

A. I. Nº	- 281066.0004/23-1
AUTUADO	- CREMER S.A.
AUTUANTES	- VERA LÚCIA ANDION CORTIZO e FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 09/04/2024

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0063-04/24-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO. Não cabe a exigência de retenção e recolhimento do ICMS-ST, quando as mercadorias enquadradas no regime é oriunda de estado não signatário de Convenio/Protocolo, vigente à época dos fatos geradores, sendo tal responsabilidade do estabelecimento destinatário localizado neste estado, conforme disposto no art. 8º, inciso II, da Lei 7.014/96. Acolhida a arguição de decadência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração em lide, lavrado em 19/06/2023, exige ICMS no valor total de R\$ 166.206,58, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 008.015.003 – 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 neste Estado ocorrido nos meses de janeiro a dezembro 2018, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Consta ainda a seguinte informação: “*Não efetuou retenção do ICMS ST nas notas fiscais contidas no Anexo 01.1, conforme previsto no Convênio 234/17*”.

O sujeito passivo, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 21 a 37, inicialmente transcrevendo o teor da acusação, e, em seguida diz que a autuação é totalmente insubsistente, em razão dos equívocos que passará a expor.

Preliminarmente, argui que, parte da cobrança deve ser extinta por conta da decadência, com base no art. 150, § 4º, do CTN. No caso, os valores exigidos em 01/2018, 02/2018, 03/2018, 04/2018, 05/2018 e 06/2018, asseverando que o caso trata de lançamento de diferenças apuradas pelo fisco em relação à apuração realizada pela empresa, e não de mera falta de pagamento.

Para comprovar que foram prestadas as devidas informações e efetuados os pagamentos a seu tempo e modo (procedimentos inerentes aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), a Impugnante apresenta as Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRES, Comprovantes de Pagamentos, Guias Nacionais de Informações e Apuração do ICMS Substituição Tributária acompanhadas dos respectivos Comprovantes de Transmissão de Arquivos, e Recibos de Entrega de Escrituração Fiscal Digital (SPEDs) com a Apuração do ICMS-ST (doc. 10).

Dessa forma, a fiscalização tem o prazo de 5 anos para realizar a homologação ou a cobrança de diferenças que entender devidas. Decorrido esse prazo, ocorre a homologação tácita (que é o caso em comento), nada mais podendo ser exigido em relação a tais períodos.

No caso sob análise, como a Impugnante foi intimada da autuação em 19/06/2023, todos os valores relativos a fatos geradores anteriores a 19/06/2018 (inclusive), foram atingidos pela decadência e não podendo ser mais exigidos.

No mérito apresenta as seguintes situações:

a - Da desobrigação ao recolhimento do ICMS-ST: Assevera que segundo a Fiscalização, a

empresa (localizada no Estado de Pernambuco) 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.

Nos termos do Auto de Infração e do Demonstrativo de Apuração do ICMS-ST Não Retido, a retenção do imposto estaria prevista no Convênio ICMS 234/2017, para os produtos denominados luvas cirúrgicas (NCM 40151100) e luvas de procedimento (NCM 40151900).

Aduz que durante o procedimento fiscalizatório, a empresa apresentou esclarecimentos quanto às alegações e supostos fatos geradores, demonstrando a incoerência da presente cobrança, sendo que a Fiscalização não acatou os fundamentos da empresa, sob justificativa de que “o Convênio vigente em 2018 não é o 76/94, que foi extinto em 01/01/2018, sendo substituído pelo 228/17 e posteriormente pelo 231/17”.

Externa o entendimento de que as acusações destinadas à Impugnante são infundadas, estando em desacordo com a norma estadual e federal, conforme será abaixo exposto.

Inicialmente esclarece que no exercício de 2018 inexistia, na legislação interna do estado da Bahia, previsão para retenção do ICMS-ST em operações com os produtos luvas cirúrgicas e luvas de procedimento, havidas entre os estados de Pernambuco e Bahia.

Transcreve o disposto no art. 289 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, vigente entre 01/04/2012 a 31/12/2020). Assim, partindo para uma análise do “Anexo 01-Substituição Tributária vigente no ano de 2018”, disponibilizado no site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (doc. 11), cuja redação copiou, conclui que da legislação referenciada se pode chegar à seguinte conclusão: durante o ano de 2018, no estado da Bahia, vigia o protocolo ICMS nº 105/2009, único dispositivo que previa o regime da substituição tributária para o produto luvas (NCM 4015.11 e NCM 4015.19), mas que em seus próprios termos, limitava-se apenas às operações havidas entre estabelecimentos localizados nos estados da Bahia e de São Paulo. Tal afirmação é incontestável.

À vista disso, o Protocolo ICMS nº 105/2009 (doc. 12), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, soros e vacinas de uso humano apenas entre os estados da Bahia e de São Paulo (como já mencionado inclusive pelo RICMS da Bahia),

Assim, como se pode constatar através de simples análise da legislação acima referenciada, no exercício de 2018, período dos fatos geradores dos valores autuados, aplicava-se ao estado da Bahia somente o Protocolo nº 105/2009 (que estabelecia a obrigatoriedade da sistemática de substituição tributária para os produtos em questão, apenas nas operações realizadas entre estabelecimentos localizados em São Paulo e Bahia), inexistindo qualquer menção ao Convênio ICMS nº 234/17.

O Convênio ICMS 234/17 passou a integrar o ordenamento jurídico interno da Bahia apenas em 1º de janeiro de 2019, quando foi ratificado pelo Poder Executivo através do Decreto nº 18.800, de 20 de Dezembro de 2018 (doc. 13), que em seu art. 1º determina:

“O Anexo 1 do Regulamento do ICMS, Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, passa a vigorar com a seguinte redação, a partir de 1º de janeiro de 2019”:

ANEXO 1 - MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual/Estados signatários	MVA ajustada aplicada nas aquisições interestaduais	MVA original aplicada nas operações internas
9.12	13.012.00	4015.11 4015.19	Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento — neutra	Conv. ICMS 234/17 - AC, AL, AP, BA, ES, MA, MS, MT, PA, PB, PE, PI, RJ, SC, SE e TO Prot. ICMS 105/09: BA e SP	65,52% (Aliq. 4%) 60,35% (Aliq. 7%) 51,72% (Aliq. 12%)	41,38%

Além disso, no próprio site da SEFAZ-BA, mais especificamente no documento “Anexo 01 - Substituição Tributária - Anteriores - 2019, consta expressamente que a internalização do referido Convênio ocorreu apenas em 2019 (doc. 14). Ou seja, de fato, o Convênio ICMS 234/2017 prevê a substituição tributária para operações envolvendo luvas entre os estados da Bahia e Pernambuco, contudo, conforme já mencionado, ele apenas foi internalizado na legislação da Bahia em 2019.

Em relação ao tema transcreve o disposto no art. 155 da Constituição Federal, e, *a vista disso*, o art. 9º, da Lei Complementar nº 87/1996, determina que: “*a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados*”.

No mesmo sentido, o Convênio ICMS 52/2017 (doc. 15), vigente à época dos supostos fatos geradores autuados e que dispôs 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 Estados e o Distrito Federal, estabelecia:

Cláusula segunda O regime de substituição tributária nas operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelas unidades federadas interessadas.

(...)

§ 1º A critério da unidade federada de destino, a instituição do regime de substituição tributária dependerá, ainda, de ato do Poder Executivo para internalizar o acordo específico celebra

Conclui que as disposições da Lei Kandir, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, do Decreto nº 18.800/2018 e do Convênio ICMS 52/2017, que se aplicam ao presente caso, é possível chegar às seguintes conclusões:

- (A) Durante o exercício de 2018, período autuado, não havia acordo específico celebrado entre Bahia e Pernambuco prevendo a substituição tributária para o produto luvas;
- (B) O Convênio ICMS 234/2017, apesar de prever a substituição para as luvas, foi internalizado no estado da Bahia apenas ao final de 2018, através do Decreto nº 18.800/2018, com entrada em vigor a partir de 1º de janeiro de 2019.

Acrescenta, que, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.929/2020 (doc. 16), já definiu que os convênios CONFAZ têm natureza meramente autorizativa, sendo imprescindível a submissão do ato normativo que veicule quaisquer benefícios e incentivos fiscais à apreciação da Casa Legislativa do Estado.

Transcreve voto do Exmo. Ministro Relator Edson Fachin e arremata inexistir divergência quanto a este entendimento. Legislação federal, estadual, doutrina e jurisprudência mantêm o mesmo posicionamento: é fundamental e indispensável a ratificação dos Convênios pelo Poder Executivo.

Inclusive, no enquadramento legal do Auto de Infração ora combatido, consta referência ao art. 10 da Lei nº 7.014/1996, que assim dispõe: “*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*”.

Desta forma, não restam dúvidas quanto à necessidade de aprovação do Convênio ICMS 234/2017 pelo Poder Executivo estadual, o que somente ocorreu em 2019, portanto, após os fatos geradores autuados.

Ademais, registra que após a devida internalização na legislação, a Impugnante passou a adotar o regime de Substituição Tributária nas operações que destinavam luvas para o estado da Bahia. Desse modo, considerando a boa-fé da empresa, por evidência, restam inexigíveis os valores ora em discussão.

Portanto, inexistindo ratificação do Poder Executivo do Estado da Bahia quanto à adoção do imposto por substituição tributária nas operações com luvas entre os estados da Bahia e Pernambuco com vigência para o exercício de 2018, deve ser integralmente cancelado o Auto de Infração ora combatido.

B - Das operações para consumidor final:

Em que pese os argumentos acima transcritos sejam suficientes para cancelar integralmente o Auto de Infração ora combatido, por cautela, a Impugnante abordará outros pontos que demonstram a insubsistência da presente cobrança.

Nos termos do Anexo 1.1, constata-se a exigência de ICMS Substituição Tributária, relativa às operações internas e subsequentes na venda de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

No caso, foi adotado o CFOP nº 6102 - venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, pelo fato de não se tratarem de operações abrangidas pela substituição tributária. Além disso, alguns dos produtos comercializados foram destinados a consumidores finais, pessoas jurídicas que adquiriam referidos itens para uso próprio, e não para comercialização.

Em síntese, tratam-se das Pessoas Jurídicas cujas operações são representadas pelas Notas Fiscais que indicou. Os respectivos Cartões de CNPJ demonstram que as atividades das pessoas jurídicas acima listadas não envolvem a comercialização das luvas erroneamente autuadas (doc. 17).

Quanto às empresas Frututti, Fabiola Grazielle Neres Gomes ME. e Neres Comercial LTDA., as mercadorias eram utilizadas para manipulação de alimentos, já que se tratam de estabelecimentos de fabricação de conservas de frutas e mercados (manuseio de pães, frios, carnes, dentre outros).

Por outro lado, para as pessoas jurídicas Henrique Sacramento de Matos e Onagre Serviços Estéticos as luvas eram utilizadas em atividades estéticas e outros serviços de cuidados com a beleza, enquanto a S.C Comercial LTDA - ME possuía atividades de intermediação e agenciamento de serviços e negócios em geral. Por fim, para Nilza Santos Irenio os produtos eram consumidos nas atividades de confecção de peças de vestuário.

Desta forma, como se tratam de operações realizadas com consumidores finais contribuintes do imposto, que consumiram tais produtos para viabilização de seus negócios, não existiram operações subsequentes e por isso não é devido o pagamento de ICMS Substituição Tributária, que corresponde ao pagamento do imposto referente a todas as operações subsequentes.

Não havendo operação subsequente, não é o caso de aplicação de ST. Desta forma, não há imposto a ser cobrado em relação às operações destinadas a consumidores finais contribuintes, motivo pelo qual deve ser determinada a exclusão de tais valores, com a respectiva adequação dos valores exigidos.

Em relação à multa de 60% aplicada na autuação, entende ser totalmente incabível, uma vez que o inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal veda a utilização de tributo com efeito de confisco.

Desta forma, o quantum relativo à multa deve ser proporcional ao valor do tributo, de modo que não permita à Fiscalização, no exercício do poder de tributar, destruir o patrimônio do contribuinte. Igualmente, no caso em tela, a multa aplicada, de 60%, não mantém qualquer proporcionalidade com as supostas faltas cometidas, o que implica em retirada de patrimônio sem causa justificada, descumprindo regra contida no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.

Notícia que no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 727.872/RS, em 28/04/2015, o E. STF estabeleceu em 20% o limite das multas tributárias. Em decorrência do exposto, torna-se indubitável que, em vista do ordenamento jurídico pátrio, a penalidade aplicada deve ser afastada, ou quando menos fixada em, no máximo, 20%.

Independentemente dos argumentos até aqui expendidos, que por si só já conduzem à extinção do Auto de Infração ora combatido, ressalta que, se mantido o lançamento, não pode prevalecer a aplicação dos juros sobre o montante supostamente devido. Isso porque, como se depreende de análise do Auto de Infração, não há indicação dos dispositivos legais que sustentam a cobrança, tampouco a exposição dos índices aplicáveis ao caso.

Nesse sentido, transcreve o disposto no art. 38, do Decreto nº 7.629/1999.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- (a) cancelar integralmente o Auto de Infração; ou, na pior das hipóteses;
- (b) afastar a cobrança dos valores em relação aos quais se operou a decadência;
- (c) os valores relativos às vendas a consumidores finais;
- (d) afastada a incidência da multa e juros.

As autuantes apresentam informação fiscal às fls. 377/380 inicialmente transcrevendo o teor da acusação. Em seguida após fazer um resumo dos argumentos defensivos afirmam que os trabalhos de fiscalização recaíram sobre a verificação da ocorrência de pagamento do ICMS-ST retido nas notas fiscais e incidentes sobre operações com mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária. Assim, a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, particularmente onde se fundamenta a autuação.

Feita estas considerações, passam a analisar as alegações apresentadas pelo impugnante:

Acatam a decadência suscitada e reduziram o Auto de Infração para o valor de R\$ 140.044,35 referentes aos meses de janeiro a junho de 2018.

Quanto ao mérito passam a se posicionar no seguinte sentido:

Da desobrigação ao recolhimento do ICMS-ST:

Dizem tratar de matéria polêmica que discutiram bastante e optaram por considerar vigente em 2018 o Convênio 234/17, celebrado e assinado tanto por Pernambuco como a Bahia e teve vigência a partir de 01/01/2018. A autuada continuou em observância ao Convênio 76/94 que foi extinto em 01/01/2018, conforme (Anexo 01 da Informação Fiscal).

Reconhece que realmente no site da SEFAZ o Anexo I vigente em 2018 refere-se ao Convênio 76/94 como ainda vigente, e o mesmo difere bastante dos produtos que se encontram listados no Convênio 234/17, especificamente as luvas cirúrgicas que no Anexo em questão somente encontram-se previstos no Convênio 105/09 que é específico de São Paulo e Bahia. Contudo entendem que o Convênio celebrado entre unidades federadas interessadas é o que deve reger a substituição interestadual.

Das operações para consumidor final:

Acatam as alegações do contribuinte e retiram os valores referentes as empresas cujas operações são feitas por consumidor final. Anexaram a planilha com os novos valores mensais a partir de julho de 2023 com a retirada dos consumidores finais (Anexo 02 da Informação Fiscal). Anexaram ainda uma planilha resumo com os valores finais do Auto de Infração (Anexo 03 da Informação Fiscal)

Da Multa e dos Juros

Dizem não ter competência para discutir Leis e sim cumpri-las, e se são injustas também não lhes cabem sequer se pronunciar. Ratifica uma autuação realizada na forma regulamentar e encaminham ao CONSEF o Auto de Infração em lide para julgamento, que passa de R\$ 166.206,58 para R\$ 54.313,31, S.M.J.

O sujeito passivo se manifesta às fls. 419 a 422 dizendo que na Informação Fiscal acatou-se a alegação da Decadência, referente aos meses de janeiro a junho de 2018, bem como foi promovida a exclusão dos valores referentes a operações destinadas a consumidores finais ocorridas no período de 07/2018 a 12/2018, de forma que o saldo principal remanescente apontado foi de R\$ 54.313,31. Entretanto, as conclusões das autuantes não condizem com o ordenamento jurídico vigente.

Reitera que no exercício de 2018 inexistia, na legislação interna do estado da Bahia, previsão para retenção do ICMS-ST em operações com os produtos luvas cirúrgicas e luvas de procedimento havidas entre os estados de Pernambuco e Bahia.

No período em questão, aplicava-se ao estado da Bahia somente o Protocolo nº 105/2009 (que estabelecia a obrigatoriedade da sistemática de substituição tributária para os produtos em questão, apenas nas operações realizadas entre estabelecimentos localizados em São Paulo e Bahia), inexistindo qualquer menção ao Convênio ICMS nº 234/17.

Por outro lado, o Convênio ICMS 234/17 somente foi internalizado pelo Poder Executivo estadual da Bahia através do Decreto nº 18.800, de 20 de Dezembro de 2018, que entrou em vigor em 1º de

janeiro de 2019. Em contrapartida, os fatos geradores autuados são do exercício de 2018.

Nesse sentido, não basta simples Convênio entre as unidades federadas interessadas para aplicação da substituição interestadual. Nos termos expostos pelo Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.929/2020, os Convênios CONFAZ têm natureza meramente autorizativa ao que é imprescindível a submissão do ato normativo que veicule quaisquer benefícios e incentivos fiscais à apreciação da Casa Legislativa.

Inexiste divergência quanto a este entendimento. Legislação federal, estadual, doutrina e jurisprudência mantêm o mesmo posicionamento: é fundamental e indispensável a ratificação dos Convênios pelo Poder Executivo.

Ademais, não cabe à Fiscalização definir quando uma norma passou a ser vigente, até porque a validade da norma não se confunde com sua existência. É necessário, efetivamente, que ela pertença ao sistema jurídico em referência, tendo força para disciplinar, reger e cumprir seus objetivos (o que, no presente caso, se deu mediante internalização pelo Poder Executivo - Decreto nº 18.800/2018).

Reiteram os argumentos defensivos relacionado à aplicação da multa e dos juros e requer seja julgada procedente a Impugnação apresentada pela empresa, com a total extinção do Auto de Infração ora combatido.

As autuantes ao tomarem ciência da manifestação dizem que nada de novo foi acrescentado à defesa anterior. Assim ratificam a Informação fiscal anterior resultando na alteração do valor de vido de R\$ 166.206,58 para R\$ 54.313,31.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª Daiane Krüger, OAB/SC nº 68.113, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O presente Auto de infração lavrado em lavrado em 19/06/2023, diz respeito ao cometimento da seguinte infração: *“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 ocorrido nos meses de janeiro a dezembro 2018.*

O sujeito passivo requereu a declaração de decadência dos fatos geradores ocorridos anteriormente a 19/06/2018, com base no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

A este respeito, o CTN define dois critérios distintos para efeito de contagem do prazo decadencial: o primeiro com base no art. 150, § 4º, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, porém efetua o pagamento em montante inferior aquele que foi declarado e o segundo, com fundamento no art. 173, inciso I, com a contagem se iniciando a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nas situações em que 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, omitindo a realização da operação ou prestação tributável e 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 efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

No caso presente, vejo que as questões debatidas nestes autos se amoldam, à regra prevista pelo Art. 150, § 4º do CTN, vez que o autuado declarou o imposto, o qual foi apurado mediante interpretação da norma tributária pelo próprio e o pagamento foi efetuado de acordo com o valor lançado, fato inclusive atestado pelas próprias autuantes.

Portanto, não houve débito declarado e não pago e não há qualquer indício nos autos, de que o Recorrente tenha agido com dolo, fraude ou simulação, quanto ao débito declarado e pago,

integral ou parcialmente.

Dessa forma, acolho a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado em relação aos fatos geradores anteriores a 19/06/2018, vez que o mesmo tomou ciência da lavratura do Auto de Infração em 19/06/2023, que é o marco inicial para a contagem do prazo decadencial, devendo, desta maneira, serem excluídos do lançamento os valores referentes aos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2018, nos valores de R\$ 11.624,80; R\$ 23.508,51; R\$ 4.219,80; R\$ 33.694,65 e R\$ 8.942,32, respectivamente, totalizando o montante de R\$ 81.990,39.

Quanto ao mérito, o autuado arguiu que se trata de empresa estabelecida no estado de Pernambuco, e que, de acordo como o Demonstrativo que deu sustentação ao lançamento, a retenção do imposto estaria prevista no Convênio ICMS 234/2017, para os produtos denominados luvas cirúrgicas (NCM 40151100) e luvas de procedimento (NCM 40151900).

Asseverou que no exercício autuado inexistia, na legislação interna do estado da Bahia, previsão para retenção do ICMS-ST em operações com os produtos luvas cirúrgicas e luvas de procedimento havidas entre os estados de Pernambuco e Bahia.

Afirmou que de acordo com o Anexo I do RICMS/BA, vigente no referido exercício, a exigência limitava-se apenas às operações havidas entre os estabelecimentos localizados nos estados da Bahia e de São Paulo, conforme estabelecido no protocolo ICMS 105/2009, indicado no referido Anexo.

Notícia que o Convênio ICMS 234/2017, de fato prevê a substituição tributária para operações envolvendo luvas entre o estado da Bahia e Pernambuco, entretanto, ele apenas foi internalizado na legislação Baiana em 2019, e inserido no Anexo I do RICMS, através do decreto nº 18.800, de 20 de Dezembro de 2018, conforme inserido no seu art. 1º: *“o Anexo I do Regulamento do ICMS, Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, passa a vigorar com a seguinte redação, a partir de 1º de janeiro de 2019”*.

Sustentou o autuado que, inexistindo, ratificação do Poder Executivo do Estado da Bahia quanto à adoção do imposto por substituição tributária nas operações com luvas entre os estados da Bahia e Pernambuco com vigência para o exercício de 2018, deve ser integralmente cancelado o Auto de Infração.

As autuantes, por seu turno, afirmaram que no site da SEFAZ o Anexo I vigente em 2018 refere-se ao Convênio 76/94 como ainda vigente, e o mesmo difere bastante dos produtos que se encontram listados no Convênio 234/17, especificamente as luvas cirúrgicas, que no Anexo em questão somente encontram-se previstos no Convênio 105/09 que é específico de São Paulo e Bahia. Contudo, entendem que o Convênio celebrado entre unidades federadas interessadas é o que deve reger a substituição interestadual.

Inicialmente observo que, diferentemente do afirmado pelas autuantes, no exercício de 2018, está indicado no Anexo I do RICMS, no item 9.12, o Prot. ICMS 105/09, e não o Convênio 76/94, como a seguir reproduzo:

ITEM	CE ST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual/Estados signatários	MVA nas aquisições de UF signatária de acordo interestadual (conforme a Aliq. Interestadual aplicada no estado de origem)	MVA nas aquisições de UF não signatária de acordo interestadual (conforme a Aliq. Interestadual aplicada no estado de origem)	MVA nas operações internas
9.12	13.012.00	4015.11 4015.19	Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento - neutra	Prol. ICMS 105/09; BA e SP	65,52% (Aliq. 4%) 60,35% (Aliq. 7%) 51,72% (Aliq. 12%)	65,52% (Aliq. 4%) 60,35% (Aliq. 7%) 51,72% (Aliq. 12%)	41,38%

Em 2019 foi acrescentado, no referido Anexo I, o Convênio ICMS 234/17, passando o item 9.12 a ter a seguinte redação:

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual/Estados signatários	MVA ajustada aplicada nas aquisições interestaduais	MVA original aplicada nas operações internas
9.12	13.012.00	4015.11 4015.19	Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento — neutra	Conv. ICMS 234/17 - AC, AL, AP, BA, ES, MA, MS, MT, PA, PB, PE, PI, RJ, SC, SE e TO Prot. ICMS 105/09; BA e SP	65,52% (Aliq. 4%) 60,35% (Aliq. 7%) 51,72% (Aliq. 12%)	41,38%

Assim é que, entendo que no exercício autuado de 2018, a adoção do regime de substituição segue o estabelecido no Protocolo ICMS 105/09, que dispõe sobre a harmonização da substituição tributária do ICMS nas operações com Luvas cirúrgicas- NCM 40151100 e luvas de procedimentos-NCMS 40151900, pelos Estados signatários, no caso São Paulo e Bahia, não abrangendo o estado de Pernambuco.

Nesta situação, em que o Estado onde está localizado o vendedor não é signatário de acordo interestadual, a responsabilidade pelo pagamento do tributo é do adquirente neste Estado, e não do remetente, no caso o autuado, conforme disposto no art. 8º, II, da Lei nº 7.014/96.

Ressalto que nos termos do artigo 100, inciso IV, do Código Tributário Nacional (CTN), os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, são normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos.

Assim, uma vez firmado um Convênio entre 2 ou mais Estados ou DF, o mesmo deverá ser, ratificado (ou não) pelas respectivas Assembleias Estaduais. Portanto, somente após aprovados legislativamente, os convênios passam a ter eficácia pois é o Poder Legislativo de cada Estado e do Distrito Federal que, ratificando o Convênio, o estabelecem como válido naquele Estado ou DF.

No caso sob análise, somente com a edição do Decreto nº 18.800, de 20 de Dezembro de 2018, com vigência *a partir de 1º de janeiro de 2019*, passou a vigorar as regras estabelecidas no Convênio ICMS 234/17, passando o estado de Pernambuco a ser signatário do aludido Convênio, momento, este em que o item 9.12 do Anexo I do RICMS/BA foi alterado, conforme acima esclarecido.

Assim, tendo em vista que a empresa autuada, apesar de possuir inscrição estadual no Estado da Bahia, como Substituto Tributário, não havia Convênio ou Protocolo entre PE e BA, vigente no período dos fatos geradores, que estabelecesse que a mesma efetuasse a retenção por ST das mercadorias em questão (Luvas cirúrgicas- NCM 40151100 e luvas de procedimentos-NCMS 40151900). Em consequência a infração é totalmente insubsistente, restando prejudicado o exame dos demais argumentos defensivos.

Ante ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281066.0004/23-1**, lavrado contra **CREMER S.A.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, de 17/08/18, efeitos a partir de 18/08/2018.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR