

**A. I. N °** - 129106.0816/10-6  
**AUTUADO** - INDUSTRIAL LEVORIN S/A  
**AUTUANTE** - CEZAR AIGUSTO MOURA CARDOSO E SILVA  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/NORTE  
**INTERNET** - 12. 05. 11

#### 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF Nº 0114-01/11

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS À CONTRIBUINTE DESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A mercadoria objeto da autuação, no caso, “*banda de rodagem*”, não se encontra sujeita ao regime de substituição tributária, na forma prevista no Convênio 85/93. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 02/01/2011, exige ICMS no valor de R\$ 3.262,96, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta na “*Descrição dos Fatos*” do Auto de Infração que o autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deixou de reter e recolher o imposto referente às Notas Fiscais nºs 8443 e 84367, conforme exige o Convênio nº 85/93.

O autuado apresentou defesa (fls. 16 a 28), afirmando que não há como prosperar o Auto de Infração, haja vista as incorreções técnicas e legais as quais o torna viciado, conforme restará amplamente demonstrado a seguir.

Frisa que as Notas Fiscais nºs 84435 e 84367 arroladas na autuação abarcam exclusivamente os produtos denominados *banda de rodagem*, destinados ao processo de recauchutagem de pneumático usado.

Salienta que a autuação sequer fez menção a denominação do produto, apenas fazendo menção ao Convênio ICMS 85/93, cujo teor reproduz.

Diz que da análise da cláusula primeira verifica-se que a substituição tributária será aplicada nas operações interestaduais com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, classificados nas posições 4011 e 4013 e no código 4012.90.0000 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM-SH. Acrescenta que se observa nas Notas Fiscais nºs 84435 e 84367 que o produto objeto da autuação se refere a “*banda de rodagem*”, cuja classificação fiscal se situa na posição 4012.9090, não sendo, portanto, os códigos 4011 e 4013 e 4012.90000, os quais há permissão para cobrança na condição de substituto tributário.

Sustenta que a mercadoria denominada “*banda de rodagem*” possui a classificação fiscal 4012.9090, não está relacionada no Convênio nº 85/93, logo, não pode ser exigida a retenção por substituição tributária por falta de previsão legal. Diz que a falta de previsão no Convênio nº 85/93 para exigir a retenção do ICMS por substituição tributária, já foi objeto de análise pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, no julgamento do Auto de Infração nº 09174729/02, conforme o Acórdão JJF Nº 0394-01/02, cujo teor transcreve.

Salienta que em conformidade com a decisão acima referida, o poder de tributar encontra-se submetido aos princípios da legalidade genérica, conforme o art. 5º, inciso II da Constituição Federal de 1998 e legalidade estrita, consoante o art. 150, I, da mesma Carta Magna, consagrada ainda, no Código Tributário Nacional, nos arts. 9º, I e 97, especialmente incisos I a III, que transcreve.

Afirma que há a exigência de que na legislação tributária estejam descritos os pressupostos indispensáveis à perfeita juridicidade e legalidade da exigência do tributo, sem o que a norma se torna ineficaz. Invoca, nesse sentido, lição de Roque Antonio Carrazza, cujo teor reproduz. Acrescenta que, para que se dê plena aplicação ao princípio constitucional acima mencionado, todos os elementos necessários para a apuração do “*quantum*” devem estar previstos na Lei que institui ou regula o tributo, não sendo lícito ao Poder Executivo editar qualquer tipo de norma infra-legal que resulte no aumento do tributo.

Diz que, desse modo, a pretensão fiscal conforme o lançamento de ofício em discussão vulnera os princípios basilares da Carta Magna quanto à reserva constitucional da Lei Tributária, o qual preceitua: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Evoca ensinamento de Antonio da Silva Cabral, para fundamentar os seus argumentos.

Realça que por consequência da estrita legalidade vige no Direito Tributário o princípio da tipicidade, exigindo rigorosa adequação do fato impositivo à norma, para que se estabeleça a relação jurídica tributária com os efeitos que lhe são próprios.

Afirma que inexistindo previsão no Convênio nº 85/93 que imponha a retenção do imposto e o recolhimento na condição de sujeito passivo por substituição, é impossível ser exigido por norma de inferior hierarquia, citando e transcrevendo posição doutrinária de Roque Antonio Carrazza e Alberto Pinheiro Xavier, assim como da Procuradora da República, Dra. Cecília Maria Peidra Marcondes.

Sustenta que o Auto de Infração contraria o Convênio 85/93 revelando-se maculado de flagrante ilegalidade, por contrariar o princípio constitucional da estrita legalidade, consagrado pelo inciso II do artigo 5º da Carta Magna de 1988, ao estabelecer que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Invoca e reproduz, nesse sentido, ensinamentos de Norberto Bobbio.

Prosseguindo, afirma que os atos do Fisco são vinculados à lei e diversos princípios norteadores, razão pela qual mister se faz a improcedência do Auto de Infração em discussão, por ser o ICMS inexigível nesta etapa da cadeia produtiva, conforme amplamente demonstrado. Acrescenta que se investida de legalidade sua conduta, não há porque prosperar a autuação perpetrada.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal (fls. 40 a 41), o informante sustenta que os produtos em questão, devidamente identificados nos DANFes com código NCM/SH 4012.9090, estão sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme previsto no art. 353, inciso II, item 17 do RICMS/BA, cuja inserção ocorreu através do Decreto n. 7.824/2000, conforme transcreve.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS por parte do autuado, em decorrência da falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, relativamente às mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 84435 e 84367 - “*bandas de rodagem*”-, enquadradas no regime de substituição tributária, conforme o Convênio nº 85/93.

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que o autuado rechaça a autuação, sustentando que a cláusula primeira do Convênio nº 85/93, estabelece que a substituição tributária será aplicada nas operações interestaduais com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, classificados nas posições 4011 e 4013 e no código 4012.90.0000 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM-SH, portanto, não sendo aplicável às mercadorias acobertadas pelas Notas Ficais nºs 84435 e 84367, no caso, “*banda de rodagem*”, cuja classificação fiscal se situa na posição 4012.9090, não estando relacionada no Convênio nº 85/93, razão pela qual não pode ser exigida a retenção por substituição tributária por falta de previsão legal.

Noto que a cláusula primeira do Convênio nº 85/93, aduzida pelo impugnante tem o seguinte teor:

**“Cláusula primeira** *Nas operações interestaduais com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, classificados nas posições 4011 e 4013 e no código 4012.90.0000 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM-SH, fica atribuída ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas ou entradas com destino ao ativo imobilizado ou ao consumo dos produtos mencionados nesta cláusula.”*

Já a Fiscalização mantém a autuação, sustentando que a “*banda de rodagem*” identificada nos DANFes com código NCM/SH 4012.9090 está sujeita ao regime de substituição tributária, conforme previsto no art. 353, inciso II, item 17 do RICMS/BA, cuja inserção ocorreu através do Decreto nº 7.824/2000.

Observo que o art. 353, inciso II, item 17 do RICMS/BA, referido pela Fiscalização tem a seguinte redação:

*“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

*(...)*

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

*(...)*

*17 - pneumáticos novos, câmaras de ar e protetores de borracha para pneumáticos:*

*17.1 - pneumáticos novos de borracha - NCM 4011 -, exceto pneumáticos para bicicleta (NCM 4011.50.00);*

*17.2 - protetores de borracha para pneumáticos;*

*17.2.1 - “flaps” - NCM 4012.90.10;*

*17.2.2 - outros - NCM 4012.90.90;*

*17.3 - câmaras-de-ar de borracha - NCM 4013 -, exceto câmaras-de-ar para bicicletas (4013.20.00);”.*

A análise de ambos os dispositivos normativos acima transcrito permite concluir que as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária são, no caso, *pneumáticos novos, câmaras de ar e protetores de borracha para pneumático*.

É entendimento já pacificado que o regime de substituição tributária somente é aplicável à mercadoria cuja classificação e identificação esteja, expressamente, descrita no dispositivo legal que determine a obrigatoriedade de retenção e recolhimento do imposto.

Nessa linha de entendimento, o que se observa tanto na redação da cláusula primeira do Convênio 85/95, invocada pelo autuado, quanto na redação do art. 353, II, item 17 do RICMS/BA, invocado pelo autuante, é que ambos os dispositivos normativos trazem na sua redação expressamente que a obrigatoriedade de retenção e/ou antecipação é aplicável às operações interestaduais com *pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha*, classificados nas posições que indicam, inexistindo qualquer menção à “*banda de rodagem*.”

Relevante observar que existe distinção entre *banda de rodagem* e *protetores de borracha*, isto é, a *banda de rodagem* é utilizada no processo de recauchutagem de pneumático usado, tendo como objetivo a reconstrução da zona de contato do pneu com o solo, enquanto os *protetores de borracha* ou “*flaps*” são próprios para proteger a câmara de ar do contato do aro (jante) metálico ou das extremidades dos raios, funcionando com um isolante térmico, não se tratando, portanto, da mesma mercadoria.

Diante do exposto, considero insubsistente a infração.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **129106.0816/10-6**, lavrado contra **INDUSTRIAL LEVORIN S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR