

A. I. Nº - 207349.0003/15-6
AUTUADO - BCR COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A
AUTUANTES - FATIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS e VERA LUCIA ANDION CORTIZO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 06.07.2017

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0105-04/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERESTADUAL, DESTINADAS A CONTRIBUINTE DESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou confirmada a condição de substituto tributário do sujeito passivo, bem como a sua responsabilidade pela falta de retenção e recolhimento a menos do imposto exigido. Após saneamento, houve diminuição do imposto exigido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/15, exige o ICMS no valor total de R\$283.364,18, em decorrência das seguintes imputações:

Infração 01 – deixou de proceder à retenção do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de lâmpadas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo ICM 17/85), no valor de R\$602,97, e multa de 60% (no período de abril de 2013 a dezembro de 2014);

Infração 02 – deixou de proceder à retenção do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de materiais de construção realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 26/10), no valor de R\$10.119,44, e multa de 60% (no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014);

Infração 03 – deixou de proceder à retenção do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de materiais de limpeza realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 27/10), no valor de R\$133.191,01, e multa de 60% (no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014);

Infração 04 – deixou de proceder à retenção do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de autopeças realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 41/08), no valor de R\$12.373,55, e multa de 60% (no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014);

Infração 05 - procedeu à retenção a menos do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de produtos elencados no Convênio ICMS 74/94, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no valor de R\$232,57, e multa de 60% (no período de janeiro de 2013 a maio de 2013);

Infração 06 - procedeu à retenção a menos do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de produtos elencados no Protocolo ICMS 26/10, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no valor de R\$115.710,54, e multa de 60% (no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014);

Infração 07 - procedeu à retenção a menos do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de produtos elencados no Protocolo ICMS 27/10, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no valor de R\$849,40, e multa de 60% (no período de julho de 2013 a dezembro de 2014);

Infração 08 - procedeu à retenção a menos do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de produtos elencados no Protocolo ICMS 28/10, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no valor de R\$10.284,70, e multa de 60% (no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014).

O autuado apresentou defesa (fls. 48/99). Em relação à infração 01, alega que o produto "Lâmpada dicroica LED e Lâmpada LED Tubular", não se trata de uma lâmpada comum e sim, de um componente eletrônico semicondutor, que tem a propriedade de transformar energia elétrica em luz, classificada na NCM como 8543.70.99, como prevê a Receita Federal.

No que tange à infração 02, aduz o seguinte:

1. o produto ""boia de caixa de descarga", não é uma boia de caixa de descarga (NCM 7153) e sim uma torneira de flutuador, comumente chamada de "boia" (genericamente chamada de "torneira de boia" ou "torneira de flutuador), que abre e fecha o dispositivo, conforme a nível de água aumenta ou diminui dentro do recipiente onde é instalado (caixa de descarga). Está classificado no NCM 8481 e previsto no item 84 do Anexo Único do Protocolo ICMS 26/10, consoante a Solução de Consulta nº 31/00, da Receita Federal.

Embora não tenha dúvida a respeito do produto, ressalta de que o autuante no ano de 2013 (até junho) aplicou MVA incorretamente. Ou seja, no período de 2013, o autuante apontou uma MVA de 54,14% e 54,71%. No entanto, para o ano de 2014, utilizou MVA de 66,95% que não diz respeito ao produto em questão, mas sim aqueles com MVA 64,71% (NCM 39.22 - banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, caixas de descarga e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plástico).

2. o produto "papel contact transparente" não é material de construção e sim, artigo escolar, utilizado para "encapar caderno, fazer colagem etc, com NCM sem previsão no Protocolo ICMS 28/10 (NCM 3919.90.00). Ressalta que apesar de haver a utilização de papel contact para decoração, somente vende o transparente, não utilizado para decorar.
3. o produto "saboneteira jaguar" é uma saboneteira portátil, própria para guardar e transportar sabonetes, classificada na NCM 3924.90.00, e não destinada a ser embutida, não sendo alcançada, portanto, pela substituição tributária, de acordo com os Pareceres nºs 22190/2011, 25322/2011 e 11382/2012, exarados pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Quanto à infração 3, afirma que:

1. os produtos "Cruzwaldina" e "Creolina" são desinfetantes de uso veterinário, destinados exclusivamente as instalações pecuárias, tais como pocilgas, galpões, estábulos e galinheiros, não guardando nenhuma relação com o termo domissanitário, não se inserindo dentre os produtos relacionados no Protocolo ICMS 27/10. Inclusive no site do fornecedor, elas somente são visualizadas como "Medicamento de uso veterinário";
2. os produtos "Klerat", "Ratak", "Racumin", "Raticida Rodilon" e "Ratex" são raticidas que podem ter aplicação rural ou doméstica, entretanto, não são de uso exclusivamente

domissanitário (isto é, o que é destinado ao uso domiciliar), como exigido para seu enquadramento no Protocolo ICMS 27/10;

3. o "Pulverizador" é um produto multiuso e destinado a pulverizar todo tipo de líquido (água, inseticidas, óleos, solventes etc), sendo classificado na NCM 8424.89.90. Acrescenta que, para que uma mercadoria seja incluída na sistemática da substituição tributária, faz-se necessário que atenda a dois requisitos: (i) que a NCM esteja inserida no rol dos produtos sujeitos àquele instituto; (ii) que sua descrição coincida com aquela associada à NCM em questão, e que, no caso em tela, a descrição do item não guarda relação com o produto.

Observa que a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia já se pronunciou em consulta formulada por um contribuinte, conforme o Parecer nº 11537/2012.

Concernente à infração 04, argumenta o seguinte:

1. o produto "Bauleto para Motocicleta" é uma caixa plástica, de tamanhos variados, dotada de tampa com chave, própria para ser afixada em motocicletas objetivando viabilizar o transporte de capacetes e outros objetos, classificado na NCM 3923.10.901 e sequer consta no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08. Afora que nem a MVA de 56,90% utilizada pela fiscalização consta do Anexo 1 do RICMS/12, vigente de 2013 a 2014;
2. o produto "Bico de bomba de encher pneu" é uma mangueira com um bico próprio para ser acoplado em bomba de ar manual, classificado na NCM 8414.90.10, de acordo com a Receita Federal (Solução de Consulta nº 17/2007), não estando portanto abrangido pelo Protocolo ICMS 41/08;
3. o produto "Compressor de ar" não é de uso exclusivo automotivo e não guarda qualquer relação com os compressores a que se refere o Protocolo , que são peças instaladas junto aos motores dos veículos para aumentar a sua potência. Diz que os compressores de códigos 62527 e 63447 que comercializa são multiuso, "naturalmente versáteis", utilizados para encher todos os tipos de infláveis, como bolas, colchões, bexigas, boias, botes, além de pneumáticos de carros, motos, bicicletas, carroças etc. Que aquele de 88914 é um aspirador de ar portátil, próprio para encher pneus comuns, como de bicicletas, motos etc, e o simples fato de poder ser usado em um automóvel não faz dele uma parte, componente ou acessório de veículos automotores.

Afirma que os compressores de códigos 86965 e 86967 são grandes, nada havendo os que os vincule exclusivamente a veículos automotores, podendo ser usados para pintura e pulverização de líquidos, para encher pneus etc. E, por fim os com códigos 91090 e 86966 são compressores de ar destinados à pintura, para serem utilizados com pistolas aerográficas.

Salienta que o Protocolo ICMS 41/08 cuida das peças, partes, componentes e acessórios concebidos para o uso exclusivo em veículos automotores e que deles venham a ser partes integrantes, e não aqueles produtos simplesmente passíveis de ser utilizados neles, acorde o § 1º da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 41/08.

Referentemente à infração 05, alega que o produto "Micro-óleo Lubrificante e Anticorrosivo" funciona mais como lubrificante do que anticorrosivo, devendo, portanto, ser enquadrado no Convênio ICMS 110/07 (combustíveis). Menciona o Parecer nº 06307/2009 da SEFAZ/BA.

Além do mais, quando de suas operações comerciais, aplicou a MVA de 30%, conforme Convênio ICMS 110/07 e não de 35%, como fez o autuante ao incluir tal produto no Convênio ICMS 74/94.

Quanto à infração 06, argumenta que:

1. o produto "Fita Isolante Autofusão" deve ser classificado como fita emborrachada, na NCM 4005.91.90, não podendo ser confundida com uma fita isolante comum, de PVC.

Acrescenta que, por ser fabricada em EPR (Borracha de Etileno-Propileno) resiste aos raios UV, corrosão, efeito coroa, ozônio, dissolventes, óleos, ácidos, e pode ser utilizada para proteção elétrica, mecânica e marítima, já que resiste também à água salgada.

4. o produto "kits de Plástico para Banheiro" deve estar classificado como "*Telhas, cumeeiras e caixas dágua de polietileno e outros plásticos*" e não, "*Banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, caixas de descarga e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos*", como foi enquadrado pelas autuantes. Tem NCM 3925.90.00 (produtos plásticos compostos de porta-toalhas, cabides, saboneteiras e papelarias) de acordo com a Receita Federal (Solução de Consulta nº 10/1999) com produto análogo – saboneteira de embutir na parede.

Que o fisco atribuiu ao produto uma MVA de 66,95% ao invés de 63,59% como consta do item 24.11 do Anexo 1, do RICMS/12.

Esclarece, ainda, que por equívoco, utilizou MVA de 56,87% para todos os anos de 2013 e 2014, quando deveria tê-la utilizada somente até 30/06/2013. Reconhece ter recolhido a menos o imposto.

5. no produto "Portas sanfonadas PVC" foi utilizada a MVA incorreta de 104,20%, quando deveria ter sido utilizada a MVA de 60,23% para dois dos treze modelos de portas safonadas (NCM 90808 e 90816).

Esclarece que, por equívoco, utilizou MVA de 53,51 para todos os anos de 2013 e 2014, quando deveria tê-la utilizada somente até 30/06/2013. Reconhece ter recolhido a menos o imposto.

6. O produto "Válvulas Plásticas para Pias e Lavatórios" está classificado na NCM 3917.4090 e não como classificado pelas autuantes na NCM 8481 - "*Torneiras, válvulas...*".

Aduz que, em que pese serem popularmente conhecidas como "válvulas", na verdade os produtos objeto da autuação não se fazem acompanhar de um obturador, o que faz toda a diferença, inclusive conforme Consulta nº 49/2003 da Receita Federal.

Destaca que os produtos em questão "*são drenos simples, não dotados de obturador, mas apenas de tampas plásticas, as quais, frisa-se, não os desqualificam da NCM 3917*".

Diz ainda que, devem ser apuradas eventuais diferenças a serem pagas, vez que o item 24.4 do Anexo 1, do RICMS/12, prevê uma MVA de 52,39% a partir de julho de 2013 e não de 64,71%.

7. O produto "Chuveiro de Plástico" também se classifica na NCM 3917, "*Tubos e seus acessórios*", e não na NCM 8481 - "*Torneiras, válvulas...*", como entendem as autuantes, pois se trata de tubos que trazem em sua extremidade um difusor, que se encarrega de distribuir a água uniformemente por uma área maior;
2. o produto "Tranca de Porteira e Porta Cadeado", foi classificado erroneamente pelas agentes fiscais na NCM 8302.1 (dobradiças), quando o correto seria a NCM 8301 (fechaduras para porteira e porta cadeado), consoante a Solução de Consulta nº 23/2008 da Receita Federal.

Pertinente à infração 07, alega que os produtos "Limpadores V8 - Limpa couro, Limpa pneu e Limpador de ar condicionado" são agentes de limpeza simples classificados na NCM 3402, item 25.6 do Anexo 1 do RICMS/12, não podendo ser aplicada a MVA de produtos para limpeza pesada (75,45%, constante do item 25.6 do Anexo 1 do RICMS/12). Inclusive vinha aplicando, quando de suas vendas, MVA maior do que a devida, pois os enquadravam como produtos importados, quando, na realidade, eram fabricados no País.

Relativamente à infração 08, alega o seguinte:

1. o produto "Cadernos" são cadernos escolares comuns, classificados na NCM 4820.20.00 (item 27.33 do Anexo 1 do RICMS/12) e foram classificados erroneamente pelas autuantes como

"livros de registro e de contabilidade..." (item 27.32 do supracitado Anexo 1 - MVA de 109,41%);

Esclarece, ainda, que utilizou MVA equivocada para todo o 2º semestre de 2013 e em todo o ano de 2014. Reconhece ter recolhido a menos o imposto.

2. O produto "Mochila para notebook" não está incluso na substituição tributária, conforme o Parecer SEFAZ nº 10561/2013.
3. Para o produto "Papel Crepon", o Anexo 1 do RICMS/12 prevê a MVA ajustada de 104,20%, a partir de 01/07/13, enquanto que, na autuação, foi utilizada, equivocadamente, a MVA de 123,47%. Esclarece, ainda, que utilizou MVA equivocada para todo o 2º semestre de 2013 e todo o ano de 2014. Reconhece ter recolhido a menos o imposto.
4. Para o produto "Papel Seda", o Anexo 1 do RICMS/12 prevê a MVA ajustada de 104,20%, a partir de 01/07/13, enquanto que, na autuação, foi utilizada erroneamente a MVA de 123,47%. Esclarece que utilizou MVA equivocada para todo o 2º semestre de 2013 e todo o ano de 2014. Reconhece ter recolhido a menos o imposto.

Conclui afirmando que reconhece parte do débito lançado nas infrações 02, 06, 07 e 08, no que tange aos produtos não mencionados na impugnação no valor de R\$120.100,81. Apresenta planilha com os valores de ICMS reconhecido e DAEs de pagamentos (fls. 102/109).

As autuantes apresentaram a sua informação fiscal com as seguintes alegações (fls. 116/133):

Infração 01 – acatam os argumentos defensivos relativos à lâmpada LED e excluem o total do débito.

Infração 02 – acatam os argumentos defensivos referentes à "boia de caixa de descarga", implicando em uma "redução em 2013 de R\$ 816,46 e em 2014 de R\$ 233,92, perfazendo um total de R\$ 1.050,38".

Não aceitam as alegações concernentes ao produto "papel contact transparente", com NCM 3919.9000, por entenderem ter "visão SIM no Protocolo de Material de Construção no seu item 6 - NCM 3919, assim descrito "Chapas, folhas, tiras, fitas, películas e outras formas planas auto-adesivas, de plásticos, mesmo em rolos, para uso na construção civil".

Ressaltam: "consultando o produto na Internet, encontramos como características do mesmo, a possibilidade de aplicação na maioria das superfícies como, por exemplo, "...decorar diversos tipos de objetos e ambientes", e, embora reconheçam que o "produto tem uso como item de papelaria, mas não se esgota nessa função", .. "podendo também ser enquadrado no Protocolo 26/10, que abrange material de construção, acabamento, bricolagem e adorno".

Acatam as comprovações do sujeito passivo no que tange ao produto "saboneteira jaguar", o que implicou em uma "redução em 2013 de R\$1.770,22 e em 2014 de R\$2.166,21, perfazendo um total de R\$3.936,43".

Infração 03 – não aceitam as considerações do contribuinte relativas aos produtos "Cruzwaldina" e "Creolina", uma vez que o Protocolo ICMS 27/10, no Anexo Único - item 08, elenca a NCM 3808.94 com a seguinte descrição "Desinfetantes apresentados em quaisquer formas ou embalagens". Transcrevem o Parecer DITRI 7669/2013 para embasar o posicionamento.

Também não acolhem a impugnação no que se refere aos seguintes produtos:

1. produtos "Klerat", "Ratak" e "Racumin", pois "a definição se o produto vai estar ou não na ST é a forma de apresentação do mesmo", conforme o item 7 do Protocolo ICMS 27/10, além de que "não se trata do produto em si ser exclusivo para uso doméstico". Aduzem que, no caso em questão, as embalagens são mais adequadas a uso domissanitário do que para uso agropecuário: (i) Klerat, pacotes de 20 gr e 25 gr; (ii) Ratex , envelopes de 25 gr; (iii) Ratak, pacotes de 75gr. Transcrevem os Pareceres DITRI/SEFAZ nºs 11459/2011 e 18219/2011.

2. produto "Pulverizador". Ressaltam que essa matéria já foi alvo de decisão deste CONSEF, conforme o Acórdão JJF 0175-01/12, que reproduziram, deixando "*claro que o produto em questão se encaixa com precisão, na descrição e no código NCM contidos no item 36, do Protocolo 27/10*".

Infração 04 – não acatam as argumentações defensivas no que tange aos seguintes produtos:

1. "Bauleto para Motocicleta" – observam que o mesmo produto aparece com dois NCM's distintos nas notas fiscais de saída do autuado (NCM 3923.1090 e 8714.1000) e, como um produto não pode ter duas classificações fiscais distintas, optaram por considerar a que melhor descrevesse o produto.

Prosseguem dizendo que se trata de acessório de motocicleta, perfeitamente enquadrado na NCM 8714.1000 - "*Parte e acessórios de motocicletas (incluídos os ciclomotores)*", com previsão no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08.

Quanto ao NCM 3923.1090 utilizado pela empresa, dizem que é bastante genérico ("*Outros artigos semelhantes caixas engradados de plástico*"), e a seu ver, mais apropriado para descrição de caixas e engradados para embalagens.

Em relação à alegação defensiva, de utilização de MVA inexistente, reconhecem que se equivocaram ao usar a MVA de 56,90% quando deveriam ter utilizado a MVA de 78,83%, a partir de agosto de 2012, o que favoreceu o defendant.

2. "Bico de bomba de encher pneu". Afirmam de que o item 34 do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08 contém a NCM 8414.9010 e a descrição "*Partes das bombas, compressores e turbocompressores dos itens 31, 32 e 33*" e os itens 31, 32 e 33 têm, respectivamente, as seguintes descrições "*Bombas para combustíveis, lubrificantes ou líquidos de arrefecimento, próprias para motores de ignição por centelha ou por compressão*", "*Bombas de vácuo*" e "*Compressores e turbocompressores de ar*".

Observam que o "Bico de bomba de encher Pneu" tem o NCM 8414.9010 e, portanto, não há como aceitar a alegação do autuado, uma vez que, em pesquisa na Internet, encontraram esse produto acoplado a um compressor". Afora que não teriam "*como distinguir se acopla-se ou não à bomba de ar*".

3. "Compressor de ar" - também discordam da alegação do defendant aduzindo "*fica claro que o produto em questão (Compressor de ar) é utilizado no setor automotivo e não há exigência no Protocolo para que o uso seja exclusivo do setor, apenas específico*".

Infração 05 – mantêm a autuação alegando que enquadraram o produto "Micro óleo lubrificante e Anticorrosivo", no Convênio de Tintas (Convênio ICMS 74/94), porque em seu Anexo Único, item 03, consta o NCM 2710 e a seguinte descrição: "*Massas, pastas, ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, polimento ou conservação*".

Ressaltam que, nas notas fiscais de saídas emitidas, a descrição do referido produto é "anticorrosivo aerosol M1 Starrett", não havendo como supor "que o produto é mais lubrificante do que anticorrosivo" e, se assim o considerassem, a MVA a ser utilizada (até 30/04/13) é de 56,63%, maior portanto do que a MVA que foi adotada, de 51,27%.

Infração 06 – acatam o argumento trazido na impugnação de que o produto "Fita Isolante Autofusão" deveria ter sido classificado como fita emborrachada e reduziram "*o valor de R\$1,79 desta infração em 2014*".

Não acolhem a alegação defensiva de que o produto "kits de Plástico para Banheiro" deveria ser classificado na NCM 3925 ("Telhas, cumeeiras e caixas dágua de polietileno e outros plásticos").

Adicionam que o autuado utilizou NCM's diferentes para o mesmo produto: em algumas notas fiscais foi indicado o NCM 3925.9000 e em outras, o NCM 3922.9000.

Observam que se optou por considerar o NCM 3922, pois descreve com precisão o produto em questão, já que no Anexo Único do Protocolo ICMS 26/10 aparece a seguinte descrição: "*Banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, caixas de descarga e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos*".

Pertinente ao produto "Portas Sanfonadas PVC", reconhecem que se equivocaram no percentual da MVA adotado em 2014 (104,20%), quando deveriam ter usado a MVA de 60,23% e reduzem "*o valor reclamado em R\$140,23 em 2013 e R\$3.472,48 em 2014, perfazendo um total de R\$3.612,71*".

Também não aceitam os argumentos do contribuinte no que se refere ao produto "Válvulas Plásticas para Pias e Lavatórios", pois foram adotadas, nas notas fiscais, NCMs diferentes para a mesma mercadoria (NCM 3917.4090 e NCM 8481.8011).

Ao analisar ambos os NCMs concluíram que deveriam considerar o NCM 8481, pois, no Anexo Único do Protocolo ICMS 26/10 aparece a seguinte descrição: "*Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes*".

Acrescentam que o NCM 8481 contém a descrição literal do produto em questão, diferentemente do NCM 3917, que diz: "*Tubos e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção civil*'.

Quanto ao produto "Chuveiro de plástico", afirmam que mais uma vez o contribuinte utilizou NCM's diferentes para o mesmo produto: algumas notas fiscais apresentavam o NCM 3917.4090 e outras, o NCM 8481.8019.

Analizando os dois NCMs concluíram que deveriam optar pelo NCM 8481 que, no Anexo Único do Protocolo ICMS 26/10, apresenta a seguinte descrição: "*Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes*". Mantêm a autuação.

Relativamente ao produto "Tranca de Porteira e Porta Cadeado", acatam a alegação do sujeito passivo, de que foi classificado erroneamente na NCM 8302.1, quando o correto seria 8301, e reduziu "*em 2013 o valor de R\$21,01 e em 2014, o valor de R\$24,53 perfazendo o total de R\$45,54 a ser reduzido desta Infração*".

Infração 07 – Aceitam o argumento defensivo, de que os produtos "Limpadores V8 ("limpa couro", "limpa pneu" e "limpador de ar condicionado") são agentes de limpeza simples, não podendo aplicar-se aos mesmos a MVA de produtos para limpeza pesada. Em função disso, reduziu em 2014 o valor de R\$11,77 da infração.

Infração 08 – acatam as alegações defensivas no que se refere aos produtos "Cadernos" e "Caderneta", reconhecendo que são cadernos escolares comuns, na classificação 4820.20.00 (item 27.33 do Anexo 1 do RICMS/12) e foram classificados como "*livros de registro e de contabilidade...*" (item 27.32 do supracitado Anexo 1). Consequentemente, reduzem os valores de R\$3.436,51 (2013) e R\$1.570,50 (2014), no total de R\$5.007,01.

Do mesmo modo, reconhecem que o produto "Mochila para notebook" não está enquadrado na substituição tributária, conforme o Parecer SEFAZ nº 10561/2013, e reduzem "*a infração em 2013, R\$69,56 e em 2014, R\$32,97, perfazendo um valor total de R\$102,53 referente a este produto*".

Também aceitam a alegação de que para o produto "Papel Crepon", o Anexo 1 do RICMS/12 prevê a MVA ajustada de 104,20%, a partir de 01/07/13, enquanto na autuação foi utilizado o MVA de 123,47%, reduzindo a "*infração em 2013 no valor de R\$51,74 e em 2014, R\$99,69, perfazendo um total de R\$151,43*".

Ressaltam que o contribuinte utilizou, nas notas fiscais de saída, quatro NCM's distintos para o citado produto o que dificultou sobremaneira o trabalho, "ocasionando, em alguns momentos, erro na classificação e consequente erro na MVA utilizada".

Dizem que o mesmo ocorreu com o produto "Papel Seda" e, pelas mesmas razões apresentadas no item "Papel Crepon", o produto foi classificado erroneamente e, sendo assim, aceitam "*reduzir a infração em 2013, no valor de R\$15,09 e em 2014, R\$49,54, perfazendo um total de R\$64,63*".

Diante do exposto, concluem que o débito deve ser diminuído para R\$268.775,42, após a redução de R\$14.588,76, e pedem a procedência em parte do auto de infração.

O autuado foi notificado da informação fiscal e se manifestou da seguinte forma (fls. 152/177):

Infração 02 – produto "Papel Contact" – alega que esse produto é fabricado pela Vulcan e se destina a encapar cadernos, fazer colagens, sendo líder de vendas em papelarias.

Sustenta que o item não está previsto no Protocolo de Materiais de Construção e que, "*apesar de haver o uso do papel contact colorido para decoração de ambientes, é de se frisar que a Impugnantes só comercializa o transparente, que, obviamente, não tem utilidade para decorar. Pede a exclusão da autuação.*

Infração 03 – "Creolina" e "Cruzwaldina" – reitera que são desinfetantes germicidas utilizados exclusivamente em instalações pecuárias, sendo licenciados como tal pelo Ministério da Agricultura. Acrescenta que estão listados no Convênio ICMS 100/97 e, portanto, são excluídos da sistemática da substituição tributária.

Referentemente aos produtos "Klerat", "Ratak", "Racumin", Raticida Rodilon e "Ratex" reitera que são raticidas que podem ter aplicação rural ou doméstica, entretanto, não são de uso exclusivamente domissanitário (isto é, o que é destinado ao uso domiciliar), como exigido para seu enquadramento no Protocolo ICMS 27/10.

Prosegue dizendo que "*se o próprio fabricante informa que o produto é de uso doméstico e rural, não caberia ao Agente Fiscal dizer o oposto*".

Relativamente ao produto "Pulverizador", reitera os argumentos expendidos em sua peça de defesa, aduzindo que, diante de uma decisão do CONSEF e a emissão de uma Parecer da Secretaria da Fazenda (Parecer nº 11537/12, de 18/05/12), deve prevalecer este último, pois se presta "a orientar a universalidade dos contribuintes em situação idêntica ou similar".

Infração 04 – "Bauleto para Motocicleta" – afirma que o item está classificado na Tabela TIPI na NCM 3923.10.90, como "artigos de transporte ou embalagem, de plásticos", embora possa ser usado como um acessório automotivo, não estando enquadrado no Protocolo ICMS 41/08.

Observa que as agentes fiscais sequer informaram qual a NCM aplicável e que nem mesmo a MVA apontada na autuação (56,90%) aparece no Anexo 1 do RICMS/12 vigente em 2013 e 2014.

"Bico de Bomba de Encher Pneu" - discorda do entendimento externado pelas autuantes em relação a este produto. Ressalta de que não comercializa somente tal produto, mas, também, a bomba propriamente dita (do mesmo fabricante). Em assim sendo, o "bico" é, portanto, uma peça de reposição exclusiva da bomba, "*sendo muito pouco provável que se encaixe com precisão em outro equipamento*".

"Compressores de Ar" - discorda dos argumentos apresentados pelas fiscais autuantes. Discorrendo sobre o termo "especificadamente automotivo" constante no Protocolo ICMS 41/08, diz que os produtos autuados nele não se enquadram.

"Micro óleo lubrificante e Anticorrosivo" - mantém, em síntese, os mesmos argumentos anteriormente expostos.

Discorda das autuantes a respeito da MVA, caso o produto fosse enquadrado no Convênio ICMS 110/07. Diz que "*conforme leitura da "Nota" vinculada ao item 16.7 do Anexo 1, do RICMS/12, este item abrangia até 30/06/2013, o texto que hoje aparece separadamente no item 16.12. Em outras palavras, houve um desdobramento do item 16.7, de maneira que a descrição*

"Lubrificantes derivados d petróleo - NCM 2710.19.3 e Lubrificantes não derivados de petróleo 3403" foi retirada desde item e migrada para o 16.12".

Infração 06 - reitera seus argumentos de defesa em relação aos "Kits Plásticos para Banheiro", "Válvulas Plástica para Pias e Lavatórios" e "Chuveiro de Plástico".

Conclui afirmando que reconhece parte do débito lançado nas infrações 02, 06, 07 e 08, no que tange aos produtos não mencionados na impugnação, no valor de R\$120.100,81.

Em Pauta Suplementar do dia 28/09/2016, esta 4^a JJF decidiu encaminhar o presente processo à IFEP Comércio para que as autuantes, com base no levantamento realizado quando da informação fiscal - exclusões dos produtos reconhecidos como não enquadrados nos diversos Protocolos e Convênio nominados, apresentassem um levantamento (análtico e sintético) dos produtos Papel Contact Transparente, Bico de Bomba de Encher Pneu, Compressor de ar e Micro Óleo Lubrificante e Anticorrosivo, conforme autuação. E este levantamento deveria ser realizado por mês, ano, produto e infração.

As autuantes cumprem o que foi solicitado (fls. 190/231). Ressaltam, em relação à infração 05, que nas notas fiscais de saídas emitidas, a descrição do referido produto é "Anticorrosivo Aerossol M1 Starrett" e não "micro óleo". Apresentam cópia da NF-e nº 888.904 para corroborar o que alegam (fls. 232/240).

Chamado para tomar ciência do resultado da diligência requerida por esta 4^a JJF, a empresa não se manifesta (fls. 243/244).

Às fls. 291 a 293 e 295 a 300 foram apensados documentos que comprovam o recolhimento de parte do débito lançado nas infrações 02, 06, 07 e 08.

VOTO

O autuado foi acusado, nas infrações 01 a 08, de ter deixado de recolher, ou de ter recolhido a menos, o ICMS devido em decorrência da substituição tributária, nas operações de saídas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no território baiano, no período de janeiro a dezembro de 2013 e 2014.

Primeiramente, ressalto de que a condição de responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária é atribuída ao autuado, considerando que está localizado em Minas Gerais, Estado signatário dos diversos convênios e protocolos mencionados no lançamento de ofício, combinados com o Convênio ICMS 81/93 que *"estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal"*.

A seguir, o detalhamento das acusações, a legislação regente e os produtos impugnados.

Infração 01 – lâmpadas, incluídas, segundo a acusação, no Protocolo ICM 17/85. O autuado alegou que não se trata de lâmpada comum, mas de "Lâmpada dicroica LED e Lâmpada LED Tubular", um componente eletrônico semicondutor que tem a propriedade de transformar energia elétrica em luz, classificada na NCM como 8543.70.99, como prevê a Receita Federal. As autuantes acataram a comprovação apresentada e excluíram esse item do lançamento de ofício, com o que concordo. Com tais exclusões, a infração tornou-se insubsistente.

Infração 02 – mercadorias incluídas no Protocolo ICMS 26/10 (materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno) - "boia de caixa de descarga", "papel contact transparente" e "saboneteira jaguar".

As autuantes acataram os argumentos defensivos relativos a "boia de caixa de descarga" e "saboneteira jaguar", concordando que a primeira é uma torneira de flutuador para ser instalada dentro da caixa de descarga (NCM 8481 e inserida no item 84 do Anexo Único do Protocolo ICMS 26/10) e não a caixa de descarga em si. Quanto à segunda, trata-se de uma saboneteira portátil,

própria para guardar e transportar sabonetes, classificada na NCM 3924.90.00 e não sujeita à substituição tributária. Em consequência, tais itens devem ser excluídos da autuação,

Quanto ao produto "papel *contact* transparente", as autuantes discordam do impugnante por entenderem de que o produto está inserido item 6 - NCM 3919, do Protocolo ICMS 26/10, assim descrito: "*Chapas, folhas, tiras, fitas, películas e outras formas planas auto-adesivas, de plásticos, mesmo em rolos, para uso na construção civil*".

No presente caso, concordo com o defendente de que tal produto não pode se caracterizar, efetivamente, como incluído no Protocolo ICMS 26/10. O "papel *contact* transparente" não tem a mesma natureza dos produtos do item 6 – NCM 3919, do mencionado Protocolo, que diz respeito aos materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno. Tem ele inúmeras finalidades e objetivos, dentre elas e a exemplo, para efeito de decoração, quando não transparente (caso do presente), conforme propagandas apresentadas pelas próprias autuantes (fls. 134/138 verso), como também, utilizado para encapar caderno, fazer colagem etc., como advogou o defendente. Em assim sendo, deve ser ele excluído da autuação.

Após tais exclusões a infração 02 resta procedente em parte no valor de R\$4.952,85, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 02

DATA	REVISÃO FISCAL	PAPEL CONTACT	ICMS EXIGIDO
	FLS. 139/140	FL. 229	
31/01/2013	54,73	24,96	29,77
28/02/2013	47,59	-	47,59
31/03/2013	620,77	34,69	586,08
30/04/2013	523,44	8,67	514,77
31/05/2013	305,64	8,67	296,97
30/06/2013	647,20	-	647,20
31/07/2013	1.010,86	30,85	980,01
31/08/2013	477,24	-	477,24
30/09/2013	306,94	20,55	286,39
31/10/2013	275,04	30,84	244,20
30/11/2013	137,23	10,28	126,95
31/12/2013	159,17	10,28	148,89
31/01/2014	-	-	-
28/02/2014	-	-	-
31/03/2014	137,06	-	137,06
30/04/2014	24,48	-	24,48
31/05/2014	9,98	-	9,98
30/06/2014	38,91	-	38,91
31/07/2014	113,72	-	113,72
31/08/2014	63,60	-	63,60
30/09/2014	119,52	-	119,52
31/10/2014	29,77	-	29,77
30/11/2014	8,36	-	8,36
31/12/2014	21,39	-	21,39
TOTAL	5.132,64	179,79	4.952,85

Infração 03 – materiais de limpeza (Protocolo ICMS 27/10) - produtos "Cruzwaldina" e "Creolina"; "Klerat", "Ratak", "Racumin", Raticida Rodilon e "Ratex"; "Pulverizador".

O sujeito passivo alegou que os produtos "Cruzwaldina" e "Creolina" são desinfetantes de uso veterinário e os produtos "Klerat", "Ratak", "Racumin", Raticida Rodilon e "Ratex" são raticidas que podem ter aplicação rural ou doméstica e, portanto, não se inserem no conceito de uso domissanitário (uso domiciliar) como exigido no Protocolo ICMS 27/10. Em sua manifestação de fls. 152/177, acrescentou que os produtos "Creolina" e "Cruzwaldina" são desinfetantes germicidas utilizados exclusivamente em instalações pecuárias e, como estariam listados no Convênio ICMS 100/97, deveriam ser excluídos da sistemática da substituição tributária.

Ocorre que o inciso I da Cláusula primeira do mencionado Convênio ICMS 100/97 prevê a redução de base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais de **germicidas** para uso na agricultura e na pecuária, e não de **desinfetantes germicidas, como segue:**

Cláusula primeira Fica reduzida em 60% (sessenta por cento) a base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais dos seguintes produtos:

*I - inseticidas, fungicidas, formicidas, herbicidas, parasiticidas, **germicidas**, acaricidas, nematicidas, **raticidas**, desfolhantes, dessecantes, espalhantes, adesivos, estimuladores e inibidores de crescimento (reguladores), vacinas, soros e medicamentos, produzidos para uso na agricultura e na pecuária, inclusive inoculantes, vedada a sua aplicação quando dada ao produto destinação diversa;*

O mencionado Protocolo ICMS 27/10 previa, em seu Anexo Único (redação da época dos fatos geradores - janeiro de 2013 a dezembro de 2014), o seguinte:

3808.50.10 3808.91	<i>Inseticidas, rodenticidas, fungicidas, raticidas, repelentes e outros produtos semelhantes, apresentados em formas ou embalagens exclusivamente para uso domissanitário direto.</i>
3808.92.1 3808.99	
3808.94	<i>Desinfetantes apresentados em quaisquer formas ou embalagens</i>

Dessa maneira, como se pode observar pela transcrição acima, a legislação não traz nenhuma restrição quanto ao local de uso dos **desinfetantes**, fazendo-o apenas em relação aos **raticidas**, que devem ser apresentados em embalagens para uso direto exclusivamente domiciliar.

As autuantes informaram que as embalagens comercializadas pelo contribuinte são mais adequadas a uso domissanitário do que para uso agropecuário: (i) Klerat, pacotes de 20 g e 25 g; (ii) Ratex, envelopes de 25 g; (iii) Ratak, pacotes de 75 g.

Observo que o Protocolo estabelece é que o raticida seja apresentado em forma ou embalagem para aplicação direta e exclusiva em domicílios. Logicamente, embalagens tão diminutas como as que são comercializadas pelo contribuinte não levam à conclusão de que seriam utilizadas em áreas rurais.

Sendo assim, concluo que está correta a autuação no que tange aos desinfetantes e raticidas.

Concernente ao produto "Pulverizador", o autuado alegou que é destinado a pulverizar todo tipo de líquido, sendo classificado na NCM 8424.89.90; que a descrição do item não guarda relação com o produto; e que a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia já se pronunciou em consulta formulada por um contribuinte, conforme o Parecer nº 11537/2012, que diz deve prevalecer, pois se presta "a orientar a universalidade dos contribuintes em situação idêntica ou similar".

Preliminarmente ressalto de que a formulação de consulta junto às administrações tributárias é uma das muitas manifestações do direito de petição. E para ser eficaz, tem que ser específica, contendo, além da descrição minuciosa dos fatos, as normas jurídicas, cuja interpretação se deseje e pertinentes ao caso concreto, sendo as mesmas informadas no corpo da própria consulta. Assim, a consulta vincula diretamente o peticionário, que após resposta deve segui-la, e não a todos os contribuintes que, porventura, apresentem atividades iguais ou semelhantes. E, ressalto, no regulamento do processo administrativo fiscal deste Estado, como não poderia deixar de ser, a única situação que poderá vincular uma consulta a vários contribuintes é aquela formulada por entidade representativa de classe de contribuintes ou responsáveis. Porém deverá constar no pedido a relação das empresas a ela vinculadas, com especificação, em relação a cada uma, dos respectivos estabelecimentos (art. 59 – RPAF/BA).

No mais, já existem diversas decisões deste CONSEF no sentido de caracterizar o pulverizador no item 36 do Anexo Único do Protocolo ICMS 27/10, podendo ser citado, a exemplos, o Acórdão JJF nº 0175-01/12, (confirmado pelo Acórdão CJF nº 0122-11/13), Acórdão CJF nº 0122-11/13 e mais recentemente o Acórdão JJF nº 0150-04/15 cujo voto foi exarado pelo Julgador Álvaro Vieira

(confirmado pelo Acórdão CJF nº 0030-12/17) que a seguir reproduzo um excerto do voto, porque expressa o meu posicionamento:

Ao tratar da substituição tributária, nas operações interestaduais com materiais de limpeza, o Protocolo ICMS 27/10, na sua cláusula primeira atribui ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST nas operações com os produtos listados no Anexo Único desse Protocolo.

No item “36” desse citado Anexo Único, temos “Aparelhos mecânicos ou elétricos odorizantes, desinfetantes e afins”, classificados na NCM 8424.89.

De acordo como a Nota Fiscal nº 82826 (fl. 176), trazida aos autos na defesa, o pulverizador relacionado na autuação se ajusta, com precisão, à descrição e ao código NCM contidos no item “36” do Anexo Único do Protocolo ICMS 27/10.

Além disso, a fotografia anexada à fl. 175 não deixa dúvida que o referido pulverizador é utilizado na aplicação de inseticidas de uso domésticos.

O fato de o referido produto ser utilizado também na agropecuária não o retira do item “36” do Anexo Único do Protocolo ICMS 27/10. Dessa forma, foi correto o procedimento das autuantes e não houve ofensa ao princípio da estrita legalidade e nem utilização de analogia para incluir o citado produto no Anexo Único do Protocolo ICMS 27/10.

Em conclusão, mantenho o débito lançado na infração 03.

Infração 4 – autopeças ("Bauleto para Motocicleta", "Bico de bomba de encher pneu" e "Compressor de ar"), incluídas no Protocolo ICMS 41/08.

Quanto ao produto "Bauleto para Motocicleta", o contribuinte afirmou que é uma caixa plástica dotada de tampa com chave, própria para ser afixada em motocicletas para viabilizar o transporte de capacetes e outros objetos, classificada no NCM 3923.10.901 e sequer consta no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08.

As autuantes, por sua vez, informam que o produto é revendido com duas NCMs (3923.1090 e 8714.1000) e optaram por enquadrá-lo na NCM 8714.1000 ("Parte e acessórios de motocicletas (incluídos os ciclomotores)", com previsão no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, em vez da NCM 3923.1090 ("Outros artigos semelhantes caixas engradados de plástico").

Realmente, a descrição da mercadoria tem maior identidade com a NCM indicada pelas autuantes, inclusive como ele próprio utiliza, algumas vezes, em suas vendas. Embora as prepostas fiscais tenham reconhecido que se equivocaram ao usar a MVA de 56,90%, quando deveriam ter utilizado a MVA de 78,83% a partir de agosto de 2012, é vedado a este Colegiado agravar a imputação, que fica limitada ao valor originalmente lançado, devendo ser lavrado outro auto de infração, caso a autoridade fazendária entenda cabível e obedecendo aos prazos decadenciais.

No que se refere ao produto "Bico de bomba de encher pneu", o autuado o classifica como uma mangueira com um bico próprio para ser acoplado em bomba de ar manual, classificada na NCM 8414.90.10, de acordo com a Receita Federal (Solução de Consulta nº 17/2007). Em assim sendo, somente o bico da bomba não estava abrangido pelo Protocolo ICMS 41/08.

As autuantes informam de que o item 34 do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08 contém a NCM 8414.9010 e a descrição "*Partes das bombas, compressores e turbo compressores dos itens 31, 32 e 33*" e os itens 31, 32 e 33 têm, respectivamente, as seguintes descrições "*Bombas para combustíveis, lubrificantes ou líquidos de arrefecimento, próprias para motores de ignição por centelha ou por compressão*", "*Bombas de vácuo*" e "*Compressores e turbo compressores de ar*". E que o "Bico de bomba de encher Pneu" tem o NCM 8414.9010 e que, em pesquisa na Internet, encontraram esse produto acoplado a um compressor, portanto, não teriam "*como distinguir se acopla-se ou não à bomba de ar*".

Verifico que o item 34 do Anexo Único do mencionado Protocolo indica a NCM 8414.9010 e a descrição "*Partes das bombas, compressores e turbocompressores dos itens 31, 32 e 33*", sendo

que os itens 31, 32 e 33 têm, respectivamente, as seguintes descrições: "Bombas para combustíveis, lubrificantes ou líquidos de arrefecimento, próprias para motores de ignição por centelha ou por compressão", "Bombas de vácuo" e "Compressores e turbocompressores de ar".

Em assim sendo, o produto ora autuado não é utilizado para bombas a vácuo, nem compressores e turbo compressores de ar. Portanto, devendo ser excluído da autuação já que não pode enquadrar-se na NCM 8414.9010.

No que tange ao compressor de ar, o contribuinte argumentou que não é de uso exclusivo automotivo e não guarda nenhuma relação com os compressores a que se refere o Protocolo ICMS 41/08, que são peças instaladas junto aos motores dos veículos para aumentar a sua potência. Que os compressores de códigos 62527 e 63447 que comercializa são multiuso, utilizados para encher todos os tipos de infláveis. E que aquele de código 88914 é um aspirador de ar portátil, próprio para encher pneus comuns, como de bicicletas, motos etc. Afirma, ainda, que os compressores de códigos 86965 e 86967 são grandes, não podendo serem vinculados, exclusivamente à veículos automotores, podendo ser usados para pintura e pulverização de líquidos, para encher pneus etc.

As autuantes não aceitam as razões de defesa, pois "*fica claro que o produto em questão (Compressor de ar) é utilizado no setor automotivo e não há exigência no Protocolo para que o uso seja exclusivo do setor, apenas específico*".

O § 1º da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 41/08 estabelece que que as partes, peça, componentes e acessórios sejam de uso específico automotivo, assim compreendidos os que, em qualquer etapa do ciclo econômico do setor automotivo, sejam adquiridos ou revendidos por estabelecimento de indústria ou comércio de veículos automotores terrestres, bem como de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, ou de suas peças, partes, componentes e acessórios. Transcrevo a seguir o dispositivo citado:

Cláusula primeiraomissis

§ 1º O disposto neste protocolo aplica-se às operações com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único, de uso especificamente automotivo, assim compreendidos os que, em qualquer etapa do ciclo econômico do setor automotivo, sejam adquiridos ou revendidos por estabelecimento de indústria ou comércio de veículos automotores terrestres, bem como de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, ou de suas peças, partes, componentes e acessórios, desde que a mercadoria objeto da operação interestadual esteja sujeita ao regime da substituição tributária nas operações internas no Estado de destino. (grifos não originais)

Embora concorde com as autuantes de que o referido Protocolo não imponha que tais compressores sejam de uso exclusivo no setor automotivo, impõe que sejam de uso específico, ou seja, que sejam fabricados e usados no setor de automotores terrestres.

No caso presente e pela análise das razões de defesa que não foram contraditas pelas autuantes, os compressores autuados não se enquadram nesta categoria.

Em assim sendo, devem ser excluídos da autuação.

Após tais exclusões a infração 04 resta procedente em parte no valor de R\$4.103,56, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 04

DATA	ICMS AI	BICO DE BOMBA ENCHER PNEU	COMPRESSOR DE AR	ICMS EXIGIDO
		FL. 230	FL. 230	
31/01/2013	345,03	34,44	310,60	-
28/02/2013	216,91	29,66	187,25	-
31/03/2013	432,82	50,37	382,45	-
30/04/2013	252,71	33,58	211,74	7,39

31/05/2013	739,48	23,51	586,15	129,82
30/06/2013	502,08	2,30	313,39	186,39
31/07/2013	405,52	29,92	225,48	150,12
31/08/2013	735,64	29,10	402,30	304,24
30/09/2013	578,95	22,49	280,61	275,85
31/10/2013	717,47	60,77	348,37	308,33
30/11/2013	366,33	44,19	196,35	125,79
31/12/2013	575,36	27,62	288,11	259,63
31/01/2014	481,68	55,82	261,53	164,33
28/02/2014	462,67	39,48	354,22	68,97
31/03/2014	640,28	34,03	421,65	184,60
30/04/2014	592,22	-	413,93	178,29
31/05/2014	660,32	12,73	356,60	290,99
30/06/2014	625,18	47,10	511,15	66,93
31/07/2014	506,90	48,51	181,57	276,82
31/08/2014	301,37	29,86	186,31	85,20
30/09/2014	375,77	32,94	76,06	266,77
31/10/2014	710,95	24,07	326,98	359,90
30/11/2014	567,92	45,61	331,91	190,40
31/12/2014	579,99	20,27	336,92	222,80
TOTAL	12.373,55	778,37	7.491,63	4.103,56

Infração 05 - Convênio ICMS 74/94 - tintas e vernizes, produto "Micro-óleo Lubrificante e Anticorrosivo".

Alega o defendant de que o produto "Micro-óleo Lubrificante e Anticorrosivo" funciona mais como lubrificante do que anticorrosivo, devendo ser enquadrado no Convênio ICMS 110/07 (combustíveis).

Por seu turno, as autuantes dizem que enquadram o produto no Convênio de Tintas (Convênio ICMS 74/94), porque em seu Anexo Único, item 03, consta o NCM 2710 e a seguinte descrição: "*Massas, pastas, ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, polimento ou conservação*" já que notas fiscais de saídas emitidas, a descrição do referido produto é "anticorrosivo aerosol M1 Starrett", não havendo como supor "que o produto é mais lubrificante do que anticorrosivo".

Segundo o site o fabricante do referido produto, tem ele as seguintes propriedades (www.starrett.com.br) – parte do trecho incluindo na defesa do autuado à fl. 169:

M1 é o lubrificante de maior valia para o seu dinheiro. Ele seca e não atrai sujeira, poeira e outras impurezas, como fazem muitos lubrificantes famosos.

. *O M1 produz uma micropelícula à prova de ar, que seca e protege, evitando sujeira e encardimentos que outros lubrificantes "úmidos" normalmente atraem. M1 atua efetivamente sobre sujeira concentrada, removendo-a na limpeza dos metais.*

. *A lata vaporiza de cabeça para baixo, em locais incômodos, sem perder o poder propelente.*

. *Lubrifica: M1 não contém silicone, e se mantém inalterado mesmo sob temperaturas elevadas. Excelente lubrificante, ideal em qualquer tempo. A grande capacidade de penetração atua rapidamente, liberando porcas emperradas, prisioneiros e partes metálicas.*

. *Protege os metais contra ferrugem e danos causados pela corrosão, mantendo uma película protetora que adere aos metais.*

. *Limpa: remove graxa, piche e encardimento das superfícies pintadas e partes metálicas. Limpa, dá polimento e proteção duradoura.*

- . *Elimina Rangidos:* suas propriedades lubrificantes instantâneas se expandem para dentro daquelas partes de difícil acesso, eliminando rangidos e aderências.
- . *Remove Umidade:* M1 não é solúvel em água; por isso ele se instala sob a umidade, retirando-a da superfície a ser protegida.
- . *Não Condutor:* previne contra curtos-circuitos em ambientes de intensa umidade, impedindo o desperdício de eletricidade através de fios úmidos de ignição.
- . *Além da Ação Instantânea,* M1 possui uma fórmula exclusiva que não contém clorofluorcarbonetos nem detergentes nocivos ao meio ambiente. Na embalagem aerossol, M1 utiliza propelente que não ataca a camada de ozônio. M1 é proteção total.

Aplicações Industriais

As aplicações na indústria são igualmente numerosas. Protege as superfícies de trabalho do maquinário; é usado nos tanques onde as peças são mergulhadas durante o processo de produção, protegendo-as; também é aplicado sobre ferramentas armazenadas, como medida de prevenção. M1 é eficaz até mesmo em situações de extrema corrosão, que destrói equipamentos metálicos como rolos, cremalheiras, correias transportadoras etc, usados em ambientes marítimos ou locais de processamento de alimentos.

Aplicações Universais

Use para secar sistemas de ignição de veículos quando molhados. Excelente nos patins e bicicletas. Ideal para corrediças de gavetas e batentes de janelas. Remove piche de para-choques de veículos e superfícies pintadas. Pode também ser facilmente removido das superfícies antes da aplicação de pintura. Usado em ferramentas, dobradiças, dispositivos, armas, facas, molinetes, travas e assim por diante.

Pela descrição acima, concluo que tem razão o sujeito passivo, ao alegar que o produto está enquadrado no Convênio ICMS 110/07 e não no Convênio ICMS 74/94, como entenderam as autuantes, pois se trata de lubrificante (NCM 2710.19.32). Por essa razão, deve ser excluído da presente autuação, devendo ser objeto de novo lançamento, caso seja detectada alguma irregularidade.

E como a infração 05 somente tratou deste produto, ao excluí-lo da autuação, conforme levantamento elaborado pelas autuantes à fl. 231, é ela improcedente.

Infração 06 - mercadorias elencadas no Protocolo ICMS 26/10 - materiais de construção. Impugnadas: "Fita Isolante Autofusão", "kits de Plástico para Banheiro", "Portas Sanfonadas PVC", "Válvulas Plásticas para Pias e Lavatórios", "Chuveiro de Plástico" e "Tranca de Porteira e Porta Cadeado".

As autuantes aceitaram as alegações defensivas pertinentes aos itens:

1. "Fita Isolante Autofusão" - deve ser classificada como fita embrorrachada, e reduziram "o valor de R\$1,79 desta infração em 2014";
2. "Tranca de Porteira e Porta Cadeado", reconhecem que foi classificado erroneamente na NCM 8302.1, quando o correto seria 8301, e reduziram "em 2013 o valor de R\$21,01 e em 2014, o valor de R\$24,53 perfazendo o total de R\$ 45,54 a ser reduzido desta Infração";
3. "Portas Sanfonadas PVC", reconhecem que se equivocaram no percentual da MVA adotado em 2014 (104,20%), quando deveriam ter usado a MVA de 60,23%. Reduziram "o valor reclamado em R\$140,23 em 2013 e R\$3.472,48 em 2014, perfazendo um total de R\$3.612,71".

Entretanto, não acolheram os argumentos do contribuinte quanto aos demais produtos, aduzindo o seguinte:

1. "Kits de Plástico para Banheiro" – o autuado utilizou NCMs diferentes para o mesmo produto (3925.9000 e 3922.9000). Assim, optaram por adotar aquele que o melhor descreve: "Banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, caixas de descarga e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos", em vez de "Telhas, cumeeiras e caixas dágua de polietileno e outros plásticos".

O produto é de fato "Artigos semelhantes para uso sanitários ou higiênicos de plástico". Afora que se fosse mais bem enquadrada seria na NCM 39.24 – "artefatos e higiene / toucador", com a aplicação maior de MVA. No presente, conforme já mencionado, não se pode aumentar o valor lançado no Auto de Infração.

2. "Válvulas Plásticas para Pias e Lavatórios" – de igual forma, o autuado utilizou NCMs diferentes para o mesmo produto (3917.4090 e 8481.8011). Optaram por adotar aquele que o melhor descreve: "*Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes*", em vez de "*Tubos e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção civil*".

Aduz a empresa que as "válvulas" autuadas, não se fazem acompanhar de um obturador, o que faz toda a diferença, inclusive conforme Consulta nº 49/2003 da Receita Federal e que estão classificados NCM 3917.4090 e não NCM 8481, além de quando suas vendas utilizar ambas as NCMs, o Protocolo ICMS 26/10 no seu Anexo único dispõe:

.....

84.84.81 Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes.

Ou seja, são todas as válvulas sem especificação, incluindo, inclusive as redutoras de pressão e as termostáticas.

Quanto a Consulta trazida pelo defendente da Receita Federal ela não se presta para desconstituir a infração que se pautou nas determinações do Protocolo ICMS 26/10.

3. "Chuveiro de plástico", como o autuado utilizou NCMs diferentes para o mesmo produto (3917.4090 e 8481.8019), optaram por adotar aquele que o melhor descreve: "*Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes*", em vez de "*Tubos e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção civil*".

O impugnante afirma que deve o produto ser classificado na NCM 3917, "*Tubos e seus acessórios*", e não na NCM 8481 - "*Torneiras, válvulas...*", pois se trata de tubos que trazem em sua extremidade um difusor, que se encarrega de distribuir a água uniformemente por uma área maior. Em assim sendo não se encontra enquadrado no Protocolo ICMS 26/10.

Razão assiste ás autuantes. Além do uso, quando das vendas de duas NCMs para o mesmo produto, o argumento da defesa não tem sustentação, pois o que vende é o chuveiro completo (autuado) e não, simplesmente, um tubo.

Mantenho parcialmente a infração no valor de R\$112.048,91, conforme demonstrativo de débito à fls. 141/142 do presente processo.

Infração 07 – mercadorias elencadas no Protocolo ICMS 27/10 - materiais de limpeza. Itens impugnados: "Limpadores V8 - Limpa couro, Limpa pneu e Limpador de ar condicionado".

O impugnante afirma que os produtos são agentes de limpeza simples classificados na NCM 3402, item 25.6 do Anexo 1 do RICMS/12, não podendo aplicar-se a MVA de produtos para limpeza pesada (75,45%, constante do item 25.6 do Anexo 1 do RICMS/12).

O argumento defensivo foi aceito pelas autuantes e, em função disso, reduziram o valor de R\$11,77, em 2014, para a infração.

Concordo com a retificação procedida na informação fiscal, restando subsistente em parte a infração 07 no valor de R\$837,63, conforme demonstrativo de débito à 143 dos autos.

Infração 08 - produtos elencados no Protocolo ICMS 28/10 – papelaria. Itens impugnados: "Cadernos", "Mochila para notebook", "Papel Crepon" e "Papel Seda".

As autuantes reconheceram a existência de equívocos em todos os itens relacionados nesta imputação, e contestados, da seguinte forma:

1. "Cadernos" e "Caderneta" - reconhecem que são cadernos escolares comuns, com NCM 4820.20.00 (item 27.33 do Anexo 1 do RICMS/12) e, consequentemente, reduziram os valores de R\$3.436,51 (2013) e R\$1.570,50 (em 2014), no total de R\$5.007,01.

2. "Mochila para notebook" - reconhecem que não está enquadrado na substituição tributária, conforme o Parecer SEFAZ nº 10561/2013, e reduziram “*a infração em 2013, R\$ 69,56 e em 2014, R\$32,97, perfazendo um valor total de R\$102,53 referente a este produto*”.
3. “Papel Crepon” - afirmam que o Anexo 1 do RICMS/12 prevê a MVA ajustada de 104,20%, a partir de 01/07/13, enquanto que, na autuação, foi utilizada a MVA de 123,47%. Em consequência, reduziram a “*infração em 2013 no valor de R\$51,74 e em 2014, R\$99,69, perfazendo um total de R\$151,43*”.
4. "Papel Seda" - dizem que o produto foi classificado erroneamente e, sendo assim, aceitaram “*reduzir a infração em 2013, no valor de R\$15,09 e em 2014, R\$49,54, perfazendo um total de R\$64,63*”.

Acato as retificações realizadas pelas autuantes em sua informação fiscal e considero subsistente em parte a infração 08 no valor de R\$4.959,11, conforme demonstrativo de débito às fls. 144/145 do presente processo.

Por tudo quanto foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$260.093,07, conforme a seguir indicado. O órgão competente desta Secretaria de Fazenda deve homologar os valores efetivamente recolhidos.

INFRAÇÕES	ICMS	DECISÃO
1	-	IMPROCEDENTE
2	4.952,85	PROC. EM PARTE
3	133.191,01	PROCEDENTE
4	4.103,56	PROC. EM PARTE
5	-	IMPROCEDENTE
6	112.048,91	PROC. EM PARTE
7	837,63	PROC. EM PARTE
8	4.959,11	PROC. EM PARTE
	260.093,07	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207349.0003/15-6**, lavrado contra **BCR COMÉRCIO E INDÚSTRIA SA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$260.093,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais. Solicita-se que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda proceda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR