

A. I. Nº - 207349.0002/15-0
AUTUADO - BCR COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A
AUTUANTES - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS e VERA LUCIA ANDION CORTIZO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.03.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0010-04/18

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

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 09/06/15, exige o ICMS no valor total de R\$160.289,26, em decorrência das seguintes imputações ao sujeito passivo tributário:

Infração 01 – deixou de proceder à retenção do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 190/09), no valor de R\$763,11, e multa de 60% (no período de março a julho de 2011).

Infração 02 – deixou de proceder à retenção do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 26/10), no valor de R\$42.986,11, e multa de 60% (exercícios de 2011 e 2012).

Infração 03 – deixou de proceder à retenção do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 27/10), no valor de R\$85.527,06, e multa de 60% (exercícios de 2011 e 2012).

Infração 04 – deixou de proceder à retenção do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 28/10), no valor de R\$9.404,04, e multa de 60% (exercícios de 2011 e 2012).

Infração 05 - deixou de proceder à retenção do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 41/08), no valor de R\$960,70, e multa de 60% (exercícios de 2011 e 2012).

Infração 06 - procedeu à retenção a menos do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de produtos elencados no Convênio ICMS 74/94, realizadas para

contribuintes localizados no Estado da Bahia, no valor de R\$160,47, e multa de 60% (exercício de 2012).

Infração 07 - procedeu à retenção a menos do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de produtos elencados no Convênio ICMS 85/93, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no valor de R\$802,71, e multa de 60% (dezembro de 2011).

Infração 08 - procedeu à retenção a menos do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de produtos elencados no Protocolo ICMS 25/10, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no valor de R\$10.284,70, e multa de 60% (no período de novembro a dezembro de 2011 e janeiro de 2012).

Infração 09 - procedeu à retenção a menos do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de produtos elencados no Protocolo ICMS 26/10, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no valor de R\$1.522,17, e multa de 60% (exercícios de 2011 e 2012).

Infração 10 - procedeu à retenção a menos do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de produtos elencados no Protocolo ICMS 28/10, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no valor de R\$17.676,83, e multa de 60% (exercícios de 2011 e 2012).

O autuado apresentou defesa (fls. 47/101). Após observar a tempestividade de sua defesa e transcrever as infrações a ele imputadas, esclarece ser empresa atacadista com sede no Estado de Minas Gerais, possuindo filial no Estado da Bahia na cidade de Feira de Santana.

Em relação à infração 02, alega:

1. O produto "papel contact transparente" não é material de construção e sim, artigo escolar, utilizado para "encapar caderno, fazer colagem etc", com NCM sem previsão no Protocolo ICMS 28/10 (NCM 3919.90.00). Ressalta que o legislador inserindo o termo "uso na construção civil" no Protocolo ICMS 26/10, *"por certo que pretendeu excluir os produtos de aplicação diversa, que não seja na construção civil, não podendo o Agente Fiscal tecer qualquer tipo de interpretação que ignore a literalidade de tal expressão, desvirtuando a norma do objetivo para o qual foi criada e usurpando da competência legislativa da CONFAZ"*. Afirma que a NCM 3919.90.00 não está mencionada no Protocolo ICMS 26/10.

2. O produto "cabo de aço galvanizado" é um cabo de aço de uso geral, nos termos constantes da ABNT NBR ISO 2408:2009 e Portarias Inmetro nº 176/09, 209/09 e 212/10, com elevados níveis de carga mínima de ruptura, direcionados para suportar grandes quantidades de peso, excetuadas as aplicações na mineração, comandos de aeronaves, indústria de petróleo e gás natural, teleféricos e funiculares, elevadores de passageiros e pesca, finalidades para as quais se exigem outros níveis de segurança. O tratamento galvanizado lhe dar maior resistência à corrosão e ao atrito, resultando, assim maior durabilidade. Que embora o aço seja um condutor elétrico, os autuados não são de uso elétrico, mas de uso geral. Apresenta as suas principais características para definir a finalidade do produto e aquelas referentes aos cabos de aço condutores de eletricidade, que, diz, pressupõe o atendimento de outras normas da ABNT e do INMETRO, que não coincidem com as estabelecidas pelas normas ora referidas, com inúmeras variações e critérios estabelecidos de acordo com a voltagem, dentre outras variáveis.

E, quanto a sua classificação fiscal, em que pese o fato de se enquadrarem na NCM 7312.10.90, exatamente como determina a Receita Federal, não guardam relação com a descrição constante do Anexo Único do Protocolo 26/10.

No que tange à infração 03, aduz o seguinte:

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

A respeito da infração 04 argumenta:

1. O produto “Barbante de Algodão” não se enquadra em nenhuma das NCM’s indicados no Protocolo ICMS 28/10, pois é barbante composto de 100% de algodão, possuindo a classificação fiscal 5205.31.00. Afirma que no intuito de dirimir qualquer dúvida quanto à classificação fiscal, deve-se recorrer a NESH (Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias - aprovada pela Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 807/08), que determina de forma taxativa os requisitos que o produto precisa ter para ser alcançado pela NCM 5205.
2. O produto “Bobina Térmossensível” é uma bobina de papel termossensível, do tipo utilizada exclusivamente em equipamentos de impressão de cupom fiscal (ECF), classificada na NCM 4811.90.10, a qual não é mencionada no Protocolo ICMS 28/10, nem, tampouco, no Regulamento de ICMS da Bahia. Apresenta os vários tipos de bobinas de papel e afirma que a planilha elaborada pela fiscalização não apontou qual é a NCM adotada pelo Estado da Bahia para o produto em questão, porém acredita (partindo da MVA utilizada) que foi enquadrado no item 23 do referido Protocolo, no qual ele não consta.

Quanto á infração 05, assim se posiciona:

1. O produto “Orelha Lateral P/Liberty Four PTO (41/08)” é um protetor de orelha, classificado no NCM 6507.00.00, que nada mais é que um acessório de capacete, vendido separadamente. Ou seja, em relação à segurança, tanta faz ter ou não, resumindo-se em item de decoração. Observa que de acordo com Instrução Normativa RFB nº 807, de 11 de janeiro de 2008, da Receita Federal do Brasil, a aplicação da NCM 6506.10 é exclusiva aos capacetes (seja para motociclistas ou qualquer outro tipo de capacete), não estendendo tal aplicação a suas “partes e acessórios”. Por outro lado, na TIPI consta a classificação fiscal 6507 que abrange as partes e acessórios de chapéus e capacetes, a qual não se encontra incluída no Protocolo ICMS 41/08.
2. o produto "Bico de bomba de encher pneu" é uma mangueira com um bico próprio para ser acoplado em bomba de ar manual, classificado na NCM 8414.90.10, de acordo com a Receita Federal (Solução de Consulta nº 17/2007), não estando portanto abrangido pelo Protocolo ICMS 41/08.
3. O produto "Compressor de ar" não é de uso exclusivo automotivo e não guarda nenhuma relação com os compressores a que se refere o Protocolo ICMS 41/08, que são peças instaladas junto aos motores dos veículos para aumentar a sua potência.

Após descrever os compressores de ar para utilização automotiva (e objeto do Protocolo ICMS 41/08), diz que aqueles que comercializam são multiuso, *“versáteis, utilizados para encher todos os tipos de infláveis, como bolas, colchões, bexigas, boias, etc.”*, além de pneumáticos de carros, motos, bicicletas, carroças etc.

Neste momento e antes de adentra às demais infrações, abre discussão sobre a existencia do *bis in idem* na autuação.

Diz que sua filial neste Estado somente recebe mercadorias por transferências por ela feitas. Sendo sua a responsável tributária do imposto ora guerreado, em algumas ocasiões entendeu não ser cabível o recolhimento do ICMS por substituição tributária. Em assim sendo, não o recolheu.

Acontece que sua filial foi autuada (AI nº 210319.0311/14-4), por responsabilidade solidária e cujos produtos foram: “Bonina Maq. Calcular”, Bobina PDV”, Inseticida Kaocid Pó”, “Inseticida Mata Baratas Gel”, “Inseticida Mata Formiga Gel”, “Mangueira”, “Pincel Esc Art Condor”, “Rebite Alumínio Milla” e “Travesseiro Plumax Percal 50x70”. Sua filial acatou parcialmente a imputação, recolhendo o imposto exigido.

Para sua surpresa se está a exigir o mesmo imposto outrora autuado e recolhido por sua filial neste Estado da Bahia. Apresenta cópia do levantamento fiscal do nominado Auto de Infração referente ao produto “rebite”

Indica os números das notas fiscais que devem ser excluídas da autuação e afirma que deve ser excluído o valor de R\$29.292,21 das infrações 01, 02, 03, 04 e 05.

Após tais argumentos, passa a contetar a infração 06. Alega que o produto "Micro-óleo Lubrificante e Anticorrosivo" funciona mais como lubrificante do que anticorrosivo, devendo, portanto, ser enquadrado no Convênio ICMS 110/07 (combustíveis). Menciona o Parecer nº 06307/2009 da Sefaz/BA. Além do mais, quando de suas operações comerciais, aplicou a MVA de 30%, conforme Convênio ICMS 110/07 e não de 35%, como fez o autuante ao incluir tal produto no Convênio ICMS 74/94.

No que diz respeito à infração 09, contesta os seguintes produtos:

O produto “Saboneteira de Embutir - LB1”. Diz tratar-se de porta sabonete de embutir, com estrutura de plástico e tampa de aço, enquadrado na NCM 3925.90.00, conforme Decisão Nº 10 de 22 de Fevereiro de 1999 da Secretaria da receita Federal. Em assim sendo, utiliza a MVA correta, nos termos do item 11 do Protocolo ICMS 26/10.

O produto "Chuveiro de Plástico /Registro" ao contrário daqueles comuns, de fato *“guardam relação com os descritos na posição NCM 81.84 já que são nada mais do que torneiras, dotadas de um registro próprio e trazendo em sua extremidade um difusor, que se encarrega de distribuir a água uniformemente por uma área maior”*. E, *“tomando-se, pois, a MVA original afeta à citada NCM, qual seja, 34%, conforme item 84 do Anexo Único do Protocolo ICMS 26/10, e aplicando-lhe os ajustes previstos no próprio Protocolo, chega-se a uma MVA de 50% (cinquenta por cento), justamente a que foi aplicada pela Impugnante. Conclui-se, portanto, que o suposto recolhimento a menor do ICMS-ST relativo aos produtos em questão jamais ocorreu, sendo certo que a autuação só se deu em razão da errônea classificação fiscal realizada pelo Agente Fiscal do Estado da Bahia, motivo pelo qual devem ser decotadas tais diferenças do crédito tributário exigido”*.

O produto "Boia de caixa de descarga", não é uma boia de caixa de descarga (NCM 7153) e sim uma torneira de flutuador, comumente chamada de “boia” (genericamente chamada de “torneira de boia” ou “torneira de flutuador”), que abre e fecha o dispositivo, conforme a nível de água aumenta ou diminui dentro do recipiente onde é instalado (caixa de descarga). Está classificado na NCM 8481 e prevista no item 84 do Anexo Único do Protocolo ICMS 26/10, consoante a Solução de Consulta nº 31/00 da Receita Federal e parte de trechos que informa ser do Anexo Único (parte 4, fls. 359/360) – Redação dada pela IN RFB nº 1260 de 20/03/2012, que alterou o Anexo Único da IN da Receita Federal – NESH nº 807/2008.

A respeito dos produtos “Caixas Plásticas de Embutir P/ Instalações Elétricas” afirma serem pequenas caixas de plástico abertas, em formatos retangulares, quadrados ou octogonais, destinadas a serem embutidas em paredes ou tetos, para viabilizar instalações elétricas em geral, tais como tomadas, interruptores, campainhas, bocais de lâmpada etc. Apresentam orifícios concebidos para serem acoplados aos dutos plásticos que conduzem os fios elétricos. São elas consideradas acessórias dos tubos, razão pela qual se classificam na NCM 39.17. Para corroborar seu argumento apresenta a Decisão Nº 42 de 20 de maio de 1999 da Secretaria da Receita Federal.

Quanto à infração 10, afirma de que as colas não estão enquadradas no Protocolo ICMS 28/10, que trata da substituição tributária aplicada aos itens de “papelaria”, sendo taxativo em mencionar apenas as “colas escolares”, sendo este, igualmente, o entendimento exarado no Parecer

DAT/DITRI nº 01176/2011, de 18/01/2001. Colas outras existem e que, inclusive, estão enquadradas no regime da substituição tributária.

No presente caso, aduz:

1. “Cola Araldite” - trata-se de adesivos bi componentes à base de resina epóxi, com alto poder de adesão para colagens de pequenas superfícies lisas, porosas ou irregulares como azulejos, madeira, vidro, concreto, pedras, metais e alguns plásticos rígidos (exceto polietileno, polipropileno, nylon e teflon). Produto utilizado em obras e construções, não restando a menor dúvida de que não são colas escolares.
2. “Cola Cascola” - adesivo de contato de alto desempenho, ideal para diferentes materiais e aplicações. É indicado especialmente para a colagem de laminados decorativos, pisos de borracha, couro, metais, lambris e diversos materiais sintéticos em madeiras compensadas, aglomerados, MDF, HDF, concreto, cimento, entre outros. Que o próprio fabricante a trata como adesivo de contato.
3. “Cola Cascorez” - adesivo a base de PVA, de alta performance, ideal para colar madeiras, laminados, papel de parede, ou seja, também é uma cola utilizada na construção civil, fazendo jus ao enquadramento no Protocolo ICMS 26/10.
4. “Cola Madeira” - trata-se de cola de alto desempenho, desenvolvido para colagem de móveis, compensados e aglomerados.
5. “Cola PCV” - adesivo plástico especialmente indicado para colagem de tubos, conexões e peças de PVC em geral, não restando a menor dúvida de que não são colas.
6. “Cola Monta Fixa” - adesivo de montagem extra-forte, indicado para adesão de alta resistência em substratos na construção, decoração, instalações em ambientes internos e externos e pequenos reparos. Adere a uma grande variedade de materiais porosos e não porosos e é indicado para colagem de rodapés, guarnições, arandelas, peças decorativas, entre outros.
7. “Cola Silicone” - silicone de uso geral, muito utilizado na construção civil na vedação e selagem de pias e vasos sanitários, box em banheiros, portas e janelas. Possui excelente resistência aos raios UV e pode ser aplicado em áreas externas.
8. “Adesivo Super Rápido” - a base de resina epóxi e poliamidas, bicomponente, desenvolvido para colar e secar em 10 minutos. É utilizado para colar uma grande variedade de materiais, como madeira, metal, plásticos rígidos, vidro, porcelana, couro, borracha, mármore e concreto. Também é utilizado para eliminar cavidades ou irregularidades em superfícies.
9. “Durepoxi Líquido” - utilizado para pequenas colagens e reparos dos mais variados materiais, como azulejos, madeira, vidro, couro, concreto, borracha vulcanizada, fibras naturais, pedras, plásticos e metais (alumínio, aço, cobre, latão, prata e ouro).
10. “Cola Mata Mosca e Barata” - trata-se de adesivo com uma das faces composto de muita cola, fazendo com que as baratas ou moscas fiquem grudadas ao passar por cima ou pousar. Salienta que o produto não utiliza veneno ou qualquer outro produto químico, sendo composto única e exclusivamente de adesivo (superfície com cola) que também não é tóxica. Sendo assim, por se tratar de adesivo, o produto enquadra-se no NCM 3506.91.90, possuindo tanto a nomenclatura de classificação de mercadoria (NCM), quanto a descrição prevista no item 06 do Convênio ICMS nº 74/94.
11. “Cola Three Bond” - superadesivo instantâneo pronto para ser usado, pois adere à diversos tipos de materiais, tais como: madeira, couro, cerâmica, metal, borracha, cortiça, plástico e vidro. Ideal para bricolagem.
12. “Cola Veda Junta” - adesivo indicado para juntas de motores, com alta resistência a temperaturas elevadas, água e derivados de petróleo, mesmo sob pressão. Utilizado em colagens de cortiça, borracha nitrílica, papel betuminoso e outros. Resiste a até 180°C.

13. “Cola de Contato” - possui alto desempenho, ideal para colagem de laminados plásticos sobre madeiras, paredes, metais, pisos e passadeiras de borracha, compensados, aglomerados, placas de fibra, cortiças, couros, lonas, carpetes, plásticos diversos, vidros e tecidos.

14. “Cola Polyfort e Polyfix” - adesivo que possui, como base de formulação, um homopolímero de Acetato de Vinila (PVA) disperso em uma solução aquosa, plastificado, de média viscosidade, isento de cargas e que possui alta estabilidade ao cisalhamento e que após a secagem, apresenta película transparente e elevado grau de aderência. Desenvolvido para colagem de madeiras, móveis, compensados e aglomerados, papéis, cartões, papelão, tecidos e materiais porosos em geral.

15. “Cola para Biscuit” - adesivo que possui, como base de formulação, um homopolímero de Acetato de Vinila (PVA) disperso em uma solução aquosa, plastificado, de média viscosidade, isento de cargas e que possui alta estabilidade ao cisalhamento. De cor branca, foi desenvolvido com componente antimoho, para proporcionar excelente desempenho na formulação da massa de biscuit. Trata-se de cola própria para artesanato.

Informa de que todos estes produtos tiveram o ICMS-ST devidamente recolhido, seja por força do Convênio ICMS 74/94, seja por força do Protocolo ICMS 26/10.

Por fim requer:

a) seja a presente Impugnação recebida, conhecida para, ao final, seja julgada provida, declarando-se a improcedência dos lançamentos dos créditos tributários que não foram objeto de pagamento do valor reconhecido pela Impugnante;

b) seja acolhido o pagamento da quantia R\$ 57.641,83 (cinquenta e sete mil seiscentos e quarenta e um reais e oitenta e três centavos) referente às infrações 02, 03, 04, 07, 08, 09 e 10 do Auto de Infração 207349.0002/15-0;

c) seja decotado do crédito tributário o importe de R\$29.293,21(vinte e nove mil, duzentos e noventa e três reais e vinte e um centavos), já pago pelo reconhecimento parcial do Auto de Infração n.º 210319.031114-4, que possui o mesmo objeto do presente Auto de Infração.

As autuantes apresentaram a sua informação fiscal com as seguintes alegações (fls. 152/166):

Infração 02 – não aceitam as alegações concernentes ao produto "papel contact transparente", com NCM 3919.9000, porque entendem que “*tem previsão SIM no Protocolo de Material de Construção no seu item 6 - NCM 3919, assim descrito "Chapas, folhas, tiras, fitas, películas e outras formas planas auto-adesivas, de plásticos, mesmo em rolos, para uso na construção civil".* Que consultando a Internet (consulta em anexo), encontraram como suas característica a possibilidade de aplicação “em decoração de janelas”. Embora seja um produto versátil, podendo ser utilizado em papelaria, ele não se esgota nesta função, motivo pelo qual está enquadrado no Protocolo ICMS 26/10.

A respeito do produto "cabo de aço galvanizado" afirmam ter havido equívoco do impugnante na interpretação do item 50 do Protocolo ICMS 26/10, que trata, exatamente, “*dos que NÃO TÊM USO ELÉTRICO, para aqueles que não são revestidos, ou seja, não foram "isolados" para uso elétrico*”. Ressaltam que os cabos e artigos semelhantes isolados para fins elétricos são os classificados na posição 85.44 não tendo previsão no Protocolo ICMS 26/10.

Infração 03 - não acolhem os argumentos de defesa em relação aos produtos "Klerat", "Ratak" e "Racumin", porque entendem que “*a definição se o produto vai estar ou não na ST é a forma de apresentação do mesmo*”, conforme o item 7 do Protocolo ICMS 27/10, e “*não se trata do produto em si ser exclusivo para uso doméstico*”.

Aduzem que, no caso em questão, as embalagens são mais adequadas a uso domissanitário do que para uso agropecuário: (i) Klerat, pacotes de 20 gr e 25 gr; (ii) Ratex , envelopes de 25 gr; (iii) Ratak, pacotes de 75 gr. Transcrevem os Pareceres DITRI n°s 11459/2011 e 18219/2011 e material retirado da Internet onde se denota a utilização doméstica dos mesmos.

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

Infração 04 - acatam as razões defensivas a respeito do produto "Barbante de algodão", pois entraram em contato com o fornecedor do produto que confirmou a NCM trazida pela empresa (5205.3100), que realmente não tem previsão no Protocolo supracitado. Reduziram a infração em R\$ 455,70 no exercício de 2012.

Quanto ao produto "Bobina térmica", acatam a impugnação. Reduzem a Infração 04 em R\$2.458,81 em 2011 e R\$2.005,05 em 2012, perfazendo um total de redução de R\$4.463,86.

Infração 05 – acatam os argumentos de defesa quanto ao produto "Orelha lateral para liberty four PTO". Reduzem a Infração 05 em R\$109,80 em 2011 e R\$52,61 em 2012.

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

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

A respeito da alegação de que parte do ICMS-ST não retido no exercício 2011 ora exigido já havia sido reclamado através de outro Auto de Infração, tendo, portanto, ocorrido o *bis in idem*, não a aceita. Ressaltam de que a obrigação de reter e recolher os valores de ICMS-ST é do contribuinte substituto. Em assim sendo, "*os valores foram cobrados em Auto de Infração da filial de destino das mercadorias transferidas não isenta a obrigação do Substituto*", pois se assim acatassem, "*estariamos ferindo o instituto da SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA*".

Além do mais, os valores cobrados do destinatário devem ter sido calculados através dos MVA's previstos para Antecipação Tributária, que são diferentes dos MVA's previstos na Substituição Tributária.

Infração 06 – mantêm a autuação alegando que enquadraram o produto "Micro óleo lubrificante e Anticorrosivo", no Convênio de Tintas (Convênio ICMS 74/94), porque em seu Anexo Único, item 03, consta a NCM 2710 e a seguinte descrição: "*Massas, pastas, ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, polimento ou conservação*".

Ressaltam não poderem supor "*que o produto é mais lubrificante do que anticorrosivo*" e, se assim o considerassem, a MVA a ser utilizada (até 30/04/13) é de 56,63%, maior portanto do que a MVA que foi adotada, de 51,27%.

Infração 09 - não aceitam os argumentos de defesa em relação ao produto "Saboneteira". Afirmam que o autuado comercializa saboneteiras e utiliza duas NCM's distintas nas NFs de venda. Em algumas, a NCM é 3924.9000 (item 10 do Anexo Único do Protocolo 26/10) e em outras, a NCM é 3925.9000 (item 11 do Anexo Único do Protocolo 26/10). "*Como a diretriz para os trabalhos de fiscalização da Substituição Tributária é no sentido de que devemos levar em consideração a conjunção entre NCM e Descrição do item, foi o que fizemos. Utilizamos nas vendas de saboneteiras a descrição do item 10 que trata de "Artefatos de higiene/ Toucador de plástico" e não consideramos a NCM 3925.9000 (item 11 do Protocolo), já que a descrição do produto trata de "Telhas, cumeeiras, caixas d'água de polietileno e outros plásticos" e entendemos que saboneteira NÃO é nenhum desses três produtos*".

Em relação ao produto "Chuveiro de plástico com registro", afirmam que seguiram *"rigorosamente o critério citado no item anterior de conjunção entre NCM e descrição do produto. O produto em questão foi comercializado pela autuada com a NCM 3922.9000 com previsão no item 09 do Anexo Único do Protocolo 26/10 e tem a seguinte descrição " Banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, caixas de descarga e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos"*.

Dizem, ainda, de que o autuado reteve o ICMS-ST com base no item 84 (NCM 8481) do mesmo Protocolo que tem a descrição de *"Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes"*, mesmo estando com a NCM 3922 em todas as Notas Fiscais emitidas.

Em relação ao produto "Boia caixa de descarga", dizem que aplicavam tudo o que disseram no item anterior.

No que diz respeito a "Caixa plástica para embutir", ressaltam de que foram elas comercializadas pela empresa com NCM's distintas. E, como já dito, optaram pela conjunção NCM x Descrição do produto. No caso, optaram pela NCM 3926.9090 (item 14 do Anexo Único do Protocolo 26/10) que tem a descrição *"outras obras de plástico para uso na construção"*, pelo entendimento de ser mais coerente com o produto do que a descrição referente ao item 04 (NCM 3917) de *" Tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção civil "* como pretendido pelo impugnante.

No que tange à infração 10, acatam os argumentos de defesa. Ressaltam de que o produto "cola tem previsão de retenção do ICMS-ST em três diferentes Convênios e Protocolos: Tintas (Conv. ICMS 74/94); Material de Construção (Protocolo ICMS 26/10 e material de papelaria (Protocolo ICMS 28/10). Informam que o critério adotado na autuação foi a NCM. Entretanto, em face das alegações apresentadas e diante do critério de conjunção NCM x descrição do produto, resolveram aceitar as razões de defesa, reduzindo a infração 10 de R\$17.676,83 para R\$640,45.

Diante do exposto, concluem que o débito do Auto de Infração deve ser diminuído de R\$160.289,26 para R\$138.223,52, conforme demonstrativos que anexam aos autos.

O autuado foi notificado da informação fiscal e se manifestou da seguinte forma (fls. 189/206):

Infração 05 – "Compressores de Ar" – não concorda com os argumentos apresentados pelas fiscais autuantes. Discorrendo sobre o termo "de uso especificadamente automotivo" constante no Protocolo ICMS 41/08, diz que os produtos autuados nele não se enquadram.

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

Infração 06 - chamando o "Micro-óleo Lubrificante e Anticorrosivo" de "Óleo Lubrificante", mantém, em síntese, os mesmos argumentos anteriormente expostos. Discorda das autuantes a respeito da MVA, caso o produto fosse enquadrado no Convênio ICMS 110/07. Diz que *"conforme leitura da "Nota" vinculada ao item 16.7 do Anexo 1, do RICMS/12, este item abrangia até 30/06/2013, o texto que hoje aparece separadamente no item 16.12. Em outras palavras, houve um desdobramento do item 16.7, de maneira que a descrição "Lubrificantes derivados d petróleo - NCM 2710.19.3 e Lubrificantes não derivados de petróleo 3403" foi retirada desde item e migrada para o 16.12"*.

Infração 09 – não concorda com as autuantes em relação à "Saboneteira de Embutir". Neste momento, observa que elas não possuem competência ou prerrogativa necessárias para "considerar" ou "entender" se determinada mercadoria encontra-se sob tal ou qual classificação fiscal, uma vez que essa competência é exclusiva da União, conforme discorre. Afora que a Secretaria de Fazenda Baiana não goza de prerrogativas para modificar a Legislação Federal, ainda que não concorde com ela.

Requer que, na remota hipótese de se insistir que tal produto esteja na classificação fiscal adotada pela fiscalização, que as autuantes enfrente a tese ora defendida, *“elucidando ao contribuinte e ao E. Conselho de Fazenda Estadual, de forma expressa, sobre qual permissivo legal e/ou constitucional se apoia para fazer preponderar seu entendimento particular em detrimento do adotado pela RFB”*.

“Chuveiro Plástico” – diz não ser verdadeira a informação das fiscais autuantes de que havia dito que a NCM utilizada em suas Notas Fiscais seria o 3922, muito embora a correta fosse 8481, vez que havia se limitado a informar é que a NCM correta para o produto é a 8481 e que o Agente Fiscal, atribuiu à mercadoria a NCM 3922.

Utilizando dos mesmos argumentos exposto no item anterior a respeito da falta de competência das autuantes e do Estado da Bahia para não obedecer à legislação federal e que utilizou a NCM 8481.80.19, nenhuma irregularidade ocorreu.

“Boia de Caixa de Descarga” – trazendo a mesma argumentação dos itens anteriores, diz que foi ela classificada em absoluta conformidade com o entendimento exposto pela Receita Federal do Brasil.

“Caixa Plástica para embutir” – diz que, ao contrário do afirmado pelas autuantes, utilizou a NCM 3917.4090, conforme orientação da Receita Federal (DECISÃO Nº 42 de 20 de Maio de 1999) e repisa de *“que a classificação fiscal das mercadorias não se submete ao subjetivismo de cada um dos Agentes Fiscais atuantes nos 26 Estados e DF, mas sim à classificação ditada pela Receita Federal do Brasil, que detém o monopólio de tal atividade. Havendo permissivo em sentido contrário, o que se admite apenas por hipótese, que o traga aos autos o Agente Fiscal”*. Afirma não haver irregularidade quanto a este item.

Infração 03 - Em relação aos produtos “Klerat, Ratak e Ratex”, repisa os mesmos argumentos de sua inicial e afirma: *“ Com o devido respeito, o Agente Fiscal, que é um aplicador do Direito, deixa de observar um princípio básico de nosso Ordenamento Jurídico, qual seja, de que o ônus da prova incumbe a quem alega. Muito longe de provar algo, o Agente sequer cuidou de expor as razões pelas quais enquadrou os produtos em questão no Protocolo 27/10, a despeito da indiscutível exigência contida no item 7 do seu Anexo Único, que determina que os produtos sejam apresentados em formas ou embalagens exclusivamente para uso domissanitário direto. Também se extrai das normas de interpretação do Direito que a lei não contém palavras inúteis. Assim sendo, tendo o legislador inserido o termo “exclusivamente para uso domissanitário”, por certo que pretendeu excluir de aplicação diversa, que não a domiciliar, não pode o Agente Fiscal tecer qualquer tipo de interpretação que ignore a literalidade de tal expressão, desvirtuando a norma do objetivo para o qual foi criada e usurpando da competência legislativa da CONFAZ”*.

Diz ser insubsistente a infração quanto a tais produtos.

A respeito do *bis in idem*, discorda das autuantes por entender que a intenção do Estado da Bahia não pode ser de se locupletar à custa do contribuinte, obtendo vantagem ilícita e promovendo o próprio enriquecimento sem causa, situação vedada pela nossa Carta Constitucional de 1988.

Que é *“absolutamente inaceitável, depõe contra toda e qualquer noção de boa-fé e razoabilidade, que o argumento utilizado pela SEFAZ/BA para autuar a filial da Impugnante em dezembro de 2014 seja rechaçado pela própria Secretaria de Fazenda em setembro de 2015, como se lógica alguma houvesse na fundamentação anteriormente apresentada”*. Assim, a pergunta que não poderia deixar de ser feita é: *se a Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia entende que a obrigação de reter e recolher o ICMS-ST é do Contribuinte Substituto, por que razão, então, essa mesma Secretaria Estadual imputou e cobrou da filial baiana o tributo em questão?!”*.

Observa que se houvesse realizado, por contra própria, uma Denúncia Espontânea, poderia ser plausível que tivesse de suportar o ônus de ter que arcar com novo pagamento e, posteriormente, pleitear o ressarcimento do valor pago anteriormente. Contudo, o pagamento se deu através de

Auto de Infração. Além do fato de que não se pode esquecer que a legislação pertinente ao ICMS prevê a responsabilidade solidária do destinatário da mercadoria, sem benefício de ordem, caso tenha havido omissão no adimplemento de obrigações tributárias por parte do remetente, a exemplo do que dispõe o Art. 5º da Lei Complementar 87/96.

E ainda que se entenda de que o valor do ICMS-ST cobrado da filial implicou em uma arrecadação a menor, se comparado com o valor que deveria ser recolhido pela matriz, nenhum prejuízo haveria, posto que, nesse particular, está se limitando a requerer a mera compensação dos valores, não estando a SEFAZ/BA impedida de exigir eventual diferença, desde que demonstrada sua existência.

Requer:

a) seja a presente Impugnação recebida e conhecida para, ao final, ser julgada provida, declarando-se a improcedência dos lançamentos dos créditos tributários que não compõem o valor reconhecido pela Impugnante;

b) seja decotado do crédito tributário o importe de R\$29.293,21(vinte e nove mil, duzentos e noventa e três reais e vinte e um centavos), já pago pelo reconhecimento parcial manifestado no Auto de Infração n.º 210319.031114-4, que possui o mesmo objeto do presente Auto de Infração.

Diante do argumento apresentado pelo impugnante a respeito da existência de *bis in idem* no presente lançamento fiscal, em pauta suplementar do dia 28/09/2016, esta 4ª JJF após análise da situação posta e das peças processuais decidiu encaminhar o presente processo às autuantes para que elas tomassem as seguintes providências (fls. 247/248):

1. Junto ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda e onde se encontrava o AI de nº 210310.031/14-4, buscassem todos os levantamentos analíticos (por produto, nota fiscal, dia, mês e ano) que compuseram as infrações nele lançadas.
2. De posse destes levantamentos, realizasse comparação das notas fiscais impugnadas juntamente com seus produtos com o presente.
3. Exclúissem do presente levantamento fiscal todos os produtos constantes dos documentos fiscais que foram incluídos no AI de nº 210310.031/14-4.
4. Apresentassem, em seguida, um levantamento (analítico e sintético) dos produtos, ora em discussão. Este levantamento deveria ser realizado por mês, ano, produto e infração.

Em resposta a esta solicitação as autuantes prestaram as seguintes informações (fls. 251/252):

1. Não possuem acesso aos papeis de trabalho que serviram de base para a lavratura de Auto de Infração realizada por outro auditor fiscal, inclusive de outra jurisdição fiscal. Afirmam sentirem “desconforto” com a situação, momento em que *“teriam que ver não apenas se os produtos e notas fiscais são as mesmas, mas também se os valores foram os mesmos. E em caso de divergência, o que faríamos???? Formaríamos juízo de valor e decidiríamos acerca de qual correto???? Entendemos que realmente esse não é o nosso papel”*.
2. Que o ônus da prova é do contribuinte. Em assim sendo, a prova deveria ter sido por ele apresentada.
3. Que em consulta ao AI de nº 210310.0311/14-4, verificaram que o mesmo se encontrava neste CONSEF.

Não cumpriram o que foi solicitado.

Chamado para conhecer a informação prestada pelas autuantes a respeito da solicitação feita por este CONSEF, o impugnante se manifesta (fls. 255/258). Diz que a justificativa das autuantes para não realizar o pedido feito por este Colegiado encontra-se em *“absoluto arrepio de todo e qualquer Princípio atrelado à noção de Estado Democrático de Direito”* (o da legalidade e o do *venire contra factum proprium*).

Que a descentralização das atividades de fiscalização feita pela administração pública não é oponível ao contribuinte, pois para este somente existe um único ente tributante, que no caso

presente é o Estado da Bahia. Por consequência, ele (Estado) não pode se furtar a responder pelo *bis in idem*, devendo se posicionar de forma objetiva e ativa perante os fatos.

A respeito do argumento das autuantes de que não saberiam como comparar valores entre um Auto de Infração e outro, observou que o CONSEF não havia feito tal pedido, mas sim, que excluíssem do presente os produtos constantes nas notas fiscais anteriormente autuadas.

No que tange ao ônus da prova, afirma:

1. As autuantes quando de sua primeira informação não se desincumbiram de assim agir, preferindo alegar matéria de direito e indo de encontro às determinações do art. 140, do RPAF/BA.
2. Que com tal atitude, elas, apenas, inverteram uma atividade que foi a elas solicitadas para o contribuinte, ou seja, que este realizasse a diligência solicitada.
3. Que se juntasse aos autos cópias das notas fiscais que apontou em sua manifestação em nada adiantaria, pois “*As provas do bis in idem não residem nas Notas propriamente ditas, mas no fato de terem elas sido consideradas, para efeito de um mesmo tributo, em dois autos de infração diversos, relativamente aos mesmos produtos.*”
4. Informa que no Auto de Infração nº 210310.031/14-4 somente existem planilhas sintéticas, subtotalizadas mês a mês e que não mencionam as notas fiscais autuadas.
5. Que na impugnação apresentou, ainda por amostragem, a ocorrência do *bis in idem*, apontando os números de várias notas fiscais e os respectivos produtos, conforme transcreve, não se furtando, por consequência, de provar o alegado.

Apresenta nova planilha com “mais operações elencadas por amostragem” – PLANILHA DEMONSTRATIVA DE NOTAS FISCAIS, COM OS RESPECTIVOS PRODUTOS, JÁ CONSIDERADOS E PAGOS NO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 210310.031/14-4, ORIGINÁRIO DA INSPETORIA DE FEIRA DE SANTANA – POR AMOSTRAGEM” (fls. 259/272) para demonstrar o *bis in idem*.

Requer que a IFEP Comércio a Infaz Feira de Santana tomem providências para que a diligência a respeito da matéria seja realizada, objetivando ser do presente descontada a quantia de R\$29.293,21 referente ao AI nº 210310.031/14-4.

Diante desta situação e para que se prossiga com a instrução do presente processo, esta 4ª JJF, em pauta suplementar do dia 17/05/2017, decidiu tomar as seguintes providências:

ENCAMINHAMENTO À INFRAZ FEIRA DE SANTANA

Em consulta ao Sistema de tramitação desta Secretaria de Fazenda, o AI de nº 210310.031/14-4 encontra-se, deste maio de 2016, nesta Inspeção em mãos do Auditor Fiscal Josué de Lima Borges Filho. Em assim sendo, que o órgão competente desta Inspeção apensasse ao presente cópia do mesmo com TODOS os seus demonstrativos elaborados (analíticos e sintéticos) e, se possível, em mídia eletrônica.

Após tal procedimento, o presente processo deveria ser encaminhado à IFEP COMÉRCIO.

ENCAMINHAMENTO À IFEP COMÉRCIO

Que as fiscais autuantes cumprissem o que foi solicitado por esta 4ª JJF na sessão de 28/09/2016 e que consta às fls. 247/248 dos autos.

A Inspeção de Feira de Santana cumpriu o que foi solicitado, inclusive apensando aos autos mídia eletrônica com todos os levantamentos fiscais elaborados quando da lavratura do AI nº 210310.031/14-4. Em seguida, encaminhou o PAF à IFEP Comércio (fls. 281/291).

As autuantes assim sim manifestaram (fls. 296/297): *Em atendimento à diligência, elaborou-se relatórios dos produtos constantes no AI 210310/0311/14-4, e especificamente na Infração 03, que também estão incluídos no Auto de Infração 207349/0002/14-4, em questão. A infração 03, do AI 210310/0311/14-4, refere-se a não retenção do ICMS por antecipação e substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação.*

Apresenta-se a seguir uma descrição das planilhas anexas (Planilha 01, Planilha 02, Planilha 03, Planilha 04) com a somatória dos produtos cobrados em duplicidade nos dois autos, detalhados por ano, mês, produto e infração:

Planilha 01: Infração 01 – Protocolo 109/09 - Nesta planilha foram retirados da Infração 01 os valores referentes ao produto Travesseiros Plumax Percal 50x70, que totalizou uma exclusão da infração 01, no valor de R\$ 47,18.

Planilha 02: Infração 02 – Protocolo 26/10 - Nesta planilha, foram retirados da Infração 02 os valores referentes aos produtos: Mangueira Lisa Fles, Mangueira Tranc Cris, Mangueira Transp. Cris, Mangueira Tranc Cris Sunflex e Rebite de Alumínio, que totalizou uma exclusão da infração 02 no valor de R\$ 3.893,53.

Planilha 03: Infração 03 – Protocolo 27/10 - Nesta planilha, foram retirados da Infração 03 os valores referentes aos produtos: Inseticida Kaocid, Inseticida Mata Barata, Inseticida Mata Formiga, Klerat, Ratex e Ratak, que totalizou uma exclusão da infração 03 no valor de R\$6.499,16.

Planilha 04: Infração 04 – Protocolo 28/10 - Nesta planilha, foram retirados da Infração 04 os valores referentes aos produtos: Bobina pdv e bobina maq. Calcular, que totalizou uma exclusão da infração 04 no valor de R\$ 206,39.

Ainda em continuação ao cumprimento da solicitação da diligência , foi elaborado novos demonstrativos de débitos (Demonstrativos 01, 02, 03 e 04), do Auto de Infração referentes às Infrações 01, 02, 03 e 04, que tiveram seus valores alterados pela exclusão dos produtos em duplicidade. Nestes novos demonstrativos anexados, os valores constantes na coluna Valor Histórico Acatado, refere-se às somatórias mensais dos valores que foram retirados das Infrações 01, 02, 03 e 04.

Demonstrativos às fls. 299/357.

Chamado para tomar conhecimento do saneamento realizado pelas fiscais autuantes o defendente manifesta-se (fls. 359/360), informando que em 20/06/2017 foi julgado pela 4ª JF o Auto de Infração nº 207349.0003/15-6, referente às mesmas infrações e no qual figura como autuado. Nesta decisão, os produtos “Boia de caixa de descarga”, “Papel contact transparente”, “Bico de bomba se encher pneu”, “Compressor de ar” e “Óleo lubrificante anticorrosivo” foram excluídos da autuação.

Em assim sendo, diz não restar dúvidas de que razão lhe assiste. Requer que os mesmos sejam deste Auto de Infração excluídos.

Apresenta cópia do Acórdão JF Nº 0105-04/17 (fls. 361/377).

Às fls. 383/388, o defendente apresenta a mesma manifestação de fls. 359/360 e agora citando nominalmente o nome da presente relatora.

VOTO

As infrações 01 a 05 dizem respeito à falta de retenção e, conseqüentemente, do recolhimento do ICMS-ST e as infrações 06 a 10 tratam do seu recolhimento a menor.

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

Pertinente pontuar que uma mercadoria para ser enquadrada no regime da substituição/antecipação tributária deve existir a coincidência entre suas características e os atributos descritos na norma legal, bem como, apresentar denominação e classificação fiscal (código NCM) coincidentes, igualmente, na norma. Sendo assim, o que se deve levar em

consideração para saber se o produto está ou não sujeito ao referido regime é a sua descrição na norma cumulativamente com a sua classificação fiscal (NCM).

Isto posto e antes de adentrar na análise dos produtos impugnados, esta 4ª JJF, por entender, a princípio, ser pertinente o argumento de defesa sobre a existência de *bis in idem* no levantamento fiscal, perquiriu a verdade material dos fatos. Nesta busca, cópia do AI nº 210310.031/14-4 com seus demonstrativos (analíticos e sintéticos) foram apensados, em mídia eletrônica (fl. 291), ao presente pelo próprio autuante que o lavrou (fls. 281/291). Estes demonstrativos apresentaram todas as notas fiscais anteriormente autuadas e referentes à matéria ora em lide, com todos os dados necessários para ser realizada uma perfeita comparação entre ele e o ora em questão.

As fiscais autuantes, através de solicitação feita por esta JJF, elaboraram demonstrativos (fls. 299/346) elencando todas as notas fiscais (e produtos) que haviam sido anteriormente autuados e constantes do presente processo. Após, para cada infração onde constava o *bis in idem*, excluíram as notas fiscais (e produtos) que já haviam sido autuadas e apresentaram novos demonstrativos de débito.

O autuado afirma em sua impugnação de havia constatado este *bis in idem* nas infrações 01 a 05. Quanto do saneamento feito, as autuantes o constatou nas infrações 01 a 04. Chamado para tomar conhecimento do saneamento realizado, o impugnante não mais o contestou. Em assim sendo, considerando correto o saneamento feito pelas fiscais autuantes, entendo que a matéria sobre o *bis in idem* resta superada.

A seguir, o detalhamento das acusações, a legislação regente com os produtos impugnados e ressaltando que a questão sobre o *bis in idem* será considerada.

Infração 01 – foi autuado o produto “travesseiros” incluído no Protocolo ICMS 190/09. A defesa não contesta esta cobrança, mas alega *bis in idem*. Por consequência, entende ser ela improcedente. Ao proceder ao saneamento, as autuantes apenas indicam ser pertinente o argumento do *bis in idem* em relação a esta infração para os documentos fiscais nºs 29058, 307371 e 377389 (fls. 299), os excluindo da autuação. Não havendo contestação do defendente a respeito do saneamento realizado, somente posso com ele alinhar-me, mantendo parcialmente esta infração no valor de R\$715,93 conforme demonstrativo de débito a seguir.

MÊS/ANO	ICMS AI	(-) AI Nº210310.031/14-4	ICMS EXIGIDO
mar/11	314,13	4,29	309,84
abr/11	100,71	34,31	66,4
mai/11	219,73	-	219,73
jun/11	125,63	8,58	117,05
jul/11	2,91	-	2,91
TOTAL	763,11	47,18	715,93

Infração 02 – mercadorias incluídas no Protocolo ICMS 26/10 (materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno) - "papel contact transparente" e "cabo de aço galvanizado".

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

No presente caso, concordo com o defendente de que tal produto não pode se caracterizar, efetivamente, como incluído no Protocolo ICMS 26/10. O “papel *contact* transparente” não tem a mesma natureza dos produtos do item 6 – NCM 3919, do mencionado Protocolo, que diz respeito aos materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno. Tem ele inúmeras finalidades e objetivos, dentre elas e a exemplo, para efeito de decoração, quando não transparente (caso do presente), conforme propagandas apresentadas pelas próprias autuantes (fls. 167/168), como

também, utilizado para encapar caderno, fazer colagem etc., como advogou o defendente. Em assim sendo, deve ser ele excluído da autuação.

Com base no levantamento fiscal (“Anexo 2.1 – Dem. Detalhado Infração ICMS-ST não retido – exercícios de 2011 e 2012” - CD á fl. 40) as seguintes notas fiscais são retiradas da autuação **exclusivamente** quanto ao produto “papel *contact*”, **restando nelas os demais produtos autuados**.

DEMONSTRATIVO DO PRODUTO PAPEL CONTACT AUTUADOS

MÊS/ANO	NOTA FISCAL	DATA	ICMS-ST	FLS. LEVANTAMENTO FISCAL
ABRIL/2011	326239	27/04/2011	8,77	110
TOTAL ABRIL			8,77	
MAIO 2011	338853	11/05/2011	8,77	121
MAIO 2011	345267	18/05/2011	8,76	127
TOTAL MAIO			17,53	
JUNHO/2011	371760	16/06/2011	8,76	151
TOTAL JUNHO			8,76	
JULHO 2011	394863	13/07/2011	8,76	173
JULHO 2011	400839	20/07/2011	8,76	179
TOTAL JULHO			17,52	
AGOSTO 2011	423641	15/08/2011	8,76	200
TOTAL AGOSTO			8,76	
OUTUBRO 2011	480622	20/10/2011	8,77	225
OUTUBRO 2011	487153	20/10/2011	8,77	225
TOTAL OUTUBRO			17,54	
NOVEMBRO 2011	503947	16/11/2011	8,77	226
NOVEMBRO 2011	513413	25/11/2011	17,55	227
TOTAL NOVEMBRO			26,32	
JANEIRO 2012	544624	06/01/2012	8,72	1
JANEIRO 2012	544767	06/01/2012	17,44	1
JANEIRO 2012	558403	19/01/2012	8,72	1
JANEIRO 2012	559461	20/01/2012	8,72	2
JANEIRO 2012	559529	21/01/2012	8,72	2
TOTAL JANEIRO			52,32	
FEVEREIRO 2012	590359	24/02/2012	8,72	4
TOTAL FEVEREIRO			8,72	
MARÇO 2012	624476	30/03/2012	8,66	7
TOTAL MARÇO			8,66	
ABRIL 2012	629168	05/04/2012	8,66	7
	635369	13/04/2012	17,32	8
	639675	17/04/2012	8,66	8
	646698	25/04/2012	8,66	9
	648578	24/04/2012	8,66	9
TOTAL ABRIL			51,96	
SETEMBRO 2012	788117	20/09/2012	16,64	17
TOTAL SETEMBRO			16,64	
NOVEMBRO 2012	847903	20/11/2012	8,32	19
NOVEMBRO 2012	855635	27/11/2012	8,32	20
TOTAL NOVEMBRO			16,64	
DEZEMBRO 2012	873408	18/12/2012	8,32	20
TOTAL DEZEMBRO			8,32	

O produto “cabo de aço galvanizado” como afirma o próprio impugnante é um cabo de aço de uso geral, não sendo adequado ao uso elétrico.

A galvanização, como indica a Wikipédia, é o processo de aplicação de uma camada protetora de zinco ou ligas de zinco a uma superfície de aço ou ferro de modo a evitar as suas corrosões.

Por outro lado, e conforme a empresa Cablemax (www.cabosdeacocablemax.com.br), “*Cabos de aço galvanizados são fabricados com uma alta camada de zinco. Este tipo de acabamento possui algumas vantagens aos cabos polidos como: maior resistência à corrosão e consequentemente*

maior durabilidade. São comumente utilizados em operações onde o cabo de aço está sujeito à atritos durante a operação e também para fins estáticos, como estais. Cabos de aço galvanizados são normalmente utilizados pela indústria pesqueira, naval e offshore.

Por tal motivo é que a Receita Federal na Solução de Consulta nº 24, de 11/03/2011 o classifica na NCM 7312.10.90 (fl. 53 do PAF e apresentada pelo próprio impugnante) e conforme tabela TIPI:

73.12 - Cordas, cabos, tranças (entrançados*), lingas e artigos semelhantes, de ferro ou aço, **não isolados para usos elétricos**.

7312.10.90 - Outros

O Protocolo ICMS nº 26/10 assim dispõe em seu Anexo Único:

ITEM	NCM	DESCRIÇÃO
50	7217.10.90 e 73.12	Fios de ferro ou aço não ligados, não revestidos, mesmo polidos cordas, cabos, tranças (entrançados), lingas e artefatos semelhantes, de ferro ou aço, não isolados para usos elétricos

E o Estado da Bahia assim também determina na sua legislação, pois signatário dos Prot. ICMS 104/09 – BA e SP e Prot. ICMS 26/10 - BA, ES e MG.

Diante do exposto, razão assiste às fiscais autuantes, não podendo o produto “cabo de aço galvanizado” ser excluído da autuação.

Por tudo exposto, mantenho a infração 02 no valor de R\$38.827,13 com as exclusões realizadas pelas fiscais autuantes dos produtos constantes no AI nº 210310.031/14-4 (“mangueira Lisa Flex”, Mangueira Tranc Cris”, “Mangueira Tranc Cris Sunflex”, “Mangueira Transp. Cris” e “Rebite Alumínio” – Planilha às fls. 300/327) e do produto “Papel Contact” conforme acima demonstrado.

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 02

MÊS/ANO	ICMS AI	(-) AI Nº210310.031/14-4	(-)PAPEL CONTACT	ICMS EXIGIDO
jan/11	5.380,53	827,30	-	4.553,23
fev/11	4.060,21	302,63	-	3.757,58
mar/11	4.758,73	448,78	-	4.309,95
abr/11	2.995,49	349,08	8,77	2.637,64
mai/11	4.494,17	492,36	17,53	3.984,28
jun/11	3.451,54	296,26	8,76	3.146,52
jul/11	5.748,72	617,97	17,52	5.113,23
ago/11	5.090,59	361,20	8,76	4.720,63
set/11	849,99	197,94	-	652,05
out/11	469,51	-	17,54	451,97
nov/11	279,59	-	26,32	253,27
dez/11	8,51	-	-	8,51
jan/12	175,66	-	52,32	123,34
fev/12	840,93	-	8,72	832,21
mar/12	887,37	-	8,66	878,71
abr/12	654,24	-	51,96	602,28
mai/12	280,43	-	-	280,43
jun/12	660,24	-	-	660,24
jul/12	643,40	-	-	643,40
ago/12	322,85	-	-	322,85
set/12	202,14	-	16,64	185,50
out/12	508,89	-	-	508,89
nov/12	117,08	-	16,64	100,44
dez/12	108,30	-	8,32	99,98
TOTAL	42.989,11	3.893,52	268,46	38.827,13

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

O sujeito passivo alegou que os produtos "Cruzwaldina" e "Creolina" são desinfetantes de uso veterinário destinados exclusivamente as instalações pecuárias, tais como pocilgas, galpões, estábulos e galinheiros, não guardando nenhuma relação com o termo domissanitário, argumento não aceito pelas autuantes uma vez que o Protocolo ICMS 27/10, no Anexo Único - item 08 elenca a NCM 3808.94 com a seguinte descrição "*Desinfetantes apresentados em quaisquer formas ou embalagens*".

Aqui não se pode levar em consideração se o uso de tais produtos de limpeza são exclusivo veterinário, e sim que são desinfetantes com NCM 3808.94.

De igual forma, não há discussão se existe o uso domissanitário, ou não, pois o referido Protocolo assim não se posiciona, conforme acima transcrito.

E, embora não trazido nas alegações do defendente, ressalto que mesmo que seu uso seja veterinário, não podem eles estar inseridos no Convênio ICMS 100/97, pois o inciso I da Cláusula primeira deste Convênio prevê a redução de base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais de **germicidas** para uso na agricultura e na pecuária, e não de **desinfetantes germicidas**.

Estes produtos são mantidos na autuação.

Em relação aos produtos "Klerat", "Ratak" e "Ratex" afirma o impugnante de que são raticidas que podem ter aplicação rural ou doméstica e, portanto, não sendo de uso exclusivamente domissanitário como exigido para seu enquadramento no Protocolo ICMS 27/10.

As autuantes não acolhem os argumentos de defesa em relação aos produtos "Klerat", "Ratak" e "Racumin", porque entendem que "*a definição se o produto vai estar ou não na ST é a forma de apresentação do mesmo*", conforme o item 7 do Protocolo ICMS 27/10, e "*não se trata do produto em si ser exclusivo para uso doméstico*".

O mencionado Protocolo ICMS 27/10 previa, em seu Anexo Único (redação da época dos fatos geradores - janeiro de 2011 a dezembro de 2012), o seguinte:

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

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

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

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

Sendo assim, concluo que está correta a autuação no que tange aos raticidas, não havendo pertinência a discussão trazida pelo autuado a respeito da interpretação que deram as autuantes sobre tais produtos como alegou em sua segunda manifestação.

Por tudo exposto, mantenho a infração 03 no valor de R\$79.027,90 com as exclusões realizadas pelas fiscais autuantes dos produtos constantes no AI nº 210310.031/14-4 ("Inseticida Kaocid", "Inseticida Mata Baratas", "Inseticida Mata Formigas", "Kid Klerat Bloco parafinado", Klerat

pcte 200X25”, “Ratek pte” e Tatex Envelope”.– Planilha às fls. 328/343) e conforme Demonstrativo de Débito constante às fls. 351/352 do presente processo.

Infração 04 – produtos elencados no Protocolo ICMS 28/10 – papelaria. Itens impugnados: “Barbante de Algodão” e “Bobina Termossensível”.

O autuado aduz que o produto “Barbante de Algodão” não se enquadra em nenhuma das NCM’s indicadas no Protocolo ICMS 28/10, pois é barbante composto de 100% de algodão, possuindo a classificação fiscal 5205.31.00 e que produto “Bobina Termossensível” é uma bobina de papel termossensível, do tipo utilizada exclusivamente em equipamentos de impressão de cupom fiscal (ECF), classificada na NCM 4811.90.10, a qual não é mencionada no Protocolo ICMS 28/10, nem, tampouco, no Regulamento de ICMS da Bahia.

As autuantes ao analisarem as razões de defesa as acatam. Inclusive em relação ao produto “Barbante de algodão”, entraram em contato com seu fornecedor que confirmou o NCM trazido pela empresa (5205.3100).

Concordo com a retificação procedida na informação fiscal, restando subsistente em parte a infração 04 no valor de R\$4.278,08, conforme demonstrativo de débito às fls. 353/354. Por oportuno, observo que neste demonstrativo de débito elaborado pelas autuantes consta a exclusão dos produtos “Barbante de Algodão” e “Bobina Termossensível”, além dos produtos constantes no AI nº 210310.031/14-4 (“Bobina Maq Calcular” e “Bobina PDV”– Planilha às fls. 345/346) e conforme Demonstrativo de Débito constante às fls. 351/352 do presente processo.

Infração 05 – produtos elencados no Protocolo ICMS 41/08 - autopeças . impugnados: “Orelha Lateral P/Liberty Four PTO (41/08)”, “Bico de bomba de encher pneu” e “Compressor de ar”.

O impugnante aduz que o produto “Orelha Lateral P/Liberty Four PTO” é um protetor de orelha, classificado na NCM 6507.00.00, sendo, apenas, um acessório do capacete, vendido separadamente. Observa que de acordo com Instrução Normativa RFB nº 807, de 11/01/2008, da Receita Federal do Brasil, a aplicação da NCM 6506.10 é exclusiva aos capacetes, não estendendo tal aplicação a suas “partes e acessórios”. Por outro lado, na TIPI consta a classificação fiscal 6507 que abrange as partes e acessórios de chapéus e capacetes, a qual não se encontra incluída no Protocolo ICMS 41/08. As autuantes concordam com as alegações de defesa e excluem este produto do levantamento fiscal.

No que se refere ao produto “Bico de bomba de encher pneu”, o autuado o classifica como uma mangueira com um bico próprio para ser acoplado em bomba de ar manual (acionada com a mão ou pé), classificada na NCM 8414.20.00 – bombas de ar de acionamento manual, de acordo com a Receita Federal (Solução de Consulta nº 17/2007). Em assim sendo, o bico de tais bombas não estavam abrangido pelo Protocolo ICMS 41/08.

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

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

No que tange ao “Compressor de Ar”, o contribuinte argumentou que não é de uso exclusivo automotivo e não guarda nenhuma relação com os compressores a que se refere o Protocolo ICMS 41/08, que são peças instaladas junto aos motores dos veículos para aumentar a sua

potência. Que aqueles comercializados são multiuso, utilizados para encher todos os tipos de infláveis, como bolas, colchões, bexigas, boias, etc., além de pneumáticos de carros, motos, bicicletas, carroças etc.

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

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

Cláusula primeira omissis

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

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

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

Em assim sendo, devem ser excluídos da autuação.

Com tais exclusões e analisando o levantamento fiscal relativo a esta infração (“Anexo 2.1 – Dem. Detalhado Infração ICMS-ST não retido – exercícios de 2011 e 2012” - CD à fl. 40) os produtos autuados para o exercício de 2011 foram os seguintes: “Orelha Lateral P/Liberty Four PTO”, “Bico de bomba de encher pneu” e “Compressor de Ar” e, em relação ao exercício de 2012: “Orelha Lateral P/Liberty Four PTO” e “Compressor de Ar”.

Em vista do exposto e diante da decisão ora prolatada, a infração 05 é insubsistente.

Infração 06 – produtos elencados no Convênio ICMS 74/94 - tintas e vernizes. Item impugnado: “Micro-óleo Lubrificante e Anticorrosivo”.

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

Por seu turno, as autuantes dizem que enquadraram o produto no Convênio de Tintas (Convênio ICMS 74/94), porque em seu Anexo Único, item 03, consta a NCM 2710 e a seguinte descrição: “Massas, pastas, ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, polimento ou conservação”, além do mais, não poderiam “supor” que o produto é mais lubrificante do que anticorrosivo.

Segundo o site de um dos fabricantes do referido produto, tem ele as seguintes propriedades (www.starrett.com.br) – parte do trecho incluindo na defesa do autuado à fl. 193 e consulta no próprio site:

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

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

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

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

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

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

. Elimina Rangidos: suas propriedades lubrificantes instantâneas se expandem para dentro daquelas partes de difícil acesso, eliminando rangidos e aderências.

. Remove Umidade: M1 não é solúvel em água; por isso ele se instala sob a umidade, retirando-a da superfície a ser protegida.

. Não Condutor: previne contra curtos-circuitos em ambientes de intensa umidade, impedindo o desperdício de eletricidade através de fios úmidos de ignição.

. Além da Ação Instantânea, M1 possui uma fórmula exclusiva que não contém cloro-fluorcarbonetos nem detergentes nocivos ao meio ambiente. Na embalagem aerossol, M1 utiliza propelente que não ataca a camada de ozônio. M1 é proteção total.

Aplicações Industriais

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

Aplicações Universais

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

Pela descrição acima, concluo que tem razão o sujeito passivo, ao alegar que o produto está enquadrado no Convênio ICMS 110/07 e não no Convênio ICMS 74/94, como entenderam as autuantes, pois se trata de lubrificante (NCM 2710.19.32 – óleos lubrificantes com aditivos). Por essa razão, deve ser excluído da presente autuação.

E como a infração 06 somente tratou deste produto referente ao exercício de 2012, ao excluí-lo da autuação, é ela improcedente.

Infração 07 - trata do Convênio ICMS nº 85/93 que dispõe sobre substituição tributária nas operações com pneumáticos, câmaras de ar e protetores. O autuado não a contesta, recolhendo o valor do ICMS-ST exigido na ação fiscal. Em assim sendo, a infração é mantida no valor de R\$802,71

Infração 08 - trata do Protocolo ICMS nº 25/10 que dispõe sobre substituição tributária nas operações com bicicletas. O autuado não a contesta, recolhendo o valor do ICMS-ST exigido na ação fiscal. Em assim sendo, a infração é mantida no valor de R\$483,06.

Infração 09 - trata do Protocolo ICMS nº 26/10 que dispõe sobre substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno. Neste momento ressalto que embora a infração 02 trate do mesmo Protocolo, ela acusa o contribuinte da falta de recolhimento do ICMS-ST. No presente caso, se apurou o seu recolhimento a menor. Itens impugnados: “Saboneteira de Embutir - LBI”, “Chuveiro de Plástico /Registro”, “Boia de caixa de descarga” e “Caixas Plásticas de Embutir P/ Instalações Elétricas”.

O produto “Saboneteira de Embutir - LB1”. O defendente afirma tratar-se de porta sabonete de embutir, com estrutura de plástico e tampa de aço, enquadrado na NCM 3925.90.00, conforme Decisão Nº 10 de 22 de Fevereiro de 1999 da Secretaria da Receita Federal. Em assim sendo, utiliza a MVA correto, nos termos do item 11 do Protocolo ICMS 26/10.

As autuantes, por seu turno, informam que a empresa utiliza duas NCMs: a 3924.9000 (item 10 do Anexo Único do Protocolo 26/10) e em outras, a NCM é 3925.9000 (item 11 do Anexo Único do Protocolo 26/10). Diante das diretrizes que se deve atentar para o enquadramento do produto no regime da substituição tributária, optaram pela descrição do item 10 que trata de "Artefatos de higiene/ Toucador de plástico" e não consideram a NCM 3925.9000 (item 11 do Protocolo), já que a descrição do produto trata de "Telhas, cumeeiras, caixas d'água de polietileno e outros plásticos".

A Tabela TIPI, quando dos fatos geradores, assim determinava:

39.25 Artigos para apetrechamento de construções, de plástico, não especificados nem compreendidos noutras posições.

3925.90 -Outros

3925.90.10 De poliestireno expandido (EPS)

3925.90.90 Outros

Por seu turno, o Protocolo ICMS nº 26/10 dispunha (e dispõe)

ITEM	NCM/DESCRIÇÃO
11	3925.10.00 - Telhas, cumeeiras e caixas d'água de polietileno e outros plásticos 3925.90.00 -

Ou seja, embora não identificasse a NCM, ela já se encontrava inserida no referido Protocolo.

E analisando o produto ora em lide, entendo que se enquadra perfeitamente como um apetrecho na construção civil e não como “Artefatos de higiene/ Toucador de plástico”.

Neste específico caso, razão assiste ao impugnante. O produto deve ser excluído da autuação.

Com base no levantamento fiscal (“Anexo 3.1 – Dem. Detalhado Infração ICMS-ST não retido – exercícios de 2011 e 2012” - CD á fl. 40) as seguintes notas fiscais são retiradas da autuação **exclusivamente** quanto ao produto “Saboneteira de Embutir - LB1”, **restando nelas os demais produtos autuados.**

DEMONSTRATIVO DO PRODUTO SABINETEIRA DE EMBUTIR - LBI AUTUADOS

MÊS/ANO	NOTA FISCAL	DATA	ICMS-ST	FLS. LEVANTAMENTO FISCAL
JANEIRO/2011	246114	21/01/2011	18,86	15
TOTAL JANEIRO			18,86	
FEVEREIRO 2011	257630	03/02/2011	18,86	16
TOTAL FEVEREIRO			18,86	
MARÇO 2011	282771	04/03/2011	22,53	20
TOTAL MARÇO			22,53	
ABRIL 2011	317451	14/04/2011	37,72	25
TOTAL ABRIL			37,72	
JULHO 2011	400205	19/07/2011	23,58	35
TOTAL JULHO			23,58	
SETEMBRO 2011	456138	22/09/2011	25,82	45
TOTAL SETEMBRO			25,82	
OUTUBRO 2011	474565	14/10/2011	23,84	49
OUTUBRO2011	479069	19/10/2011	23,84	49
TOTAL OUTUBRO			47,68	
NOVEMBRO 2012	857040	28/11/2012	20,89	31
TOTAL NOVEMBRO			20,89	
DEZEMBRO 2012	863261	04/12/2012	20,89	32
TOTAL DEZEMBRO			20,89	

Afirma o autuado de que o produto "Chuveiro de Plástico/Registro" ao contrário daqueles comuns, guardam relação com os descritos na posição NCM 81.84 já que são nada mais do que torneiras, dotadas de um registro próprio, trazendo em sua extremidade um difusor. Diz se tratar de chuveiro de plástico, dotado de um registro, também de plástico, que controla o fluxo da água.

As autuantes afirmam que seguiram o critério para o enquadramento de um produto no regime da substituição tributária, qual seja: NCM X Descrição. Informam que o produto em questão foi comercializado pela autuada com a NCM 3922.9000 com previsão no item 09 do Anexo Único do Protocolo 26/10: " *Banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, caixas de descarga e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos*". No entanto a empresa, mesmo utilizando esta NCM calculou o ICMS-ST com base no item 84 (NCM 8481) do mesmo Protocolo que tem a descrição de "*Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes*".

Pelo exposto, a questão aqui é saber qual a NCM melhor se adequa ao produto.

Inicialmente observo que a Decisão nº 86, de 30/10/1997 da Receita Federal a respeito do NCM 8481.80.10 (fl. 83) é decisão antiga que não se coaduna com a Tabela TIPI quando da ocorrência dos fatos geradores.

Quanto as Notas Explicativas do Sistema Harmonizado – IN nº 807/08, com a redação dada pela IN RFB 1.260 de 20/03/2012 a respeito de “torneiras, válvulas e dispositivos semelhantes”, aqui não se está a questionar o produto “torneira”, como pretende caracterizar o impugnante, mas sim o “chuveiro de plástico com registro”, o que me leva a não se poder caracterizá-lo como uma “torneira” como define a RFB (fl. 83 dos autos).

E, como adiante se verifica, a NCM 84.81 encontra-se inserida no *Capítulo 84 - Reatores nucleares, caldeiras, máquinas, aparelhos e instrumentos mecânicos, e suas partes* da Tabela TIPI. Em assim sendo, mesmo que se pudesse considerar o “chuveiro de plástico com registro” um aparelho mecânico, a torneira seria uma parte dele e não o chuveiro propriamente dito que é constituído de diversas partes.

Afora toda esta questão, trouxe ainda o defendente trecho destas notas explicativas que assim expõe: “*Quando o controle ou o comando se efetua à distância, apenas a torneira, a válvula e dispositivos semelhantes se classificam aqui*” para diferenciar o “chuveiro de plástico com registro (autuado) daquele que não o tem. Embora seja argumento sem pertinência para a presente lide como acima exposto, as próprias fotografias trazidas pela defesa (fl. 82) discordam desta argumentação.

Em assim sendo, essas notas explicativas não se coadunam com a discussão ora posta.

Seguindo a análise, deve-se obedecer a Tabela TIPI dos anos de 2011 e 2012.

A Tabela no ano de 2011 assim dispunha:

Tabela TIPI aprovada pelo Decreto nº 6006, de 28/2/2006 (DOU de 29.12.2006) republicado no DOU de 08/01/2007 com vigência a partir de 01/01/2007:

SEÇÃO VII PLÁSTICOS E SUAS OBRAS; BORRACHA E SUAS OBRAS

Capítulo 39 Plásticos e suas obras

39.22 Banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, caixas de descarga e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos.

3922.90.00 -Outros (Decreto nº 7542/2011)

SEÇÃO XVI MÁQUINAS E APARELHOS, EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS, E SUAS PARTES; APARELHOS DE GRAVAÇÃO OU DE REPRODUÇÃO DE SOM, APARELHOS DE GRAVAÇÃO OU DE REPRODUÇÃO DE IMAGENS E DE SOM EM TELEVISÃO, E SUAS PARTES E ACESSÓRIOS

Capítulo 84 Reatores nucleares, caldeiras, máquinas, aparelhos e instrumentos mecânicos, e suas partes

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

8481.80 -Outros dispositivos

8481.80.19 Outros (Decreto nº 7542/2011)

E para o exercício de 2012 - Tabela de incidência do imposto sobre produtos industrializados TIPI, aprovada pelo Decreto nº 7660, de 23/12/2011 (DOU de 26/12/2011) com vigência a partir de 01/01/2012

Seção VII PLÁSTICOS E SUAS OBRAS; BORRACHA E SUAS OBRAS

39.22 Banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, caixas de descarga e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos

8481.80 -Outros dispositivos

3922.90.00 – Outros

Seção XVI MÁQUINAS E APARELHOS, MATERIAL ELÉTRICO, E SUAS PARTES; APARELHOS DE GRAVAÇÃO OU DE REPRODUÇÃO DE SOM, APARELHOS DE GRAVAÇÃO OU DE REPRODUÇÃO DE IMAGENS E DE SOM EM TELEVISÃO, E SUAS PARTES E ACESSÓRIOS.

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

8481.80.19 Outros

Como se denota a posição com NCM 84.81 em qualquer momento diz respeito a “chuveiro completo” mesmo que se pudesse aventar a possibilidade de ser ele um aparelho, conforme Tabela TIPI. Inclusive, não se pode esquecer que o produto em questão é fabricado em plástico (foto á fl. 82 dos autos), que tem seção específica na Tabela TIPI. E conforme regras gerais de interpretação do Sistema Harmonizado (item 3.a) da Tabela TIPI, “A *posição mais específica prevalece sobre as mais genéricas*”. Em assim sendo, razão assiste às autuantes.

Afora que nas Notas da Seção XVI da Tabela TIPI consta:

Notas. 1.- A presente Seção não compreende:

g) As partes de uso geral, na acepção da Nota 2 da Seção XV, de metais comuns (Seção XV) e os artigos semelhantes de plástico (Capítulo 39);

Além de tudo exposto, o próprio contribuinte, quando da emissão de suas notas fiscais, e conforme dito pelas autuantes, utilizou a NCM 3922.90.00. No entanto, ao calcular o imposto retido (e recolhido) o fez pela NCM 84.81, acarretando uma diminuição do imposto a recolher e ora exigido.

Mantida a ação fiscal.

O produto "Boia de caixa de descarga", diz o impugnante que conforme o produto “chuveiro plástico c/registro” trata-se de uma torneira, cujo acionamento se dá de forma automática, através de um flutuador (“boia” - genericamente chamada de “torneira de boia” ou “torneira de flutuador”), que abre e fecha o dispositivo, conforme o nível de água aumenta ou diminui dentro do recipiente onde é instalado (caixa de descarga). Está classificado na NCM 8481 e prevista no item 84 do Anexo Único do Protocolo ICMS 26/10, consoante a Solução de Consulta nº 31/00 da Receita Federal e não no NCM 3922.

As autuantes afirmam que tomaram por base toda a orientação que explicitaram para o produto “chuveiro de plástico c/registro”.

Inicialmente o produto não é uma “torneira” e sim uma “boia de carga de descarga”, comumente chamado de “flutuador” que serve para levar água ao fundo da caixa mantendo seu nivelamento. Em segundo, a Solução de Consulta nº 31/00 da Receita Federal de 2000 trata de **torneira de latão** (NCM 8481.80.99) acionada automaticamente por um flutuador (boia e produto autuado). Em assim sendo, não tem pertinência tal consulta à presente questão.

Quanto as Notas Explicativas do Sistema Harmonizado – IN nº 807/08, com a redação dada pela IN RFB de 20/03/2012 (trazida igualmente para “Chuveiro de Plástico/Registro”) já foram elas comentadas, que, igualmente aqui não se aplica..

Neste momento faço a seguinte observação. O AI nº 207349.003/15-6 foi lavrado contra a mesma empresa ora autuada e pelas mesmas fiscais autuantes. Fui Relatora do mesmo e proferi meu voto conforme Acórdão JJF Nº 0105-04/17, acolhido por unanimidade por esta Junta. Acontece que naquele processo as próprias autuantes, quando de sua informação fiscal, entenderam que a “Boia de caixa de descarga” deveria ser excluída da infração 02 que tratou da falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de materiais de construção realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 26/10), ou seja, a excluíram do regime da substituição tributária.

Diante deste quadro, esta Relatora seguiu a orientação das autuantes, sem fazer maiores verificações.

Contudo, no presente, elas (autuantes) modificaram o seu posicionamento, o que levou a ser feita uma análise mais acurada do produto.

E desta análise, restou caracterizada de que todas as explicações feitas em relação ao produto “Chuveiro de Plástico/Registro” aqui são aplicadas. Por consequência, neste momento, retifico, por competência, o meu posicionamento exarado no Acórdão JJF Nº 0105-04/17, lembrando ao n. impugnante que esta 4ª JJF é foro de 1ª Instância deste Colegiado.

É mantido o produto na ação fiscal.

A respeito dos produtos “Caixas Plásticas de Embutir P/ Instalações Elétricas” diz o contribuinte que são pequenas caixas de plástico abertas, em formatos retangulares, quadrados ou octogonais, destinadas a serem embutidas em paredes ou tetos, para viabilizar instalações elétricas em geral, tais como tomadas, interruptores, campainhas, bocais de lâmpada etc. Entende serem acessórios dos tubos, razão pela qual se classificam no NCM 39.17. Para corroborar seu argumento apresenta a Decisão Nº 42 de 20 de Maio de 1999 da Secretaria da Receita Federal e apresenta fotos (fls. 87/88).

Por seu turno, as autuantes informam que a empresa os comercializa com NCM's distintas. Em assim sendo, optaram pela conjunção NCM x Descrição do produto. No caso, optaram pela NCM 3926.9090 (item 14 do Anexo Único do Protocolo 26/10) que tem a descrição "*outras obras de plástico para uso na construção*", pelo entendimento de ser mais coerente com o produto do que a descrição referente ao item 04 (NCM 3917) de "*Tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção civil*" como pretendido pelo impugnante.

Tais caixas não podem ser descritas como acessórios de tubos, mas sim, servem para acomodar tomadas e interruptores, como de passagem, para a fiação de sistema elétrico. Embora possam ser acopladas aos tubos, sua função não é de acessório, mas sim de complementação do sistema elétrico.

Em assim sendo, razão assiste as autuantes em utilizar o NCM 3926.9090 e não a 39.17.

Mantida a ação fiscal.

Por tudo exposto fica mantida em parte a infração 09 no valor de R\$1.285,34, conforme demonstrativo de débito a seguir com a exclusão do produto “Saboneteira de Embutir –LB1”.

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 09

MÊS/ANO	ICMS AI	(-) SABONETEIRA	ICMS EXIGIDO
jan/11	114,60	18,86	95,74
fev/11	94,12	18,86	75,26
mar/11	93,37	22,53	70,84

abr/11	69,30	37,72	31,58
mai/11	79,11	-	79,11
jun/11	97,81	-	97,81
jul/11	89,78	23,58	66,20
ago/11	79,44	-	79,44
set/11	105,91	25,82	80,09
out/11	108,99	47,68	61,31
nov/11	153,80	-	153,80
dez/11	5,48	-	5,48
jan/12	56,83	-	56,83
fev/12	41,72	-	41,72
mar/12	25,42	-	25,42
abr/12	30,71	-	30,71
mai/12	25,33	-	25,33
jun/12	38,11	-	38,11
jul/12	29,55	-	29,55
ago/12	35,96	-	35,96
set/12	33,84	-	33,84
out/12	28,34	-	28,34
nov/12	36,78	20,89	15,89
dez/12	47,87	20,89	26,98
TOTAL	1.522,17	236,83	1.285,34

Infração 10 – diversos tipos de colas (conforme nominadas no Relatório do presente Acórdão) autuadas pelo fato da fiscalização ter entendido que estavam incluídas no Protocolo ICMS 28/10 (artigos de papelaria).

O autuado discorda de que essas colas estejam enquadradas no Protocolo ICMS 28/10, vez que não são itens de “papelaria” e o nominado Protocolo é taxativo em mencionar apenas as “colas escolares”, sendo este, igualmente, o entendimento exarado no Parecer DAT/DITRI nº 01176/2011, de 18/01/2001.

As autuantes acatam os argumentos de defesa, uma vez que o produto “cola tem previsão de retenção do ICMS-ST em três diferentes Convênios e Protocolos: Tintas (Conv. ICMS 74/94); Material de Construção (Protocolo ICMS 26/10) e material de papelaria (Protocolo ICMS 28/10). Diante desta situação e por terem dúvidas, no caso específico, aceitaram as razões de defesa, reduzindo a infração 10 de R\$17.676,83 para R\$640,45.

Neste caso, havendo dúvidas a respeito dos produtos “cola” autuados pelas próprias fiscais autuantes, concordo que, neste momento, devem ser elas afastadas da autuação.

Assim, acolho a redução do imposto elaborado pelas fiscais e o ICMS-ST desta infração fica reduzido para R\$640,45, conforme Demonstrativo de Débito às fls. 177/178 do presente processo.

Por tudo quanto foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$126.060,60, conforme a seguir indicado. O órgão competente desta Secretaria de Fazenda deve homologar os valores efetivamente recolhidos.

INFRAÇÕES	ICMS	MULTA	DECISÃO
01	715,93	60%	PROCEDENTE EM PARTE
02	38.827,13	60%	PROCEDENTE EM PARTE
03	79.027,90	60%	PROCEDENTE EM PARTE
04	4.278,08	60%	PROCEDENTE EM PARTE
05	0,00	-----	IMPROCEDENTE
06	0,00	-----	IMPROCEDENTE

07	802,71	60%	PROCEDENTE
08	483,06	60%	PROCEDENTE
09	1.285,34	60%	PROCEDENTE EM PARTE
10	640,45	60%	PROCEDENTE EM PARTE
Total	126.060,60		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207349.0002/15-0**, lavrado contra **BCR COMÉRCIO E INDÚSTRIA SA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$126.060,60**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “e”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo proceder a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2018

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE/EM EXERCÍCIO - RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR