

PROCESSO - A. I. Nº 206978.0001/10-7
RECORRENTE - BASF S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0279-01/10
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 21/06/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0143-11/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS DESTINADAS A CONTRIBUINTE LOCALIZADO NESTE ESTADO SUJEITA A TAL SISTEMÁTICA DE COBRANÇA. 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. O fato de exercer o recorrente a atividade de indústria química não o afasta da atribuição de reter e recolher o ICMS-ST nas operações interestaduais com o produto aguarrás classificado na NCM 2710.11.30, visto que a regra de atribuição da condição de sujeito passivo por substituição, disposta no Convênio ICMS 03/99 (substituído pelo Convênio ICMS 110/07), não é restrita aos distribuidores ou refinadores de combustíveis e lubrificantes, mas alcança qualquer remetente dos produtos citados em seu bojo, além do que os produtos por este alcançados não são só os combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, mas outros produtos que especifica, inclusive o aguarrás. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 1ª JF - através do Acórdão JF nº 0279-01/10 - após julgamento pela Procedência do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 03 infrações, sendo objeto do presente Recurso a infração constante do item 02 da peça inicial da autuação, abaixo descrita:

Em Primeira Instância, o julgamento proferido pela JF pela procedência das referidas exigências fiscais assim se manifestou, em síntese:

- I. Inicialmente, informou o reconhecimento e pagamento pelo sujeito passivo das infrações constantes dos itens 1 e 3 da autuação, consignando que diante deste fato as mesmas restaram devidamente caracterizadas;
- II. consignou, quanto à infração 02, que a mesma se refere à falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em relação especificamente ao produto aguarrás, e que o autuado alegou que esse material era produzido em seu estabelecimento para ser utilizado como solvente de tintas, e assim, em razão dessa destinação, no que concerne à substituição tributária, o tratamento específico para as indústrias 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

tantes do Convênio ICMS 03/99, em razão deste estar voltado apenas para as distribuidoras de combustíveis e refinarias de petróleo e suas bases;

- III. consignou, ainda, que o autuado alegou 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 ICMS 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;
- IV. rebatendo os argumentos defensivos, alentou 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, sendo que o aguarrás não é nem combustível nem lubrificante, não sendo também tinta ou verniz, correspondendo a um produto que tem conexão com as mercadorias tratadas nesses Convênios;
- V. aduziu que o regramento das operações com aguarrás está contido no art. 512-A e considerando que a infração 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, ao tempo que consigna que o 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 ICMS 03/99 e 08/07 até 30/06/2008, a Lei nº 7.014/96 e o Convênio ICMS 03/99 de 01/07/2008 a 11/11/2008; e a Lei nº 7.014/96 e o Convênio ICMS 110/07 a partir de 12/11/2008;
- VI. ressaltou que o produto aguarrás, 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, ao tempo que citou e transcreveu a regra do inciso III, alínea “a” e no § 9º do mesmo diploma regulamentar para concluir que apesar da 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” e, ainda, o inciso III, alínea “a”, estabelece a obrigatoriedade de retenção para o estabelecimento de outra unidade da Federação que comercializar o referido produto para o território baiano;
- VII. ressaltou, ainda, 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;
- VIII. pontuou 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, incluindo em seu § 1º, dentre as mercadorias que cita, o produto aguarrás mineral, classificada no código 2710.00.92, conforme transcreve em seu voto;
- IX. assim, conclui que realizando uma análise sistemática das normas legais atinentes à matéria, não assiste razão ao impugnante ao se amparar no Convênio ICMS 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 ICMS 03/99, que 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, estabelecendo o Estado da Bahia a obrigatoriedade por meio dos dispositivos do Regulamento do ICMS mencionados, em especial do art. 512-A;

- X. ainda pontua que em relação à alegação do autuado de que a aguarrás mineral produzida pelo seu estabelecimento tem a “finalidade específica de servir de solvente de tintas” não restou comprovado 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, isto é, o autuado não provou 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”);
- XI. aduziu, ainda, a JJF, que diferente do entendimento do impugnante, de que o Convênio ICMS 03/99 aplica-se apenas às refinarias e distribuidoras de combustível e não às mercadorias produzidas pelas indústrias químicas, constata-se que a mercadoria objeto do lançamento, realmente achava-se incluída no regime de substituição tributária, e que, ao se confrontar a planilha elaborada pelos autuantes com a classificação indicada no Convênio ICMS 03/99, verifica-se 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 por ele contestados;
- XII. acrescentou que em relação 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 ICMS 03/99 trata de operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos, incluindo-se o produto aguarrás mineral;
- XIII. ainda acrescentou 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), sendo que 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;
- XIV. consignou que o Conselho de Fazenda já tem se posicionado quanto à procedência das autuações relativas à matéria aqui discutida, como se verifica, por exemplo, nas decisões atinentes aos Acórdãos CJP de nºs 0179-11/08, 0033-11/09 e 0057-11/09, ao tempo que consignou que em relação à multa contestada pelo autuado, 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, não cabendo sua dispensa ou redução, tendo em vista que a infração se refere à obrigação principal e, de acordo com o art. 159 do RPAF/BA, a apreciação do pedido, ao apelo de equidade, é atribuição da Câmara Superior deste CONSEF;
- XV. por fim, asseverou que em relação à alegação de que a multa teria efeito confiscatório, contrariando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que o lançamento tributário foi efetivado corretamente, estando previsto na Lei nº 7.014/96, o que ocorre, de igual modo, com a multa sugerida, ressaltando 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 sendo válida para a alegação de inconstitucionalidade da substituição tributária.

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 178 a 213 – onde repete as argumentações apresentadas em sua peça impugnatória, ao tempo que acrescenta as seguintes alegações:

- I. que restando claro da Decisão recorrida de que há dúvida por parte da autoridade julgadora quanto à destinação e natureza do produto aguarrás, e que esta afirma que a incidência da substituição tributária se dá não em conformidade com esse ou aquele convênio, mas, sim, se considerando a natureza do produto, deveria o julgamento ser convertido em diligência a fim de solucionar a questão;
- II. que não observou a autoridade julgadora e nem o autuante que o Convênio ICMS 86/95 alterou o Convênio ICMS 74/94 e excluiu o produto aguarrás mineral NCM 2710.00.9902 do regime de substituição tributária e, mais adiante, o Convênio ICMS 104/08 excluiu a aguarrás NCM 2710.11.30, atual NCM do referido produto, do mesmo regime, inexistindo, assim, previsão para a exigência do imposto nas operações com o produto em tela, a não ser em relação às refinarias, importadoras e distribuidoras de combustíveis, nos termos do Convênio ICMS 03/99;
- III. que, ainda, no período autuado – janeiro de 2008 a dezembro de 2009 – o convênio aplicável era o Convênio ICMS 76/94, com as alterações trazidas pelos Convênios ICMS 86/95 e 104/08, inexistindo norma que determinasse a substituição tributária para o produto em tela, mas apenas para o aguarrás classificado na NCM sob o código 3805.10.0100, produto não comercializado pelo recorrente;
- IV. que a Decisão recorrida afirma que o produto objeto da autuação se encontra incluído nos dois convênios – 76/94 e 03/99 – mas, diante disso, e caso superada a tese de que não havia na norma vigente à época dos fatos uma que prevísse a incidência do regime da ST para o produto aguarrás comercializado pelo recorrente, conclui-se, então, pela antinomia de norma, já que para o primeiro se aplica a ST e para o outro não;
- V. que, assim, deve ser aplicada norma mais benéfica ao contribuinte ou o princípio da especificidade, que determina que havendo norma específica sobre um determinado tema, esta prevalece sobre uma norma geral, sob pena de ferimento ao princípio da segurança jurídica e o princípio da legalidade;
- VI. que em conclusão às refinarias, importadoras e distribuidoras de combustíveis aplica-se o Convênio ICMS 03/99, e às indústrias químicas, aplica-se o Convênio ICMS 76/94, observando-se as alterações nestes processadas pelos Convênios ICMS 86/95 e 104/08;
- VII. que o Convênio ICMS 74/94 é uma norma especial que regula a atividade específica das indústrias químicas e o Convênio ICMS 03/99 é também norma especial para as refinarias, em nada inovando ou alterando quanto às normas atinentes às empresas químicas, portanto, não tendo este o condão de revogar os ditos do Convênio ICMS 86/85;
- VIII. que é inaplicável a multa cominada porque não descumpriu qualquer infração à legislação do ICMS, reiterando sua alegação de que a mesma fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além de ser confiscatória por conta do seu percentual que entende elevado, citando decisões judiciais que entende favoráveis à sua tese;
- IX. que também é inaplicável a manutenção dos juros de mora, uma vez que o crédito tributário não está definitivamente constituído, além de estar suspensa sua exigibilidade, nos termos do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

A PGE/PROFIS, em opinativo de fls. 225 a 228 - manifesta-se pelo Não Provitimento do presente Recurso Voluntário, consignando que o produto objeto da autuação, de fato, está presente nos dois convênios multicitados - Convênio ICMS 74/94 e Convênio ICMS 03/99 – mas, que os dois convênios referem-se a situações distintas, não havendo qualquer incompatibilidade na exigência simultânea das duas normas.

Assim, aduziu que, em que pese o produto aguarrás ter sido reclassificado pelo Convênio ICMS 86/95, com a respectiva modificação da NCM, restou presente e vigente no Convênio ICMS 03/99,

atribuindo-se ao remetente a responsabilidade pelo recolhimento do imposto por substituição tributária, percebendo-se que a retirada momentânea do produto aguarrás classificada na NCM 3805.10.100 do corpo de situações albergadas pela substituição tributária, foi devidamente repaginada pela edição do Convênio ICMS 03/99, referendo a norma descrita no Convênio ICMS 28/95.

Pontuou, ainda, que a argumentação de que o Convênio ICMS 03/99 somente albergaria operações com refinarias, importadoras e distribuidoras de combustíveis, também não merece amparo, pois a Cláusula primeira do referido acordo não estabelece a baliza conceitual descrita pelo recorrente, fixando o termo remetente como núcleo semântico da sujeição ao regime da substituição tributária, alcançando não só as operações com combustíveis e lubrificantes, como com outros produtos.

VOTO

Inicialmente, cabe-nos aduzir que a matéria controvertida nos autos refere-se à aplicabilidade ou não do regime de substituição tributária ao produto aguarrás, também conhecido como aguarrás mineral (white spirit) alegando, primeiramente, o recorrente – contribuinte substituto estabelecido no Estado de Pernambuco - que o referido produto não se sujeita a tal sistemática de cobrança. Alega ainda o recorrente que a regra do Convênio ICMS 03/99, utilizado pelos autuantes para embasar a exigência fiscal, somente se aplicaria ao produto aguarrás comercializado por refinadores e distribuidores de combustíveis e lubrificantes.

Necessário se faz, portanto, historiar os acordos interestaduais que se referem ao produto objeto da autuação. Neste sentido, verifica-se que o referido produto – NBM 2710.00.9902, NCM atual 2710.11.30 - constava do Convênio ICMS 74/94 – acordo interestadual do qual a Bahia é signatária, e que determina a substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outros produtos da indústria química, em seu Anexo único, mais precisamente no inciso XII. Posteriormente, com a edição do Convênio ICMS 28/95, foi alterado o Anexo, acrescentando-se ao mesmo inciso XII, ao lado da referência ao produto aguarrás, além da NCM acima citada, as NCMs 3805.10.0100 e 3814.00.0000. Com a edição do Convênio ICMS 86/95 – vigente a partir de 21/11/95 – alteraram-se os incisos VI e XII, sendo que, no inciso VI, que se referia às “*Preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas e vernizes*”, incluíram-se dentre outras as NCMs 3810.10.0100, 3814.00.0000, e, no inciso XII, excluiu-se a NBM 2710.00.9902, e incluiu-se a NCM 3805.10.0100, produto de fato diverso do aguarrás (Essências de terebintina, de pinheiro ou provenientes da fabricação da pasta de papel ao sulfato) .

Assim, a partir da vigência do Convênio ICMS 86/95, o produto aguarrás- NBM 2710.00.9902 - foi de fato excluído do regime de substituição tributária pelas regras do Convênio ICMS 76/94.

Por outro lado, o mesmo produto foi inserido no regime de substituição tributária pelas regras de outro acordo interestadual, mais precisamente o Convênio ICMS 105/92, que atribui aos remetentes em operação interestadual a condição de contribuintes substitutos, nas operações com combustíveis e lubrificantes (em sua cláusula primeira), bem como nas operações com aditivos, agentes de limpeza, anticorrosivos, desengraxantes, desinfetantes, fluidos, graxas, removedores, óleos de tempera, protetivos e aguarrás mineral NBM 2710.00.9902 (em seu §1º, inciso II), conforme abaixo transcrito, tendo sido incluído este último produto por conta da edição do Convênio ICMS 85/95, com efeitos a partir de 30/10/1995, que alterou o Convênio ICMS nº 105/92:

“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 substitutos tributários, 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 adquirente.

§ 1º O disposto nesta cláusula também se aplica:

Nova redação dada ao inciso II pelo Conv. ICMS 85/95, efeitos a partir de 30.10.95.

II - às operações realizadas com aditivos, agentes de limpeza, anticorrosivos, desengraxantes, desinfetantes, fluidos, graxas, removedores (exceto o classificado no código 3814.00.0000 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH) e óleos de têmpera, protetivos e para transformadores, ainda que não derivados de petróleo, para uso em aparelhos, equipamentos, máquinas, motores e veículos, bem como com a aguarrás mineral, classificada no código 2710.00.9902 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH;”.

Portanto, apenas no período de 21 dias o produto constou nos dois convênios, mas tal período não foi o objeto da autuação.

Por sua vez, o Convênio ICMS nº 105/92 foi revogado pelo Convênio ICMS 03/99, que também trouxe a mesma redação do primeiro convenio para o §1º, da Cláusula primeira, citando expressamente o aguarrás mineral, na alínea “b” do inciso I, conforme abaixo transcrito:

“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:

a) aditivos, anticorrosivos, desengraxantes, fluidos, graxas e óleos de têmpera, protetivos e para transformadores, ainda que não derivados de petróleo, todos para uso em aparelhos, equipamentos, máquinas, motores e veículos;

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

Assim podemos afirmar, diante deste histórico, que o produto aguarrás efetivamente se submetia, no período objeto da autuação – janeiro a dezembro de 2008 e janeiro a novembro de 2009 - às regras de substituição tributária não por força do Convênio ICMS 74/94, mas por força do Convênio ICMS 03/99, substituído pelo Convênio ICMS 110/07.

Registre-se que a edição do Convênio ICMS 104/08, que excluiu expressamente a NCM do produto aguarrás, tão-somente visou deixar claro que o citado produto não mais se submetia às regras de substituição do Convênio ICMS 74/94, já que determinava a inclusão de produtos da posição 2710, excetuando expressamente a subposição 2710.11.30, e tal fato justifica-se, já que o produto desta subposição já se submetia às regras de outro convênio de substituição tributária, *in caso*, o Convênio ICMS 03/99, já então substituído pelo Convênio ICMS 110/07, e que, diga-se, também, traz a regra desta sistemática de cobrança para o produto aguarrás.

Assim, ao contrário do afirmado pelo recorrente, o Convênio ICMS 104/2008 não teve a “*intenção de colocar a indicada posição no sistema de substituição tributária*”, e nem encontra guarida sua afirmação de que “*se realmente a mencionada posição já fosse alvo de substituição tributária quando produzida ou comercializada por indústria química, haveria a necessidade de edição de novo convênio para incluir novamente tal posição na malhada sistemática de substituição tributária*”.

Quanto ao argumento de que o Convênio ICMS 03/99 (substituído pelo Convênio ICMS 110/07) somente seria aplicável para as refinarias e distribuidores de combustíveis, também não merece a mínima guarida, visto que, primeiramente, o produto em referência, conforme pesquisa na Internet, é composto por uma mistura de hidrocarbonetos alifáticos, com faixa de destilação compreendida entre 148°C e 216°C, com baixo teor de enxofre, estando classificado no Capítulo 27 da Tabela de Incidência do IPI – TIPI - que compreende os óleos de petróleo ou de minerais betuminosos (exceto óleos brutos) e preparações não especificadas nem compreendidas em outras posições, contendo, como constituintes básicos, 70% ou mais, em peso, de óleos de petróleo ou de minerais betuminosos, exceto resíduos de óleos, conforme abaixo transcrito:

Capítulo 27

Combustíveis minerais, óleos minerais e produtos da sua destilação;

Matérias betuminosas; ceras minerais

Notas.

1.- O presente Capítulo não compreende:

- a) os produtos orgânicos de constituição química definida apresentados isoladamente; esta exclusão não se aplica ao metano nem ao propano puros, que se classificam na posição 27.11;
- b) os medicamentos incluídos nas posições 30.03 ou 30.04;
- c) as misturas de hidrocarbonetos não saturados das posições 33.01, 33.02 ou 38.05.

2.- A expressão óleos de petróleo ou de minerais betuminosos, empregada no texto da posição 27.10, aplica-se não só aos óleos de petróleo ou de minerais betuminosos, mas também aos óleos análogos, bem como aos constituídos principalmente por misturas de hidrocarbonetos não saturados nos quais os constituintes não aromáticos predominem, em peso, relativamente aos constituintes aromáticos, seja qual for o processo de obtenção.

Todavia, a expressão não se aplica às poliolefinas sintéticas líquidas que destilem uma fração inferior a 60%, em volume, a 300°C e à pressão de 1.013 milibares, por aplicação de um método de destilação a baixa pressão (Capítulo 39).

3.- Na aceção da posição 27.10, consideram-se resíduos de óleos os resíduos contendo principalmente óleos de petróleo ou de minerais betuminosos (tais como descritos na Nota 2 do presente Capítulo), misturados ou não com água. Esses resíduos compreendem, principalmente:

- a) os óleos impróprios para sua utilização original (por exemplo, óleos lubrificantes usados, óleos hidráulicos usados, óleos para transformadores usados);
- b) as lamas de óleos provenientes de reservatórios de produtos petrolíferos, constituídas principalmente de óleos deste tipo e uma alta concentração de aditivos (por exemplo, produtos químicos) utilizados na fabricação dos produtos primários;
- c) os óleos apresentados na forma de emulsões em água ou de misturas com água, tais como os resultantes do transbordamento ou da lavagem de cisternas e de reservatórios de armazenagem, ou da utilização de óleos de corte nas operações de usinagem.

2710.1 -Óleos de petróleo ou de minerais betuminosos (exceto óleos brutos) e preparações não especificadas nem compreendidas em outras posições, contendo, como constituintes básicos, 70% ou mais, em peso, de óleos de petróleo ou de minerais betuminosos, exceto resíduos de óleos:

2710.11 --Óleos leves e preparações

2710.11.10 Hexano comercial

2710.11.2 Misturas de alquilidenos

2710.11.21 Diisobutileno

2710.11.29 Outras

2710.11.30 Aguarrás mineral ("White spirit")

O fato de exercer o recorrente a atividade de indústria química não o afasta da atribuição de reter e recolher o ICMS-ST nas operações interestaduais com o produto aguarrás classificado na NCM 2710.11.30, visto que a regra de atribuição da condição de sujeito passivo por substituição, disposta no Convênio ICMS 03/99 (substituído pelo Convênio ICMS 11/07), não é restrita aos distribuidores ou refinadores de combustíveis e lubrificantes, mas alcança qualquer remetente dos produtos citados em seu bojo, como bem frisou a PGE/PROFIS em seu opinativo nos autos, além do que os produtos por ele alcançados não são só os combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, mas outros produtos que especifica, inclusive o aguarrás, conforme dispositivo retrotranscrito.

Não há aqui que se falar, portanto, em antinomia de normas e, assim, em possibilidade de aplicar conceitos que envolvem a solução de antinomias, como regra especial, princípio da especificidade, etc. Não há conflito de normas como exaustivamente restou demonstrado neste voto. Os a-

cordos interestaduais aqui citados não conflitam entre si e nem trouxeram em seu bojo a exigência de ST para o produto aguarrás ao mesmo tempo no período objeto da autuação, como afirma o recorrente.

Registre-se, ainda, que o produto aguarrás tem várias destinações, que não só como solvente de tintas e vernizes, como quer fazer crer o recorrente. O produto em referência destina-se não só como solvente para óleos, tintas, ceras e vernizes, como é utilizado para limpeza de ferramentas, diluente para betumes, fabricação de ceras para assoalhos e na formulação de produtos para limpeza de polidores, desengordurante de couro e na limpeza industrial de máquinas e peças metálicas. No entanto, aí discordamos do entendimento da JJE e do pedido de diligência do recorrente, a prova da destinação do produto em nada interfere no deslinde da matéria, pois o produto está sujeito ao regime de substituição tributária pela norma do Convênio ICMS 03/99, substituído pelo Convênio ICMS 110/07, normas que amparam a exigência fiscal, e nestes não há qualquer restrição à sua destinação.

Por fim, cabe-nos rechaçar as alegações de ofensa aos princípios constitucionais do não confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade em relação à multa cominada, não só por vedação expressa da nossa legislação processual administrativa, que veda a este Conselho Julgador a apreciação de inconstitucionalidade, como pelo fato de que não vislumbramos qualquer ofensa a tais princípios, porquanto a multa encontra previsão expressa na lei ordinária do ICMS deste Estado, sob a qual não existe qualquer mácula neste sentido, determinada por quem cabe apreciar tal alegação, no caso o Poder Judiciário, quer em controle direto ou incidentalmente, ao tempo que também rechaçamos a alegação de aplicação indevida dos juros de mora, visto que estes incidirão sobre os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares, ou seja, a partir da data em que o imposto deveria ter sido recolhido e não, como pretende o recorrente, quando do julgamento definitivo do processo administrativo fiscal.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo e homologando a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206978.0001/10-7**, lavrado contra **BASF S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$105.301,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS