

PROCESSO - A. I. Nº 281066.0004/23-1
RECORRENTE - FAZENDA ESTADUAL
RECORRIDO - CREMER S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JF nº 0063-04/24-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/03/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0054-12/25-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E DO CONSEQUENTE RECOLHIMENTO. Não cabe a exigência de retenção e recolhimento do ICMS-ST, quando as mercadorias enquadradas no regime são oriundas 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 nº 7.014/96. Acolhida a arguição de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata de Recurso de Ofício (art. 169, I, “a” do RPAF) apresentado nos presentes autos de exigência de crédito tributário no montante de R\$ 166.206,58, mais multa, lavrado em 19/06/2023 referente ao período de 2018, em decorrência de apenas uma acusação:

***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.*

Após as partes se pronunciarem, a JF dirimiu a lide conforme abaixo:

VOTO

O presente Auto de infração 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 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	Procl. 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.

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99.

O conselheiro João Vicente Costa Neto declarou impedimento no julgamento do PAF.

Registrada a presença da advogada Dra. Daiane Kruger na sessão de videoconferência que exerceu o seu direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF através do Acórdão nº 0063-04/24-VD, o qual desonerou o contribuinte, de forma total, com valor atualizado superior a R\$ 200.000,00, conforme art. 169, I, “a” do RPAF

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/06/2023, refere-se à suposta infração cometida pela empresa autuada ao deixar de proceder à retenção do ICMS ST e ao consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, ocorridas nos meses de janeiro a dezembro de 2018.

Tal desoneração se deu pelo fato do *i*. Relator de piso entender, primeiramente, pelo acolhimento da decadência do crédito tributário com base no art. 150, § 4º do CTN, para o período de janeiro a maio de 2018 e concomitantemente, entendeu que o autuado não tinha obrigação da retenção e recolhimento do ICMS ST, por não haver protocolo entre a UF de origem (PE) e UF de destino (BA). Entendimento este que levou o julgamento pela improcedência.

Pois bem, o sujeito passivo solicitou a declaração de decadência dos fatos geradores ocorridos anteriormente a 19/06/2018, com base no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN). O CTN estabelece dois critérios distintos para a contagem do prazo decadencial:

1. O artigo 150, § 4º, que se aplica quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido e efetua o pagamento em montante inferior ao declarado.
2. O artigo 173, inciso I, que se aplica quando o contribuinte não efetua o pagamento do imposto devido, omite a realização da operação tributável, ou quando há dolo, fraude ou simulação.

No caso em questão, verifico que as questões discutidas nos autos se enquadram na regra prevista pelo Art. 150, § 4º do CTN, uma vez que o autuado declarou o imposto e efetuou o pagamento conforme o valor apurado, sem indícios de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, acolho a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado em relação aos fatos geradores anteriores a 19/06/2018, devendo manter a exclusão do lançamento os valores referentes aos meses de janeiro a maio de 2018, totalizando o montante de R\$ 81.990,39.

Quanto ao mérito, o autuado argumenta que, durante o exercício de 2018, não havia previsão na legislação interna do Estado da Bahia para a retenção do ICMS-ST nas operações com luvas cirúrgicas (NCM 4015.11.00) e luvas de procedimento (NCM 4015.19.00) entre os estados de

Pernambuco e Bahia.

A exigência limitava-se apenas às operações entre a Bahia e São Paulo, conforme o Protocolo ICMS 105/2009, vigente no exercício em questão. O Convênio ICMS 234/2017, que estabelece a substituição tributária para operações entre Bahia e Pernambuco, foi internalizado na legislação baiana apenas em 2019, através do Decreto nº 18.800, de 20 de dezembro de 2018. Podemos observar no recorte abaixo do Anexo I, vigente à época, o protocolo existente para os produtos comercializados:

9.12	13.012.00	4015.11 4015.19	Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento – neutra	Prot. 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%
------	-----------	--------------------	--	-------------------------------	--	--	--------

As autuantes afirmam que o Convênio ICMS 76/94 estava vigente em 2018, porém, uma análise do Anexo I do RICMS/BA revela que o Protocolo ICMS 105/09 era aplicável. Assim, concluo que, em 2018, a responsabilidade pela retenção do ICMS-ST nas operações com luvas cirúrgicas e de procedimento entre Pernambuco e Bahia não recaía sobre o autuado, corroborando com a manutenção do voto de piso.

Diante do exposto, considerando que não havia Convênio ou Protocolo vigente entre Pernambuco e Bahia durante o exercício de 2018 que estabelecesse a retenção do ICMS-ST pelo autuado, a infração é totalmente insubsistente.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício mantendo a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281066.0004/23-1, lavrado contra **CREMER S.A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS