

**PROCESSO** - A. I. Nº 279738.0167/09-1  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0144-05/11  
**ORIGEM** - INFACZ COMÉRCIO  
**INTERNET** - 10/05/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0095-12/12

**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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou pela procedência parcial da exigência fiscal.

O lançamento de ofício foi lavrado em 31/03/2009 para exigir R\$242.995,21, acrescido da multa de 60%, em decorrência de duas infrações, ambas motivadoras do Recurso em apreciação, como segue:

*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.*

Da análise das peças que compõem os autos deste PAF, a 5ª JJF decidiu, à unanimidade, por julgar o Auto de Infração parcialmente procedente, com base nos argumentos abaixo transcritos, in

*verbis:*

**“VOTO**

(...)

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; absorventes, Nota Fiscal nº 202.318 (fl. 1594), R\$ 0,49; antisепtico 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”.

Em razão da sucumbência imposta à Fazenda Pública, a 5ª JJF recorre de ofício da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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 de outubro de 2000.

## VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 5ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar do Acórdão de nº 0144-05/11 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA.

Quanto às exigências fiscais, verifico que decorrem da falta de retenção e retenção a menos do ICMS e consequente falta de recolhimento e recolhimento a menos do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Da apreciação dos fólios deste PAF, verifico que a sucumbência da fazenda pública advém da insurgência do contribuinte que, em suas várias manifestações, fez juntar elementos que demonstraram que o levantamento fiscal original continha equívocos.

Efetivamente, diante da farta documentação acostada aos autos, o que se observa é que não

poderia o fisco exigir ICMS sobre produtos que, claramente, não poderiam compor a base de cálculo da exigência originalmente formulada, ou seja, resta correta a Decisão recorrida que acompanhando os cálculos realizados pelo próprio autuante, excluiu uma série de produtos cujo ICMS ST não pode incidir.

Devo registrar que para aqueles produtos em que remanesceu divergência de entendimento sobre a incidência de ICMS/ST e do que denominou o autuado de “*arredondamentos*” a justificar o imposto recolhido a menos, vejo que os julgadores de piso acuraram a matéria de maneira a fundamentar o *decisum* recorrido.

Por tudo o quanto exposto e com base nos robustos elementos de prova trazidos pelo Contribuinte que fundamentaram o refazimento do novo demonstrativo fiscal por parte dos próprios autuantes, me alinho ao entendimento externado pela douta 5ª JJF, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida tal como prolatada.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 279738.0167/09-1, lavrado contra G BARBOSA COMERCIAL LTDA., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$76.8862,22, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS