

**A. I. Nº** - 281066.0005/10-6  
**AUTUADO** - LOJAS AMERICANAS S. A.  
**AUTUANTES** - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS e VERA LÚCIA ANDION CORTIZO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 29.03.2011

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

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0050-04/11**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. I. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** MAMADEIRAS E FRALDAS DESCARTÁVEIS; **b)** REFRIGERANTES; **c)** BEBIDAS ENERGÉTICAS; **d)** LÂMPADAS; **e)** DVD E CD; **f)** BISCOITOS. Exigências relativas às alíneas “a” a “e” foram reconhecidas e pagas pelo sujeito passivo. Infrações subsistentes. Quanto à alínea “f”, restou provado que parte se trata de biscoitos não derivados de farinha de trigo, sujeitos à tributação normal. Exigência subsistente em parte. II. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** REFRIGERANTES E CERVEJAS; **b)** BOLOS. Exigências reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em 22/09/2010, para exigir do autuado, localizado no Estado de Pernambuco, na qualidade de contribuinte substituto, o ICMS-ST no valor de R\$ 32.884,79, inerente ao exercício de 2006, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento do ICMS-ST, no valor de R\$ 728,19, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de fraldas descartáveis e mamadeiras, conforme previsto no Convênio ICMS 76/94, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia;

INFRAÇÃO 2 – Deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento do ICMS-ST, no valor de R\$ 177,67, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de refrigerantes, conforme previsto no Protocolo ICMS 10/92, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia;

INFRAÇÃO 3 - Deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento do ICMS-ST, no valor de R\$ 1.601,26, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de bebidas energéticas, conforme previsto no Protocolo ICMS 11/91, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia;

INFRAÇÃO 4 – Deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento do ICMS-ST, no valor de R\$ 1.411,53, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de lâmpadas, conforme previsto no Protocolo ICMS 17/85, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia;

INFRAÇÃO 5 – Deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento do ICMS-ST, no valor de R\$ 2.080,51, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de DVDs e CDs, conforme previsto no Protocolo ICMS 19/85, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia;

INFRAÇÃO 6 – Deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento do ICMS-ST, no valor de R\$ 19.513,20, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações

subsequentes, nas vendas de biscoitos classificados no NCM 1905, conforme previsto no Protocolo ICMS 50/05, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia;

INFRAÇÃO 7 – Procedeu a retenção a menor e o consequente recolhimento do ICMS-ST, no valor de R\$ 6.578,65, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de refrigerantes e cervejas, conforme previsto no Protocolo ICMS 10/92, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia;

INFRAÇÃO 8 – Procedeu a retenção a menor e o consequente recolhimento do ICMS-ST, no valor de R\$ 793,78, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de bolos, conforme previsto no Protocolo ICMS 50/05, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado apresenta tempestivamente sua defesa, às fls. 170 a 179 dos autos, na qual, inicialmente, esclarece que, em relação às infrações 01 a 05, 07 e 08, reconhece o erro cometido, motivo pelo qual providenciou o pagamento do imposto e da multa correspondente, do que requer a juntada do comprovante de pagamento posteriormente.

Com relação à infração 06, a qual exige a retenção do ICMS-ST, nos termos do Protocolo ICMS 50/05, nas operações de venda de biscoitos classificadas no NCM 1905, ressalta não ser devido o imposto, uma vez que as mercadorias não estão sujeitas ao regime de substituição tributária nos termos do citado Protocolo ICMS 50/05 e, portanto, estão sujeitas ao regime normal de tributação, pois se tratam de “BISC POLVILHO QUEIJO 100G VALE D ORO” – NCM 1905.31.00; “NUTRY FRUITBAR MAÇÃ E CANELA 30G” – NCM 1904.20.00; e “BISC POLVILHO SALSA/CEB 100G VALEDouro” – NCM 1905.90.90.

Salienta que, como é sabido, o Protocolo ICMS 50/05 institui o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães e outros produtos derivados da farinha de trigo, cuja leitura da Cláusula primeira resta claro que somente as mercadorias que sejam derivadas de farinha de trigo, bem como possuam as NCM 1902.1, 1905 e 1902.30.00, que estão sujeitas ao regime de substituição tributária nas operações interestaduais.

Destaca o Parecer nº 01577/2009, proferido pela GECOT/SEFAZ-BA em resposta à consulta formulada por contribuinte, o qual esclarece que o enquadramento da mercadoria no regime de substituição tributária deve observar de forma cumulativa a classificação da NCM com a descrição da mesma.

Assim, desta forma, as mercadorias descritas na NCM 1904.20.00, como por exemplo, “NUTRY FRUITBAR MAÇÃ E CANELA 30G”; “NUTRY FRUITBAR MORANGO BEM C/3 90G” e “NUTRY FRUITBAR BANANA 30G”, não estão abrangidas pelo Protocolo ICMS 50/05.

Também salienta que, em que pese os biscoitos de polvilho possuam classificação da NCM 1905, igualmente não são alcançados pelo Protocolo ICMS 50/05, haja vista que os mesmos não são derivados de farinha de trigo, mas sim de polvilho azedo, o qual se trata de fécula de mandioca submetida à fermentação e secagem ao sol.

Portanto, segundo o defendente, o Auto de Infração contém vícios materiais, os quais comprometem o montante do crédito tributário, pois na sua composição as autuantes equivocaram-se, ao proceder a autuação fiscal, considerando mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação do ICMS, devendo a ação fiscal ser declarada improcedente.

Requer, com base nos fundamentos e fatos apresentados, que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente, como também que todas as intimações sejam feitas à representante legal da impugnante, Drª Ana Elvira Moreno Santos Nascimento, OAB/BA 9.866.

As autuantes, ao prestarem a informação fiscal, às fls. 196 a 199 dos autos, acatam a impugnação e anexam à informação fiscal novas planilhas, às fls. 200 a 271, com correção dos valores, salientando que o Auto de Infração passa de R\$ 32.884,79 para R\$ 31.672,43, decorrente da redução de R\$ 1.212,36 na infração 06, do que solicitam a procedência parcial do Auto de Infração.

Instado a se manifestar, querendo, sobre a informação fiscal, à fl. 272 dos autos, o sujeito passivo não se pronuncia.

À fl. 274 dos autos, o autuado requer a juntada do DAE (fl. 275), consignando o recolhimento no valor de R\$ 21.709,93, referente às infrações reconhecidas (01 a 05 e 07).

Às fls. 277 a 281, constam extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária), consignando valores reclamados recolhidos e demais acréscimos legais.

## **VOTO**

Inicialmente, quanto ao pedido de que as intimações sejam efetuadas em nome de sua representante legal, há de se ressaltar que o art. 108 do RPAF, determina que a intimação será feita pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, ou através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores.

Da análise das peças processuais verifico que, apesar do lançamento de ofício consignar oito infrações, a lide se restringe, unicamente, à sexta infração, uma vez que o contribuinte reconheceu (e parcialmente recolheu) os valores exigidos nas infrações 01 a 05, 07 e 08, se insurgindo, apenas, contra a sexta exigência.

Sendo assim, a lide limita-se, exclusivamente, à aludida infração 06, a qual exige do contribuinte o recolhimento do ICMS-ST, no valor total de R\$ 19.513,20, sob a acusação de que deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nas vendas de biscoitos classificados no NCM 1905, constantes nas notas fiscais listadas no Anexo 2.1, conforme retenção prevista no Protocolo ICMS 50/05 (Cláusula primeira, II, “biscoitos, bolachas, bolo wafers, pães, panetones e outros produtos similares – NBM/SH 1905”).

Em sua defesa, o sujeito passivo cita que as mercadorias descritas na NCM 1904.20.00, como por exemplo, “NUTRY FRUITBAR MAÇÃ E CANELA 30G”; “NUTRY FRUITBAR MORANGO BEM C/3 90G” e “NUTRY FRUITBAR BANANA 30G”, não estão abrangidas pelo Protocolo ICMS 50/05. Também salienta que, em que pese os biscoitos de polvilho possuam classificação da NCM 1905, igualmente não são alcançados pelo Protocolo ICMS 50/05, haja vista que os mesmos não são derivados de farinha de trigo, mas sim de polvilho azedo, o qual se trata de fécula de mandioca submetida à fermentação e secagem ao sol.

As autuantes, quando da informação fiscal, reconhecem a procedência da alegação de defesa e excluem das suas planilhas analíticas os citados produtos, conforme documentos às fls. 201 a 271 dos autos, do que foi intimado o sujeito passivo a se manifestar, consoante documento à fl. 272, tendo, no entanto, tornado-se silente, numa prova de aceitação tácita do resultado apurado.

Reza o artigo 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7629/99, que “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”. No caso presente, todas as mercadorias citadas pelo autuado como indevidas no levantamento fiscal, inerente à sexta infração, foram excluídas pelas autuantes, tendo o novo levantamento sido submetido ao contribuinte, que não se manifestou.

Sendo assim, considero como correto o valor de R\$ 18.300,84, remanescente da infração 06, conforme demonstrado à fl. 201 dos autos.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 31.672,43, após a redução da infração 06, devendo ser homologado as importâncias já recolhidas.

## **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 **281066.0005/10-6**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor total de **R\$ 31.672,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR