

PROCESSO - A. I. N.º 279462.0002/11-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e JOHNSON DIVERSEY BRASIL LTDA.
RECORRIDOS - JOHNSON DIVERSEY BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0280-03/12
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 11.06.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0219-13/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RETENÇÃO EFETUADA A MENOS. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infrações comprovadas de acordo com os demonstrativos elaborados pela autuante. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. **c)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Autuado não comprovou o recolhimento do imposto retido e não se pronunciou sobre a exação. Rejeitadas as preliminares de nulidade e decadência. Mantida a Decisão. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0280-03/12, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$ 763.782,27, em razão da constatação de cinco irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 1 a 4, e do Recurso Voluntário as cinco infrações, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 1: Procedeu a retenção a menos do ICMS, no valor de R\$ 45.858,63, 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, nos meses de janeiro a julho de 2006; novembro e dezembro de 2007; janeiro a dezembro de 2008; janeiro, fevereiro, março e dezembro de 2009; janeiro a dezembro de 2010, nas saídas de ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, NCM 3405.90.00 e dos produtos impermeabilizantes para concreto, NCM 3824.90.89, aplicando Margem de Valor Agregado – MVA inferior à estabelecida nos respectivos Protocolos, consequentemente, reteve o ICMS ST inferior ao devido.

INFRAÇÃO 2: Procedeu a retenção a menos do ICMS, no valor de R\$ 7.361,70, 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, nas saídas de material de limpeza, aplicando MVA inferior à estabelecida no Protocolo 106/09, nos meses de junho a dezembro de 2010.

INFRAÇÃO 3: Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$ 97.663,41, 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, nas saídas de ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, NCM 3405.90.00 e dos produtos impermeabilizantes para concreto, NCM 3824.90.89, deixando de fazer a

retenção do imposto, conforme estabelece o Protocolo 74/94, nos meses de outubro de 2007; março a dezembro de 2008; fevereiro a dezembro de 2009; fevereiro a dezembro de 2010.

INFRAÇÃO 4: Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$ 608.155,95, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nas saídas de material de limpeza, deixou de fazer a retenção do imposto nos documentos fiscais, conforme estabelece o Protocolo 106/09, nos meses de janeiro a dezembro de 2010.

INFRAÇÃO 5: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$ 4.742,58, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, haja vista que o contribuinte efetuou a retenção do ICMS relativo à Substituição Tributária nas notas fiscais de saída e não recolheu o imposto ou recolheu a menos, nos meses de setembro de 2009 e maio de 2010.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 674.506,69, diante dos seguintes entendimentos:

Rejeitar a preliminar de mérito de que operou a decadência referente fatos ocorridos no exercício de 2006, uma vez que o lançamento de ofício ocorreu em 30/06/2011, e a legislação do Estado da Bahia, através do art. 28, § 1º e 107-B, § 5º, do Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956/81, com base no art. 150, § 4º do CTN, fixa prazo à homologação do lançamento, até cinco anos contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Assim, no caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2006 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2011.

Também rejeita as preliminares de nulidade, considerando que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada 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, do que concluiu que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a JJF salienta que as infrações 1 a 4 tratam de retenção a menos e falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, de ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, NCM 3405.90.00 e dos produtos impermeabilizantes para concreto, NCM 3824.90.89, conforme previsto nos acordos interestaduais – Convênio ICMS 74/94 e Protocolo ICMS 106/09.

Destaca que o Convênio ICMS 74/94 estabelece em sua cláusula primeira, que nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas no anexo do mencionado Convênio fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, devido nas subseqüentes saídas, ou na entrada para uso ou consumo do destinatário e que dentre os produtos constantes no anexo do referido Convênio encontram-se, cera de polir, ceras encáusticas, preparações e outros - NCM 3405.90.0000; e produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas e adesivos - NCM 3824.

Aduz o órgão julgador que, nas razões de defesa, o autuado alegou que a autuante deixou de considerar que foi efetuado um expressivo volume de vendas para consumidores finais dos produtos e, sendo o defendente dedicado ao fabrico dos chamados produtos institucionais, os quais são empregados em produções e prestações de serviços de alta escala, esses produtos são adquiridos pelos seus usuários finais, que os consumiram na prestação de seus serviços e suas

normais atividades. Contudo, observa a JJF que o defendente não apontou objetivamente quais os documentos fiscais correspondentes às vendas realizadas para consumidores finais, apesar de ter recebido as planilhas demonstrativas onde consta todo o levantamento fiscal. Salienta que a autuante informou que, de acordo com as fls. 250/251 e 271 do PAF, o contribuinte foi intimado a apresentar as notas fiscais, tendo enviado cerca de 2.000 cópias de notas fiscais em duas caixas. Entretanto, conforme dito em duas oportunidades nas diligências realizadas, não foi efetuado nenhum lançamento de ICMS ST para as saídas de mercadorias destinadas a prestadores de serviço não contribuintes do ICMS e consumidores finais. Assim, salienta que cabia ao defendente indicar as notas fiscais destinadas a prestadores de serviço que foram incluídas nas planilhas constantes nos Anexos I a IV do presente processo, cujas cópias lhes foram entregues quando da ciência do Auto de Infração e da diligência fiscal à fl. 480. Logo, como não foi comprovada a alegação defensiva, não houve qualquer alteração do débito em decorrência do mencionado argumento.

Quanto à alegação relativa à inclusão dos produtos de limpeza como sabões ou detergentes, na incidência do ICMS ST, a exemplo dos produtos: FREEDOM CX4X5L; REVIVE CX4X5L; DIVOSAN S1; TASKI TAPI 101, do que afirma o contribuinte que no período da autuação, não havia a obrigatoriedade do pagamento do ICMS ST sobre os produtos de limpeza como sabão e detergente, o que impõe o afastamento do Auto de Infração quanto ao item 3, 4 e 5, a JJF conclui que o protocolo ICMS 106/09, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com material de limpeza, estabelece na cláusula primeira que: *“Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado – NCM/SH, destinadas ao Estado da Bahia ou ao Estado de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS relativo às operações subsequentes”*.

A JJF diz que, de acordo com a informação prestada pela autuante, conforme o Relatório enviado pelo contribuinte, o produto FREEDOM (é detergente e possui NCM 3402.2000), DIVOSAN (é detergente e possui NCM 3808.9429). Aduz que consta nos arquivos magnéticos do contribuinte o produto REVIVE (possui NCM 3405.9000, correspondente ao Item III do Protocolo 74/94 - ...ceras, encáusticas, líquidos preparações e outros para dar brilho, limpeza, polimento e conservação), TASK TAPI 101 (possui o NCM 3402.9039, correspondente a item – outros agentes orgânicos de limpeza). O produto FREEDOM, DIVOSAN, TASK TAPI 101 está enquadrado no Protocolo 106/09 e o produto REVIVE, enquadrado no Convênio 74/94.

Inerente à alegação de que os produtos institucionais não se enquadram na regra da Substituição Tributária, a JJF aduz que os chamados produtos institucionais são aqueles que se agregam como insumos dos prestadores de serviços e que são incluídos no respectivo serviço, a exemplo dos detergentes para uso em lavanderias; os produtos de limpeza utilizados por empresas de limpeza; os desinfetantes utilizados por hospitais. Registra que, quanto a esta alegação, foram encaminhadas diligências fiscais no sentido de que o defendente fosse intimado a indicar as notas fiscais correspondentes à situação alegada, sendo informado pela autuante que não foi efetuado nenhum lançamento de ICMS ST para as saídas de mercadorias destinadas a prestadores de serviço não contribuintes do ICMS, e que as cópias do levantamento fiscal foram entregues quando da ciência do Auto de Infração e da diligência fiscal à fl. 480, não tendo o autuado indicado às notas fiscais que estariam na situação alegada, ou seja, produtos adquiridos como insumos por prestadores de serviço.

O autuado alega inoccorrência da infração em relação ao produto classificado através das NCM nºs. 3405.90.00 e 3824.90.89. Porém, a JJF observa que a autuação levou em consideração os códigos de NCM constantes nos documentos fiscais e informações prestadas pelo contribuinte, conforme salientou a autuante que informou que foi concedido prazo para que o contribuinte informasse a NCM correta de cada produto; sendo apresentado um Relatório (fls. 76 a 130) que descreve a

finalidade do produto e a NCM correspondente. Contudo, em relação à cera de polir, encáusticas, preparações e outros o respectivo código de NCM 3405.90.0000, aduz a JJF que se encontra expressamente indicado no anexo ao Convênio ICMS 74/94, e o código 3824, também se encontra no mencionado anexo e se refere a produtos químicos e preparações das indústrias químicas ou das indústrias conexas, não especificadas nem compreendidas em outras posições, conforme tabela de classificação de NCM.

Inerente à alegação de defesa de que, à época da ocorrência das operações, a base de cálculo do ICMS devido era exatamente aquela por ele destacada, pois não haveria retenção e recolhimento do imposto por substituição tributária, uma vez que os produtos por ele comercializados não estariam sujeitos a este regime, de acordo com a descrição de seus componentes, a JJF salienta que esta questão foi objeto de diligência fiscal, sendo refeitos os demonstrativos pelas autuantes, que reconheceram equívocos no levantamento fiscal. Destaca que na última diligência, quanto aos equívocos constatados em relação aos períodos apurados nos novos demonstrativos, a autuante reconhece que, de fato, houve equívoco quando da transposição dos valores para o Demonstrativo de Débito Ajustado (fls. 286 a 288) e, por isso, elaborou novo demonstrativo com os necessários ajustes, do que informa que somente foram alterados os lançamentos das infrações 3 e 4 do Demonstrativo de Débito Ajustado (fls. 286 a 288), que passa a denominar-se Demonstrativo de Débito Ajustado II (fls. 516/517), permanecendo as demais planilhas, constantes nos Anexos I a IV do presente PAF, sem qualquer modificação. Assim, salienta a JJF que, à fl. 519, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos elaborados pela autuante, conforme Aviso de Recebimento à fl. 520, comprovando que o autuado recebeu a citada informação fiscal e demonstrativos e não se manifestou. Diante de tais considerações, a JJF acata os novos demonstrativos acostados aos autos pela autuante, e conclui pela procedência parcial das infrações 1 a 4, nos valores indicados no demonstrativo de débito às fls. 516/517 dos autos.

Em relação à infração 5, a JJF aduz que o contribuinte efetuou a retenção do ICMS relativo à Substituição Tributária nas notas fiscais de saída e não recolheu o imposto ou recolheu a menos, nos meses de setembro de 2009 e maio de 2010, não tendo o autuado apresentado qualquer elemento para contrapor o levantamento fiscal, limitando-se a alegações apenas quanto aos percentuais de multa constantes neste item do Auto de Infração. Assim, considera procedente este item da autuação fiscal, de acordo com os demonstrativos elaborados pela autuante à fl. 72 dos autos e demonstrativo de débito à fl. 517, visto que as penalidades aplicadas são legalmente previstas para as irregularidades apuradas, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Por fim, a JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, às fls. 549 a 591 dos autos, o recorrente reitera todas as alegações da impugnação, a exemplo: 1) das preliminares de decadência; falta de precisa indicação dos produtos mencionados; autuação com base em amostragem; inoccorrência de infração, em relação ao produto classificado e nulidade da autuação por falta de previsão legal no ordenamento jurídico, e 2) das razões de mérito de venda para consumidores finais em todas as infrações, não havendo que se falar em substituição tributária; falta de obrigatoriedade de pagamento do ICMS ST sobre produtos de limpeza como sabão e detergente (FREEDOM, REVIVE, DIVOSAN e TASKI) nas infrações 3 a 5; não enquadramento dos produtos institucionais na regra da ST, calculando-se apenas como ICMS-ST a diferença entre as alíquotas interna e a interestadual utilizada, sem inclusão da MVA, razão da diferença de todas as notas fiscais apresentadas nos anexos relacionando ICMS ST retido a menor; da impossibilidade de aplicação de multa em valor superior ao valor do imposto envolvido, caracterizando-se multa abusiva e confiscatória.

Como fato novo, o recorrente diz que expôs expressamente a manifestação à diligência fiscal de fls. 230 a 242, inclusive aduzindo que na planilha anexa a diligência (fl. 287) a diligente incluiu indevidamente notas fiscais relativas aos anos de 2006 a 2010, referentes a operações cujo ICMS-ST supostamente não foi retido de acordo com o Protocolo 106/2009, sendo que a obrigatoriedade de

inclusão dos produtos de limpeza na ST só ocorreu a partir de 01/01/2010. Porém em seu decisório a JJF não se manifestou, razão de requerer a anulação do julgamento.

Requer, ainda, como preliminar a nulidade do Auto de Infração, que a recorrida, através de seu agente fiscal, reconheceu que houve equívoco nos demonstrativos de débito e o recorrente desconhece os valores remanescentes do Auto de Infração, atentando ao previsto no artigo 18 e seguintes do RPAF, na medida em que as respectivas alterações não foram objeto de novo lançamento tributário.

Também, para comprovar a sua alegação de vendas para consumidores finais e para uso e consumo, às fls. 574 a 576 dos autos, o recorrente relaciona inúmeras notas fiscais, as quais foram gravadas em mídia eletrônica (CD), à fl. 593 dos autos.

Por fim, requer que o Auto de Infração seja declarado nulo, ante as razões de preliminar arguidas, e, no mérito, seja arquivado o Processo Administrativo Fiscal, com a devida extinção do crédito tributário.

Às fls. 598 a 600 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, pois a orientação da Chefia da PGE/PROFIS, quanto à decadência, é no sentido de que não se aplica o entendimento do STF expressado na Súmula nº 8, ao caso vertente, podendo a lei estadual dispor sobre o prazo decadencial relativamente aos seus tributos. Assim, a lei estadual (art. 107-B, § 5º do COTEB), utilizando-se do permissivo legal contido no art. 150, § 4º, do CTN, prorrogou o início do prazo decadencial para os tributos estaduais por homologação, como o ICMS, para o primeiro dia do exercício seguinte. Logo, considerando que a autuação se deu em 30/06/2011, relativamente a fatos geradores de 2006, não há que se falar em decadência. Nota, ainda, que as infrações exigem imposto por falta de recolhimento do ICMS retido ou por falta de retenção e recolhimento do ICMS, o que, no entendimento incontroverso do CONSEF, conduz à aplicação da regra contida no art. 173, I, do CTN, uma vez que não houve recolhimento a ser homologado.

Quanto às alegações de nulidade, o opinativo é de que a identificação dos produtos ocorreu com base na descrição feita pelo próprio contribuinte em seus documentos fiscais, como também foi afirmado pela autuante e não contestado objetivamente pelo recorrente que o trabalho fiscal se deu com a totalidade dos documentos fiscais, e não por amostragem. Assim, a PGE/PROFIS concluiu que o Auto de Infração está revestido das formalidades necessárias, tendo o autuado compreendido perfeitamente os fatos que lhe são imputados, tendo exercido o direito à defesa sem qualquer entrave.

Quanto à alegação recursal de que sobre o resultado de tal diligência teria se manifestado, sem que a JJF sobre isso houvesse decidido, a PGE/PROFIS aduz que a manifestação alegada pelo recorrente é a de fls. 484 a 505, tendo a JJF sobre ela decidido, tanto que foi esse o fundamento para a remessa dos autos em nova diligência que culminou com o Parecer de fls. 513 a 516 dos autos e sobre o resultado dessa diligência o autuado foi intimado (fl. 519) e não se manifestou a respeito, tendo a Decisão recorrida apreciado o resultado da diligência, que serviu, inclusive, de fundamento para correção do valor devido.

No mérito, quanto às questões trazidas relativas à inclusão ou não das mercadorias na substituição tributária, o Parecer é de que a JJF, assim como a autuação, identificaram cada produto e correlacionaram a NCM indicada no documento fiscal e o respectivo Protocolo ou Convênio em que consta como sujeito à ST o autuado, o qual foi intimado para comprovar as vendas a não contribuintes de ICMS e não logrou trazer qualquer elemento capaz de afastar a exigência, tendo a diligência realizada em primeira instância cuidado de observar a base de cálculo aplicável à época dos fatos geradores e reduzido o montante devido.

Por fim, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte dos débitos originalmente exigidos às infrações 1 a 4 do lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, em relação a todas exigências do Auto de Infração, cujas infrações 1 a 4 tratam de retenção a menos e 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, de ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, NCM 3405.90.00 e dos produtos impermeabilizantes para concreto, NCM 3824.90.89, conforme previsto nos Convênio ICMS 74/94 e Protocolo ICMS 106/09. Já a infração 5 decorre do ICMS retido e não recolhido ou recolhido a menos pelo substituto tributário, conforme fl. 72.

De início, quanto ao Recurso de Ofício, da análise das peças processuais, verifica-se que os valores exigidos com base nos levantamentos originais foram revisados e reformados pela própria autuante, após a realização de três diligências determinadas pela 3ª JF, tendo a diligente concluído pela procedência parcial das alegações de defesa, visto que, conforme esclareceu, se tratando de substituição tributária interestadual, as infrações do ICMS são elencadas em: ICMS ST não retido; ICMS ST retido a menor e ICMS ST retido e não recolhido, do que salienta que para identificar se numa determinada operação a empresa deveria reter o ICMS ST do produto, ou sobre a diferença de alíquota (DIFAL) ou com inclusão de margem de valor agregado (MVA), utilizou o Sistema de Fiscalização AUDIT, onde após as análises da condição de cada destinação, este sistema elaborou relatórios identificando o montante do ICMS devido em cada nota fiscal, em cada Convênio e/ou Protocolo e em cada mês fiscalizado, relatórios estes que são anexados ao Auto de Infração para demonstrar o imposto que deixou de ser retido pelo contribuinte, nas três hipóteses descritas.

A diligente reafirma que nenhuma mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária do Convênio ICMS 74/94 ou do Protocolo ICMS 106/09 destinada a empresas de serviços foi objeto de lançamento do ICMS ST, pois os hotéis, hospitais, lavanderias e empresas de limpeza predial não são contribuintes de ICMS. Contudo, para os atacadistas e varejistas que adquiriram a mesma mercadoria para ambas as finalidades (revenda e uso e consumo), todas as operações foram consideradas tributadas com ICMS ST e com inclusão da MVA, pois nem o fisco e nem o remetente pode precisar as situações, cabendo ao adquirente, quando do uso/consumo, se creditar proporcionalmente do ICMS ST, conforme previa o art. 300 do RICMS. Por fim, para os contribuintes de ICMS que adquiriram os produtos para uso/consumo, a exemplo do Itão, Bompreço e Extra, exige-se o pagamento do ICMS ST por diferença de alíquota (DIFAL), sem a inclusão da MVA.

Assim, a fim de atender os ajustes acima, a autuante refez os cálculos de todas as infrações, apurando os valores de ICMS de: R\$ 1.083,65; R\$ 1.473,10; R\$ 72.193,20; R\$ 595.014,16 e R\$ 4.742,58, respectivos às infrações 1 a 5 do lançamento de ofício, tendo o sujeito passivo tomado ciência do resultado e não se pronunciado, de cuja apuração se fundamentou a JF para sua Decisão, do que concordo, razão de considerar não provido o Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, inicialmente, deixo de acatar a preliminar de decadência, referente a parte do crédito tributário exigido na infração 1, inerente aos meses de janeiro a junho de 2006, pois decorrente da previsão legal contida no § 4º do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que *“Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...”*, a legislação pertinente no Estado da Bahia, ínsita no art. 107-B da Lei. nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), em consonância com o previsto no artigo 173, inciso I, do CTN, fixou *o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário*. Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 30.06.2011, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do exercício de 2006, cujo termo final seria em 31/12/2011. Contudo, há de se registrar que do valor remanescente exigido na Decisão

recorrida, objeto destes recursos, só permanece quantias relativas aos exercícios de 2007 a 2010, conforme demonstrado às fls. 516 e 517 dos autos, sendo impertinente tal arguição, caso não restabelecidos os valores inerentes ao exercício de 2006.

Também deixo de acolher a pretensa nulidade do Auto de Infração, argüida sob a alegação de que o agente fiscal reconheceu que houve equívoco no demonstrativo de débito e retificou o lançamento de ofício, contrariando o art. 145 do CTN e ao art. 18 e seguintes do RPAF, na medida em que as respectivas alterações não foram objeto de novo lançamento tributário. E rejeito com base no próprio art. 145 do CTN invocado pelo recorrente, pois tais alterações decorreram em virtude da impugnação do sujeito passivo, sendo adequado o lançamento em razão de provas documentais e alegações de defesa, em razão do pleno exercício do direito de defesa e do contraditório, nos termos previsto no citado art. 145, I, do CTN, tendo o autuado tomado ciência dos resultados das diligências e se manifestado, quando entendeu pertinente, inexistindo qualquer prejuízo ao contribuinte e ao devido processo legal, inclusive quanto às multas aplicadas, as quais são as legalmente previstas para os ilícitos apurados.

Quanto às demais alegações preliminares, as quais foram reiteradas pelo recorrente na sua peça recursal, entendo procrastinatórias, visto que, conforme já analisado pela Decisão recorrida e pela PGE/PROFIS, a identificação dos produtos ocorreu com base na descrição feita pelo próprio contribuinte em seus documentos fiscais; que a JJF para a sua Decisão se fundamentou na diligência que culminou com o Parecer de fls. 513 a 517 dos autos e sobre o resultado dessa diligência o autuado foi intimado, consoante documentos às fls. 519/520, e não se insurgiu, cuja diligência serviu, inclusive, para correção do valor devido, conforme anteriormente alegado pelo defendente às fls. 484 a 505, sendo impertinente a repetição de alegações as quais já foram acolhidas ou apreciadas, a exemplo: “*DA FALTA DA PRECISA INDICAÇÃO DOS PRODUTOS MENCIONADOS*”; “*AUTUAÇÃO COM BASE EM AMOSTRAGEM*” e “*INOCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO, EM RELAÇÃO AO PRODUTO CLASSIFICADO*”, já devidamente analisadas e rebatidas no Acórdão recorrido, de cujos termos adoto para minha Decisão, por comungar com o mesmo, visto que a classificação dos produtos fiscalizados foi fornecida pelo próprio contribuinte, conforme documentos às fls. 77 a 130, nos quais contêm: código do produto, nome, NCM e aplicação, cujos dados identificam precisamente os produtos e sua subsunção aos citados acordos interestaduais (Convênio ICMS 74/94 ou do Protocolo ICMS 106/09), no que diz respeito aos documentos fiscais que compõem os valores remanescentes das exações fiscais, adotados pela JJF, ínsitas de forma sintética às fls. 516 e 517 e analítica às fls. 290 a 341, objeto deste Recurso Voluntário.

No tocante às novas alegações trazidas pelo recorrente, em relação à suposta inclusão indevida de notas fiscais relativas aos anos de 2006 a 2010, referentes a operações cujo ICMS-ST não foi retido de acordo com o Protocolo ICMS 106/2009, visto que a obrigatoriedade de inclusão dos produtos de limpeza na ST só ocorreu a partir de 01/01/2010, há de se ressaltar que, ao contrário do que afirma o apelante, a Decisão recorrida não só se manifestou como acolheu tal argumento, determinando nova diligência, à fl. 510 dos autos, no sentido de excluir tais valores indevidos, o que resultou no Parecer de fls. 513 a 517 dos autos, no qual se fundamentou a Decisão recorrida, tendo o autuado sido cientificado da diligência para correção do valor devido, porém não se pronunciou (fl. 519).

Por fim, inerente à relação de notas fiscais de vendas para consumidores finais e para uso e consumo, trazida pelo recorrente às fls. 574 a 576 dos autos, há de se ressaltar que das constantes do demonstrativo fiscal, às fls. 290 a 341 dos autos, o qual fundamenta os valores remanescentes, ora exigidos na Decisão *sub judice*, em sua maioria diz respeito, exclusivamente, à exigência de ICMS ST sobre a diferença de alíquota (DIFAL), sem inclusão de margem de valor agregado (MVA), na hipótese de entrada de aquisição interestadual de mercadoria para uso ou consumo, sendo responsável tributário o remetente industrial, nos termos previstos na cláusula primeira do Convênio ICMS 74/94 para os produtos de limpeza sob NCM 3405.90 e impermeabilizante sob NCM 3824, ou como disposto no parágrafo único da cláusula primeira do Protocolo 106/09, referentes aos produtos elencados em seu anexo único, conforme se pode constatar da análise das Notas Fiscais de nºs: 90623; 101316; 107210; 113861; 114227; 116667; 116750; 114227; 116667; 116750; 120010;

120014; 125367; 146323; 152425; 155698; 159478; 162755; 162757; 198575; 202522; 206159; 76394; 77920; 78409; 90926; 90977; 91187; 104958; 117729; 117829; 117998; 129501.

Em suma, se tratar de operação para revenda, caberia a responsabilidade do remetente pela retenção e recolhimento do ICMS substituição tributária das operações de saídas subsequentes, acrescida da margem de valor agregado (MVA). E caso trate-se de operação de aquisição de produtos para uso ou consumo do próprio estabelecimento *por contribuinte de ICMS*, caberia a responsabilidade do remetente pela retenção e recolhimento do ICMS substituição tributária, relativa à exigência da diferença entre as alíquotas interna e interestadual sobre a base de cálculo da operação própria, incluídas quando for o caso dos valores de frete e outras despesas, sem agregar a MVA.

Portanto, como não restou comprovada a aquisição de tais produtos por parte de não contribuintes de ICMS, mantêm-se as exigências fiscais nos termos da Decisão recorrida, inerentes às infrações 1 a 4, cujos produtos, inclusive os alegados: FREEDOM, REVIVE, DIVOSAN e TASKI TAPI, se enquadram nos citados acordos interestaduais, à época dos fatos geradores, conforme códigos fornecidos pelo contribuinte às fls. 77 a 130 dos autos, como também o total da infração 5, relativa ao ICMS ST retido e não recolhido ou recolhido a menos, conforme demonstrado à fl. 72 dos autos.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279462.0002/11-9**, lavrado contra **JOHNSON DIVERSEY BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$674.506,69**, acrescido das multas de 60% sobre R\$669.764,11 e 150% sobre R\$4.742,58, previstas no art. 42, incisos II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

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