem promovidas pelo destinatário das mercadorias constantes na Nota Fiscal n° 04672, nos termos do Convênio ICMS 74/94.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 21 e 22, apresentando as seguintes razões para a anulação do Auto de Infração:

1. Produto não enquadrado no Convênio ICMS 74/94 e seu anexo 10408, item III, que se refere a operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, e não de um reparador de fendas para uso exclusivo em britadores na indústria de mineração conforme descrito detalhadamente em anexo e comprovado através de um pedido original da empresa CVRD;
2. Conforme consulta à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo em anexo, o produto TEC BOND (NCM 3907.30.11), não está sujeito à substituição tributária;
3. O destinatário da mercadoria, JTT COMÉRCIO DE PEÇAS PARA AR COMPRIMIDO LTDA, tem como regime tributário o Simples Nacional e recolhe o ICMS de integração no Estado da Bahia por antecipação, comprou a mercadoria envolvida e contratou a Transportadora Lufex Transportes Ltda, com frete na modalidade a pagar no destino.

Conclui pelos documentos apresentados, que:

- a) A Tunker Química Ltda, fabricante do produto TEC BOND, e que o mesmo, conforme Convênio ICMS 74/94 e seu anexo 10408, com efeitos a partir de 01/01/2009, não se enquadra em nenhuma das posições ou subposições, conforme descrição detalhada do mesmo anexo;
- b) Como já houve o destaque do ICMS por parte da emitente, Ti mesma um contribuinte que não está enquadrado com seu prod

tributária, não poderia haver a bi-tributação para o estado da Bahia, devido ao recolhimento antecipado pelo destinatário e comprador do referido imposto.

Finalizando, diz que o Auto de Infração é incabível, pelos seguintes motivos:

1. Ocorreu confusão do Agente Fiscal ao notificar o autuado, confundindo operação de antecipação com substituição tributária;
2. O contribuinte emitente não pode ser identificado como sujeito passivo em uma operação interestadual com frete pago pelo destinatário que envolve compra com um produto não enquadrado no Convênio ICMS 7494.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 40 e 41, dizendo que se trata de exigência de ICMS relativo às operações subseqüentes do produto TEC-BOND que, conforme as explicações do impugnante, um tipo de adesivo à base de resina de epóxi utilizado na estrutura interada das britadeiras para absorção de impactos de modo que, situando-se na posição 3907 (item VI do anexo do Convênio ICMS 7494) da Nomenclatura Comercial do Mercosul (NCM) que reproduz, se sujeita às regras da substituição tributária interestadual.

Aduz que o impugnante arrazoando que o acordo interestadual refere-se a tinta, vernizes e outras mercadorias da indústria química, tenta fazer crer que, embora a Tunker seja uma empresa do ramo químico, o produto não é formulado por uma indústria química e, além disso, não entende que o item VI do anexo do Convênio ICMS 7494, objetivamente, inclui as mercadorias codificadas na posição 3907 da NCM, por isso, resta apenas a indagação quanto ao uso, ou não, da mercadoria pelo destinatário.

Considerando, portanto, que o Convênio ICMS 7494 não adotou critérios subjetivos em relação às mercadorias incluídas no seu anexo único, entende que deve ser declarada a Procedência do Auto de Infração.

## VOTO

O presente lançamento se refere a exigência de ICMS por falta de retenção e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia do produto TEC-BOND.

O autuado impugnou o lançamento de ofício dizendo: a) que o produto não está enquadrado no Convênio ICMS 7494 e seu anexo 10408, item III, que se refere a operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, e não de um reparador de fendas para uso exclusivo em britadores na indústria de mineração conforme descrito detalhadamente em anexo e comprovado através de um pedido original da empresa CVRD; b) que, em consulta, a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo respondeu que o produto TEC BOND (NCM 3907.30.11), não está sujeito à substituição tributária; c) que o destinatário da mercadoria, JTT COMÉRCIO DE PEÇAS PARA AR COMPRIMIDO LTDA, tem como regime tributário o Simples Nacional e recolhe o ICMS de integração no Estado da Bahia por antecipação, comprou a mercadoria envolvida e contratou a Transportadora Lufex Transportes Ltda, com frete na modalidade a pagar no destino.

Por sua vez, o autuante informou que se trata de exigência de ICMS relativo às operações subseqüentes de um tipo de adesivo à base de resina de epóxi utilizado na estrutura interada das britadeiras para absorção de impactos de modo que, situando-se na posição 3907 (item VI do anexo do Convênio ICMS 7494) da Nomenclatura Comercial do Mercosul (NCM) que reproduz, se sujeita às regras da substituição tributária interestadual.

Compulsando os autos e os analisando detidamente, constato a razão assistir ao autuante quanto ao mérito, pelas seguintes razões:

- a) Os produtos que se sujeitam à substituição tributária em razão discriminados no Anexo Único do citado convênio;
- b) O próprio autuado afirma que a mercadoria objeto da autuação é, portanto, um produto impermeabilizante;

- c) O código NBMSH em que se enquadra a mercadoria (3907), consta tanto do item III do Anexo Único ao Convênio ICMS 74/94 referindo-se a massas, pastas, ceras, eucáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, polimento ou conservação – no qual o autuado se fundamenta para negar a obrigação pela substituição tributária – quanto do item VI do mesmo dispositivo, que se refere a produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas e adesivos, no qual se enquadra o produto veiculado no presente auto;
- d) Embora a íntegra da consulta à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo nem tampouco a íntegra da respectiva resposta esteja nos autos, a parte da resposta que foi transcrita no documento de fls. 17 a 19 elaborado pelo escritório de advocacia Nouredine & Campeão advogados, não diz que o produto em discussão não está sujeito à substituição tributária, mas apenas que a *“classificação 3907 está na ST de Tintas, Vernizes e Outros Produtos da Indústria Química – art. 312 do RICMS-SP e que o enquadramento ou não na ST é de responsabilidade do próprio contribuinte, que conhece seu produto”*. O que observo no documento em que se sustenta o autuado para entender-se desobrigado da ST no caso, é que a parecerista, escudando-se em informações que lhe foram passadas pelo próprio autuado, toma a Decisão Normativa CT nº 03/2008 destinada a empresas do setor automotivo para entender que, analogicamente, poderia ser aplicada em operações do autuado com o produto TEC BOND, no sentido de desobrigá-lo da responsabilidade de retenção do ICMS por substituição tributária, interpretação que entendo equivocada.

No que se refere à base de cálculo do imposto exigido, a vejo correta na forma demonstrada à fl. 3, pois nela não se compõe o valor do frete pago pelo destinatário das mercadorias.

Quanto à alegada bitributação pelo fato de o destinatário ser contribuinte enquadrado no Simples Nacional, também não há pertinência tendo em vista que as operações com mercadorias sob substituição tributária não compõem a base de cálculo da tributação sob esse regime.

Portanto, pelo exposto evidencia-se 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 subseqüentes 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 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210943.0012/09-9**, lavrado contra **TUNKER QUÍMICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.660,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE FERNANDO DE ALMEIDA – RELATOR