

N.F. Nº - 217449.0127/18-6
NOTIFICADO - SERGYENE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
NOTIFICANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO
ORIGEM - DAT METRO / IFMT / POSTO FISCAL HONORATO VIANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.10.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0164-05/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. VENDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. Verificado que os produtos da NF-e de nº 013.359 de NCM 9619.00.00 (Absorventes Higiênicos) constam no Anexo 1 do RICMS/BA/12, regidos pelo **Convênio ICMS de nº 76/94** que foi revogado pelo Convênio ICMS de nº 228/17. O diploma legal vigente em relação aos produtos carreados pela NF-e é o **Protocolo de nº 54/17** o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos de perfumaria e de higiene pessoal e cosméticos relacionados no **Anexo XIX do Convênio ICMS 52/17, não sendo o** Estado de Sergipe, onde se encontra estabelecida a remetente dos produtos, signatário deste instrumento. Necessidade de acordo específico para considerar a empresa remetente como sujeito passivo responsável pelo recolhimento do ICMS-ST, como estabelece o artigo 10 da Lei 7.014/96. Notificação Fiscal lavrada contra a empresa remetente, caracterizada como Ilegitimidade Passiva. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, IV, alínea “b” do RPAF/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, Modelo **Trânsito de Mercadorias**, em epígrafe, lavrada em 30/07/2018 exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 7.096,41, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 4.257,85, perfazendo um total de R\$ 11.354,26, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 55.02.03: “Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia”.

Enquadramento Legal: art. 10º da Lei de nº 7.014/96 c/c as cláusulas primeira e quarta do Protocolo ICMS 105/09. Multa Aplicada: art. 42, II, “e” da Lei de nº 7.014/96.

Na peça acusatória o **Notificante descreveu os fatos** que se trata de:

“Aos dias, mês e hora do ano em curso, no exercício regular das funções fiscalizadoras, constatamos a irregularidade no veículo de placa HZU3216 que transportava as mercadorias constantes do Danfe chave 28180701478812000100550030000133591070743965 apresentando as seguintes irregularidades: Deixou de efetuar a substituição tributária na condição de sujeito passivo por substituição das mercadorias destinadas a Dist. De Prod. Alim. São Roque Ltda. CNPJ 03.705.630/0003-11 que não é possuidora de nenhum Termo de Acordo específico para as mercadorias do Convênio 234/17. E, como prova do ilícito fiscal foi feita a apreensão das mercadorias e da documentação fiscal.”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: a Notificação Fiscal de nº **2174490127/18-6**, devidamente assinada pelo **Agente de Tributos Estaduais** (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); o Termo de Apreensão nº 2174491032/18-9 e o de Depósito de (fls. 03 e 04); cópia do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 013.359, emitido na data de

28/07/2018 pela Empresa Sergyene Indústria e Comércio Ltda., localizada na cidade de Aracaju/SE com destino à Empresa Distribuidora de Produtos Alimentícios São Roque Ltda. localizada na cidade de Feira de Santana/BA (fl. 05), correspondentes às mercadorias NCM 9619.00.00 (Absorventes Higiênicos); o documento do motorista (fl. 07).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de seu representante manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 11 a 17), e documentação comprobatória às folhas 18 a 36, protocolizada na IFMT METRO/COORD. ATEND. na data de 23/08/2018 (fl.10).

Em seu arrazoado, a Notificada no tópico ***“Da Desnecessidade de Retenção do ICMS/ST – Obrigação do Adquirente do Estado da Bahia Efetuar a Antecipação do Imposto na Condição de Contribuinte Substituto – Parecer Tributário do Governo do Estado da Bahia”*** informou que a autuação deu-se em virtude do entendimento do agente fiscalizador da Secretaria da Fazenda de que a empresa teria que recolher o ICMS substituto na condição de sujeito passivo por substituição das mercadorias destinadas a empresa localizada no Estado da Bahia, a qual não possui nenhum Termo de Acordo Específico dos produtos do Convênio do ICMS de nº 234/17.

Assinalou que de acordo com o RICMS/BA, Anexo 01, item 9.0, os produtos ABSORVENTES HIGIÊNICOS E FRALDAS DESCARTÁVEIS estão sujeitos à Substituição Tributária do ICMS. Entretanto, o Convênio ICMS de nº 76/94, que amparou a aplicabilidade desse regime de tributação nas operações interestaduais com produtos farmacêuticos até 31/12/2017, foi revogado pelo Convênio ICMS de nº 228/17.

Complementou que o Convênio ICMS de nº 52/2017 informa que os produtos acima mencionados estão enquadrados no Anexo XIX como **"Produtos de Perfumaria e de Higiene Pessoal e Cosméticos"** e não como produtos farmacêuticos, divergente do Decreto 13.780/2012 (RICMS/BA).

Acrescentou que conforme Comunicado de nº 01/18 do CONFAZ - Conselho de Fazenda Nacional, publicado em 03/04/2018, o Convênio ICMS de nº 52/17 constituiu-se essencialmente em compilação de normas já existentes, visando à padronização e uniformização da legislação que disciplina o regime de substituição tributária nas operações interestaduais.

Comentou que o referido Comunicado CONFAZ de nº 01/18 esclareceu que estão vigentes, com efeitos a partir de 01/01/2018, os novos acordos interestaduais que tenham sido publicados em consonância com o Convênio ICMS 52/17, entre os quais se inclui o Convênio ICMS de nº 234/17, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com medicamentos de uso humano e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário, relacionados no Anexo XIV do Convênio ICMS de nº 52/17.

Asseverou que o Convênio ICMS de nº 234/17 faz referência expressa aos produtos farmacêuticos referidos no Anexo XIV do Convênio ICMS 52/17. Ocorre que, os absorventes higiênicos e as fraldas descartáveis (Produtos comercializados pelo Contribuinte) se encontram especificados no Anexo XIX do Convênio ICMS de nº 52/17 como "Produtos de Perfumaria e de Higiene Pessoal e Cosméticos", e não no Anexo XIV, que trata de medicamentos de uso humano e outros produtos farmacêuticos.

Concluiu que o regime de substituição tributária interestadual disciplinado no Convênio de nº 234/17 (já editado em consonância com o Convênio ICMS de nº 52/17), não alcançou as operações interestaduais com absorventes higiênicos e fraldas descartáveis realizadas entre os Estados signatários, mas apenas as operações interestaduais com os produtos farmacêuticos descritos no Anexo XIV do Convênio ICMS de nº 52/17.

Consignou que apesar de editado o Protocolo ICMS de nº 54/17, dispondo sobre a substituição tributária nas operações com produtos de perfumaria e de higiene pessoal e cosméticos relacionados no Anexo XIX do Convênio ICMS de nº 52/17, **os Estados da Bahia e Sergipe não são signatários desse protocolo, o que afasta sua aplicabilidade nas operações realizadas entre as duas unidades federadas.**

Destacou que a Notificada consultou o Governo do Bahia questionando como fica a Substituição Tributária para os produtos Absorventes Higiênicos e Fraldas Descartáveis com a revogação do Convênio de nº 76/94 e se deveria deixar de efetuar a retenção do ICMS Substituto quando das vendas de nossos produtos para clientes localizados no Estado da Bahia.

Garantiu que o Parecer Tributário emitido pelo Governo da Bahia foi no sentido de que ao comercializar absorventes higiênicos e fraldas descartáveis para clientes localizados em território baiano **o Contribuinte não deveria efetuar a retenção do ICMS/ST**.

“ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM ABSORVENTES HIGIÊNICOS E FRALDAS DESCARTÁVEIS. NÃO APLICABILIDADE. Ao comercializar absorventes higiênicos e fraldas descartáveis para clientes localizados em território baiano a Consulente não deverá efetuar a retenção do ICMS/ST, visto que não se aplica a essa operação o regime de substituição tributária interestadual. Caberá ao adquirente localizado em território baiano efetuar a antecipação do imposto na condição de contribuinte substituto, por força da legislação interna vigente no Estado da Bahia.”

Sintetizou que resta demonstrado que para a comercialização destes produtos para clientes localizados em território baiano não é necessária a retenção do ICMS/ST, ante a sua inaplicabilidade da operação de substituição tributária interestadual. Com efeito, cabe ao adquirente do produto localizado em território baiano efetuar a antecipação do imposto na condição de contribuinte substituto, por força da legislação interna vigente no Estado da Bahia, conforme dispõe o próprio Parecer Tributário do Governo da Bahia.

Alertou no tópico **“Da Vinculação do Agente Fiscalizador ao Parecer Tributário do Governo da Bahia – Ato Administrativo – Desnecessidade de Retenção do ICMS/ST”** para a necessidade de vinculação do Agente Fiscalizador ao Parecer Tributário do Governo da Bahia pois trata-se de ato emitido por órgãos ou agentes exteriorizando a vontade da administração, não podendo o sujeito passivo ser penalizado por seguir orientação oficialmente expressada pela própria administração.

Finalizou no tópico **“Do Pedido”** onde requereu que se julgue insubsistente a presente notificação pelos fundamentos acima expostos.

Verifico que por força de norma publicada em 18/08/2018, referente ao Decreto de nº 18.558/18, não consta a Informação Fiscal.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal, Modelo **Trânsito de Mercadorias**, em epígrafe, lavrada em 30/07/2018 exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 7.096,41, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 4.257,85, perfazendo um total de R\$ 11.354,26, em decorrência do cometimento da infração (055.002.003) de deixar de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O enquadramento legal utilizado baseou-se no art. 10º da Lei de nº 7.014/96 c/c as cláusulas primeira e quarta do Protocolo ICMS 105/09, mais multa tipificada na alínea “e”, inc. II, do art. 42 da Lei de nº 7.014/96.

A presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Autoridade Fiscal do Posto Fiscal Honorato Viana, através da abordagem de veículo da Empresa Sergyene Indústria e Comércio Ltda. (fl. 03), que transportava as mercadorias do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 013.359, emitido na data de 28/07/2018 pela Empresa Sergyene Indústria e Comércio Ltda. localizada **na cidade de Aracaju/SE** com destino à Empresa Distribuidora de

Produtos Alimentícios São Roque Ltda. localizada na cidade de Feira de Santana/BA (fl. 05), correspondentes às mercadorias NCM 9619.00.00 (Absorventes Higiênicos).

Na síntese do mérito da Notificada esta consignou estar amparada pelo Parecer de nº 12.588/2018 de 09/04/2018 (fls. 18 a 20) exarado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, onde consigna que a Notificada não pode ser sujeito passivo da obrigação de substituta tributária por não existir protocolo nem convênio assinado entre o Estado de Sergipe e o Estado da Bahia que estabeleça esta obrigação ao fornecedor em relação aos produtos da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 013.359, de NCM 9619.00.00 (Absorventes Higiênicos).

Explicou que o **Convênio ICMS de nº 76/94**, que estabelecia este regramento no Anexo 01, item 9.0, do RICMS/BA/12, para os produtos ABSORVENTES HIGIÊNICOS E FRALDAS DESCARTÁVEIS, e amparou a aplicabilidade do regime de tributação nas operações interestaduais com produtos farmacêuticos até **31/12/2017**, foi revogado pelo Convênio ICMS de nº 228/17, a partir de 1º de janeiro de 2018.

Acrescentou que o Convênio ICMS de nº 52/17, **que disciplinava à época** sobre as normas gerais a serem aplicadas aos regimes de substituição tributária e de antecipação do ICMS com encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes, instituídos por convênios ou protocolos firmados entre os Entes Federativos especificou em seu Anexo XIX "Produtos de Perfumaria e de Higiene Pessoal e Cosméticos" e em seu Anexo XIV, os medicamentos de uso humano e outros produtos farmacêuticos.

Entendo que nesta seara o Convênio de nº 234/17 que disciplinava o regime de substituição tributária interestadual o fez em relação aos produtos farmacêuticos descritos no Anexo XIV do Convênio ICMS de nº 52/17, sendo o Estado de Sergipe, onde se encontra estabelecida a Notificada, signatário deste instrumento.

Entretanto, o instrumento que alcança o **regime de substituição tributária interestadual com absorventes higiênicos e fraldas descartáveis** em operações interestaduais realizadas entre os Estados signatários é o **Protocolo de nº 54/17** (que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos de perfumaria e de higiene pessoal e cosméticos relacionados no **Anexo XIX do Convênio ICMS 52/17**) do qual o Estado de Sergipe não é signatário.

Do exposto, averigua-se que em relação aos bens e mercadorias **passíveis de sujeição ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total** estes são os identificados, **atualmente**, nos Anexos II ao XXVI, **do Convênio de nº 142/18**, publicado em **19/12/2018** de acordo com o segmento em que se enquadrem, contendo a sua descrição, a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH) e um CEST.

No entanto, **os produtos que estão na Substituição Tributária ou Antecipação Total, no Estado da Bahia**, constam no Anexo 1 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto Estadual de nº 13.780/12. Confrontando os produtos de NCM 9619.00.00 (Absorventes Higiênicos) neste Anexo vigente para o ano de 2018 tem-se que se incluem neste regime, regulamentado pelo **Convênio ICMS de nº 76/94**.

Entretanto é imprescindível reconhecer que o **Convênio ICMS de nº 76/94** foi revogado pelo Convênio ICMS de nº 228/17, a partir de 1º de janeiro de 2018, e a presente lavratura ocorreu em **30/07/2018**.

Ademais, do historiado pela Notificada, em sua impugnação, conclui-se que o diploma legal vigente, para o tempo da lavratura, em relação aos produtos carregados pela Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 013.359 é o **Protocolo de nº 54/17** o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos de perfumaria e de higiene pessoal e cosméticos relacionados no **Anexo XIX do Convênio ICMS de nº 52/17**, não sendo o Estado de Sergipe signatário.

Neste sentido foi o entendimento registrado no **Parecer de nº 12.588/2018 de 09/04/2018** (fls. 18 a 20) que acata o entendimento da Notificada de que quando comercializar os produtos indicados

em sua inicial para seus clientes localizados em território baiano não deverá efetuar a retenção do ICMS/ST, visto que não se aplica a essa operação o regime de substituição tributária interestadual.

“Diante do exposto, ao comercializar os produtos indicados em sua inicial para clientes localizados em território baiano a Consulente não deverá efetuar a retenção do ICMS/ST, visto que não se aplica a essa operação o regime de substituição tributária interestadual. Caberá ao adquirente localizado em território baiano efetuar a antecipação do imposto na condição de contribuinte substituto, por força da legislação interna vigente no Estado da Bahia.

Ressalte-se, porém, que a Consulente deverá permanecer atenta à publicação futura de convênio ou protocolo disciplinando a substituição tributária nas operações interestaduais com absorventes higiênicos e fraldas descartáveis, tendo como signatários os Estados da Bahia e Sergipe, visto que acordo versando sobre a matéria já se encontra em discussão no âmbito do CONFAZ.”

Por conseguinte, neste caso, embora a Notificada, empresa localizada no município de Aracaju/SE seja, conforme consta no Sistema da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia o INC (Informações do Contribuinte), inscrita no Estado da Bahia na condição de Contribuinte Substituto responsável pelo ICMS no destino, sendo, portanto, responsável pelo recolhimento do ICMS da Substituição Tributária, conforme estabelecido na legislação fiscal no artigo 8º, II da Lei 7.014/96, o mesmo diploma legal estabelece a condicionante da existência de acordo específico celebrado entre o Estado da Bahia e o Estado da remetente das mercadorias para considerar a empresa remetente como sujeito passivo responsável pelo recolhimento do ICMS-ST, como estabelece o artigo 10 da Lei 7.014/96

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:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado.

(...)

Art. 10. 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.

Entendo que embora sendo a Notificada inscrita como Substituta Tributária neste Estado e as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, não existindo força de acordo interestadual, está caracterizada a nulidade por ilegitimidade passiva sendo este o fixado nos reiterados julgamentos do CONSEF acerca da matéria em que os lançamentos fiscais que exijam ICMS de remetentes de mercadorias estabelecidos em outras Unidades da Federação são nulos de pleno direito, por ilegitimidade passiva, tendo em vista a obediência ao princípio da territorialidade, que limita a aplicação e eficácia, neste caso, da lei tributária estadual ao território da unidade federativa que lhe deu vigência. Matéria que foi objeto da Súmula CONSEF Nº 3, *in verbis*:

“SÚMULA CONSEF Nº 3 É nulo, por ilegitimidade passiva, o lançamento fiscal que exija o imposto do remetente da mercadoria, quando estabelecido em outra unidade da Federação, salvo norma expressa com determinação em contrário, a exemplo das operações sujeitas ao regime de substituição tributária por força de acordo interestadual e das importações submetidas ao princípio do destino físico.” (grifei)

Desta forma, como o Notificante lavrou a presente Notificação Fiscal contra a empresa remetente, ao invés da empresa destinatária, como está estabelecido na legislação fiscal vigente no Estado da Bahia, esta lavratura está configurada como **ilegitimidade passiva** e conforme o RPAF/BA seu derradeiro art. 18, IV, “b”.

Concluo, portanto, que se encontra caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvido de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Voto, então, pela NULIDADE da Notificação Fiscal, com fundamento no art. 18, inc. IV, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal **217449.0127/18-6**, lavrada contra **SERGYENE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR

