

A I N° - 206888.0001/06-2
AUTUADO - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA
AUTUANTE - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 28/12/2006

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO N° 0425-03/06

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração parcialmente caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. **a)** FALTA DE ESTORNO. **a.1** SAÍDAS COM REDUÇÃO DA ALÍQUOTA. LEITE. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Exigência com base em dispositivo regulamentar sem amparo na lei tributária. **a.2** SAÍDAS ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS. É devido o estorno do débito sobre material de embalagem utilizado em saídas de mercadorias não tributadas. Infração subsistente. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **b.1** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo à mercadoria adquirida com imposto antecipado. Infração parcialmente caracterizada. **b.2** MERCADORIAS ADQUIRIDAS JUNTO À MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Comprovado que se trata de estabelecimentos industriais. Infração elidida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. Falta de pagamento. Exigência do imposto. Infração parcialmente subsistente. 4. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Saídas de laticínios e deocolônias. Diligência fiscal comprovou que as operações estão regularmente escrituradas, com o imposto corretamente lançado. Acusação é insubstancial. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração subsistente. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração parcialmente subsistente. 6. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.

NOTAS FISCAIS COLETADAS NO CFAMT. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Comprovada pelo contribuinte a escrituração de parte dos documentos fiscais. Infração parcialmente elidida. 6. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/03/06, para exigir ICMS no valor de R\$111.681,35 acrescido das multas de 60% e 70%, além de multas de caráter acessório no valor de R\$675,10, relativo às seguintes infrações:

01. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88 - R\$58.025,34;
02. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Consta, na descrição dos fatos, que adquiriu leite em outras unidades da Federação, tributados à alíquota de 12%, e não efetuou o estorno do crédito relativo às vendas internas com redução da base de cálculo em 58,825%, equivalente a 7% - R\$13.949,80;
03. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento - R\$5.774,51;
04. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto. Consta, na descrição dos fatos, que não efetuou o estorno dos créditos fiscais utilizados nas aquisições de embalagens, na proporção das saídas de mercadorias isentas e não tributadas - R\$5.649,60;
05. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Consta, na descrição dos fatos, que se refere à utilização de créditos fiscais de mercadorias sujeitas ao regime de antecipação e de material destinado ao uso e consumo - R\$3.200,14;
06. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que promoveu saídas de mercadorias tributadas como não tributadas ou com erro de aplicação de alíquota, através de ECF, apurado por meio do registro 60 R - R\$7.079,11;
07. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, tendo sido aplicada multa no valor de R\$555,21;
08. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, tendo sido aplicada multa no valor de R\$119,89;
09. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto à Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP) - R\$523,78;

10. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas. Consta, no campo da descrição dos fatos, que o contribuinte omitiu receitas e consequentemente recolhimentos de ICMS, em virtude de não ter escrutinado em seus livros fiscais de compras, das notas fiscais relacionadas em demonstrativos específicos, presumindo a omissão do uso de receitas anteriormente omitidas, referente aos exercícios de 2002 e 2003, nos termos do art. 3º, § 2º do RICMS/BA - R\$11.326,38;

11. Recolheu a menor o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escrutinado no livro Registro de Apuração do ICMS - R\$6.152,69.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 560 a 617, por seu representante devidamente constituído (fl. 620), inicialmente discorre sobre as infrações e afirma que a fiscalização cometeu alguns equívocos que precisam ser sanados, conforme passou a expor.

Quanto à infração 1, reconhece ter efetuado o recolhimento a menos de parte do ICMS por antecipação e informa que já efetuou o pagamento de R\$22.140,47, do valor exigido de R\$58.025,34. Quanto à parte indevida, juntou com a defesa o documento nº 3 (fls. 643 a 946), para demonstrar os seguintes equívocos cometidos pela fiscalização:

- a) lançamento em duplicidade;
- b) inversão de produtos em notas fiscais;
- c) não utilização de desconto para calcular o ICMS antecipado;
- d) antecipação de produto isento (preservativo);
- e) utilização incorreta de MVA, no caso de sucos de 30% e salgadinho de 55%.

Para facilitar o entendimento, discriminou por mês os mencionados equívocos (fls. 563 a 570), conforme planilhas do documento nº 03. Requer diligência por fiscal estranho ao feito, para revisar os demonstrativos elaborados pela fiscalização, com a exclusão das inconsistências indicadas.

No tocante à infração 2, relativo a ausência de estornos de créditos fiscais de ICMS, com base no art. 100, II do RICMS/BA, diz que o CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo do Acórdão 008-12/05, decidiu que não existe determinação prevista em lei, havendo apenas previsão no Regulamento do ICMS, o que fere o princípio da legalidade. Requer a exclusão total desta infração com base na jurisprudência e princípio da legalidade.

Em relação à infração 3, relativo ao recolhimento a menos do ICMS de diferença de alíquota, reconhece parcialmente o valor de R\$5.605,33 do valor exigido de R\$5.771,51. Diz que em relação a este item, discorda apenas da exigência relativa a nota fiscal de nº 47.258, que se refere a prestação de serviço de impressão na bobina do PDV, cuja operação é tributado pelo ISS. Requer a exclusão do valor correspondente da mencionada nota fiscal.

No que tange à infração 4, relativo a falta de estorno de crédito de ICMS de produtos adquiridos e que saíram do estabelecimento sem incidência do imposto (embalagens utilizada em operações isentas e não tributadas), diz que discorda do percentual de estorno apurado pela fiscalização, por ter incluído indevidamente as mercadorias adquiridas que estão enquadradas no regime de substituição tributária. Transcreve o art. 1º, parágrafo primeiro do RICMS/BA às fls. 574 e 575, reconhece a necessidade do estorno do crédito fiscal, mas não do modo como foi feito, tendo em vista que nas operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, são sujeitas à antecipação do pagamento do imposto e não pode ser considerada operação não tributável as operações com estas mercadorias, praticadas pelo impugnante. Transcreve os artigos 128 do Código Tributário Nacional (CTN), 155 da Constituição Federal e 1º do RICMS/BA, para tentar provar a sua relação direta com o fato gerador do imposto nas operações de vendas, cujo imposto das operações foram pagos antecipadamente.

Relativamente à infração 5, reconhece a utilização indevida de crédito fiscal, totalizando R\$917,41 do valor exigido de R\$3.200,14, informando que já efetuou o pagamento da parte reconhecida. Relacionou às fls. 582 a 592, diversas notas fiscais, indicando para cada uma a regularidade na utilização do crédito fiscal ou equívoco cometido pela fiscalização, segundo o entendimento do impugnante.

Quanto à infração 6, diz que não procede a acusação fiscal de que promoveu saída de mercadorias tributadas como não tributadas, pelos seguintes motivos:

- 1) apesar de seus arquivos magnéticos terem sido transmitidos para a SEFAZ com informação incorreta quanto as alíquotas aplicadas, na verdade foram tributadas com as alíquotas corretas, conforme cópias dos cupons fiscais juntados com a defesa (documento 6);
- 2) a fiscalização aplicou alíquota de 25% sobre o produto “Deo Colônia”, sem observar que têm na sua composição LAVANDA e ALFAZEMA, que constam na exceção prevista no art. 51, II, h do RICMS/BA, são tributadas em 17%.

Para provar esta alegação, diz que junta ao processo:

- a) cópias das notas fiscais de números 18318, 17463, 41540, 84144 e 86308, cujos fornecedores associam ao produto a desodorantes corporais e antiperspirantes líquidos com NCM 3307.20.10;
- b) parecer de n. 07723020029 exarado pela GETRI, de autoria de Ely Dantas, que reconhece que Deo Colônias à base de Lavanda e Alfazema não são considerados supérfluos;
- c) junta cópia da decisão da 2^a. JJF relativo ao Auto de Infração de nº 115484.0001/05-4, lavrado contra a defendant, cuja decisão foi mantida pela 2^a. CJF;

Alega que além dos citados produtos, junta com o documento 6, relação de notas fiscais (fls. 596 a 598), que tiveram problemas na geração de arquivos magnéticos, mas que foram tributados de forma correta, a exemplo de queijo, manteiga, colônia e deo colônia.

Requer revisão do levantamento fiscal por estranho ao feito, para comprovar que as operações foram tributadas de forma regular pela alíquota de 17%, conforme cupons fiscais juntados ao processo, ao invés de 12% que constam nos arquivos magnéticos, bem como a exclusão da cobrança de 25% sobre o produto deo colônia.

No tocante à infração 7, afirma que a fiscalização levou em consideração apenas as vias das notas fiscais destinadas ao Fisco de destino, sem ter observado os registros corretos na escrita fiscal. Relacionou às fls. 600 a 603, as notas fiscais e indicou os respectivos registros no livro Registro de Entrada, inclusive de estabelecimento filial, tudo conforme o documento 7, acostado ao processo.

Em relação à infração 8, diz que ocorreu o mesmo procedimento da infração anterior, relacionou às fls. 604 a 607 diversas notas fiscais e indicou os respectivos registros no livro Registro de Entrada.

Requer revisão fiscal pela ASTEC/CONSEF, para excluir das infrações 7 e 8, as mercadorias cujas notas fiscais foram regularmente escrituradas.

No que tange à infração 9, afirma que os fornecedores inscritos como ME e EPP, dedicam-se a atividade industrial, conforme relação apresentada às fls. 610 e 611 e que de acordo com o disposto no art. 408-D e 408-E do RICMS/BA, que transcreveu às fls. 609 e 610, asseguram o direito ao crédito fiscal por parte do defendant. Requer, também diligência por fiscal estranho ao feito, para refazer o levantamento fiscal, com a exclusão dos valores relativos àquelas empresas.

Relativamente à infração 10, diz que não procede a acusação de que deixou de escriturar diversas notas fiscais, conforme relação apresentada às fls. 611 a 613, com as indicações dos respectivos lançamentos e requer também, diligência fiscal para excluir dessa infração os valores comprovados.

Quanto à infração 11, reconhece parcialmente o valor de R\$2.855,90 do total exigido de R\$6.152,69, conforme planilha juntada com o doc. 10. Esclarece que parte do valor exigido já tinha sido pago através da Denúncia Espontânea datada de 04/07/05 e que é indevido a sua exigência.

Por fim, reitera a necessidade de realização de diligencia fiscal, pelos motivos expostos, nos termos dos artigos 137 e 150 do RPAF/BA e desde já disponibiliza na sua sede, todos os documentos fiscais para reelaborar os levantamentos efetuados pela fiscalização.

O autuante, na sua informação fiscal (fl. 1250 a 1286), inicialmente discorre sobre as infrações e as alegações defensivas (fl. 1253 a 1273) e esclarece que seguirá o mesmo esquema adotado pelo defendantem em relação a cada infração, conforme passou a expor.

Infração 1: Diz que acatou as seguintes alegações defensivas:

- a) Efetuou exclusão de nota fiscal lançada em duplicidade;
- b) Fez exclusão das notas fiscais relativas ao produto preservativo;
- c) Refez o demonstrativo, com a aplicação da alíquota de 25% para o produto Fita K-7;
- d) Refez o demonstrativo, com alteração do MVA de sucos de 60% para 30%.

Em relação ao argumento defensivo de que deveriam ser excluídos do levantamento fiscal os valores relativos ao ICMS antecipação que foi retido na fonte, diz que não pode ser acatado, tendo em vista que no demonstrativo original foi apurado o imposto total do mês e em seguida foram deduzidos os valores retidos na fonte e recolhidos no mês, além do valor recolhido para o fundo de pobreza e de Denúncia Espontânea.

Afirma que acostou ao processo (fl. 1287 a 1289) um demonstrativo refeito tomando como base o original, onde indicou as deduções efetuadas e o valor devido, relativo a cada mês, tendo ainda indicado o valor reconhecido e pago pelo contribuinte e em seguida o valor a pagar. Prosseguindo apresentou um demonstrativo analítico dos ajustes procedidos (fls. 1275 a 1282), relativo a cada mês.

Infração 2: Esclarece que se trata de exigência de estorno de crédito relativo a aquisições de leite em outras unidades da Federação com alíquota de 12%, cujas saídas foram tributadas com redução de base de cálculo em 7%, tendo sido exigido o estorno do crédito, conforme disposto no RICMS/BA.

Com relação ao argumento defensivo de que os julgamentos pelo CONSEF são reiteradamente pela improcedência, rebate dizendo que o CONSEF revisou aquela posição, conforme “Recurso Voluntário submetido à 3^a JJF nº 0018/06, de 07/02/06”, tendo julgado procedente parte do Auto de Infração nº 206888.0002/05-0 relativo à mesma infração. Mantém a infração.

Infração 3: Acata a exclusão do produto bobina, relativo à aquisições tributadas pelo ISS em relação as notas fiscais de nº 430669 e 421602, no mês de abril/03 e informa que fez a exclusão do valor correspondente de R\$87,85, o que reduz a infração para R\$5.686,66, conforme demonstrativo de débito.

Infração 4: Afirma que foi exigido o ICMS no valor de R\$5.649,60 referente ao uso indevido de crédito do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição de embalagens, que posteriormente foram utilizadas para embalar mercadorias saídas do estabelecimento, levando em consideração que as saídas isentas e de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária não geram direito ao crédito. Afirma que seu posicionamento está correto e não acata os argumentos defensivos de que as mercadorias sujeitas a antecipação tributária, devam ser consideradas como tributadas.

Infração 5: Informa que estão corretos os valores reconhecidos pelo autuado e diz que refez o demonstrativo de débito excluindo do mesmo o valor de R\$2.282,73 o que resulta em valor devido de R\$917,41 que foi reconhecido pelo impugnante.

Infração 6: Não acata os argumentos defensivos afirmando que é tributado em 25% as saídas de colônia e deo-colônia e que a instrução normativa emitida pela Sefaz esclarece que só não deve ser considerado perfume os desodorantes shampoo, demais produtos de toucador e outros destinados a higiene pessoal, como sabonete. Diz que os cupons juntados com a defesa comprova o acerto da autuação.

Infração 7: Acatou e excluiu da autuação todas as notas fiscais que foram devidamente registradas nos livros fiscais, o que elide a infração.

Infração 8: Acatou e excluiu da autuação todas as notas fiscais que foram devidamente registradas nos livros fiscais, persistindo o valor da multa aplicada relativo as notas fiscais de nº 218620, 266951, 268264 e 7669, que não foram comprovados os registros, o que perfaz multa remanescente de R\$41,82.

Infração 9: Diz que acata o argumento defensivo em relação direito ao crédito das operações com Microempresas e EPP que se dedicam a atividades industriais e reconhece a improcedência desta infração.

Infração 10: Diz que acata todas as notas fiscais que foram comprovadamente registradas, nos termos da defesa apresentada em relação às notas fiscais de nºs. 3155, 211264, 185107 e 136286, e mantém parcialmente a infração no que se refere às notas fiscais de nºs. 4239, 48483, 159915, 162351, 59065, 290832, 51863, 51875 e 298774, conforme novo demonstrativo de débito acostado aos autos.

Infração 11: Afirma que o contribuinte recolheu ICMS em valores a menos que o devido em diversos meses do período fiscalizado. Quanto ao argumento defensivo de que já tinha recolhido o valor de R\$3.296,79 por meio de Denúncia Espontânea, afirma que os valores já denunciados foram considerados no demonstrativo das antecipações tributárias juntados às fls. 30 a 372 do PAF, motivo pelo qual mantém esta infração.

Finaliza dizendo, que após os ajustes procedidos nos demonstrativos integrantes do Auto de Infração, resultou em valor devido de R\$100.704,77, conforme demonstrativo de débito acostado ao PAF. Alega ser desnecessária a realização de diligência, tendo em vista que foram acatadas as alegações defensivas oferecidas e acompanhadas de provas.

A Inspetoria Fazendária intimou o contribuinte em 22/06/06, para tomar conhecimento da informação fiscal, conforme documento acostado à fl. 1290, tendo o mesmo se manifestado às fls. 1293 a 1321.

Inicialmente, diz que antes de adentrar ao mérito de cada infração, ressalta a necessidade de realização de diligência fiscal, tendo em vista que a fiscalização inverteu o ônus da prova, ao passar o encargo de responder as dúvidas para a impugnante, ao invés de provar as supostas irregularidades. Ressalta que a fiscalização reconheceu a improcedência de alguns itens da autuação, o que no seu entendimento comprova a necessidade de ajustes no procedimento fiscal por meio de diligências.

Em relação à infração 1, reitera o pedido de diligência para que revise os demonstrativos elaborados pelo autuante, para acatar:

- a) retenções do ICMS por substituição no valor de R\$3.522,01 realizados por fornecedores no momento do faturamento das notas fiscais;
- b) pagamentos efetuados através de GNRE nas inscrições de substituto tributário de nº 52.583.449 e 58.592.344.

Ressalta que reconheceu como devido o valor de R\$22.140,47 do valor exigido de R\$58.025,34 e reitera o pedido de diligência por auditor fiscal estranho ao feito.

No tocante à infração 2, diz que não é verdadeiro o argumento do autuante de que o CONSEF refez a sua posição em relação ao estorno de créditos e sim ao contrário, conforme decisões mais recentes pode se constatar, que o art. 100, I, do RICMS não tem aplicabilidade, por ausência de lei.

Em relação à infração 3, esclarece que já recolheu em 02/05/06, o valor de R\$5.605,33, tendo discordado apenas da inclusão do item “Bobina para PDV” que foi tributada pelo ISS e tendo sido acatado pelo autuante, requer a homologação do pagamento já efetuado.

No que tange à infração 4, diz que não concorda com o posicionamento do autuante quanto ao cálculo da proporcionalidade do estorno de crédito relativo à aquisição de embalagens. Concorda

com a exigência em relação às saídas isentas, mas discorda da inclusão das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária como operações não-tributadas ou isentas, nos termos do art. 100, § 1º do RICMS/BA, que transcreveu à fl. 1302, por entender que ocorreu a antecipação do pagamento do imposto, mas que a operação é tributada.

No que se refere à infração 5, diz que tendo o autuante concordado com a defesa, reconhece parcialmente a infração no valor de R\$917,41.

Em relação à infração 6, reitera o pedido de diligência no sentido de:

- a) excluir da autuação os valores relativos a queijo e manteiga, conforme cupons fiscais juntados com a defesa, que foi tributado corretamente pela alíquota de 17%, mas que consta indevidamente no arquivo magnético como tributado pela alíquota de 12%;
- b) excluir da cobrança da alíquota de 25%, o produto deo-colônia, a base de lavanda e alfazema que no seu entendimento é tributado pela alíquota de 17%, nos termos do art. 51, II, “h” do RICMS/BA, que transcreveu à fl. 1308. Ressalta que juntou à defesa cópias das notas fiscais de nºs. 18318, 17463, 41540/01, 84144 e 96308, para tentar provar que os fornecedores do produto deo-colônia associam o mencionado produto a “desodorantes corporais e antiperspirantes líquidos (NCM 3307.20.10)”. Destaca que o parecer exarado pela GETRI ao processo nº 07723020029, reconhece que colônias a base de lavanda e alfazema não são supérfluos e tributadas em 17%. Diz que já existe decisão da mesma natureza relativo ao Auto de Infração nº115484.0001/05-4, que foi julgado improcedente pela 2ª JJF e confirmado pela 2ª CJF, cujas decisões foram acostadas à defesa.

Relacionou às fls. 1309 a 1312, diversos cupons fiscais indicando os produtos deo-colônia e colônia que entende ter tributado corretamente pela alíquota de 17% e também queijo e manteiga que afirma ter sido tributado corretamente em 17%, enquanto o arquivo magnético indicou alíquota de 12%. Requer diligência para comprovar suas alegações.

No tocante à infração 7, tendo o autuante concordado com os argumentos defensivos, não há o que reclamar e pede a confirmação da exclusão dos valores exigidos na infração.

Quanto à infração 8, diz que a fiscalização reconheceu a exigência de valor indevido de R\$78,07 e apontou um saldo remanescente de R\$41,82. Afirma que este valor refere-se à presunção obtida por meio de notas fiscais coletadas no trânsito de mercadorias e que não foi observado os registros na sua escrita fiscal. Requer diligência para comprovar sua alegação de que todas notas fiscais foram regularmente escrituradas.

No que tange à infração 9, diz que tendo sido acatado os argumentos defensivos, requer a confirmação da exclusão dos valores exigidos.

Em relação à infração 10, diz que o autuante acatou os argumentos da defesa e excluiu o valor de R\$775,61, restando um saldo de R\$10.550,77. Afirma que como reforço da prova, junta à sua manifestação a cópia da nota fiscal nº 620704 (fl. 1322), registrada em 07/01/04 e reitera o pedido para realização de diligência fiscal para excluir da infração os valores indevidamente exigidos.

No tocante à infração 11, afirma que a DE deve ser levada em conta apenas nesta infração, devendo ser revisada a infração 1, conforme defesa inicial. Diz que juntou à impugnação inicial uma planilha que demonstra como chegou ao valor devido de R\$2.855,90, juntamente com os respectivos comprovantes, cuja DE foi paga em 04/07/05. Reitera pedido de diligência para dirimir tal dúvida.

Por fim, requer o direito de juntada de novos documentos, da necessidade de realização de diligência nos termos do art. 145 e 150 do RPAF/BA para corrigir erros e equívocos cometidos pela fiscalização, considerando que na informação fiscal foram acatados em parte.

Esta JJF decidiu converter o processo em diligência à ASTEC/CONSEF (fls. 1329/1340), para que fossem adotadas as seguintes providências em relação às seguintes infrações:

Infração 1: verificar se foi considerado no levantamento fiscal o ICMS retido na fonte e pago por meio de GNRE;

Infração 4: apurar o percentual de estorno de crédito relativo às saídas de mercadorias isentas e não tributadas, fazendo a inclusão das mercadorias sujeitas à substituição tributária como mercadorias tributadas.

Infração 6: intimar o contribuinte para apresentar as notas fiscais objeto da autuação e verificar por meio do código NCM, se estão ou não incluídas no rol de mercadorias tributadas pela alíquota de 25%.

Infração 11: intimar o autuado para apresentar cópia da Denúncia Espontânea e verificar se os valores exigidos nesta infração já tinham sido denunciados.

A diligente no Parecer ASTEC 181/06 (fls. 1331 a 1333, esclarece que o autuado se manifestou às fls. 1334/1339, e aproveitando os benefícios fiscais concedidos pela Lei 10.328/06, efetuou os pagamentos dos valores dos débitos relativos às infrações 1, 4 e 11, perdendo o objeto da diligência relativo a estas infrações.

Relativamente à infração 6, diz que fez a exclusão dos valores, conforme determinado na diligência, o que resultou em valor devido de R\$5.943,43, de acordo com o demonstrativo à fl. 1322, tendo tomado como base os demonstrativos juntados pelo autuante às fls. 485 a 489.

Esclarece que em atendimento a petição do autuado em relação à tributação de queijos e manteigas (fl. 1337), o qual foi ratificada pelo relator (fl. 1341), informa que não resta imposto a cobrar, tendo em vista que ficou comprovada a tributação correta de 17% daqueles produtos.

O autuado juntou às fls. 1334 a 1337, petição na qual informa que, utilizando os benefícios previstos na Lei 10.328/06 efetuou o pagamento:

- a) do saldo da infração 1, no valor de R\$28.616,94, complementando o pagamento anterior;
- b) do saldo da infração 3, no valor de R\$81,40, complementando o pagamento anterior;
- c) do total da infração 4, no valor de R\$5.649,60;
- d) do valor de R\$41,81 da infração 8, remanescente da informação fiscal;
- e) do valor de R\$10.550,77 da infração 10, remanescente da informação fiscal;
- f) do saldo de R\$3.296,79 da infração 11, complementando pagamento anterior.

Juntou às fls. 1338 e 1339 os comprovantes de pagamentos.

Ponderou que em relação à infração 6, requereu diligência para averiguar a ocorrência de duas situações:

I – exclusão dos valores relativos a queijos e manteigas que foram tributados corretamente com a alíquota de 17%, enquanto no arquivo magnético foi indicado tributação a 12%;

II – exclusão da cobrança pela alíquota de 25% do produto de colônia.

Disse que ao ser intimado para apresentar os documentos ao diligente, tomou conhecimento de que a diligência foi direcionada somente para o segundo item e requer por economia processual que a diligente junte ao processo os cupons fiscais que comprovam a tributação correta pela alíquota de 17% dos produtos queijos e manteigas.

O Coordenador da ASTEC/CONSEF, deu conhecimento ao Relator sobre a petição juntada pelo impugnante (fl. 1340), tendo este Relator se pronunciado à fl. 1341, concordando com o pleito do contribuinte.

A Inspetoria Fazendária deu ciência ao autuante (fl. 1386) e ao autuado (fl. 1385), tendo o segundo se manifestado às fls. 1388 a 1397, afirmando que:

- 1) requer que a JJF acate os termos do parecer ASTEC relativo à infração 6, excluindo o valor total da infração;
- 2) reitera o posicionamento da defesa inicial da infração 2, e junta às fls. 1398 a 1411, cópia do Acórdão 0252-05/06, que declarou a nulidade de infração idêntica imputada a outro estabelecimento do autuado. Requer a inaplicabilidade do estorno proporcional de crédito previsto no art. 100, I do RICMS/BA.
- 3) apresentou às fls. 1393 a 1397, um resumo por infrações, reconhecidas, impugnadas parcialmente e dos pagamentos já efetuados.

Requer a improcedência das infrações 2 e 6, e procedência parcial das demais infrações com a homologação dos valores já recolhidos.

A Inspetoria Fazendária científicou o autuante (fl. 1413) do resultado da diligência, não tendo o mesmo se manifestado.

A Secretaria do CONSEF juntou à fl. 1416 um relatório dos pagamentos realizados em 02/05/06, 29/09/06 com valores respectivos de R\$62.880,70; R\$28.616,94 e R\$19.621,74.

VOTO

O Auto de Infração acusa o contribuinte do cometimento de onze infrações, relativas a exigência de ICMS e aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias.

Em relação à infração 1, relativa ao recolhimento a menos do ICMS por antecipação, o autuado na defesa reconheceu ter efetuado o recolhimento a menos de parte do imposto exigido totalizando R\$22.140,47, do valor exigido de R\$58.025,34 e juntou diversos documentos às fls. 643 a 946, e planilhas às fls. 563 a 570, para tentar demonstrar equívocos cometidos pela fiscalização: lançamento em duplicidade; inversão de produtos em notas fiscais; não utilização de desconto para calcular o ICMS antecipado; antecipação de produto isento (preservativo); utilização incorreta de MVA, no caso de sucos de 30% e salgadinho de 55%.

Na informação fiscal, o autuante acatou parte das alegações defensivas, refez os demonstrativos, apurando um débito remanescente de R\$50.676,91 (fl. 1287). O impugnante, no momento que se manifestou ao tomar conhecimento da diligência realizada, reconheceu e efetuou o pagamento em 29/09/06 do débito remanescente de R\$28.616,94 (fl.1393).

Dessa forma, não restando nenhuma controvérsia, acato os valores indicados no demonstrativo juntado pelo autuante à fl. 1287 e julgo parcialmente procedente esta infração com valor devido de R\$50.676,91.

Quanto à infração 2, relativa a ausência de estornos de créditos fiscais de ICMS, o autuado argumentou que não existe determinação prevista em lei, e pediu a exclusão desta infração com base na jurisprudência e princípio da legalidade. Na informação fiscal, o autuante contestou dizendo que se trata das aquisições de leite em outras unidades da Federação com alíquota de 12%, cujas saídas foram tributadas com redução de base de cálculo em 7%, o que justifica o estorno do crédito exigido.

Verifico que em se tratando de operações de comercialização de leite, o Decreto nº 7.826 de 21/6/2000, estabeleceu a redução de base de cálculo do ICMS em operações de saídas internas de forma que a carga tributária incidente na operação correspondesse ao percentual de 7%. Com o advento do Decreto nº 8.413, de 30/12/2002 foi revogado o art. 467 do RICMS/BA, com efeitos a partir de 1/1/2003, restringindo esta redução para o leite fabricado neste Estado e somente para o leite tipo longa vida (esterilizado) e leite em pó.

Pela análise dos fatos e da aplicação da legislação, constato que nesta infração foi exigido estorno de crédito de operações internas relativas às aquisições de leite em outros Estados nos exercícios de

2002 e 2003. Logo, em relação às operações internas a partir de 2003, caberia a aplicação da alíquota de 17% sobre o leite adquirido em outros Estados e não o estorno de crédito, tendo em vista que a partir da vigência do Dec. 8.413/02, só há redução de base de cálculo sobre as operações com leite fabricado no Estado. Como a acusação é de estorno de crédito, não se aplica à presente situação.

Ressalto que conforme demonstrativos juntados pelo autuante às fls. 373 a 422, foram relacionadas compras interestaduais de leite em pó e leite líquido.

Relativamente às operações de vendas ocorridas no exercício de 2002, conforme alegação do autuado, a regra prevista no art. 100, II do RICMS/BA prevê o estorno de crédito, no entanto não há previsão na Lei Estadual do ICMS (7.014/96), havendo uma desconformidade do regulamento com a lei vigente. Como os atos administrativos não estão sujeitos somente à norma imediatamente posta, ou seja, ao regulamento, mas sim a todo o ordenamento jurídico existente, com base no art. 2º e art. 18, III, do RPAF/BA, decido pela nulidade da ação fiscal em relação a este item da autuação. Esta decisão se coaduna com a do Recurso Voluntário do Acórdão CJF 008-12/05. Infração nula.

No tocante à infração 3, referente ao recolhimento a menos do ICMS de diferença de alíquota, o autuado reconheceu na defesa inicial como devido o valor de R\$5.605,33, cujo pagamento foi feito em 02/05/02. Na informação fiscal, o autuante acatou a exclusão do produto bobina, que é tributado pelo ISS, relativo às notas fiscais de nº 430669 e 421602, e fez a exclusão do valor correspondente de R\$87,85. No momento em que tomou conhecimento do resultado da diligência fiscal, o defensor efetuou o pagamento em 29/09/06, do valor remanescente de R\$81,40.

Pelo exposto, não havendo qualquer discordância quanto aos valores apontados após a informação fiscal, considero devido nesta infração o valor de R\$5.686,66, conforme demonstrativo de débito juntado pelo autuante às fls. 1287 e 1288. Infração parcialmente subsistente.

Em relação à infração 4, relativa a falta de estorno de crédito de ICMS de produtos adquiridos e que saíram do estabelecimento sem incidência do imposto (embalagens utilizada em operações isentas e não tributadas), o autuado na defesa inicial questionou o percentual de apuração do estorno. No momento que tomou conhecimento do resultado da diligência, o impugnante efetuou o pagamento do valor integral exigido nesta infração de R\$5.649,60 o que tornou desnecessário o objeto da diligência. Assim sendo, deve ser mantido o valor integral exigido. Infração subsistente.

Relativamente à infração 5, na defesa inicial o impugnante reconheceu a utilização indevida de crédito fiscal, totalizando R\$917,41 e efetuou o pagamento deste valor em 05/05/06. Na informação fiscal o autuante acatou como correto o valor reconhecido.

Dessa forma, não havendo qualquer discordância relativo ao valor remanescente exigido após a informação fiscal, considero devido o valor do débito R\$917,41, conforme demonstrativo de débito juntado à fl. 1288 pelo autuante. Infração parcialmente elidida.

Em relação à infração 6, referente à acusação fiscal de que promoveu saída de mercadorias tributadas como não tributadas, na defesa o recorrente argumentou que em relação aos produtos queijos e manteigas, apesar de seu arquivo magnético indicar aplicação de alíquotas incorreta de 12%, na verdade foram tributadas com as alíquotas corretas. Juntou com a defesa cópia dos cupons fiscais para tentar provar tal alegação. Relativo às saídas do produto deo colônia, alegou que a fiscalização aplicou alíquota de 25%, sem observar que têm na sua composição LAVANDA e ALFAZEMA, que constam na exceção prevista no art. 51, II, h do RICMS/BA, são tributadas em 17%. Na informação fiscal, o autuante contestou afirmando que só não deve ser considerado perfume os desodorantes shampoo, demais produtos de toucador e outros destinados à higiene pessoal.

Através de diligência fiscal realizada por determinação deste órgão julgador, no parecer ASTEC número 181/06, a diligente afirmou no seu parecer, que após ter feito a exclusão dos produtos do demonstrativo original elaborado pelo autuante (fls. 485 a 489), com a NCM correta à alíquota de 17%, restou valor devido de R\$5.943,43, conforme demonstrativo juntado à fl. 1332. Com relação à tributação incorreta de queijos e manteigas, disse que após ter feito a exclusão dos valores em

decorrência da comprovação correta de 17%, não restou nenhum valor devido relativo a esta infração.

Pelo confronto do demonstrativo à fl. 1332 com o demonstrativo original à fl. 485, verifico que do valor exigido no mês de janeiro/03 de R\$323,36, foi excluído o valor de R\$50,90 relativo a colônias, o que resultou em diferença de R\$181,46, que corresponde exatamente a soma dos valores relativo a queijos e manteigas, cujos cupons fiscais juntados pelo diligente a partir das fls. 1352, demonstram ter as operações com aqueles produtos terem sido tributados pelo código “T3”, que indica na base do cupom fiscal, referir-se ao código de mercadorias tributadas pela alíquota de 17%. Portanto, concluo que apesar do arquivo magnético ter indicado tributação com alíquota de 12% dos produtos queijos e manteigas, os cupons fiscais juntados ao processo pelo diligente comprovam que foram tributados corretamente à alíquota de 17%.

Do exposto, acato o parecer ASTEC/CONSEF e considero improcedente esta infração. Infração insubstancial.

Quanto à infração 7, pela aplicação de multa referente a entrada de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, na impugnação o defendente afirmou que o autuante não observou os registros corretos na escrita fiscal, tendo relacionado às fls. 600 a 603, as notas fiscais e indicado os respectivos registros no livro REM. Na informação fiscal, o autuante acatou e excluiu da autuação todas as notas fiscais. Portanto, não existindo qualquer controvérsia, considero elidida esta infração. Infração insubstancial.

Em relação à infração 8, pela aplicação de multa referente a entrada de mercadoria não sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, na defesa inicial o recorrente relacionou às fls. 604 a 607 diversas notas fiscais e indicou os respectivos registros no livro Registro de Entrada. Na informação fiscal, o autuante acatou as notas fiscais que foram comprovadas, tendo excluído o valor de R\$78,08 do valor original de R\$119,89. O autuado, no momento que tomou conhecimento do resultado da diligência, efetuou o pagamento do valor remanescente de R\$41,81.

Dessa forma, não havendo discordância, deve ser mantido o valor remanescente da multa de R\$41,81 indicado pelo autuante após a informação fiscal. Infração parcialmente subsistente.

Relativamente à infração 9, referente à utilização indevida de crédito fiscal, o impugnante alegou que os fornecedores se dedicam a atividade industrial e que é assegurado o direito ao crédito fiscal por ele, o que foi acatado pelo autuante na sua informação fiscal.

Da análise dos documentos juntados ao processo, constato que apesar dos documentos terem sido emitidos por Microempresas e EPP, as mesmas exercem atividades industriais e está correta a utilização do crédito fiscal pelo impugnante. Infração improcedente.

Relativamente à infração 10, da omissão de saída decorrente de entrada de mercadorias não registradas. Na impugnação inicial, o autuado juntou às fls. 611 a 613, cópia dos livros indicando a escrituração de parte dos documentos e requereu diligência fiscal para comprovar a escrituração de outras notas fiscais. O autuante na informação fiscal acatou todas as notas fiscais que foram comprovadamente registradas, tendo excluído o valor de R\$775,61. No momento que tomou conhecimento do resultado da diligência, o autuado efetuou o pagamento em 29/09/06, do valor remanescente de R\$10.550,77 que foi apurado pelo autuante na informação fiscal.

Assim sendo, não restando qualquer discordância quanto aos novos valores apurados nesta infração, considero devido o valor de R\$10.550,77. Infração parcialmente subsistente.

Em relação à infração 11, referente ao recolhimento a menos do ICMS decorrente do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado. Na impugnação inicial, o defendente reconheceu como devido o valor de R\$2.855,90, alegando que já tinha recolhido o valor de R\$3.296,79 por meio de Denúncia Espontânea. No momento da realização da diligência, o recorrente efetuou em 29/09/06 o pagamento da diferença do valor remanescente do total exigido de R\$6.152,69, o que tornou

desnecessária a verificação deste item da diligência. Portanto, deve ser mantida a exigência fiscal na sua integralidade. Infração subsistente.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo resumo abaixo:

Infração	Situação	ICMS	Multa
1	Procedente em parte	50.676,91	
2	Nula		
3	Procedente em parte	5.686,66	
4	Procedente	5.649,60	
5	Procedente em parte	917,41	
6	Improcedente	0,00	
7	Improcedente		
8	Procedente em parte		41,81
9	Improcedente		
10	Procedente em parte	10.550,77	
11	Procedente	6.152,69	
Total		79.634,04	41,81

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206888.0001/06-2, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$79.634,04**, acrescido das multas de 60% sobre R\$69.083,27 e 70% sobre R\$10.550,77 previstas no art. 42, II, “a”, “d” e “f”, VII, “a” e “b”, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor de **R\$41,81** previstas no art. 42, IX e XI da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR