

PROCESSO - A. I. Nº 210943.0012/09-9
RECORRENTE - TUNKER QUÍMICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0157-05/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 24/08/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0241-11/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO 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 subsequentes saídas de 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 caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata a procedimentalidade de Recurso Voluntário apresentado contra Decisão da 5ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0157-05/10, considerando Procedente a Ação Fiscal, para exigir ICMS no valor de R\$1.660,14, acrescido de multa de 60%, resultante da falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Consta do Termo de Apreensão (fl. 05) que o contribuinte não reteve, em favor da Bahia, o ICMS referente às operações subsequentes a serem promovidas pelo destinatário das mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 04672, consoante Convênio ICMS 74/94.

O autuado apresentou impugnação (fls. 21 a 22), sustentando, basicamente, não se encontrar o produto TEC BOND 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 e comprovado através de um pedido original da empresa CVRD.

Prosseguindo, aduziu que o produto TEC BOND (NCM 3907.30.11) não se estava sujeito à substituição tributária, segundo a anexada Consulta formalizada perante a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

De sua parte, o autuante, na informação de fls. 40/41, após tecer comentários sobre as suscitadas razões/explicações do impugnante, asseverou ser o produto um tipo de adesivo à base de resina de epóxi, utilizado na estrutura “interada” das britadeiras, para absorção de impactos, portanto, situando-se na posição 3907 (item VI do Anexo do Convênio ICMS 74/94) da Nomenclatura Comercial do Mercosul (NCM), assim, sujeitando-se às regras da substituição tributária interestadual.

Concluiu, no sentido de que o Convênio ICMS 74/94 não adotou critérios subjetivos em relação às mercadorias incluídas no seu Anexo único, entendendo que deve ser declarada a Procedência do Auto de Infração.

A Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, objeto do inconformismo recursal, julgou pela Procedência do Auto de Infração, analisando os argumentos da impugnação sobre o lançamento de ofício, e as contrarrazões apresentadas pelo autuante, para decidir sob a seguinte fundamentação:

“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 do Convênio ICMS 74/94 estão discriminados no Anexo Único do citado convênio;*
- b) *O próprio autuado afirma que a mercadoria objeto da autuação é um reparador de fendas, portanto, um produto impermeabilizante;*
- c) *O código NBM/SH 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 integra 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 Noureddine & 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 subsequentes saídas da mercadoria em questão e não tendo assim procedido, subsistente é o lançamento.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Irresignado, o sujeito passivo interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário (fls. 55/67), insurgindo-se contra o decisório de Primeira Instância, sustentando a pertinência e tempestividade do Recurso Voluntário e, para após breve histórico da autuação, apresentou suas argumentações de impugnação.

Afirmou que, apesar do conhecimento dos Julgadores que compõem a 5^a JJF do CONSEF, o produto TEC BOND não se enquadrava no item III do Anexo Único ao Convênio ICMS 74/94, com a redação dada pelo Convênio ICMS 104/08, com efeitos a partir de 01/01/2009.

Ressaltou que a posição 3907 é relativa a massas, pastas, ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, polimento ou conservação, e o produto constante da Nota Fiscal nº

04672, cuja incidência do ICMS foi objeto da autuação recorrida, não se enquadrava naquelas especificações.

Do mesmo modo em relação ao item VI, que pertine à classe de produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas e adesivos (NCM 2707, 2713, 2714, 2715.00.00, 3214, 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807), rol ao qual não pertence o produto TEC BOND, cuja incidência tributária a 5ª JJF manteve através do acórdão recorrido.

Teceu comentários sobre a estrutura da sistemática de classificação dos códigos na Nomenclatura Comum do MERCOSUL (NCM), para assegurar que o produto em discussão tinha constituição química definida e não se confundia com a descrição constante dos itens III e VI do Anexo Único ao Convênio ICMS 74/94, e que, além da especificidade do produto, existia prova inequívoca da não sujeição do produto TEC BOND à substituição tributária, qual seja, a manifestação da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, que é signatária do Convênio e jamais externaria exceção a um produto, caso sobre ele incidisse o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços.

Transcreveu o artigo 353, II, itens 16, 16.3 e 16.6, do RICMS-BA, afirmando que para a subsunção do produto do recorrente ao referido artigo, seria imprescindível a coexistência simultânea da classificação fiscal e da descrição contida no texto legal, daí se enquadrando no regime de substituição tributária, o que não ocorria no caso versado.

Reproduziu a cláusula primeira do Convênio ICMS 74/94, arguindo que se o produto TEC BOND caso constasse dos itens III e IV, enquadrar-se-ia na previsão do parágrafo primeiro, da referida cláusula, que dispõe não se aplicar à substituição tributária às remessas de mercadorias para serem utilizadas pelo destinatário em processo de industrialização, exatamente o caso concreto em análise, já que só poderia ser utilizado em máquina usada em pedreiras para produzir pedra britada.

Reiterou o recorrente ter consultado à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e esta atesta não se encontrar o produto TEC BOND (NCM 3907.30.11) sujeito à substituição tributária, comprovando ter tomado todas as cautelas necessárias para não ferir os direitos do fisco “bahiano”.

Encerrou seu inconformismo, requerendo a reforma da Decisão proferida, para julgar o Auto de Infração insubstancial.

Em seu Parecer de fls. 86/87, a ilustre Representante da PGE/PROFIS analisou os argumentos recursais, destacando que o cerne da questão se resume no enquadramento ou não do produto no Anexo do Convênio ICMS 74/94, o qual previsiona a substituição tributária.

Observou constar a Nota Fiscal nº 004672 (fl. 08) da classificação fiscal da mercadoria (3907.30.11), portanto a própria empresa reconhecia se tratar de resina epóxida, conforme nomenclatura do MERCOSUL e o Convênio ICMS 74/94, prevendo que os produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas e adesivos, estavam enquadrados na substituição tributária.

Por fim, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário, entendendo ser o TEC BOND um polímero impermeabilizante e, portanto, se enquadrando no código NCM 3907, consequentemente, no item VI do anexo do Convênio ICMS 74/94.

Durante a fase de instrução processual, o sujeito passivo deu entrada na petição de fls. 92/93, requerendo a juntada ao PAF do documento de fls. 94/95, emanado da Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo, referente à resposta de sua consulta sobre a aplicabilidade da substituição tributária nas operações realizadas com a comercialização de produto de sua fabricação, a qual não possui classificação específica na NBM/SH.

VOTO

Do estudo minucioso do presente PAF, constata-se que o Recurso Voluntário apresentado versa sobre o inconformismo do contribuinte com a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou totalmente Procedente o Auto de Infração, onde é exigido imposto no valor de R\$1.660,14, acrescido de multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do ICMS e seu correlato recolhimento, devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Nas razões recursais, o recorrente confirmou, de forma mais abrangente, todas as teses suscitadas na peça impugnatória, enfatizando, principalmente, o não enquadramento da mercadoria discriminada na Nota Fiscal nº 04672 (TEC – BOND) nos itens III e VI do Anexo Único do Convênio ICMS 74/94, com a redação dada pelo Convênio ICMS 104/08, vigente a partir de 01/01/2009.

Com efeito, cinge-se a controvérsia ao posicionamento conflitante sustentado, de um lado, pelo recorrente, na ótica do qual, de acordo com a legislação em vigor, o produto comercializado, apesar da classificação NCM 39.07.30.11, não corresponde à descrição daqueles discriminados na aludida posição (massas, ceras, pastas, encáusticas, líquidos, e outros), portanto não lhe sendo aplicável à substituição tributária; enquanto, em entendimento diverso, vislumbra o autuante, ao examinar a classificação indicada pelo próprio autuado na nota fiscal que acompanhava o produto, dentro da legislação que disciplina a comercialização em operação interestadual, do produto objeto da autuação, classificado no item VI do anexo do Convênio ICMS 74/94, concluindo ser as mercadorias codificadas na posição 3907 da NCM, sujeita às regras do Convênio, com imposto devido ao Estado destinatário, por substituição tributária, através de retenção efetivada e recolhida pelo remetente.

Nesse contexto, o âmago da lide encontra-se na discussão da classificação do produto na legislação pertinente, para definir a incidência ou não da antecipação tributária.

Ocorre que a análise das peças e documentos residentes no feito, principalmente da Nota Fiscal nº 04672 (fl. 8), a qual contém, no campo próprio, a informação da classificação fiscal da mercadoria como sendo 3907.30.11, leva-me a comungar do entendimento da PGE/PROFIS, quando consigna ter o recorrente reconhecido tratar-se de resina epóxida, de acordo com a nomenclatura prevista para o MERCOSUL e, portanto, enquadrada no código NCM 3907, que consta do item VI do anexo único do Convênio ICMS 74/94, ou seja, produtos com operações interestaduais sujeitas à substituição tributária, logo com a responsabilidade da retenção e recolhimento do ICMS pelo estabelecimento remetente, conforme transscrito a seguir:

“.....

No que tange ao argumento de que o produto TEC – BOND enquadrar-se-ia na previsão do parágrafo primeiro da cláusula primeira do Convênio ICMS 74/94, que exclui da responsabilidade do estabelecimento industrial remetente a retenção e recolhimento do imposto para as remessas de mercadorias para serem utilizadas pelo destinatário em processo de industrialização, razão também não assiste ao recorrente, porquanto a nota fiscal que instrui a imputação fiscal indica como destinatário uma empresa de natureza comercial e não industrial, qual seja, a JTT COMÉRCIO DE PEÇAS P/AR COMPRIMIDO LTDA.”

De outra parte, em relação ao documento de fls. 94/95, apresentado pelo sujeito passivo após formalizado o Recurso Voluntário, dizendo respeito à resposta da consulta por ele formulada, envolvendo o produto em discussão, entendo se ater o seu conteúdo à Instrução Normativa com aplicação exclusiva ao território do Estado de São Paulo, não podendo, destarte, ser desconsiderado um Convênio de natureza interestadual, em que os Estados de São Paulo e Bahia são signatários e ambos integraram os dispositivos ali contidos em suas legislações estaduais, por conseguinte, devendo ser obedecido.

Por tais fundamentos, considero incensurável a imputação aplicada pela fiscalização, merecedora de confirmação, nesse passo, chancelando, integralmente, a Decisão proferida pela 5ª JJF.

Em suma, o meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

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 **210943.0012/09-9**, lavrado contra **TUNKER QUÍMICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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 nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGF/PROFIS