

PROCESSO - A. I. Nº 232940.0002/07-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TECIDOS E ARMARINHOS MIGUEL BARTOLOMEU S/A. (TABASA ATACADISTA)
RECORRIDOS - TECIDOS E ARMARINHOS MIGUEL BARTOLOMEU S/A. (TABASA ATACADISTA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0421-04/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 29/02/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0009-12/12

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 está enquadrada no regime de substituição tributária (Convênios e Protocolos ICMS). Refeitos os cálculos, houve redução do débito das infrações 1, 2, 7 e excluída, integralmente, a exigência pertinente a infração 10. Mantidas integralmente as infrações 3, 4, 5, 6, 8 e 9. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Modificada a Decisão recorrida em relação à infração 1. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 4ª JJF que julgou parcialmente precedente o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário que inicialmente lhe foi imputado, a rigor do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2007, exige ICMS no valor de R\$56.247,38, acrescido da multa de 60%, em decorrência de dez infrações, todas por haver o Contribuinte deixado 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, nos exercícios de 2002, 2003 e 2004.

A 4ª JJF, após análise das peças processuais, proferiu Decisão, abaixo transcrita, pela parcial procedência da autuação, considerado caracterizadas as infrações 3, 4, 5, 6, 8 e 9, e parcialmente mantida as infrações 1, 2, 7 e 10, tudo para exigir do autuado o pagamento do imposto no valor de R\$34.450,17, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Abaixo, transcrição do voto proferido pelo ilustre relator da 4ª JJF, *in verbis*:

“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) 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;

b) 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, 17/01/03 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.

(...)

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, sicutop, 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 defendente 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 Sicutop 107 - NCM 3506.99.00 e 3824.90.00, 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 subsequentes 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 início 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 subsequentes 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.

(...)

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 (lâmpadas 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”.

A 4ª JJF, em razão de haver desonerado o contribuinte e em atenção ao disposto no 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, recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF.

Em face da Decisão proferida pela 4ª JJF que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, o contribuinte retorna aos autos, e em seu Recurso Voluntário, fls. 2.146 a 2.156, em sede de preliminar, argui ilegitimidade de parte, aduzindo que o fisco laborou em equívoco, pois, não é ele, requerente, parte legítima para figurar no polo passivo da obrigação tributária que lhe é imputada. Alega “*ser vendedora de boa fé e por ter recolhido o total do tributo no local devido, o Estado de Minas Gerais, onde é contribuinte*”. Diz que na há vedação constitucional à venda a consumidores finais e, entende que pela legislação Baiana, “*no caso de não recolhimento da diferença, na substituição tributária, na entrada, deverá o contribuinte local, receptor da mercadoria, recolhê-la*”.

Com respeito à infração 1, alega o recorrente que no item GRAXA, a partir de 16/12/2002, recolheu regularmente todos os valores devidos por substituição tributária, o que, a seu ver, desqualifica o Auto de Infração em comento. Afirma que quanto ao item “*desingripante*”, o Fisco Baiano equivocou-se quando tratou o referido produto como produto à base de petróleo – óleo lubrificante, conforme consta do convênio, pois o produto em questão é à base de silicone, e que por isso resta descaracterizada a substituição tributária. Junta nota fiscal da Axoline Indústria e Comércio Ltda.

Alega que há contradição no voto prolatado em primeira instância que, inicialmente, diz que “*... foram retirados os valores referentes ao desingripante (NCM 3910.0019) e que o autuado não contestou o valor restante...*” e, em outro ponto do mesmo voto, o relator afirma que “*...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.”. Conclui que diante da contradição posta, resta claro que o contribuinte se insurgiu contra as acusações que lhe pesavam, inclusive no tocante ao produto desingripante.

Aduz que, ainda que se correta fosse a autuação, deveria limitar-se ao período anterior ao dia 16/12/2002, respeitando-se o instituto da decadência.

Quanto à infração 2, diz que “...*na posição de NCM não constam tais produtos como sendo passivos de substituição tributária, e nem foi feito a substituição pelos fornecedores.*” Elenca notas fiscais de fornecedores que não efetuaram o recolhimento do imposto por substituição tributária.

Alega que a “*parte*” que não foi abatida do presente auto não representa os valores devidos. Para fundamentar o que assevera, diz que “*os valores que foram regularmente recolhidos desde 12/2002 não podem compor estes valores*”; e, “*os itens mantidos como de substituição tributária não foram adquiridos pelo recorrente na forma de Substituição Tributária, como restou provado pelas notas fiscais de aquisição constantes do presente processo*”. Requer seja “*decotado do valor remanescente todos aqueles que fazem parte e ou se enquadram no argumento apresentado acima*”.

Na infração 3, diz o contribuinte que no item algodão/compressa e curativo, a partir de 01/02/2005, recolheu, regularmente, todos os valores devidos por substituição tributária. Pede que sejam os valores adequados, considerando o período a partir do qual passou a fazer os recolhimentos devidos.

Quando trata das infrações 4, 5, 6, 8 e 9, incluindo nas suas considerações parte da infração 2, aduz que “*todo e qualquer ICMS deve ser recolhido pelo vendedor, no estado onde se encontra e onde foi emitida a nota fiscal de venda, Minas Gerais, e nunca no estado sede do comprador, Bahia*”. Transcreve acórdão proferido em Recurso Especial, pela 2ª Turma do STJ.

Assevera que “... *quando a operação de substituição tributária não é praticada, com o recolhimento respectivo, na entrada da mercadoria no Estado comprador, o contribuinte local deve recolhê-la, seguindo a legislação pertinente, e em o fazendo e sendo cobrado do remetente, como pretende o Fisco do Estado da Bahia, haverá dupla tributação. Só poderia o estado da Bahia tributar na entrada aqueles valores que não foram recolhidos pelo contribuinte local, o que não acontece com o presente lançamento, onde isto não foi demonstrado*”.

Por fim, trata da multa que lhe fora aplicada em razão dos diversos descumprimentos de obrigações tributárias principais. Aduz que o alto percentual da multa aplicada tem caráter confiscatório, o que impõe a improcedência fiscal. Prossegue dizendo que o percentual da multa exigida pela legislação baiana, além de confiscatório, é inconstitucional, pois fere o art. 150, IV e art. 151, §1º da Constituição Federal do Brasil. Cita o art. 112, II do CTN, contrariando também a doutrina.

Ao final, requer o cancelamento da Decisão recorrida, em razão de inconsistência e nulidade do lançamento, em preliminar e no mérito, extinguindo o lançamento fiscal incorreto e inconstitucional.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, às fls. 2.174 a 2.176, de plano, registra que são repisados todos os argumentos de defesa, e que tais razões foram criteriosamente analisados e tratados pela 4ª JJF.

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo recorrente, afirma que não merece ser acolhida, pois, “*as infrações aqui apuradas referem-se ao regime de substituição tributária e, o Convênio ICMS 81/1993 estabelece normas gerais a serem aplicadas aos regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, atribuindo ao autuado a responsabilidade pelo recolhimento do tributo*”. Cita a Cláusula Segunda do referido Convênio.

No mérito, entende correta a Decisão prolatada em primeiro grau, frisando que as infrações e os argumentos defensivos foram devidamente analisados, não sendo trazido aos autos qualquer

argumento novo, de fato ou de direito, capaz de promover a reforma da Decisão recorrida.

Entende ilegítima a alegação de caráter confiscatório das multas aplicadas, em face da sua previsão legal, tudo conforme consignado no art. 42, inciso II, “e” da Lei nº 7.014/96.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Na assentada de julgamento da sessão do dia 21/03/2011, os membros da 2ª CJF, fls. 2.178, resolveram converter o feito em diligência à ASTEC do CONSEF, nos seguintes termos: *“Considerando que não há divergência quanto ao fato de que o produto “desingripante” (NCM 2710 e 2711) não está sujeito à tributação pelo ICMS, para atender o que preceitua o princípio da verdade material, e considerando a necessidade de que seja verificado quantum deve ser exigido do contribuinte, os membros da 2ª CJF decidem, por unanimidade, converter o presente feito em diligência à ASTEC/CONSEF para que seja elaborado novo demonstrativo de débitos, expurgando-se do levantamento fiscal original (infração 1) os valores ali lançados concernentes ao produto ‘desingripante’”*.

Do resultado da diligência realizada por Auditor Fiscal da ASTEC, fl. 2.181, lê-se na conclusão: *“Com o expurgo do levantamento fiscal original dos montantes lançados atinentes ao produto desingripante, consoante especificado no novo demonstrativo de débito citado acima, remanesceu o crédito tributário relativo à infração 1, no valor de R\$1.627,96”*.

Cientificados do resultado da diligência, recorrente e autuante retornaram ao PAF. O recorrente, às fls. 2.252/2.253, manifestou-se favoravelmente à retirada do item DESINGRIPANTE, não sujeito à tributação, por ser produto à base de silicone e não de petróleo. Prossegue, requerendo, em aditamento ao seu Recurso Voluntário, *“a revisão dos valores referentes também as operações 1(graxa), 2, 3, 4, 5, 6, 8 e 9”*, bem como dos valores das multas, considerados os argumentos de defesa, principalmente no que toca ao ICMS já recolhido e não considerado no Auto de Infração. O autuante, à fl. 2.257, também se manifestou favoravelmente à exclusão do item “desingripante”, ao tempo em que considera meramente protelatório o pedido formulado na última manifestação do recorrente, dado que os mesmos itens já haviam sido admitidos pelo recorrente, quando em momento posterior ao cometimento das infrações, passou a efetuar os devidos recolhimentos, conforme fls. 2.146 a 2.153.

A PGE/PROFIS, em nova manifestação às fls. 2.261/2.262, a ilustre Parecerista opina pelo acatamento do novo levantamento realizado pela ASTEC e, conseqüentemente, pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário, o primeiro interposto pelos julgadores da 4ª JJF deste CONSEF tendo por objeto reapreciar do Acórdão de nº 0421-04/09 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual em relação às infrações de nº 1, 2, 7 e 10, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA. O segundo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar o mesmo acórdão, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Em sede de preliminar o recorrente aborda três pontos, quais sejam: a nulidade da Decisão recorrida; a decadência dos lançamentos anteriores a 16/12/2002; e a ilegitimidade de parte.

Quanto a primeira preliminar, entendo que não há elementos que possam sustentar a afirmativa recursal. Vejo que a Junta de Julgamento Fiscal considerou todos os elementos trazidos aos autos, bem como analisou todas as razões recursais, que, inclusive, provocaram as diligências e as revisões no demonstrativo fiscal originário, com relevante redução da exigência fiscal.

Quanto à alegação de decadência dos lançamentos anteriores a 16/12/2002, em que pese a Súmula Vinculante tratar da matéria atinente à decadência do crédito tributário, o COTEB, art. 107-A, I, estabelece que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, o que desconstitui a tese recursal.

Quanto à ilegitimidade passiva, alega o autuado que não pode figurar no polo passivo da ação fiscal, pois, realizou vendas destinadas a consumidores finais e, considerando tal fato, o imposto deveria ser exigido do destinatário das mercadorias. Contrariando o que assevera o recorrente, há nos autos informações que indicam que as mercadorias foram destinadas a contribuintes do imposto participantes de empresas comerciais ou ambulantes. Verifica-se também nos autos, fl. 1.454, que o fiscal cuidou de apontar o CPF e o número da inscrição estadual da empresa em que é cotista, além da 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.

Os documentos acostados aos autos, até com alguma fatura, são suficientes para determinar que se está a tratar de vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária que obedecem a normas próprias – convênios e protocolos, e mais, não pairam dúvidas acerca do fato de que efetivamente, é o remetente das mercadorias, leia-se recorrente, responsável pela retenção e consequente recolhimento do imposto por substituição tributária, tudo em obediência aos ditames do Convênio ICMS 81/93. Isto posto, afasto a preliminar suscitada e, mantenho o recorrente na condição de sujeito passivo na relação fiscal estabelecida.

Antes mesmo de prosseguir cuidando do mérito, percebo que o recorrente, mesmo com a fase de instrução encerrada, dado que o processo já estava em franco julgamento, diante do resultado da diligência requerida por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, requereu aditamento ao seu Recurso Voluntário. Aqui, mesmo entendendo precluso o direito do recorrente, em nome do princípio da informalidade, do contraditório e da ampla defesa, tratarei de todas as infrações do presente auto, à exceção da infração 10, julgada improcedente.

Adentrando as questões de mérito, vejo que contra o contribuinte pesa a acusação de não haver feito as retenções e recolhimentos do ICMS devido por substituição, conforme determina as normas que regem a matéria - Convênios e Protocolos de ICMS.

O autuado, ainda em sede de defesa, diz que o fisco laborou em equívoco, pois elencou produtos como sujeitos à substituição tributária, que ali não deveriam estar, dizendo também que recolheu o imposto devido por substituição em relação aos outros produtos.

Os fiscais autuantes, frente às alagações defensivas, elaboram novo demonstrativo, fls. 1451 a 1453, que redundou na primeira redução da exigência fiscal de R\$56.247,38 para R\$36.136,25 conforme demonstrado na planilha à fl. 1504.

Em que pese haver o contribuinte asseverado que se insurgiu contra o resultado da diligência, e que tal manifestação não foi considerada na Decisão recorrida, entendo desacompanhado de razão o recorrente, haja vista que foram excluídos todos os produtos não sujeitos ao regime de substituição tributária. Mais ainda quando esta 2ª CJF converteu o feito em diligência mais uma vez, desta feita para que fosse excluído do levantamento o produto “DESINGRIPANTE”, o que resultou na redução da exigência fiscal da infração 1 para R\$1.627,96.

Relativamente à infração 2, o contribuinte informa que quanto a alguns produtos objeto da presente autuação, recolheu regularmente o ICMS-ST, quanto a outros, diz que não são sujeitos ao regime da substituição tributária. Conhecidas as razões recursais, o PAF é submetido a diligência, na qual o próprio fiscal autuante acata os argumentos de defesa e elabora novo demonstrativo, fls. 1936/1937, desta feita, reduzindo o valor da exigência fiscal derivada da primeira revisão fiscal de R\$36.136,25 para R\$34.524,64, conforme demonstrativo à fl. 1938.

Em síntese, com relação à infração 1, as revisões fiscais, inclusive a última revisão feita pela ASTEC, dão conta de que a exigência fiscal é de R\$1.627,96 conforme resultado da diligência à fls. 2.181. No tocante à infração 2, a redução da exigência tributária deriva também de revisão fiscal, conforme demonstrativo de débito à fl. 1504, ficando reduzido o valor exigido de R\$26.134,05 para R\$16.243,71. Assim sendo, entendo que nenhum reparo merece a Decisão recorrida.

Quanto à infração 7, o recorrente aponta equívoco na autuação que em síntese, tratam da inclusão no levantamento fiscal de pneus remoldados ou recauchutados, que não são enquadrados no regime de substituição tributária. Reconhecido o equívoco, novo demonstrativo foi elaborado

pelos autuantes, fl. 1.504, pelo qual a exigência do tributo foi reduzida de R\$11.925,69 para R\$1.699,58.

Na última das infrações motivo do Recurso de Ofício interposto pela JJF, na infração 10, são trazidas aos autos razões que se mostraram capazes de elidir a acusação inicialmente feita. Aqui, o autuado demonstrou que o produto cimento cola (NCM 3506.91.10) é um remendo vulcanizante para câmara de ar. O fiscal autuante reconhece o equívoco e exclui da exigência fiscal o valor de R\$65,35.

Isto posto, verificando que as reduções das exigências fiscais derivaram de equívocos perpetrados pelos representantes do fisco, que quando provocados procederam às correções devidas, correções essa também acatadas pelos julgadores de primeiro grau, entendo que estão caracterizadas as infrações 2 e 7 com os valores corrigidos e acatados pela primeira instância deste Conselho, do mesmo modo, entendo correta a Decisão pelo afastamento da exigência fiscal da infração 10.

Recurso de Ofício não provido.

Concluídas as tratativas em torno do Recurso de Ofício, passo a cuidar do Recurso Voluntário.

De início, registro que as razões do presente Recurso Voluntário são as mesmas trazidas em sede de defesa, e que foram tratadas de maneira absolutamente criteriosa, sobretudo porque das razões de defesa nasceram procedimentos de revisão fiscal que redundaram em redução da exigência fiscal originalmente lançada. Em sendo assim, com respeito às infrações 2 e 7, entendo que já foram devidamente analisadas, quando acima tratei do Recurso de ofício interposto pela 4ª JJF, logo, em virtude de estarem esgotadas as tratativas acerca dessas infrações, cuidarei das multas ditas confiscatórias e das infrações 1, 3, 4, 5, 6, 8 e 9, vez que a infração 10 foi afastada e não é motivo do Recurso voluntário em apreço.

Com respeito à infração 1, vejo que foi objeto de diligência determinada por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal com o fito de que fosse excluído do levantamento fiscal o produto desingripante (NCM 2710 e 2711), o que redundou na redução da exigência fiscal no montante julgado em primeiro grau, conforme resultado da referida diligência, às fls. 2.181. Assim sendo, resta clara a necessidade de se reformar a Decisão recorrida de maneira a que sejam exigidos do recorrente apenas os valores efetivamente devidos.

Quanto à infração 3, o recorrente diz que quanto ao item Algodão/Compressa e Curativo, a partir de 01/02/2005, fez o regular recolhimento do ICMS-ST. Neste caso, a JJF constatou que do demonstrativo de débito feito pelo autuante em sua revisão fiscal, fl.1.504, estabeleceu novos valores que agravam a infração de R\$601,89 para R\$614,29. Importante ressaltar que à época do lançamento, o contribuinte estava sujeito ao Convenio ICMS 76/94, logo, sujeito ao lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações que se discute, na condição de sujeito passivo por substituição. Ante o exposto, acompanho o entendimento da 4ª JJF pela procedência da infração, mantido o valor originalmente lançado, a rigor do art. 156 do RPAF/99.

Na infração 4, se discute o fato de o recorrente alegar que lhe é exigido ICMS pelas vendas que têm como destinatários consumidores finais que não são contribuintes do imposto. O autuante se contrapõe às alegações de defesa e elabora rol, fls. 1.455 a 1.503, discriminando compradores do recorrente “*com CPF com empresas inscritas no estado da Bahia*”, para demonstrar que se tratam de pessoas físicas, empresas comerciais e ambulantes que adquirirem mercadorias com habitualidade.

Dos elementos trazidos pelo autuante, que robustecem a acusação de cometimento de infração fiscal, a JJF decide pela procedência da infração. Entendo não restarem dúvidas quanto ao fato de que os destinatários das mercadorias em questão são, efetivamente, contribuintes inscritos como microempresas, empresa de pequeno porte ou ambulantes, conseqüentemente, contribuintes do ICMS, o que torna o recorrente responsável pela retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária, conforme disposto no Protocolo ICMS 16/85. Mantida a Decisão recorrida.

Quanto às infrações 5, 6, 8 e 9, o cerne da questão está na alegação recursal, idêntica à defesa, de que *“trata-se de uma operação tributada pelo ICMS como sendo interna (feita no Estado de Minas Gerais), portanto, não sujeito a substituição tributária”*. O fundamento de combate à acusação fiscal sucumbe diante do fato de que o recorrente, na condição de atacadista, também é responsável pela retenção e recolhimento do tributo exigível por substituição tributária nas operações interestaduais em que as mercadorias sejam aquelas elencadas nos protocolos ICMS. *In casu*, como bem descreveu o julgador de primo grau, as mercadorias objeto da autuação estão elencadas nos Protocolos ICMS 17/85, 18/85, 19/85 e 15/85. Por isso mesmo, acompanho entendimento da JJF pela procedência da infração.

Quanto ao que arguiu o recorrente a respeito da desconsideração de pagamentos ditos realizados, sugerindo a exigência de imposto já pago, constato que não foram trazidas aos autos as necessárias provas a sustentar a afirmativa recursal, motivo pelo qual entendo que não há elementos a elidir as mantidas acusações fiscais. Entretanto, pode o recorrente, em sede de controle de legalidade, dirigir requerimento à PGE/PROFIS, juntando os documentos que comprovem o efetivo recolhimento dos valores atinentes às acusações fiscais aqui tratadas.

Com relação à multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, diz o recorrente que tem caráter confiscatório e, dessa forma, ofende a preceitos constitucionais e legais albergados pelos artigos 150, IV; 151, §1º da Constituição Federal do Brasil e o art. 112, II do CTN, além de contrariar a doutrina.

Como bem lembrado pela ilustre representante da PGE/PROFIS, as multas aplicadas ao contribuinte pelo descumprimento de obrigação fiscal, *lato sensu*, encontram previsão legal na Lei nº 7.014/96. Especificamente no caso em questão, no art. 42, inciso II, “e” da referida Lei. Logo, em se tratando de matéria com previsão em Lei, descabe o juízo de valor acerca da matéria. Deixo claro também, que a rigor do art. 167, I do RPAF, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, assim, não é dado a este julgador apreciar a inconstitucionalidade da multa suscitada pelo recorrente.

Por tudo o quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, alterando o valor da exigência fiscal contida na infração 1 para R\$1.627,96 e mantendo às demais infrações.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232940.0002/07-6, lavrado contra **TECIDOS E ARMARINHOS MIGUEL BARTOLOMEU S/A. (TABASA ATACADISTA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.812,12**, 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, 09 de fevereiro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS