

A. I. Nº - 232400.0002/20-5
AUTUADO - AKZO NOBEL LTDA.
AUTUANTE - NILCEIA DE CASTRO LINO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26.04.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0037-05/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. VENDAS A CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Foi comprovado nos autos que no período alcançado pelo lançamento, os produtos objeto da cobrança (corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes), não estavam enquadrados no regime de substituição tributária interestadual, por força de Convênio ou Protocolo firmado entre as Unidades Federadas envolvidas nas operações. Exigência fiscal indevida. Fato reconhecido pela autuante na fase de informação fiscal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/07/2020, para exigir ICMS no valor histórico de R\$274.653,55, acrescido da multa de 60%, imputando-se ao autuado a seguinte irregularidade:

Infração 01 - 08.18.03: 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 contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Período alcançado pela ação fiscal: janeiro a setembro do exercício de 2016. Enquadramento Legal: art. 10 da Lei 7.014/96 c/c as cláusulas primeira, terceira e quarta do Convênio ICMS 74/1994. Multa prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Integram a peça de lançamento os seguintes documentos, entre outros: a) intimação do início da ação fiscal b) Demonstrativos em papel do ICMS-ST lançado por documento fiscal; e, d) mídia digital (docs. fls. 05/53).

O contribuinte, que desenvolve atividade de fabricação e comercialização de tintas e vernizes, inscrito no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia, na condição de substituto tributário, tem seu estabelecimento localizado no município de Recife, Estado de Pernambuco. O mesmo foi notificado do Auto de Infração através do DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), com data da ciência e leitura verificados em 16/09/2020. Apresentou impugnação administrativa protocolada em 11/11/2020, em petição subscrita por advogados, peça processual juntada aos autos entre as fls. 59 a 64.

Inicialmente, a defesa fez uma breve síntese dos fatos descritos na acusação fiscal, transcreveu o texto da imputação e os dispositivos da legislação mencionados no enquadramento legal do Auto de Infração. Discorreu que o art. 150, § 7º da Constituição Federal possibilitou que a lei pudesse atribuir ao sujeito passivo da obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento do imposto em relação ao fato gerador a ocorrer (substituição tributária para frente). Para o ICMS o tema deveria ser tratado por lei complementar, conforme art. 155, § 2º, inc. II, alínea “b” da Carta de 1988. Dispondo a este respeito, a Lei Complementar nº 87/1996, autorizou, no seu art. 9º, a possibilidade de instituição da responsabilidade de pagamento do ICMS-ST para frente em operações interestaduais, desde que celebrado acordo específico para este fim pelas Unidades Federadas interessadas. Esses convênios e acordos deveriam ainda obedecer às disposições do

Conv. ICMS nº 142/2018, sendo que à época de ocorrência dos fatos geradores considerados neste Auto de Infração, vigorava o seu antecessor, o Conv. ICMS 52/2017.

Passou a discorrer na sequência sobre a inobservância, pela autoridade fiscal que procedeu ao lançamento, das regras legais para responsabilizar a empresa autuada do ICMS-ST cobrado no Auto de Infração.

Segundo a fiscalização a Impugnante não estaria obedecendo o que dispõe o Convênio ICMS nº 74/94 e suas alterações posteriores, posto que os corantes enquadrados no NCM 3206.49.90, 3204.17.00 e 3206.11.30, integravam o rol de produtos abarcados pelo regime de substituição tributária em operações interestaduais.

A impugnante, ao refutar esse argumento, firmou que nos períodos compreendidos na autuação fiscal (janeiro a setembro de 2016) os corantes enquadrados nos NCM supracitados não estavam no rol de produtos abarcados pelo regime de substituição tributária em operações interestaduais. Assim, nas operações interestaduais, realizadas no período compreendido pelo lançamento de ofício, a responsabilidade pelo ICMS-ST era dos estabelecimentos destinatários das mercadorias, localizados no Estado da Bahia, em conformidade com as disposições do artigo 289 e artigo 332, inciso II do RICMS-Ba.

Visando espantar qualquer dúvida sobre a questão a defesa destacou na peça impugnatória o item 3.0 do Anexo XXV do Conv. ICMS nº 52/2015, relativo aos corantes utilizados nas operações interestaduais da autuada, destinadas a revendedores localizados no Estado da Bahia, indicando que a exigência do ICMS-ST para esses produtos somente passou a produzir efeitos a partir de 1/10/2016, por meio da alteração promovida pelo Convênio ICMS nº 53/2016. Reproduziu na inicial o referido Anexo XXV:

**ANEXO XXV
TINTAS E VERNIZES**

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO
1.0	24.001.00	3208 3209 3210.00	Tintas, vernizes
2.0	24.002.00	2821 3204.17.00 3206	Xadrez e pós assemelhados, exceto pigmentos à base de dióxido de titânio classificados no código 3206.11.19
Acrescido o item 3.0 do Anexo XXV pelo Conv. ICMS 53/16, efeitos a partir de 01.10.16 e para MG a partir da data prevista no decreto do Poder Executivo.			
3.0	24.003.00	3204 3205.00.00 3206 32.12	Corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes

Pontuou ainda a defendente que na sessão “Perguntas e Respostas” sobre o regime de substituição tributária, inserido no sítio eletrônico da SEFAZ-Ba, se comprova a responsabilidade exclusiva pelo pagamento do ICMS-ST dos seus clientes revendedores, situados neste Estado, no período alcançado pela autuação (doc. 06 da peça de defesa fls. 118/127), destacando o item 7 desta peça, com a seguinte transcrição:

7. A empresa que está adquirindo mercadoria de outro Estado da Federação, cuja descrição e NCM-SH constam do Anexo I do RICMS/Ba. Deve fazer a antecipação total?

Na situação em que o Estado onde está localizado o remetente / vendedor não participa de acordo interestadual, a responsabilidade é do adquirente na Bahia.

Mais à frente, a defesa passou a tratar da penalidade pecuniária lançada juntamente com o imposto, no percentual de 60%. Argumentou ser indevida a aplicação de multa por ser de natureza confiscatória, em violação ao art. 150, inciso IV da Constituição Federal.

Acrescentou que o E. Supremo Tribunal Federal (STF) vem se posicionando reiteradamente na vedação do caráter confiscatório de exigências fiscais, mesmo quando se trata de penalidades tributárias, com destaque, entre outros, para o seguinte trecho de acórdão lavrado naquela corte:

“Com efeito, a multa aplicada à empresa ora recorrente em percentual de 25% sobre o valor da mercadoria não se mostra razoável, configurando, na espécie o caráter confiscatório da penalidade pecuniária. Observo, por relevante, que a orientação que venho de referir constitui diretriz prevalecente na jurisprudência desta Corte, na linha de sucessivos julgados, monocráticos e colegiados, proferidos a respeito do tema em causa, os quais reconhecem a plena legitimidade da incidência do postulado constitucional da não confiscatoriedade sobre as próprias multas tributárias.” STF – RE 771.921/GO - Relator. Min. Celso de Melo.

Ao finalizar a inicial defensiva o contribuinte pede que seja declarada a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, mediante o provimento desta impugnação administrativa, ou, subsidiariamente o cancelamento ou redução da multa incidente, por ser de natureza confiscatória. Pede ainda que qualquer intimação ou notificação relativa ao presente feito seja encaminhada ao endereço da impugnante situado à Av. Getúlio Vargas, 7.230, Km 12, bloco A, Município de Curral, Recife, Estado de Pernambuco, CEP 50.950-000, sob pena de nulidade, requerendo também que lhe seja dada oportunidade de sustentação oral das presentes razões defensivas.

Documentos que compõem a inicial defensiva, em cópias reprográficas: a) consolidação do contrato social da sociedade empresária (doc. 01); b) instrumento de procuração e substabelecimento (doc. 02); c) texto do Convênio ICMS nº 92/2015 (doc. 03); texto “Perguntas e Respostas – Substituição Tributária”, extraída do site: www.sefaz.ba.gov.br (doc. 04).

Informativo Fiscal prestado pela Auditora Fiscal autuante, peça processual juntada às fls. 131 a 134 dos autos.

Após fazer um resumo das alegações defensivas, a autuante declarou que os itens que foram objeto do lançamento fiscal foram corantes e pigmentos líquidos classificados nas posições NCM 3206.49.90, 3204.17.00 e 3206.11 que estavam contemplados no rol dos produtos sujeitos à substituição tributária desde o Convênio ICMS 74/94. Porém, os mesmos foram excluídos desse regime de pagamento antecipado nas operações interestaduais, pelo então vigente Convênio ICMS 95/2015, no período de 01/01/2016 a 30/09/2016, sendo novamente inseridos nessa sistemática de tributação por meio da edição do Convênio ICMS 53/2016, de acordo com a alteração promovida pela cláusula segunda, inciso VIII, conforme reproduzido à fl. 134 dos autos.

Em decorrência dessas modificações processadas na legislação do ICMS, a autuante reconheceu que as razões apresentadas na peça defensiva estão corretas, incorrendo a fiscalização em equívoco, ao aplicar o regime do ICMS-ST nas operações interestaduais envolvendo corantes/pigmentos líquidos classificados nas posições NCM 3206.49.90, 3204.17.00 e 3206.11. A conclusão foi no sentido de ser afastada a responsabilidade da impugnante pela retenção e recolhimento do ICMS-ST, para os produtos listados no item 3.0, do Anexo XXV do Conv. 92/2015, no período de 01/01/2016 a 30/09/2016, relativamente às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Ao finalizar a peça informativa a autuante pede que o Auto de Infração seja declarado IMPROCEDENTE na sua totalidade.

Apresentados memoriais pela defesa, na sessão de julgamento ocorrida no dia 23/03/2021, ocasião em que o advogado Dr. Thiago Marini, OAB-SP nº 368.032 fez sustentação oral.

Este é o Relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de uma única ocorrência, através da qual o sujeito passivo, localizado em outra Unidade da Federação - no Estado do Pernambuco - foi acusado de não proceder à retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária, nas operações de remessa de mercadorias enquadradas nesse regime para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Indicados como dispositivos infringidos art. 10 da Lei 7.014/96 c/c as cláusulas primeira, terceira e quarta do Convênio ICMS 74/1994. Multa Aplicada: 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/96. As operações objeto da autuação, envolveram remessas interestaduais dos produtos corantes/pigmentos líquidos classificados nas posições NCM 3206.49.90, 3204.17.00 e 3206.11.

Analisando inicialmente as questões formais do Auto de Infração, verifico que a memória de cálculo constou da peça acusatória, à fl. 06, com o descritivo aritmético da sua composição e detalhamento por nota fiscal entre as fls. 07 e 52, além da mídia digital juntada à fl. 53. Todos esses elementos de prova foram entregues ao contribuinte, quando da intimação do lançamento, formalizada através do Domicílio Tributário Eletrônico - DTE (doc. fl. 56).

Sob o aspecto formal, o presente lançamento de ofício foi efetuado de forma clara e compreensível, não se constatando aqui qualquer violação ao devido processo legal ou mesmo arranjo aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Observados ainda que os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, foram plenamente atendidos, envolvendo: i) a identificação correta do sujeito passivo com o correspondente endereço e qualificação; ii) o dia, a hora e local da autuação; a descrição dos fatos, de forma clara, precisa e suscita; iii) o Demonstrativo de Débito, com a correspondente base de cálculo e alíquotas; o percentual da multa aplicável e demais consectários legais (acréscimos moratórios); iv) a indicação dos dispositivos considerados infringidos e tipificação da multa; v) o detalhamento da metodologia de cálculo da base imponible; vi) a intimação para apresentação da defesa ou pagamento do débito com multa reduzida; vii) a indicação da repartição fiscal onde o processo permaneceria aguardando o pagamento ou defesa; a assinatura do contribuinte ou de seu preposto na intimação; e, viii) a qualificação das autoridades fiscais responsáveis pelo lançamento, com a indicação do nome, cadastro e respectivas assinaturas.

No que se refere ao mérito, conforme foi detalhado no Relatório, não remanesce dúvidas de que as razões apresentadas na peça de defesa devem ser acolhidas. Isto porque a cobrança do ICMS-ST que recaiu sobre operações com produtos listados no Auto de Infração (corantes/pigmentos líquidos classificados nas posições NCM 3206.49.90, 3204.17.00 e 3206.11), no período entre 01/01/2016 a 30/09/2016, não estavam enquadrados no regime de pagamento antecipado, por força de acordo interestadual (Convênio ou Protocolo). Nesse intervalo temporal, os referidos produtos estavam inseridos na sistemática de tributação antecipada somente nas operações internas (Anexo I, do RICMS/12, item 16.3), cabendo a responsabilidade pelo recolhimento do imposto por antecipação tributária tão somente aos destinatários das mercadorias localizados no Estado da Bahia.

Quando da alteração promovida pelo Convênio ICMS nº 53/2015, ao Convênio nº ICMS 92/2015, é que houve a inserção dos códigos NCM-SH e correspondentes descritivos dos produtos objeto da autuação, no regime de substituição tributária interestadual, com efeitos a partir de 01/10/2016, conforme detalhamento abaixo reproduzido, Anexo XXV, item 03, do Convênio ICMS nº 92/2015, com a seguinte redação:

ANEXO XXV TINTAS E VERNIZES

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO
1.0	24.001.00	3208 3209 3210.00	Tintas, vernizes

2.0	24.002.00	2821 3204.17.00 3206	Xadrez e pós assemelhados, exceto pigmentos à base de dióxido de titânio classificados no código 3206.11.19
Acrescido o item 3.0 do Anexo XXV pelo Conv. ICMS 53/16, efeitos a partir de 01.10.16 e para MG a partir da data prevista no decreto do Poder Executivo.			
3.0	24.003.00	3204 3205.00.00 3206 32.12	Corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes

Importante destacar, que a própria autuante reconheceu o equívoco cometido e requereu que este CONSEF declarasse a improcedência do Auto de Infração.

No que se refere ao pedido de subsidiário da defesa de cancelamento ou redução da multa pecuniária de 60% do valor do imposto, fundamentado no efeito confiscatório dessa parcela, por violação ao art. 150, inc. IV da Constituição Federal, considerando que a exigência do imposto é indevida, conforme fundamentação apresentada neste voto, a penalidade decorrente do não recolhimento do tributo também não subsiste neste lançamento. Nesta situação, a solução para o acessório (multa), acompanha a solução dada ao principal (imposto).

Ainda assim, cabe consignar, que não se encontra no campo de competência desse órgão administrativo de julgamento declarar a inconstitucionalidade e negar a aplicação de ato normativo vigente no ordenamento jurídico, conforme regra positivada no art. 167, incisos I e III do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (Decreto nº 7.629/99). Ademais, as decisões judiciais apresentadas pelo contribuinte na inicial, não são vinculantes para a Administração Tributária do Estado da Bahia.

Ante o acima exposto, nosso voto é pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232400.0002/20-5**, lavrado contra **AKZO NOBEL LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR