

**A. I. Nº** - 206978.0001/10-7  
**AUTUADO** - BASF S.A.  
**AUTUANTES** - JOSÉ AUGUSTO DOS SANTOS e HERMINDA DURAN RODRIGUEZ BRITO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 07. 10. 2010

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0279-01/10

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS DESTINADAS A CONTRIBUINTE LOCALIZADO NESTE ESTADO. **a)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. **a-1)** MERCADORIAS DIVERSAS. Infração reconhecida. **a-2)** AGUARRÁS. Nas operações realizadas com base em acordos interestaduais, cabe ao remetente das mercadorias sujeitas à substituição tributária, por força de convênios ou protocolos, efetuar a retenção e o recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição. A defesa alegou que a aguarrás mineral objeto da autuação tem a “finalidade de solvente de tintas”, mas 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. Infração caracterizada. **b)** RETENÇÃO DO IMPOSTO A MENOS. Infração não impugnada. Não apreciadas as arguições de inconstitucionalidade e indeferidos os pleitos pela redução ou exclusão da multa concernente à infração 02. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2010, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente ao ICMS no valor de R\$105.301,36, acrescido da multa de 60%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de proceder à retenção e ao consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de agosto e outubro de 2009, exigindo o imposto no valor de R\$4.615,25. Consta que se refere às notas fiscais relacionadas nos Demonstrativos de Apuração do ICMS ST não Retido Conv. nº 74/94;

02 – deixou de proceder à retenção e ao consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2008 e janeiro a novembro de 2009, exigindo o imposto no valor de R\$90.029,95. Consta que se refere às notas fiscais relacionadas nos Demonstrativos de Apuração do ICMS ST não Retido do produto aguarrás;

03 – procedeu à retenção a menos do ICMS e ao consequente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes

contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de abril de 2008 e novembro de 2009, sendo exigido o imposto no valor de R\$10.656,16. Consta que se refere às notas fiscais relacionadas nos Demonstrativos de Apuração do ICMS ST Retido a Menor Conv. nº 74/94.

O autuado, através de advogada legalmente constituída, apresentou impugnação às fls. 101 a 129, aduzindo que fabrica diversos produtos, inclusive tintas e vernizes, comercializando diversos produtos, dentre eles a aguarrás. Realça que, por ser uma indústria química e comercializar a aguarrás com a finalidade de servir de solvente de tintas, está sujeito às diretrizes do Convênio ICMS 74/94, que foi ratificado pelo Convênio ICMS 86/95.

Salienta que cumpria fielmente o previsto naquele Convênio, porém, com o advento do Conv. 86/95, foi alterado o dispositivo que incluía a aguarrás mineral no rol dos produtos das indústrias químicas sujeitas à substituição tributária, exonerando-o daquele encargo, razão pela qual deixou de proceder ao recolhimento do imposto por substituição tributária, já que não havia mais embasamento legal para aquele procedimento. Assim, ficou surpreso ao ser intimado sobre este lançamento, por pretender cobrar ICMS em razão de o impugnante estar supostamente obrigado a recolher tal tributo.

Ressalta que por concordar com parte da autuação, recolherá os valores relacionados à infração 01, uma vez que realmente não foi destacado o ICMS-ST nas Notas Fiscais nºs 3.720 e 6.948, por um equívoco de cadastro. Quanto à infração 03, igualmente efetuará o recolhimento, pois por equívoco interno efetuará recolhimento a menor.

No que se refere à infração 02, se insurge contra o lançamento, alegando que a substituição tributária “para frente” é inconstitucional, pois o legislador estadual não é livre para moldar o ICMS à sua vontade, mesmo sendo o imposto de sua competência, devendo respeitar as normas constitucionais, principalmente aquelas destinadas a limitar o poder de tributar dos entes federativos, tendo em vista que, ao ser eleito o sujeito passivo da obrigação fiscal através do sistema de substituição tributária, onera-se pessoa estranha à ocorrência do fato gerador. Isto porque, não se pode compelir sujeito que não participou da relação de circulação de mercadoria a recolher tributo sobre a circulação, não podendo o legislador indicar como responsável tributário pessoa desvinculada da relação descrita na norma de hipótese de incidência, atribuindo-lhe a obrigação de pagar imposto sem que tenha efetivamente praticado a circulação.

Discorre sobre a figura da substituição tributária “para frente”, na qual se parte do pressuposto de que o fato imponible ocorrerá no futuro, sendo que este tanto pode realmente acontecer como não, lembrando, quanto a esse aspecto, que a Constituição Federal de 1988 veda a tributação baseada em fatos de provável ocorrência. Considera que, para a aplicabilidade da substituição tributária de forma adequada, é preciso que ela se baseie em fatos ocorridos, nunca em fatos de ocorrência incerta, tratando-se de barreira inafastável, por integrar os direitos e garantias que a CF/88 confere ao contribuinte, o que torna a substituição tributária inconstitucional, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº. 03/93, já que esta é tão inconstitucional quanto o sistema da substituição tributária, por afrontar o princípio da segurança jurídica das relações, que é cláusula pétrea, não podendo ser objeto de reforma ou afronta por meio de emenda constitucional.

Cita comentário de Geraldo Ataliba acerca do emprego prudente das presunções e ficções nas leis civis, comerciais e administrativas, lembrando que a CF/88 veda que isso seja feito em matéria penal e tributária. Reporta-se, em seguida, a outros princípios que teriam sido desrespeitados pela referida Emenda, a não-confiscatoriedade e a não-cumulatividade.

Faz uma explanação a respeito da estrutura lógica da norma jurídica tributária, destacando os critérios que se agasalham no antecedente (material, espacial e t norma (quantitativo e pessoal), concluindo que a substituição tribu CF/88, uma vez que com relação à temporalidade, a incidência d

mercadoria, porém, naquele sistema, o momento é antecipado ao arrepio da CF/88, pois a lei presume que no futuro a mercadoria sairá do estabelecimento, cabendo ao responsável recolher o imposto. Entende que não está sendo atendido o critério temporal, já que o fato jurídico tributário ainda não ocorreu. O mesmo se verifica quanto ao critério pessoal, haja vista que o responsável pelo recolhimento, contribuinte de fato, nada tem a ver com a futura circulação da mercadoria.

Trata sobre a aplicabilidade do Convênio 74/94 às indústrias químicas e quanto à exclusão do produto aguarrás (código 2710.00.9902 da NBM/SH) do rol dos que são passíveis de substituição tributária. Realça que as indústrias químicas que comercializam solventes estão submetidas àquele Convênio, porém os autuantes não observaram as alterações trazidas pelo Convênio ICMS 86/95.

Destaca que o Convênio ICMS 74/94 é específico para as indústrias químicas de tintas, trazendo em sua redação original a substituição tributária para aguarrás mineral (NBM/SH 2710.00.9902), entretanto através do Convênio 86/95, tal disposição foi alterada, com a exclusão expressa do item XII do Convênio 74/94 da aguarrás mineral da posição 2710.00.9902. Frisa que se o CONFAZ pretendesse manter a substituição tributária para aquela posição desse produto, não a teria excluído por meio do Convênio 86/95.

Assevera que tanto seu entendimento está correto, isto é, que durante um determinado período o produto classificado na posição 2710.00.9902 não estava sujeito à substituição tributária, que através do Convênio 104/08, com efeitos a partir de 01/01/2009, foi recolocada aquela posição da mercadoria na referida sistemática tributária. Por esta razão, conclui que durante aquele período a substituição tributária para operações com aguarrás mineral na citada posição somente era admissível em relação às refinarias, importadores e distribuidores de combustíveis.

Com base nessa conclusão, enfatiza que ocorreu uma afronta aos princípios constitucionais da legalidade, da tipicidade e do não-confisco, por falta de amparo legal nas normas vigentes, para enquadrar os produtos no sistema da substituição tributária. Aduz que se verifica neste caso ofensa ao disposto nos artigos 5º, inciso II e 150, inciso I da Constituição Federal. Desse modo, ressalta que fica patente a tentativa de confisco de patrimônio do contribuinte.

Com suporte no princípio da estrita tipicidade e vinculação dos atos públicos, acha que mesmo com a alteração promovida pelo Convênio 104/08, não existe obrigação de aplicação da substituição tributária para o produto da posição 2710.00.9902, uma vez que não há definição específica dessa posição, haja vista que na alteração há apenas a indicação da posição 2710, não descrevendo-se o seu necessário complemento. Tendo em vista que as normas tributárias devem ser específicas, entende que a alteração com efeitos a partir de 2009 não se aplica ao produto em tela, por ausência de sua definição específica.

Aborda, em seguida, sobre as razões pelas quais considera que o Convênio ICMS 03/99 se aplica apenas às refinarias, aos importadores e aos distribuidores de combustíveis, não se aplicando às indústrias químicas, como é o seu caso. Observa que o referido Convênio, em seu capítulo III, apresenta as seguintes seções: “Das disposições preliminares”, “Das operações realizadas por transportador revendedor retalhista – TRR”, “Das operações realizadas por distribuidor de combustíveis ou importador” e “Dos procedimentos da refinaria de petróleo ou suas bases”.

Reproduz o art. 412 do Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo, visando indicar o entendimento que se verifica em outros estados. Alega que nas operações interestaduais envolvendo qualquer estado, pois todos são signatários do Convênio, o responsável por substituição é o distribuidor de combustíveis ou o importador. A seu ver, a interpretação dada pelo fisco paulista está de acordo com o alcance da autorização conferida aos estados.

Argumenta que por essas razões, o Auto de Infração é ilegal, uma referido Convênio para a instituição de substituição tributária nas

mineral realizadas pelas indústrias químicas de tintas, não havendo embasamento legal para amparar a autuação, sob pena de ofensa ao art. 9º da Lei Complementar nº. 87/96, segundo o qual a adoção daquele regime tributário depende de acordo específico entre os estados envolvidos. Enfatiza que tendo em vista que a autorização conferida aos estados pelo Convênio ICMS 03/99 contempla apenas as operações promovidas por distribuidoras de combustíveis, importadoras e refinarias e suas bases, não é legítimo atribuir a responsabilidade às indústrias químicas.

Fazendo uso da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto Lei 4.657/42), salienta que de acordo com o § 1º do art. 2º, a lei posterior revoga a anterior quando assim dispuser ou quando for incompatível ou quando regule inteiramente a matéria que a antiga tratava. Já o § 2º diz que a lei nova que traga disposições a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior. Entende que, desse modo, o lançamento deve ser desconstituído, por ausência de amparo legal.

Em suma, assevera que o Convênio 74/94 é uma norma especial que regula a atividade específica das indústrias químicas e nos termos do art. 2º da LICC, não havendo prazo de validade para tal norma, nem mesmo função, deve permanecer válida até que seja formalmente extinta. E nos termos do seu § 1º, a parte destinada à substituição tributária do produto aguarrás NBM/SH 2710.00.9902 foi derogada expressamente pelo Convênio 86/95.

Daí, conclui que nos termos do § do art. 2º da LICC, o Convênio 03/99 trouxe norma especial para as refinarias, porém em nada inovando ou alterando as normas atinentes às empresas químicas, não tendo o condão de revogar os ditos do Convênio 86/95. E também por essa razão, o lançamento é completamente ilegal, motivo pelo qual deve ser integralmente anulado.

Protesta contra a aplicação da multa estipulada, frisando que é confiscatória e contraria os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia. A respeito do aspecto confiscatório comenta lições proferidas por Ricardo Corrêa Dalla.

Pede que sejam deferidos os pleitos apresentados, em especial a inaplicabilidade da substituição tributária, desconstituindo o crédito tributário para o produto aguarrás mineral (2710.11.30), declarando insubsistente o Auto de Infração; alternativamente, pede que seja desconstituída a multa confiscatória de 60%; que seja a multa reduzida, atendendo-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Os autuantes prestaram Informação Fiscal às fls. 140 a 144, ressaltando que ao comercializar tintas, vernizes e aguarrás mineral, o impugnante está subordinado aos Convênios 74/94 e 03/99 (este referente ao produto aguarrás), na condição de contribuinte substituto, a partir do momento que realize operações com produtos sujeitos àquele regime e vinculados aos citados acordos. Deste modo, a exigência encontra-se plenamente respaldada na legislação tributária que rege a matéria e em especial a cláusula primeira do Convênio 03/99.

Esclarecem que a identificação do sujeito passivo na impugnação se encontra equivocada, pois o autuado foi o estabelecimento filial com CNPJ nº 48.539.407/0075-54 e não aquele correspondente à matriz, cujo CNPJ é o de nº 48.539.407/0001-18.

Aduzem que não podem analisar os questionamentos sobre a legalidade e os aspectos de direito, tendo em vista o disposto no art. 167, inciso I do RPAF/BA, que veda ao Conselho Estadual de Fazenda se pronunciar sobre questões atinentes à constitucionalidade dos dispositivos da legislação tributária, os quais somente poderão ser cabíveis na esfera judicial.

No que concerne à alegação do autuado de que não pode se sujeitar à substituição tributária acerca do produto aguarrás mineral, no código 2710.009902, e que não estaria submetido ao Convênio 74/94, confirmam a autuação, asseverando que essa argumentação interpretação insubsistente, uma vez que o procedimento do autuado caracterização da submissão à substituição tributária, mais precisam

Primeira e Segunda do Convênio 81/93, que trás as normas gerais acerca da substituição tributária, dispõe que nas operações realizadas pelo contribuinte com as mercadorias a que se referem os respectivos acordos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do estado de destino, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Concluem que o Estado da Bahia não pode se subordinar a interpretações sobre a aplicação do Convênio 03/99 convenientes para cada contribuinte, pois o mesmo atribui a responsabilidade e sujeição passiva ao remetente, nas operações com o produto aguarrás mineral, não especificando serem distribuidores ou não de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo. Assim, a subordinação às regras da substituição tributária independe de o contribuinte se enquadrar ou não como distribuidor de combustíveis e lubrificantes, de modo que as alegações defensivas não podem prosperar, por não encontrarem amparo legal, conforme se verifica na cláusula primeira do Convênio 03/99.

Ressaltam que o autuado, sistematicamente, não calcula e nem recolhe o ICMS referente à substituição tributária devido nas operações interestaduais envolvendo o produto aguarrás mineral para contribuintes, procedimento que tem sido objeto de autuações anteriores, sendo que alguns dos processos se encontram em fase de ajuizamento ou inscritos em dívida ativa, a exemplo dos processos atinentes aos Autos de Infração de nºs 209480.0003/05-4 (na situação de ajuizado), 206912.0001/07-0 (na situação de perempção) e 206923.0002/00-3 (inscrito em dívida ativa). Aduzem que se faz necessária a adoção de providências urgentes por parte da Secretaria da Fazenda, para inibir tal prática, que tem sido danosa para os cofres públicos do Estado.

Confirmam integralmente o Auto de Infração.

Por meio de petição à fl. 147 a 149, o autuado requereu a juntada do comprovante de pagamento do débito relativo às infrações 01 e 03.

Às fls. 158 a 160 constam extratos do SIGAT/SEFAZ, relativos ao pagamento dos valores concernentes às infrações 01 e 03, com os benefícios da Lei nº 11.908/10.

#### **VOTO**

Quanto ao fato de os autuantes terem suscitado que a identificação do sujeito passivo na impugnação se encontra equivocada, uma vez que o autuado foi o estabelecimento filial e não a matriz, realço que em termos jurídicos os dois estabelecimentos tratam-se de um só empreendimento. Ademais, a peça impugnatória identifica o Auto de Infração em tela, enquanto que, por meio de pesquisa no Sistema INC/SEFAZ-Informações do Contribuinte, constatei que a procuração acostada aos autos foi assinada pelos sócios-diretores da empresa, os Srs. Walter Herbert Dissinger e Fernando Vieira de Figueiredo. Deste modo, concluo restarem atendidas as formalidades previstas no art. 3º, inciso I do RPAF/BA (aprovado pelo Decreto nº 7.629/99).

Verifico que as infrações 01 e 03 se referiram, respectivamente, à falta de retenção e à retenção a menos do ICMS, na qualidade do contribuinte de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Observo que o autuado não se insurgiu contra estas imputações, tendo desistido da apresentação de qualquer defesa ou recurso administrativo, optando pelo pagamento correspondente, utilizando-se dos benefícios concedidos pela Lei nº 11.908/10.

Deste modo, essas duas infrações restam devidamente caracterizadas.

A infração 02 também se referiu à falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, porém neste caso em relação especificamente ao produto aguarrás. Ao atacar esta imputação, o autuado alegou que esse n estabelecimento para ser utilizado como solvente de tintas, de destinação, no que concerne à substituição tributária, o tratamento



do setor de tintas estaria disciplinado pelo Convênio ICMS 74/94, e não pelas disposições constantes do Convênio ICMS 03/99, em razão deste estar voltado apenas para as distribuidoras de combustíveis e refinarias de petróleo e suas bases.

Acrescentou que tendo em vista que o Convênio ICMS 86/95 tinha excluído o produto aguarrás mineral da relação das mercadorias subordinadas à substituição tributária, previstas no Convênio 74/94, não mais estaria obrigado a proceder à substituição tributária, uma vez que o seu estabelecimento não atua com refinamento de petróleo e nem com distribuição de combustíveis.

Saliento que o produto em questão se encontra incluído em dois acordos, o Convênio ICMS 03/99, que se refere a combustíveis e lubrificantes e o Convênio ICMS 74/94, relativo a tintas e vernizes. Ocorre que a aguarrás não é nem combustível ou lubrificante, não sendo também tinta ou verniz, correspondendo a um produto que tem conexão com as mercadorias tratadas nesses Convênios.

Para analisar a substituição tributária envolvendo as operações com combustíveis, lubrificantes e produtos químicos derivados ou não de petróleo, convém verificar os arts. 356, 370 a 379, 512-A, inciso III, e seu § 9º, todos do RICMS/BA (aprovado pelo Decreto nº. 6.248/97), bem como os acordos firmados entre a Bahia e as demais unidades da Federação.

Como o regramento das operações com aguarrás está contido no art. 512-A e considerando que a infração sob análise se referiu a fatos ocorridos no período de janeiro de 2008 a novembro de 2009, deve ser utilizada a redação desse dispositivo vigente naquela época. Vejo que o caput desse artigo foi objeto de três modificações naquele período, entretanto o seu teor não foi alterado, tendo variado apenas as normas que lhes deram sustentação em cada caso, ou seja: os Convênios 03/99 e 08/07 até 30/06/2008, a Lei nº 7.014/96 e o Convênio 03/99 de 01/07/2008 a 11/11/2008; e a Lei 7.014/96 e o Convênio 110/07 a partir de 12/11/2008. Já o produto em questão inicialmente se encontrava contemplado no item 7 da alínea “c” do inciso I, tendo passado, a partir de 19/03/2009 a ser mencionado na sua alínea “e”, por força da Alteração nº. 117 do RICMS/BA, de 18/03/2009. Importante citar, também, o disposto no inciso III, alínea “a” e no § 9º:

*“Art. 512-A. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com as mercadorias abaixo especificadas, na condição de sujeito passivo por substituição, os contribuintes a seguir indicados (Lei 7014/96 e Conv. ICMS 110/07):*

*I - nas operações internas:*

*...*

*c) o contribuinte alienante dos seguintes produtos, derivados ou não de petróleo, para uso em aparelhos, equipamentos, máquinas, motores e veículos, exceto na hipótese de já tê-los recebido com o imposto antecipado:*

*...*

*7 - aguarrás mineral (white spirit) - NCM 2710.11.30; (efeitos de 14/08/03 a 18/03/09)*

*...*

*e) o contribuinte alienante de aguarrás mineral (white spirit) - NCM 2710.11.30. (efeitos a partir de 19/03/09).”*

*...*

*III - nas saídas interestaduais de mercadorias destinadas ao território deste Estado:*

*a) o remetente, em relação às mercadorias elenca operações com álcool hidratado, observado o disposto*

...

*§ 9º Sem prejuízo do disposto nesta seção, relativamente às operações interestaduais com lubrificantes, combustíveis e produtos das indústrias químicas, serão observadas as regras dos arts. 370 a 379 e dos convênios e protocolos celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação.”*

Digno de nota que apesar de a alínea “c” do inciso I tratar genericamente sobre produtos “derivados ou não de petróleo”, o item 7 dessa alínea e posteriormente a alínea “d” citam expressa e unicamente a mercadoria “aguarrás mineral (*white spirit*), NCM 2710.11.30”. Por outro lado, no inciso III, alínea “a”, é estabelecida a obrigatoriedade para o estabelecimento de outra unidade da Federação que comercializar o referido produto para o território baiano.

Ressalto que o fato de a acusação fiscal estar baseada nas cláusulas primeira, terceira, quinta e sexta do Convênio ICMS 03/99 e alterações posteriores, não traz nenhum prejuízo para o lançamento, haja vista que são os convênios que estabelecem a substituição tributária nas operações interestaduais, tendo em vista a diretriz contida no art. 9º da Lei Complementar nº 87/96.

Neste momento, ressalto que de acordo com a cláusula primeira do Convênio ICMS 03/99, os estados foram autorizados a atribuir aos remetentes das mercadorias que especifica, estabelecidos em outras unidades da Federação a condição de substitutos tributários. Já o seu § 1º inclui dentre as mercadorias o produto aguarrás mineral, classificada no código 2710.00.92:

*“Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, 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, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário.”*

...

*“§ 1º. O disposto nesta cláusula também se aplica:*

*I - às operações realizadas com:*

...

*b) aguarrás mineral, classificada no código 2710.00.92 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado – NBM/SH;”*

Deste modo, realizando uma análise sistemática das normas legais atinentes à matéria, concluo que não assiste razão ao impugnante ao se amparar no Convênio 74/94 e em suas alterações, para alegar que se encontra desobrigado de proceder à retenção e ao recolhimento do ICMS, haja vista que no presente caso a disciplina que dá sustentação à exigência tributária emanou do Convênio 03/99. Conforme explanado acima, este Convênio autorizou os estados signatários, inclusive a Bahia, a estabelecerem em suas legislações internas a condição de sujeitos passivos por substituição tributária aos remetentes de aguarrás mineral situados nas demais unidades federativas. Estando devidamente autorizado pelo convênio, o Estado da Bahia, estabeleceu a obrigatoriedade por meio dos dispositivos do Regulamento do ICMS acima mencionados, em especial do art. 512-A.

Quanto às alegações do autuado de que a aguarrás mineral produzida pelo seu estabelecimento tem a “finalidade específica de servir de solvente de tintas”, saliento que não houve comprovação que o produto tem destinação diversa da estipulada na legislação baia proceda à retenção do imposto pelo regime de substituição tributária.

que o material vendido aos contribuintes baianos 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”).

Assim, diferente do entendimento do impugnante, de que o Convênio 03/99 aplica-se apenas às refinarias e distribuidoras de combustível e não às mercadorias produzidas pelas indústrias químicas, constato que a mercadoria objeto do lançamento realmente achava-se incluída no regime de substituição tributária.

Ao confrontar a planilha elaborada pelos autuantes com a classificação indicada no Convênio 03/99, constatei que a mercadoria objeto da autuação, pela descrição constante das notas fiscais e respectiva classificação no código de NCM, está sujeita ao regime da substituição tributária, e, por isso, o autuado deveria ter efetuado a retenção do imposto, cabendo salientar que os cálculos não foram contestados pelo impugnante.

No que se refere ao argumento do autuado de que, por ser uma indústria do ramo químico, nada tem a ver com o refinamento de petróleo, nem com a distribuição de combustíveis, e que não figura como substituto tributário, não lhe assiste razão, tendo em vista que o Convênio 03/99 trata de operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos, incluindo-se o produto aguarrás mineral.

Vale acrescentar que a condição do autuado, de contribuinte substituto, ocorre na medida em que ele comercialize produtos sujeitos à substituição tributária, de forma que ao operar com uma grande variedade de produtos, o que vem a ser a sua situação, se sujeita à incidência do imposto por substituição, conforme previsto nos diferentes acordos (no caso o Convênio 03/99). O regime em questão decorre da natureza das mercadorias, e não dos convênios, que visam, em linhas gerais, estabelecer normas, instrução e segmentação dos grupos alcançados, conforme prevê o Convênio ICMS 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a esse regime tributário.

Consigno, ainda, que este Conselho já tem se posicionado quanto à procedência das autuações relativas à matéria aqui discutida, como se verifica, por exemplo, nas decisões atinentes aos Acórdãos CJF de nº.s 0179-11/08, 0033-11/09 e 0057-11/09.

Quanto à multa decorrente da autuação, contestada pelo autuado, friso que a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que implicou na lavratura do Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, de acordo com o art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº. 7.014/96. Quanto ao pedido de dispensa ou de redução da referida multa, saliento que tendo em vista que a infração se refere a obrigação principal, de acordo com o art. 159 do RPAF/BA, a apreciação do pedido, ao apelo de equidade, é atribuição da Câmara Superior deste CONSEF.

No que concerne à reclamação de que a multa teria efeito confiscatório, contrariando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, esclareço que o lançamento tributário foi efetivado corretamente, estando previsto na Lei 7.014/96, o que ocorre, de igual modo, com a multa sugerida. Quanto à alegação de inconstitucionalidade, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador administrativo, apreciar a legalidade ou constitucionalidade da legislação tributária em apreço. A mesma ressalva é válida para a alegação de inconstitucionalidade da substituição tributária.

Diante de todo o exposto, mantenho a infração 02 em sua íntegra.

Voto pela procedência do Auto de Infração, cabendo a homologação dos valores recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda em unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. 206978.0



**S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$105.301,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR