

PROCESSO - A. I. Nº 206912.0075/15-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TECIDOS E ARMARINHOS MIGUEL BARTOLOMEU S/A
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0192-03/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/08/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0162-11/18

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 refeitos, mediante revisão efetuada pelo autuante, ficando reduzido o débito originalmente apurado. Infrações subsistentes em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em relação a Decisão da 3ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0192-03/17, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, o qual fora lavrado, em 30/09/2015, para exigir o ICMS de R\$2.067.212,08, acrescido de 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.

Após a devida instrução processual, a 3ª JF decidiu, por unanimidade, pela Procedência Parcial da autuação, conforme voto a seguir transcrito:

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 defendente 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 defendente 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)

Observe 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 subseqüentes.

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 defendente 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 defendente 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 subseqüentes, 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 defendente 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 defendente, 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 defendente 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 defendente 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 concluo 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 subseqüentes, 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 defendente 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 defendente, 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 defendente 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 subseqüentes, 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 concluo 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 subseqüentes, 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 defendente 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 defendente 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 defendente 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 subseqüentes, 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 enuncia 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 subseqüente 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 defendente, sendo as mercadorias nesta situação, devidamente retiradas dos levantamentos fiscais.*

3. **PRODUTOS SUPOSTAMENTE FORA DO ACORDO INTERESTADUAL SOB DISCUSSÃO.** Disse que o *defendente 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 defendente 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 defendente 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 defendente 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, as 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 subseqüentes, 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 defendente 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 subseqüentes, bem como à entrada destinada a uso ou consumo do estabelecimento destinatário.

Considerando que após a defesa apresentada e a informação fiscal inexistem divergências, porque o autuante reconhece que procede a alegação do defendente, bem como as comprovações apresentadas, relativamente aos recolhimentos efetuados, concluindo que inexistem diferenças 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 subseqüentes, 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 defendente 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.

Observe 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 concluo 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	C O N C L U S Ã O	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
T O T A L	-	818.215,33

Com base no art. 169, I, “a” do RPAF/99, a referida Junta de Julgamento fiscal recorreu de ofício da decisão proferida para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

VOTO

Todas as infrações 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. Cada item da autuação trata de um determinado tipo de mercadoria, como segue:

Infração 1 – Material de Construção;

Infração 2 – Papelaria;

Infração 3 – Tintas;

Infração 4 – Autopeças;

Infração 5 – Material de Limpeza;

Infração 6 – Pilhas e Baterias;

Infração 7 – Colchoaria.

A Decisão recorrida, em que o julgador de piso, confirma a subsistência parcial da autuação, analisa, detalhadamente, as razões da defesa e a informação fiscal subsequente, onde são abordados os Protocolos e Convênios que disciplinam a questão da substituição tributária para os

diversos tipos de mercadorias objeto da autuação, concluindo por acatar a revisão efetuada pelo autuante, para decidir pela procedência parcial da autuação, conforme fundamentação a seguir:

Infração 01: MATERIAL DE CONSTRUÇÃO – ANEXO I – fls. 21 a 56.

O Protocolo ICMS 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 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.

Os produtos veda rosca, lona plástica e fita isolante se encontram no Anexo Único do Protocolo ICMS 26/2010, NCM 3919, 3920 e 3921, portanto, sujeitos à substituição tributária.

O Julgador de Piso também acatou 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.

O item “torneiras” encontra-se no item 84 do referido Anexo Único, NCM 84.81 e, por esta razão, foram excluídos da autuação, por se tratar de Filtros/Purificadores de água conjugados com uma torneira, classificado na NCM 8421.2100, que não está relacionado no Anexo Único do Protocolo ICMS 26/2010.

Os demais produtos plásticos pertencentes à posição 3924 da NCM, se encontram previstos no referido Protocolo, inexistindo qualquer vedação à exigência do imposto relativo à substituição tributária.

O Julgador acatou 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: PAPELARIA – ANEXO VI - fls. 127 a 183.

O defendente 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.

O Protocolo ICMS 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, independentemente da destinação que se dê ao produto, o enquadramento legal indica a necessidade de retenção do imposto pelo Contribuinte.

O Julgador de Piso acatou os novos demonstrativos elaborados pelo autuante, subsistindo esta infração, no valor total de R\$30.814,87, conforme demonstrativo à fl. 349.

Infração 03: TINTAS – ANEXO VII – fls. 185 a 196.

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 Julgador entendeu que, embora a mercadoria em comento não esteja classificada na mesma posição de NCM, a sua descrição constante nos documentos fiscais corresponde àquela contida na norma específica, ficando confirmada sua aplicabilidade ao enquadramento no regime de

substituição tributária, concluindo por acatar os novos demonstrativos do autuante pela subsistência desta infração, no valor total de R\$1.088,38, conforme demonstrativo à fl. 350.

Infração 04: AUTOPEÇAS – ANEXO IV – fls. 111 a 123.

Esta exigência refere-se à falta de retenção do ICMS devido por Substituição Tributária para a mercadoria EXTINTOR DE INCÊNDIO.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que só foram mantidos os tipos de extintores relacionados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08.

O Julgador concorda 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 e conclui pela subsistência parcial deste item, no valor total de R\$4.888,07, conforme demonstrativo do autuante à fl.351.

Infração 05: MATERIAL DE LIMPEZA – ANEXO II – fls. 57 a 84.

Neste item, o Autuante, em sua informação fiscal, quanto ao Protocolo ICMS 27/2010, relativo a material de limpeza, rebateu as alegações da defesa, separando os produtos por grupos, para facilitar o julgamento, como segue:

PRODUTOS USADOS COMO INSUMO AGROVETERINÁRIO E APLICADO EM GRANDES AMBIENTES RURAIS: O autuante constatou que alguns produtos, de fato, são empregados como insumos agroveterinários e aplicados em grandes ambientes rurais, não tendo uso exclusivo domissanitário direto, conforme enuncia um dos itens do Anexo único do Protocolo ICMS 27/10, e deveriam ser excluídos do levantamento fiscal. Outros, supostamente tidos como agroveterinários aplicados em extensões rurais, na verdade são de uso domiciliar, a serem mantidos na autuação a exemplos dos classificados nas posições NCM 3808.9199; NCM 3808.9996; NCM 3808.9026; NCM 3808.9999; Fortis Inseticida NCM 3818.9199 e NCM 3808.9199

PRODUTOS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES ISENTAS, OBJETO DE AUTUAÇÃO PELA DAT SUL: O Autuante reconheceu que assiste razão ao defendente, sendo as mercadorias nesta situação, devidamente retiradas dos levantamentos fiscais.

PRODUTOS SUPOSTAMENTE FORA DO ACORDO INTERESTADUAL SOB DISCUSSÃO. Disse que o defendente 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.

Neste caso, embora as referidas mercadorias não tenham sido classificadas pelo Contribuinte na mesma posição de NCM, a 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.: PILHAS E BATERIAS – ANEXO V – fls. 124 a 126.

O defendente 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 a pilhas e baterias elétricas, o autuante reconhece que procede a afirmativa de que as retenções e recolhimentos foram devidamente efetuados pelo sujeito passivo, não havendo diferenças a exigir.

Portanto, restou comprovada a insubsistência deste item da autuação.

Infração 07: COLCHOARIA – ANEXO III – fls. 85 a 110.

Na informação fiscal, sobre o Protocolo ICMS 190/09, correspondente a Artigos de Colchoaria, o

autuante disse que foi realizada a revisão do levantamento fiscal, com base nos argumentos defensivos, e um único tipo de colchão ainda continua objeto da presente cobrança, que é “Colchão Inflável Veludo”, classificado, pela autuada, na posição 3926 da NCM, somente pelo fato de o colchão ter base de plástico, quando, na verdade, os colchões possuem classificação em outra posição da NCM, a de nº 9404.2, já que a mercadoria, mesmo sendo de plástico, é um tipo de colchão, submetendo-se ao Protocolo ICMS 190, de 11 de dezembro de 2009.

Também neste item, o Julgador acatou a revisão efetuada pelo autuante pela subsistência parcial desta infração, no valor total de R\$16.871,41, conforme demonstrativo à fl. 353 dos autos.

Tendo em vista a detalhada análise de cada item da autuação, no voto proferido pelo julgador de piso, entendo não haver reparo a fazer na decisão recorrida. Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, para manter a decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, pelas razões expostas no voto do relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **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 recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$818.215,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. PGE/PROFIS