

**A. I. Nº** - 298958.0001/09-1  
**AUTUADO** - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSMAN FERREIRA CASAIS  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/NORTE

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0074-05/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Divergência entre o valor recolhido e o escriturado no RAICMS. Infração reconhecida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração elidida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS BENEFICIADAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Infração não contestada. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida e paga com o benefício da Lei nº 11.908/2010. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. MERCADORIA ENQUADRADA COMO SUPÉRFLUA COMERCIALIZADA COM ALÍQUOTA NORMAL. Infração subsistente e paga com o benefício da Lei nº 11.908/2010. 5. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DAS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração parcialmente reconhecida, após a retificação do levantamento fiscal, com a exclusão de algumas notas fiscais, ocasião em que o sujeito passivo efetuou o pagamento com o benefício da Lei nº 11.908/2010. 6. MERCADORIAS DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL COM SAÍDA POSTERIOR TRIBUTADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. MULTA PERCENTUAL SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se em multa sobre a exigência relativa do imposto não antecipado. Infração não elidida, e paga com o benefício da Lei nº 11.908/2010. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2009, exige ICMS e multa totalizando o valor histórico de R\$250.457,47, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS - Valor histórico: R\$11.041,48; percentual de multa aplicada: 60%;
2. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento - Valor histórico: R\$2.293,44; percentual de multa aplicada: 60%.
3. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução - Valor histórico: R\$40.541,43; percentual de multa aplicada: 60%.

4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária - Valor histórico: R\$5.356,16; percentual de multa aplicada: 60%.
5. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escriturada, deu saída em Deo-colônia com alíquota de 17%, quando o correto seria a alíquota de 27% - Valor histórico: R\$292,79; percentual de multa aplicada: 60%;
6. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas - Valor histórico: R\$181.674,90; percentual de multa aplicada: 60%.
7. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo às mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. – Multas Fixas de 60%: R\$9.257,27.

Em sua peça defensiva de fls.298 a 344, o autuado impugnou o lançamento, e após ter efetuado uma revisão nos demonstrativos enviados pela fiscalização, apontou as seguintes ocorrências:

Reconheceu as infrações 1 e 3, e informou que efetuará o pagamento das mesmas.

Infração 2 –Aduz que a fiscalização não observou o pagamento do ICMS efetuado por meio de denúncia espontânea, pois providenciou a regularização do débito do período de jan/2002 a jul/2005, tendo efetuado o pagamento, na data de 22/12/2005, conforme comprova o Processo nº 60000007013/05-4, bem como efetuou o pagamento, em 22/12/2006, conforme comprova o Processo nº 600000010102/06-2 em anexo.

Informou, também, que a partir do mês de out/2005, passou a efetuar o pagamento do diferencial de alíquotas com a apuração mensal, conforme consta no seu livro Registro de Apuração (LRA) em anexo, com isso elaborou demonstrativo com fito de ajustar e corrigir o levantamento da fiscalização. Requer diligência fiscal, a fim que seja realizado o exame de todos os documentos fiscais, referente a este item, com a exclusão dos valores pagos através de denúncia espontânea.

Infração 4 – neste item, em preliminar, informou que a fiscalização cometeu duplicidade de lançamentos em seu levantamento e que, após a revisão dos demonstrativos constatou o equívoco que culminou no erro no resultado final da apuração do crédito tributário, “lançamentos efetuados em duplicidade”.

Quanto ao produto “Charque,” verificou que não é tributado pelo regime da substituição tributária, conforme o art. 353, II, item 9, do RICMS-BA.

Infração 5 – nesta infração aponta que a fiscalização cometeu equívoco ao aplicar a alíquota de 25% no produto deo-colônica, pois não se inclui neste percentual.

Citou o fornecedor, a nota fiscal referente e o número do NCM, e ressaltou que todos os documentos constantes na infração indicam a tributação de 17%, como segue:

- Fornecedor MACLENY DISTRIBUIDOR DE PRODUTOS DE BELEZA LTDA, Nota Fiscal nº 24968 com NCM 3307.2010;
- Fornecedor AROMÁTICA INDÚSTRIA LTDA, Nota Fiscal nº 41609 com NCM 3307.2010;
- Fornecedor COMPANHIA INDUSTRIAL FARMACÊUTICA, Nota Fiscal nº 54785 com NCM 3307.2000;
- Fornecedor RCP COMERCIAL LTDA, Nota Fiscal nº 19050 com NCM 3307.2010;
- Fornecedor DICOSERJ DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA, Nota Fiscal nº 40668.

Lembrou que o objetivo do processo administrativo fiscal é buscar a verdade material, anexa Decisão da 2ª JF, Acórdão nº 0455-02/05, no qual “o CONSEF reconhece que o produto deo-colônia à base de LAVANDA e ALFAZEIMA não é considerado produto supérfluo. Portanto, é tributado pelo ICMS à alíquota de 17%”. Também elaborou demonstrativo com o objetivo de

ajustar e corrigir o levantamento, e requer a realização da diligência fiscal para que sejam examinados todos os documentos anexados na defesa.

Infração 6 – em preliminar, alega duplicidade de lançamentos nesta infração. Diz que revisou os demonstrativos e constatou o equívoco, que culminou no erro no resultado final da apuração do crédito tributário.

Quanto aos produtos que são tributados pelo regime da substituição tributária, citou o art. 353 e os itens 3.2, 3.4, 30, 29.3, 34, 8.3, 9 e 8, do RICMS/BA, respectivamente, como se demonstra abaixo com notas fiscais, fornecedores e a comprovação do NCM de cada produto em questão:

- Produto “COLA TUCA PET 2L” - Nota Fiscal nº 622077 do fornecedor SCHINCARIOL do NORDESTE S/A, que comprova o NCM 2202.10.00;
- Produto “COMPOSTO ALIM TODDYNHO” - Nota Fiscal nº 26601 do fornecedor PEPSICO DO BRASIL LTDA, que comprova o NCM 2202.90.00;
- Produto “ACESSÓRIOS PARA CARRO (VEÍCULO)” - Nota Fiscal nº 15355 do fornecedor LUXCAR – ACESSORIO AUTOMOTIVOS LTDA, que comprova o NCM 8310.00.00, 8708.29.19 e 9401.20.00;
- Produto “AMENDOAS IRACEMA MIX 200G” - Nota Fiscal nº 9458 do fornecedor IRACEMA – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CASTANHA DE CAJU LTDA que comprova o NCM 2008.19.00;
- Produto “BISC PURINA NUTRICROK e BISCROK PEDIGREE JUNIOR” - Nota Fiscal nº 1584 do fornecedor MASTERFOODS BRASIL ALIMENTOS LTDA, que comprova o NCM 2309.90.30 do produto, e a Nota Fiscal nº 827868 do fornecedor NESTLÉ BRASIL LTDA, que comprova o NCM 2309.90.30;
- Produto “CASTANHA CAJU IRACEMA” - Nota Fiscal nº 9458 do fornecedor IRACEMA – INDUSTRIA E COMERCIO DE CASTANHA DE CAJU LTDA, que comprova o NCM 1806.90.00;
- Produto “CONFEITO M.M MINIS CHOC AO LEITE 35G” - Nota Fiscal nº 1507 do fornecedor MASTERFOODS BRASIL ALIMENTOS LTDA comprova o NCM 1806.90.00;
- Produto “CALÇADOS PANTUFAS” - Nota Fiscal nº 24092 do fornecedor CONFECÇÕES VEGGI LTDA, que comprova o NCM 6405.90.00;
- Produto “COPA SADIA” - Nota Fiscal nº 714755 do fornecedor SADIA S/A, que comprova o NCM 0203.19.00;
- Produto “CREME NUTELLA CHOC” - Nota Fiscal nº 396128 do fornecedor DISTRIBUIDORA ARRUDA COMÉRCIO E TRANSPORTE LTDA comprova o NCM 1806.90.00;

Elaborou demonstrativo identificando os produtos a serem excluídos.

Na questão dos produtos não tributados ou isentos, a empresa alegou que a fiscalização não observou a classificação, conforme o art. 14, item 4 do RICMS/BA referente aos produtos “ERVILHA PERDIGÃO” com a “Nota Fiscal nº 612266 do fornecedor PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S.A.” e “PRODUTOS DIVERSOS - FORNECEDOR YOKI”, no qual elaborou demonstrativo de débito. Anexou Parecer nº 543/1999 referente à “*Gerência de Consulta e Orientação Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia – GECOT/SEFAZ*”, que comprovou que os produtos listados são isentos de tributação pelo ICMS.

Quanto ao produto “Pescado” há redução da base de cálculo do ICMS e a fiscalização não observou que a empresa goza do benefício e cita o Decreto nº 7.577/1999.

Infração 7 – preliminarmente, também alegou duplicidade de lançamento em relação a várias notas fiscais, onde indicou a quantidade de produtos em duplicidade, elaborou demonstrativo para ajustar e corrigir o lançamento da fiscalização.

Também, disse que há produtos não tributados pelo regime da substituição tributária e que houve equívoco da fiscalização por tê-los incluídos. Citou o art. 353, item 13.3.2, do RICMS/BA referente ao produto “ALGODÃO BOLA” de “*Nota Fiscal nº 153202 do fornecedor JOHNSON & JOHNSON COMÉRCIO E DISTRIBUIDUIÇÃO LTDA, que comprova o NCM da mercadoria 5601.21.90*”, onde pede o ajuste e a correção do levantamento. Por fim, requer também, diligência para examinar os

documentos e um auditor fiscal, estranho ao feito, para definir o débito correto: Infração 2 – pagamentos efetuados; Infração 5 – o devido enquadramento da alíquota de 17% e não 25%; Infrações 4, 6 e 7 – considerar os equívocos cometidos pela fiscalização em relação aos produtos em duplicidade; Infrações 4 e 6 - enquadrar na tributação normal os produtos enquadrados no regime da substituição tributária; Infração 6 – não enquadrar a tributação normal para os produtos isentos e o enquadramento de tributação normal para os produtos com redução de 100% na base de cálculo; Infração 7 – enquadramento sistêmico da substituição tributária produtos tributados normalmente.

O autuante, por sua vez em sua informação fiscal, fls.431 a 435, informa que nas infrações 1 e 3, o contribuinte, reconhece a imputação e diz que efetuará o pagamento.

Na 2ª infração, reconheceu o equívoco cometido após analisar as denúncias espontâneas e os documentos apresentados pela defesa, conforme fls. 370/379, anexas nos autos.

Na infração 4, o autuante informou que a empresa utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridos neste estado. Também o contribuinte, nos exercícios de 2004 e 2005, adquiriu mercadorias enquadradas no Anexo 88, do RICMS/BA, tais como *“peças, componentes e acessórios para veículos automotores (Bateria Heliar); Iogurte (Bebida Láctea); Salgados industrializados; Sucos de Fruta; Trigo em grão, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo e produtos preparados à base de farinha de trigo (Massa para Lasanha); Bebidas alcoólicas (Licor Imperial) e Charque”*, produtos estes adquiridos de contribuintes internos, vindo a utilizar o crédito fiscal de tais mercadorias, indevidamente.

Quanto aos lançamentos em duplicidade, informou que não foram identificados e manteve a cobrança da penalidade.

Na infração 5, constatou que nos exercícios de 2004 e 2005, o autuado recolheu a menos o ICMS em razão do erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ou seja, saídas de Deo-colônia com alíquota de 17%, quando o correto seria a alíquota de 27%.

Na infração 6 reconheceu que alguns produtos foram cobrados indevidamente, e os excluiu na nova planilha anexa à informação fiscal.

Na infração 7, o autuante disse que foi constatado que o autuado, nos exercícios de 2004 e 2005, deu entrada de produtos no estabelecimento sujeitos ao regime de substituição tributária e oriundos de outras unidades da Federação, não recolhendo o ICMS do mesmo, que incide quando da entrada no estabelecimento.

Em nova manifestação do contribuinte após conhecer o opinativo do autuante, o autuado, por sua vez, se manifesta com as seguintes alegações (fls.470 a 499).

Primeiro, persistentemente, o autuado diz da necessidade de realizar diligência pela ASTEC, e depois passa a discorrer um a um do entendimento da informação fiscal.

Com relação à infração 2, requereu a homologação dos valores excluídos no bojo da informação e do novo demonstrativo de débito representado pelo autuante, pois disse que o mesmo concordou com os argumentos apresentados na inicial.

Na infração 4, diz que o autuante se limitou a afirmar que os produtos foram adquiridos em outro Estado e que foi utilizado indevidamente o crédito fiscal de tais mercadorias, já à alegação de duplicidade só informou que não identificou a duplicidade e manteve a cobrança integral. Contudo, sustenta que está comprovada a duplicidade.

Quanto à infração 5, o autuado além de requerer novamente diligência, e reitera as alegações da defesa. Pede correção e ajuste no levantamento.

Na infração 6, com reconhecimento parcial pelo autuante requereu homologação dos valores excluídos no bojo da informação fiscal e no novo demonstrativo de débito apresentado.

Na infração 7, diz que o fiscal autuante não se pronunciou sobre as alegações apresentadas na defesa, não apreciou, como também se omitiu das provas citadas na defesa. Citou os mesmos dispositivos dos produtos não tributados pelo regime de substituição tributária (algodão bola), as mesmas argumentações de duplicidades de mercadorias. Reitera sobre a realização de diligência a fim de averiguar os documentos anexados pela impugnação com a elaboração de novos demonstrativos.

A 5ª JF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à ASTEC, para que fossem verificadas as infrações 4 e 7, com relação aos argumentos trazidos pelo contribuinte.

O contribuinte requereu benefícios da Lei nº 11.908/2010, e pagou parcialmente o débito no valor de R\$ 179.361,19, documentos de fls. 504 a 508 do PAF.

O autuado, por seu advogado, expõe que por razões meramente financeiras, incluiu parte do débito no REFIS, através da Lei nº 11.908/2010, e desiste de parte de sua impugnação administrativa, conforme demonstrativo de fls. 520 a 522. Em vista deste fato, a diligência restou prejudicada, pois as infrações 4 e 7 foram expressamente reconhecidas pela empresa.

### VOTO

As infrações 1 e 3 foram reconhecidas pelo sujeito passivo, ficam mantidas.

Na infração 2, decorrente da falta de recolhimento do ICMS diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, o impugnante providenciou a regularização do débito correspondente ao período de janeiro de 2002 a julho de 2005, e efetuou o pagamento em 22/12/2005, através de denúncia espontânea, conforme processo nº 60000007013/05-4, bem como efetuou o pagamento em 22/12/2006, conforme comprova o processo nº 600000010102/06-2, documento 03 que anexa.

Também a partir do mês de outubro de 2005, passou a efetuar o pagamento do diferencial de alíquota com a apuração mensal, conforme comprova o livro Registro de Apuração do ICMS.

Na informação fiscal o autuante reconhece que os valores exigidos na autuação já haviam sido recolhidos, antes da ação fiscal, portanto não há ICMS remanescente a ser exigido. Infração elidida.

As infrações 4 e 5 foram reconhecidas integralmente, e efetuado o recolhimento do imposto exigido, com o benefício da Lei nº 11.908 de 04 de maio de 2010, conforme documento de fls. 1.546/1548. Infrações procedentes.

A infração 6 decorreu da falta de recolhimento ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O contribuinte aponta, em sua peça de defesa, que alguns produtos foram lançados em duplicidade, e que alguns são tributados pelo regime de substituição tributária, tais como: refrigerantes, composto alimentício toddynho, acessórios para carro, amêndoas Iracema mix 200g, e outros, como também indicou vários produtos isentos de ICMS ou que possuem o benefício de redução da base de cálculo.

O autuante, ao prestar a informação elaborou novo demonstrativo, onde reconheceu as razões da defesa e excluiu alguns produtos que foram indevidamente incluídos no levantamento original, de acordo com as planilhas de fls. 436 a 444 (exercício de 2004), de fls. 445 a 461 (exercício de 2005). A empresa cientificada da informação fiscal vem aos autos e requer a homologação dos valores excluídos da informação fiscal de acordo com o novo demonstrativo de débito apresentado pelo autuante.

Assim remanescem os seguintes valores, que totaliza ICMS de R\$112.872,05, conforme tabelas de fls 436 a 461, acima apontadas.

Por último, a empresa requer os benefícios da Lei Nº 11.908/2010, e reconhece como devido o valor de R\$ 112.872,05, que corresponde ao valor ajustado pelo autuante. Concordo com os valores

retificados pelo autuante. Infração parcialmente procedente, no valor de R\$ 112.872,05, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 6						
ITEM Nº	SEQ	OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	ALÍQ %	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO
1	52	31/01/2004	09/02/2004	17	2.929,96	1.945,65
2	53	28/02/2004	09/03/2004	17	2.139,99	1.729,63
3	65	31/03/2004	09/04/2004	17	4.077,36	2.175,44
4	66	30/04/2004	09/05/2004	17	5.915,08	5.535,20
5	67	31/05/2004	09/06/2004	17	3.193,88	2.361,82
6	68	30/06/2004	09/07/2004	17	2.513,49	1.930,20
7	69	31/07/2004	09/08/2004	17	3.331,00	2.352,51
8	70	31/08/2004	09/09/2004	17	3.915,02	2.984,90
9	71	30/09/2004	09/10/2004	17	162,48	162,48
10	72	31/10/2004	09/11/2004	17	3.614,58	3.064,32
11	73	30/11/2004	09/12/2004	17	3.797,04	3.317,44
12	74	31/12/2004	09/01/2005	17	4.877,63	4.177,62
13	75	31/01/2005	09/02/2005	17	6.562,47	3.054,47
14	76	28/02/2005	09/03/2005	17	12.848,32	6.459,25
15	77	31/03/2005	09/04/2005	17	21.882,13	4.984,54
16	78	30/04/2005	09/05/2005	17	7.891,54	6.335,00
17	79	31/05/2005	09/06/2005	17	10.332,02	6.948,78
18	80	30/06/2005	09/07/2005	17	11.785,89	7.243,43
19	81	31/07/2005	09/08/2005	17	12.135,78	7.505,87
20	82	31/08/2005	09/09/2005	17	11.914,95	7.242,81
21	83	30/09/2005	09/10/2005	17	11.312,98	6.576,56
22	84	31/10/2005	09/11/2005	17	9.021,54	6.628,19
23	85	30/11/2005	09/12/2005	17	9.279,22	6.423,82
24	86	31/12/2005	09/01/2006	17	16.240,55	11.732,12
<b>TOTAL</b>						<b>112.872,05</b>

A infração 7, foi reconhecida pelo contribuinte que utilizou os benefícios da Lei nº 11.908 de 04 de maio de 2010, conforme documento de fls. 515 a 522. Infração procedente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0001/09-1**, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$170.103,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “b”, “f” e “a”, VII, “b” e “a”, da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total **R\$9.257,27**, prevista no art. 42, II, “d”, § 1º, da mesma lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos com os benefícios da Lei nº 11.908/2010.

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, 31 de março de 2011.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR