

que nenhum dos itens listados enquadra-se nas disposições constantes do Convênio nº 109/09 e seu anexo único a ensinar a retenção do ICMS devido por substituição tributária, e que as mercadorias negociadas por seu estabelecimento são classificadas de acordo com a Nomenclatura Comum do Mercosul com o Código 8304000. O referido código apresenta a seguinte descrição: “Classificadores, fichários, caixas de classificação, porta-cópias, porta-canetas, porta-carimbos e artefatos semelhantes, de escritório, de metais comuns, excluídos os móveis de escritório da posição 94.03”. Esclarece que tal classificação se dá em razão da própria natureza dos produtos, todos fabricados em metal (lata), como se observa pela descrição e fotos ilustrativas dos mesmos no catálogo que anexou ao PAF, e pelo fato de não possuírem outra classificação específica ou que os mencione expressamente, com a consequente aplicação de outro código da NCM. Diz que as próprias normas que regulamentam a Nomenclatura Comum do Mercosul, ao fixarem as regras de sua aplicação, dispõem expressamente que “As mercadorias que não possam ser classificadas por aplicação das regras acima enunciadas classificam-se na posição correspondente aos artigos mais semelhantes.” (Conforme Decreto nº 97.409/88), e que estojos, porta-canetas, lixeiras e demais artefatos de escritórios, fabricados com outro material, como madeira ou plástico, por exemplo, recebem Código da NCM diferente daqueles manufaturados em metal. O defendente entende que são inaplicáveis as alíquotas MVA de 45,54% previstas no Anexo Único do Convênio 109/09 com fundamento na descrição dos produtos (estojo escolar, estojo para objetos de escrita) haja vista que a mesma somente incidirá para produtos fabricados em madeira ou plástico, como se depreende dos Códigos NCM/SH mencionados no anexo único. Também alega que é inaplicável sobredita alíquota com fundamento no código de classificação das mercadorias constantes na DANFE nº 018.707 (NCM/SH 83040000), pois a hipótese de incidência tributária constante no anexo único em relação à referida classificação aplica-se apenas ao produto porta-caneta, que não foi objeto de venda pela recorrente na operação em questão. Em seguida, o defendente comenta sobre o princípio da legalidade, transcrevendo ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.98). Entende que o Convênio nº 109/09 e seu anexo único não trazem qualquer previsão ou expressa menção aos produtos comercializados pelo recorrente – estojo, lixeira, porta-moeda, todo em lata –, objeto da DANFE nº 018.707, não há como exigir a retenção do ICMS por substituição tributária, sob pena de afronta ao próprio convênio e prejuízo ao erário público. Portanto, não pode ser responsabilizado por deixar de recolher o ICMS devido sobre a transação quando o tributo foi corretamente destacado no corpo da nota, e as mercadorias comercializadas não se enquadram nas hipóteses previstas no Anexo Único do Convênio ICMS nº 109/09. Por fim, requer seja anulado o Auto de Infração e cancelada a cobrança do ICMS e a multa e demais encargos aplicados pela autoridade competente, Requer, ainda, que as intimações ser feitas nas pessoas dos advogados, com escritório à Rua Loeffgreen, nº 1291, conj. 33/34 B. Vila Clementino, São Paulo/SP, CEP: 04040-031, fone 11 2098-2928.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 62/63 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que, levando-se em consideração o Protocolo ICMS 109/2009 (e não Convênio como citado na defesa) e o seu anexo único, se trata de artigos de papelaria, classificados como 8304.0000 – classificadores, fichários, caixas de classificação, porta cópias, porta-canetas, porta carimbos e artefatos semelhantes de escritório, de metais comuns, excluídos os móveis de escritório na posição 9403. Argumenta que o autuado, em sua defesa, afirmou que os materiais por ele comercializados são sim objeto de Substituição Tributária. Quanto à Base de Cálculo, informa que já foram excluídos da mesma os valores referentes aos outros itens que não constam do mencionado Protocolo, conforme cópia do DANFE às fls 09 com os itens incluídos grifados com marca texto verde. Finaliza, assegurando que o autuado comercializou através do DANFE nº 018707 mercadorias objeto de Substituição Tributária constantes do Protocolo ICMS 109/2009, conforme fotos do produto no interior da transportadora, que anexou aos autos. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta de retenção e o conseqüente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constando na descrição dos fatos, a informação de que no estabelecimento da G. A. COSTA & CIA LTDA., em Feira de Santana, foi efetuada a apreensão das mercadorias objeto da autuação (artigos de papelaria), constantes no DANFE 18707, datado de 11/03/2010, provenientes do Estado de São Paulo, sem a retenção do ICMS, conforme estabelece o Protocolo ICMS 109/2009, tendo sido lavrado o Termo de Apreensão de nº 152242-07/2010.

O autuado alega que nenhum dos itens listados no documento fiscal objeto da autuação enquadra-se nas disposições constantes do Convênio ICMS nº 109/09 e seu anexo único a ensejar a retenção do ICMS devido por substituição tributária, porque as mercadorias negociadas por seu estabelecimento são classificadas de acordo com a Nomenclatura Comum do Mercosul com o Código 8304000. Diz que tal classificação se dá em razão da própria natureza dos produtos, todos fabricados em metal (lata), como se observa pela descrição e fotos ilustrativas dos mesmos no catálogo que anexou ao PAF, e pelo fato de não possuírem outra classificação específica ou que os mencione expressamente, com a conseqüente aplicação de outro código da NCM.

O Protocolo ICMS 109/2009 dispõe sobre a substituição tributária nas operações com artigos de papelaria, estando previsto na Cláusula primeira, que fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único deste Protocolo, de acordo com a respectiva classificação na NCM, destinadas ao Estado de São Paulo ou ao Estado da Bahia.

De acordo com o DANFE nº 018.707, emitido pelo autuado do Estado de São Paulo, à fl. 09 do PAF, foi efetuada operação de venda de mercadorias para contribuinte deste Estado, constando no mencionado documento fiscal o código NCM/SH 8304.0000.

O referido código de NCM tem a seguinte descrição: CLASSIFICADORES/OUTROS ARTEFATOS DE METAIS COMUNS, e no Anexo Único do Protocolo ICMS 109/2009 o código 8304.00.00 se refere a porta-canetas.

Nas razões de defesa, o autuado apresentou o entendimento de que a hipótese de incidência tributária constante no Anexo Único do Protocolo ICMS 109/2009 aplica-se apenas ao produto porta-caneta, que não foi objeto de venda pela recorrente na operação em questão.

Considerando que o código NCM se aplica a classificadores e outros artefatos de metais comuns, e que o Anexo Único do Protocolo 109/2009 apenas menciona o porta-caneta, entendo que o referido Protocolo não se aplica aos demais produtos constantes na citada NCM 8304.0000, ou seja, o legislador incluiu na substituição tributária apenas o Porta-canetas dentre aqueles que se enquadram no código NCM 8304.0000.

Assim, concluo que é insubsistente a exigência fiscal por falta de previsão legal para a retenção do ICMS em relação aos tipos das mercadorias constantes do DANFE 018707, objeto da autuação fiscal, haja vista que não contém a mercadoria porta-canetas, prevista no Anexo Único do Protocolo 109/2009.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 152242.0001/10-5, lavrado contra **INDÚSTRIA GRÁFICA FORONI LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA