

**A. I. N°** - 111197.0005/12-9  
**AUTUADO** - ACRILEX TINTAS ESPECIAIS S.A.  
**AUTUANTE** - JOSÉ AUGUSTO DOS SANTOS  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 05/08/2015

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0153-03/15

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. MERCADORIAS RELACIONADAS NO CONVÊNIO ICMS 109/09. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E CONSEQUENTE NÃO RECOLHIMENTO. **b)** RETENÇÃO A MENOS. Revisão realizada pelo autuante ao proceder a informação fiscal em todos os procedimentos adotados para a apuração da exigência fiscal com base na documentação apresentada pelo sujeito passivo eliminou as diferenças apuradas no levantamento fiscal. Infrações insubsistentes. Rejeitadas as alegações de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2012, refere-se à exigência de R\$238.158,04 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento das seguintes irregularidades:

**Infração 01 - 08.38.01.** 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 localizado no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a abril, junho julho, outubro e novembro de 2010, março a junho e agosto a outubro de 2011. Exigido valor de R\$2.898,54. Demonstrativos às fls. 10 a 14 e 26 a 28 - arquivos em CD, fl. 188;

**Infração 02 - 08.38.03.** Retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizado no Estado da Bahia, (Protocolo ICMS 109/09), nos meses de janeiro a março e maio a dezembro de 2010 e janeiro a novembro de 2011. Exigido valor de R\$235.259,50. Demonstrativos às fls. 16 a 24 e 30 a 41 - arquivos em CD, fl. 188.

Consta na Descrição dos Fatos que "... A empresa acima identificada inscrita no cadastro do ICMS do Estado da Bahia na condição de Contribuinte Substituto, caracterizado neste ato como sujeito passivo por substituição, estabelecida no Estado de São Paulo (Município de São Bernardo do Campo) razão pela qual a ação fiscal foi realizada de forma não presencial e teve contra si a Lavratura do Auto de Infração de n° 111197.0005/12-9, em virtude da falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST devido em decorrência de operações vinculadas ao Protocolo ICMS 109/09 (Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com artigos de papelaria), conforme Demonstrativos de Apuração do ICMS-ST Não Retido dos exercícios de 2010 e 2011- Anexos I e II; Demonstrativos de Apuração do ICMS-ST Retido a Menos dos exercícios de 2010 e 2011 - Anexos III e IV."

O autuado apresenta impugnação às fls. 195 a 223, suscitando preliminar de nulidade da autuação, em decorrência da absoluta inconsistência verificada na apuração dos débitos de ICMS-ST.

Informa inicialmente que o estabelecimento autuado se dedica, dentre outras atividades, a indústria, importação e comércio de tintas, vernizes e resinas em geral, de produtos e

transformações de plásticos, de colas adesivas, de gizes, massas de todos os tipos, aquarelas, canetas, pincéis, telas para pintura, conforme se depreende da leitura de seus atos societários (estatutos sociais) que ora anexa, fls. 334 e 335.

Registra que se faz necessário demonstrar, ainda em sede de preliminar, a inconsistência na apuração de valores realizada no procedimento de fiscalização que fundamentou a lavratura do Auto de Infração, ao indicar débitos de ICMS-ST inexistentes, cujos valores foram comprovadamente quitados.

Relata que, ao contrário do que figura no Auto de Infração, recolheu integral e tempestivamente todo ICMS-ST devido ao Estado da Bahia no período abrangido pelo Procedimento Fiscal, inexistindo qualquer diferença a pagar.

Menciona que basta uma breve análise superficial destes Demonstrativos de Apuração para concluir que os débitos apontados no procedimento de fiscalização são improcedentes, uma vez que todos os valores que figuram na autuação foram corretamente quitados, inexistindo qualquer débito.

Visando demonstrar a inconsistência e as incorreções havidas na apuração dos débitos, apresenta, a título de amostragem, fls. 200 e 201, explanação individualizada e cópias das correspondentes GNRES das Notas Fiscais de nºs 101.096, 132.142, 123.371, 60.918, 72.181 e 85.964 com o objetivo de demonstrar que o ICMS-ST relativo aos itens acima especificados foi devidamente calculado e destacado, correspondendo exatamente ao valor indicado como correto pelo autuante (BC ST Calculada), não havendo diferença.

Diz restar documentalmente demonstrado que os débitos aferidos pela autuação não procedem. Destaca que a comprovada inconsistência revelada também se manifesta em relação a todos os demais débitos indicados no mencionado relatório lhe são injustamente atribuídos. Registra que para comprovar este fato, basta que se analise o conjunto probatório de documentos ora anexados à presente, conforme foi feito nos exemplos demonstrados. Prossegue citando que o simples cotejo entre as Notas Fiscais e os Comprovantes de Recolhimento, agregados da respectiva “Relação de Notas”, comprovam a absoluta falta de consistência do “Demonstrativo de Apuração de ICMS ST Retido a Menor”, que serviu de base para a lavratura do Auto de Infração.

Explica que a lavratura de Auto de Infração, como Ato Administrativo, goza de presunção de veracidade, no entanto, esta presunção é relativa e pode ser ilidida por prova contrária. Assevera ser exatamente a hipótese in casu, pois está documentalmente demonstrado que os supostos débitos de ICMS-ST apontados no procedimento fiscal são inexistentes, estando devidamente quitados.

Ressalta que, diante dos erros e das falhas verificadas na apuração de débitos pelo autuante, é imperioso concluir que o Auto de Infração não merece prosperar, pois se baseou em uma apuração totalmente dissociada da realidade dos fatos, conforme diz demonstrar com farta documentação.

Revela que o Auto de Infração foi fruto de uma apuração limitada e comprovadamente equivocada, devendo o mesmo ser liminarmente declarado insubsistente, com a consequente anulação do lançamento nele consignado. Assevera que o referido “Demonstrativo de Apuração de ICMS ST Retido a Menor”, padece de vício na sua elaboração, não pode constituir supedâneo para validação ou homologação do Auto de Infração.

Afirma que os quadros que constam no corpo do Auto de Infração são apenas resumos mensais dos supostos débitos apurados pelo autuante.

Menciona que os débitos foram apurados “conforme Demonstrativos de Apuração do ICMS-ST Não Retido dos exercícios de 2010 e 2011 - ANEXOS I e II, Demonstrativos de Apuração do ICMS-ST Retido a Menor dos exercícios de 2010 e 2011 - ANEXOS III e IV”.

Lembra que, apesar do equívoco cometido pela fiscalização na elaboração do “ÍNDICE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL” fl. 01, no qual inverteu o título dos ANEXOS II e III, identificou que tais anexos (I a IV) constam impressos em parte, fls. 09 a 41, e em meio magnético - CD. Observa que nestes Anexos o autuante lista, por Nota Fiscal e por item / produto do documento, as operações em que supostamente deixou de recolher o ICMS-ST. Relata que nestes Anexos que o débito apurado é o resultado da diferença entre as colunas “ICMS ST Calc”(valor do ICMS-ST calculado pelo autuante), e “Retido no Item (débito que o autuante entendeu ter sido o apurado e recolhido).

Ressalta que os Anexos I a IV do Auto Infração, em diversas situações, não listou todos os itens da Nota Fiscal, dificultando consideravelmente a compreensão da autuação, a análise das informações e a elaboração de forma didática da impugnação. Arremata frisando não ser possível, nestes casos, realizarem-se confrontos utilizando, por exemplo, Livros Fiscais, pois as Notas Fiscais são registradas pelos seus valores totais e não por item / produtos, sendo inevitável a análise do documento.

Em relação à infração 01 registra que o autuante acusa: i) nas Notas Fiscais listadas no Anexo I do Auto de Infração, emitidas no ano de 2010, não foi retido e nem recolhido o valor de R\$1.537,40, a título de ICMS-ST; e ii) com relação as Notas Fiscais emitidas em 2011, listadas no Anexo II do Auto de Infração, o não recolhimento o ICMS-ST no valor de R\$1.361,14.

Afirma que analisando detalhadamente as Notas Fiscais que compõem os Anexos I e II, identificou diversas situações que justificam que o ICMS-ST está sendo exigido indevidamente, seja porque i) não incide na operação, ou ii) porque já foi recolhido corretamente.

Diz que trata de operações que destinam mercadorias para clientes não contribuintes do ICMS situados no Estado da Bahia, hipótese em que o ICMS é devido integralmente ao Estado de São Paulo, conforme prevê a legislação vigente (Lei do ICMS no Estado de São Paulo - nº 6.374/1989, art. 34 e art. 155, §2º, inciso VII, alínea “b” da CF/88. Prossegue asseverando que neste caso não há o que se falar em recolhimento de ICMS-ST, pois não há ICMS “relativo às operações subsequentes”, não sendo aplicáveis as disposições do Protocolo ICMS 109/2009, em especial da Cláusula primeira. Diz comprovar a regularidade no procedimento a cópia dos DANFES e consulta ao cadastro de contribuintes do Estado da Bahia do Destinatário, fl. 348 - Doc. 4.

Quanto às notas fiscais listadas acima, - Doc. 5, assevera que acobertam a operação de remessa, em bonificação, do item “DISPLAY”, o qual é utilizado pelos clientes para demonstrar os produtos da empresa, conforme foto em anexo, - Doc. 6. Aduz que como o produto é constituído predominantemente de plástico, está enquadrado na classificação fiscal 3926.90.90, e considerando a posição da Tabela do IPI, o autuante equivocadamente enquadrou o produto como sujeito ao ICMS-ST nos termos do Protocolo ICMS 109/09, o qual dispõe sobre a aplicação do regime aos artigos de papelaria. Frisa que o referido Protocolo ICMS 109/09 lista como sujeito ao ICMS-ST, com NCM 3926.90.90, apenas o item Prancheta. Diz ser evidente pela foto em Anexo do produto, - Doc. 6, que este não é uma prancheta.

Ressalta a Autuada que esta Secretaria da Fazenda, em suas manifestações (Respostas a Consulta) tem se posicionado de forma categórica que a incidência do ICMS-ST só existe quando NCM e Descrição estão listadas na legislação (Parecer nº 1176/2011), cujo teor transcreve.

Destaca que os Anexos I e II do Auto de Infração listam algumas das Notas Fiscais emitidas no período, sendo que destas, não foram selecionados todos os itens / produtos comercializados.

Assinala que tendo em vista que efetua o recolhimento mensal do ICMS-ST ao Estado da Bahia, e que em determinadas situações não é possível confrontar o valor das notas fiscais listadas no Auto de Infração com os valores (totais) constantes em seus registros fiscais, a identificação das incorreções cometidas pelo autuante e, principalmente, a sua demonstração na presente impugnação de forma simples e objetiva ficou prejudicada.

Afirma que apensa aos autos relatório denominado “RELAÇÃO DE NOTAS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BA - I. E. nº 40490418”, - Doc. 8, o qual será citado diversas vezes na presente e é peça crucial para visualizar e evidenciar com clareza a inexistência de débitos a título de ICMS-ST. Afirma que esse relatório lista todas as notas fiscais emitidas para destinatários situados no Estado da Bahia com destaque do ICMS-ST, e lhe serve de base na apuração do imposto devido ao fisco baiano.

Para corroborar tal afirmativa, diz juntar cópia da Guia de Recolhimento do ICMS-ST - GNRE, fls. xx a xx - Doc. 9, as quais refletem o pagamento do valor apurado na “RELAÇÃO DE NOTAS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BA - I.E. nº 40490418”.

Diz juntar ainda cópia da GIA-ST transmitida mensalmente a SEFAZ, - Doc. 10, também ratificando os valores demonstrados na “RELAÇÃO DE NOTAS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BA - I.E 40490418” e recolhidos através de GNRE. Continua observando que neste relatório destacou em verde as notas fiscais listadas acima e ora juntadas, - Doc.8, as quais o fisco aponta como pendentes de recolhimento integral do ICMS-ST. Destaca que, apesar do autuante afirmar que não houve qualquer pagamento de ICMS-ST em relação a estas operações, no entanto, as referidas notas fiscais compuseram sua apuração do ICMS-ST, destacadas em verde na RELAÇÃO DE NOTAS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BA - I. E 40490418, - Doc. 8, sendo que o total apurado, já declarado ao fisco em GIA-ST, - Doc. 10, foi devidamente recolhido, - Doc. 9. Diz restar cristalino que o ICMS-ST incidente nestas operações foi devidamente recolhido e, pior, demonstrado que o autuante simplesmente lavrou referido Auto de Infração exigindo o cumprimento da obrigação principal a partir de um arquivo magnético, pois caso efetuasse análises e cruzamentos simplórios considerando documentos intrinsecamente ligados ao pagamento do imposto (GNRE, por exemplo) também concluiria pela regularidade fiscal. Arremata mencionando que, para que não parem dúvidas quanto ao cálculo do ICMS-ST, já que o autuante não considerou todos os itens da nota fiscal, colaciona a cópia dos DANFES e memória de cálculo do ICMS-ST de todos os produtos das notas fiscais supra listadas - Doc. 7.

Diz juntar também memória de cálculo onde apurou o ICMS-ST sem incluir o IPI em sua base de cálculo, procedimento totalmente em desacordo com o disposto no §1º da Cláusula terceira do Protocolo ICMS 109/2009, porém, utilizado incorretamente pelo autuante em diversas notas fiscais.

Afirma que em relação à NF-e nº 61897 utilizou Margem de Valor Agregado - MVA diferente do autuante, o qual aplicou aquele previsto no Protocolo ICMS 109/2009 (artigos de papelaria), enquanto que o correto é enquadrá-lo no Convênio ICMS 74/94 relativo a tintas e vernizes.

Destaca que, conforme comprovado no tópico “c” acima, todas as Notas Fiscais emitidas e listadas no relatório “RELAÇÃO DE NOTAS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BA - I. E 40490418” foram objeto de recolhimento do ICMS-ST ao Estado da Bahia. Assevera que no caso das Notas Fiscais listadas neste item, - Doc. 11, não é diferente, as quais também estão listadas em verde na “RELAÇÃO DE NOTAS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BA - I. E 40490418”, - Doc. 8.

Afirma que a particularidade reveste-se na incorreção cometida pelo autuante ao realizar o cálculo do ICMS-ST supostamente devido, motivo pelo qual o valor recolhido não é o mesmo. Continua frisando que tais operações destinam mercadorias a clientes para utilização em cursos, não sendo objeto de comercialização subsequente, situação esta devidamente demonstrada quando da emissão da nota fiscal de venda, mediante anotação do campo “Dados Adicionais” indicando que as mercadorias são remetidas para uso e consumo do destinatário. Arremata assinalando que apesar dessas operações também se sujeitarem ao ICMS-ST, o cálculo do imposto deve ser efetuado em observância ao disposto no §1º da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 109/2009, cujo teor reproduz.

Pondera que em atendimento a legislação, nessas operações apurou e recolheu o ICMS-ST correspondente ao diferencial de alíquota, o qual seria devido pelo destinatário caso não houvesse a sujeição ao regime de substituição tributária.

Diz que o autuante, equivocadamente, apurou o débito de ICMS-ST com base no MVA - Margem de Valor Agregado, previsto no Protocolo ICMS 109/2009, procedimento não aplicável nas operações que destinam mercadorias a uso e consumo do destinatário.

Ao tratar da infração 02, destaca a acusação fiscal: i) nas Notas Fiscais listadas no Anexo III do Auto de Infração, emitidas no ano de 2010, foi recolhido a menos o valor de R\$108.547,42 a título de ICMS-ST; e ii) com relação as Notas Fiscais emitidas em 2011, listadas no Anexo IV foi recolhido ICMS-ST a menos no valor de R\$126.712,08.

Frisa ter constatado não haver valores a serem recolhidos, estando totalmente regular com suas obrigações junto ao fisco baiano. Destaca que, tendo em vista o volume de documentos listados pelo autuante, bem como os critérios utilizados na elaboração do Auto de Infração, descritos nos itens 20 a 29 de sua impugnação, descreve os motivos que comprovam a inexistência de débitos pendentes em função do suposto recolhimento a menos do ICMS-ST.

Em relação aos produtos Colas Escolares e Colas não Escolares, informa que nos Anexos III e IV do Auto de Infração foram listadas diversas operações com diversos produtos, dentre eles as colas de diferentes modelos, classificadas nas posições 3506.1090 e 3506.9190 da TIPI para as quais é exigido o pagamento da diferença entre o ICMS-ST calculado e o apurado pelo autuante.

Revela que para apuração do ICMS-ST, o autuante utilizou o MVA de 91,60%, o qual está previsto no Protocolo ICMS 109/2009 (Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com artigos de papelaria) e é aplicável a “*Cola escolares branca e colorida, em bastão ou líquida*”.

Sustenta que os produtos listados no Auto de Infração e objeto de cobrança são colas chamadas “NÃO ESCOLARES”, mas que recebem os mesmos NCMs 3506.1090 e 3506.9190:

Informa que também se sujeitam ao ICMS-ST os produtos: 16240 - COLA PERMANENTE; 16812/16840 - SUPER COLA PANO; 17390/17335 - COLA PARA EVA E ISOPOR; 19937 COLA - TRANSPARENTE; 17910/17920 - COLA JEANS; 18890/18823 - COLA LANTEJOULA; 18125/18160 - MULTICOLAGE E MULTICOLAGE TEXTIL; 22510 COLA - PARA MADEIRA; 21712 - BASE PARA JACARELADO; 21812 - ACRIFLEX e 21829/859 - TEX ART., porém sob a regra prevista no Convênio ICMS 74/94, o qual “*dispõe sobre regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química*”, sendo aplicável o MVA de 51,27%. Prossegue destacando que no passado, com a última alteração do Convênio ICMS 74/94 pelo Conv. ICMS 168/10, a qual excluiu de sua abrangência a “cola escolar branca ou colorida em bastão ou líquida NCM 35061090 e 35069190”, lhe restou a dúvida sobre quais colas de sua fabricação estariam regidas pelo Convênio ICMS 74/94 e quais, ao contrário, estariam abrangidas pelo Protocolo ICMS 109/2009.

Assinala que visando manter sua conduta correta frente a legislação tributária, elaborou consulta formal para que o Estado da Bahia se pronunciasse sobre o tema, sendo emitido o Parecer nº 1176/2011, cujo texto transcreve. Continua ressaltando que de acordo com o Parecer todas as diferenças de ICMS ST sobre as colas não escolares não são devidas, visto que o MVA dessas colas, conforme esclarecido pelo próprio Estado da Bahia, deve ser de 51,27% e não de 91,60% como consta da autuação. Arremata firmando que não são devidas as diferenças a recolher de 2010 e 2011 constantes dos relatórios anexos ao Auto Infração que se refiram a essas colas.

No tocante às operações realizadas no mês de Janeiro/2010, frisa que o autuante exige o recolhimento no valor de R\$346,31, alegando referir-se a diferença entre o ICMS-ST supostamente calculado pela autuada e o valor efetivamente devido. Observa que, conforme Anexo III do Auto de Infração, o valor devido é composto pelas notas fiscais que elenca em tabela que apenas à fl. 216. Diz que, mais uma vez se reporta ao relatório “*RELAÇÃO DE NOTAS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BA - I.E 40490418*” - Doc. 8, para demonstrar que o ICMS-ST destas operações foi devidamente recolhido, inclusive pelo valor apurado pela fiscalização. Continua mencionando que, como já mencionado, tal relatório lista todas as notas fiscais emitidas para destinatários baianos com destaque do ICMS-ST, servindo como base para a apuração do imposto devido ao Estado da Bahia, o qual foi devidamente pago através de GNRE. Registra que as Notas Fiscais

listadas acima, apontadas pelo autuante como pendente de recolhimento parcial do ICMS-ST, foram destacadas em amarelo no relatório “RELAÇÃO DE NOTAS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BA - I.E. nº 40490418”, sendo que o valor de ICMS-ST mencionado é o mesmo apurado pelo autuante. Observa que este mesmo valor de ICMS-ST foi corretamente destacado no campo próprio das Notas Fiscais - Doc. 12. Arremata sustentando que se o valor do ICMS-ST destacado nas Notas Fiscais é semelhante ao apurado pelo fisco e semelhante ao valor constante na “RELAÇÃO DE NOTAS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BA - I.E. nº 40490418”, relatório que aponta exatamente o valor recolhido, diz ser óbvio que não há diferença a ser exigida.

Salienta que em relação às Notas Fiscais de nºs 43809 e 45435 não é possível confrontar os valores acima com o relatório “RELAÇÃO DE NOTAS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BA - I.E. 40490418”, pois o valor apontado pelo autuante representa apenas alguns itens da Nota Fiscal, enquanto que o relatório que ora junta reflete o valor total dos documentos.

Relata que os mesmos comentários são aplicáveis as operações realizadas nos meses de fevereiro e Março de 2010, pelo qual o autuante exigiu, respectivamente, os valores R\$13,36. Esclarece que compõem estas diferenças as Notas Fiscais de nºs 46897, 48099 e 49823 também juntadas aos autos - Doc. 13, e destacadas em amarelo na “RELAÇÃO DE NOTAS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BA - I.E. nº 40490418”.

Quanto aos meses de Abril de 2010 e Dezembro de 2011 pontua que não houve cobrança a título de ICMS-ST recolhido a menos. Diz que as Notas Fiscais emitidas no período de maio de 2010 a Novembro de 2011 comprovam de que o recolhimento se deu pelo valor correto.

Menciona que restou esclarecido e comprovado que o ICMS-ST, quando devido ao Estado da Bahia, foi devidamente apurado e recolhido, situação que poderia ser facilmente identificada caso o fisco, antes de elaborar o presente Auto Infração, se dedicasse, ainda que superficialmente, a análise de outros documentos fiscais da empresa pertinente ao cumprimento da obrigação principal - DANFES, GNRE, GIA-ST, Relatórios de apuração do ICMS-ST.

Revela que para o período em análise (mai/2010 a nov/2011), com exceção do disposto no item “a” supra (colas não escolares), demonstra e comprova o que já estar totalmente esclarecido em relação ao Item 1 do Auto de Infração e parte do Item 2 do Auto de Infração (Janeiro a Março de 2010), que todo o ICMS-ST devido ao Estado da Bahia foi pago.

Informa no item 24 da presente impugnação que os Anexos III e IV do Auto de Infração possuem, respectivamente, 271 e 418 páginas, onde foram listadas todas as notas fiscais dos supostos recolhimento de ICMS-ST em valor menor que o correto.

Explica que admitindo que cada página deste relatório lista, em média, quatro notas fiscais, e excluindo-se aquelas emitidas no período de janeiro a março de 2010 (22), pois foram todas analisadas e juntadas aos autos, estaria se falando em mais de 2.700 notas fiscais a serem analisadas e juntadas na impugnação.

Destaca que se valeu de uma análise por amostragem das operações para também comprovar sua regularidade junto ao fisco baiano em relação ao ICMS-ST incidente nas operações praticadas no período de maio de 2010 a novembro de 2011.

Afirma que analisou, mensalmente, algumas das Notas Fiscais listadas nos Anexos III e IV do Auto de Infração, as quais foram também juntadas - Doc. 14. Frisando que as referidas notas fiscais foram destacadas em amarelo na já citada “RELAÇÃO DE NOTAS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BA - I.E nº 40490418”, Doc. 8, a qual serve para a apuração do ICMS-ST devido no mês ao Estado de Bahia. Ressalta que em relação as notas fiscais analisadas, o valor do ICMS-ST calculado pelo autuante é semelhante ao constante na “RELAÇÃO DE NOTAS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BA - I.E. nº 40490418”, o qual, por sua vez, converge com o valor recolhido. Continua destacando que, tendo em vista que para este período, em muitas das Notas Fiscais

analisadas o Autuante selecionou apenas alguns dos itens/produtos do documento fiscal, junta também relatório denominado “Relatório Conferência ICMS-ST - produto a produto” - Doc. 15.

Acrescenta que, da mesma forma, como a “RELAÇÃO de NOTAS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BA - I.E. nº 40490418”, este relatório também demonstra que todas as Notas Fiscais utilizadas para apurações do ICMS-ST devido ao Estado da Bahia, porém com a abertura de todos os itens destas notas fiscais. Destaca que, desse modo, se possibilita a visualização com clareza dos itens/produtos listados e os desconsiderados no Auto de Infração em relação a uma mesma nota fiscal, sendo demonstrado neste relatório que o ICMS-ST Total da Nota Fiscal, apurado pelo mesmo valor que o autuante, foi devidamente recolhido.

Cita que pelo volume de informações e prazo para apresentação da impugnação, resta cristalino a inviabilidade em se analisar, confrontar com os relatórios de apuração do ICMS-ST e juntar todas as notas fiscais como prova da ausência do débito fiscal, motivo pelo qual procedeu a amostragem destes documentos.

Destaca que este Conselho, em outras oportunidades, não reconheceu a juntada de provas por amostragem apenas em razão da sua representatividade, aceitando, a *contrário sensu*, a utilização deste método de maneira mais “razoável”, consoante reprodução de trechos dos ACÓRDÃOS JJF Nº 0222-02/11 e ACÓRDÃO JJF Nº 0175-02/11. Prossegue observando que, por esse motivo, não cometeu o mesmo erro e procedeu à amostragem das notas fiscais que representam mais de 50% do total do débito, montante suficiente para comprovar não haver diferença entre o ICMS-ST calculado pelo autuante e o recolhido, conforme tabela comparativa que colaciona à fl. 222.

Conclui reiterando as razões de defesa articuladas na impugnação e requerendo a declaração de nulidade do Auto de Infração com a sua conseqüente extinção e arquivamento, de forma que seja cancelado o lançamento.

O autuante presta informação fiscal às fls. 1789 a 1791, articulando as seguintes ponderações.

Inicialmente destaca que a exigência fiscal questionada origina-se de lançamento de ofício decorrente de ICMS-ST Não Retido, bem como o ICMS-ST Retido a Menos, cuja responsabilidade é imputada a autuada e vincula-se às operações realizadas com os produtos relacionados nos Demonstrativos e demais Documentos Fiscais dispostos às fls. 09 a 188.

Esclarece que, em suas razões de defesa, o autuado argüi inicialmente a inconsistência na apuração de valores concernentes ao procedimento de fiscalização que fundamentou a lavratura do Auto de Infração, alegando que na verdade, ao contrário da afirmação fiscal, inexistia qualquer diferença a pagar. Frisa que a defendente também argüi a nulidade do Auto de Infração afirmando ter realizado os recolhimentos correspondentes à todos os valores reclamados na ação fiscalizadora.

Em relação às alegações da defesa, explica que se faz necessário observar e proceder inicialmente o registro na presente informação fiscal, de que não recebera integralmente todos os Demonstrativos que serviram de base e sustentação para a autuação fiscal, não tem qualquer procedência, haja vista que os referidos Demonstrativos foram devidamente fornecidos a empresa em papel (por amostragem) e em meio magnético (integralmente), no curso da ação fiscalizadora, bem como na conclusão dos trabalhos de fiscalização, conforme está demonstrado nas intimações constantes dos autos e demais documentos às fls. 09 a 188, sendo que, ao nosso entendimento, esse fato evidencia a plena condição e possibilidade da autuada ter exercido o seu direito de defesa.

Observa que procedeu à revisão do procedimento de fiscalização e após análise do quanto questionado, realizou nova vinculação dos produtos envolvidos nas operações mercantis realizadas pela empresa nos períodos indicados, verificando todos os itens anteriormente levantados, constatando que efetivamente ocorreram equívocos na ação fiscalizadora, no que concerne a indicação e vinculação anteriormente mencionada, bem como observando o

detalhamento constante no Protocolo ICMS 109/09, aliado ao conteúdo das respostas às CONSULTAS, a exemplo do que consta no Parecer GETRI 4337/2010, fls. 1792 e 1793, inerente ao produto Tinta Guache - NCM 32131000 (classificação genérica) onde o fabricante informa que fabrica produtos distintos da Tinta Guache os quais estão classificados na NCM anteriormente referida, cuja posição e interpretação da GETRI é no sentido de que a Substituição Tributária obrigatoriamente alcança, tão-somente, o produto TINTA GUACHE.

Assinala que o Parecer GETRI nº 23097/2010, fls. 1794 e 1975, em resposta a consulta concernente a aplicação do Regime de Substituição Tributária incidente nas operações com diversos tipos de COLAS - NCM 35069190, a GETRI se posiciona no sentido de que devam ser considerados Produtos de Papelaria aqueles listados no Anexo Único do Protocolo 109/09 e esclarecendo que os produtos cujas descrições da NCM das posições 3606.1090 e 3606.9190 do Convênio ICMS 74/94, o regime de Substituição Tributária, nesse ponto, não alcança os Artigos de Papelaria a exemplo da cola escolar branca e colorida em bastão ou líquida as quais se subordinam ao Protocolo ICMS 109/09, não obstante, também, a resposta consulta conforme Parecer GETRI nº 1176/2011, datado de 18/01/2011, fls. 214 e 215, concernente ao questionamento vinculado às operações com colas não escolares se as mesmas estavam enquadradas no Regime de Substituição Tributária, conforme dispositivo do Convênio ICMS 74/94, obteve como resposta a conclusão no sentido de que as mesmas, a partir de 01/02/2011, passaram a se submeter ao Protocolo ICMS 109/09, na condição de Artigo de Papelaria, havendo, no presente caso, alteração nas Margens de Valor agregado - MVA, repercutindo favoravelmente para a empresa autuada.

Registra que das consultas efetuadas pela empresa junto a Diretoria de Tributação - DITRI, cujo objetivo foi dirimir dúvidas quanto à consulente no que concerne as quais produtos e quais nomenclaturas devam ser consideradas quanto a subordinação ao referido acordo, bem como, levando-se em consideração às operações envolvendo destinatários não classificados na condição de contribuintes cuja aplicação do material adquirido destina-se a uso e consumo a exemplo do que consta dos Documentos Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica - DANFE nº 063.820 emitida em 25/06/2010 e nº 124.730, emitida em 13/09/2011.

Conclui que os procedimentos revisados resultaram na modificação total correspondente às diferenças a tributar, ou seja, as diferenças apontadas no Auto de Infração foram devidamente eliminadas após os novos levantamentos, passando a prevalecer as alegações defensivas quanto aos valores apontados nos Demonstrativos integrantes ao Processo Administrativo Fiscal - PAF, devendo ser desconsiderado o efetivo crédito reclamado em razão das observações que registra na informação fiscal.

## **VOTO**

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando inconsistências na apuração dos débitos de ICMS-ST, objeto da autuação. Deixo de apreciar esta questão, haja vista que a questão foi superada por ocasião da informação fiscal prestada pelo autuante como restará evidenciado no enfrentamento do mérito.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, em razão da falta de retenção - infração 01 e retenção a menos do ICMS - infração 02, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de artigos de papelaria vinculadas ao Protocolo ICMS 109/09, realizadas pelo sujeito passivo para contribuintes localizados neste Estado.

Quanto à infração 01, em sede defesa, o impugnante carrou aos autos farta documentação, planilhas discriminando as operações as operações arroladas no levantamento fiscal, cópias de GNRE, recolhidas em favor do Estado da Bahia para comprovar que o ICMS-ST está sendo exigido indevidamente. a) Relacionou operações efetuadas com destinatários neste Estado não contribuintes incluídas no levantamento fiscal, fl. 205, colacionando cópias dos DANFES e consulta ao CAD-ICMS-BA; b) Produto não sujeito ao ICMS-ST, "Display Acrilpen" enquadrado na



classificação fiscal 3926.90.90, conforme cópia que anexa - cópias dos GNRES que colaciona e aponta divergência em decorrência da utilização equivocada da MVA adotada no levantamento fiscal nas operações com tintas e vernizes, produtos incluídos no Convênio ICMS 74/94, como sendo artigos de papelaria previsto no Convênio ICMS 109/09; e d) inclusão indevida de operações de mercadorias sujeitas ao ICMS-ST - diferencial de alíquota por se tratar de mercadorias remetidas para uso e consumo em cursos realizados pelos destinatários, conforme consta em anotação no campo “Dados Adicionais” dos respectivos DANFES, explica que embora os produtos constem do Convênio ICMS 109/09, descabe a aplicação da MVA, consoante previsão expressa no §1º da Cláusula primeira do referido convênio.

No tocante à infração 02 o defendente sustentou a inexistência de recolhimento a menos do ICMS-ST em decorrência dos seguintes equívocos no levantamento fiscal: a) foi utilizada a MVA de 91,60%, prevista no Protocolo ICMS 109/2009 para os produtos: 16240 - COLA PERMANENTE; 16812/16840 - SUPER COLA PANO; 17390/17335 - COLA PARA EVA E ISOPOR; 19937 COLA - TRANSPARENTE; 17910/17920 - COLA JEANS; 18890/18823 - COLA LANTEJOULA; 18125/18160 - MULTICOLAGE E MULTICOLAGE TEXTIL; 22510 COLA - PARA MADEIRA; 21712 - BASE PARA JACARELADO; 21812 - ACRIFLEX e 21829/859 - TEX ART, em vez da MVA de 51,25%, prevista no Convênio ICMS 74/94, nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, de acordo com resposta à Consulta veiculada no Parecer DITRI de nº 1176/11; e b) inclusão no levantamento fiscal de notas fiscais emitidas nos períodos de janeiro a março de 2010 e de maio de 2010 a novembro de 2011, cujas comprovações carrega aos autos para demonstrar que o recolhimento se deu pelo valor correto.

Na informação fiscal prestada às fls. 1789 a 1791, o autuante depois de analisar os argumentos apresentados pelo defendente, as planilhas elaboradas nas razões de defesa, bem como as GNRES e o teor do Parecer DITRI nº 1176/11, concluiu asseverando que, diante de tais circunstâncias e revisados os procedimentos resultou na modificação total das diferenças a tributar, ou seja, as diferenças apontadas no Auto de Infração foram devidamente eliminadas após efetuar novos levantamentos, devendo ser desconsiderado o crédito exigido no Auto de Infração em razão da revisão procedida.

O autuante informou que, depois de examinar os elementos carreados aos autos pelo defendente, procedeu uma revisão do procedimento de fiscalização efetuando nova vinculação dos produtos envolvidos nas operações arroladas no levantamento fiscal constatando que, efetivamente, ocorreram equívocos na ação fiscalizadora, precipuamente considerando as respostas das Consultas do autuado à DITRI através dos Pareceres de nºs 4337/2010 e 23097/2010, impondo alteração nas MVAs gerando repercussão favorável para o sujeito passivo.

Depois de compulsar as peças que compõem o contraditório, precipuamente os elementos carreados aos autos pelo defendente para comprovar a inexistência de débito no período fiscalizado, bem como a informação incisiva prestada pelo autuante dando conta que, após exame de todos os argumentos e comprovações carreadas pelo impugnante, procedera à revisão dos procedimentos e, nos novos levantamentos resultantes, as diferenças apontadas no Auto de Infração foram eliminadas, entendendo que resta patente nos autos não mais existir lide a ser decidida.

Dessa forma, acolho o posicionamento do autuante expresso na informação fiscal com fundamento nos documentos probantes trazidos pela defesa e concluo pela insubsistência da autuação.

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 **111197.0005/12-9**, lavrado contra **ACRILEX TINTAS ESPECIAIS S.A.**

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA