

A. I. Nº - 275290.0008/17-0
AUTUADO - BCR COMÉRCIO E INDÚSTRIA S. A.
AUTUANTE - MARTA HELENA DOS SANTOS FERNANDES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20.08.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0124-05/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDA PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADO NO ESTADO. Demonstrado nos autos que o produto “lixeria” não está enquadrado no regime de substituição tributária previsto no Protocolo ICMS nº 26/10. Comprovado que o produto “lona plástica” nas operações de aquisição por estabelecimentos comerciais e destinados a revenda se enquadram no referido Protocolo. Da mesma forma, as “correntes zincadas” se classificam como correntes “de ferro ou aço” da NCM 73.15.82 e se enquadram no regime de substituição tributária prevista no item 8.56 do Anexo 1 do RICMS/2012. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/09/2017, constitui crédito tributário no valor de R\$143.143,69, conforme demonstrativos acostados às fls. 6 a 14 dos autos e CD/Mídia à fl. 15, em razão do cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS, na forma a seguir:

INFRAÇÃO 1 – 08.50.01: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, referente ao exercício 2016. Lançado ICMS no valor de R\$143.143,69, com enquadramento no art. 10, da Lei nº 7.014/96, c/c as cláusulas primeira e terceira a quinta Protocolo ICMS 26/10, mais multa de 60% tipificada no art. 42, Inc. II, “a” do mesmo diploma legal.

O sujeito passivo, às fls. 29/41 dos autos, apresenta defesa administrativa na qual, após desenvolver um breve relato da autuação, destacando a tempestividade da defesa na forma do que dispõe o art. 123 do RPAF, diz que não merece prosperar, conforme passo a relatar:

Primeiramente apresenta a descrição fática das supostas infrações, para em seguida traçar suas razões de impugnação em relação a cada um dos produtos objeto da autuação.

- *Lona agrícola e lona plástica para estufas.*

Após apresentar à fl. 31 dos autos os tipos de lonas, objeto da autuação, diz que os produtos em questão são lonas plásticas agrícolas e lonas plásticas para estufa, todas classificadas na NCM 3920.20.19. Observa que é importante mencionar que na agricultura, as lonas plásticas desempenham um papel extremamente importante, trazendo inúmeros benefícios e melhorias em termos de produtividade e qualidade para as plantações, sendo utilizada desde o cultivo até o armazenamento de produtos.

Destaca que as lonas plásticas agrícolas que possuem propriedades específicas são utilizadas para formar uma barreira física entre o cultivo e as intempéries na superfície do solo, oferecendo inúmeros benefícios para as mais diversas culturas, dentre eles, redução da perda de água no solo, diminuição da amplitude térmica entre o dia e a noite, redução do uso de fertilizantes - diminuição das pragas, infestações e outros. Destaca alguns exemplos, com fotos à fl. 32 dos autos.

No mesmo sentido, diz que as lonas plásticas para estufa impedem a infestação de pragas e insetos, bem como o vento que possa destruir as plantas, permitindo a entrada de luz de maneira controlada e impedindo a radiação solar. Observa que a lona para estufa mantém sempre a temperatura ideal para uma melhor floração e frutificação. Destaca foto à fl. 32 dos autos.

Momento seguinte, diz que até 31/12/2015, o RICMS/BA mantinha a cobrança do ICMS-ST expressamente para as lonas previstas no item "24.7" do Anexo 1. Embora não houvesse, na descrição do produto, a destinação específica, diz que já era possível subentender que a substituição tributária se aplicava apenas para as lonas destinadas à construção civil, já que o referido item estava previsto apenas nesse segmento.

Destaca a redação vigente para o ano de 2015, relativo ao item 24.7 "Veda rosca, lona plástica, fitas isolantes e afins. 3919. 3920, 3921", do Anexo 1, RICMS/2012, como a seguir posto:

Item	Mercadoria - NCM	Acordo Interestadual / Estados signatários	MVAnas aquisições de lã signatária de acordo interestadual (conforme a Aliq. interestadual aplicada no estado de origem)	MVA nas aquisições de UF não signatária de acordo interestadual (conforme a Aliq. interestadual aplicada no estado de origem)	MVAnas operações internas
24.7	Veda rosca, lona plástica, fitas isolantes e afins- 3919,3920, 3921	Prot. ICMS 104/09- BA e SP Prot. ICMS 26/10 -AP.BA.ES, MG e RJ	79,28% (Aliq. 4%) 73,67% (Aliq. 7%) 64,44% (Aliq. 12%)	79,28% (Aliq. 4%) 73,67% (Aliq. 7%) 64,34% (Aliq. 12%)	55%

Diz que, a partir de 01/01/2016, com o advento do Convênio ICMS 92/15 que regulamentou o CEST - Código Especificador da Substituição Tributária, a sistemática de substituição tributária foi alterada em todo território nacional, pondo fim a qualquer dúvida sobre a tributação das lonas e de vários outros produtos.

Observa que o CEST uniformizou e identificou todas as mercadorias e bens passíveis de sujeição ao regime de substituição tributária, dividindo as lonas em dois grupos, ou seja, aquelas utilizadas na construção civil (CEST 10.009.00) e aquelas que não são utilizadas na construção (CEST 14.004.00) na forma do Convênio ICMS 52/2017, que destaca à fl. 34 dos autos.

Diz que o Decreto nº 16.499/15, que entrou em vigor a partir de 01/01/2016, introduziu o CEST ao RICMS/BA alterando todo Anexo 1. Neste sentido, pede observar o item 8.9 do Anexo 1 do RICMS/BA, que corresponde ao CEST 10.009.00, que prevê a substituição tributária para as lonas para uso na construção. Por sua vez, diz que o CEST 14.004.00, que prevê a substituição tributária para as lonas não utilizadas na construção, não foi mencionado. Destaca o Anexo 1 vigente no ano de 2016, de 01/01/16 até 09/03/16 às fls. 34/35 dos autos.

Assim, diz que em razão de não haver previsão legal, não há que se falar em aplicação da Substituição Tributária para as lonas agrícolas e lonas de estufa, devendo ser afastada a exigência fiscal.

- *Lixeiras*

Após apresentar à fl. 35 dos autos os tipos de lixeiras, inclusive com foto à fl. 36, diz que se tratam de Lixeiras classificadas nos códigos NCM 3924.90.00, conforme a TIPI, dos tipos utilizados em cozinhas, escritórios, dentre outras finalidades.

Observa que, na planilha confeccionada pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, o Agente Fiscal enquadra o referido produto no item 8.14 do Anexo 1 do RICMS- BA de 2012, em meio aos itens relacionados aos materiais de construção, como se integrasse a sistemática da Substituição Tributária, aplicando-lhe uma MVA original de 85%, como a seguir destacado:

8.14	10.IH4.0Q	3924	Artefato? de higiene / toucador de plástico, para uso na construção	Prot. ICMS i 04/09- BAeSP - - Prot. ICMS26/J0- AP, BA, ES, MG o KJ '	H3,98% (Aliq. 4%) ' 107,29% (Aliq. 7%) 96,14% (Aliq. 12%)	-113,98% (ASq. 4%) 107,29% (Aliq. 7%) • 96,14% (Aliq. 12%)	85%
------	-----------	------	---	--	---	--	-----

Diz que sem razão o entendimento do agente Fiscal. Primeiramente, porque referidos produtos não se enquadram no conceito de “artefatos de higiene/toucador”. razão pela qual não lhes pode ser aplicada a sistemática da Substituição Tributária. Segundo, diz que a posição 39.24 da TIPI - Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados, traz a seguinte descrição:

39.24	Serviços de mesa, artigos de cozinha, outros artigos de uso doméstico e artigos de higiene ou de toucador de plástico	%
3924.10.00	- Serviços de mesa e outros utensílios de mesa ou de cozinha	10
3924.90.00	- Outros •	10

Desta forma, diz que, pelo que consta da TIPI, é de se compreender que apenas 2 (duas) classificações são possíveis nesta posição, sendo uma 3924.10.00, afeta aos serviços de mesa e outros utensílios de mesa ou de cozinha, e 3924.90.00 para os demais, que, nesse caso, seriam os outros artigos de uso doméstico (já excluídos os destinados a mesa e cozinha) e os artigos de higiene ou de toucador.

Evoluindo nesse raciocínio, diz que se pode afirmar, portanto, que nem todos os itens classificados na NCM 3924.90.00 estariam submetidos à ST, posto que o Anexo 1 do RICMS da Bahia vigente em 2016, no item 8.14, só previa essa sistemática para os “artefatos de higiene/toucador de plástico, para uso na construção”, como visto acima, deixando de fora, então, os demais artigos de uso doméstico que fogem à idéia de “higiene” e “toucador”.

Em que pese a possibilidade de se exercer, de modo geral, uma interpretação livre e pessoal sobre os conceitos e as normas, diz que, nesse caso, o legislador cuidou de restringir totalmente essa hipótese, através da NESH - Notas Explicativas do Sistema Harmonizado.

Destaca que a NESH, ao tratar da posição 39.24 da TIPI, citou exemplos de diversos produtos que se encaixariam nos conceitos de serviços de mesa, artigos de cozinha, artigos de uso doméstico, artigos de higiene e toucador. Apresenta os demais itens na fl. 37 dos autos.

Isto posto, diz que, como se pôde verificar, a Receita Federal do Brasil, único órgão que detém competência para classificar as mercadorias, incluiu as lixeiras entre os artigos de economia doméstica, e não entre os itens de higiene ou toucador.

Desta forma, se acaso entendesse que dentre os itens de toucador e higiene pessoal se incluíam as lixeiras, teria o legislador citado esses produtos como exemplo na letra “D”, e não na “C”, dos itens destacados na fl. 37 dos autos.

Por outro lado, mesmo que o Agente Fiscal ousasse discordar do óbvio, usurpar da competência legislativa de um Órgão Federal ligado diretamente ao Ministério da Fazenda e afirmar, contrariando a NESH, que os produtos em questão são mesmo artefatos de higiene ou de toucador, estaria igualmente equivocado em enquadrar os produtos na sistemática da ST.

Diz que o Convênio ICMS 92/15, que instituiu o CEST - Código Especificador da Substituição Tributária, em sua redação original, previa a NCM 3924 em dois grupos distintos. Um, CEST 10.014.00, ligado a materiais de construção, e o outro, 15.004.00, ligado a plásticos, conforme se pode observar do quadro que destaca à fl. 38 dos autos.

Como é fácil observar, diz que a diferença entre eles é apenas, uma, qual seja, a destinação do produto para o uso na construção ou não.

Diz que, o Estado da Bahia, ao recepcionar o referido Convênio em sua legislação interna, não o fez na íntegra, tendo deixado de fora o grupo dos plásticos, onde consta o CEST 15.002.00.

Desta forma, entende que fica claro que, para a Bahia, submetem-se à sistemática da ST apenas os artefatos de higiene/toucador de plástico para uso na construção, ficando de fora dessa sistemática aqueles que, embora se enquadrem no conceito de higiene e toucador, não sejam de uso na construção.

Assim, diz que, sendo igualmente claro que uma lixeira de plástico, ainda que fosse um artefato de higiene/toucadador, não teria qualquer utilidade numa construção. Diz restar sacramentado sua exclusão da sistemática da ST para o Estado da Bahia.

- *Correntes para cadeado*

Diz tratar-se de correntes para cadeado confeccionadas em aço, classificadas na NCM 7315.89.00. Diferentemente da Impugnante, diz que a agente Fiscal classifica o referido produto na NCM 7315.82.00 e o enquadra no item 8.56 do Anexo 1 do RICMS-BA de 2012, em meio aos itens relacionados aos materiais de construção, como se integrasse a sistemática da Substituição Tributária, aplicando-lhe uma MVA original de 65%.

Após apresentar foto das correntes à fl. 40 dos autos, diz que cumpre esclarecer que a NCM 7315.82.00 diz respeito a “*Outras correntes, de elos soldados*”, que não poderia jamais ter sido atribuída ao produto em questão, uma vez que essas correntes não contam com elos soldados. Os elos, como se pode ver no detalhe da figura (fl. 40) são, na verdade, peças torcidas que se encaixam, sem passar por soldadura.

Conclui-se, pois, que a correta NCM do produto é a 7315.89.00, sendo essa a utilizada pelo fornecedor e pela Autuada e que jamais se submeteu à sistemática da Substituição Tributária.

Desta forma, em razão da NCM 7315.89.00 não contar do Anexo 1 do RICMS/BA, não há que se falar em ausência de recolhimento do ICMS-ST para o produto em questão.

Ante o exposto, requer seja a presente Impugnação recebida, conhecida para, ao final, ser julgada provida, declarando-se a improcedência dos lançamentos dos créditos tributários insculpidos no presente Auto de infração.

A agente Fiscal às fls. 80/83, traz aos autos sua Informação Fiscal aos argumentos de defesa, onde às fls. 56/68 dos autos, após replicar todas as considerações de defesa da Impugnante, apresenta suas contrarrazões, que a seguir passo a descrever:

Inicialmente, diz que a auditoria foi realizada tomando por base os arquivos de Notas Fiscais emitidas eletronicamente pela Autuada, baixadas através do Sistema de Notas Fiscais Eletrônicas da SEFAZ/BA, e gravadas no CD ROM, anexo à fl. 15 deste PAF; e, também, nos sistemas INC - Informações do Contribuinte, SIGAT - Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária e demais sistemas corporativos da SEFAZ/BA.

Diz que o estabelecimento, ora autuado, vem apresentando regularmente o documento denominado GIA-ST que é o resumo do ICMS retido e a recolher.

Observa que o ICMS retido por substituição em operações interestaduais decorre da celebração de convênios e protocolos onde são descritos os produtos sujeitos à substituição tributária, os procedimentos e as obrigações respaldados na Lei Complementar 87/96 e alterações posteriores, cujo imposto é apurado nota a nota.

Destaca que a fiscalização foi executada ao amparo do Prot. 26/10 – Materiais de Construção, Acabamento, Bricolagem ou Adorno vigente no exercício fiscalizado.

Por fim, quanto aos esclarecimentos iniciais, diz que, no Código Tributário Nacional - CTN (Lei nº 5.172, de 25/10/1966 - art. 96), consta que a expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Entrando no mérito da autuação assim se posiciona:

- *Lonas agrícolas e lonas plásticas para estufas:*

Diz que a reclamação fiscal se deu à luz do entendimento da SEFAZ/BA, consignado no Parecer DITRI nº 27037/2012, que, em resposta à consulta formulada por contribuinte quanto ao tratamento tributário a ser dado para as “*aquisições interestaduais de chapas, folhas, tiras, fitas, películas e*

outras formas planas, autoadesivas, de plásticos, mesmo em rolos, classificados nas sub-posições da NCM 39.19; e veda rosca, lona plástica e fitas isolantes e afins, classificados nas posições da NCM 3919, 3920 e 3921 destinadas a estabelecimento comercial", se manifestou, conforme destaque às fls. 61/62 dos autos.

Assim, destaca que fica claro que nas vendas realizadas para estabelecimento comercial varejista ou comercial atacadista, tanto o alienante como o adquirente não têm como identificar a destinação a ser dada aos produtos pelos seus clientes. Tanto é assim, que o próprio fabricante dos produtos, a "Lonax", em seu site, informa as diversas destinações que pode ser dada às lonas e filmes estufas, e dentre elas está a construção civil.

Dessa forma, tal consulta retornou que os produtos motivo da autuação servem para uso agrícola e, também, para uso na construção civil, além de outros usos, e são classificados da seguinte forma: "lonas" como "leve", "forte" e "extra forte" e "filmes estufas" como "leve" e "forte", destinados ao uso na construção civil, agrícola, doméstico e comercial, conforme tabela que destaca à fl. 63.

Também destaca foto retirada do site do fabricante "LONAX", para em seguida dizer que postula pela manutenção da autuação relativa aos produtos lonas e filmes estufas.

- *Lixeiras*

Diz que equivoca-se a Autuada ao afirmar que uma lixeira de plástico está incluída tão somente no item C da NESH para a posição 39.24 da TIPI, visto que o item D das Notas Explicativas, que destaca à fl. 67 dos autos, traz uma redação, que à luz do seu entendimento, acoberta tal produto.

Em seguida diz que, as lixeiras comercializadas pela Autuada, sejam de pedal ou não, também podem ser artefatos destinados a guarnecer toucadores e adéquam-se perfeitamente ao item D como *"artigos de higiene ou de toucador, de uso doméstico ou não"*, uma vez que *"não são fixadas com caráter de permanência à parede"*.

Ademais, nos mesmos moldes do item anterior, relativamente aos produtos *"lonas"* e *"filmes estufas"*, nas vendas de *"lixearas"* o estabelecimento alienante de Estado signatário do Prot. 26/10 não tem como identificar em caráter irrefutável a que se destinam, bem assim, o estabelecimento adquirente deste Estado, seja ele atacadista ou varejista, não pode determinar com precisão a destinação que lhes será dada pelos seus clientes.

Aduz que essas lixeiras tanto podem ser destinadas ao uso doméstico, em qualquer local da residência, como podem também ser utilizadas como artigo de higiene ou de toucador e, por que não, em obras de construção civil?

- *Correntes para cadeado*

Diz que, analisando o arquivo de Notas Fiscais Eletrônicas gravadas no CD ROM à fl. 15 não encontra qualquer evidência de que o produto, motivo da reclamação fiscal, seja o mesmo apresentado na imagem acostada à fl. 39 da impugnação da Autuada.

Ademais, no mesmo arquivo à fl. 15 observa-se que a própria Autuada concorda com o tratamento tributário dado ao produto *"corrente zincada p/cadeado"*, uma vez que efetuou a retenção do ICMS-ST para esse item em diversas Notas Fiscais.

Por fim, diz que, por tudo quanto exposto, e por inexistir na defesa, elementos materiais capazes de elidir a acusação fiscal, requer aos ilustres membros do Egrégio Conselho de Fazenda Estadual que julguem totalmente procedente as exigências objetos da presente lide.

VOTO VENCIDO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido

processo legal, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo, apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para a formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

No mérito, trata o presente PAF de lançamento fiscal de crédito tributário, para exigir imposto no montante de R\$143.143,69, decorrente da acusação de que o sujeito passivo deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, de mercadorias adquiridas ao amparo do Protocolo ICMS nº 26/10, conforme demonstrativo acostado às fls. 6 a 14 dos autos e CD/Mídia à fl. 15, com enquadramento no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c cláusulas primeira e terceira a quinta do citado protocolo.

O art. 10 da Lei 7.014/96, que define a adoção do regime de substituição tributária em relação às operações interestaduais de mercadorias específicas, na forma do § 4º, remete a adoção do referido regime, colocando o defendente, na condição de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de saídas internas de mercadorias oriundas dos Estados signatários do Protocolo ICMS nº 26/10, que dispõe sobre substituição tributária nas operações com materiais de construção.

Neste contexto, a lide resulta no entendimento das mercadorias objeto da autuação - "lonas", "lixeiras", "correntes" - estarem enquadradas na lista do Anexo Único do Protocolo ICMS nº 26/10, vigentes à época dos fatos geradores, cujos Estados de origem das mercadorias adquiridas e a Bahia são signatários.

Em sede de defesa, diz o sujeito passivo, ao qual comungo com tal entendimento, que, a partir de 01/01/2016, com o advento do Convênio ICMS 92/15 que regulamentou o *CEST - Código Especificador da Substituição Tributária*, a sistemática de substituição tributária foi equacionada em todo território nacional, minimizando dúvida sobre a tributação de vários produtos acobertados pelo instituto da substituição tributária.

Observa-se, como destacado na defesa, o produto “lona”, de fato, foi dividido em dois grupos, ou seja, aquelas utilizadas na construção civil (*ITEM 90 - CEST 10.009.00-lona plástica para uso na construção*) e aquelas que não são utilizadas na construção (*ITEM 40 - CEST 14.004.00-lonas plásticas, exceto as para uso na construção*) na forma dos Anexos XI e XV, do Convênio ICMS 52/2017, destacado à fl. 34 dos autos.

Observo, também, como destacado pelo sujeito passivo, que o Decreto nº 16.499/15, que entrou em vigor a partir de 01/01/2016, introduziu o CEST ao RICMS/BA, alterando o Anexo 1. Neste sentido, vê-se o destaque do item 8.9, que corresponde ao CEST 10.009.00, que prevê a substituição tributária para as lonas para uso na construção. Por sua vez, em relação ao CEST 14.004.00 que prevê a substituição tributária para as lonas não utilizadas na construção, não foi mencionado no citado Anexo 1, que define as mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária no Estado da Bahia.

Essa situação se observa tanto no Anexo 1 vigente no ano de 2016, de 01/01/16 até 09/03/16 (fl. 34), quanto no Anexo 1 vigente também no ano de 2016, de 10/03/2016 a 31/01/17 (fl. 35), períodos da ação fiscal objeto em análise. Assim, não há que se aplicar a substituição tributária em relação a mercadoria “lona”, exceto àquelas de uso da construção civil com o CEST 14.004.00.

Na situação objeto em análise, em que pese o agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, solicitar deste Conselho da Fazenda a manutenção da autuação, não traz aos autos qualquer elemento que de fato comprove que as “lonas” sejam para uso da construção civil, exceto quanto a destacar que o fabricante dos produtos “LONAX”, em seu site, informa as diversas destinação que podem ser dadas às “lonas” e “filmes estufas”, dentre elas diz estar o segmento agrícola,

como também o da construção civil.

Por outro lado, em consulta ao Sistema INC da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, vê-se que as informações cadastrais indicam, que o sujeito desenvolve o comércio atacadista de mercadorias em geral, com destaque para insumos agropecuários. Ademais vê-se fotos nos autos, as mais variadas, indicando o uso das lonas no segmento agrícola, além de a própria descrição dos produtos “LONA AGRO PTA/BCA” apresentar o termo “AGRO”, para vários dos modelos dos produtos autuado, bem como a descrição “FILME ESTUFA LONAX”, que não deixa dúvida que tais produtos são de uso no segmento agrícola, e que não estariam ao alcance do instituto da substituição tributária à época dos fatos geradores.

Relativamente ao produto “lixeira”, diz o sujeito passivo tratar-se de lixeiras classificadas nos códigos NCM 3924.90.00, integrante da posição 39.24 da TIPI – Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados, que traz a seguinte descrição “*Serviço de mesa, artigos de cozinha, outros artigos de uso domésticos e artigos de higiene de toucador, de plástico*”, o que não se relaciona aos produtos integrantes do ITEM 8.14 “*Artefatos de higiene/tocador de plásticos, para uso na construção*” do Anexo 1 do RICMS/BA, como assim classificou o agente Fiscal, para integrar a sistemática da substituição tributária e considerá-los no demonstrativo de débito da autuação.

Diz o defendente, que o Convênio ICMS 92/15 que instituiu o CEST, em sua redação original, previa a NCM 3924 em dois grupos distintos. Um, CEST 10.014.00, ligado a materiais de construção; e o outro, 15.004.00, ligado a plásticos, com assim está destacado na defesa à fl. 36 dos autos, e por mim ratificado na leitura dos termos do referido Convênio.

Como tal, diz que a diferença entre eles é apenas uma, qual seja, a destinação do produto para uso na construção civil ou não. Neste contexto, o qual eu comungo, o Estado da Bahia, ao recepcionar o Convênio ICMS 92/15 na legislação interna, não o fez na íntegra, tendo deixado de fora o grupo dos plásticos, onde consta o CEST 15.002.00, ou seja, a Bahia submeteu à sistemática do ST, à época dos fatos geradores, apenas os artefatos de higiene/toucador plásticos para uso na construção (ITEM 8.14, do Anexo 1, do RICMS/BA), ficando de fora dessa sistemática aqueles que, embora se enquadrem no conceito de higiene e toucador, não sejam de uso na construção civil.

Em sede de informação fiscal, a Autuante apenas se limita a destacar que tais lixeiras tanto podem ser destinadas ao uso doméstico, em qualquer lugar da residência, como podem também ser utilizadas como artigo de higiene ou de toucador e, questiona: “*por que não, em obras de construção civil?*”. Entendo que tal questionamento não é suficiente para determinar que tais produtos sejam de uso na construção civil.

Por sua vez, o sujeito passivo acosta à fl. 36 dos autos, fotos das “lixeiras”, objeto da autuação, em nenhum momento contestado pela agente Fiscal, que me leva a interpretar que de fato são de uso doméstico e não na construção civil, não submetendo a sistemática da substituição tributária.

Por fim, em relação aos produtos “correntes”, diz o defendente tratar de correntes para cadeado, confeccionados em aço, classificado na NCM 7315.89.00, diferentemente da classificação dada pela agente Fiscal de NCM 7315.82.00, enquadrando no ITEM 8.56, do Anexo 1, do RICMS/BA, em meio aos itens relacionados aos materiais de construção, como se integrasse a sistemática da substituição tributária, como assim está destacado na defesa à fl. 40 dos autos.

Em sede de Informação Fiscal, a Autuante não refuta os argumentos da defesa, apenas diz que analisando o arquivo de notas fiscais eletrônica gravadas no CD/Mídia de fl. 15, não encontra qualquer evidência de que o produto, objeto da autuação, seja o mesmo apresentado na imagem acostada à fl. 39 da impugnação.

Neste contexto, porquanto os argumentos de defesa, consubstanciados nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Logo,

ao destacar o sujeito passivo que se tratam de produtos classificados na NCM 7315.89.00, e esta classificação não está abarcada pelo Anexo 1 do RCIMS/BA, então tais produtos, também, estão submetidos à sistemática da substituição tributária.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Em que pese a boa fundamentação contida no voto do n. Relator, concordo com o seu posicionamento em relação ao produto lixeiras e divirjo no que se refere a *lona plástica e corrente*.

Conforme fundamentado, o art. 10 da Lei 7.014/96, define a adoção do regime de substituição tributária e seu § 4º, remete sua adoção às operações com mercadorias nos Estados signatários do Prot. ICMS 26/10, que dispõe sobre substituição tributária com materiais de construção.

No que se refere ao produto “lonas”, na defesa o autuado alegou que os produtos adquiridos conforme notas fiscais e especificações indicadas à fl. 31, são “*lonas plásticas agrícolas e lonas plásticas para estufa*” que possuem a NCM 3920.20.19 e é utilizada em plantações agrícolas.

Alegou que a partir de 01/01/2016, com o advento do Convênio ICMS 92/15 que regulamentou o *Código Especificador da Substituição Tributária (CEST)* foi dividido em dois grupos (*ITEM 90 - CEST 10.009.00-lona plástica para uso na construção e ITEM 40 - CEST 14.004.00-lonas plásticas, exceto as para uso na construção*) na forma dos Anexos XI e XV (Convênio ICMS 52/2017 - fl. 34), sendo que apenas as lonas destinadas a construção civil estão enquadradas no regime de substituição tributária, conforme Prot. 26/10.

Por sua vez, a autuante contestou estas alegações afirmando que as lonas adquiridas são fabricadas pela empresa LONAX que as classifica como “leve”, “forte” e “extra forte” e são destinadas ao uso na construção civil, agrícola, doméstico e comercial.

Constato que o mostruário dos produtos expostos às fls. 63 a 66, conforme tabela sintética à fl. 63 indica que os produtos com especificações (originais) extra-forte, forte e leve tem como destinação a “CONSTRUÇÃO CIVIL/AGRÍCOLA/DOMÉST./COML.” e os produtos “filmes agrícolas” forte e leve tem como destinação a “CONSTRUÇÃO CIVIL/AGRÍCOLA”.

Pelo exposto, constato que:

1. Conforme admitido pelo autuado o produto adquirido (lona plástica) é classificado pela NCM 3920.20 que é submetido ao regime de substituição tributária previsto no Prot. ICMS 26/10 (Anexo 1, item 24.7 do RICMS/2012);
2. O Convênio ICMS 92/2015 prevê que o CEST 10.009.00, inclui no regime de substituição tributária as lonas para uso na construção e afasta o CEST 14.004.00 relativo às lonas não utilizadas na construção civil.

Entretanto, na situação presente o ICMS-ST exigido se refere a operações de aquisições de lonas plásticas de estabelecimento industrial (LONAX) cuja destinação pode ser para *construção civil, agrícola, doméstico ou comercial*. Neste caso, conforme manifestado no Parecer DITRI 27.037/2012 em resposta formulada por contribuinte, na operação de aquisição “... não têm como identificar em caráter irrefutável a que se destina...”, portanto cabível a exigência do ICMS-ST.

Entendo que a única situação que afastaria a exigência do ICMS-ST em relação a operação de aquisição de lonas plásticas, enquadradas nas NCMs previstas no Prot. 26/10 (3919; 3920 e 3921) seria a entrada em estabelecimento que desse destinação ao uso agrícola, que não foi provado pelo estabelecimento autuado que não fez nenhuma prova neste sentido.

Concluo que as operações que foram objeto da autuação estão enquadradas no regime de ST.

No que se refere ao produto “corrente” o autuado alegou que a fiscalização classificou o produto na NCM 7315.82.00 “*correntes de elos soldados, de ferro fundido, de ferro ou aço*”, mas que a

classificação do produto é da NCM 7315.89.00 “*outras*” que não está enquadrado no regime da ST.

Conforme ressaltado na defesa, o Anexo 1 do RICMS/BA, relaciona nos itens 8.54, 8.55 e 8.56 os produtos enquadrados no regime de substituição tributária as NCMs 7315.11; 7315.12.9 e 7315.82 que engloba correntes de diversas espécies “Correntes de rolos, de ferro fundido, ferro ou aço”; “Outras correntes de elos articulados, de ferro fundido, ferro ou aço” e “Correntes de elos soldados, de ferro fundido, de ferro ou aço”.

Conforme ilustrações apresentadas pelo autuado às fls. 39 e 40 os produtos adquiridos objeto da autuação são “*correntes zincadas*” que se enquadram como correntes “*de ferro ou aço*” classificados na NCM 7315.82.00, classificação esta abarcada pelo Anexo 1 do RCIMS/BA.

Portanto, o produto “corrente zincada” está submetido à sistemática da substituição tributária.

Por tudo que foi exposto, tomo como base o demonstrativo de débito elaborado pela fiscalização e faço a exclusão dos valores relativo a “*lixadeiras*”, mantendo a exigência fiscal relativa aos produtos “*lonas plásticas*” e “*correntes*”, o que resulta na redução do débito de R\$143.143,69 para R\$112.204,42 conforme resumo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencido	Valor autuado	Valor Devido
31/01/2016	09/02/2016	1.778,83	15,35
29/02/2016	09/03/2016	1.493,09	0,00
31/03/2016	09/04/2016	1.333,23	0,00
30/04/2016	09/05/2016	1.363,69	13,68
31/05/2016	09/06/2016	13.674,16	11.615,78
30/06/2016	09/07/2016	14.733,45	12.131,24
31/07/2016	09/08/2016	23.118,06	20.425,71
31/08/2016	09/09/2016	22.493,02	20.560,18
30/09/2016	09/10/2016	15.801,44	13.528,57
31/10/2016	09/11/2016	21.836,99	14.401,41
30/11/2016	09/12/2016	17.128,22	13.299,06
31/12/2016	09/01/2017	8.389,51	6.213,44
Total		143.143,69	112.204,42

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **275290.0008/17-0**, lavrado contra **BCR COMÉRCIO E INDÚSTRIA S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$112.204,42**, 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, 17 de julho de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR/VOTO VENCIDO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR/VOTO VENCEDOR