

A.I. N° 080556.0007/21-5
AUTUADO CARTINT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TINTAS LTDA.
AUTUANTE VANILDA SOUZA LOPES
ORIGEM DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO INTERNET – 13/03/2024

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0011-01/24-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. VENDAS A CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuado elide a acusação fiscal ao comprovar que no período objeto da autuação, os produtos arrolados no levantamento fiscal, no caso 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. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$38.491,45, em decorrência do cometimento das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 – 008.018. 002 – Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de março e dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.440,73, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 – 008.018.003 – 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 no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a setembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$36.050,72, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por intermédio de advogada legalmente constituída, apresentou Defesa (fls. 36 a 46 dos autos). Esclarece que atua no ramo de indústria e comércio de tintas não poluentes e resinas, assim como o comércio de matérias primas em geral. Acrescenta que nos meses de março a dezembro de 2016 realizou negócios típicos de sua atividade com empresas sediadas no Estado da Bahia, vendendo entre diversos produtos corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes, códigos NCMs 3204.17.00, 3206.49.90 e 3206.19.90, os quais, segundo o Convênio ICMS n. 92/2015, vigente à época dos referidos fatos, não estariam sujeitos ao regime de substituição tributária.

Alega que apesar disso foi cientificado da lavratura do presente Auto de Infração, não pode ser dada validade ao lançamento, o que consequentemente enseja o seu cancelamento.

Sustenta a impossibilidade de exigência de ICMS-ST sobre corantes no período objeto de 01/01/2016 a 30/09/2016.

Tece amplo e detalhado comentário sobre o regime de substituição tributária, invocando, neste

sentido, toda legislação de regência.

Afirma que a autuante não observou as regras vigentes à época dos fatos, no caso o Convênio ICMS n. 92/2015, ao proceder ao lançamento, haja vista que os corantes enquadrados nos códigos NCMS 3204.17.00, 3206.49.90 e 3206.19.90, não integravam o rol dos produtos alcançados pelo regime de substituição tributária em operações interestaduais, sendo de responsabilidade dos destinatários das mercadorias, localizados no Estado da Bahia, o pagamento do ICMS-ST, consoante determinam os artigos 289 e 332, inciso II, do RICMS/BA/12.

Apresenta print do Anexo XXV do Convênio ICMS n. 92/2015, relativo aos corantes utilizados nas operações interestaduais que realizou, e assevera que a exigência do ICMS-ST para referidos produtos somente passou a produzir efeitos a partir de 01/10/2016, mediante a alteração promovida pelo Convênio ICMS n. 53/2016.

Pontua que os itens objeto da autuação foram corantes e pigmentos líquidos classificados nos códigos NCMS 3204.17.00, 3206.49.90 e 3206.19.90, que estavam contemplados no rol dos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária desde o Convênio ICMS n. 74/94, contudo estes produtos foram excluídos do referido regime de substituição tributária por meio do Convênio ICMS n. 92/2015, no período de 01/01/2016 a 30/09/2016, sendo novamente inseridos nesse regime mediante o Convênio ICMS n.53/2016, com efeitos a partir de 01/10/2016.

Conclusivamente, diz que por essas razões, inexistem dúvidas de que merecem ser inteiramente canceladas as exigências e penalidades imposta na autuação.

Prosseguindo, alega ocorrência da decadência.

Invoca o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional – CTN, para sustentar que a autuante somente procedeu ao lançamento em 08/07/2021, ou seja, após o decurso de mais de 5 (cinco) anos da data da ocorrência dos fatos geradores em janeiro, fevereiro, março, abril, maio e junho de 2016.

Alega que se tratando de recolhimento a menos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, irrefutável a aplicação da regra contida no § 4º do art. 150 do CTN. Neste sentido, invoca e reproduz ensinamentos de Leandro Paulsen, Hugo de Brito Machado e Eurico de Santi.

Afirma que no presente o lançamento foi formalizado com a sua notificação, após 5 (cinco) anos da ocorrência dos fatos geradores, descabendo, dessa forma, na infração 01, a exigência fiscal referente ao mês de março de 2016, e na infração 02 aos meses de janeiro a junho de 2016.

Conclusivamente, diz que, operando-se a extinção do crédito tributário pela decadência, não há como subsistir as multas respectivas, ante o princípio de que o acessório segue a sorte do principal.

Continuando, alega o caráter confiscatório da multa.

Alega que a multa é quase o valor principal do imposto, suposto prejuízo ao erário, que em nada afeta a arrecadação do Estado, portanto, tem cunho nitidamente confiscatório, vedado pela Constituição Federal, consoante o art. 150, IV, cujo teor reproduz.

Conclusivamente, consigna que sendo procedente a autuação, o que admite apenas como hipótese, a multa deverá ser reduzida de acordo como os parâmetros constitucionais, pautados nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, condizentes, ademais, com o posicionamento dos Tribunais, o que requer.

Finaliza a peça defensiva requerendo o cancelamento do débito objeto do presente Auto de Infração, ou, subsidiariamente, que seja reconhecida a decadência em relação aos lançamentos ocorridos entre 01/2016 e 06/2016, e cancelada ou reduzida a multa de natureza confiscatória.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls. 63 a 66 dos autos). Consigna que a apuração do ICMS ST devido, levou em consideração as vendas realizadas pela empresa para o Estado da Bahia, operações sujeitas ao regime de substituição tributária em conformidade com o Convênio ICMS

nº. 74/94, que vigorou até 31/12/2017, tendo sido revogado a partir de 01/01/2018, pelo Convênio ICMS nº. 118/2017.

Assinala que o referido Convênio ICMS nº. 74/94, relaciona no rol do regime de substituição tributária os produtos: Tintas, vernizes e outros – NCM 3208, 3209 e 3210; e Corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes – NCM 3204, 3205.00.00, 3206, 3212.

Observa que consta como exceção o código NCM/SH 3206.11.19, item IV – Xadrez e pós assemelhados.

No tocante à arguição de decadência, diz que procede a alegação defensiva com relação à exigência atinente à data de ocorrência de 31/03/2016, referente à infração 01, assim como com relação às ocorrências de 31/01/2016 a 30/06/2016, referente à infração 02.

Conclusivamente, diz que assim sendo, na infração 01 remanesce a exigência referente à data de ocorrência de 31/12/2016, no valor histórico de R\$84,68, e na infração 02 remanescem as ocorrências de 31/07/2016, 31/08/2016 e 30/09/2016, no valor histórico total de R\$10.215,22.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração, no valor de ICMS ST devido de R\$10.299,90.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls. 71 a 73 dos autos). Alega que apesar de a autuante haver reconhecido a ocorrência da decadência no período de janeiro a junho de 2016, opinando pela procedência em parte do Auto de Infração, não houve análise satisfatória com relação ao argumento defensivo de não incidência do ICMS ST sobre corantes no período de 01/01/2016 a 30/09/2016. Repete as alegações aduzidas na peça de Defesa inicial.

Finaliza a Manifestação afirmando que merecem ser canceladas as exigências e penalidades impostas na autuação.

A autuante, cientificada da Manifestação do autuado, se pronunciou (fls.77 a 81). Contesta as alegações defensivas, reiterando os termos da Informação Fiscal inicial.

Finaliza manifestando o entendimento de que o Auto de Infração é procedente em parte, observadas as alterações já apontadas no Demonstrativo de fl. 66, que resultou no valor do ICMS ST devido de R\$10.299,90.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo a infração 01 decorrente de retenção e recolhimento a menos do ICMS ST e a infração 02 decorrente de falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS ST, ambas, na qualidade de sujeito passivo por substituição do autuado, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Inicialmente, cabe apreciar a prejudicial de mérito arguida pelo autuado atinente à decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário referente ao período de ocorrência dos fatos geradores de janeiro, fevereiro, março, abril, maio e junho de 2016, invocando, neste sentido, as disposições do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional – CTN, para sustentar que a autuante somente procedeu ao lançamento em 08/07/2021, ou seja, após o decurso de mais de 5 (cinco) anos da data da ocorrência dos fatos geradores.

Alega o autuado que se tratando de recolhimento a menos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, irrefutável a aplicação da regra contida no referido § 4º do art. 150 do CTN.

De início, cabe assinalar que após um detalhado e minucioso estudo sobre a matéria decadência, inclusive a repercussão das autuações realizadas pelos prepostos fiscais da SEFAZ/BA nos julgamentos realizados na esfera judicial, notadamente nos tribunais superiores, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia/Procuradoria Fiscal, promoveu a uniformização de sua orientação jurídica sobre esse tema, tendo editado o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, no

qual firmou o entendimento de que: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas. Foi observado no referido Incidente de Uniformização que, no caso de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, não se aplicaria a regra do art. 150, § 4º, mas, sim, do art. 173, I, ambos do CTN.

Por outro lado, quanto à contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, o entendimento firmado apontou no sentido de que conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando: **a)** o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; **b)** o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; **c)** o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o valor efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Seguindo essa linha de entendimento - registre-se, atualmente pacificado na jurisprudência deste CONSEF - considerando que a acusação fiscal de que cuida a infração 01 é de recolhimento a menos do ICMS - ST, há que se aplicar a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco anos) a partir da data de ocorrência do fato gerador, na forma prevista no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN).

Assim sendo, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2021 e a ciência do autuado se deu em 08/07/2021 – conforme intimação, via DT-e, acostada às fls.32/33 -, efetivamente ocorreu a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário no período de 31/01/2016, haja vista que transcorrido o prazo de 05 (cinco) anos contado a partir da ocorrência do fato gerador consoante o artigo 150, § 4º, do CTN, cabendo a exclusão do respectivo valor da autuação, no caso R\$2.356,05, remanescendo apenas a exigência referente ao período de 31/12/2016 no valor de R\$84,68.

Entretanto, no tocante à infração 02, não ocorreu a decadência, haja vista que diz respeito à falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS-ST, ou seja, não houve qualquer pagamento por parte do autuado, portanto, aplicável as disposições do artigo 173, I, do CTN, sendo a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No mérito, o autuado alega que os produtos objeto da autuação foram corantes e pigmentos líquidos classificados nos códigos NCMs 3204.17.00, 3206.49.90 e 3206.19.90, que estavam contemplados no rol dos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária desde o Convênio ICMS n. 74/94, contudo estes produtos foram excluídos do referido regime de substituição tributária por meio do Convênio ICMS n. 92/2015, no período de 01/01/2016 a 30/09/2016, sendo novamente inseridos nesse regime mediante o Convênio ICMS nº 53/2016, com efeitos a partir de 01/10/2016.

Verifico que a autuante contesta a alegação defensiva sustentando que as vendas realizadas pelo autuado estão sujeitas ao regime de substituição tributária, pois os produtos relacionados no Convênio ICMS nº. 74/94, que vigorou até 31/12/2017, no caso Tintas, vernizes e outros – NCM 3208, 3209 e 3210; e Corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes – NCM 3204, 3205.00.00, 3206, 3212, sendo revogado a partir de 01/01/2018, pelo Convênio ICMS nº. 118/2017.

O exame das razões defensivas e contestação da autuante, juntamente com a legislação de regência atinente a matéria objeto da autuação, permite constatar que assiste razão ao autuado, haja vista que, efetivamente, descabe a exigência do ICMS-ST referente aos produtos objeto da

autuação, no caso corantes e pigmentos líquidos classificados nos códigos NCMs 3204.17.00, 3206.49.90 e 3206.19.90, pois, no período entre 01/01/2016 a 30/09/2016, não estavam sujeitos ao regime de substituição tributária, por força de norma pactual interestadual, ou seja, Convênio ou Protocolo.

Cabível consignar que quando da alteração processada pelo Convênio ICMS nº 53/2015, ao Convênio nº ICMS 92/2015, é que ocorreu a inclusão 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 constante do Anexo XXV, item 03, do Convênio ICMS nº 92/2015.

Considero que merece ser registrado que a mesma matéria de que cuida o presente Auto de Infração já foi objeto de outros julgamentos no âmbito deste CONSEF, tanto na Primeira Instância como Segunda Instância, a exemplo da decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão 0351-12/21, cuja ementa apresenta o seguinte enunciado:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0351-12/21-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. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Pela similitude com a matéria em lide, cabe reproduzir abaixo excertos do voto proferido pelo ilustre Conselheiro/Relator no referido Acórdão 0351-12/21, naquilo que se identifica com o presente caso:

[...]

Ao refutar esse argumento, afirmou que nos períodos compreendidos na autuação fiscal, que diz respeito ao período de 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.

Como bem claro está disposto na decisão de piso, através do voto do Acórdão da 5ª JJF, em tela, não remanesce dúvidas de que as razões apresentadas na peça de defesa devem ser acolhidas.

Isto porque, de fato, a cobrança do ICMS-ST que recaiu sobre operações com produtos listados no Auto de Infração em tela, “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).

Quando da alteração promovida pelo Convênio ICMS 53/2015, ao Convênio 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 reproduzido no corpo do voto do Acórdão, em análise. [...].

Diante do exposto, considerando que na infração 01 o período não alcançado pela decadência, no caso 31/12/2016, no valor de R\$84,68, diz respeito a corantes, NCM 3204.17.00, portanto, não sendo devido o ICMS-ST do autuado, este item da autuação é insubsistente, assim como a infração 02, haja vista que diz respeito a produtos não enquadrados no regime de substituição tributária no período objeto da autuação.

Obviamente, em face à improcedência da autuação, não há que se falar em cancelamento ou redução da multa, haja vista que esta não pode ser imposta, pois, conforme consignado pelo próprio autuado, o acessório segue o principal.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **080556.0007/21-5**, lavrado contra **CARTINT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TINTAS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2024.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR

