

A. I. Nº - 210943.0123/13-3
AUTUADO - ASHLAND POLÍMERO DO BRASIL S/A
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 13.10.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0157-01/15

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nos termos do art. 8º, § 8º, inciso III, da Lei 7.014/96, não se aplica a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar a estabelecimento industrial para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem. Alegação do autuante de que é inegável a possibilidade de uso da mercadoria pelo destinatário como um tipo de impermeabilizante, assim como que as aplicações possíveis com essa mercadoria levam à dedução lógica de que se trata de um tipo de produto com esta característica, não se apresenta suficiente para comprovar o ato infracional imputado ao autuado. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado na fiscalização de trânsito de mercadorias em 26/07/2013, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$18.177,10, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que: “*Não reteve em favor do estado da bahia, o ICMS devido por substituição tributária relativo as subsequentes operações de saída a serem promovidas pela destinatária da mercadoria codificada sob a NCM 39079100 e descrita nos DANFEs nº 35320, 35417, 35420 e 35487, nos termos do Convênio ICMS 74/1994, posto que a destinatária, sem utilizar a mercadoria como matéria prima para a fabricação de fibras sintéticas (atividade econômica principal) limita-se ao simples fracionamento da mesma envasando-a manualmente em garrafas petalóides para revenda à varejo conservando o mesmo código NCM da mercadoria adquirida.*

Consta às fls. 41 a 51 dos autos, expediente apresentado pelo destinatário das mercadorias, no caso a Coatland Indústria, Comércio, Importação e Representação de Fibras e Tintas Ltda., CNPJ N. 03376.930/0001-32, Inscrição Estadual nº 5159727, localizada na Estrada do Coco, Centro Comercial Casa de Vinicius, LJ-8 – s/nº Bairro Itinga - Lauro de Freitas/BA, no qual argui, preliminarmente, a ilegitimidade passiva do autuado, sob a alegação de que é o legal contribuinte, por ser o destinatário da Nota Fiscal nº 00003532, razão pela qual, requer que seja efetivada a alteração da pessoa jurídica constante no polo passivo do presente Auto de Infração, segundo diz, por questão de legalidade jurídica.

O autuado, Ashland Polímeros do Brasil S/A, apresentou defesa (fls. 98 a 118). Consigna que de acordo com a Fiscalização o destinatário não utiliza a mercadoria como matéria-prima para

fabricação de fibras sintéticas (atividade econômica principal, limitando-se ao simples fracionamento da mesma, envasando-a manualmente em garrafas petalóides para revenda a varejo, conservando o mesmo código NCM da mercadoria. Questiona quem garante ou prova que o produto adquirido pelo destinatário não integrou ou não foi consumido na fabricação de fibras artificiais e sintéticas ou na fabricação de tintas, vernizes, esmaltes e lacas. Ou mesmo que somente envasou e ainda que foi vendido a diretamente a consumidor final. Questiona também se o produto que fabrica se enquadra no código NCM 3907.91.00. Afirma que não.

Conclui que ate mesmo a resposta da SEFAZ/BA em consulta formulada pela Coatland concluiu pela inexistência de substituição tributária para o caso em tela.

Finaliza requerendo o cancelamento do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 273/274). Afirma que circunstâncias relativas a localização do estabelecimento destinatário são suficientes para a dedução óbvia que a atividade altamente poluente de fabricação de fibra sintética de que formalmente se reveste são incompatíveis com o endereço onde exerce sua atividade comercial.

Diz que tal fato é confirmado ante a constatação de que a mercadoria transportada a granel em tambores de 200 litros é a mesma mercadoria acondicionada em frascos petaloides, conforme se verifica à fl. 93 dos autos, não rotulados na forma exigida pelo artigo 273 do Decreto regulamentar Federal nº 7.212/2010 (RIP).

Consigna que estando ainda o destinatário na posse de 49 tambores com produto da mesma espécie, conforme se visualiza na foto de fl. 91 dos autos, as notas fiscais eletrônicas correspondentes foram arroladas sob os mesmos fundamentos iniciais.

Assinala que o argumento defensivo de que, ainda que se trate de revenda confirmada pelo mesmo NCM na saída subsequente (fls. 17/18), o produto em questão, no caso resina de poliéster NCM 39079100, não guarda as características necessárias do respectivo NCM empregado para estar incluído no Anexo Único do Convênio 74/94, de maneira que a mercadoria não seria qualquer tipo de impermeabilizante ou líquido para dar conservação trazendo aos autos documentos de consultas técnica e tributária às fls. 181 a 254 com respostas hipotéticas quanto à aplicação do regime de substituição tributária se verificadas as condições para tanto embora a possível associação da resina com sua natureza impermeável não conste na indagação da consulta de Processo nº 48463020106.

Aduz que, no entanto, é inegável a possibilidade de uso deste produto como um tipo de impermeabilizante bastando ler na folha 32 que as aplicações possíveis com esta mercadoria levam à dedução lógica de que se trata de um tipo de produto com esta característica, seja na incrustação de insetos seja na impermeabilização naval e seus reparos. Nesse sentido, menciona e reproduz texto contido no site www.nauticcurso.com.

Conclui que demonstrado que o produto da indústria química em tela é um tipo de impermeabilizante código NCM 3907, descrito no item VI do Anexo do Convênio ICMS 74/1994, simplesmente revendido pelo adquirente, reitera que é devido o recolhimento do ICMS por substituição tributária.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, no que tange ao expediente apresentado pelo destinatário das mercadorias - Coatland Indústria, Comércio, Importação e Representação de Fibras e Tintas Ltda. -, no qual argui a ilegitimidade passiva do autuado - Ashland Polímeros do Brasil S/A -, sob o fundamento de que é o legal contribuinte, por ser o destinatário da Nota Fiscal nº 00003532, por certo que descabe falar-se em ilegitimidade passiva do autuado, haja vista que, nos termos do art. 8º da Lei nº 7.014/96, *nas*

operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

No caso do Auto de Infração em exame tanto o Estado de origem das mercadorias - São Paulo - como o Estado destinatário - Bahia - são signatários do Convênio ICMS 74/1994, o que coloca as operações interestaduais com as mercadorias relacionadas na referida norma pactual sob o regime de substituição tributária, e, consequentemente, o remetente como responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, cabendo-lhe fazer a retenção e recolhimento do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes.

Portanto, inexiste qualquer ilegalidade em exigir-se do remetente, na condição de sujeito passivo por substituição, o imposto que porventura esteja obrigado a reter e recolher, restando caracterizada sua legitimidade passiva.

E tanto é assim que o autuado - Ashland Polímeros do Brasil S/A - apresentou defesa, na qual discorre longamente sobre as suas razões.

Em apertada síntese, diz o impugnante que o entendimento da Fiscalização é de que o destinatário não utiliza a mercadoria como matéria-prima para fabricação de fibras sintéticas, atividade econômica principal, limitando-se ao simples fracionamento da mesma, procedendo ao envasamento manualmente em garrafas petalóides para revenda a varejo, conservando o mesmo código NCM da mercadoria. Questiona o autuado quem garante ou prova que o produto adquirido pelo destinatário não integrou ou não foi consumido na fabricação de fibras artificiais e sintéticas ou na fabricação de tintas, vernizes, esmaltes e lacas. Ou mesmo que somente envasou e ainda que foi vendido diretamente a consumidor final.

Passo a examinar.

Consta na complementação da descrição do ato infracional imputado ao autuado: *Não reeve em favor do estado da bahia, o ICMS devido por substituição tributária relativo as subsequentes operações de sarda a serem promovidas pela destinatária da mercadoria codificada sob a NCM 39079100 E DESCRITA NOS DANFEs n. 35320, 35417, 35420 e 35487, nos termos do Convênio ICMS 74/1994, posto que a destinatária, sem utilizar a mercadoria como matéria prima para a fabricação de fibras sintéticas (atividade econômica principal) limita-se ao simples fracionamento da mesma envasando-a manualmente em garrafas petalóides para revenda a varejo conservando o mesmo código NCM da mercadoria adquirida.*

O questionamento do impugnante é de que, quem garante ou prova que o produto adquirido pelo destinatário não integrou ou não foi consumido na fabricação de fibras artificiais e sintéticas ou na fabricação de tintas, vernizes, esmaltes e lacas, ou mesmo que somente envasou e ainda que foi vendido diretamente a consumidor final.

Parece-me pertinente a alegação defensiva. O Auto de Infração foi lavrado pela Fiscalização de trânsito de mercadorias e não pela Fiscalização de estabelecimento. Certamente que é necessário e indispensável a análise e comprovação, no próprio estabelecimento do destinatário, que o produto adquirido não participa como insumo no seu processo produtivo, conforme a acusação fiscal.

A alegação do autuante de que é inegável a possibilidade de uso deste produto como um tipo de impermeabilizante bastando ler na folha 32 que as aplicações possíveis com esta mercadoria levam à dedução lógica de que se trata de um tipo de produto com esta característica, seja na incrustação de insetos seja na impermeabilização naval e seus reparos, não se apresenta suficiente para confirmar a autuação.

Por certo que não há como imputar ao autuado o cometimento de ato infracional com fundamento em *inegável a possibilidade de uso deste produto como um tipo de impermeabilizante ou, que as aplicações possíveis com esta mercadoria levam à dedução lógica de que se trata de um tipo de produto com esta característica.*

Verifica-se que o destinatário Coatland Indústria, Comércio, Importação e Representação de Fibras e Tintas Ltda., exerce entre outras atividades, a atividade industrial, portanto, sendo plenamente plausível que utilize a mercadoria adquirida objeto da autuação no seu processo produtivo.

Nos termos do inciso III do § 8º do art. 8º da Lei 7.014/96, não se aplica a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar a estabelecimento industrial para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem.

Assim dispõe o referido dispositivo legal:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

(...)

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

III - a estabelecimento industrial, inclusive microempresa e empresa de pequeno porte, que se dediquem à atividade industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem;

Assim sendo, considerando que o destinatário Coatland Indústria, Comércio, Importação e Representação de Fibras e Tintas Ltda., exerce também a atividade industrial, o autuado Ashland Polímeros do Brasil S/A, agiu corretamente quando remeteu a mercadoria sem proceder à retenção e o consequente recolhimento do ICMS, haja vista que não estava obrigado, pois na operação não estava guindado a qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte no Estado da Bahia, conforme a autuação.

Dante do exposto, a infração não resta caracterizada.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210943.0123/13-3**, lavrado contra **ASHLAND POLÍMEROS DO BRASIL S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR