

A. I. N° - 232940.0002/07-6
AUTUADO - TECIDOS E ARMARINHOS MIGUEL BARTOLOMEU S.A.
AUTUANTES - MARCOS ANTÔNIO DA SILVA CARNEIRO e PAULO CESAR DA SILVA BRITO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 10.12.09

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0421-04/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO ATACADISTA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A lei atribui ao atacadista distribuidor a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Documentos juntados com a defesa comprovam que parte dos produtos relacionados em diversas infrações não é enquadrada no regime de substituição tributária (Convênios e Protocolos ICMS). Feitos os cálculos, o que culminou na redução do débito das infrações 1, 2, 7 e nenhum valor da infração 10. Mantidas integralmente as infrações 3, 4, 5, 6, 8 e 9. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 28/09/07, para exigir ICMS no valor de R\$56.247,38, acrescido da multa de 60%, relativo às seguintes infrações:

01. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, prevista em Convênios e Protocolos de ICMS - R\$16.269,82.
02. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, prevista em Convênios e Protocolos de ICMS - R\$26.134,05.
03. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, prevista em Convênios e Protocolos de ICMS - R\$601,89.
04. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, prevista em Convênios e Protocolos de ICMS - R\$182,08.
05. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, prevista em Convênios e Protocolos de ICMS - R\$632,86.
06. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, prevista em Convênios e Protocolos de ICMS - R\$383,55.

07. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, prevista em Convênios e Protocolos de ICMS - R\$11.925,69.

08. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, prevista em Convênios e Protocolos de ICMS - R\$33,47.

09. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, prevista em Convênios e Protocolos de ICMS - R\$18,62.

10. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, prevista em Convênios e Protocolos de ICMS - R\$65,35.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 1412 a 1419, preliminarmente diz que não é parte legítima do pólo passivo da obrigação tributária, tendo em vista que recolheu o total do tributo no local devido, o Estado de Minas Gerais onde está localizado em relação às vendas destinadas a consumidores finais.

Afirma que pela legislação baiana, “no caso do não recolhimento da diferença na substituição tributária, na entrada, deverá o contribuinte local, recebedor da mercadoria, recolhê-la”.

No mérito, com relação à infração 1, afirma que em relação ao item graxa, recolheu regularmente o imposto devido por substituição a partir de 16/12/02 o que no seu entendimento desqualifica a exigência fiscal.

No caso do produto desingripante, diz que a fiscalização cometeu um equívoco, tendo em vista que o Convênio atribui responsabilidade pela retenção de óleo lubrificante e o produto comercializado é a base de silicone e não petróleo, o que descaracteriza a exigência do imposto, a exemplo do produto comercializado pela Axoline Indústria e Comércio Ltda, que também não efetuou retenção do ICMS.

No tocante à infração 2, diz que em relação aos itens cera automotiva, sikaflex selante e selador (Convênio 74/94), recolheu regularmente o imposto devido por substituição a partir de 11/09/02 o que desqualifica a exigência fiscal.

Quanto aos demais produtos, tomando como base a classificação fiscal da Norma Comum do MERCOSUL (NCM), conforme relacionou à fl. 1414, não consta como sendo passíveis de substituição tributária, o que pode ser constatado também pelas cópias das notas fiscais emitidas pelos fornecedores Amanco, Belo & Cia, Alba, Allchem, Hutchison, Brascola, Ultralab e Sika S.A.

Quanto à infração 3, alega que em relação aos itens algodão, compressa, curativo, escova dental, esparadrapo e seringa (Convênio 76/94), recolheu regularmente o imposto devido por substituição a partir de 09/07/02 de seringa e a partir de 25/08/05 para os demais itens, o que desqualifica a exigência fiscal.

Relativamente à infração 4, em relação à comercialização de cola massa, (infração 4 – Prot. ICMS 16/85) e aparelho de barba, isqueiro e lâmina (parte da infração 2 – Convênio 74/94) afirma que está sendo exigido ICMS relativo a vendas a consumidores finais que não são contribuintes do imposto, conforme cadastro por CPF. Entende que cabe apenas a tributação interna (Minas Gerais) sobre estas operações. Transcreve decisão do STF do REsp 64127-MG cujo relator foi o Ministro Paulo Gallotti, para reforçar o seu posicionamento.

Com relação às infrações 5 (Prot. 17/85-lampadas elétricas); 6 (Prot. 18/85-baterias); 8 (Prot. 19/85-disco) e 9 (Prot. 15/85-filmes) afirma que “trata-se de uma operação tributada pelo ICMS como sendo interna (feita no Estado de Minas Gerais), portanto, não sujeito a substituição tributária”.

No tocante à infração 7, afirma que não é devido o ICMS por substituição tributária relativo à comercialização de pneus remoldados ou recauchutados, por entender que só abrange pneus

novos. Junta cópia de nota fiscal emitida pelo fornecedor Levorim para demonstrar que não houve retenção por parte daquela empresa.

No que tange à infração 10, diz que no Prot. ICMS 11/85 não consta o produto cimento cola com classificação 3506.91.10, por não se tratar de cimento e sim um remendo vulcanizante para câmara de ar. Junta cópia do fornecedor Borrachas Vipal S/A para demonstrar que não houve retenção na fonte do imposto.

Por fim, diz que quando a operação de substituição tributária não é praticada, cabe ao destinatário proceder à antecipação do imposto e não o fazendo deve ser exigido do destinatário. Alega que ao fazer a exigência da retenção por parte do remetente, o Fisco bahiano incide em dupla tributação. Requer a nulidade ou cancelamento do Auto de Infração, em conformidade com os fundamentos que expôs.

Os autuantes, na informação fiscal prestada às fls. 1451 a 1453, inicialmente discorrem sobre os argumentos defensivos, passando a contestá-los, conforme passou a expor.

Com relação à preliminar de ilegitimidade passiva, contesta dizendo que não condiz com a verdade, visto que as vendas realizadas pela empresa são destinadas a pessoas físicas que adquirem produtos com habitualidade equiparando-se a contribuintes de acordo com a legislação em vigor, ou a pessoas físicas participantes de empresas comerciais ou ambulantes. Neste caso, afirma que o impugnante é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária. Para provar o alegado juntam cópias de notas fiscais destinadas a pessoas físicas que são revendedores conforme cadastro da Secretaria da Fazenda como sócios cotistas de empresas (fls. 1454 a 1503).

No mérito, com relação à infração 1, afirmam que com relação ao produto graxa a empresa admitiu que só começou a fazer retenção do imposto a partir de 16/12/02 e em relação ao produto desengripante código 056162, diz que deu o mesmo tratamento “empresa calcula o ICMS-ST e recolhe normalmente”.

No tocante à infração 2, apresentou um resumo às fls. 1451/52 indicando a situação de cada produto (cera, sikaflex, removedor, cola silicone, liga para massa, massa plástica, sika diversos e selador), tendo acatado a defesa e excluído alguns produtos (cola silicone, liga para massa, massa plástica), produtos que a empresa assentiu que errou e a partir da data que passou a recolher (selador, cera automotiva, selante) e demais produtos e afirma que deve ser mantida a exigência de acordo com os Convênios que especificou corroborado com o RICMS/BA.

Com relação à infração 3, afirma que a empresa admitiu na defesa que errou e especificou a data em que começou a recolher o imposto.

Relativamente à infração 4 e parte da infração 2, contesta a alegação defensiva elencando as situações em que:

- a) pessoas físicas que adquirirem com habitualidade se equiparam a contribuinte;
- b) pessoas físicas participantes de empresas comerciais ou ambulantes.

Afirma que nestas condições o defendanté é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária, conforme cópias das notas fiscais que junta às fls. 1454 a 1503.

No tocante à infração 7, relativa a venda de pneus remoldados e recauchutados, dizem que acataram as alegações defensivas, reclassificaram o produto e refizeram o cálculo do imposto.

Relativamente à infração 10, dizem que procederam da mesma forma em relação ao produto cimento cola, com a exclusão no cálculo da retenção do imposto.

Concluem afirmando que após os ajustes procedidos, elaboraram os anexos I a III juntados às fls. 1504 a 1913 do processo, o que reduziu o débito para R\$36.136,25. Requerem a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal, inclusive recebido cópias dos demonstrativos juntados ao processo (fl. 1915), tendo o mesmo se manifestado às fls. 1920/21.

Afirma que em relação aos itens cera automotiva, sikaflex selante e selador, recolheu regularmente os valores devidos por substituição a partir de 11/09/03, 17/12/03 e 20/01/05 o que no seu entendimento desqualifica a exigência fiscal.

Com relação aos demais produtos, afirma que não identificou NCM com classificação dos mesmos conforme relacionou à fl. 1920 (removedor, sikaboom sikafix, sicato, sika, sicafix supercola e sika argamassa).

No tocante à infração 7, contesta que não é devido o ICMS sobre pneus recauchutados ou remoldados, só incidindo sobre pneus novos. Afirma que os autuantes reclassificaram para outras mercadorias o pneu remoldado cod. 56894 que foi ignorado, gerando exigência no valor de R\$1.699,58 indevidamente.

Requer que os produtos sejam recalculados de acordo com o proposto nesta manifestação.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 1934) para que os autuantes analisassem os documentos juntados com a manifestação fiscal.

O autuante prestou nova informação fiscal (fls. 1936/1937) dizendo que procedeu a exclusão dos valores relativos a pneus cadastrados com o código 057894, refez o demonstrativo original (1938/2112) o que reduziu o débito de R\$36.136,25 para R\$34.524,64.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 2113), tendo se manifestado (fls. 2116/2117). Afirma que a diligência limitou-se a retirar a parcela do ICMS-ST relativo a pneus, ignorando todo o direito alegado. Reitera que sejam analisadas todas as alegações apresentadas na sua impugnação.

VOTO

O autuado suscitou nulidade do Auto de Infração sob alegação de que não é parte legítima do pólo passivo da obrigação tributária por ter realizado vendas destinadas a consumidores finais e que diante da inexistência do recolhimento do ICMS substituto deveria ser exigido do destinatário das mercadorias, o que foi contestado pelos autuantes afirmando que as vendas foram destinadas a contribuintes do imposto participantes de empresas comerciais ou ambulantes.

Verifico que os autuantes juntaram demonstrativo à fl. 1454 no qual indicou o CPF do destinatário e número da inscrição estadual da empresa da qual é cotista, bem como indicação de compras com habitualidade por parte de outros, tendo juntado às fls. 1455 a 1503, ficha de dados cadastrais constante do banco de dados da Secretaria da Fazenda.

Ao se manifestar sobre a informação fiscal o autuado não contestou as provas apresentadas pela fiscalização. Portanto, restou comprovado que se trata de vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária reguladas por Convênios e Protocolos de ICMS, originária de Estado signatário, destinadas a contribuintes do imposto. Conseqüentemente, o remetente é o responsável pela retenção e recolhimento do imposto na condição de contribuinte substituto nos termos do Convênio ICMS 81/93.

No mérito, o Auto de Infração acusa o contribuinte de não ter feito a retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição, por força de Convênios e Protocolos de ICMS.

Na defesa apresentada (fls. 1412 a 1419), o autuado apresentou alegações de que:

- A fiscalização cometeu equívocos em relação a determinados produtos que entendeu não estar sujeito ao regime de substituição tributária (Convênio e Protocolo de ICMS) a exemplo de remendo vulcanizante para câmara e pneus remoldados ou recauchutados;
- Recolheu regularmente o imposto devido por substituição em relação a outros produtos.

Na informação fiscal (fls. 1451/1453) os autuantes acataram parte das alegações e documentos apresentados, contestou que alguns produtos estão contidos no regime de Substituição Tributária (Convênios ICMS), o que resultou em redução do débito inicial de R\$56.247,38 para R\$36.136,25 conforme demonstrativo de débito acostado à fl. 1504.

Na manifestação à fl. 1920 a empresa não contestou a informação fiscal em relação às infrações 1, 3, 4, 5, 6, 8 e 9, tendo contestado apenas os valores relativos às infrações 2 e 7.

Relativo à infração 2, o autuado contestou dizendo que recolheu regularmente o ICMS-ST relativo aos produtos cera automotiva, sikaflex selante e selador a partir de 11/09/02, 17/012/03 e 20/01/05 e entende que não deve qualquer valor relativo a estes produtos.

Quanto aos produtos removedor, sikaboom-espuma (ultralab), sikafix super cola, sikatop e sika 1 (argamassa) alegou que não se tratam de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, inclusive não terem sido retidos pelos fornecedores.

No tocante à infração 7, argumentou que não é devido o ICMS-ST de pneus remoldados ou recauchutados por não se tratar de pneus novos.

Em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF (fl. 1934), os autuantes prestaram nova informação fiscal (fls. 1936/1937) acataram o argumento relativo ao pneu recauchutado código 057894 o que implicou em redução do débito apontado na informação fiscal anterior de R\$36.136,25 para R\$34.524,64 conforme demonstrativo à fl. 1938.

Ao tomar conhecimento do resultado da diligência (fls. 2116/2116) o autuado contestou dizendo que foi excluído apenas um item em relação a sua contestação e reiterou todos os argumentos apresentados na defesa.

O Auto de Infração exige ICMS relativo a dez infrações pela falta de retenção e recolhimento ou retenção a menos, cada qual relativa a um produto (ou produtos) enquadrado no regime de substituição tributária. Para facilitar o entendimento da apreciação, reproduzo abaixo uma síntese do demonstrativo de débito juntado pelos autuantes na última informação fiscal (fl. 1938).

| Infração | 2 | 3 | 1 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | Total |
|-------------|-----------|--------|-----------|-------------|---------|----------|-----------|------------|--------|---------|-----------|
| Conv/Prot. | 74/94 | 76/94 | 03/99 | 16/85 | 17/85 | 18/85 | 85/93 | 19/85 | 15/85 | 11/85 | 2002 a |
| Produto | Tintas | Medic. | Lubrif. | Ap. barbear | Lâmpada | Pil.Bat. | Pneus | Disco/Fita | Filmes | Cimento | 2004 |
| Autuado R\$ | 26.134,05 | 601,89 | 16.269,82 | 182,08 | 632,86 | 383,55 | 11.925,69 | 33,47 | 18,62 | 65,35 | 56.247,38 |
| Ajustado | 16.243,71 | 614,28 | 16.318,09 | 182,08 | 632,86 | 393,55 | 87,98 | 33,47 | 18,62 | 0,00 | 34.524,64 |

Com relação à infração 1, o autuado alegou que recolheu regularmente o imposto devido relativo a graxas a partir de 16/12/02 e que o produto desingripante, não faz parte do Convênio ICMS 03/99 visto que é a base de silicone e não derivado de petróleo. Na informação fiscal os autuantes fizeram a exclusão dos valores relativos ao produto desingripante (NCM 3910.0019), tendo em vista que o produto não está relacionado no citado Convênio. O autuado não contestou o valor remanescente após ser cientificado da informação fiscal.

Portanto, restou caracterizado que os valores remanescentes se referem ao produto graxa (NCM 2710 e 2711) que a empresa admitiu só ter começado a fazer retenção a partir de 16/12/02 e não tendo comprovado o pagamento dos valores remanescentes apontado na infração, deve ser mantida a exigência fiscal conforme demonstrativo juntado pelos autuantes à fl. 1938.

Entretanto, constato que o valor total exigido na infração foi de R\$16.269,82 conforme demonstrativo à fl. 26, porém no último demonstrativo refeito à fl. 1938 os autuantes agravaram a infração para R\$16.318,09. Considerando que o valor agravado só pode ser exigido mediante novo procedimento fiscal, julgo parcialmente procedente a infração limitando-se aos valores exigidos na infração inicial e considerando os valores que foram reduzidos, o que totaliza valor de R\$16.266,01 conforme demonstrativo abaixo.

| Infração | 1 | Conv. 03/99 | Lubrificante | |
|------------|-----------|-------------|----------------|--------------|
| Data Ocorr | Data Veto | Autuado R\$ | Ajust. fl.1938 | Valor Devido |
| 31/01/02 | 09/02/02 | 173,21 | 173,21 | 173,21 |
| 28/02/02 | 09/03/02 | 133,01 | 133,01 | 133,01 |
| 31/03/02 | 09/04/02 | 66,55 | 66,55 | 66,55 |
| 30/04/02 | 09/05/02 | 97,77 | 97,77 | 97,77 |

| 31/05/02 | 09/06/02 | 59,09 | 59,09 | 59,09 |
|----------|----------|-----------|-----------|-----------|
| 30/06/02 | 09/07/02 | 103,57 | 103,57 | 103,57 |
| 31/07/02 | 09/08/02 | 116,97 | 116,97 | 116,97 |
| 31/08/02 | 09/09/02 | 149,58 | 149,58 | 149,58 |
| 30/09/02 | 09/10/02 | 192,19 | 192,19 | 192,19 |
| 31/10/02 | 09/11/02 | 198,62 | 198,62 | 198,62 |
| 30/11/02 | 09/12/02 | 108,03 | 108,03 | 108,03 |
| 31/12/02 | 09/01/03 | 24,01 | 24,01 | 24,01 |
| 31/01/03 | 09/02/03 | 197,00 | 197,00 | 197,00 |
| 28/02/03 | 09/03/03 | 24,77 | 24,77 | 24,77 |
| 31/03/03 | 09/04/03 | 933,59 | 970,31 | 933,59 |
| 30/04/03 | 09/05/03 | 1.332,82 | 1.332,82 | 1.332,82 |
| 31/05/03 | 09/06/03 | 1.051,00 | 1.066,36 | 1.051,00 |
| 30/06/03 | 09/07/03 | 1.154,89 | 1.154,89 | 1.154,89 |
| 31/07/03 | 09/08/03 | 1.486,41 | 1.486,41 | 1.486,41 |
| 31/08/03 | 09/09/03 | 1.568,12 | 1.568,12 | 1.568,12 |
| 30/09/03 | 09/10/03 | 1.142,25 | 1.142,25 | 1.142,25 |
| 31/10/03 | 09/11/03 | 1.144,91 | 1.144,91 | 1.144,91 |
| 30/11/03 | 09/12/03 | 1.130,28 | 1.130,28 | 1.130,28 |
| 31/12/03 | 09/01/04 | 849,49 | 849,49 | 849,49 |
| 31/01/04 | 09/02/04 | 697,07 | 697,07 | 697,07 |
| 29/02/04 | 09/03/04 | 744,70 | 744,70 | 744,70 |
| 31/03/04 | 09/04/04 | 537,53 | 537,53 | 537,53 |
| 30/04/04 | 09/05/04 | 227,35 | 227,35 | 227,35 |
| 31/05/04 | 09/06/04 | 625,04 | 621,23 | 621,23 |
| Total | | 16.269,82 | 16.318,09 | 16.266,01 |

Com relação à infração 2, na defesa apresentada o impugnante afirmou que recolheu regularmente o ICMS-ST a partir de 11/09/02 relativo a cera automotiva, sikaflex selante e selador (Convênio 74/94), e que os produtos removedor, cola silicone, liga para massa, massa plástica, produtos da linha sika e selador não fazem parte da classificação fiscal prevista no Convênio ICMS 74/94 (Tintas e vernizes).

Na informação fiscal (fls. 1451/1452), no quadro resumo os autuantes acataram parte das alegações defensivas e excluíram os valores relativos aos produtos cola de silicone, liga para massa/plástica e mantiveram a exigência quanto aos demais produtos.

O autuado na manifestação acerca da informação fiscal (fl. 1920) reafirmou que recolheu regularmente o ICMS-ST relativo à cera automotiva, sikaflex selante e selador, a partir de 11/09/03, 17/12/03 e 20/01/05 e também que não identificou NCM com classificação dos mesmos conforme relacionou à fl. 1920 (removedor, sikaboom sikafix, sicatop, sika 1, sicafix super cola e sika 1 argamassa).

Quanto à alegação defensiva de que recolheu regularmente o ICMS-ST desde 11/09/02, observo que no início do exercício de 2002 era vigente o Convênio 74/94 e, portanto devido os valores que a empresa comercializou e não fez a retenção do imposto.

Com relação aos produtos que o defensor alegou não estarem enquadrados no regime de substituição tributária, verifico que os seguintes produtos são previstos no Convênio ICMS 03/99 conforme NCM:

Removedor – NCM 3824.90.41; Sikabom-Espuma - NCM 3909.50.21 (art. 353, do RICMS/BA - item 16.15.1 - massa KPO - NCM 3909.50; Sika 1 NCM 3824.40.00 preparação antiácida ou impermeabilizante para cimento, art. 353, item 16.11.4 do RICMS/BA); Sikafix Super Cola e Sikatop 107 - NCM 3506.99.00 e 38242.90.00, outros impermeabilizantes - NCM 2715.00.00, 3214.10.10, 3214.90.00 (exceto tinta em pó), 3506.99.00 e 3824.90; art. 353, item 16.11.5 do RICMS/BA).

Pelo exposto, restou comprovado que o estabelecimento autuado é responsável pelo lançamento

e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subseqüentes com as mercadorias acima especificadas, na condição de sujeito passivo por substituição, nos termos do Conv. ICMS 74/94.

Assim sendo, acato o demonstrativo de débito juntado pelos autuantes à fl. 1504, ficando reduzido o valor exigido de R\$26.134,05 para R\$16.243,71. Infração elidida em parte.

No que se refere à infração 3, o autuado alegou que recolheu regularmente o imposto devido por substituição a partir de 09/07/02 (algodão compressa, curativo, escova dental, esparadrapo) e de seringa e a partir de 25/08/05.

Como apreciado anteriormente, no inicio do exercício de 2002 era vigente o Conv. ICMS 76/94 e o estabelecimento autuado era responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subseqüentes com as mercadorias acima especificadas, na condição de sujeito passivo por substituição.

Entretanto, constato que ao refazer o demonstrativo de débito em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF o autuante inseriu no demonstrativo à fl. 1504 novo valor de R\$14,72 no mês de maio/03 e reduziu de R\$77,55 para R\$75,23 o item relativo ao mês de janeiro/04 o que agravou a infração de R\$601,89 para R\$614,29, sendo que só pode ser exigido o valor que foi agravado mediante nova ação fiscal.

Pelo exposto, deve ser mantido o valor exigido, levando em conta os valores que foram reduzidos e limitando os valores agravados ao limite do valor total do demonstrativo original à fl. 72, que reproduzo abaixo. Infração procedente.

| Produto | | Medic. | Fl. 1504 | |
|------------|-----------|---------|----------|--------|
| Data Ocorr | Data Veto | Autuado | Ajustado | Devido |
| 31/01/02 | 09/02/02 | 4,05 | 4,05 | 4,05 |
| 30/04/02 | 09/05/02 | 16,41 | 16,41 | 16,41 |
| 31/05/02 | 09/06/02 | 72,52 | 72,52 | 72,52 |
| 30/06/02 | 09/07/02 | 9,79 | 9,79 | 9,79 |
| 31/07/02 | 09/08/02 | 62,58 | 62,58 | 62,58 |
| 31/08/02 | 09/09/02 | 53,01 | 53,01 | 53,01 |
| 30/09/02 | 09/10/02 | 32,97 | 32,97 | 32,97 |
| 31/10/02 | 09/11/02 | 28,17 | 28,17 | 28,17 |
| 30/11/02 | 09/12/02 | 79,75 | 79,75 | 79,75 |
| 31/12/02 | 09/01/03 | 76,84 | 76,84 | 76,84 |
| 30/04/03 | 09/05/03 | | 14,72 | 2,32 |
| 31/05/03 | 09/06/03 | 11,68 | 11,68 | 11,68 |
| 30/06/03 | 09/07/03 | 30,33 | 30,33 | 30,33 |
| 31/07/03 | 09/08/03 | 1,01 | 1,01 | 1,01 |
| 31/08/03 | 09/09/03 | 30,40 | 30,40 | 30,40 |
| 30/09/03 | 09/10/03 | 2,35 | 2,35 | 2,35 |
| 31/10/03 | 09/11/03 | 77,55 | 75,23 | 75,23 |
| 30/11/03 | 09/12/03 | 12,48 | 12,48 | 12,48 |
| Total | | 601,89 | 614,29 | 601,89 |

Relativamente à infração 4, o autuado argumentou na sua defesa que está sendo exigido ICMS relativo a vendas a consumidores finais que não são contribuintes do imposto. Por sua vez, os autuantes contestaram afirmando que se tratam de pessoas físicas, empresas comerciais e ambulantes que adquirirem mercadorias com habitualidade.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que conforme relação de contribuintes acostada pelos autuantes à fl. 1454 e informações contidas nos dados cadastrais nos documentos juntados às fls. 1455/1503 se tratam de contribuintes inscritos como microempresas, empresa de pequeno porte ou ambulantes. Portanto, são contribuintes do ICMS e nesta condição o autuado é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária, conforme disposto no Protocolo ICMS 16/85 e correta a exigência fiscal. Infração não elidida.

No que se refere às infrações 5, 6, 8 e 9, na defesa apresentada o impugnante alegou que “trata-se de uma operação tributada pelo ICMS como sendo interna (feita no Estado de Minas Gerais), portanto, não sujeito a substituição tributária”.

Tal alegação não pode ser acatada, tendo em vista que na condição de atacadista o estabelecimento autuado é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST nas operações interestaduais relativo à comercialização dos produtos relacionados nos Protocolos ICMS 17/85 (lampadas elétricas-infração 5); Prot. 18/85 (baterias-infração 6); Prot. 19/85 (disco e fitas-infração 8) e Prot. 15/85 (filmes- infração 9). Infrações totalmente procedentes.

No tocante à infração 7, na defesa apresentada o recorrente alegou que foram incluídas as operações com pneus remoldados ou recauchutados, que não são enquadrados no regime de substituição tributária. Na primeira informação fiscal, os autuantes refizeram o demonstrativo original (fl. 26) reduzindo o valor original de R\$11.925,69 para R\$1.699,58 (fl. 1504).

Na manifestação acerca da informação fiscal (fls. 1915/1921) o autuado argumentou que os autuantes reclassificaram para outras mercadorias o pneu remoldado código 56894.

Em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF, os autuantes refizeram novamente o demonstrativo apresentado anteriormente, procedendo à exclusão dos valores relativos a pneus cadastrados com o código 057894 (fls. 1939/2112) conforme demonstrativo de débito juntado à fl. 1938 o que reduziu o valor apurado anteriormente de R\$1.699,58 para R\$87,98. Cientificado do resultado da diligência, o autuado não contestou o novo demonstrativo.

Pelo exposto, restou comprovado que foram excluídos desta infração os valores exigidos dos produtos que não estão contemplados no Convênio ICMS 85/93 (pneus remoldados e recauchutados), motivo pelo qual acato o demonstrativo de débito refeito pelos autuantes e considero devido o valor de R\$87,98. Infração elidida em parte.

Quanto à infração 10, na defesa apresentada o autuado alegou que o produto cimento cola (NCM 3506.91.10) é um remendo vulcanizante para câmara de ar. Na informação fiscal os autuantes acataram a alegação defensiva e procederam à exclusão do valor original exigido de R\$65,35.

Pelo exposto, restou comprovado que o imposto exigido nesta infração não se refere a produto contemplado no Prot. ICMS 11/85 e improcedente a exigência fiscal. Infração totalmente elidida.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232940.0002/07-6, lavrado contra **TECIDOS E ARMARINHOS MIGUEL BARTOLOMEU S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$34.450,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR