

PROCESSO - A. I. Nº 269203.0006/18-0
RECORRENTE - EUCATEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0025-02/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0202-12/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Trata-se de venda pelo remetente industrial, para comprador localizado no Estado da Bahia, de mercadorias elencadas no Anexo ao Convênio ICMS 074/94. Restou demonstrado que as mercadorias estão listadas no Anexo do convênio, portanto sujeitas ao regime de substituição tributária. Logo, a substituição tributária regida pelo aludido Convênio alcança a operação objeto da autuação. Rejeitada a preliminar de nulidade. Autuada não elidiu a infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, em epígrafe, lavrado em 25/09/2018, exige crédito tributário no valor histórico de R\$1.192.646,03, acrescido da multa de 60%, em razão da constatação do cometimento da infração a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 08.18.03 – *Deixou de proceder a retenção do ICMS, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados do Estado da Bahia, no período de março, setembro de 2015 e janeiro de 2016 a dezembro de 2017.*

Multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c as Cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Convênio ICMS 74/94 e alterações posteriores.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 2ª JJF, decidiu, por unanimidade, pela Procedência da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

O presente lançamento imputa ao sujeito passivo – empresa sediada em outra Unidade da Federação, inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, a acusação que descumpriu obrigação tributária principal conforme já relatado.

Preliminarmente a autuada argui nulidade do lançamento por entender que o mesmo encontra-se maculado de vício insanável devido a imprecisão da infração indicada pela autuante, posto que a mesma carece de indicação precisa e específica, já que o dispositivo mencionado na autuação é insuficiente para subsumir o fato à norma, porque o RICMS/2012, condiciona a adoção do regime de ST às mercadorias listadas no seu Anexo I.

Verifico que a infração está assentada de forma clara e precisa, contendo todos os elementos para a sua perfeita compreensão. O anexo DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS-ST NÃO RETIDO, às fls. 07 a 12 deixam explícito que a exigência diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia com a determinação do ICMS devido por substituição tributária, assim como a identificação dos destinatários, produtos comercializados e seus respectivos códigos NCM.

Portanto, tudo isto afasta qualquer incerteza ou imprecisão acerca do que está sendo cobrado e a que título.

Porquanto, a autuada ao impugnar o lançamento, o fez de forma objetiva abordando aspectos e questões totalmente pertinentes a acusação.

Ademais, todo o procedimento fiscal está revestido das formalidades legais, com a indicação nítida da infração, do infrator, do montante tributado e da base de cálculo, permitindo o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório, ao longo de todo o trâmite processual.

Destarte, estando o presente processo administrativo fiscal em plena conformidade com os preceitos estipulados nos artigos 18 e 39 do RPAF/99, afasto a preliminar de nulidade suscitada na defesa.

Merece registrar que os Acórdãos referidos na defesa como supedâneo à arguição de nulidade, não socorrem a autuada, por tratar de situações diversas das abordadas no presente lançamento.

Quanto ao mérito, no que tange à infração, cuja acusação é a falta de retenção do ICMS, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de março, setembro de 2015 e janeiro de 2016 a dezembro de 2017, trataremos a seguir.

A impugnação em momento algum demonstra que a autuada efetuou qualquer retenção ou recolhimento do ICMS – Substituição Tributária nas vendas de seus produtos a contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Cabe destacar que a autuada é contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, na condição de SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO, condição esta, reservada as pessoas jurídicas de outra Unidade da Federação que efetuam remessas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária para contribuintes estabelecidos neste Estado, observado o disposto em convênios e protocolos dos quais a Bahia seja signatária. Assim estabelece o art. 2º, inc. III, letra “a” do RICMS/2012.

Ultrapassadas as arguições preliminares de nulidade, a defesa se concentra no argumento de que as mercadorias arroladas na acusação não estão sujeitas ao regime de substituição tributária em razão da inexistência de norma estadual que assim determine. Alega também que não é bastante para exigir o ICMS-ST, a simples existência do Convênio ICMS 74/94, posto que este normativo não foi internalizado pelo Estado da Bahia.

Mais adiante na peça defensiva, alega que existem, dentre as mercadorias listadas na autuação, itens que não constam no Anexo 1 do RICMS/2012 como mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária no período alcançado pela autuação. São as mercadorias com o código NCM 2710.1230, 3214.1020, 3214.9000 e 3814.0090.

Para o deslinde da questão, é importante esclarecer acerca da vigência do Convênio ICMS 74/94 que dispõe sobre regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química.

O citado convênio foi celebrado no âmbito do CONFAZ, entre os Estados e Distrito Federal em 30 de junho de 1994, sendo internalizado pelo Estado da Bahia formalmente pelo Decreto nº 3.377, de 17/08/1994, no art. 11, in verbis.

Art. 11. Os distribuidores, atacadistas, revendedores ou varejistas relacionarão, discriminadamente, os estoques de tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, aguarrás e produtos semelhantes compreendidos na alínea “t” do inciso II do art. 19 do Regulamento do ICMS, acrescentada pelo presente Decreto, existentes em seu estabelecimento em 30/09/94, valorizados ao custo da aquisição mais recente, e adotarão as seguintes providências (Conv. ICMS 74/94):

(...)

Parágrafo único. O pagamento do imposto por antecipação previsto neste artigo aplica-se, igualmente, às supramencionadas mercadorias que ingressarem no estabelecimento após 30/9/94 sem a retenção do imposto, desde que saídas do estabelecimento remetente até aquela data, hipótese em que o pagamento do imposto será exigido em uma única parcela.

Portanto, o Convênio ICMS 74/94, está inserido no ordenamento legal tributário do Estado da Bahia, desde a data de vigência do citado decreto de internalização, conforme mencionado, estando assim, apto a surtir todos os efeitos jurídicos tributários acerca da matéria.

Lembro que as regras aplicáveis aos Convênios do ICMS estão dispostas na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 24/75. O artigo 150, §2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal, atribui à lei complementar competência para “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”:

A razão pela qual o Constituinte determinou que caberia à lei complementar tratar da forma como os Estados e o Distrito Federal concederiam e revogariam favores fiscais e normas de repercussão nacional relacionados ao ICMS, se deve ao fato de ser atribuição da legislação complementar nacional “dispor sobre conflitos de

competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”, conforme disposto no artigo 146, inciso III, “a” da Constituição Federal.

É cediço que a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais depende de acordo específico celebrado pelos Estados interessados, ou seja, através de Convênios, Protocolos ou Acordos na forma da Lei Complementar, conforme dispõe o Convênio ICMS 81/93 que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal.

O Convênio ICMS 74/94 estabelecendo normas sobre a substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, estando internalizado pelo Estado da Bahia e em plena vigência, nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas no anexo do referido 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 operações de saídas subsequentes, ou na entrada para uso ou consumo do destinatário.

Para verificar o enquadramento ou não de determinada mercadoria deve ser observada a sua adequação ao código de NCM e a respectiva descrição constantes da norma. No caso em exame, as mercadorias estão classificadas na mesma posição de NCM, as suas descrições constantes nos documentos fiscais correspondem àquela contida na norma específica, ficando confirmada o seu enquadramento no regime de substituição tributária.

Os itens questionados na defesa com NCM 2710.1230, 3214.1020, 3214.9000 e 3814.0090, são mercadorias sujeitas a substituição tributária, por constarem no Anexo do Convênio ICMS 74/94, conforme demonstrado a seguir.

NCM	Item	Especificação	Posição na NCM
2710.1230			2707, 2710 (exceto posição 2710.11.30), 2901, 2902, 3805, 3807, 3810 e 3814
3814.0090	II	Preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas, vernizes e outros	
3214.1020		Produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas (exceto cola escolar branca e colorida em bastão ou líquida nas posições NCM 3506.1090 e 3506.9190) e adesivos	2707, 2713, 2714, 2715.00.00, 3214, 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807
3214.9000	VI		

Portanto, o argumento apresentado pela autuada não lhe socorre na tarefa de descaracterizar a autuação, haja vista que todos os itens arrolados na autuação estão contemplados pelo Convênio ICMS 74/94.

Por todo o exposto, considero subsistente a infração, estando correto o procedimento adotado pela autuante, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com o julgamento realizado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, interpõe Recurso Voluntário tempéstivo às fls. 286/314, expondo, de início razões levariam à nulidade do Auto de Infração.

Nessa trilha, aduz que há imprecisão na acusação fiscal, referindo que a peça acusatória, que tem lastro no Convênio ICMS 74/94, seria genérica, tal qual a decisão de piso. Lembra que a acusação fiscal, sob pena de nulidade, deve conter todos os requisitos legais obrigatórios.

Diz que no caso dos autos, não há a precisa e específica indicação da infração cometida, entendendo que “... o dispositivo legal aplicado não é suficiente para subsumir o fato (venda interestadual à contribuinte situado no Estado da Bahia) à norma (dispositivo genérico de aplicação do regime ST)”, lembrando que o RICMS/BA condiciona a adoção do regime ST às mercadorias especificamente listadas no Anexo 1 do regulamento. Dá como exemplo os “catalisadores em colmeia cerâmica ou metálica para conversão catalítica de gases de escape de veículos e outros catalisadores”.

Insiste na tese de que é nulo o Auto de Infração em razão da falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

No mérito, diz que ao cotejar os NCM's das mercadorias listadas na autuação com a legislação do Estado da Bahia, verificou que no momento do fato gerador não havia norma que lhe impusesse a necessidade do recolhimento do ICMS-ST, lembrando que o art. 11, do Decreto 3.377/94, citado na

decisão de piso, determina que os contribuintes indicados na norma, para recolher o imposto por antecipação, devem observar as mercadorias elencadas no art. 19, II, “t” do RICMS/BA de 1989 – dispositivo revogado.

Nessa senda, registra que o dispositivo revogado deu lugar ao RICMS/2012, no qual há relação de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, diferente daquela contida no RICMS/1989. Registra que o Acórdão combatido é recente, mas a sua fundamentação é ultrapassada.

Repisa tese de que a simples existência do Convênio CONFAZ ICMS 74/94 não é suficiente para exigência do ICMS-ST para toda e qualquer operação, registrando que qualquer Convênio deve “...internalizado pelo Estado signatário e que esteja vigente a norma estadual”. Cita a CF/88 e a Lei Complementar 87/96, decisão no REsp 579.630/RN e o Acórdão CJF nº 0386-11/08.

Fixadas tais premissas, o quadro abaixo faz o cotejo entre a relação dos NCM’s autuados e a inexistência de norma impositiva pelo Estado da Bahia (Decreto nº 13.780/2012) da necessidade do recolhimento do ICMS-ST nas remessas realizadas pela Recorrente:

Monta quadro demonstrativo da aplicabilidade da Substituição Tributária para as mercadorias de NCM 2710.1230, 3214.1020, 3214.9000 e 3814.0090, em relação à vigência do anexo I do RICMS, desde 01/01/2016 até 01/02/2017, indicando que “... ainda que o Convênio ICMS nº 74 estivesse vigente desde o ano de 1994, o Estado da Bahia optou, em determinados períodos, dentre eles o autuado, a indicar a não sujeição ao regime ST das mercadorias remetidas pela Recorrente” – verdadeira ofensa ao princípio da legalidade.

Citando julgados do STJ, afirma que o Auto de Infração é manifestamente ilegal, pois, seria baseado em fatos e dados distorcidos da realidade, os quais não encontram respaldo na documentação trazida aos autos pela Recorrente, haja vista que os NCM’s indicados na autuação não estariam sujeitos à sistemática do ICMS-ST. Cita a doutrina.

Por derradeiro, assevera que a decisão recorrida deve ser reformada para que a autuação seja integralmente cancelada ante a ausência de dispositivo legal estadual vigente no momento das operações realizadas pela Recorrente que determinasse a retenção e recolhimento do ICMS-ST, relativo às operações subsequentes, para as mercadorias remetidas ao Estado da Bahia.

Pelo que expôs, requer o cancelamento integral do AIIM nº 2692030006/18-0, seja pelas nulidades e contradições do trabalho fiscal, seja pela correção dos procedimentos fiscais adotados pela Recorrente quando das remessas das mercadorias.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo Contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O Sujeito Passivo é acusado de haver deixado de proceder à retenção do ICMS, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados do Estado da Bahia, no período de março de 2015 e janeiro de 2016 a dezembro de 2017.

Em sede de Recurso Voluntário, a Recorrente alega a nulidade do Auto de Infração em face da suposta falta de elementos para a determinação, com segurança, da infração e do infrator, á entendido que o “*tipo infracional*” não encontraria eco na sua conduta.

Avançando, aduz a Recorrente que o Auto de Infração seria improcedente em razão de as operações objeto da autuação, à época dos fatos, não estarem sujeitas à substituição tributária.

Com respeito à preliminar de nulidade, entendo que não assiste qualquer razão à Recorrente. Fato

é que não há qualquer vício no lançamento, pois a acusação fiscal é clara e contém todos os elementos para a sua perfeita compreensão. Nesse sentido, convém anotar que os demonstrativos que instruem o Auto de Infração não deixam dúvidas quanto exigência fiscal lastrada na falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária tendo como base as operações subsequentes, correspondentes às vendas realizadas pela Recorrente a contribuintes com endereço fiscal no Estado da Bahia.

Em assim sendo, não há como acolher a tese de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, eis que não há qualquer incerteza ou imprecisão na determinação da infração e do infrator, como pretende o contribuinte.

No mérito, a discussão proposta pelo sujeito passivo atine à legalidade da autuação, entendido que à época dos fatos os itens de NCM nºs 2710.1230, 3214.1020, 3214.9000 e 3814.0090 não estariam submetidos ao regime de substituição tributária, em face do fato de que o Convênio ICMS 74/94 não estaria mais em vigor.

Por primeiro, devo me valer da explanação feita no voto condutor da decisão de primo grau em derredor da substituição tributária, dos convênios ICMS, natureza jurídica e vigência, etc.

Especificamente quanto ao tema da irresignação do contribuinte – vigência do Convênio ICMS 74/94 -, vejo que não tem qualquer procedência, pois, em que pese ser norma infra legal, tem força cogente e teve vigência plena desde a sua publicação em 08/07/1994 até a sua revogação em 01/01/2018 (pelo Convênio ICMS 118/2017).

Pois bem, tendo vigência plena quando da época dos fatos geradores e tendo força cogente indiscutível, a tese recursal é imprestável ao objetivo da Recorrente que pretende ver julgado improcedente a acusação fiscal, mesmo tendo havido várias alterações ao longo do tempo, certo que não há qualquer desalinho da aplicação da norma no tempo.

Assim, não há dúvidas quanto ao enquadramento das mercadorias objeto da discussão, ou seja, as mercadorias estão classificadas na correta posição de NCM, as suas descrições constantes nos documentos fiscais correspondem àquela contida na norma específica, tudo levando à confirmação dos seus enquadramentos no regime de substituição tributária. Indiscutível, portanto, que os itens de NCM 2710.1230, 3214.1020, 3214.9000 e 3814.0090 são mercadorias sujeitas a substituição tributária.

Por tudo o quanto exposto, voto pelo IMPROVIMENTO do Presente Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de piso na sua inteireza.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269203.0006/18-0**, lavrado contra **EUCATEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA** devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.192.646,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS