

PROCESSO - A. I. N° 281078.0006/10-0
RECORRENTE - BASF S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0172-02/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 22/11/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0344-11/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS DE SAÍDAS DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. **a)** VENDAS DO PRODUTO AGUARRÁS MINERAL. **b)** VENDAS DOS PRODUTOS CONSTANTES NO CONVÊNIO ICMS 74/97 – TINTAS E VERNIZES. A lei atribui ao fabricante de tintas, vernizes, esmaltes e lacas, bem como na comercialização de aguarrás a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subsequentes, a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Convênio ICMS 74/94, para tintas, vernizes etc., e Convênio ICMS 110/07, que substituiu o Convênio ICMS 03/99. Infrações subsistentes. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Mediante Recurso Voluntário interposto o sujeito passivo insurge-se contra o acórdão epigrafado que julgou pela Procedência do Auto de Infração lavrado em 09/12/2010 para exigir ICMS no valor histórico de R\$57.328,77, por lhe imputar as seguintes irregularidades:

1. deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$18.206,57, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas do produto aguarrás mineral realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, constante do Convênio ICMS 03/99 (Combustível);
2. deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$39.122,20, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de tintas e vernizes realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, constante do Convênio ICMS 74/99 (tintas e vernizes).

Em Primeira Instância, o contencioso administrativo teve o seguinte deslinde :

“Inicialmente, em relação a argüição de inconstitucionalidade da substituição tributária, da multa de 60%, não pode ser apreciadas por este colegiado, pois, ao teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99, a apreciação da inconstitucionalidade da legislação tributária estadual e de emenda constituição nacional não se inclui na competência deste órgão julgador.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, sob a alegação de que Auto de Infração foi lavrado com base no Convênio 03/99 e este por sua vez, foi revogado a partir de 01/01/2008 pelo Convênio 110/07, tendo em vista que este último apenas substitui o primeiro, dispondo sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo e com outros produtos.

Ademais, a indicação incorreta de uma norma não é objeto de nulidade da autuação, conforme determinação contida no artigo 19 do RPAF/99, segundo o qual a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção

do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Na descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, fato que não gerou nenhuma dificuldade ao exercício do amplo direito de defesa, conforme restou evidenciado na peça impugnatória.

De igual modo, não acolho o argumento de nulidade sob alegação de que no Relatório de Discriminação dos débitos não constam as NCM's (classificação fiscal) dos produtos abarcados na infração de nº 2, entendendo a defesa de que a fundamentação é genérica e superficial, uma que a infração foi embasada nos demonstrativos acostados aos autos, contendo o número da nota fiscal, emissão, item, descrição do item e valores do produto, do ICMS próprio, base de cálculo de ICMS ST, MVA e valor do ICMS ST devido. No CD ROM gravado anexo a este PAF constam arquivos de todas as notas fiscais do referido levantamento de débito, podendo ser verificado nas notas fiscais o NCM 2710.1130 do produto aguarrás.

Devo ressaltar que o § 3º do artigo 8º do RPAF/99, estabelece que as peças processuais como defesa, informação fiscal, diligências, perícias, Recursos, Parecer da Procuradoria Geral do Estado e outras manifestações do contribuinte e do autuante, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos, referentes a processo administrativo fiscal, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, onde conste cópia exata da peça apresentada.

Portanto, o sujeito passivo recebeu todos os demonstrativos e levantamentos, com o detalhamento necessário, inclusive com os dados da NCM, facilitando o exercício da ampla defesa.

Pelo acima exposto e também por não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação de nulidade, afasto a citada preliminar.

No mérito, na infração 01 é imputado ao autuado ter deixado de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas do produto aguarrás mineral realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, constante do Convênio ICMS Nº 03/99 (Combustível);

O produto em questão foi incluído no regime de substituição tributária mediante Convênio ICMS 74/94, pois contava do Anexo do referido convênio (que dispõe sobre regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química), no item XII, ou seja, constava o produto Aguarrás Mineral, classificado na posição NBM/SH 2710.00.9902 no citado Convênio, até 20/11/95.

A partir do Convênio ICMS 03/99, ficou estabelecido que os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, ficam 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, ou seja, o mencionado Convênio dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos, constando o produto aguarrás mineral, no § 1º, inciso I alínea "b" do referido Convênio ICMS. Posteriormente, o Convênio ICMS foi revogado, a partir de 01/01/2008 pelo Convênio 110/07, tendo em vista que este último substitui o primeiro.

Não pode ser acolhido o argumento defensivo de que não se encontra na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária em operações realizadas com o produto aguarrás, pois o entendimento reiterado do CONSEF, materializado em seus julgados, somente a título de exemplo, cito os Acórdãos CJF Nº 0033-11/09, JJF Nº 0183-02/08, CJF Nº 0386-11/08, CJF Nº 0057-11/09 e JJF Nº 0092-04/07, tem sido no sentido de que a lei atribui ao fabricante de tintas, vernizes, esmaltes e lacas a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subseqüentes, a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

Devo ressaltar, ainda, que o contribuinte já foi anteriormente autuado pela mesma infração, ou seja, proceder a retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia de aguarrás mineral, somente a título de exemplo, cito os Acórdãos CJF Nº 0033-11/09 e CJF Nº 0179-11/08, todos mantendo a autuação.

Logo, entendo que a infração 01 restou caracterizada.

Na infração 02, é imputado ao autuado ter deixado de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$39.122,20, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de tintas e vernizes realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, constante do Convênio ICMS Nº 74/99 (tintas e vernizes).

Assim como, em relação ao produto aguarrás objeto da infração anterior, em relação as operações de vendas de tintas e vernizes, o sujeito passivo já foi autuado por diversas vezes, tendo o CONSEF firmado o entendimento, em reiterados acordos, apenas a título de exemplo, cito o Acórdão CJF Nº 0033-11/09, no sentido de que a lei atribui ao fabricante de tintas, vernizes, esmaltes e lacas a condição de sujeito passivo por

substituição tributária, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subseqüentes, a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

Logo, entendo que a infração 02 restou caracterizada.

Quanto ao pedido de redução da multa, também não pode ser acatado por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte, uma vez que as infrações consignadas no Auto de Infração demonstra que houve falta de recolhido do ICMS. Assim, entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em sede recursal, o sujeito passivo reitera a tese defensiva, primeiro aclarando tratar-se de fabricante de diversos produtos químicos, dentre eles tintas e vernizes, comercializado Aguarrás Mineral com a finalidade de solvente de tintas, assim como outros solventes, catalisadoras para vernizes, sujeito ao Convênio ICMS 104/08 e que, a exceção do produto aguarrás mineral do regime da substituição tributária, razão pela qual deixou de proceder a retenção e o recolhimento por falta de embasamento legal.

Reconhece a procedência de parte das infrações 1 e 2, acatando os valores relativos aos fatos geradores do mês de abril de 2010 em ambas as infrações.

Aduz que o Auto de Infração é nulo, pois foi lavrado com base no Convênio ICMS 03/99 e este por sua vez, foi revogado a partir de 01/01/2008 pelo Convênio ICMS 110/07, publicado no DOU de 03.10.07 pelo Despacho 82/07.

Assevera que o lançamento não apresenta os elementos suficientes para determinar com segurança a infração cometida pela impugnante, pois no Demonstrativo de Débito de fls. 07/24, em nenhum momento o Fisco fez menção à NCM dos produtos que entendeu como abarcados pelo regime da substituição tributária, fazendo simples menção às notas e nome destes produtos, o que dificulta a elaboração da defesa por parte da impugnante.

Diz que aguarrás, tintas e vernizes possuem inúmeras variações, podendo ser classificada em NCM's diferentes e até mesmo em NCM não sujeita à substituição tributária.

Aduz que o Convênio ICMS 03/99, dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo e outros produtos e trata tão somente de substituição tributária para produtos cuja operacionalização se dá por intermédio de distribuidoras e refinarias. Tanto é que referido Convênio ICMS 03/99 em seu capítulo III apresenta quatro seções a saber: Seção I) “Das disposições preliminares”; Seção II) “Das Operações Realizadas por Transportador Revendedor Retalhista – TRR”; III) “Das Operações Realizadas por Distribuidor de Combustíveis ou Importador” e Seção IV) “Dos procedimentos da Refinaria de Petróleo ou Suas Bases” e previa a incidência da Substituição Tributária para a aguarrás NCM 2710 0092.

Salienta que o Convênio ICMS 110/07, que revogou o Convênio ICMS 03/99, logo se encontra em vigor, dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo e com outros produtos e prevê a incidência de Substituição Tributária para a aguarrás mineral classificada na NCM 2710 1130.

Em contrapartida, também se encontra em vigor o Convênio ICMS 104/2008, convênio este posterior, publicado no DOU de 01.10.08 e ratificado nacionalmente no DOU de 20/10/08 pelo Ato Declaratório 12/08, sendo que referido Convênio alterou o Convênio ICMS 74/94 que dispõe sobre substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da Indústria Química.

Ressalta que, com a alteração trazida pelo Convênio ICMS 104/08, a Cláusula terceira do Anexo do Convênio ICMS 74/94 passou a vigorar com a seguinte redação:

ITEM	ESPECIFICAÇÃO	POSIÇÃO NA NCM
I	Tintas, vernizes e outros	3208, 3209 e 3210
II	Preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas, vernizes e outros	2707, 2710 (<u>exceto posição 2710.11.30</u>), 2901, 2902, 3805, 3807, 3810 e 3814

Destaca em letras garrafais que após a alteração do código da NCM 2710009902 para NCM 27101130, o Convênio ICMS 10 regime de ST para determinadas NCM's exceto para a 27101130.

Noutras palavras, alega que se verifica que somente havia previsão legal para aplicação da ST à NCM 2710009902 da alteração do Convênio ICMS 74/94 trazida pelo Convênio ICMS 86/95. E que, todavia, conforme verificou na tabela indicativa das datas dos fatos, o Convênio vigente na época era o de nº 74/95 já com as alterações trazidas pelos de nºs 86/95 e 104/98 e que por isto, a única tipificação legal existente que previa a aplicação do regime de ST para aguarrás era para aguarrás NCM 3805100100, que por sua vez não se trata de aguarrás comercializada pelo recorrente.

Pontua que, com o advento do Convênio ICMS 28/95 com efeitos de 01/06/95 a 20/11/95 que trouxe inclusões ao anexo de substâncias catalíticas, não inclui as classificações fiscais por si utilizadas, listando outros tipos de substâncias, a saber 3815199900 e 3815909900.

Reporta-se que somente existe obrigação de fazer ou não fazer quando a lei assim prevê citando o art. 150 da CF. Diz que o lançamento merece reforma já que os produtos objeto da acusação fiscal não havia previsão legal para incluí-los no sistema de substituição tributária.

Em relação à infração 2, aduz que afronta aos princípios da tipicidade, legalidade e não-confisco, pois além da fundamentação genérica e superficial, pois, referir-se a '*produtos constantes no Conv. 74/94*', sem especificar exatamente suas NCM's (classificação fiscal) é extremamente amplo e dificulta a apresentação da defesa como já apontado no tópico preliminar, vale dizer que NENHUMA das mercadorias circuladas apontadas no Relatório de Discriminação do débito (infração nº 2) se sujeita ao Regime de Substituição Tributária.

Noutras palavras, nenhum dos produtos abarcados na infração de nº 2 pela autoridade fiscal classifica-se nas NCM's 3208, 3209, 3210, 2707, 2710, 2901, 2902, 3805, 3807, 3810, 3814, 3403, 3405.20, 3405.30, 3405.90, 3905, 3907, 3910, 2821, 3204.17, 3206, 2706.00.00, 2715.00.00, 2707, 2713, 2714, 2715.00.00, 3214, 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807, 3211.00.00, 3815, 3824, 3214, 3506, 3909, 3910, 3204, 3205.00.00, 3206, 3212, previstas no Convênio ICMS 74/94.

Frisa que a Constituição Federal indica claramente que só há obrigação de fazer ou deixar de fazer para o caso de haver previsão na legislação vigente, o que de fato não ocorre em relação aos produtos incutidos na infração nº 2.

No mesmo sentido, verifica-se que há afronta ao artigo 150 da Constituição Federal, que rege a matéria. Posto isso, tem-se que o lançamento perpetrado pela autoridade fiscalizadora jamais poderia ter sido efetivado, tendo em vista que não há previsão legal que remeta os produtos objetos do Auto de Infração ao sistema de substituição tributária.

Argumenta que, como consequência da ausência de tipificação legal para o lançamento perpetrado é tentativa de confisco de patrimônio do contribuinte, o que também é vedado pela Constituição Federal.

Argui o princípio da especificidade e da aplicabilidade do Convênio ICMS 03/99 somente às refinarias, importadoras e distribuidoras de combustíveis.

Nesse sentido, diz que se considerando que a ST aplica-se conforme a natureza da mercadoria circulada, que a Decisão guerreada merece ser reformada, eis que por ser indústria química não importa, distribui ou circula combustíveis a afastar a aplicabilidade do Convênio ICMS 03/99, e

que o produto por si circulado não se vincula com aquele determinado no indigitado convênio e sim no Convênio ICMS 74/94 destinado às indústrias químicas.

Nessa toada, menciona que o produto por si circulado não se trata de combustível como entendeu a JJF, e que o Convênio ICMS 03/99 é inaplicável a si.

Repete a tese retro defendida e reproduz o Convênio ICMS 03/99, repetindo que este trata tão-somente de ST para produtos cuja operacionalização se dá por intermédio de distribuidoras e refinarias e nunca por indústrias químicas.

Faz alusão à antinomia das normas, alegando que na Decisão objurgada foi transcrita a tese que defendeu de haver convênios antagônicos sobre o impasse, a atrair a aplicação do princípio da especificidade e que, na fundamentação não esclareceu por qual razão não se aplica à recorrente os ditos Convênios ICMS 104/08 vigente na época do fato.

Acrescenta que uma vez constatada a existência de duas normas regulamentadoras da incidência de ao regime de ST aplica-se ou a regra mais benéfica ao contribuinte ou cada qual especificamente aos estabelecimentos que possuírem os ramos de atividades mencionadas em cada convênio e que, portanto, às refinarias, importadoras e distribuidoras de combustíveis aplica-se o Convênio ICMS 03/99 e às indústrias químicas aplica-se o Convênio ICMS 74/94 observando-se as alterações trazidas pelo Convênio ICMS 86/95 e 104/08 em atendimento ao princípio da especificidade diante da flagrante antinomia de normas.

Em seguida, aduz acerca da vigência e aplicabilidade das normas do Convênio ICMS 86/95 x 03/99 e da LICC para afirmar, em síntese, o art. 2º desta LICC, o Convênio ICMS 03/99 trouxe norma especial para as refinarias, ou seja, em nada inovando ou alterando quanto às normas atinentes às empresas químicas.

Logo, como concluiu, o Convênio ICMS 03/99 não teve e nem tem o condão de revogar os ditos do Convênio ICMS 86/95, inclusive porque o mesmo é norma especial aplicável às refinarias.

Quanto à multa de 60%, entende ser inaplicável por ausência de ato ilícito e por ser confiscatória e ferir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, transcrevendo julgados e doutrina em socorro de sua tese.

Ao final, requer que seja reformada a resolução do acórdão recorrido em face do pagamento parcial efetuado de ambas as infrações. Seguidamente, requer a desconstituição do crédito tributário por não lhe ser aplicável o regime da ST para produto aguarrás mineral (27101130) uma vez que lhe é aplicável o Convênio ICMS 74/94 com as alterações oriundas dos Convênios ICMS 86/95 e 104/08, e ainda inaplicável o regime por ausência de previsão legal nos Convênios existentes aplicáveis à espécie, posto que mesmo após a edição do Convênio ICMS 104/08 não foi expresso *ipsis literis* a posição 27101130 como incidente de ST a fim de que não prevaleça qualquer afronta ao princípio da legalidade, tipicidade e não confisco; por dever de cautela, ainda requer a reforma da Decisão recorrida no sentido de que, em havendo dois Convênios divergentes entre si, sendo que um prevê a incidência de ST (03/99) para NCM 27101130 e outro não prevê (74/94 c/c 86/95 e 104/08) (que indica expressamente a exclusão da NCM 27101130 do regime de ST) ante a antinomia de normas que seja aplicada a mais benéfica ao contribuinte à luz do CTN ou no mínimo que seja respeitado o princípio da especificidade, aplicando-se cada qual ao ramo de atividade para o qual é destinado, assim, com aplicação do Convênio ICMS 74/94, específico de suas atividades; alternativamente, se não aceitas nenhuma das teses acima expostas, que seja desconstituída a multa de 60% por ser confiscatória, como também os juros.

A PGE/PROFIS proferiu Parecer às fls. 135/136 ressaltando que a tese recursal repete aquela arguida na impugnação, que deve ser rejeitada, pois, as normas do Convênio ICMS 03/09 aplicarem-se às operações praticadas pelo recorrente, posto que a aplicação do regime de ST é devido ao produto comercializado e não o estabelecimento que participe da operação de comercialização. E como o Convênio ICMS 03/99 estabelece na cláusula 1ª, § 1º, I, b, que aguarrás mineral, classificada no código 27100092 NBM /SH submete-se ao regime de Substituição Tributária.

Em relação à confiscatoriedade da multa acentua que há previsão legal estabelecendo nos termos do art. 42, II, e da Lei nº 7014/96. Rechaça também a insurgência acerca dos juros, pois os acréscimos moratórios devem incidir sobre os débitos tributários.

VOTO

O Recurso Voluntário objetiva devolver a esta CJF o reexame e julgamento de duas infrações constantes da autuação relativa a fatos geradores ocorridos no período de janeiro a outubro de 2010, ambas envolvendo o regime de ICMS-ST.

A tese do contribuinte centra-se, exclusivamente, na mercadoria aguarrás mineral. E, dentro dos limites da matéria submetida à apreciação, infiro que a Decisão de Primeira Instância não merece qualquer censura, tendo concluído acertadamente pela aplicação do regime da Substituição Tributária às operações com aguarrás mineral, isto porque, devo ressaltar, não tem o menor cabimento a alegação recursal de que as normas do Convênio ICMS 03/99 aplicam-se exclusivamente às refinarias e distribuidoras de derivados de petróleo.

Rejeito esta tese e o faço considerando que os representantes das unidades federativas ao firmarem o dito Convênio, o fizeram para estabelecer como objetivo a regência do regime de substituição tributária **em operações com combustíveis e lubrificantes, derivados de petróleo ou não, e outros produtos**, caso dos autos, envolvendo produto por ela comercializado, e não em face do ramo empresarial do estabelecimento, ou seja, o que importa é o produto em si e não o segmento do autuado, que estava participando dessa operação de comercialização.

Com efeito, considerando que a aguarrás mineral é um derivado de petróleo disciplinado especificamente pela Resolução nº 03, do Conselho Nacional de Petróleo, datada de 15/03/1966, o item 02 dispõe: *“A Aguarrás Mineral, especificada na presente Norma, deverá possuir as propriedades expressas no quadro anexo, sendo definida como um derivado de petróleo, límpido, não contendo material estranho, nem água aparente”*.

Infiro, em acréscimo, que o autuante ao prestar a informação fiscal de fls. 61 a 68, afirmou que o sujeito passivo inobservou que, para as operações por si realizadas de comercialização de Tintas, Vernizes e Aguarrás Mineral, cumpria-lhe subordinar-se aos Convênios ICMS 74/94 e 110/07, este último que substitui o Convênio ICMS 03/99, (com relação ao produto aguarrás mineral), na condição de contribuinte substituto, a partir do momento em que realize as operações com produtos sujeitos à substituição tributária vinculadas aos Convênios citados.

A exigência fiscal encontra-se perfeitamente respaldada na legislação tributária que rege a matéria conforme dispõe a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 03/99 e 110/07, que substitui o primeiro.

Atenho-me ainda ao que consta do demonstrativo de débito no qual constam todas as informações que bem fundamentam a acusação fiscal, envolvendo número de nota fiscal, descrição do item e valores do produto, do ICMS próprio, base de cálculo de ICMS ST, MVA e valor do ICMS ST (fls. 13 a 44 do PAF).

Desse conjunto probatório, extrai-se que todas as notas fiscais inseridas no levantamento de débito, constam o NCM 2710.1130 do produto aguarrás.

Pelo que, concluo que o citado Convênio ICMS 03/99 sobre o qual o recorrente resiste em aceitar suas disposições normativas não apresenta qualquer ilegalidade ao estabelecer na referida Cláusula 1ª, Parágrafo 1º, I, “b”, que esse produto - a aguarrás mineral, classificada no código 2710.00.92 NBM/SH – sujeita-se ao regime de ICMS-ST,.

Em outras palavras, o Convênio 03/99 não incorreu em qualquer ilegalidade ao assim estabelecer – incluir o produto aguarrás mineral no regime de substituição tributária -, valendo ainda frisar que inexistente qualquer incompatibilidade entre o art. 9º, da Lei Complementar 87/96, que trata da

instituição do regime de substituição tributária mediante Convênio e o art. 512, do RICMS, o qual repete a norma do CONFAZ, inseriu o agarras expressamente na substituição, desde que atendidos os ditames do art. 9º, da Lei Complementar 87/96 que dispõe sobre a celebração de Convênio entre os Estados Federados.

No que tange à infração 2, esta segue a mesma direção da primeira, pois, como acima visto, apresenta o mesmo ponto nodal, ou seja, da não retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, pelo recorrente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, sendo que relativamente às vendas de tintas e vernizes realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, sujeita às regras do Convênio ICMS 74/99, pelo que é de se concluir que o imposto exigido deveria ter sido retido nas operações de saídas internas efetuadas para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subseqüentes, realizadas por adquirentes neste Estado. Infração subsistente.

No que concerne às alegações de inconstitucionalidade como supra relatado, em face do regramento do art. 167, I, do RPAF, devo salientar que esta CJF não tem competência material para deliberar acerca desta matéria, posição esta que estende à alegada confiscatoriedade da multa. Idem quanto à aplicação da Taxa SELIC, que ficam mantidas.

Por fim, em havendo valores recolhidos pelo contribuinte relativamente às infrações 1 e 2, os valores devem ser homologados.

Do expendido, voto pelo NÃO PROVIMENTO do 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 **281078.0006/10-0**, lavrado contra **BASF S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$57.328,77**, 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 já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

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