

**A. I. Nº** - 232877.3002/16-2  
**AUTUADO** - O MERCADÃO – CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.  
**AUTUANTES** - ANTÔNIO JORGE SEIXAS LIMA e JORGE LUIS DOS SANTOS MOTA  
**ORIGEM** - INFAZ - CRUZ DAS ALMAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 09.06.2017

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0089-04/17**

**EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. PAGAMENTOS A MENOS. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL INCIDENTE SOBRE O IMPOSTO PAGO NO PRAZO REGULAMENTAR.** Revisão fiscal efetuada pelo autuante em sede de informação fiscal acolhe parte dos argumentos defensivos, reduzindo ambas as infrações. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de setembro de 2016 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$160.896,60, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **07.01.02.** Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados da Federação, no total de R\$23.192,28, além de multa de 60%, ocorrência constatada nos meses de junho e setembro de 2012, fevereiro, maio, junho e setembro de 2013, janeiro, junho e novembro de 2014, janeiro, março e maio de 2015.

Infração 02. **07.15.03.** Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no montante de R\$137.704,32, fatos constatados nos meses de maio, setembro e outubro de 2012, janeiro a abril, junho, julho, setembro e dezembro de 2013, dezembro de 2014, janeiro, março, abril, setembro e dezembro de 2015 e janeiro a março e junho de 2015.

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 43 a 47, onde, por intermédio de seus advogados, na qual, após registrar a sua tempestividade, entende que a dinâmica utilizada no lançamento não corresponde à realidade fática para efeitos de legislação do ICMS, recaindo assim em erros que maculam os lançamentos, como demonstrará.

Aponta ser o primeiro erro no lançamento fiscal em contenda, na competência 05/2015, verificado pelos documentos que instruem o Auto de Infração, os autuantes aplicaram para o produto Chocolate em Pó Douradinho constantes das notas fiscais 424732, 425515, 428942 a MVA de 358,73%, incorreta, vez estar a referida MVA vinculado a “Preparados para fabricação de sorvetes em máquinas: 1806” conforme item 39 do Anexo 01 do RICMS/12, estando, portanto totalmente divergente do que manda a legislação do ICMS no seu Anexo 01, notadamente o item 11, sendo a MVA correta para apuração do imposto lançado, de 48,43%.

Anota, ainda, que além do erro na aplicação da MVA, os autuantes não consideraram o recolhimento do ICMS do código 2133 - ICMS SUBSTITUICAO TRIBUTARIA-ADIC FUNDO POBREZA no valor de R\$646,97, o que levaria a inexistência de ICMS a recolher, conforme demonstrado em nova Planilha de Cálculo elaborada e anexado o comprovante de pagamento acima citado, o que reduziria o valor reclamado referente a competência acima para R\$0,00, o que fica desde já requerido.

No que diz respeito à infração 02, da mesma forma, aponta erro de apuração em determinadas competências, sendo que na competência 01/2013 anota o equívoco ocorrer na apuração do ICMS devido na circulação das mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 6683 (pescado congelado), a qual foi considerada como tributada, porém, na época do fato gerador do tributo, as mesmas eram isentas do ICMS conforme “e” do inciso II do caput do artigo 265 do RICMS-BA. Desta forma, para a competência citada, entende que o Imposto deveria ser reduzido em R\$ 1.180,51, resultando uma diferença de R\$1.562,61, e a multa percentual cobrada pelos autuantes corresponderia a R\$937,56;

Já na competência 03/2013 aduz não ter sido considerado o valor do ICMS recolhido pela circulação das mercadorias constante da Nota Fiscal 33582, o qual fora pago por competente GNRE cuja cópia anexa à presente, sendo, desta forma, indevida a sua cobrança. O valor devido para essa competência reduz-se, desta forma, em R\$2.465,60, resultando uma diferença de R\$2.365,98, sendo a multa de 60% R\$1.419,60;

Por outro lado, na competência 04/2013, assim como na anterior, anota que os autuantes não levaram em consideração as GNREs pagas referente ao ICMS das notas fiscais 34642 e 34814, conforme cópias em anexo. Além disto, deve ser observado que as notas 40094 e 40095 têm por mercadorias o charque, o qual, conforme artigo 268 do RICMS/12, inciso XXVII, vigente à época dos fatos geradores, possuía redução de base de cálculo correspondendo a uma carga tributária corresponde a 7%. O valor devido para essa competência reduz-se em R\$3.580,94, resultando uma diferença de R\$2.422,94, sendo a multa de 60% no valor de R1.453,78.

Na competência 06/2013, aponta ter deixado de ser considerado o recolhimento do ICMS referente a nota fiscal 35918, conforme cópia da GNRE que anexa. Diz que o valor devido para tal período deve ser reduzido em R\$2.170,80, resultando uma diferença de R\$ 653,89, sendo a multa de 60% R\$393,33.

Em 07/2013, alega ter sido desconsiderado o ICMS recolhido para a nota fiscal 36549, conforme cópia da GNRE que anexa, bem como deve ser observado que todos os itens da Nota Fiscal 760070 (refrigerantes), são mercadorias sujeitas à substituição tributária conforme item 37 do Anexo I do RICMS-BA. Ressalte-se que a referida Nota Fiscal veio com Substituição Tributária paga conforme cópia do DANFE e GNRE apensos, e com tais correções, argumenta não haver o que se cobrar.

Da mesma forma, em 09/2013, indica que os autuantes não levaram em consideração a GNRE paga referente ao ICMS da nota fiscal 37637, conforme cópia que apresenta, sendo o valor entendido como devido ser reduzido em R\$2.197,60, resultando uma diferença de R\$4.485,41, e a multa cobrada corresponde a R\$ 2.691,24.

Já para 01/2015 foi considerado no demonstrativo 2.1 de pagamentos e créditos relativos a antecipação parcial o valor lançado no Auto de Infração nº 269180003158, no total de R\$9.793,54, o que vem a ser um equívoco, vez que no presente PAF houve uma redução do valor a recolher da antecipação parcial, para fins de determinar a base de calculo para cobrança da multa, entendendo ser o procedimento correto verificar o valor calculado de antecipação parcial no PAF citado, regando um valor correto de R\$16.322,56. Além disto, nota ter sido considerado o pagamento do mesmo PAF na competência 02/2015, no valor de R\$9.780,92, quando deveria ter considerado o valor de R\$16.301,53, referente as notas fiscais 4537 e 4538, as quais foram colocadas no demonstrativo da competência 01/2015, cobrando assim, a diferença que já está paga, o que a leva a requerer sejam recalculadas as competências 01/2015 e 02/2015, excluindo-se delas as notas 4502, 4537 e 4538, bem como, os pagamentos vinculados ao PAF 269180003158, evitando assim recolhimento de tributo indevido de sua parte.

Por fim, na competência 03/2015, destaca que o DAE referente à Nota Fiscal 66774 foi pago equivocadamente como sendo da competência 02/2015, conforme pode ser comprovado pela documentação que anexa. Conforme determinado pela legislação estadual do Imposto, observa que caberia a emissão de um REDAE e não um lançamento por autuação. Considerando tal fato,

verifica que no demonstrativo 2.1 de pagamentos e créditos relativos à antecipação parcial o fiscal lançou o citado DAE na competência fevereiro, o que gerou um imposto pago a maior para esta competência, levando a um recolhimento a menor para a competência 03/2015, no valor de R\$ 4.672,20. Com o REDAE da competência 02/2015 a multa reclamada de R\$1.450,20 reduz-se a zero, o que requer.

Desta forma, diante dos fatos expostos, entendendo comprovado que existem os equívocos apontados como cometidos na autuação requer improcedência parcial do Auto de Infração em lide, reduzindo seu valor histórico para R\$ 119.722,04, valor este que afirma estar parcelando, para ver extinto o crédito tributário contra si lançado, por ser de inteira justiça

Informação fiscal constante à fl. 113, prestada por um dos autuantes, esclarece que tendo o contribuinte solicitado através de petição de defesa a alteração de seu valor e a procedência em parte do Auto, faz as seguintes considerações:

Para a infração 01, em relação à competência do mês de maio de 2015, acata totalmente o pedido da defesa, já que foram aplicadas para o produto Chocolate em Pó Douradinho, constantes nas Notas Fiscais 424732, 425515 e 428942, a MVA de 358,73% que é vinculada a “Preparados para fabricação de sorvetes em máquinas”, NCM 1806, quando o correto é MVA de 48,43% de acordo o Anexo 1 item 11. Reconhece também, o pagamento do ICMS no código 2133 – ICMS Substituição Tributária – Adicional de Fundo de Pobreza no valor de R\$ 646,97, levando assim à inexistência de ICMS a recolher referente a competência acima citada, conforme demonstrativo de cálculo que apensa.

Diz subsistir apenas para a infração 01, o valor total de R\$19.882,05. Diante da exclusão total da ocorrência de maio de 2015.

Para a Infração 02, na competência 01/2013 fala que as mercadorias constantes na Nota Fiscal 6683 (pescados congelados) foram consideradas como tributadas, quando as mesmas são isentas de acordo com o Inciso II, alínea “e” do artigo 265 do RICMS. Portanto, o imposto será reduzido em R\$ 1.180,51 ficando em R\$1.562,61, com multa a recolher de R\$ 937,56.

Na competência 03/2013, reconhece o pagamento do imposto via GNRE no valor de R\$2.465,60 referente a Nota Fiscal 33582, resultando na diferença de R\$2.365,98, sendo multa de R\$1.419,58.

Quanto ao mês de 04/2013, acolhe os pagamentos das Notas Fiscais 34642 e 34814, anexos nas págs. 78 a 82, bem como ajustou para 7% a alíquota da mercadoria “charque” constante das Notas Fiscais 40094 e 40095, conforme artigo 268, Inc. XXVII do RICMS, resultando em uma diferença de R\$2.422,96 de imposto, e multa de R\$1.453,77.

Para o mês de 06/2013, considerou o pagamento de R\$2.170,80 na GNRE anexa referente a Nota Fiscal 35918, resultando na diferença de R\$653,90, sendo a multa resultante de R\$392,33.

No período 07/2013, também reconhece o pagamento da GNRE no valor de R\$2.170,80 referente a Nota Fiscal 36549 e com relação à Nota Fiscal 760070 de refrigerantes, zerou o débito, já que não cabe cobrança de Antecipação Parcial por tratar-se de mercadorias da Substituição Tributária, deixando assim de existir ICMS a recolher para essa competência.

Na competência 09/2013, também houve pagamento via GNRE anexa, págs. 94 e 95, de imposto no valor de R\$2.197,60 da N. Fiscal 37637, restando a diferença de R\$4.485,48, sendo a multa de R\$2.691,28.

Ao seu turno, em 01/2015 acata a apropriação naquele mês das Notas Fiscais nos valores R\$16.322,56 e R\$16.301,53 de ICMS que serviram de Base de Cálculo para o valor da multa do Auto de Infração 2691810003/15-8, diante do fato das mesmas terem sido emitidas e lançadas nesse mês, como pedido pela defesa.

Diz não poder se falar em exclusão das Notas Fiscais 4502, 4537 e 4538 porque os valores de ICMS que serviram de Base de Cálculo do valor da Multa do referido Auto de Infração, já foram apropriados e abatidos do débito nos demonstrativos anexos, restando uma diferença de ICMS a

pagar de R\$ 82.111,92 referente a todos os lançamentos da referida competência, gerando multa de R\$49.267,15.

Para o mês 03/2015 aponta ter apropriado o pagamento do DAE de R\$4.672,20 referente à Nota Fiscal 66774, pago equivocadamente como da competência 02/2015, sendo que com a apropriação correta do pagamento, a multa reclamada cai de R\$1.450,20 para zero.

Apresenta tabela especificando o débito da infração 02 no Auto de Infração.

Num Ocorrência	Data Ocorrência	Valor original	Valor retificado
16	31/01/2013	1.645,87	937,56
18	31/03/2013	2.898,95	1.419,58
19	30/04/2013	3.602,34	1.453,77
20	30/06/2013	1.694,82	392,33
21	31/07/2013	1.573,66	0,00
22	30/09/2013	4.009,85	2.691,28
25	31/01/2015	62.965,48	49.267,15
26	31/03/2015	1.450,63	0,00
Total da infração 02		137.704,32	114.024,43
Total do Débito (Valor Histórico)		160.896,60	133.906,48

Diante dos motivos acima expostos e das peças que compõem o processo fala evidente o acerto parcial quanto às infrações, e opina pela manutenção em parte da autuação.

Cientificado do teor da informação fiscal de forma presencial (fl. 155), a empresa não se manifestou, constando, às fls. 157 a 159 extratos de pagamento parcial do débito lançado.

#### VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99, razão pela qual inexistem questões preliminares a serem apreciadas.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Passo, pois, à análise do mérito da autuação. São duas as acusações: a primeira, recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados da Federação e a segunda, multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

A defesa apontou para a primeira infração, que no mês de maio de 2015, foi aplicado indevidamente para o produto “Chocolate em Pó Douradinho” constantes das notas fiscais 424732, 425515, 428942 a MVA de 358,73%, incorreta, vez estar a referida MVA vinculada a “Preparados para fabricação de sorvetes em máquinas: 1806” conforme item 39 do Anexo 01 do RICMS/12, portanto divergente do que manda a legislação do ICMS no seu Anexo 01, notadamente o item 11, sendo a MVA correta para apuração do imposto lançado, de 48,43%, além de não ter sido considerado o recolhimento do ICMS do código 2133 - ICMS SUBSTITUICAO TRIBUTARIA-ADIC FUNDO POBREZA no valor de R\$ 646,97, o que levaria a inexistência de ICMS a recolher.

A informação fiscal acata totalmente os dois argumentos, o que faz com que no mês indicado (maio de 2015), a infração não resultasse em qualquer saldo.

Com efeito, analisando o Anexo 01 ao RICMS/12, vigente à época dos fatos geradores, o qual enumera as mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária, verifico que o item 11 especifica estarem sujeitos à antecipação tributária, os produtos “Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não” de NCM 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1, com MVA de 56,87% (Alíquota de 7%) ou 48,43% (Alíquota de 12%), respectivamente.

Evidentemente que a MVA aplicada no caso (353,78%), está incorreta, pois não estamos aqui diante de qualquer “preparado para fabricação de sorvetes em máquinas”, com NCM 1806, 1901 ou 2106, previsto no item 39 do mesmo Anexo 1.

Da Análise do demonstrativo encartado à fl. 56, observo que as notas fiscais elencadas no mesmo, dizem respeito ao produto “Chocolate em pó Douradinho”, sendo a NCM destacada nos mesmos codificada sob o número 1806.10.00, portanto, diversa daquela contida no item 11 do Anexo 1 do RICMS/12.

Logo, o que justifica a exclusão de tais mercadorias do lançamento, não é a aplicação da MVA, e sim, o fato da mesma não estar englobada na substituição tributária, implicando, consequentemente, na inexistência da infração para o mês de maio de 2015, resultando a infração parcial procedência, de acordo com a tabela abaixo:

<b>2012</b>	
JUNHO	R\$ 732,65
SETEMBRO	R\$ 797,49
<b>2013</b>	
FEVEREIRO	R\$ 1.354,82
MAIO	R\$ 2.158,78
JUNHO	R\$ 1.341,33
SETEMBRO	R\$ 310,04
<b>2014</b>	
JANEIRO	R\$ 1.779,72
JUNHO	R\$ 195,56
NOVEMBRO	R\$ 754,75
<b>2015</b>	
JANEIRO	R\$ 10.066,91
MARÇO	R\$ 390,00
MAIO	R\$ 0,00
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 19.882,05</b>

Quanto à infração 02, em sede defensiva o autuado apresentou diversos elementos que entendia reduziram o valor da acusação fiscal, as quais foram devidamente acolhidas pelo autuante, a maioria relacionada com documentos de Arrecadação do Imposto não considerados na autuação para o apontamento do valor devido, elemento de natureza material, o que ensejou uma nova análise dos mesmos, além de ter considerado mercadoria não tributada como tributada (peixe), e a exemplo da infração anterior, foram analisados detidamente, sendo acatados aqueles que evidentemente amparavam o argumento do sujeito passivo, fazendo com que a infração fosse reduzida para R\$114.024,41, de acordo com a tabela apresentada pelo autuante na informação fiscal e aqui reproduzida, esclarecendo que a diferença apontada entre o informado pelo autuante na informação fiscal e os valores ora apontados (dois centavos), decorre de diferença na aproximação:

<b>2012</b>	
MAIO	R\$ 2.941,73
SETEMBRO	R\$ 783,64
OUTUBRO	R\$ 386,31
<b>2013</b>	
JANEIRO	R\$ 937,56
FEVEREIRO	R\$ 639,79
MARÇO	R\$ 1.419,58
ABRIL	R\$ 1.453,77
JUNHO	R\$ 392,33
JULHO	R\$ 0,00
SETEMBRO	R\$ 2.691,28
DEZEMBRO	R\$ 924,69
<b>2014</b>	
DEZEMBRO	R\$ 33.185,68
<b>2015</b>	
JANEIRO	R\$ 49.267,15
MARÇO	R\$ 0,00
ABRIL	R\$ 6.592,31
SETEMBRO	R\$ 490,78
DEZEMBRO	R\$ 8.174,91
<b>2016</b>	
JANEIRO	R\$ 2.472,70
FEVEREIRO	R\$ 864,22
MARÇO	R\$ 263,80
JUNHO	R\$ 142,18
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 114.024,41</b>

Por estes motivos, julgo o feito procedente em parte, na forma das planilhas acima destacadas, acolhendo os dados apresentados para o lançamento pelo autuante, em sede de informação fiscal, os quais foram dados o devido conhecimento ao contribuinte não sofreram qualquer objeção ou contestação por sua parte, muito ao contrário, resultaram em recolhimento, perfazendo um total de R\$133.906,46.

#### 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. **232877.3002/16-2** lavrado contra **O MERCADÃO – CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.882,05** acrescido da multa de 60%, e multa percentual no valor **R\$114.024,41** previstas na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso II, alínea “d”, além dos acréscimos legais, devendo o órgão competente homologar os valores efetivamente recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA