

PROCESSO - A. I. Nº 130610.0008/18-0
RECORRENTE - ARTECOLA QUÍMICA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0020-05/19
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0274-12/20-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. VENDAS PARA CONTRIBUÍNTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. OPERAÇÕES REGIDAS PELO CONV. ICMS Nº 74/94 E SUBSEQUENTES ALTERAÇÕES. O Autuado se dedica à produção e venda de adesivos, colas e massas para vedação, utilizados nas atividades vinculadas à construção civil. A legislação estabelece que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST é do fabricante ou importador, e alcança as mercadorias fabricadas pelo Autuado. Os argumentos apresentados na peça de defesa, não elidem a infração de falta de retenção e de pagamento do imposto. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2018, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 07.02.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a julho, setembro e outubro de 2015 e janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a julho de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$116.357,79, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

A 5ª JF julgou Procedente o Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão JF nº 0020-05/19 (fls. 93 a 96), com base no voto a seguir transcrito:

“O Auto de Infração em lide, foi lavrado para exigir ICMS em razão da falta de retenção e recolhimento do ICMS, devido a título de antecipação tributária total, nas remessas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, em operações interestaduais. Os fatos geradores objeto da cobrança alcançam os meses dos exercícios de 2015, 2016 e 2017.

Trata-se de operações originárias de contribuinte localizado no Estado do Rio Grande do Sul, destinadas a contribuintes localizados no território do Estado da Bahia, e regidas pelas disposições do Convênio ICMS nº 74/94, que dispõe sobre regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química.

As operações interestaduais com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, são regidas por normas editadas em Acordos Interestaduais, aprovados no âmbito do CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária).

*No caso concreto, o contribuinte, após ter sido notificado do ato de lançamento, apresentou defesa administrativa, ocasião em que sustentou que a não retenção e recolhimento do tributo pela empresa alienante, ora autuada, quanto às operações do exercício de 2015, tem amparo nos Convênios ICMS nº 74/94 e nº 104/08, os quais atribuíam às empresas adquirentes tal ônus. Em relação às operações ocorridas nos exercícios de 2016 e 2017, declarou a defesa que o Convênio ICMS nº 92/2015 **excluiu** as mercadorias objeto deste Auto de Infração (adesivos, colas e massas para vedação, entre outros), da sujeição ao regime de substituição tributária.*

Observe que o Auto de Infração tem por lastro probatório as notas fiscais emitidas pela empresa impugnante, documentos que foram listados no Demonstrativo anexado às fls. 09 a 18 e respectiva mídia digital (fl. 19). Nos

referidos documentos foram apresentados além da descrição das mercadorias objeto da cobrança também as respectivas NCMs de cada produto. Esse detalhamento possibilitou que o contribuinte tomasse conhecimento do enquadramento dos itens que segundo os autuantes estariam enquadrados no regime de substituição com a correspondente verificação do pagamento ou não do imposto nessa modalidade em favor do erário estadual baiano.

No tocante à atribuição de responsabilidade aos adquirentes das mercadorias para proceder à antecipação do imposto, observo, em concordância com os autuantes, que a redação da Cláusula Primeira do Conv. ICMS 74/94, estabelece com absoluta clareza, a atribuição de responsabilidade de recolhimento do ICMS-ST ao estabelecimento industrial ou importador.

Não houve qualquer alteração no texto do Conv. ICMS 74/94, que transferisse a responsabilidade para os adquirentes.

Transcrevemos abaixo o inteiro teor da norma citada:

Cláusula primeira - 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.

Por sua vez, a atribuição de responsabilidade aos fabricantes ou importadores, alcança as mercadorias classificadas nas NCMs 2707, 2713, 2714, 2715.00.00, 3214, 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807. Não houve qualquer exclusão promovida pelo Conv. ICMS 92/2015 em relação aos produtos fabricados pela autuada. Por oportuno, transcrevo o conteúdo do item VI do Anexo do Conv. ICMS 74/94, com a redação dada pelo Conv. ICMS 168/10, efeitos a partir de 01.02.2011, conforme abaixo:

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
----	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------

As únicas exclusões promovidas no Convênio ICMS 74/94, alcançou tão somente as colas brancas e coloridas em bastão ou líquida, inseridas nas posições NCM 3506.1090 e 3506.9190 e adesivos. As mercadorias que foram excluídas da incidência do ICMS-ST, não integram o rol de produtos comercializados pela empresa autuada, que se dedica à venda de adesivos, colas e massas para vedação, utilizados nas atividades vinculadas à construção civil.

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 106 a 110), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual informou que exerce a atividade de indústria da área química e que o legislador, na edição do Convênio ICMS 74/94, se utilizou da expressão “estabelecimento industrial ou importador” com o nítido interesse de impor ao adquirente, e não ao alienante, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS por substituição tributária para tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química nas operações interestaduais.

Aduziu que não era sua obrigação reter e recolher o ICMS na hipótese do Auto de Infração, cabendo tal ônus às empresas adquirentes, razão pela qual o acórdão recorrido merece reforma a fim de ser julgado improcedente o Auto de Infração.

Salientou que as suas mercadorias constantes do Convênio ICMS 74/94 foram ratificadas/atualizadas no Convênio ICMS 104/08, em sua Cláusula terceira, tendo o Convênio ICMS 74/94 sido revogado pelo Convênio ICMS 92/15, produzindo efeitos a partir de 01/01/2016, segundo o inciso II da sua Cláusula sexta.

Disse que o segundo fundamento utilizado pelo Acórdão recorrido para manter o Auto de Infração também não procede, ao afirmar que não existe imunidade para as mercadorias comercializadas nos exercícios de 2016 e 2017, uma vez que as únicas exclusões promovidas pelo Convênio ICMS 92/15 no Convênio ICMS 74/94 não foram as de colas escolares brancas e coloridas, em bastão ou líquidas, inseridas nas posições NCM 3506.10.90 e 3506.91.90 e adesivo, não abrangendo o referido Convênio, portanto, os produtos fabricados pelo Autuado.

Alegou que o fato das colas escolares brancas e coloridas terem sido expressamente excluídas do ICMS-ST não interfere na sua imunidade, pois não se encontra menção às mercadorias relacionadas à área de construção civil/química no Convênio ICMS 92/2015 (Posições NCM 3506.91.90 e 3214.10.10, entre outras), conclusão que permanece inalterada, com o advento do Convênio ICMS 53/16, que alterou o Convênio ICMS 92/15.

Requeru que seja dado provimento ao presente Recurso para reformar o Acórdão recorrido e julgar improcedente o Auto de Infração, porque:

- a) a Cláusula primeira do Convênio ICMS 74/94 do CONFAZ, em conjunto com o inciso VI do anexo do Convênio, atribuem a responsabilidade pelo ICMS-ST aos adquirentes, e não ao alienante;
- b) as mercadorias comercializadas nos exercícios de 2016 e 2017 são imunes ao regime de substituição tributária, já que não constam na lista dos produtos sujeitos a esse regime nos termos dos Convênios ICMS 74/94 e 104/08.

Pugnou pela sua intimação por AR acerca do julgamento deste Recurso no endereço indicado no preâmbulo.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração, lavrado para exigir imposto e multa em razão de uma única infração, motivada pela falta de retenção e recolhimento do ICMS, devido a título de substituição tributária por antecipação, nas remessas interestaduais para contribuintes situados no Estado da Bahia, de mercadorias enquadradas no Convênio ICMS 74/94, que dispõe sobre regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química.

O Autuado apresentou duas alegações, com o intuito de desconstituir a autuação:

- a) a Cláusula primeira do Convênio ICMS 74/94, em conjunto o inciso VI do anexo do Convênio, atribuem a responsabilidade pelo ICMS-ST aos adquirentes, e não ao alienante;
- b) as mercadorias comercializadas nos exercícios de 2016 e 2017 são imunes ao regime de substituição tributária, já que não constam na lista dos produtos sujeitos a esse regime nos termos dos Convênios ICMS 74/94 e 104/08.

Em relação à primeira alegação, constato que não assiste razão ao Autuado. A referida Cláusula primeira, atribui de forma clara e inequívoca a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, ao estabelecimento industrial ou importador, conforme consta de seu texto a seguir:

“Cláusula primeira 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.”

Não há como se interpretar que a responsabilidade seria do adquirente, como esposado pelo Autuado.

Também a segunda alegação do Autuado, não resiste à verificação das normas aludidas. O citado Convênio ICMS 92/15, alterado entre outros pelo Convênio ICMS 53/16, não revogou as mercadorias comercializadas pelo Autuado objeto da autuação.

O citado Convênio ICMS 92/15, como consta em sua ementa, estabelece a sistemática de uniformização e identificação das mercadorias e bens, passíveis de sujeição aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do ICMS com o encerramento de tributação, relativos às operações subseqüentes, instituindo o Código Especificador da Substituição Tributária - CEST, que identifica a mercadoria passível de sujeição aos regimes de

substituição tributária e de antecipação do recolhimento do imposto.

O Convênio ICMS 74/94, apenas foi revogado pelo Convênio ICMS 118/17, com efeitos a partir de 01/01/2018, conforme a redação das suas Cláusulas segunda e terceira, *in verbis*:

“Cláusula segunda Fica revogado o Convênio ICMS 74/94, de 30 de junho de 1994.

Cláusula terceira Este convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir do dia 1º de janeiro de 2018.”

Somente a partir desta data, ou seja, a partir do exercício de 2018, é que os produtos objeto da autuação deixaram de ser sujeitos à substituição tributária, já que foi adotado para substituição tributária destes produtos químicos apenas os produtos relacionados no Anexo XXIII do Convênio ICMS 142/18.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Ressalto, que a intimação ao Autuado deve observar os termos do Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

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 130610.0008/18-0, lavrado contra **ARTECOLA QUÍMICA S. A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$116.357,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS