

A. I. N° - 279738.0167/09-1
AUTUADO - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - ILDEMAR JOSÉ LANDIM
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 20.06.2011

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0144-05/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, transferidas do Estado de Sergipe para estabelecimento varejista do autuado, situado no Estado da Bahia, conforme diversos Convênio e Protocolos. Exclusões no levantamento inicial alteram a exigência inicial. Infração parcialmente procedente. **b)** RECOLHIMENTO DO ICMS-ST A MENOS. Exclusões no levantamento inicial alteram a exigência inicial. Infração parcialmente procedente. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2009, reclama ICMS no valor total de R\$ 242.995,21, em razão das ocorrências a seguir anunciadas:

INFRAÇÃO 1. Deixou de proceder à retenção do ICMS e consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta ainda que o contribuinte infringiu, além do Convênio ICMS 03/92, os seguintes Convênio e Protocolos: Convênio ICMS 76/94, Convênio ICMS 74/94, Convênio ICMS 85/93; Protocolo ICMS 11/91, Protocolo ICMS 10/92, Protocolo ICMS 16/85, Protocolo ICMS 18/85, Protocolo ICMS 43/00, Protocolo ICMS 15/85, Protocolo ICMS 19/85, Protocolo ICMS 17/85. A infração aos citados Convênio e Protocolos se reporta ao art. 42, E, Lei 7.014/96. O Valor lançado mês a mês é a soma de todos os valores mensais, os valores dos Convênios e Protocolos, de acordo com relatório anexo aos autos. Exercícios 2004/2008. Valor R\$ 197.568,67.

INFRAÇÃO 2. Procedeu retenção a menor do ICMS e consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta ainda que o contribuinte infringiu, além do Convênio nº 03/92, os seguintes Convênio e Protocolos: Convênio ICMS 76/94, Convênio ICMS 74/94, Convênio ICMS 85/93; Protocolo ICMS 11/91, Protocolo ICMS 10/92, Protocolo ICMS 16/85, Protocolo ICMS 18/85, Protocolo ICMS 43/00, Protocolo ICMS 15/85, Protocolo ICMS 19/85, Protocolo ICMS 15/97, Protocolo ICMS 17/85. A infração aos citados Convênio e Protocolos se reportam ao art. 42, II, "e", Lei 7.014/96. O Valor lançado mês a mês é a soma de todos os valores mensais respectivos dos Convênios e Protocolos, conforme relatório anexo, onde consta a discriminação dos valores reclamados em cada convênio e protocolo. Exercícios 2004/2008. Valor R\$ 45.426,54.

O autuado, por intermédio de advogados com Procuração à fl. 1024, impugna o lançamento de ofício às fls. 966 a 1022, lembrando a necessidade de revisão do lançamento, em vista às provas

documentais. Diz que na infração 01 a acusação fiscal é da falta de retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, mas que os valores cobrados no Auto de Infração não estão em conformidade com os demonstrativos que serviram de base para a lavratura do Auto de Infração.

Diz que em 2005, o valor cobrado no Auto de Infração é R\$ 13.217,02, diferente do valor demonstrado no relatório fiscal que é de R\$ 12.153,25, cuja diferença R\$ 1.063,77 já foi confirmada com o autuante, transcrevendo o demonstrativo.

Com relação ao produto farinha de trigo, diz que houve equívoco da fiscalização em não ter considerado o § 4º do Protocolo ICMS 46/2000, que estabelece a alíquota de 12% nas operações interestaduais para os Estados signatários deste protocolo.

Com relação a baterias, diz que são destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, conforme comprovam as cópias das respectivas notas fiscais de transferências, sendo indevida a cobrança da substituição tributária, conforme DOC. 04 e demonstrativo que elabora.

Diz que a tributação de cerveja foi correta, mas a fiscalização não observou o destaque do ICMS nas notas fiscais, conforme comprovam as cópias das notas fiscais de transferências, no DOC. 05.

O produto BRILHO MÁGICO não está incluído na substituição tributária, conforme comprova o artigo 353, item 16.7.1, RICMS/BA, que descreve a NCM 3405.10.00 respectiva e conforme nota fiscal 7126 de FOBRAS COMERCIAL LTDA (DOC.06): CHUPETA SILICONE, o produto é destinado ao uso e consumo do estabelecimento, conforme comprova a cópia da Nota Fiscal de transferência, Nota Fiscal nº 824727, DOC. 07. Lâmpadas (DOC 19) e removedor (DOC 23) são outros produtos também destinados ao uso e consumo.

Aduz que, equivocadamente, a fiscalização incluiu ESCOVA na substituição tributária, não observando o artigo 353, item 13.9, RICMS/BA. As Notas Fiscais nºs 132016 (PRODUTOS INFANTIS LTDA), 4107 (MILMIX INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA), 103296 (NEOPAN ARTIGOS INFANTIS LTDA) comprovam o NCM 9603.29.00 do referido produto; 297286 (GILETTE DO BRASIL), Notas Fiscais nºs 132269 e 153511 (COLGATE PALMOLIVE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA) comprovam o NCM 8509.80.00; 920 (2F BRASIL DISTRIBUIDORA LTDA ME) comprova NCM 3926.90.90; Finalmente, a Nota Fiscal nº 655272 3M DO BRASIL LTDA comprova o NCM 9603.90.00, assevera que todas as NCM aqui citadas não estão incluídas no item 13.9, art. 353, RICMS/BA.

Diz que, também houve equívoco na inclusão do produto LIMPA PISO na substituição tributária, não observando o artigo 353, item 16.7.1, RICMS/BA. As Notas Fiscais nºs 249416 (JOHNSON & JOHNSON), 89638 (CERA INGLEZA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA), 34355 (RECKITT BENCKISER LTDA) comprovam o NCM 3402.20.00; 548269 (INDÚSTRIA RAYMUNDO DA FONTE S/A) comprova o NCM 3402.90.31, 39218 (INDÚSTRIA BRECKER) comprova o NCM 3802.4029, DOC 09. Assevera que todas as NCM aqui citadas não estão incluídas no item 16.7.1, art. 353, RICMS/BA.

Similar situação na inclusão do produto ÓLEO DE PEROBA na substituição tributária, não observando o artigo 353, item 16.7.3, RICMS/BA. As Notas Fiscais nºs 182091 (MANUFATURA PRODUTOS KING LTDA) comprova o NCM 2710.19999; 57147 (CIF-INDÚSTRIA FARMACÊUTICA), e 14117 (CONSTRUJA LTDA) comprovam o NCM 2710.1991, DOC 10. Assevera que todas as NCM aqui citadas não estão incluídas no item 16.7.3, art. 353, RICMS/BA.

O mesmo ocorre com o produto PASSA FIO DENTAL, incluído na substituição tributária sem observar o artigo 353, item 13.14 do RICMS/BA. A Nota Fiscal nº 60050 de FACILIT ODONTOLOGIA E PERFUMARIA LTDA comprova a NCM 9018.39.9, DOC. 11.

Também com CD BOX NEWNESS DUPLO, equivocadamente, foi incluído na substituição tributária, sem observar o artigo 353, item 20.5, RICMS/BA. A Nota Fiscal nº 11070 de NEWNWSS NOVIDADES RACIONAIS IND. E COM. LTDA comprova a NCM 4202.32.00, DOC. 12. A FITA DAY BRASIL DUPLA FACE 12X15, equivocadamente foi incluída na substituição tributária, não observando o artigo 353,

item 20.1, ao 20.3.3, RICMS/BA. A nota fiscal 695129 de DAY BRASIL S/A comprova a NCM 4811.41.10, DOC. 13.

A mesma reclamação com relação ao produto GRAND PRIX LAVA AUTO, inclusão na substituição tributária, sem observar o artigo 353, item 16.7.1 e 16.7.2, RICMS/BA. A Nota Fiscal nº 97446 do fornecedor JOHNSON – SCJOHNSON DISTRIBUIÇÃO LTDA comprova a NCM 3402.90.39 e 3402.13.00, DOC. 14. Graxa para Rolamento, produto destinado ao uso e consumo do estabelecimento, conforme comprova a Nota Fiscal de transferência nº 945337, no DOC 15. GUARANÁ GUARAFORTE, inclusão indevida do produto na substituição tributária, não observando o artigo 353, item 3.5, do RICMS/BA. A Nota Fiscal nº 48182 do fornecedor IMPERIAL BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA comprova a NCM 2202.10.00, no DOC 16.

Diz que START são produtos destinados ao uso e consumo do estabelecimento, conforme comprova a cópia da Nota Fiscal de transferência nº 511695, DOC 17.

O produto LIMPA PARA-BRISA BRISA CAR 500ML, também incluído indevidamente na substituição tributária, não observando o artigo 353, item 16.7.1 e 16.7.2 do RICMS/BA. A Nota Fiscal nº 18104 do fornecedor HYDRONORTH S/A comprova a NCM 3402.90.39, DOC 18.

Reclama o autuado demais produtos incluídos indevidamente no regime de substituição:

A PILHA, conforme Notas Fiscais nºs 477295, 97838, NCM 8707800, no DOC 20; baterias elétricas classificadas nas posições da NBM/SH 8506 conforme comprova a NCM 8507.8000; PNEU PIRELLI, sem observância do artigo 353, item 17.1, RICMS/BA, exceção aos pneumáticos para bicicleta, conforme Nota Fiscal nº 279014 do fornecedor LM COMERCIAL E DISTRIBUIDORA LTDA (DOC 21); POLIDOR ALUMÍNIO, conforme Notas Fiscais nºs 29953, DOC. 22; BATERIA ROSITA, 62345 do fornecedor BRINQUEDOS ROSITA INDÚSTRIA E COMÉRCIO, DOC 24 (Protocolos ICM 18/85 e ICMS 17/97 e 27/01).

Na infração 2, a acusação é de proceder à retenção e ao recolhimento a menor do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária relativo às operações subsequentes, apresenta o impugnante as seguintes explicações:

Em relação ao produto ABSORVENTE, diz que houve equívoco da fiscalização, o cálculo está correto, conforme comprovam as Notas Fiscais nºs 202312, 202318, 202360, 202410, 202440, 202448 e 204267; a diferença é apenas de arredondamento dos cálculos, conforme DOC 25 e demonstrativo de anexa aos autos.

Valem as mesmas considerações acima para os produtos ANTISSEP, LISTERINE, CERVEJAS, CHUPETA, CREME DENTAL, ESCOVA DENTAL, FIO DENTAL, FITAS, FRALDAS, GEL DENTAL, REFRIGERANTES, PROTETOR, KIT LISTERINE.

Para ÁGUA MINERAL, diz que a fiscalização não observou o ANEXO 88, ITEM 05 e aplicou indevidamente a MVA pertencente à indústria quando deveria aplicar a margem do distribuidor. As mesmas diferenças oriundas de MVA para ENERGÉTICOS, GATORADE, ISOTÔNICOS.

Pugna por diligência por membro da ASTEC para a elaboração dos ajustes que são necessários no cálculo do demonstrativo de débito da Fiscalização. Diz que a apuração que fez é apenas uma fonte de dados para que se promova uma efetiva Diligência Fiscal, quando poderá ser apurado o valor total do pretenso débito fiscal. Insiste pela diligência para que não se caracterize o cerceamento do seu direito de defesa e não haja desprezo pela verdade dos fatos.

Insiste que pensar o contrário equivaleria a reduzir a importância do Processo Administrativo Fiscal como instrumento de controle de legalidade dos atos administrativos; nesse norte, diz que a revisão administrativa do Auto de Infração é medida premente, que realiza, em especial, os primados da legalidade, da eficiência administrativa e da moralidade, sendo benéfica tanto para o Estado da Bahia como para a Impugnante, considerando que, conforme comprovado nas razões anteriormente descritas, a autuação ocorreu em razão de uma série de equívocos cometidos pela Fiscalização.

O Auditor Fiscal presta sua Informação, fls. 1417/1423, explicando que o autuado é contribuinte substituto tributário, que transfere imensa quantidade de mercadorias sujeitas à substituição tributária, do Estado de Sergipe, para seus estabelecimentos varejistas na Bahia, envolvendo quase todos os protocolos e convênios de ST.

Admite a ocorrência de erros de processamento ou tratamento de determinada mercadoria, tamanha a diversidade de produtos e a complexidade da legislação, além de algumas questões polêmicas, a exemplo de ceras líquidas que os fabricantes processam alterações, a fim de permitir a exclusão do regime ou mercadorias cuja descrição pode ser confundida como é o caso de fita dupla face e fita K7; pneu de bicicleta e pneu de motocicleta.

Contrapõe que, por isso mesmo, tão-logo era concluído um exercício, enviava por e-mail os relatórios para apreciação por parte do contribuinte. Diz que parte das considerações do contribuinte estará sendo acatada, corrigidas nesse momento, após comentário de cada item abordado na impugnação, não havendo necessidade de revisão fiscal. Ao final anexa demonstrativo com os novos valores da exigência.

Na infração 1, diz que o primeiro argumento defensivo prende-se ao valor cobrado no exercício 2005, cujo total lançado é de R\$ 13.217,02, diverso da soma dos demonstrativos mês a mês, anexados ao PAF, que alcança o valor de R\$ 12.153,25.

Afirma que houve erros no programa de fiscalização AUDIT, não percebidos na hora do lançamento no SEAI. Dessa forma, os valores da tabela feita pelo contribuinte e constante nas páginas 968/969 e que são idênticos aos que constam nos totalizadores do relatório analítico do exercício de 2005, contido entre as páginas 165 e 355 deste PAF é que será levado em conta.

Discrimina outras alterações:

Farinha de trigo. Diz que procede o argumento defensivo e o cálculo está sendo refeito, no entanto, afirma que quantidade significativa de transferências houve sem retenção, cujo valor permanece sendo exigido.

- BATERIA. Não procede a reclamação de contribuinte, porque as notas que foram notificadas não se tratam de transferências para uso ou consumo, mas para comercialização; as notas apresentadas pelo contribuinte não se encontram nos relatórios.

- CERVEJA. Diz que as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte continham o destaque do ICMS-ST. Afirma, no entanto, que o simples destaque não confirma o pagamento, mas tão-somente a retenção. Explica que os arquivos do contribuinte apresentam somatório de retenção com valor idêntico ao arrecadado. Se notas fiscais aparecem sem retenção, o seu valor no somatório da retenção é zero; havendo acréscimos nos arquivos magnéticos, o seu valor ultrapassará o valor efetivamente retido, mas será cobrado de qualquer forma. Diz que, no entanto, alguns documentos apresentadas pelo contribuinte, a exemplo das notas fiscais 646771 e 651364 estavam com ICMS retido nos arquivos, mas apareceu no AUDIT como não retido. Problema já corrigido e emitido novo relatório.

- BRILHO MÁGICO. Procede a defesa do contribuinte; a cera para sapato, hoje, está na ST, mas não estava no período fiscalizado.

- CHUPETA SILICONE. As notas fiscais indicadas pelo contribuinte (NF 824727) não constavam do demonstrativo fiscal. Conclui que não tem como explicar o uso e consumo de chupeta na loja.

- ESCOVAS. Acata as razões defensivas, explica que as escovas dentais foram confundidas com escovas para cabelos.

- LIMPA PISO. Diz que as ceras líquidas são ceras de polimento e estão na substituição tributária. O mesmo vale para Óleo de Peroba. Mantida a autuação

Passa fio dental. O produto foi confundido com fio dental. Procede a reclamação defensiva.

- CD BOX NEWNESS DUPLO. O produto foi confundido com disco para a leitura a laser.
- FITA DAY BRASIL DUPLA FACE. Acatada a defesa, produto foi confundido com fita K7.
- GRANDE PRIX LAVA AUTO. Acatada a defesa, produto foi confundido com cera de polimento.
- GRAXA PARA ROLAMENTO. Não procede o argumento defensivo. A nota fiscal trazida pelo autuado não está no relatório fiscal.
- GUARANÁ GUARAFORTE. Acatada a defesa, produto foi confundido com energético.
- START. Explica que excluiu os CFOPS de uso e consumo e a nota fiscal apresentada pelo contribuinte não está no relatório fiscal. Os starts que foram lançados no relatório fiscal não se destinavam ao uso e consumo.
- LIMPA PARA BRISA CAR. Acata a defesa e exclui a exigência.
- LÂMPADA. As notas apresentadas pelo contribuinte não constam do relatório fiscal.
- PILHAS RECARREGÁVEIS. Procede a defesa do contribuinte; hoje, o produto está na ST, mas não estava no período fiscalizado.
- PNEU PIRELLI BICICLETA. Procede a defesa do contribuinte; produto confundido com pneu de motocicleta. Valores excluídos do relatório fiscal.
- POLIDOR ALUMÍNIO. Procede a defesa do contribuinte; valores excluídos do relatório fiscal.
- REMOVEDOR. As notas apresentadas pelo contribuinte não constam do relatório fiscal. Mantida a autuação.
- BATERIA ROSITA. Diz que a descrição do produto não era suficiente para saber que se tratava de um brinquedo.

Na infração 2, a maioria do questionamento alega diferenças de arredondamentos, no entanto, diz o autuante que colocou um filtro de diferença superior a R\$ 0,09 (nove centavos) justamente para não serem cobradas diferenças irrelevantes.

Absorventes. Diz que a Nota Fiscal nº 203212, fl. 1365, os produtos apresentam diferença de R\$ 1,08 e R\$ 0,42, conforme demonstrativo de fl. 230; outra Nota Fiscal de nº 202318 apresenta diferença de R\$ 0,49. Mantém a exigência.

- Água mineral. Procede a defesa do contribuinte; fez novo demonstrativo com as MVAS corretas.
- LISTERINE. Diz que na nota fiscal 203212, fl. 1374, os produtos apresentam diferença de R\$ 0,20; apesar do filtro de R\$ 0,09, conforme demonstrativo de fl. 230; outra nota fiscal de nº 202318 apresenta diferença de R\$ 0,49. Mantém a exigência.
 - CERVEJA. Apesar de pequenas as diferenças, ficam mantidas. Mesmo raciocínio para chupeta, creme dental, escova dental, fio dental, fraldas, gel dental, refrigerantes, protetor e kit listerine.
 - ENERGÉTICO. Procede a defesa do contribuinte; MVA alterada para 60%.

- FITAS FONOGRÁFICAS. Procede a defesa do contribuinte, fitas VHS foram confundidas com filmes cinematográficos e utilizados MVA dos protocolos 15/85 e 14/97. MVA alterada para 25%.

- GATORADE. Procede a defesa do contribuinte; MVA alterada para 60%.

- ISOTÔNICOS. Acatado e substituída a MVA.

Apresenta novos demonstrativos, fls. 1424/1603. Infração 1 R\$ 48.830,97 e a infração 2 R\$ 9.947,06.

O autuado volta a manifestar-se às fls. 1607/1641, nos seguintes termos:

Insiste na necessidade de diligência da ASTEC. Diz que para facilitar o entendimento, discorrerá um por um os termos da Informação Fiscal.

- FARINHA DE TRIGO. Não restam mais divergências, requer a homologação do novo levantamento fiscal.
- BATERIA. Diz que o CFOP 6152 foi informado com erro no arquivo magnético; o correto é 6557. Diz que não concorda com o posicionamento fiscal, pois os produtos são destinados ao uso e consumo do estabelecimento, sendo indevida a exigência de substituição tributária.
- CERVEJA. Discorda do posicionamento fiscal de que o simples destaque de ICMS ST não significa a retenção; assevera que algumas notas apresentadas, de fato, tinham ICMS retido. Reitera que os produtos foram tributados regularmente, conforme comprovam as notas fiscais de transferências.
- BRILHO MÁGICO. Não restam mais divergências, requer a homologação do novo levantamento fiscal.
- CHUPETA SILICONE. Explica que tal produto é usado na refresqueira do refeitório e da lanchonete, no acionador de retirada do suco. Diz também que o CFOP 6152 foi informado com erro no arquivo magnético; o correto é 6557; não concorda com a posição fiscal, pois os produtos são destinados ao uso e consumo, sendo indevida a exigência de substituição tributária.
- ESCOVA. Não restam mais divergências, requer a homologação do novo levantamento fiscal.
- LIMPA PISO. Insiste que o enquadramento na ST é indevido, que as NCM 3402.20.00, 3402.90.31 e 3808.4029 não estão previstas no item 16.3, art. 353, RICMS BA.
- ÓLEO DE PEROBA. Insiste que o enquadramento na ST é indevido, que as NCM 2710.19.99 e 2710.19.91 não estão previstas no item 16.3, art. 353, RICMS BA.
- PASSA FIO DENTAL. Não restam mais divergências, requer a homologação do levantamento fiscal.
- CD BOX NEWNESS DUPLO. Não restam mais divergências, requer a homologação do novo levantamento fiscal.
- FITA DAY BRASIL SUPLA FACE. Não resta mais divergências, requer a homologação do levantamento fiscal.
- GRAND PRIX LAVA JATO. Não restam mais divergências, requer a homologação do levantamento fiscal.
- GRAXA PARA ROLAMENTO. Diz que o CFOP 6152 foi informado com erro no arquivo magnético; o correto é 6557; não concorda com a posição fiscal, pois os produtos são destinados ao uso e consumo, sendo indevida a exigência de substituição tributária.
- GUARANÁ GUARAFORTE. Não restam mais divergências, requer a homologação do levantamento fiscal.
- START. Diz que o CFOP 6152 foi informado com erro no arquivo magnético; o correto é 6557; não concorda com a posição fiscal, pois os produtos são destinados ao uso e consumo, sendo indevida a exigência de substituição tributária.
- LIMA PARA BRISA CAR. Não resta mais divergências, requer a homologação do levantamento fiscal.
- LÂMPADA. Diz que o CFOP 6152 foi informado com erro no arquivo magnético; o correto é 6557; não concorda com a posição fiscal, pois os produtos são destinados ao uso e consumo, sendo indevida a exigência de substituição tributária.
- PILHAS RECARREGÁVEIS. Não restam mais divergências, requer a homologação do levantamento fiscal.
- PNEU PIRELLI BICICLETA. Não restam mais divergências, requer a homologação do levantamento fiscal.

- REMOVEDOR. Diz que o CFOP 6152 foi informado com erro no arquivo magnético; o correto é 6557; não concorda com a posição fiscal, pois os produtos são destinados ao uso e consumo, sendo indevida a exigência de substituição tributária.

- BATERIA ROSITA. Não restam mais divergências, requer a homologação do levantamento fiscal.

Na infração 2, sobre retenção e recolhimento de ICMS-ST a menos tem a seguinte posição:

- ABSORVENTES. Discorda da posição fiscal e insiste que os cálculos sejam refeitos.

- ÁGUA MINERAL. Não restam mais divergências, requer a homologação do levantamento fiscal.

- LISTERINE. Discorda da posição fiscal e insiste que os cálculos sejam refeitos.

- CERVEJA. Discorda da posição fiscal e insiste que os cálculos sejam refeitos..

- CHUPETA. Discorda da posição fiscal e insiste que os cálculos sejam refeitos.

- CREME DENTAL. Discorda da posição fiscal e insiste que os cálculos sejam refeitos.

- ENERGÉTICO. Não restam mais divergências, requer a homologação do levantamento fiscal.

- ESCOVA DENTAL. Discorda da posição fiscal e insiste que os cálculos sejam refeitos.

- FIO DENTAL. Discorda da posição fiscal e insiste que os cálculos sejam refeitos.

- FITAS FONOGRÁFICAS. Não restam mais divergências, requer a homologação do levantamento fiscal.

- FRAUDAS. Discorda da posição fiscal e insiste que os cálculos sejam refeitos.

- GATORADE. Não restam mais divergências, requer a homologação do levantamento fiscal.

- GEL DENTAL. Discorda da posição fiscal e insiste que os cálculos sejam refeitos.

- REFRIGERANTES. Discorda da posição fiscal e insiste que os cálculos sejam refeitos.

- ISOTÔNICO. Não restam mais divergências, requer a homologação do levantamento fiscal.

- PROTETOR. Discorda da posição fiscal e insiste que os cálculos sejam refeitos.

- KIT LISTERINE. Discorda da posição fiscal e insiste que os cálculos sejam refeitos.

Insiste seja o auto de infração revisado por membro da ASTEC, na busca da verdade material e para que haja ampla defesa, em face da série de equívocos cometidos pela fiscalização, conforme art. 137, inciso I, “a”, do Decreto 7.629/99.

O contribuinte efetua pagamento de parte do débito com benefício da Lei nº 11.908/2010, renunciando a quaisquer alegações de fato ou de direito sobre as quais se fundamenta essa parte da referida impugnação, cujo detalhamento se pode observar no formulário de requerimento de desistência que anexa aos autos.

Constam, às fls. 1666 a 1671, demonstrativos do sistema SIGAT/SEFAZ com pagamento parcial do débito de ICMS, no valor de R\$ 76.886,22, atinente às infrações 1 e 2 do presente Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente, no que tange às questões formais suscitadas pelo sujeito passivo, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF BA.

Discorre o sujeito passivo reiteradas vezes sobre a necessidade de diligência fiscal pela ASTEC – Assessoria Técnica do CONSEF, a fim da efetivação da verdade material dos fatos, sob pena do cerceamento no direito de defesa ou redução da importância do Processo Fiscal como

instrumento do controle da legalidade. Entendemos de igual forma que no processo administrativo fiscal predomina o princípio da verdade material, significando que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos, tais como esses fatos se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos (oficialidade). Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para os autos todos os elementos, todos os dados à respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. A busca da verdade material não pode ser um fim em si mesmo, seu fundamento é o interesse público. Por isso, deve ser buscada de forma harmoniosa, persistente e livre, objetivando descobrir se realmente ocorreu ou não o fato gerador, porquanto o que está em debate é a legalidade da tributação.

Não existe no presente processo nada que se aproxime de cerceamento do direito a ampla defesa, ficando evidenciado, a partir da impugnação ao lançamento de ofício, além das várias oportunidades em que interveio nos autos, que o contribuinte entendeu as imputações que lhes estavam sendo atribuídas, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas. Exerceu tempestivamente seu direito de defesa, relatando de forma detalhada e exata, a materialidade das exigências, a forma de cálculo utilizada pelo Fisco, o que comprova a sua compreensão acerca da imputação, e do respectivo débito lançado.

De outro lado, nos termos do art. 150, I, RPAF BA, diligência fiscal consiste na pesquisa, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado e pode ser realizada pelo próprio autuante (art. 148, I, RPAF BA).

Dessa forma, não obstante o pedido do autuado para que a diligência fosse efetuada pela ASTEC, por ordem da autoridade competente e com vantagem na celeridade processual, o parecer acostado aos autos elaborado pelo próprio autuante relata os fatos relacionados à matéria para o que foi designado; exatamente como faria outro observador, pois os fatos investigados seriam os mesmos. Não resta, assim, caracterizado o cerceamento do direito de defesa ou reduzida a importância do processo fiscal, em contrário, a diligência efetuada vem ao encontro da busca da imprescindível verdade material.

No mérito, o Auto de Infração reclama ICMS no valor total de R\$ 242.995,21, com acréscimo das respectivas multas, em razão das infrações descritas e relatadas anteriormente, concernente à falta de retenção e recolhimento de ICMS-ST, na primeira infração; retenção e recolhimento a menos de ICMS-ST, na segunda infração, relativo às operações subsequentes, nas transferências do Estado de Sergipe de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, para seus estabelecimentos varejistas situados nesse Estado, conforme diversos Convênios e Protocolos, nos exercícios 2004/2008.

Os demonstrativos das exigências foram elaborados mês a mês, ano a ano, considerando cada produto, notas fiscais de transferência convênio ou protocolo a que se referem, margem de valor agregado (MVA), valor do ICMS-ST não recolhido ou recolhido a menos, conforme a infração.

A impugnação do sujeito passivo também foi elaborada em relação a cada produto, de acordo com as determinações contidas nos respectivos convênios ou protocolos, bem como a Informação Fiscal feita pelo Auditor Fiscal e demais manifestações do autuado, de sorte que o exame da lide será também assim procedido.

A exigência inicial, demonstrativos de fls. 11/958, foi alterada, após as razões defensivas e a apresentação dos novos demonstrativos pelo Auditor Fiscal autuante, durante a Informação Fiscal, fls. 1424/1428, passando a infração 1 para R\$ 48.830,97 e a infração 2 para R\$ 9.947,06 e a sua totalidade para R\$ 58.778,03, conforme os novos demonstrativos de fls. 1430/1603.

Considerando que, após as diversas intervenções tanto do impugnante e do próprio Auditor Fiscal, vários produtos, citados na inicial, foram excluídos pelo autuante, tendo em vista a ocorrência de erros no processamento das informações, equívocos no tratamento fiscal de determinadas mercadorias, em face da diversidade dos produtos manejados, a própria

complexidade da legislação, na forma como admitida pelo próprio Auditor autuante.

O sujeito passivo acatou a exclusão do ICMS-ST sobre alguns produtos, requer a homologação do levantamento fiscal, não mais existindo lide, na infração 01, sobre os seguintes produtos: farinha de trigo, brilho mágico, escova, passa fio dental, CD BOX NEWNESS DUPLO, fita Day Brasil dupla face, grand Prix lava jato, guaraná Guaraforte, Limpa para brisa CAR, pilhas recarregáveis, pneu pirelli para bicicleta, polidor alumínio, bateria rosita.

Na infração 2, foram também excluídos os produtos água mineral, gatorade e isotônico, não mais existindo sobre eles as divergências tributárias apontadas na inicial.

Dessa forma, examinaremos os pontos e produtos de conflitos entre o fisco e o contribuinte, observando que o impugnante centraliza suas razões, na infração 1, no argumento de que informou o CFOP 6152 (transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros) nos arquivos magnéticos, quando as operações corretas correspondem ao CFOP 6557 (transferência de material de uso ou consumo); completa que os produtos são destinados ao uso e consumo do estabelecimento, sendo indevida a exigência de substituição tributária. Noutra reclamação, a divergência tem foco na diferença da classificação NCM, que tornaria indevido o enquadramento no regime da substituição tributária.

Assim, o impugnante relaciona em sua última manifestação, as divergências ainda existentes entre seu demonstrativo e o fiscal para os produtos bateria, cerveja, chupeta silicone, escova, limpa piso, óleo de peroba, graxa para rolamento, start, lâmpada, removedor e bateria rosita.

Ocorre que tais produtos não são, nesse momento, objeto de levantamento fiscal para a infração 1, porque o demonstrativo inicial foi alterado, para fazer as exclusões consideradas pertinentes, conforme fazem prova os novos demonstrativos de fls. 1430/1453. Eis que apenas para os produtos farinha de trigo, água mineral, polvilho antesséptico, pneu Goodyear, restou caracterizada a falta de retenção e recolhimento de ICMS-ST, relativo às operações subsequentes, nas transferências do Estado de Sergipe para estabelecimentos varejistas do autuado nesse Estado.

O único produto, entre aqueles contestados pelo autuado, que aparece no novo demonstrativo fiscal, uma bateria original F, fl. 1437 v, se refere a uma transferência através nota fiscal nº 420.504, de 11.08.06, o CFOP indicado é 6409 (transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária); nas cópias de notas fiscais de transferência de baterias para manutenção (uso e consumo) trazidas pelo contribuinte às fls. 1049/1064, não consta a referida nota fiscal.

Posto isso, resta caracterizada parcialmente a infração 1, da falta de retenção e recolhimento de ICMS-ST, em relação aos produtos remanescentes, às fls. 1430/1453.

Ocorre que o sujeito passivo reconheceu parte desta infração 1, efetuou recolhimento conforme constam demonstrativos do sistema SIGAT/SEFAZ, às fls. 1666 a 1671, com pagamento parcial do débito de ICMS, no valor de R\$ 28.055,54, atinente à infração 1 do presente Auto de Infração, demonstrativos que acompanho.

A infração 2 exige ICMS-ST retido e recolhido a menos. Novamente para alguns produtos, o autuado pontua não restarem divergências, requerendo a homologação do levantamento fiscal. Noutros, afirma discordar da posição do Auditor e insiste que os cálculos sejam refeitos para os seguintes produtos: absorventes, listerine, cerveja, chupeta, creme dental, escova dental, fio dental, gel dental, fraudas, refrigerantes, protetor, kit listerine.

O sujeito passivo não questiona a incidência da norma, no caso, mesmo porque efetuou o seu recolhimento, ainda que em valor menor que o devido. Na tentativa de contestar o valor exigido, argumento que calculou corretamente o valor do imposto e que a diferença encontrada se refere aos arredondamentos no ICMS-ST, efetuados procedido pelo Auditor Fiscal.

Examinando o demonstrativo final elaborado pelo autuante, fls. 1455/1603, constato que os valores exigidos incidem efetivamente sobre alguns dos produtos contestados pelo sujeito

passivo e que exprimem pequenas diferenças, segundo o impugnante, arredondamento no cálculo. Assim, entre tais operações, destaco algumas citadas pelo próprio impugnante, em suas razões: chupeta, Nota Fiscal nº 205.654 (fl. 1595), R\$ 0,32; absolventes, Nota Fiscal nº 202.318 (fl. 1594), R\$ 0,49; antiséptico listerine, Nota Fiscal nº 202.312 (fl. 1594), R\$ 0,20; cerveja, Nota Fiscal nº 857.589 (fl. 1477), R\$ 0,36; creme dental, Nota Fiscal nº 204049 (fl. 1595), R\$ 1,54; escova dental, Nota Fiscal nº 204049 (fl. 1595), R\$ 0,19; refrigerantes, Nota Fiscal nº 885.931 (fl. 1480), R\$ 0,09.

No entanto, não logra êxito a reclamação defensiva. Observo que, isoladamente, as diferenças ou arredondamentos, apurados em cada uma das operações de transferência de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, podem parecer sem significância, contudo, quando tomadas em conjunto, até em função do expressivo número de operações do sujeito passivo, tais diferenças informam crédito tributário de certa monta.

Correto é, assim, o procedimento fiscal ao observar princípio relevante do Direito Tributário, a indisponibilidade do crédito tributário, que deriva da supremacia do interesse público, princípio basilar do Direito Público, que deve ser preservado pelos agentes públicos, responsáveis pela arrecadação de tributos. O agente fiscal não atua em ambiente discricionário, mas em favor do próprio Estado Democrático de Direito, não lhe sendo permitido deixar de exigir os créditos tributários que são devidos pelo sujeito passivo.

Considero, pois, caracterizada parcialmente a infração 2 e, procedente a exigência fiscal de retenção e recolhimento de ICMS-ST, conforme discriminação dos produtos remanescentes, às fls. 1456/1603.

Ocorre que o sujeito passivo reconheceu parte desta infração 2, efetuou recolhimento conforme constam demonstrativos do sistema SIGAT/SEFAZ, às fls. 1666 a 1671, com pagamento parcial do débito de ICMS, no valor de R\$ 48.830,97, atinente à infração 2 do presente Auto de Infração, demonstrativos que acompanho.

Posto isso, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$ 76.882,22, 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 279738.0167/09-1, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$76.882,22** acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea "e" do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 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 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de maio de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR