

**A. I. Nº** - 206922.0008/12-2  
**AUTUADO** - FG GONZALEZ COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - MARCOS LOPEZ COSTA SANTOS  
**ORIGEM** - DAT METRO /INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 02.04.2014

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0050-04/14

**EMENTA:** ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEIÇÃO PASSIVA POR ANTECIPAÇÃO. Fatos modificativos da acusação fiscal comprovados. Subsistência parcial da infração. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS DO DEVIDO. Lançamentos incontroversos. Infrações subsistentes. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2012, reclama ICMS no valor de R\$210.686,94, apurado mediante as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89. Valor Histórico: R\$206.783,56. Multa 60%. Períodos: abr, jun a dez/2010; jan a jul/2011; set a dez/2011 e de jan a jun/2012.

INFRAÇÃO 2 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Valor Histórico: R\$3.431,75. Multa 60%. Período de ago a dez/2011.

INFRAÇÃO 3 - Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Valor Histórico: R\$471,63. Multa 60%. Mês de jul/2011.

O autuado apresenta impugnação, fls. 173/181. Reconhece como certos os valores apurados descritos nas infrações 2 e 3.

No entanto, discorda, em relação à infração 1, ao apresentar argumentos sobre a metodologia de cálculo do tributo, cuja aplicação ocorreu de maneira equivocada restando, então, a necessidade de esclarecer, por meio da impugnação, a forma correta de aplicar a legislação pertinente a materiais de construção no curso dos períodos fiscalizados.

Ressalta a complexidade na identificação da legislação aplicada ao tipo de mercadoria constante do auto de infração, em razão de suas diversas alterações. Dificuldades percebidas, até mesmo entre os auditores fiscais que laboram no plantão fiscal da Secretária da Fazenda.

Descreve a imputação, ora combatida, e destaca as modificações surgidas para o cálculo do ICMS substituição tributária por antecipação, conforme o que se seguem:

No que diz respeito ao exercício de 2010, conforme as planilhas de cálculo juntadas ao auto de infração, o ICMS da substituição tributária foi calculado utilizando como regra o disposto do Protocolo ICMS 104, de 10 de agosto de 2009. Constata-se tal fato a partir da observação da planilha, referente o ano de 2010, na coluna “D”, na qual as MVA aplicadas encontram-se ajustadas, além dos produtos listados na coluna “Descrição Produto” e “NCM” estarem relacionados com o Anexo Único do referido protocolo, em destaque:

(i) 32141010 , 69109000 ,39172900, 73241000, 39221000, 74122000, 39222000, 74182000, 39229000, 83024100, 39252000, 84818011, 39259000, 84819010, 40091100, 90191000, 44111139 (Não Relacionados no art. 353 do Dec. 6284/97 e seus anexo 88 e 89)

(ii) 69079000, 69081000, 69089000 (Relacionados no art. 353 do Dec. 6284/97 e seus anexo 88 e 89)

Explica que o cálculo do ICMS não poderia ocorrer pela aplicação do Protocolo ICMS 104/2009 (BA/SP), tendo em vista a sua cláusula 1ª, § 2º, a impedir sua aplicação no exercício de 2010:

*Cláusula 1ª, § 2º:*

*No tocante às operações interestaduais destinadas a contribuintes situados no Estado da Bahia será definido, por decreto do Governador do referido Estado, o momento em que a sistemática prevista neste protocolo passará a produzir os seus efeitos, ocasião em que poderão ser feitos os ajustes necessários neste instrumento.*

Salienta que o ato exarado pelo Chefe do Poder Executivo do Estado da Bahia, para aplicação do Protocolo ICMS 104/2009, ocorreu através do Decreto de nº 12.470, de 22 de novembro de 2010, com efeitos a partir de 01.01.2011. Assim, tal aplicação não alcançaria fatos geradores pretéritos, conforme estabelecido em seu art. 1º, inc. III, sob pena de ferir o princípio da anterioridade tributária, em total desprestígio à segurança jurídica. A questão da vigência da aplicação do Protocolo ICMS 104/2009 também pode ser evidenciada no: "- Anexo 86 do Regulamento ICMS/1997, no item 28. (Anexo); - Anexo 88 do Regulamento ICMS/1997, item 43. (Dec. 12.470/10, Dec 12.534/10 e Dec 12.537/10) (Anexo)", inclusive pela sua Cláusula Sexta.

*Cláusula sexta:*

*Fica condicionada a aplicação deste Protocolo à mercadoria para a qual exista previsão da substituição tributária na legislação interna do Estado signatário de destino.*

Chama atenção sobre outro motivo para não aplicar o Protocolo ICMS 104/2009 (BA/SP), no exercício de 2010. Apesar de as mercadorias listadas, no cálculo da substituição tributária, pertencerem, exclusivamente, ao NCM 69079000, 69081000, 69089000, conforme art. 353 do Regulamento ICMS/1997 e Anexos 88 e 89, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, a aplicação da Cláusula Terceira desse protocolo passou a vigorar a partir de 01.01.2011.

Com relação às mercadorias de NCM: 32141010 , 69109000 , 39172900, 73241000, 39221000, 74122000, 39222000, 74182000, 39229000, 83024100, 39252000, 84818011, 39259000, 84819010, 40091100, 90191000, 44111139, menciona as suas inclusões, a partir de 01.01.2011, por autorização do Decreto nº 12.537/10.

Pondera que ao ver a inaplicabilidade do Protocolo ICMS 104/2009, em relação às mercadorias listadas nas planilhas, em anexo ao auto de infração, do exercício de 2010, destaca a apuração do tributo nesse exercício:

Quanto às mercadorias de NCM: 32141010, 69109000, 39172900, 73241000, 39221000, 74122000, 39222000, 74182000, 39229000, 83024100, 39252000, 84818011, 39259000, 84819010, 40091100, 90191000, 44111139, em razão delas não estarem relacionadas no artigo 353 do RICMS/97, para o ano de 2010 e, conseqüentemente, não constarem dos Anexos 88 e 89, conclui-se que o imposto devido em razão desses produtos não é o de ICMS substituição tributária por antecipação, e sim o ICMS antecipação parcial, conforme demonstrado na escrituração fiscal.

Assim, apresenta a PLANILHA 1, ano de 2010, fls. 183/189, na qual exclui o valor de R\$ 29.274,67 cobrado sob a nomenclatura de ICMS substituição tributária por antecipação.

Ainda, em relação aos produtos de NCM 69079000, 69081000, 69089000, efetua novo cálculo do ICMS substituição tributária, considerando a MVA constante do Decreto nº 7.244, de 03 de março de 1998 (35%), vigente até 31.12.2010 - PLANILHA 2 (ANO DE 2010), fls. 190/192. Exclui o valor de R\$ 13.859,94.

À fl. 182, apresenta a composição mensal após os ajustes decorrentes da correta aplicação da norma vigente, referente ao ICMS substituição tributária por antecipação, devido pelo contribuinte, no ano de 2010.

Quanto ao exercício de 2011, afirma o sujeito passivo que os itens constantes do Protocolo ICMS 104/2009, bem como a forma de aplicação das MVA, não estavam vigentes entre os Estados da

Bahia e São Paulo, em conformidade com os Decretos n<sup>os</sup> 12.470/10, 12.534/10 e 12.537/10, art. 353 do RICMS/97 e seus Anexos 86 e 88. Menciona algumas exclusões em razão dos seguintes motivos:

PLANILHA 1 ANO DE 2011 - REMETENTES CONTRIBUINTES SUBSTITUTOS C/ INSC ESTADUAL ATIVA NA BAHIA, fl. 195 - sustenta que foi cobrado pela auditoria o ICMS substituição tributária por antecipação de mercadorias remetidas por empresas situadas no Estado de São Paulo. Todavia, por força do Protocolo ICMS 104/2009, essas empresas estão na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, com a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS.

Pontua que a co-responsabilidade do recolhimento do tributo não cabe ao destinatário no Estado da Bahia em relação a remetentes situados no Estado de SP, por possuírem Inscrição Estadual Ativa na condição de SUBSTITUTOS-CS no cadastro da SEFAZ/BA, conforme prevê a Lei n<sup>o</sup> 7.014, de 04 de dezembro de 1996, no art. 8<sup>o</sup>, inc. 5<sup>o</sup>. Reproduz a norma.

Alega a apresentação de documentos relativos aos remetentes, com suas inscrições ativas no Estado da Bahia, fls. 196/217. Exclui, do valor devido, a quantia de R\$ 2.457,40.

PLANILHA 2 ANO DE 2011 - ICMS SUBSTITUIÇÃO COBRADO NA NF CONF PROT 104/2009 - alega a cobrança equivocada, pela auditoria, de valores referentes ao ICMS substituição tributária, calculados e retidos em NF, conforme o Protocolo ICMS 104/2009. Por esta razão, exclui, do valor lançado, a quantia de R\$ 1.460,82. Às fls. 218/234, constam a mencionada planilha e as notas fiscais com as respectivas retenções.

PLANILHA 3 ANO DE 2011 - MVA DIVERGENTE - registra a aplicação de MVA divergentes daquelas determinadas pelo Protocolo ICMS 104/2009. Lista os cálculos com a MVA corrigida. Por conseguinte, exclui a quantia de R\$ 239,13 do lançamento. Às fls. 235/248, seguem a planilha 3 e documentos comprobatórios.

PLANILHA 4 ANO DE 2011 - VALOR DO PRODUTO DIVERGENTE - relaciona produtos que tiveram seus valores unitários divergentes, quando do lançamento tributário, daqueles constantes em nota fiscal. Em razão das correções promovidas, exclui a quantia de R\$ 1.158,07. Às fls. 249/286, constam a planilha 4, ano 2011, e notas fiscais com valores de cada produto.

PLANILHA 5 ANO DE 2011 - VALOR DO CRÉDITO PRESUMIDO - declara a falta de inserção, pela auditoria, de valores referentes ao crédito presumido na aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, oriundas de outros Estados-Membros da Federação, cujo remetente é pessoa jurídica inscrita no Simples Nacional. Cita o RICMS/97, art. 96, inciso XXIX. Exclui a quantia de R\$ 2.878,30. Apresenta a planilha 5, ano 2011, notas fiscais e legislação pertinente, inclusive o Convênio ICMS n<sup>o</sup> 35/11, às fls. 289/306.

Elabora a composição mensal, após os ajustes decorrentes da correta aplicação da norma vigente, referente o ICMS substituição tributária por antecipação, devido pelo contribuinte no ano de 2011, fl. 194.

A respeito do exercício de 2012, o impugnante aduz as mesmas razões relativas à vigência do Protocolo ICMS 104/2009, bem como a forma de aplicação das MVA. Apresenta, também, exclusões, conforme a seguir exposto:

PLANILHA 1 ANO DE 2012 - VALOR DO PRODUTO DIVERGENTE - demonstra os produtos que tiveram seus valores unitários divergentes daqueles constantes em nota fiscal. Exclui, do valor lançado, a quantia de R\$ 1.862,82. Às fls. 308/376, constam a mencionada planilha e notas fiscais com valores de cada produto.

PLANILHA 2 ANO DE 2012 - NOTAS DE DEVOLUÇÃO - relaciona notas fiscais que alega não ter conhecimento, apesar de serem emitidas. Por ter ocorrido o prazo de 24 horas para devolução, foram emitidos os respectivos documentos fiscais. O acesso a tais documentos ocorreu através de consulta ao site da SEFAZ/BA. Após correções, exclui a quantia de R\$ 13.204,73 da respectiva acusação fiscal. Às fls. 377/382, apresenta a mencionada planilha e notas fiscais.

PLANILHA 3 ANO DE 2012 - VALOR DO CRÉDITO PRESUMIDO - novamente argui a falta de aplicação de normas referentes ao crédito presumido na aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, oriundas de outros Estados-Membros da Federação, cujo remetente é pessoa jurídica inscrita no Simples Nacional. Cita o Decreto nº 13.780/12 - art. 269, inciso VIII. Exclui, do valor lançado, a quantia de R\$ 1.014,94. Junta planilha 3, ano 2012, notas fiscais e legislação pertinente, às fls. 383/446.

DAE NO VALOR DE R\$ 4.958,70 - disse que esse documento, muito embora tenha sido pago com o código 1103, o código está equivocado. Em realidade seu código é o 1145, pelo que foi considerado também este valor como pagamento de ICMS.

Apresenta a composição mensal após os ajustes decorrentes da correta aplicação da norma vigente referente ao ICMS substituição tributária por antecipação, devido pelo contribuinte no ano de 2012, fl. 307.

Pede e requer que o presente auto de infração seja baixado em diligência para que fiscal estranho ao feito proceda à necessária análise da escrita contábil do autuado, com intuito de fixar os valores corretos a serem pagos a título de ICMS substituição tributária por antecipação, diante da necessária aplicação do diploma legal vigente à época do fato gerador.

Na informação fiscal, fls. 448/451, o autuante evidencia os argumentos do impugnante sobre o início de vigência da legislação, bem como a forma de apurar o tributo no exercício de 2010, Elabora novo demonstrativo, abaixo transcrito, considerando as exclusões promovidas pelo sujeito passivo e menciona o cômputo dos valores pagos, quando do lançamento tributário, consignados nos documentos juntados às fls. 29/45.

Novo demonstrativo para o exercício de 2010				
meses	valores no auto de infração	Planilhas contribuinte		a pagar
		plan 1	plan 2	
Abr	3.659,79	0,00	-531,74	3.128,05
Jun	2.710,27	-499,93	-1.097,26	1.113,08
Jul	5.656,47	-6.193,65	-878,11	0,00
Ago	7.206,23	-3.940,91	-2.806,64	458,68
Set	6.324,52	-1.602,53	-1.877,47	2.844,52
Out	10.116,07	-6.908,24	-1.835,26	1.372,57
Nov	8.123,64	-5.775,04	-2.425,60	0,00
Dez	8.682,91	-3.934,51	-2.147,05	2.601,35
Não consideramos os valores referentes a pagamentos tendo em vista que foram considerados anteriormente e os agora citados, não foram demonstrados nem comprovados através dos respectivos DAEs				

Explica que, para o exercício de 2011, após diversos esclarecimentos, o impugnante apresenta a Planilha 6 como a de cálculo final. Contudo, à semelhança do procedimento adotado no exercício de 2010, insere a coluna de impostos pagos e créditos de ICMS não computados. Assim, houve divergências entre os valores cobrados no auto de infração, ICMS pagos já considerados, e os relacionados na citada planilha. Elabora novas planilhas, considerando as reduções apresentadas pelo contribuinte e apresenta novos valores, conforme dados abaixo:

EXERCÍCIO DE 2011- DADOS DO CONTRIBUINTE

MESES	PLAN 1	PLAN 2	PLAN 3	PLAN 4	PLAN 5	TOTAIS
JAN		39,08	22,12	24,62		85,82
FEV		32,86	54,84			87,70
MAR			11,24			11,24
ABR	663,9					663,90
MAI		29,74				29,74
JUN	33,57		50,02	44,13		127,72
JUL	187,75	10,34	65,04	207,07		470,20
AGO		92,66	13,04	183,79		289,49
SET	42,62	286,92	20,33	363,74	2146,94	2.860,55
OUT	1490,48	906,79		162,76	392,04	2.952,07
NOV		32,86			339,32	372,18
DEZ		46,52		196,59		243,11
TOTAL	2418,32	1477,77	236,63	1182,7	2878,3	8193,72

PLANILHA FINAL 2011

Meses	valores no auto de infração	Planilhas contribuinte		a pagar
		DÉBITOS	total reduções	
Jan	8.352,54	8.352,54	85,82	8.266,72
Fev	12.153,66	12.153,66	87,70	12.065,96
Mar	8.159,98	8.159,98	11,24	8.148,74
Abr	3.196,43	3.196,43	663,90	2.532,53
Mai	6.480,94	6.480,94	29,74	6.451,20
Jun	2.339,58	5.974,91	127,72	2.211,86
Jul	11.974,52	11.074,40	470,20	11.504,32
Ago *	0,00	6.124,44	289,49	5.834,95
Set	17.997,49	22.340,72	2.860,55	15.136,94
Out	11.866,95	11.866,95	2.952,07	8.914,88
Nov	11.211,08	11.211,08	372,18	10.838,90
Dez	6.134,67	6.134,67	243,11	5.891,56
TOTAIS	99.867,84	113.070,72	8.193,72	97.798,56

\* O valor devido em agosto foi fornecido pelo contribuinte

Nessa toada, apresenta novo demonstrativo também para o exercício de 2012, a seguir exposto:

EXERCICIO DE 2012 –DADOS CONTRIBUINTE

MESES	PLAN 1	PLAN 3	TOTAIS
JAN	70,19		70,19
FEV	52,93		52,93
MAR	344,29	548,42	892,71
ABR	184,11		184,11
MAI	822,4	466,52	1.288,92
JUN	388,89		388,89
TOTAL	1.862,81	1.014,94	2.877,75

PLANILHA FINAL 2012

Meses	valores no auto de infração	Planilhas contribuinte		
		DÉBITOS	total reduções	a pagar
Jan	1.739,80	1.739,80	70,19	1.669,61
Fev	3.067,56	3.067,56	52,93	3.014,63
Mar	27.963,77	27.963,77	892,71	27.071,06
Abr	4.819,63	4.819,63	184,11	4.635,52
Mai	16.303,81	16.303,81	1.288,92	15.014,89
jun *	541,25	8.010,06	388,89	7.621,17
TOTAIS	54.435,82	61.904,63	2.877,75	59.026,88

\* O valor devido em junho foi fornecido pelo contribuinte

Salienta que os dados da planilha 2 não foram computados, pois as NF constam como autorizadas no site nacional, e o contribuinte não apresentou nenhum tipo de comprovação.

Quanto ao crédito de ICMS decorrente de pagamento de DAE com código diverso, cod. 1103 ao invés de cod. 1145, recomenda a restituição ou alteração de código no banco de dados da SEFAZ, para solução da questão. Logo, não acata o respectivo argumento defensivo.

Pelas informações apresentadas e demonstrações existentes no próprio processo, por fim, o autuante recomenda as devidas alterações de valores para a cobrança do Auto de Infração.

Na nova manifestação do contribuinte, fls. 457/461, repete o reconhecimento dos lançamentos consignados nas infrações 2 e 3. Apresenta extrato do Processo de Parcelamento nº 127113-0, às fls. 465/470.

Discorda, em relação à infração 1, das informações prestadas pelo autuante. Apresenta três novos demonstrativos resumidos, nos quais há o cotejamento entre planilhas oferecidas na impugnação

e aquelas elaboradas pelo preposto fiscal em sua informação, para identificar os valores relevantes deste processo, fls. 462/464.

No exercício de 2010, ressalta que no levantamento feito pelo auditor, fl. 449, surge o novo valor devido de R\$ 11.518,25. Na impugnação, a planilha 4 apresenta valor efetivamente devido de R\$ 9.345,29. Assim, entre o novo valor apontado pela auditoria e o constante na defesa administrativa existe diferença de R\$ 2.172,96.

Explica que, ao elaborar a planilha contendo novo valor devido pelo contribuinte, a auditoria não levou em consideração os valores constantes da linha/coluna C5, D5, F8, F9 e F2, vide fl. 462. Tais valores sendo levados em consideração, conforme demonstrado na planilha 4, bem como no quadro resumo, ora apresentado, conclui-se que o valor efetivamente devido pelo contribuinte é de R\$ 9.345,29, cujo valor é parte integrante do processo de parcelamento supramencionado.

Pontua sobre a juntada de todos os DAE pagos, referentes à substituição tributária relativo ao exercício de 2010, extraídos do site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, fls. 471/477.

No exercício de 2011, o impugnante lembra a falha do levantamento do autuante na soma da coluna, na qual está consignado o valor do ICMS substituição devido. Nela, a somatória calculada é de R\$ 17.156,86, ao invés de R\$11.181,95.

Junta quadro resumo, fl. 463, para comparar a planilha da impugnação administrativa, com aquela elaborada pela auditoria na fl. 450. Alega falha constante nos meses de jun/2011, jul/2011, ago/2011 e set/2011.

Solicita análise e consideração da planilha 6, ano de 2011, fl. 194, com o fim de apurar o valor final de R\$ 85.591,66, constante, inclusive, do processo de parcelamento citado. Junta todos os DAE pagos referentes à substituição tributária relativo ao ano de 2011, fls. 476/481, extraídos do site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Quanto ao exercício de 2012, destaca a análise do demonstrativo constante da fl. 451 e conclui que as principais inobservâncias da auditoria estão relacionadas com a planilha 2, fls. 377/382. Essa planilha totaliza o valor de R\$ 13.204,73, cujo valor não foi acatado pela Auditoria, segundo a assertiva de que: *“a planilha 2 não foi computada pois as NF constam como autorizadas no site nacional, e o contribuinte não apresentou nenhum tipo de comprovação”*.

Enaltece que nenhum tipo de comprovação foi apresentado, pelo fato do desconhecimento das NF. A respectiva ciência ocorreu, quando da apresentação da planilha anexa ao auto de infração. Surpreende-se com a inserção das NF de nº 73373 e 73374, ambas de 08/03/2012, no procedimento fiscal, tendo em vista as respectivas NF de devolução nº 1933 e 1934, ambas de 12/03/2013, além da cobrança do ICMS Substituição tributária da operação contida na NF 5899, de 04/06/2012, com CFOP de devolução (2201). Junta os mencionados documentos aos autos.

Reitera que as outras duas falhas na planilha elaborada pela auditoria, fl. 451, consiste na desconconsideração do valor de R\$ 7.468,81, referente ao ICMS Substituição tributária pago, conforme comprovantes constantes do banco de dados da SEFAZ/BA.

Frisa por último o valor não considerado pela auditoria referente ao recolhimento, sob o código de receita 1103, ao invés do código 1145, no valor de R\$ 4.958,70. Decorrente de erro material, apontado na impugnação, pede a inclusão desse pagamento na apuração final do ICMS devido. Declara que o valor final apurado na defesa, para o ano, de 2012 foi de R\$ 33.394,64, parte integrante do processo de parcelamento por vezes mencionado. Junta os DAE pagos referente à substituição tributária relativo ao ano de 2012, extraídos do site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, fls. 482/488.

Requer pela apreciação de tudo apresentado na sua manifestação.

Em nova informação fiscal, fls. 496/499, o autuante relata a análise dos argumentos defensivos relacionada como exercício de 2010, constata os equívocos cometidos e concorda com a inexistência do débito no valor de R\$ 2.172,96.

Para o exercício de 2011, relata que os argumentos do sujeito passivo não são convincentes. Quanto ao mês de junho, não contesta valor. E quanto aos meses de julho, agosto e setembro, os valores pagos foram considerados, conforme demonstrativos, fls. 65, 68 e 74, respectivamente. Mantém integralmente os valores anteriormente cobrados.

Para o exercício de 2012, salvo melhor juízo dos julgadores, considera os argumentos defensivos acerca das operações de devolução, constata que as notas de devolução correspondem integralmente as de venda e excluiu integralmente o valor anteriormente cobrado de R\$ 13.204,73.

Afirma ter sido considerado o valor de R\$ 7.468,81, no demonstrativo da fl. 95 e indevidamente esquecido na informação da defesa. Também diz que foi excluída a exigência da cobrança deste valor, concordando com o argumento do impugnante.

Quanto ao valor de R\$ 4.958,70, decorrente de pagamento, através de DAE, com código diverso, cod. 1103 ao invés de cod. 1145, mais uma vez, mantém a recomendação da solicitação de restituição ou alteração de código no banco de dados da SEFAZ, para solução da questão. Dessa forma, o valor não foi considerado.

Pede pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Na 3ª manifestação, fls. 505/507, o impugnante afirma a persistência de pontos a serem esclarecidos em relação aos exercícios de 2011 e 2012. No entanto, quanto ao exercício de 2010, frisa que não há mais nada há esclarecer, devido à concordância do preposto fiscal em relação aos argumentos apresentados.

Menciona erro na soma da coluna referente o mês de julho/2011, elaborada pela auditoria. O cálculo realizado pela auditoria é de R\$ 17.156,86, em desacordo com o valor de R\$ 11.181,95, obtido nos seus demonstrativos. Registra que o equívoco promove diferença de ICMS cobrado a maior pela fiscalização no valor de R\$ 5.974,87, que deverá ser abatido no ICMS lançado.

Pontua o outro valor a ser excluído é o de R\$ 8.193,72, aceito pelo auditor fiscal e considerando em ambas as manifestações apresentadas por ele, encontra-se a importância de R\$ 14.168,87.

Esclarece que ao subtrair este valor (R\$ 14.168,87), do ICMS cobrado no auto de infração relativo ao ano de 2011, R\$ 99.867,84, chega-se ao resultado R\$ 85.698,97, valor efetivamente devido pelo contribuinte e consignado no pedido de parcelamento de débito tributário.

Alude a respeito da análise da planilha 6 ou até mesmo a planilha referente ao ano de 2011 apresentada no momento da manifestação às fls. de nº 448/ 451 em 12/04/2013, caso a manifestação não satisfaça aos julgadores e ao auditor.

Em relação ao exercício de 2012, registra a concordância pelo autuante sobre as exclusões apontadas na manifestação em relação às fls. de nº 448/ 451, em 12/04/2013, além do único ponto ainda a ser considerado relativo ao ICMS substituição tributária pago, no valor de R\$ 4.958,70, sob o código de receita 1103.

Explica quanto à manifestação às fls. 448/ 451, que houve uma falha no preenchimento no DAE no qual o código correto a ser apostado era o de 1145. Assim, uma vez mais que evidenciado o erro material, solicita a aplicação do bom senso em relação a que este valor prospere, uma vez que o mesmo faz parte da composição final do valor devido da autuação.

Solicita a correção do referido código de recolhimento, sendo que onde se lê o código 1103 leia-se 1145, tendo em vista os argumentos aduzidos acerca do erro material e o bom senso. Informa que o ICMS relativo ao exercício ano de 2012 consta também do pedido de parcelamento de débito tributário.

Pede novamente a apreciação de todo o exposto na manifestação.

Na informação fiscal, fls. 511, esclarece o autuante que no exercício de 2011, referente ao mês de julho, consta a veracidade do argumento do contribuinte, quanto ao erro de soma do débito no mês. Ao invés de R\$ 17.156,86, o valor correto é R\$ 11.181,95. Logo, foi cobrado a maior o valor de R\$ 5.974,87, o qual acata os argumentos defensivos.

Quanto ao assunto, divergência de código de pagamento em DAE, Código 1103, ao invés do Código 1145, entende que não houve prejuízo para o Estado. No entanto, entende não está correta, a possibilidade de alteração de ofício ou o contribuinte terá que pagar e pedir restituição. Remete ao CONSEF a solução para tal questão, com o julgamento devido.

Nas fls. 514/516, constam extratos de parcelamento do valor, reconhecido pelo sujeito passivo, de R\$132.571,18.

## VOTO

Inicialmente, verifico que, no presente Processo Administrativo Fiscal - PAF estão apurados o imposto, as multas e as respectivas bases de cálculo, conforme demonstrativos e documentos juntados aos autos, fls. 1/8. Há, inclusive, clareza quanto à indicação do nome, endereço do sujeito passivo, sua qualificação fiscal e descrição das condutas típicas do ilícito administrativo, bem como o exercício do direito de defesa contraditório. Assim, indefiro o pedido de diligência suscitado, em virtude de a lide estar apta ao julgamento.

Da análise dos documentos acostados aos autos, constato a procedência em parte das razões defensivas relativas à infração 1. Para melhor deslinde dos pontos controvertidos, seguem, por período auditado, as conclusões a respeito do lançamento realizado:

Para os lançamentos dos meses de 2010, insertos no auto de infração, assiste razão ao impugnante acerca das deduções apontadas no demonstrativo - inexistência de base de cálculo e MVA divergente - pela incidência art. 353, inciso II, item 15, do RICMS/97 e Anexo 88, item 16, vigentes à época dos fatos geradores, culminando na inaplicabilidade do Protocolo ICMS 104/2009, por produzir seus efeitos a partir de 01/01/2011. Não acolho os argumentos defensivos sobre a desconsideração do imposto pago, tendo em vista as planilhas elaboradas pelo autuante, nas quais constam os valores efetivamente recolhidos, fls. 29/45. Ademais, não cabe a assertiva defensiva relacionada com o mês de maio, por não estar incluso no lançamento tributário em questão. Logo, não acato os argumentos do sujeito passivo relativo a esse mês, haja vista o teor do art. 79 do Decreto nº 7.629/99, de 09 de julho de 1999, que aprova o RPAF/99, quanto ao provável valor de ICMS a restituir. Por conseguinte, os valores do lançamento, resultantes da comprovação dos fatos modificativos relatados, são:

INFRAÇÃO 1 - 07.01.01						
DATA DA OCORRÊNCIA	ICMS LANÇADO	DEDUÇÃO 1 INEXISTÊNCIA DA BASE DE CÁLCULO	DEDUÇÃO 2 MVA DIVERGENTE	TOTAL A DEDUZIR	SALDO DO ICMS	ICMS DEVIDO
	A	B	C	D = B + C	E = A - D	F
30/04/10	3.659,79	-	531,74	531,74	3.128,05	3.128,05
30/06/10	2.710,27	499,93	1.097,26	1.597,19	1.113,08	1.113,08
31/07/10	5.656,47	6.193,65	878,11	7.071,76	(1.415,29)	-
31/08/10	7.206,23	3.940,91	2.806,64	6.747,55	(956,61)	-
30/09/10	6.324,52	1.602,53	1.877,47	3.480,00	1.887,91	1.887,91
31/10/10	10.116,07	6.908,24	1.835,26	8.743,50	1.372,57	1.372,57
30/11/10	8.123,64	5.775,04	2.425,60	8.200,64	(77,00)	-
31/12/10	8.682,91	3.934,51	2.147,05	6.081,56	2.524,35	2.524,35
					<b>TOTAL</b>	<b>10.025,96</b>



Acolho em parte as razões do sujeito passivo concernentes aos meses de 2011 do auto de infração em tela, decorrente da comprovação das operações sujeitas à substituição tributária - ST, por antecipação, junto a contribuintes substitutos, com inscrição ativa na SEFAZ/BA, art. 8º, § 5º, da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996; de operações, cujo ICMS-ST consta do documento fiscal emitido e com valor do produto divergente da nota fiscal, a evitar o *bis in idem* e erro material da base de cálculo do tributo, respectivamente, e do não cumprimento do art. 96, inc. XXIX, do RICMS/97 vigente, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, no procedimento fiscal. Verifico o cômputo dos pagamentos do imposto referentes às operações de junho e julho, quando do levantamento fiscal, afastando a alegação defensiva nesse item, fls. 62 e 65. Em decorrência da consignação do valor de imposto a pagar, pelo impugnante, no mês de agosto e em respeito à verdade material, recomendo a análise das respectivas operações, diante da possibilidade de procedimento suplementar, tendo em vista a ausência de lançamento no presente auto de infração. Dessa forma, seguem os lançamentos corrigidos, em virtude da comprovação de fatos modificativos da acusação fiscal, além da correção do total do ICMS devido no mês de julho, sem considerar o valor referente a agosto.

INFRAÇÃO 1 - 07.01.01									
DATA DA OCOR.	ICMS LANÇADO	DEDUÇÃO 1 CONTRIB. ATIVO NA SEFAZ/BA	DEDUÇÃO 2 ICMS -ST LANÇ. NA NF	DEDUÇÃO 3 MVA DIVERG.	DEDUÇÃO 4 VALOR DO PRODUTO DIVERGENTE	DEDUÇÃO 5 CRÉDITO PRESUMIDO	TOTAL A DEDUZIR	SALDO DO ICMS	ICMS DEVIDO
	A	B	C	D	E	F	G = B + C + D + E + F	H = A - G	I
31/01/11	8.352,54	39,08	22,12	24,62	-	-	85,82	8.266,72	8.266,72
28/02/11	12.153,66	-	32,86	54,84	-	-	87,70	12.065,96	12.065,96
31/03/11	8.159,98	-	-	11,24	-	-	11,24	8.148,74	8.148,74
30/04/11	3.196,43	663,90	-	-	-	-	663,90	2.532,53	2.532,53
31/05/11	6.480,94	-	29,74	-	-	-	29,74	6.451,20	6.451,20
30/06/11	2.339,58	33,57	-	50,02	44,13	-	127,72	2.211,86	2.211,86
31/07/11	5.999,57	187,75	10,34	65,04	207,07	-	470,20	5.529,37	5.529,37
30/09/11	17.997,49	42,62	286,92	20,33	363,74	2.146,94	2.860,55	15.136,94	15.136,94
31/10/11	11.866,95	1.490,48	906,79	-	162,76	392,04	2.952,07	8.914,88	8.914,88
30/11/11	11.211,08	-	32,86	-	-	339,32	372,18	10.838,90	10.838,90
31/12/11	6.134,67	-	46,52	-	196,59	-	243,11	5.891,56	5.891,56
								<b>TOTAL</b>	<b>85.988,66</b>

Acolho, também, em parte, as alegações do impugnante referentes aos lançamentos dos meses de 2012. Quanto às deduções relacionadas ao valor do produto divergente e a não aplicação do crédito presumido prevista na legislação vigente, acato as alegações defensivas, conforme as razões de decidir acima expostas e do disposto no art. 269, inciso VIII, do Decreto nº 13.780/12, diante da comprovação de fatos modificativos nos autos, inclusive, com a aplicação do Protocolo ICMS 104/09 c/c o Convênio ICMS 35/11, no emprego da MVA-ST original.

Na planilha 2, fl. 377, referente à dedução do valor imputado, por operações de devolução de mercadorias, verifico a inclusão dos DANFE nº 73.373 e 73.374, de 08/03/2012, fls. 378/379, com valor total dos produtos, respectivamente, de R\$ 26.983,33 e R\$ 5.311,68, que representam operações de venda. Assim, os respectivos valores foram excluídos desse demonstrativo.

Ademais, percebo o cômputo do ICMS pago em junho, às fls. 86/95. Logo, o argumento defensivo a respeito da sua não inclusão não deve prosperar.

Nesse sentido, não acolho os argumentos relativos ao pagamento de ICMS, sob o código de receita 1103, para as operações sujeitas à antecipação tributária, ao invés do código 1145, em virtude da falta de demonstração da repercussão quanto à alteração nas respectivas operações

mercantis, notadamente, as inerentes àquela receita destinada ao ICMS decorrente de Protocolo de Substituição Tributária.

Pelo exposto, seguem os lançamentos corrigidos, após comprovação de fatos modificativos da imputação relativa a 2012.

INFRAÇÃO 1 - 07.01.01							
DATA DA OCOR.	ICMS LANÇADO	DEDUÇÃO 1 VALOR DO PRODUTO DIVERGENTE	DEDUÇÃO 2 DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA	DEDUÇÃO 3 CRÉDITO PRESUMIDO	TOTAL A DEDUZIR	SALDO DO ICMS	ICMS DEVIDO
	A	B	C	D	E = B + C + D	F = A - E	G
31/01/12	1.739,80	70,19	-	-	70,19	1.669,61	1.669,61
28/02/12	3.067,56	52,93	-	-	52,93	3.014,63	3.014,63
31/03/12	27.963,77	344,29	6.358,08	548,42	7.250,79	20.712,98	20.712,98
30/04/12	4.819,63	184,11	-	-	184,11	4.635,52	4.635,52
31/05/12	16.303,81	822,40	-	466,52	1.288,92	15.014,89	15.014,89
30/06/12	541,25	388,89	488,57	-	877,46	(336,21)	-
						<b>TOTAL</b>	<b>45.047,63</b>

Destarte, subsistem em parte os lançamentos tributários descritos na infração 1, totalizando o valor de R\$141.062,25, conforme demonstrativos aqui expressos.

Com fulcro no art. 140 do RPAF/99, as infrações 2 e 3 são procedentes, pela ausência de controvérsia dos respectivos lançamentos.

Portanto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração em epígrafe, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206922.0008/12-2**, lavrado contra **FG GONZALEZ COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$144.965,63**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR