

**A. I. Nº** - 124157.1221/12-8  
**AUTUADO** - INDUTIL INDÚSTRIA DE TINTAS LTDA.  
**AUTUANTE** - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** - 10/02/2015

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0019-03/15**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Trata-se de venda pelo remetente, para comprador localizado no Estado da Bahia, de mercadorias elencadas no Anexo ao Convênio ICMS 074/94. Neste caso, restou comprovado, mediante diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, que o estabelecimento destinatário utiliza as mercadorias na prestação de serviços. Logo, a substituição tributária regida pelo aludido Convênio não alcança a operação objeto da autuação. Infração insubsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 25/11/2012, refere-se à exigência de R\$6.742,04 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do imposto, 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, - Infração **55.18.03**.

O autuado, por meio de advogada com procuração à fl. 35, ingressa com defesa, fls. 22 a 34, articulando as seguintes ponderações.

Declara que informou para a fiscalização ser a mercadoria apreendida destinada a empresa, Pituba Sinalização e Serviços Ltda.- ME na condição de consumidor final. O que facilmente pode-se observar pelo objeto social da empresa, conforme registrado no CNPJ 02.703.760-90, que trata-se de empresa que utilizaria o material (tintas) para pintura na sinalização em pistas rodoviárias e de aeroportos e na impressão de material para uso publicitário.

Observa que esclareceu ao fiscal que o imposto não era exigível, por se tratar de material destinado a empresa de reparo de estrada de rodagem e reparo de logradouros públicos, ou seja, que atentou ao que dispõe o RICMS-BA/12, em seus artigos 484, §1º, incisos II e III, além do art. 485, parágrafo único, inciso I e art. 487. Registra que sendo o estabelecimento destinatário das mercadorias empresa de construção civil, enquadra-se no regime simplificado de tributação, que consiste na aplicação de percentual reduzido (3%) sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais de mercadorias, conforme disciplina o caput do art. 485, da Lei nº 7.014/96. Continua assinalando que o parágrafo único, inciso I, do aludido dispositivo legal dispõe expressamente a inexistência do recolhimento do imposto, na forma prevista no caput, quando a empresa adquirir bens em outra unidade da Federação com a cobrança do ICMS com base na alíquota do Estado de origem.

Salienta que por expressa previsão legal, a empresa destinatária está dispensada de recolher os tributos, em razão de já ter sido realizado, com base na alíquota interna, para o Estado de São Paulo. Prossegue destacando que o material alienado não será objeto de comercialização, mas

sim, utilização em obras. Arremata frisando que assim ficam eliminadas eventuais hipóteses de incidência do imposto, satisfazendo os requisitos previstos no art. 487, do RICMS-BA/12.

Diz que cumpriu seus deveres legais, declarou a incidência de ICMS, conforme a alíquota prevista no Estado de origem, analisou a legislação tributária do Estado da Bahia, destinatário da mercadoria, para evitar qualquer tipo de penalidade e que agiu de boa-fé, tomando todas as cautelas.

Afirma que se houvesse apenas que se submeter à legislação estadual baiana, esta lhe seria mais benéfica, pois deixaria de desembolsar 15% de tributos. Assinala que inexiste lógica ou razoabilidade para afastar sua boa-fé em querer praticar ato ilícito.

Assinala que a exigência do recolhimento do tributo ao erário do Estado da Bahia se caracteriza de Bi-Tributação, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Frisa que se há qualquer dúvida com relação ao destino da mercadoria, se seria para revenda ou consumo, competiria ao fisco a prova da finalidade e que, no presente Auto de Infração, sequer, há indício da prática de ato ilícito, seja ele culposos ou doloso.

Assevera que o acolhimento da preliminar argüida é medida que se impõe, desconstituindo o Auto de Infração, anulando todos os seus efeitos, em especial o encargo de fiel depositário.

Ao tratar do mérito da autuação revela que a substituição tributária, no caso de operações envolvendo tintas e vernizes, é padronizada nacionalmente, por força do Convênio ICMS nº 74/1994. Pondera que, em se tratando de operações interestaduais destinadas a um consumidor final, temos basicamente duas situações: a) destinatário consumidor final e contribuinte do imposto e; b) destinatário consumidor final e não contribuinte do imposto.

Afirma que o regime de contribuição dependerá da identificação da situação, que, em primeiro lugar, depende do enquadramento da empresa destinatária como contribuinte ou não contribuinte. Cita que como regra, a empresa de construção civil classifica-se como não contribuinte, mas pode, em algumas hipóteses, ter reconhecida sua qualidade de contribuinte do ICMS (além do ISS).

Diz que esse entendimento é reforçado e disciplinado na legislação paulista através dos atos normativos COMUNICADO CAT N.º 20/03, e do Convênio ICMS-137/02.

Assinala que o mencionado Convênio ICMS-137/02, cuja cópia anexa, traz disciplina própria sobre os procedimentos a ser adotados em relação à operação interestadual que destine mercadoria a empresa de construção civil, não vincula São Paulo, uma vez que o Estado não foi seu signatário.

Menciona que o Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo (RICMS-SP), por seu turno, determina, no caput do seu art. 56-A, que, quando uma empresa situada em seu território remeter mercadorias para empresa de construção civil situada em outra unidade da federação, em regra, deverá aplicar a alíquota interna do ICMS sobre o valor da operação.

Frisa restar demonstrada nos autos a adequação, legalidade e constitucionalidade do procedimento que adotou, bem como a não configuração da aduzida evasão fiscal em prejuízo do Estado da Bahia, notadamente pelo fato de o recolhimento promovido sob alíquota interestadual ter sido norteado pela reta observância da legislação paulista, de convênio aplicável aos Estados envolvidos na operação de circulação de mercadorias e da Constituição Federal (art.155, §2.º, inciso VIII).

Registra que, caso adotado outro entendimento solicita que seja observada a alíquota de 3%, prevista no art. 485, do RICMS-BA/12.

Ao cuidar da multa indicada no Auto de Infração sustenta que se configura confiscatória, ou, ao menos desproporcional.

Diz que a multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/96, que é de 60%, indicada pelo autuante atendeu à previsão do dispositivo legal. Sustenta que, não menos verdade, o aludido preceito em comento constitui afronta à Constituição da República por ferir o princípio da vedação ao confisco (art.150, inciso IV, CF/88), mas, antes, por ofensa ao princípio geral de direito da proporcionalidade e da razoabilidade.

Observa que a base de cálculo da multa não guarda qualquer relação com o valor do imposto que lhe deu ensejo.

Assevera que a natureza sancionatória da multa apresenta-se desfigurada, assumindo feição confiscatória e impeditiva do livre exercício da atividade, o que não se pode admitir.

Destaca que endossando sua tese já se pronunciou a jurisprudência vem aceitando a possibilidade de redução da multa como se infere de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, cuja ementa reproduz.

Diz aguardar, na hipótese de se mantida a autuação, que se declare incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/96, anulando-se a multa aplicada à impetrante, ou, subsidiariamente, reduzindo-a a um quantum pautado pela razoabilidade que deve reger todos os atos administrativos.

Conclui requerendo que seja acolhida a preliminar argüida, desconstituindo o Auto de Infração, anulando os efeitos, pois inexigível o tributo por expressa previsão legal, inclusive, desonerando o depositário fiel do encargo. E, caso não seja acolhida a preliminar de nulidade, requer também seja julgado improcedente o Auto de Infração. Arremeta pleiteando a redução da alíquota, compensando-se com os valores já pagos e declarada a inexigibilidade da multa, pois inconstitucional, ou a sua redução equitativa.

O autuante presta informação fiscal, fls. 159 a 171.

Depois de sintetizar as alegações da defesa salienta que os dispositivos legais que respaldou a presente ação fiscal estão ancorados na Lei 7.014/96.

Afirma que o sujeito passivo da presente ação fiscal, equivocou-se ao considerar a destinatária das mercadorias como sendo do ramo da Construção civil. Destaca que para demonstrar sua assertiva colaciona à fl. 158, a Ficha de Dados Cadastrais SEFAZ/BA da empresa autuada, Pituba Sinalizações e Serviços Ltda., tem CNAE de “Comércio varejista de outros produtos não especificados anteriormente”.

Observa que a referida empresa não figura como atuante, nem se equipara ao ramo da construção civil de acordo os preceitos do art. 484 do RICMS-BA/12, cujo teor reproduz.

Sustenta que diante da evidência de fatos demonstrados, considera o autuado devedor do crédito exigido através do presente Auto de infração.

Frisa que o impugnante não acostou aos autos elementos que mudassem seu entendimento e pudessem inibir a presente ação fiscal. Observa que resta evidente que o defendente não respeitou as normas legais, especialmente aquelas albergadas pelo Convênio ICMS 74/94, no que se refere a Diferença de Alíquota do ICMS-ST em produtos destinados a uso e/ou consumo do destinatário, cujo alcance engloba os produtos comercializados pela defendente e, que ao deixar de efetuar a retenção e/ou pagamento do ICMS por Substituição Tributária, conforme exigências do RICMS/BA expressada no Dec. 13.780/12, descumpriu uma obrigação tributária, já pacífico de entendimento, de acordo Resoluções deste Conselho de Fazenda estadual.

Diz ser correto afirmar que o autuado, deixou de atender a exigência fiscal no tocante à Substituição Tributária do ICMS correspondente à Diferença de Alíquota, do Danfe nº 024226, à luz da legislação vigente, caracterizando o ilícito fiscal que ensejou a lavratura do competente Auto de Infração, com intuito de exigir o crédito tributário originado pela operação, de forma a resguardar a fazenda pública estadual.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

Em pauta suplementar esta 3ª JJF converteu os autos em diligência à ASTEC do CONSEF, fl. 175, para que diligente designado verificasse junto às escritas fiscal e contábil da empresa, Pituba Sinalização e Serviços Ltda., e informasse se há como comprovar se as mercadorias constantes no Danfe nº 24.226, fl. 12, foram destinados à aplicação na pintura de sinalização em pistas rodoviárias e aeroportos, conforme alegado pelo autuado em sede defesa, bem como se a empresa também comercializa com os produtos constantes do aludido Danfe.

Atendido o pedido de diligência pela ASTEC/CONSEF seu resultado foi consignado mediante a emissão do Parecer ASTEC/CONSEF nº 037/2014, colacionado às fls. 175 e 176. Em sua conclusão o diligente afirma que efetuados os exames na documentação apresentada, cópias anexadas às fls. 180 a 201, constatou que a empresa destinatária das mercadorias constantes do Danfe nº 24226 é uma prestadora de serviços que faz uso dessas mercadorias. Assinalou também que embora nos registros junto a SEFAZ conste a atividade de “comércio”, a referida empresa não desenvolve, até então, outra atividade que não seja a de prestação de serviços. Conclui manifestando seu entendimento de que o exame dos elementos apresentados revelou em extensão suficiente para admitir a possibilidade de que as mercadorias objeto da exigência fiscal foram empregadas na prestação de serviços prestados pela empresa.

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência, fls. 203 e 204, o autuado não se manifesta no prazo regulamentar.

Às fls. 207 e 208, o autuante presta informação fiscal acerca do resultado da diligência manifestando sua concordância e pugna pela improcedência do Auto de Infração.

#### **VOTO**

Quanto à preliminar argüida pela defesa do autuado de que descabe a exigência fiscal pelo fato do destinatário das mercadorias apreendidas atuar no ramo de construção civil e enquadrar-se no regime simplificado de tributação, consoante previsão do Parágrafo Único do art. 485 do RICMS-BA/12, constato que a matéria trazida a baila como preliminar diz respeito a aspectos formais do lançamento e será enfrentada por ocasião do mérito da autuação.

Depois de compulsar as peças que integram os autos constato que a autuação fiscal foi efetuada de acordo com as formalidades legais, sem qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante demonstrativo de apuração e de débito acostados aos autos. Portanto, afigura-se o lançamento devidamente formalizado, 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 sua nulidade.

No mérito o presente lançamento cuida da falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, por descumprimento do art. 10 da Lei 7.014/96 C/C as cláusulas primeira, terceira e quarta do Convênio ICMS 74/94.

Em sede de defesa o autuado refuta o cometimento da infração pelo fato de ter efetuado de acordo com o Danfe nº 24.226, fl. 12, operação de venda interestadual de produtos relacionados no Anexo ao Convênio ICMS 74/94, com destaque do imposto com alíquota interna do Estado de São Paulo, destinada à empresa de construção civil localizada no Estado da Bahia. Sustentou que consoante previsão expressa do Parágrafo Único do art. 485 do RICMS-BA/12 não é exigido o recolhimento do imposto objeto do Auto de Infração.

Em pauta suplementar esta 3ª JJF converteu os autos em diligência a ASTEC/CONSEF para que diligente designado, com base nos livros e documentos fiscais da empresa, Pituba Sinalização e Serviços Ltda., destinatária das mercadorias apreendidas e constantes do Danfe nº 24226, apurasse sua efetiva destinação, ou seja, se destinada a comercialização ou aplicadas na prestação de serviço.

O resultado da diligência consignado no Parecer ASTEC/CONSEF nº 037/2014, fls. 178 e 179, concluiu que os exames realizados nos livros e documentos fiscais do estabelecimento não revelaram a comercialização pela empresa, Pituba Sinalização e Serviços Ltda., destinatária das mercadorias constantes do DANFE nº 24226. Informou também o diligente que apesar de constar a atividade de “comércio” em seus registros junto a SEFAZ, o estabelecimento diligenciado não desenvolve, até então, outra que não seja a de prestação de serviços.

Dada ciência do resultado da diligência, o autuante manifestou sua concordância. Já o impugnante intimado a tomar ciência da conclusão da diligência não se manifestou no prazo regulamentar.

Logo, acolho a conclusão do resultado da diligência consubstanciada no Parecer ASTEC/CONSEF nº 037/2014.

Verifico que o inciso IV do §8º do art. 8º da Lei 7.014/96 exclui a obrigação da retenção quando a mercadoria se destinar a emprego na prestação de serviços por empresa prestadora de serviços, *in verbis*:

§8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:

[...]

*IV - a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como de competência tributária dos municípios, sendo a mercadoria destinada a emprego na prestação de tal serviço, a menos que haja indicação expressa de lei complementar acerca da incidência do ICMS nos fornecimentos a serem efetuados pelo prestador.*

A Cláusula Primeira do Convênio ICMS 74/94 institui a obrigação tributária nos seguintes termos: “*Nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas no anexo deste Convênio fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, 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 devido nas subseqüentes saídas, ou na entrada para uso ou consumo do destinatário.*”

Como se depreende do teor do dispositivo normativo que rege a matéria o seu alcance se restringe expressamente “nas subseqüentes saídas, ou na entrada para uso ou consumo do destinatário”, portanto, não tem como alvo as vendas interestaduais destinadas a estabelecimento que utiliza as mercadorias na prestação de serviços.

Nestes termos, concluo pela insubsistência da acusação fiscal de falta de retenção do ICMS exigida no presente lançamento, considerando as regras estabelecidas o inciso IV do §8º do art. 8º da Lei 7.014/96 c/c a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 74/94.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.1221/12-8**, lavrado contra **INDUTIL INDÚSTRIA DE TINTAS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA