

A. I. N° - 206912.0075/15-4
AUTUADO - TECIDOS E ARMARINHOS MIGUEL BARTOLOMEU S/A
AUTUANTE - VLADIMIR MIRANDA MORGADO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26/10/2017

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0192-03/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da unidade federada destinatária. Os cálculos foram feitos, mediante revisão efetuada pelo autuante, ficando reduzido o débito originalmente apurado. Infrações subsistentes em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2015, refere-se à exigência de R\$2.067.212,08 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 08.50.01: 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, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$691.300,98.

Infração 02 – 08.41.01: 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, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$121.892,77.

Infração 03 – 08.18.03: 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, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012; junho, julho, agosto e outubro de 2013. Valor do débito: R\$65.227,47.

Infração 04 – 08.46.03: 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, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012; janeiro, fevereiro e abril de 2013. Valor do débito: R\$12.629,60.

Infração 05 – 08.36.03: 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, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012; janeiro, fevereiro, abril e junho de 2013. Valor do débito: R\$1.138.629,23.

Infração 06 – 08.24.03: 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 meses de julho e agosto de 2012. Valor do débito: R\$19.755,54.

Infração 07 – 08.43.01: 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, no período de março de 2011 a dezembro de 2012; fevereiro, abril, junho a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$17.576,49.

O autuado apresentou impugnação às fls. 206 a 212, informando que em razão do expressivo volume de Notas Fiscais Eletrônicas relacionadas nos arquivos eletrônicos, para fazer sua contestação em relação a cada infração contida neste Auto de Infração, imprimiu e anexou aos autos, algumas dessas Notas Fiscais relacionadas em arquivo, para demonstrar a incoerência e improcedência do presente lançamento.

Quanto à infração 01, alega que não procede a exigência fiscal porque, verificando as Notas Fiscais Eletrônicas listadas no arquivo eletrônico do levantamento fiscal, o tributo em questão está corretamente retido (Documento 02), o que desqualifica o presente Auto de Infração. A título ilustrativo cita como exemplos as mercadorias, 22019 – Joelho 90 ESG Krona c/ 50; 16324 – Torneira Filtro Automática; 16325 – Torneira Filtro ABS Autom. Cromada.

Também alega que foi informado que várias mercadorias correspondentes à NCM 3924.9000 estariam sujeitas ao ICMS devido por Substituição Tributária, por pertencerem ao grupo de “Artefatos de Higiene e Toucador de Plástico”, o que não se pode considerar em sua totalidade, uma vez que esta NCM abrange produtos com finalidades e aplicações diversas (Documento 01), o que também desqualifica o presente Auto de Infração. A título ilustrativo, cita as seguintes mercadorias: 16421 – Suporte Garrafão AG. Mineral Plast. c/ 4; 65344 – Bacia Plast. Canel. Arqplast; 10524 – Cesto Redondo c/ Tampa Gol Arqplast; 10315 – Cabide Plástico Adulto Reforçado (12x3); 10503 – Balde Plástico 15 L Frisado.

Infração 02: Alega que no arquivo eletrônico do levantamento fiscal que recebeu e que deu suporte à lavratura do Auto de Infração, foi informado falta de retenção do ICMS devido por Substituição Tributária para os produtos PAPEL CHAMEX e PAPEL CHAMEQUINHO, NCM 4802.5610, o que não procede, uma vez que, verificando as Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e listadas no mencionado arquivo eletrônico, o tributo em questão está corretamente retido (Documento 03), o que também desqualifica a presente autuação.

Diz que também foi informado no arquivo eletrônico em foco, que várias operações comerciais ali listadas estariam sujeitas ao ICMS devido por Substituição Tributária, porém tais operações foram realizadas com empresas públicas, não contribuintes do ICMS, estabelecidas no Estado da Bahia (cita como exemplo o Banco do Nordeste do Brasil S/A), que adquirem mercadorias para uso e/ou consumo próprio, cuja legislação do ICMS as equipara a operação interna do Estado de Minas Gerais, sujeita à alíquota de 18%, não configurando fato gerador do ICMS ST, o que desqualifica a autuação fiscal.

Infração 03: Alega que o tributo exigido está corretamente retido (Doc. 06). Diz que também foi informado que a mercadoria TINTA EM PÓ HIDRACOR, NCM 2522.3000, em cores variadas, estaria sujeita ao ICMS devido por Substituição Tributária, por supostamente pertencer ao grupo de Tintas e Vernizes, o que não procede, devido ao fato de que a NCM em questão não foi incluída no Convênio ICMS nº 74/94 (Documento 05).

Infração 04: Alega que não procede a exigência do imposto pela falta de retenção do ICMS devido por Substituição Tributária para a mercadoria EXTINTOR DE INCÊNDIO RESIL PÓ BC 6K, código 44214, uma vez que se trata de um produto unicamente de uso residencial e comercial, não possuindo finalidades automotivas, dado a sua capacidade de carga e componentes químicos, não estando sujeito à incidência do ICMS ST (Documento 07).

Infração 05: Alega que, verificando as Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e listadas no levantamento fiscal o tributo exigido está corretamente retido (Documento 08). A título de exemplo cita as mercadorias 29069 – Pedra Sanitária Cheiro Bom/Sany e 29483 – Limpa Forno Diabo Verde 250 g.

Diz que foi informado no arquivo eletrônico da fiscalização que várias mercadorias, de uso agrícola e veterinário, estariam sujeitas ao ICMS devido por Substituição Tributária, por supostamente pertencerem ao grupo de Material de Limpeza, o que não procede, haja vista que

tais mercadorias, por não serem de uso doméstico, não tem aplicação domissanitária direta, requisito básico para a incidência do ICMS devido por ST (Documento 09). Cita como exemplos as mercadorias 1273 –K -othrine Bart/Mos/Mosq e 1061 – Formicida Grão Forte.

Também alega que foi informado no arquivo da fiscalização que várias mercadorias de uso agrícola e veterinário, na verdade apenas passíveis de estorno de crédito de ICMS quando das saídas internas com isenção desse tributo, estariam sujeitas ao ICMS devido por Substituição Tributária, por supostamente pertencerem ao grupo de Material de Limpeza, o que não procede, haja vista que tais mercadorias não são de uso doméstico, mas sim de uso agrícola e veterinário, por não terem aplicação domissanitária direta, requisito básico para a incidência do ICMS devido por ST (Documento 10), até porque o deficiente, por seu Estabelecimento Filial, Inscrição Estadual nº 066.436.044, fora autuado pela Administração Fazendária de Vitória da Conquista/BA, pela ausência em sua escrituração fiscal dos referidos estornos, conforme Autos de Infração de números 269197.0013/14-3 e 279463.0004/15-7.

Informou, ainda que no arquivo eletrônico da fiscalização várias mercadorias estariam sujeitas ao ICMS devido por Substituição Tributária por supostamente pertencerem ao grupo de Material de Limpeza, o que não procede, devido ao fato de que as NCMs ali listadas, dentre as quais 3003.9031 e 3401.2090, não foram incluídas no Protocolo ICMS 169/09 c/c Protocolo ICMS 27/10 (Documento 11).

Infração 06: Afirma que no arquivo eletrônico que lhe foi encaminhado e que deu suporte à lavratura do Auto de Infração, foi informado falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária para as mercadorias PILHA RAYOVAC e PILHA PANASONIC, NCM 8506.1020 e PILHA RECARREGÁVEL, NCM 8507.8000, o que não procede, uma vez que, verificando as Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e listadas no mencionado arquivo eletrônico, o tributo em questão está corretamente retido (Documento 12).

Infração 07: Afirma que no arquivo eletrônico da fiscalização que lhe foi encaminhado e que deu suporte à lavratura do Auto de Infração, foi informado falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária para várias mercadorias, o que não procede, uma vez que, verificando as Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e listadas no mencionado arquivo eletrônico, o tributo em questão está corretamente retido (Documento 15). A título exemplificativo, cita as mercadorias 49049 – Colchão Solt. D28 78x1,88x14 ORTOBOM e 18829 – Colchonete Camping 60x1,80x3 ORTOBOM.

Alega que também foi informado no arquivo eletrônico em foco, que várias mercadorias estariam sujeitas ao ICMS devido por Substituição Tributária, por supostamente pertencerem ao grupo de Colchoaria, o que não procede, devido ao fato de que as NCMs ali listadas, 3926.9090, e 9503.0099, não foram incluídas no Protocolo ICMS nº 190/09 c/c Protocolo ICMS nº 206/10, por corresponderem a colchões do tipo inflável (Documentos nºs 13 e 14).

Conclui pedindo o cancelamento do presente Auto de Infração, por sua inconsistência e nulidade do lançamento e no mérito, extinção do lançamento fiscal, pelas razões e fundamentos acima apresentados.

O autuante presta informação fiscal às fls. 322 a 347 dos autos, dizendo que a atividade do deficiente é de atacadista de produtos diversos, exceto alimentícios, e que integrou a autuação, aproximadamente uma centena de tipos de mercadorias sujeitas a inúmeros acordos interestaduais de substituição tributária, com alíquotas, margens de valor agregado e NCMs distintas.

Afirma que a discussão básica neste PAF passa por saber se a NCM está contemplada neste ou naquele Convênio ou Protocolo de ICMS ou se a mercadoria já foi objeto de pagamento do imposto. Diz que há uma terceira linha de defesa que sustenta o raciocínio da exigência se tornar indevida porque as saídas subsequentes dentro do ciclo de produção/consumo estão desoneradas de carga fiscal, situação que será minudenciada em tópico específico. Assim, o autuante informa

que rebate os pontos exatamente como foram focados na defesa, ou seja, cada acordo interestadual de per si e os produtos que neles foram enquadrados.

Comenta sobre os produtos reconhecidos pelo defendant como sujeitos à substituição tributária e o pagamento da parte incontroversa. Diz que o autuado se valeu de planilha discriminativa de todos os produtos alcançados pela fiscalização e para cada um deles fez um comentário a respeito da pertinência ou impertinência da cobrança competente.

Afirma que em relação às mercadorias confessadamente submetidas à substituição tributária o defendant deve procurar a repartição fiscal para tomar conhecimento da informação fiscal, no intuito de liquidar sua obrigação.

Em relação aos materiais de construção, Protocolo ICMS 26/2010, registra que a despeito de ser conhecido como o acordo interestadual que alcança “materiais de construção”, em verdade o diploma regimenta a ST para operações mercantis não só com materiais de construção, mas também com materiais usados em acabamento, bricolagem e adorno.

Informa que remanescem mercadorias enquadráveis no item 10 do Anexo Único do Protocolo sob discussão, isto é, Artefatos de higiene/toucador de plástico”, NCM 3924. Assim, há mercadorias que se encaixam na posição 3924.1000 ou 3924.9000, todas espécies do gênero antes citado. Informa que os materiais que compõem o novo demonstrativo apensado com as informações fiscais são de plástico e constituem artefatos de toucador ou de higiene, todos inservíveis na “família” 3924 da NCM.

Esclarece que as torneiras (tidas como posicionadas na NCM 8421.2100) e fitas isolantes (classificadas na posição 3920.4039, previstas no item 7 do Anexo Único do Protocolo ICMS 26/2010), são consideradas como materiais usados na construção civil. Entretanto, quanto às primeiras, não há razão para classificá-las na posição 8421, pois claramente as torneiras têm previsão expressa no item 84 (NCM 8481) do Anexo Único do citado acordo interestadual.

Informa que elaborou uma relação em ordem alfabética, tão somente com efeito ilustrativo, observando que todas as mercadorias ou foram classificadas na posição 3924.1000, ou na posição 3924.9000, lembrando que não há mercadorias classificáveis como artefatos de toucador e sim todas são consideradas como artefatos de higiene.

Afirma que não há dúvidas de que todos os produtos arrolados são artigos de uso doméstico, voltados para a higiene na copa, cozinha, área de serviço e outros ambientes. Ressalta que o critério de enquadramento no regime da substituição tributária interestadual, há de se investigar se no acordo interestadual a mercadoria comercializada encontra moldagem na descrição do produto e é comercializada com a NCM também apontada naquele diploma. Satisfeitas estas duas condições, há que se cobrar o ICMS ST.

Também lembra a hipótese de a mercadoria ter sido comercializada com a NCM equivocada quando, pela sua natureza e descrição, claramente deve ser considerada numa outra posição. Diz que não será razoável admitir-se que um produto tenha certa característica e o contribuinte acabe assumindo uma outra NCM, tão somente para escapar da tributação antecipada. Para esta situação subsumem-se, neste caso, as torneiras (NCM 8481, em vez de NCM 8421).

Afirma que a defesa resume-se a dizer que os artefatos plásticos alcançados pela fiscalização foram concebidos para “finalidades diversas”, mas inexistem restrições no Protocolo em comento, que para haver a incidência da substituição tributária tais produtos sejam empregados exclusivamente em higiene de residências.

Em relação ao Protocolo ICMS 28/2010, concernente a artigos de papelaria, informa que foi realizada a revisão dos lançamentos com base nas alegações apresentadas pelo defendant, e ainda remanesceram dois tipos de artigos de papelaria que estão contemplados no Anexo Único do referido Protocolo. O primeiro deles é o Papel Chamex, NCM 4802.5610, item 38 do citado Anexo Único.

Informa que tais papéis foram mantidos no levantamento fiscal, quando não tiveram o ICMS ST calculado, pois muitos deles já tiveram as operações mercantis correspondentes submetidas à retenção. O fato de o autuado ora considerar, ora não considerar a tributação antecipada para este tipo de papel já demonstra que algum descontrole ocorreu na empresa.

Diz que outro é o Papel Alumínio, que embora tenha sido classificado pelo próprio autuado, ora na posição 7607.1990, descrita como “Outras Folhas Laminadas”, ora na posição 7607.1190, encontra-se confortavelmente enquadrado nesta última, isto é, “Papel Laminado”, item 35 do referido Anexo Único.

Ressalta que a SEFAZ/BA já foi provocada para se manifestar acerca do Papel Alumínio, se estaria ou não sujeito à substituição tributária interestadual, e a Diretoria de Tributação, em resposta a uma consulta feita por empresa comercial, manifestou-se no sentido de atribuir ao Papel Alumínio, exatamente o produto sob discussão, o regime jurídico de tributação antecipada (NCM 7607.1190, art. 289; item 27.35 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012).

Sobre Tintas, Vernizes e outros materiais constantes no Convênio ICMS 74/94, informa que foi realizada revisão do levantamento fiscal com base nos argumentos apresentados pelo defendant, e um único tipo de tinta ainda continua objeto da presente cobrança.

Trata-se da “Tinta em pó Hidracor”, considerada com cal pelo contribuinte, no seu entender uma tinta pertencente ao Capítulo 25 da NCM, quando na verdade só se comportam ali as cales que não sejam misturadas com pigmentos.

Informa que o produto em tela constitui uma mistura entre cal e pigmentos e, nestas condições, deixou de ser cal propriamente dita, passando a ser uma tinta para pintar superfícies, destinada a populações de reduzido poder aquisitivo, por ter preços inferiores às tintas à base de polímeros.

Diz que no próprio site do produtor de tinta (Documento 09) se vê que a mercadoria constitui uma mistura de cal, pigmentos e aditivos, de sorte que jamais poderá ser considerada como cal propriamente dita. Por ser uma mistura, jamais poderia ser enquadrada no Capítulo 25 da NCM, porque as misturas poderiam encontrar classificação, conforme faz prova a nota que esclarece as possibilidades de enquadramento.

Acrescenta que na posição 3208 estão as tintas e vernizes a base de polímeros sintéticos ou de polímeros naturais modificados, dispersos ou dissolvidos em meio não aquoso (Documento 11).

Para a posição 3209, estão as tintas e vernizes a base de polímeros sintéticos ou de polímeros naturais modificados, dispersos ou dissolvidos em meio aquoso (Documento 12).

Na posição 3210 estão as “Outras tintas e vernizes” (Documento 12) que não se encaixam nas posições anteriores. A “tinta em pó” é um tipo de tinta, amolda-se a esta hipótese.

Registra que na Bahia já há decisões favoráveis neste sentido, conforme faz prova a ementa que anexou aos autos (Documento 13).

Quanto ao Protocolo ICMS 41/08, relativo a peças automotivas, informa que a cobrança recaiu sobre extintores de incêndio da marca “Resil”, cujas apresentações afetadas foram as relacionadas à fl. 330. Informa que as três primeiras apresentações foram retiradas dos levantamentos fiscais, e as demais foram mantidas, porque se referem a extintores para uso veicular. Os tipos mantidos de extintores encontram submissão no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08.

Em relação ao Protocolo 18/85, referente a pilhas e baterias elétricas, informa que foi realizada nova conferência nos levantamentos fiscais e constatado que procede a afirmativa de que as retenções e recolhimentos foram devidamente efetuados pelo sujeito passivo. Não há, quanto a esta classe de produtos, diferenças a exigir.

Sobre o Protocolo 190/09, correspondente a Artigos de Colchoaria, diz que foi realizada a revisão do levantamento fiscal, calcada nos argumentos defensivos, e um único tipo de colchão ainda continua objeto da presente cobrança.

Trata-se do “Colchão Inflável Veludo”, considerado pelo sujeito passivo como classificável na posição 3926 da NCM, somente pelo fato de o colchão ter base de plástico. Afirma que hoje é possível fabricar praticamente tudo com plásticos, e se este critério fosse adotado, enquadrar todo material plástico no citado capítulo, bastaria a NCM ter 2 partes, materiais plásticos e materiais não plásticos. Diz que o contribuinte enquadrou o colchão no subcapítulo 3926, ou seja, “outras Obras de Plástico”, código 3926.9090 (Outras).

Afirma que apesar de ser de plástico, os colchões possuem classificação em outra posição da NCM, a de nº 9404.2. Afirma que antes de ser plástico, a mercadoria é um tipo de colchão, e como tal o bem na sua essência há de ser considerado como requisito principal e deve ser levado em conta primeiro, comparado ao tipo de material do qual é feito (elemento secundário).

Quanto ao Protocolo ICMS 27/2010, relativo a material de limpeza, informa que esta é uma das irregularidades que contou com o número maior e mais diversificado de mercadorias. Diz que a defesa trilhou uma linha de sustentação à qual a informação fiscal seguiu para rebater, para facilitar o julgamento:

1. PRODUTOS USADOS COMO INSUMO AGROVETERINÁRIO E APLICADO EM GRANDES AMBIENTES RURAIS: Informa que ao examinar na Internet tais produtos, constatou que, de fato, são empregados como insumos agroveterinários e aplicados em grandes ambientes rurais, não tendo uso exclusivo domissanitário direto, conforme enumera um dos itens do Anexo único do Protocolo ICMS 27/10, e a fiscalização constatou que alguns deles estão nesta condição, merecendo ser excluídos do levantamento fiscal. Informa que alguns deles, supostamente tidos como agroveterinários aplicados em extensões rurais, na verdade são de uso domiciliar, a serem mantidos na autuação: Mata Mosca Clerat (NCM 3808.9199); Raticida Klerat (NCM 3808.9996); Raticida Tatonil (NCM 3808.9026); Coleira Anti-Pulgas (NCM 3808.9999); Fortis Inseticida (NCM 3818.9199) e Repelente Off (NCM 3808.9199)
2. PRODUTOS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES ISENTAS, OBJETO DE AUTUAÇÃO PELA DAT SUL: Informa que o defensor apontou algumas mercadorias cujas operações tiveram o crédito fiscal glosado quando ingressaram no estabelecimento situado na Bahia, exatamente porque as saídas subsequentes têm a previsão de isenção do imposto. Diz que existem dois autos de infração lavrados contra a filial baiana do estabelecimento autuado (AI 269197.0013/14-3 e AI 279463.0004/15-7), com parcelamento sendo pago (Documentos 26 e 27). Como a substituição tributária para a frente visa tributar antecipadamente operações de saída futuras e como estas *in casu*, estão desoneradas do ICMS, diz que assiste razão ao defensor, sendo as mercadorias nesta situação, devidamente retiradas dos levantamentos fiscais.
3. PRODUTOS SUPOSTAMENTE FORA DO ACORDO INTERESTADUAL SOB DISCUSSÃO. Diz que o defensor alega que alguns produtos não encontram subsunção no Protocolo ICMS 27/10, por não terem suas NCMs previstas no Anexo Único. Entende que houve equívoco na classificação escolhida pelo autuado. Comenta sobre cada um dos produtos: Repelente (NCM 3003.9031); Repelente Eletrônico (NCMs 8541.6090 e 8543.2000); Vassoura para grama (NCM 8201.3000).

Esclarece que no exame das notas fiscais emitidas pela empresa e que fazem parte do novo levantamento fiscal, em que o produto por vezes foi classificado na NCM 3926.9090, como outras obras de plástico, demonstra que o autuado não estava certo da real classificação da mercadoria, fazendo opções apenas para deixar de se submeter à substituição tributária.

Por fim, faz uma síntese das razões que sustentam a autuação fiscal e conclui que o presente Auto de Infração deve ser julgado procedente em parte.

O defensor foi intimado sobre a informação fiscal, documentos e demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, e se manifestou às fls. 413 a 416, comentando sobre os seguintes itens:

1. PRODUTOS RECONHECIDOS PELA EMPRESA COMO SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: Informa que indicou como sendo devida a exigência fiscal relativa a produtos atingidos pelo Protocolo ICMS 27/10 (Infração 05), no montante de R\$13.922,23, e que acata a recomendação fiscal no sentido de providenciar o seu pagamento.
2. PROTOCOLO 26/10 – MATERIAL DE CONSTRUÇÃO: Diz que as informações fiscais dão conta de que nas operações com o produto “Fita Isolante”, classificado na posição 39204390, é devido o ICMS ST, e o impugnante concorda com o posicionamento fiscal, motivo pelo qual sempre efetuou a sua retenção e o respectivo recolhimento, o que pode ser confirmado pelas informações contidas nas NFs 2.385.306 e 2.290.458 (Documento 01).

Não concorda com a informação do autuante de que nas operações com o produto “torneiras” foi utilizada a NCM 8421.2100, incorretamente, com o intuito de escapar da tributação antecipada. Informa que os produtos em tela, na realidade, são Filtros/Purificadores de água conjugados com uma torneira, o que pode ser confirmado pelas Notas Fiscais emitidas pelos estabelecimentos industriais que fornecem os mencionados produtos ao impugnante. Citou os produtos e as respectivas notas fiscais de aquisição (Documentos 2, 3 e 4)

No que diz respeito aos demais produtos plásticos pertencentes à posição 3924 da NCM, entende o defensor que os produtos com finalidade e aplicações diversas, não devem ser passíveis de substituição tributária, mesmo que inexista tal previsão no Protocolo em tela, que vede a mencionada tributação. Afirma que a legislação tributária quando omissa a uma situação de fato e de direito, deve sempre ter sua interpretação de forma a beneficiar o contribuinte.

3. PROTOCOLO ICMS 28/10 – ARTIGOS DE PAPELARIA: O defensor concorda com o posicionamento do autuante de que nas operações com o produto “Papel Chamex”, classificado na posição 4802.5610, é devido o ICMS ST, motivo pelo qual solicita que seja determinado o exato valor devido e permissão para efetuar o recolhimento de imediato, evitando o agravamento da multa. Diz que após o recebimento da informação do valor devido, fará o contato com o setor de cobrança da DAT Metro para a sua consecução.

Quanto à informação fiscal de que o produto “Papel Alumínio” utilizado especificamente para acondicionar e cobrir alimentos para cozimento está sujeito à substituição tributária, na categoria Artigos de Papelaria, o defensor não concorda, alegando que sua utilização foge ao conceito técnico e gramatical de Artigos de Papelaria, bem como ao conjunto de produtos que o compõe. Por mais que se queira aceitar a ligação entre tais tipos de produtos, se a Legislação Tributária não esclarece tal fato em seu conteúdo, não se pode interpretar a Legislação de forma extensiva, mesmo que o faça através de Solução de Consulta, passível de novas interpretações. O legislador tem o dever de tornar cristalino o real espírito da Lei e de suas Normas Complementares.

4. CONVÊNIO ICMS 74/97 – TINTA, VERNIZES E OUTROS MATERIAIS: Não concorda com o autuante de que o produto Tinta em Pó Hidracor foi utilizado com NCM 2522.3000, incorretamente, afirmando que o produto em tela é adquirido do fornecedor Tinta Hidracor S/A, que sempre utilizou a mencionada NCM, por orientação da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil, mais de 20 anos. Para confirmação do alegado, anexa a NF-e nº 132.337, emitida em 17/08/2012 (Documento 5).
5. PROTOCOLO ICMS 41/08 – PEÇAS AUTOMOTIVAS: Diz que as informações fiscais dão conta de que os produtos Extintor à base de pó ABC 8K, Extintor à base de pó ABC 6K, Extintor à base de pó ABC 3K, e Extintor à base de pó ABC 2K são de uso veicular. Entretanto, conforme pode

ser observado na cópia da NF-e emitida pelo fabricante Resil Comercial Industrial Ltda., NF-e 279.389, de 10/11/2016 (Documento 06), na própria descrição dos produtos vem informado que os mesmos não são de uso automotivo. Informa que o próprio fabricante em e-mail datado de 21/11/2016 (Doc. 07), conforme as alegações defensivas, esclarece que apenas o Extintor à base de pó ABC 2K é de uso automotivo, razão pela qual o defendant solicita do autuante que apure o exato valor do tributo devido para efetuar o pagamento de imediato, evitando o agravamento da multa.

6. PROTOCOLO ICMS 190/09 – ARTIGOS DE COLCHOARIA: Não concorda com a informação do autuante de que o produto “Colchão Inflável Veludo” foi utilizada a NCM 3926.9090 de forma incorreta, baseado no fato de que o colchão possui a base de plástico. Para rebater as alegações fiscais o defendant anexa cópia de duas Soluções de Consulta, editadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil nºs 133 de 22/08/2005 e 25 de 05/02/2010 (Doc. 08), Órgão responsável para dirimir todas as dúvidas acerca da correta classificação fiscal de mercadorias. Afirma que os produtos em tela são adquiridos do fornecedor Mor Distribuidora de Artigos de Lazer Ltda. que sempre utilizou a mencionada NCM, por orientação da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil, o que pode ser confirmado por sua NF-e nº 24.495, emitida em 02/05/2012 (Documento 09).
7. PROTOCOLO ICMS 27/10 – MATERIAL DE LIMPEZA: Em relação aos PRODUTOS USADOS COMO INSUMO AGROVETERINÁRIO E APLICADO EM GRANDES AMBIENTES RURAIS, aceita o posicionamento do autuante e solicita que seja apurado o exato valor do tributo devido para efetuar o pagamento de imediato, evitando com isso o agravamento da multa.

Quanto aos produtos supostamente fora do Acordo Interestadual sob discussão, diz que as informações fiscais dão conta de que os produtos Repelente Cão Citronela, NCM 3003.9031; Repelente Eletrônico, NCM 8541.6090 e NCM 8543.2000 e Vassoura para Grama NCM 8201.3000, tiveram suas NCMs utilizadas incorretamente, o que pode até subentender que o impugnante o tenha feito com o intuito de escapar da tributação antecipada, o que não condiz com a verdade. Afirma que os produtos em tela são adquiridos dos fornecedores: a) Brasfar Indústria e Distribuidora de Produtos Veterinários; b) M> Produtos Eletrônicos Ltda.; c) EDWI Indústria Eletrônica Ltda. e d) Tramontina Multi S/A, respectivamente, os quais sempre utilizaram as mencionadas NCMs, por orientação da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil, o que pode ser confirmado através de suas NF-e de nºs 329 de 22/12/2012; 933 de 03/05/2012; 696 de 16/05/2012 e 155.666 de 31/05/2012, respectivamente (Documento 10).

No caso do produto “Vassoura para Grama NCM 8201.3000, informa que apresenta, adicionalmente, a Solução de Consulta editada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, nº 141 de 08/11/2010 (Documento 11).

Por fim, requer o cancelamento do presente Auto de Infração, por sua inconsistência e nulidade de alguns lançamentos, mesmo que em parte, e no mérito, extinção do lançamento fiscal, na parte que se confirmar incorreta, pelas razões e fundamentos apresentados.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 423/424 afirmando que em relação às alegações defensivas, os supostos elementos de prova necessitam chegar ao conhecimento da Fiscalização para que, conforme o caso, sejam devidamente contraditados. Entende que a ausência desta medida compromete o desenvolvimento regular do presente processo administrativo e se tal correção não for imediatamente sanada, fatalmente haverá retrocessos de tramitação.

Diz que o defendant acena para o pagamento de imposto concernente a várias situações, inclusive aquelas alertadas nas informações fiscais anteriores, notadamente às fls. 323/324, e outras posteriormente reconhecidas com de cobrança precedente.

Entende que o processo deve ser encaminhado ao setor de preparo no sentido de o sujeito passivo ser novamente intimado para apresentar as comprovações necessárias, inclusive a

juntada dos comprovantes de recolhimento, e o PAF retornar à Fiscalização para serem produzidas novas informações fiscais.

O defensor foi intimado na forma solicitada, e apresentou requerimento à fl. 428 solicitando emissão do DAE para recolhimento da parte reconhecida do Auto de Infração.

Nova informação fiscal foi prestada às fls. 440 a 442, dizendo que o autuado diligenciou no sentido de pagar a parte por ele conformada, sem onerar progressivamente as penalidades, resultando no montante de R\$119.597,21 (fl. 436).

Esclarece que em relação às Torneiras, nada de novo foi acrescentado, de modo que se continua sustentando o seu enquadramento na NCM 8481. Informa que os demais Plásticos na Posição 3924, inexistem restrições no Acordo Interestadual respectivo de que a tributação antecipada só se aplica para produtos usados exclusivamente em residências. Menciona que a substituição tributária para a frente não constitui um malefício fiscal, mas um regime jurídico de previsão constitucional que atrai situações jurídicas que nela se enquadrem.

Sobre os artigos de papelaria, diz que em relação a Papel Chamex, o sujeito passivo acenou pelo recolhimento, nada mais restando a discutir neste particular.

Quanto ao Papel Alumínio diz que a autuação contou com o respaldo de posicionamento exarado pela SEFAZ baiana através de sua Diretoria de Tributação (DITRI), ao responder positivamente consulta (fls. 355/356) na linha de enquadrar a citada mercadoria na substituição tributária.

No que se refere a Tinta em pó, afirma que a empresa insiste em considerar o produto como cal, embora reconhecidamente seja o produto resultante da mistura de cal e pigmentos. Assim, as misturas não podem ser enquadradas no Capítulo 25 da NCM, conforme proibição expressa contida nas notas introdutórias de esclarecimentos ali contidas.

Em relação aos extintores veiculares, informa que os tipos “CO2 6K”, “Pó BC 6K” e “Pó BC 4K” foram retirados do Auto de Infração. O tipo “Pó ABC 2K” foi admitido pelo contribuinte como incluso na ST. Os tipos “Pó ABC 4K”, “6K” e “8K” são veiculares, conforme anunciado no próprio site do fabricante, e não foi apresentada pelo autuado qualquer contraprova para desmentir tal afirmação.

Sobre o “Colchão Inflável Veludo” afirma que a defesa apresentada não teve força de desmontar o raciocínio construído nas informações fiscais anteriores. Nenhuma prova adicional em sentido contrário foi apresentada pelo sujeito passivo.

Sobre os materiais de limpeza diz que os produtos apontados no item 8.1 da informação fiscal tornou-se parte incontroversa com o recolhimento do crédito tributário correspondente. Afirma que os produtos apontados no item 8.3 da informação fiscal anterior – “Vassoura para grama” o defensor não teve força de desmontar o raciocínio construído nas informações fiscais anteriores. Nenhuma prova adicional foi apresentada pelo sujeito passivo.

Finaliza pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração, e que sejam homologados os valores já recolhidos pelo defensor.

Como na última informação fiscal o autuante apresentou comentários que eram de conhecimento do autuado, e não juntou aos autos qualquer demonstrativo ou documento novo, não houve necessidade do retorno do PAF para intimar o defensor a tomar conhecimento da referida informação fiscal.

VOTO

Inicialmente, constato que apesar de não ter sido argüida questão específica de nulidade, o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no

presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

As infrações 01 a 07, tratam de exigência do imposto decorrente da falta de 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, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2013.

Infração 01: 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, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2013. MATERIAL DE CONSTRUÇÃO – ANEXO I – fls. 21 a 56.

O defensor alegou que verificando as Notas Fiscais Eletrônicas listadas no levantamento fiscal constatou que o tributo em questão está corretamente retido (Documento 02). Citou como exemplos as mercadorias, 22019 – Joelho 90 ESG Krona c/ 50; 16324 – Torneira Filtro Automática; 16325 – Torneira Filtro ABS Autom. Cromada.

Também alegou que várias mercadorias NCM 3924.9000 estariam sujeitas ao ICMS devido por Substituição Tributária, por pertencerem ao grupo de “Artefatos de Higiene e Toucador de Plástico”, o que não se pode considerar em sua totalidade, uma vez que esta NCM abrange produtos com finalidades e aplicações diversas. Citou como exemplos as seguintes mercadorias: 16421 – Suporte Garrafão AG. Mineral Plast. c/ 4; 65344 – Bacia Plast. Canel. Arqplast; 10524 – Cesto Redondo c/ Tampa Gol Arqplast; 10315 – Cabide Plástico Adulto Reforçado (12x3); 10503 – Balde Plástico 15 L Frisado.

Em relação aos materiais de construção, constantes no Protocolo ICMS 26/2010, na informação fiscal, o autuante disse que as mercadorias estão enquadradas no item 10 do Anexo Único do Protocolo sob discussão, isto é, “Artefatos de higiene/toucador de plástico”, NCM 3924. Assim, há mercadorias que se encaixam na posição 3924.1000 ou 3924.9000, todas espécies do gênero antes citado. Informou que os materiais que compõem o novo demonstrativo apensado aos autos com a informação fiscal são de plástico e constituem artefatos de toucador ou de higiene, todos da “família” 3924 da NCM.

Esclareceu que as torneiras (tidas como posicionadas na NCM 8421.2100 e fitas isolantes (classificadas na posição 3920.4039, estão previstas no item 7 do Anexo Único do Protocolo ICMS 26/2010, consideradas como materiais usados na construção civil. Quanto às primeiras, entende que não há razão para classificá-las na posição 8421, pois claramente as torneiras têm previsão expressa no item 84 (NCM 8481) do Anexo Único do citado acordo interestadual. Afirmou que não há dúvidas de que todos os produtos arrolados são artigos de uso doméstico, voltados para a higiene na copa, cozinha, área de serviço e outros ambientes.

Na manifestação após a informação fiscal o defensor disse que as informações fiscais dão conta de que nas operações com o produto “Fita Isolante”, classificado na posição 3920.4390, é devido o ICMS ST, o que o impugnante concorda com o posicionamento fiscal, motivo pelo qual sempre efetuou a sua retenção e o respectivo recolhimento, o que pode ser confirmado pelas informações contidas nas NFs 2.385.306 e 2.290.458 (Documento 01).

Não concordou com a informação do autuante de que nas operações com o produto “torneiras” foi utilizada a NCM 8421.2100, incorretamente, com o intuito de escapar da tributação antecipada. Informa que os produtos em tela, na realidade, são Filtros/Purificadores de água conjugados com uma torneira, o que pode ser confirmado pelas Notas Fiscais emitidas pelos estabelecimentos industriais que fornecem os mencionados produtos ao impugnante. Citou os produtos e as respectivas notas fiscais de aquisição (Documentos 2, 3 e 4)

Observo que em relação à obrigação de o contribuinte fazer a retenção ou antecipação do ICMS quanto às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, devem ser considerados os produtos que apresentem a mesma especificação e respectiva NCM, e não importa a intenção

do legislador ao estabelecer tal especificação. Deve ser levado em consideração se o produto foi incluído na substituição tributária e a data de sua inclusão conforme previsto em acordos interestaduais.

A descrição constante nos documentos fiscais objeto da autuação deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM, para se concluir se determinado produto encontra-se, ou não, enquadrado na substituição tributária. Assim, devem ser incluídos apenas os produtos que apresentem a mesma especificação e respectiva NCM.

O Protocolo ICMS nº 26/2010 dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, ficando atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes.

Em relação aos produtos veda rosca, lona plástica e fita isolante, tais produtos se encontram no Anexo Único do Protocolo ICMS nº 26/2010, NCM 3919, 3920 e 3921. Por outro lado, acato a informação do autuante de que as mercadorias que se encaixam na posição 3924.1000 ou 3924.9000, são todas espécies do gênero, correspondentes à NCM 3924, e os materiais que compõem o novo demonstrativo apensado com a informação fiscal são de plástico e constituem artefatos de toucador ou de higiene, todos da “família” 3924 da NCM.

Quanto às torneiras, encontram-se no item 84 do referido Anexo Único, NCM 84.81. Neste caso, considerando que a torneira constante no levantamento fiscal à fl. 56 consta NCM 8421.2100, e o esclarecimento do defendant de que os produtos em tela, na realidade, são Filtros/Purificadores de água conjugados com uma torneira, o que pode ser confirmado pelas Notas Fiscais emitidas pelos estabelecimentos industriais que fornecem os mencionados produtos, entendo que o valor correspondente deve ser excluído do débito apurado.

No que diz respeito aos demais produtos plásticos pertencentes à posição 3924 da NCM, não acato o entendimento do defendant que esses produtos com finalidade e aplicações diversas, não devem ser passíveis de substituição tributária. Os mencionados produtos com código de NCM 3924 se encontram previstos no referido Protocolo, inexistindo qualquer vedação à exigência do imposto relativo à substituição tributária.

Dessa forma, concluo pela subsistência parcial deste item do presente lançamento, acatando os novos cálculos do autuante, conforme demonstrativo à fl. 348, ficando reduzido o débito relativo ao mês 12/2013 para R\$33.305,98 e o débito total para R\$620.913,48.

Infração 02: 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, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2013. PAPELARIA – ANEXO VI - fls. 127 a 183.

O defendant alegou que a falta de retenção do ICMS devido por Substituição Tributária para os produtos PAPEL CHAMEX e PAPEL CHAMEQUINHO, NCM 4802.5610, não procede, uma vez que, verificando as Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e listadas no levantamento fiscal, o tributo em questão está corretamente retido (Documento 03), o que também desqualifica a presente autuação.

Disse que também foi informado no arquivo eletrônico da fiscalização, que várias operações comerciais ali listadas estariam sujeitas ao ICMS devido por Substituição Tributária, porém tais operações foram realizadas com empresas públicas, não contribuintes do ICMS, estabelecidas no Estado da Bahia, que adquirem mercadorias para uso e/ou consumo próprio, cuja legislação do ICMS as equipara a operação interna do Estado de Minas Gerais, sujeita à alíquota de 18%, não configurando fato gerador do ICMS ST, o que desqualifica a autuação fiscal.

Em relação ao Protocolo ICMS 28/2010, concernente a artigos de papelaria, na informação fiscal o autuante disse que foi realizada a revisão dos lançamentos com base nas alegações apresentadas

pelo defensor, e ainda remanesceram dois tipos de artigos de papelaria que estão contemplados no Anexo Único do referido Protocolo. O primeiro deles é o Papel Chamex, NCM 4802.5610, item 38 do citado Anexo Único.

Informa que tais papéis foram mantidos no levantamento fiscal, quando não tiveram o ICMS ST calculado, pois muitos deles já tiveram as operações mercantis correspondentes submetidas à retenção.

Na manifestação apresentada o defensor concorda com o posicionamento do autuante de que nas operações com o produto “Papel Chamex”, classificado na posição 4802.5610, é devido o ICMS ST, motivo pelo qual solicita que seja determinado o exato valor devido e permissão para efetuar o recolhimento de imediato. Assim, inexistem divergências após a defesa e a informação fiscal.

Quanto à informação fiscal de que o produto “Papel Alumínio” utilizado especificamente para acondicionar e cobrir alimentos para cozimento foi considerado pela fiscalização que está sujeito à substituição tributária, na categoria Artigos de Papelaria, o defensor não concorda, alegando que sua utilização foge ao conceito técnico e gramatical de Artigos de Papelaria, bem como ao conjunto de produtos que o compõe.

O Protocolo ICMS nº 28, de 20 de janeiro de 2010, dispõe sobre a substituição tributária nas operações com artigos de papelaria, constando no item 35 do Anexo Único, o produto papel laminado e papel espelho, NCM 7607.11.90. Neste caso, independentemente da destinação que se dê ao produto, o enquadramento legal indica a necessidade de retenção do imposto pelo Contribuinte.

Acato os novos demonstrativos elaborados pelo autuante e conlui pela subsistência desta infração, no valor total de R\$30.814,87, conforme demonstrativo à fl. 349.

Infração 03: 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, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012; junho, julho, agosto e outubro de 2013. TINTAS – ANEXO VII – fls. 185 a 196.

O defensor alegou que o tributo exigido está corretamente retido (Doc. 06). Disse que também foi informado que a mercadoria TINTA EM PÓ HIDRACOR, NCM 2522.3000, em cores variadas, estaria sujeita ao ICMS devido por Substituição Tributária, por supostamente pertencer ao grupo de Tintas e Vernizes, o que não procede, devido ao fato de que a NCM em questão não foi incluída no Convênio ICMS nº 74/94 (Documento 05).

Na informação fiscal, o autuante disse que em relação a Tintas, Vernizes e outros materiais constantes no Convênio ICMS 74/94, foi realizada revisão do levantamento fiscal com base nos argumentos apresentados pelo defensor, e um único tipo de tinta ainda continua objeto da presente cobrança.

Trata-se da “Tinta em pó Hidracor”, considerada como cal pelo contribuinte, no seu entender uma tinta pertencente ao Capítulo 25 da NCM, quando na verdade só se comportam ali as cales que não sejam misturadas com pigmentos.

Informou que o produto em tela constitui uma mistura entre cal e pigmentos e, nestas condições, deixou de ser cal propriamente dita, passando a ser uma tinta para pintar superfícies, destinada a populações de reduzido poder aquisitivo, por ter preços inferiores às tintas à base de polímeros.

Disse que no próprio site do produtor de tinta (Documento 09) se vê que a mercadoria constitui uma mistura de cal, pigmentos e aditivos, de sorte que jamais poderá ser considerada como cal propriamente dita. Ressaltou que na Bahia já há decisões favoráveis neste sentido, conforme faz prova a ementa que anexou aos autos (Documento 13).

Na manifestação apresentada após a informação fiscal o defendanté não concorda com o autuante de que o produto Tinta em Pó Hidracor foi utilizada com NCM 2522.3000, incorretamente, afirmando que o produto em tela é adquirido do fornecedor Tinta Hidracor S/A, que sempre utilizou a mencionada NCM, por orientação da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil.

O cerne da questão a ser decidida é definir se o produto “tinta em pó” é tinta sujeita à substituição tributária interestadual prevista no Convênio ICMS 74/94,

O mencionado Convênio ICMS 74/94 estabelece normas sobre regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química. Dessa forma, nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas no anexo do referido Convênio fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações de saídas subsequentes, ou na entrada para uso ou consumo do destinatário.

Como já mencionado neste voto, para verificar o enquadramento ou não de determinada mercadoria deve ser observada a sua adequação ao código de NCM e a respectiva descrição constantes da norma respectiva. No caso em exame, embora a mercadoria em comento não esteja classificada na mesma posição de NCM, as sua descrição constante nos documentos fiscais corresponde àquela contida na norma específica, ficando confirmada sua aplicabilidade ao enquadramento no regime de substituição tributária.

Os componentes da tinta em pó (Polímero, endurecedor, pigmentos, etc.) são misturados num equipamento misturador, e o autuante informou que no próprio site do fabricante, consta a informação de que a mercadoria constitui uma mistura de cal, pigmentos e aditivos. Dessa forma concordo com o posicionamento do autuante de que as tintas e vernizes à base de polímeros sintéticos ou de polímeros naturais modificados, dispersos ou dissolvidos em meio aquoso estão enquadrados no referido Convênio. Acato os novos demonstrativos do autuante e conluso pela subsistência desta infração, no valor total de R\$1.088,38, conforme demonstrativo à fl. 350.

Infração 04: 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, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012; janeiro, fevereiro e abril de 2013. AUTOPEÇAS – ANEXO IV – fls. 111 a 123.

O defendanté alegou que não procede a exigência do imposto pela falta de retenção do ICMS devido por Substituição Tributária para a mercadoria EXTINTOR DE INCÊNDIO RESIL PÓ BC 6K, código 44214, uma vez que se trata de um produto unicamente de uso residencial e comercial, não possuindo finalidades automotivas, dado à sua capacidade de carga e componentes químicos, não estando sujeito à incidência do ICMS ST (Documento 07).

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que em relação ao Protocolo ICMS 41/08, relativo a peças automotivas, a cobrança recaiu sobre extintores de incêndio da marca “Resil”, cujas apresentações afetadas foram as relacionadas à fl. 330. Informou que as três primeiras apresentações foram retiradas dos levantamentos fiscais, e as demais foram mantidas, porque se referem a extintores para uso veicular. Os tipos mantidos de extintores encontram submissão ao Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08.

Na manifestação apresentada, o defendanté afirmou que as informações fiscais dão conta de que os produtos Extintor à base de pó ABC 8K, Extintor à base de pó ABC 6K, Extintor à base de pó ABC 3K, e Extintor à base de pó ABC 2K são de uso veicular. Entretanto, conforme pode ser observado na cópia da NF-e emitida pelo fabricante Resil Comercial Industrial Ltda., NF-e 279.389, de 10/11/2016 (Documento 06), na própria descrição dos produtos vem informado que os mesmos não são de uso automotivo. Informa que o próprio fabricante em e-mail datado de 21/11/2016 (Doc. 07), esclarece que apenas o Extintor à base de pó ABC 2K é de uso automotivo, razão pela qual o defendanté solicita do autuante que apure o exato valor do tributo devido para efetuar o pagamento de imediato, evitando o agravamento da multa.

O autuante reafirma o seu posicionamento de que, em relação aos extintores veiculares, os tipos “CO2 6K”, “Pó BC 6K” e “Pó BC 4K” foram retirados do Auto de Infração. O tipo “Pó ABC 2K” foi admitido pelo contribuinte como incluso na ST. Os tipos “Pó ABC 4K”, “6K” e “8K” são veiculares, conforme anunciado no próprio site do fabricante, e não foi apresentada pelo autuado qualquer contraprova para desmentir tal afirmação.

Foi acostada aos autos (fls. 378/381), cópia da Resolução nº 157, de 22/04/2004, do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, estabelecendo que veículos poderão circular com extintor de incêndio com carga de pó ABC, ficando especificada a capacidade mínima de carga útil de acordo com o tipo de veículo.

Concordo com o posicionamento do autuante de que os extintores dos tipos “Pó ABC 4K”, “6K” e “8K” são veiculares, conforme anunciado no próprio site do fabricante, cópia à fl. 363. Infração subsistente em parte, no valor total de R\$4.888,07, de acordo com o demonstrativo do autuante à fl.351.

Infração 05: 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, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012; janeiro, fevereiro, abril e junho de 2013. MATERIAL DE LIMPEZA – ANEXO II – fls. 57 a 84.

O autuado alegou que, verificando as Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e listadas no levantamento fiscal, o tributo exigido está corretamente retido (Documento 08). A título de exemplo citou as mercadorias 29069 – Pedra Sanitária Cheiro Bom/Sany e 29483 – Limpa Forno Diabo Verde 250 g.

Disse que foi informado no arquivo eletrônico da fiscalização que várias mercadorias, de uso agrícola e veterinário, estariam sujeitas ao ICMS devido por Substituição Tributária, por supostamente pertencerem ao grupo de Material de Limpeza, o que não procede, haja vista que tais mercadorias, por não serem de uso doméstico, não tem aplicação domissanitária direta, requisito básico para a incidência do ICMS devido por ST (Documento 09). Citou como exemplos as mercadorias 1273 – K-othrine Bart/Mos/Mosq e 1061 – Formicida Grão Forte.

Também alegou que foi informado no arquivo da fiscalização que várias mercadorias de uso agrícola e veterinário, na verdade apenas passíveis de estorno de crédito de ICMS quando das saídas internas com isenção desse tributo, estariam sujeitas ao ICMS devido por Substituição Tributária, por supostamente pertencerem ao grupo de Material de Limpeza, o que não procede.

Na informação fiscal, quanto ao Protocolo ICMS 27/2010, relativo a material de limpeza, o autuante disse que a defesa trilhou uma linha de sustentação à qual a informação fiscal seguiu para rebater, para facilitar o julgamento:

1. PRODUTOS USADOS COMO INSUMO AGROVETERINÁRIO E APLICADO EM GRANDES AMBIENTES RURAIS: Informou que ao examinar na Internet tais produtos, constatou que, de fato, são empregados como insumos agroveterinários e aplicados em grandes ambientes rurais, não tendo uso exclusivo domissanitário direto, conforme enumera um dos itens do Anexo único do Protocolo ICMS 27/10, e a fiscalização constatou que alguns deles estão nesta condição, merecendo ser excluídos do levantamento fiscal. Alguns deles, supostamente tidos como agroveterinários aplicados em extensões rurais, na verdade são de uso domiciliar, a serem mantidos na autuação: Mata Mosca Clerat (NCM 3808.9199); Raticida Klerat (NCM 3808.9996); Raticida Tatonil (NCM 3808.9026); Coleira Anti-Pulgas (NCM 3808.9999); Fortis Inseticida (NCM 3818.9199) e Repelente Off (NCM 3808.9199)
2. PRODUTOS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES ISENTAS, OBJETO DE AUTUAÇÃO PELA DAT SUL: Informou que o defendente apontou algumas mercadorias cujas operações tiveram o crédito fiscal glosado quando ingressaram no estabelecimento situado na Bahia, exatamente porque as saídas subsequentes têm a previsão de isenção do imposto. Disse que existem dois autos de infração lavrados contra a filial baiana do estabelecimento autuado (AI 269197.0013/14-3 e AI 279463.0004/15-7), com parcelamento sendo pago (Documentos 26 e 27). Como a substituição

tributária para a frente visa tributar antecipadamente operações de saída futuras e como estas *in casu*, estão desoneradas do ICMS, reconheceu que assiste razão ao defendant, sendo as mercadorias nesta situação, devidamente retiradas dos levantamentos fiscais.

3. PRODUTOS SUPOSTAMENTE FORA DO ACORDO INTERESTADUAL SOB DISCUSSÃO. Disse que o defendant alega que alguns produtos não encontram subsunção no Protocolo ICMS 27/10, por não terem suas NCMs previstas no Anexo Único. Entende que houve equívoco na classificação escolhida pelo autuado.

Na manifestação apresentada pelo defendant após a informação fiscal, foi informado que em relação aos PRODUTOS USADOS COMO INSUMO AGROVETERINÁRIO E APLICADO EM GRANDES AMBIENTES RURAIS, aceita o posicionamento do autuante e solicita que seja apurado o exato valor do tributo devido para efetuar o pagamento de imediato, evitando com isso o agravamento da multa.

Na última informação fiscal o autuante disse que em relação aos materiais de limpeza os produtos apontados no item 8.1 da informação fiscal tornou-se parte incontroversa com o recolhimento do crédito tributário correspondente. Afirmou que os produtos apontados no item 8.3 da informação fiscal anterior – “Vassoura para grama” o defendant não teve força de desmontar o raciocínio construído nas informações fiscais anteriores. Nenhuma prova adicional foi apresentada pelo sujeito passivo.

Após a informação fiscal, a discussão se restringe aos produtos que o defendant entendeu estariam fora do regime de substituição tributária. Quanto aos repelentes, efetivamente, consta no Anexo do Protocolo 27/2010, os seguintes produtos: Inseticidas, rodenticidas, fungicidas, raticidas, repelentes e outros produtos semelhantes, apresentados em formas ou embalagens exclusivamente para uso domissanitário direto. Neste caso concordo com o autuante de que deve ter ocorrido equívoco do Contribuinte na informação referente ao código de NCM. Também se encontram no referido Protocolo as vassouras, escovas e rodos.

No caso em comento, embora as referidas mercadorias não tenham sido classificadas pelo Contribuinte na mesma posição de NCM, sua descrição constante nos documentos fiscais corresponde àquela contida na norma específica, ficando confirmada sua aplicabilidade ao enquadramento no regime de substituição tributária. Infração parcialmente subsistente, no valor total de R\$143.639,12, de acordo com o demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 354 dos autos.

Infração 06: 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 meses de julho e agosto de 2012. PILHAS E BATERIAS – ANEXO V – fls. 124 a 126.

O defendant afirmou que não procede a exigência do imposto por substituição tributária para as mercadorias PILHA RAYOVAC e PILHA PANASONIC, NCM 8506.1020 e PILHA RECARREGÁVEL, NCM 8507.8000, uma vez que, verificando as Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e listadas no mencionado arquivo eletrônico, o tributo em questão está corretamente retido (Documento 12).

Na informação fiscal, em relação ao Protocolo 18/85, referente a pilhas e baterias elétricas, o autuante disse que foi realizada nova conferência nos levantamentos fiscais e constatado que procede a afirmativa de que as retenções e recolhimentos foram devidamente efetuados pelo sujeito passivo. Não há, quanto a esta classe de produtos, diferenças a exigir.

Conforme previsto no Protocolo 18/85, nas operações interestaduais com pilhas e baterias de pilha classificadas na posição 8506, acumuladores elétricos, classificados nas posições 8507.30.11 e 8507.80.00 é atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às saídas subsequentes, bem como à entrada destinada a uso ou consumo do estabelecimento destinatário.

Considerando que após a defesa apresentada e a informação fiscal inexiste divergências, porque o autuante reconhece que procede a alegação do defendant, bem como as comprovações apresentadas, relativamente aos recolhimentos efetuados, concluindo que inexiste diferença a exigir. Dessa forma, voto pela insubsistência deste item do presente lançamento.

Infração 07: 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, no período de março de 2011 a dezembro de 2012; fevereiro, abril, junho a dezembro de 2013. COLCHOARIA – ANEXO III – fls. 85 a 110.

O impugnante alegou que não subsiste a exigência fiscal, uma vez que, verificando as Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e listadas no levantamento do autuante, o tributo em questão está corretamente retido (Documento 15). Citou como exemplos as mercadorias 49049 – Colchão Solt. D28 78x1,88x14 ORTOBOM e 18829 – Colchonete Camping 60x1,80x3 ORTOBOM.

Alegou que também foi informado no arquivo eletrônico em foco, que várias mercadorias estariam sujeitas ao ICMS devido por Substituição Tributária, por supostamente pertencerem ao grupo de Colchoaria, o que não procede, devido ao fato de que as NCMs ali listadas, 3926.9090, e 9503.0099, não foram incluídas no Protocolo ICMS nº 190/09 c/c Protocolo ICMS nº 206/10, por corresponderem a colchões do tipo inflável (Documentos nºs 13 e 14).

Na informação fiscal, sobre o Protocolo 190/09, correspondente a Artigos de Colchoaria, o autuante disse que foi realizada a revisão do levantamento fiscal, calcada nos argumentos defensivos, e um único tipo de colchão ainda continua objeto da presente cobrança.

Trata-se do “Colchão Inflável Veludo”, considerado pelo sujeito passivo como classificável na posição 3926 da NCM, somente pelo fato de o colchão ter base de plástico. Afirmou que apesar de ser de plástico, os colchões possuem classificação em outra posição da NCM, a de nº 9404.2. Disse que antes de ser plástico, a mercadoria é um tipo de colchão, e como tal o bem na sua essência há de ser considerado como requisito principal e deve ser levado em conta primeiro, comparado ao tipo de material do qual é feito (elemento secundário).

Na manifestação após a informação fiscal, o defendant não concorda com a informação do autuante de que o produto “Colchão Inflável Veludo” foi utilizada a NCM 3926.9090 de forma incorreta, baseado no fato de que o colchão possui a base de plástico. Afirmou que os produtos em tela são adquiridos do fornecedor Mor Distribuidora de Artigos de Lazer Ltda. que sempre utilizou a mencionada NCM, por orientação da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil.

O Protocolo ICMS 190, de 11 de dezembro de 2009 dispõe sobre a substituição tributária nas operações com colchoaria, atribuindo ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, incluindo colchões, suportes para cama, inclusive “box”, travesseiros e protetores de colchões.

Observo que em relação à obrigação de o contribuinte fazer a retenção ou antecipação do ICMS quanto às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, devem ser considerados os produtos que apresentem a mesma especificação. Neste caso, o Protocolo apresenta descrição de forma genérica no seu Anexo Único (colchões), e a informação constante nos documentos fiscais indica que a mercadoria corresponde àquela contida na norma, o que não afasta sua aplicabilidade à substituição tributária. Acato a revisão efetuada pelo autuante e conluso pela subsistência parcial desta infração, no valor total de R\$16.871,41, conforme demonstrativo à fl. 353 dos autos.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	620.913,48
02	PROCEDENTE EM PARTE	30.814,87

03	PROCEDENTE EM PARTE	1.088,38
04	PROCEDENTE EM PARTE	4.888,07
05	PROCEDENTE EM PARTE	143.639,12
06	IMPROCEDENTE	-
07	PROCEDENTE EM PARTE	16.871,41
TOTAL	-	818.215,33

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206912.0075/15-4, lavrado contra **TECIDOS E ARMARINHOS MIGUEL BARTOLOMEU S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$818.215,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento 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 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2017

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR