

A.I. Nº - 269203.0006/18-0
AUTUADO - EUCATEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - SUELY CRISTINA TENÓRIO MUNIZ RIBEIRO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26.02.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0025-02/19

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração 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.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 20 a 31, quando apresentou o arrazoado de defesa relatando inicialmente que a mesma foi apresentada tempestivamente em conformidade com o RPAF/99 e se identifica como empresa industrial dedicada a fabricação e comercialização de tintas e vernizes.

Reproduz os termos da imputação e declara não concordar com a exigência fiscal pois se revelam indevidas quando desconsidera a realidade dos fatos e não observa as normas vigentes na legislação tributária, conforme demonstrará.

Argui nulidade do lançamento por entender que o mesmo está maculado de vício insanável devido a imprecisão da infração indicada pela autuante.

Reproduz o art. 10 e parágrafos da Lei nº 7.014/96, apontado pela autuante como dispositivo infringido, para destacar que o mesmo dispõe de forma genérica acerca do regime de substituição tributária nas operações interestaduais mediante acordos entre as unidades federadas, ou seja, não trata especificamente de nenhuma inclusão ou exclusão das mercadorias no regime de substituição tributária, sem que outro artigo do RICMS/2012 tenha sido mencionado.

Defende que a acusação fiscal deve conter todos os requisitos legais obrigatórios, sob pena de nulidade. No caso concreto, infere que o lançamento carece de indicação precisa e específica da infração, posto que o dispositivo indicado no auto de infração é insuficiente para subsumir o fato

à norma, porque o RICMS/2012 condiciona a adoção do regime de ST as mercadorias listadas no seu Anexo 1.

Toma como exemplo o produto “CATALISADORES EM COLMEIA CERÂMICA OU METÁLICA PARA CONVERSÃO CATALÍTICA DE GASES DE ESCAPE DE VEÍCULOS E OUTROS CATALIZADORES” – NCM 3815.12.1 e 3815.12.9, sujeitos ao regime de substituição tributária no período de 01/01/2016 a 09/03/2016, conforme descrição detalhada no Anexo 1 vigente no período.

Frisa que a legislação baiana especifica de forma detalhada quais mercadorias e em qual período está sujeita ao regime de ST, fato não observado no auto de infração que não indicou o dispositivo infringido quanto as mercadorias comercializadas.

Conclui que se trata de flagrante nulidade do lançamento nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, que transcreve.

Apresenta excertos de Acórdãos do CONSEF CJF nº 0514-12/06 e JJF nº 0050-05/07 para fundamentar sua tese de nulidade do lançamento pela falta de fundamentação adequada, impossibilitando definir as razões do ato.

Defende o cancelamento integral do auto de infração por entender que houve afronta ao princípio da ampla defesa e do contraditório o que torna a autuação desmotivada e baseada em fundamento legal genérico.

Relata que realizou cotejo dos códigos NCMs das mercadorias arroladas na autuação com a legislação baiana e constatou que no momento da ocorrência do fato gerador não havia norma vigente que obrigasse ao recolhimento do ICMS-ST para estas mercadorias.

Explica que o Convenio ICMS 74/94, que dispõe sobre regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, não pode servir de suporte para exigência do ICMS-ST em toda e qualquer operação, haja vista que o citado convênio deve ser internalizado pelo estado signatário, o que não ocorreu neste caso.

Ressalta que a Constituição Federal no seu art. 150 dispõe que é facultado à lei, atribuir a condição de responsável por substituição e pelo recolhimento do imposto na hipótese de fato gerador futuro. A definição de responsável por substituição tributária está contida no Código Tributário Nacional no art. 121, parágrafo único, inciso II, que reproduz.

Destaca que a Lei complementar nº 87/96 nos seus artigos 6º e 9º, que transcreve, trata da substituição tributária, sendo que o art. 6º atribui a lei estadual a faculdade de enquadrar o contribuinte na condição de substituto tributário e o artigo 9º determina que a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais, dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados. Portanto, infere se tratar de uma condição para a exigência do ICMS-ST a celebração de acordos entre os estados, realizado quando o estado signatário internaliza o convenio aprovado no Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, assim definido no art. 4º da Lei Complementar nº 24/75, transcrito.

Transcreve trechos de julgamentos do Supremo Tribunal Federal RE 579.630/RN – Relator Min. Luís Roberto Barroso, corroborado pelo voto do Min. Joaquim Barbosa no julgamento do RE 539.130/RS, estabelecendo que “*a simples existência de convênio é insuficiente para concessão de benefício.*”.

Transcreve ementa do Acórdão CJF nº 0444-11/10 do CONSEF para demonstrar a sintonia com o mesmo entendimento manifestado pelos tribunais superiores.

Apresenta tabela, reproduzida a seguir, referente ao confronto entre as NCMs listadas na autuação e a inexistência de norma baiana que exige o ICMS-ST nas remessas realizadas, onde fica claro que, ainda que o Convênio ICMS 74/94 estivesse em vigor desde sua publicação, o Estado da Bahia não adotou como vigente em todo o período, inclusive o alcançado pela autuação.

NCM das mercadorias utilizadas	Anexo 1 do RICMS/12		
	Vigente de 01/01/2016 a 09/03/2016	Vigente de 10/03/2016 a 31/01/2017	Vigente em 2017 a partir de 01/02/2017
2710.1230	Mercadoria não sujeita ao regime de ST	Mercadoria não sujeita ao regime de ST	Mercadoria não sujeita ao regime de ST
3214.1020	Mercadoria não sujeita ao regime de ST	Mercadoria não sujeita ao regime de ST	Mercadoria não sujeita ao regime de ST
3214.9000	Mercadoria não sujeita ao regime de ST	Mercadoria não sujeita ao regime de ST	Mercadoria não sujeita ao regime de ST
3814.0090	Mercadoria não sujeita ao regime de ST	Mercadoria não sujeita ao regime de ST	Mercadoria não sujeita ao regime de ST

Conclui que o auto de infração incide em manifesta ilegalidade por se basear em fatos e dados distorcidos da realidade, não encontrado apoio nos documentos apensados aos autos.

Cita a lição de Marcos Vinícius Neder e Maria Tereza López acerca do princípio da legalidade, requerendo o cancelamento do auto de infração pelas nulidades e contradições da exação fiscal apontadas na presente defesa.

A Autuante presta a informação fiscal às fls. 259 e 259-v a 261, onde registra que o auto de infração foi lavrado em obediência a Lei nº 7.014/96, com base no RICMS/2012 e no Convênio ICMS 74/94.

Relata que o enquadramento legal da infração é automatizado e parametrizado pelo Sistema de Lançamento de Crédito Tributário da SEFAZ, portanto, diz que o auto de infração contém todos os requisitos legais obrigatórios para sua lavratura. Desta forma, não merece prosperar as alegações da autuada.

Pontua que o enquadramento legal da infração está correta e atende as exigências da legislação e contém os dados necessários para identificar e verificar com clareza a acusação e que os valores apresentados contém todas as informações e dados necessários para a cognição dos cálculos realizados assim com está presente a indicação dos métodos e critérios utilizados.

Ressalta que os levantamentos e trabalhos de auditoria se basearam nas disposições do Convênio ICMS 74/94, que dispõe sobre regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química.

Explica que a autuada está sediada no Estado de São Paulo e fabrica os produtos alcançados pelo supracitado convênio, tendo realizado operações de vendas de seus produtos para contribuintes localizados no Estado da Bahia, sem proceder a retenção do ICMS – Substituição Tributária devido.

Rebate o argumento defensivo de que alguns NCMs, constantes no anexo DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS-ST NÃO RETIDO, não estão sujeitos ao regime de substituição tributária, por não constarem no Anexo 1 do RICMS/2012, vigente no período alcançado pela autuação, uma vez que os procedimentos tributários em operações interestaduais são definidas pelos convênios e protocolos firmados entre as unidades da Federação, onde se atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST ao remetente das mercadorias.

Destaca que assim determina a Clausula segunda do 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, que reproduz.

Frisa que as mercadorias objeto da contestação com os códigos NCM: 2710.1230, 3214.1020, 3214.9000, e 3814.0090, constam no Anexo do Convenio ICMS 74/94. Portanto, são mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária nas operações interestaduais, cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST, nas operações interestaduais é atribuída ao industrial ou importador, conforme estabelece a Cláusula primeira do supramencionado convenio, não importando se estão ou não as mercadorias inclusas no Anexo 1 do RICMS/2012, vigente no período da ocorrência dos fatos geradores.

Por fim, conclui que a ação fiscal está devidamente caracterizada, face a evidente evasão fiscal de impostos devidos ao Estado da Bahia e opina pela procedência total do auto de infração.

Registro a presença da Advogada Dr^a Amanda Stachera França como representante da autuada procedeu a sustentação oral oportunidade que reforçou todos os pontos abordados na defesa.

É o relatório.

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 1.

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	II	Preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas, vernizes e outros	2707, 2710 (exceto posição 2710.11.30), 2901, 2902, 3805, 3807, 3810 e 3814
3814.0090			
3214.1020	VI	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			

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269203.0006/18-0**, lavrado contra **EUCATEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.192.646,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR