

A. I. Nº - 206900.0073/11-1
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ VALDEMIR BRAGA SANTOS e CLEUDES CERQUEIRA DE FREITAS
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET 27.06.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0178-05/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS COM SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Acatadas as razões de defesa. Comprovada a inexistência da exigência. Infração insubstancial. 2. PRODUTOS FABRICADOS COM UTILIZAÇÃO DE FARINHA DE TRIGO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS SAÍDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Trata-se de produtos derivados de farinha de trigo, com fase de tributação encerrada. Item insubstancial. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS: a) ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Comprovado tratar-se de produtos de informática, com carga tributária interna correspondente à alíquota de 7%. Inexistência de diferencial de alíquotas. Item insubstancial; b) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Razões de defesa insuficientes para elidir a imputação. Item subsistente. 4. ALÍQUOTAS. ERRO NA APLICAÇÃO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovada parcialmente a infração, após consideração dos produtos que gozam de redução da base de cálculo. Item subsistente em parte. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferida a diligência requerida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em 19/12/2011, para exigir o débito no valor de R\$ 235.444,36, em decorrência da constatação de cinco infrações, relativas aos exercícios de 2006/2007, consoante documentos e mídia às fls. 22 a 49 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 18.564,16, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 28.820,48, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

INFRAÇÃO 3 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 29.748,00, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, no mês de junho de 2006.

INFRAÇÃO 4 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 17.378,01, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, em diversos meses de 2006 e 2007.

INFRAÇÃO 5 – Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 140.933,71, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em vários meses de 2006/2007.

Às fls. 53 a 67 dos autos, o autuado apresenta defesa, tempestiva, onde, inicialmente aduz haver necessidade de revisão da autuação, uma vez que, em relação à primeira infração, a fiscalização não observou que o produto charque goza de redução de base de cálculo prevista no inciso XXXI do art. 87 do RICMS/BA. Aduz que o produto foi enquadrado indevidamente, pela fiscalização, no inciso II do art. 100 do RICMS/BA, o que gerou um estorno de crédito indevido, já que o produto goza de redução de base de cálculo, tendo a impugnante agido de acordo com o que reza a legislação, aplicando a redução correspondente de forma que a carga tributária resultasse em 7%. Afirma que a fiscalização não observou que as Notas Fiscais já estão escrituradas com suas bases de cálculos reduzidas, atendendo ao dispositivo legal em comento.

Diz que, para corroborar com a busca da verdade material, apresenta demonstrativo (fl. 56) com alguns exemplos em que a base de cálculo já está contemplada com a mencionada redução do inciso XXXI do art. 87 do RICMS/BA, afastando a cobrança indevida do estorno pela fiscalização, do que anexa relação, às fls. 77 a 80 dos autos, com os produtos que, segundo o autuado, necessitam ser excluídos do levantamento fiscal. Requer a realização de diligência fiscal pela ASTEC, a fim de que seja realizado o exame de todos os documentos anexados a presente defesa, com a elaboração de novo demonstrativo do débito e a exclusão total dos valores cobrados na infração 1.

Inerente à segunda infração, em relação ao produto bolo, diz que o equívoco da fiscalização foi não ter observado que o mesmo faz parte da substituição tributária, conforme art. 353, item 11.4.2, do RICMS/BA, logo, não há que se falar em tributação normal, do que, às fls. 82 a 84 dos autos, relaciona os produtos que necessitam ser retirados da autuação, no valor total de R\$ 24.425,22, oportunidade que requer a realização de diligência pela ASTEC.

No tocante à terceira infração, diz tratar-se de mercadoria adquirida para a composição do ativo imobilizado, não tendo a fiscalização demonstrado com clareza o que se está cobrando, já que traz as informações por nota fiscal e não detalha que tipo de produto está contemplando o levantamento, o que não garante se existem produtos que gozam de redução da base de cálculo. Afirma que, dentre as Notas Fiscais relacionadas no levantamento fiscal, existem produtos que não geram diferencial de alíquotas, já que gozam de redução de base de cálculo, tais como os produtos de informática, a exemplo das Notas Fiscais às fls. 86 e 87 dos autos . Diz que a falta de clareza causa cerceamento de defesa e gera a nulidade da infração. Pede revisão fiscal.

Quanto à quarta infração, igualmente ao item anterior, afirma que a fiscalização não demonstrou com clareza o que se está cobrando, já que traz as informações por nota fiscal e não detalha que tipo de produto está contemplando o levantamento, o que não garante se existem produtos que não geram diferencial de alíquotas, já que são tributados pelo ISS, a exemplo de tablóide temático, bloco de cadastro, cartaz, etc., conforme documentos às fls. 89 a 105 dos autos, o que gera cerceamento de defesa. Pede revisão e a nulidade da infração.

Por fim, no que diz respeito à quinta infração, afirma que o equívoco da fiscalização foi não ter observado que os produtos: aguardente, rum, tequila, vinho e vodka gozam de redução de base de cálculo e não são tributados pela alíquota de 27%, como entenderam os autuantes. Assevera que os citados produtos estão enquadrados no art. 87, XXVI, do RICMS/BA e, em razão disso, gozam de redução de 30% de forma que a carga tributária seja de 19%. Assim, diz que a alíquota aplicada pela empresa está correta. Anexa relação dos produtos, às fls. 107 a 114 dos autos, os quais devem ser excluídos do levantamento fiscal. Pede diligência.

Os autuantes, ao prestarem a informação fiscal às fls. 119 a 122 dos autos, em relação à primeira infração, da análise dos documentos, constataram que o contribuinte somente com referência ao charque, adotou o procedimento de reduzir à base de cálculo nas entradas adequando a carga tributária ao que determina o artigo 87, inciso XXXI, do RICMS/BA. Ressaltam que o procedimento adotado pelo contribuinte não é o que determina a legislação, contudo, tal procedimento não traz prejuízo de ordem financeira ao erário estadual, motivo pelo qual, solicitam que acate o novo demonstrativo, anexo às fls. 124/125, com a exclusão dos valores referente às aquisições de charque, eliminando assim a exigência fiscal neste item do presente PAF.

Quanto à segunda infração, destacam que a acusação refere-se à falta de recolhimento do ICMS devido nas vendas efetuadas a consumidor final de produtos elaborados por sua padaria dentro do próprio estabelecimento da autuada. Entendem que a legislação citada pela autuada somente serve para respaldar o acerto da acusação, uma vez que o artigo 353 do RICMS determina a responsabilidade pelo pagamento do tributo ao alienante, neste Estado, dos produtos relacionados no inciso II, exceto na hipótese de ter recebido as mercadorias com o imposto antecipado. Afirmam que, no caso em concreto, os autuantes somente cobraram o imposto normal devido na operação, vez que, as vendas efetuadas a consumidor final não devem ser objeto da antecipação tributária por força do artigo 355, inciso VII, do RICMS. Assim, opinam pela manutenção do item.

Inerente à terceira infração, ressaltam que a lide está relacionada à falta de recolhimento do diferencial de alíquota nas aquisições de mercadorias para o ativo imobilizado, conforme previsto no art. 69 do RICMS. Aduzem que o artigo 87 que a autuada cita como argumento de defesa, não se aplica ao caso, visto se tratar de redução de base de cálculo e não da redução de alíquota. Dizem ser inconcebível a afirmativa da autuada de que o levantamento fiscal traz informações por Notas Fiscais e não detalha o tipo do produto, indicando um possível cerceamento de defesa, uma vez que as Notas Fiscais referenciadas foram obtidas nos registros fiscais do contribuinte, sendo este, responsável pela guarda dos referidos documentos, do que ressalvam que cópias de algumas Notas Fiscais foram apensadas aos autos, às folhas 38 a 44, com o fito de comprovar as operações relacionadas. Assim, reiteram todos os valores desta infração.

Em relação à quarta infração, enfatizam que, para fundamentar a imposição fiscal, foram relacionadas todas as Notas Fiscais escrituradas pelo contribuinte em seus livros fiscais referentes aquisições de mercadorias para uso e consumo oriundas de outras unidades da federação. Ressaltam que, apesar de o contribuinte em sua defesa informar que existem notas que deveriam ser excluídas do levantamento, não apresenta qualquer comprovante de quais Notas Fiscais se referem. Dizem que o autuado apenas apresenta cópia de algumas Notas Fiscais de prestação de serviços, em sua maioria referente ao ano de 2002, inerentes serviços contratados por outra unidade do grupo empresarial a que pertence, razão pela qual não podem efetuar qualquer exclusão no levantamento fiscal. Assim, diante da falta de provas efetivas nos argumentos apresentados pela autuada, pugnam pela manutenção integral dos valores apresentados neste item.

No tocante à quinta infração, dizem reconhecer a pertinência das alegações da autuada, quanto à impropriedade da cobrança dos valores a título de erro na aplicação da alíquota referente aos produtos aguardente, rum, tequila, vinho e vodcas. Solicitam que se acate o demonstrativo, anexo às fls. 127/128, que contempla as retificações efetuadas no demonstrativo original, em vista da exclusão dos produtos acima relacionados, remanescendo o ICMS a se exigir de R\$ 57.226,23.

O autuado, em nova manifestação, às fls. 136 a 149 dos autos, inicialmente, reitera a necessidade de diligência fiscal pela ASTEC, que de forma imparcial poderá exercer o princípio da busca da verdade material.

No mérito, quanto à infração 1, aduz que a fiscalização concordou com os argumentos da defesa e excluiu os valores exigidos indevidamente, do que requer a homologação dos valores excluídos na informação fiscal.

Inerente à infração 2, a fiscalização não acatou as razões de defesa, mantendo a exação fiscal. Assim, reitera todos os seus argumentos de defesa, por entender que o produto “bolo” faz parte da substituição tributária, conforme art. 353, item 11.4.2, do RICMS/BA, logo, não há que se falar em tributação normal. Reitera a existência de demonstrativo, anexo à defesa, com indicação dos produtos que necessitam ser excluídos da autuação, no valor de R\$ 25.425,22. Pede diligência.

Em relação à infração 3, a fiscalização manteve a cobrança inicial, ignorando a existência de produtos de informática, os quais não geram o diferencial de alíquotas, já que gozam de redução de base de cálculo. Ressalta que o levantamento fiscal contempla as Notas Fiscais, deixando de prestar as informações necessárias, por produto, para a conferência da autuação, causando

cerceamento de defesa. Salienta a existência de valores, no total de R\$ 29.748,00, que necessitam ser excluídos da autuação. Requer que seja feito um novo levantamento apontando os itens envolvidos e que sejam excluídos os produtos de informática (terminal de PDV, impressora fiscal, etc), que gozam de redução de base de cálculo. Pugna pela nulidade da infração ou diligência.

No tocante à infração 4, aduz que também a fiscalização não demonstrou com clareza o que se está cobrando, uma vez que, dentre as Notas Fiscais relacionadas, existem produtos que não geram o diferencial de alíquota, já que são tributados pelo ISS, a exemplo de tablóide, bloco de cadastro, cartaz, todos estes adquiridos personalizados, conforme Notas Fiscais anexas à defesa. Reitera que a fiscalização não calculou a diferença de alíquota por produto, dificultando a conferência e causando cerceamento de defesa. Diz ter relacionado, quando da defesa, os produtos tributados pelo ISS, que constam do levantamento fiscal e que devem ser excluídos. Pede a nulidade da infração ou a realização de diligência.

No que diz respeito à infração 5, diz que a fiscalização concordou com os argumentos de defesa, do que requer a homologação dos valores excluídos na informação fiscal, bem como aduz que efetuará o pagamento do valor remanescente.

VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o débito, no montante de R\$ 235.444,36, relativo a cinco irregularidades, todas impugnadas pelo sujeito passivo.

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade arguido pelo autuado, pois entendo que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito de defesa com plenitude.

Também, nos termos previstos no art. 147, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido para realização de diligência, pois considero suficientes para a formação da convicção deste colegiado os elementos contidos nos autos.

No mérito, quanto à primeira infração, a qual exige o estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 18.564,16, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, os autuantes constataram que o contribuinte, com referência ao charque, adotou o procedimento de reduzir à base de cálculo nas entradas adequando a carga tributária ao que determina o artigo 87, inciso XXXI, do RICMS/BA, cujo procedimento, apesar de não previsto na legislação, não resultou em prejuízo ao erário estadual. Assim, após excluir tal produto do levantamento fiscal, apuraram inexistir a exigência fiscal, uma vez que, quanto aos demais produtos, o contribuinte efetuou o estorno de crédito ao se debitar no livro Registro de Apuração, consoante demonstra às fls. 124 e 125 dos autos. Assim, diante das provas trazidas ao processo, concordo com as alterações procedidas pelos autuantes. Infração insubstancial.

Inerente à segunda infração, na qual se exige o ICMS, no valor de R\$ 28.820,48, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, consoante demonstrado às fls. 26 a 33 dos autos, observa-se que se trata de exigência relativa aos produtos: broa, bolo, torta e croissant, produzidos na padaria do estabelecimento autuado, tendo o defendantem, em relação ao produto bolo, dito que o mesmo faz parte da substituição tributária, conforme art. 353, item 11.4.2, do RICMS/BA, logo, não haveria que se falar em tributação normal, do que, às fls. 82 a 84 dos autos, relaciona os produtos que necessitam ser retirados da autuação, no valor total de R\$ 24.425,22, do que discordam os autuantes e mantêm a exigência fiscal.

Considerando que os produtos acima fabricados e comercializados pelo estabelecimento autuado foram preparados à base de farinha de trigo, quais sejam: pães de especiaria, bolos e tortas, cujas saídas não mais se sujeitam à incidência do ICMS, conforme previsto nos artigos 506-A e seguintes do RICMS/BA, os quais atribuem a responsabilidade ao contribuinte que promover o ingresso no

território deste Estado da farinha de trigo, na condição de sujeito passivo por substituição tributária do imposto referente às operações subsequentes com produtos derivados de farinha de trigo elencados no item 11.4 do inciso II do art. 353 do RICMS, dentre os quais se encontram: pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares (NCM 1905) e torradas em fatias ou raladas, deve-se concluir ser indevida a exigência da tributação nas saídas desses produtos, uma vez não se tratar de operações tributáveis, conforme acusação fiscal, mas, sim, operações com fase de tributação encerrada. Exigência insubstancial.

No tocante à terceira infração, a qual exige o ICMS de R\$ 29.748,00, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Da análise do demonstrativo contido na mídia eletrônica, cuja cópia foi entregue ao autuado, conforme recibo à fl. 48 dos autos, verifica-se que tal exigência refere-se às Notas Fiscais de nº 991736; 989113; 990831 e 3368, às fls. 38 a 41 dos autos, inerentes à aquisição de terminal PDV, monitor vídeo; gaveta; impressora fiscal; leitor óptico e teclado.

O art. 69 do RICMS/BA, à época, previa que a base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem. Sendo que o inciso II, do mesmo dispositivo legal, determinava que só é devido o pagamento da diferença de alíquotas quando a alíquota interna deste Estado for superior à alíquota da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais.

Por sua vez, o art. 72, I, do RICMS previa que, para fins de pagamento da diferença de alíquotas relativo a operações ou prestações com redução da base de cálculo, decorrente de convênio, a apuração do valor a pagar será feita em função do mesmo valor resultante daquela redução.

Já o art. 87, V, do RICMS, determinava que é reduzida a base de cálculo das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%.

Diante de tais considerações, concluo ser pertinente a alegação da autuada, à fl. 143 dos autos, de que devem ser excluídos do levantamento fiscal tais produtos de informática e, em consequência, não é devido o ICMS, a título de diferencial de alíquota, no valor de R\$ 29.748,00. Item insubstancial.

Em relação à quarta infração, a qual exige o ICMS de R\$ 17.378,01, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento. Da análise do demonstrativo contido na mídia eletrônica, cuja cópia foi entregue ao autuado, conforme recibo à fl. 48 dos autos, verifica-se que tal exigência refere-se a diversas Notas Fiscais arroladas, a exemplo das Notas Fiscais de nº 413601, 496941 e 165, às fls. 42 a 44 dos autos, nas quais constam aquisição para uso e consumo do estabelecimento do tipo: fórmica, fita para impressora, etiquetas, máscara, touca, caneta, pasta de arquivo, tinta para carimbo, expositor, etc., não cabendo razão ao autuado de alegar cerceamento de defesa, por não constarem tais itens no demonstrativo fiscal, haja vista que, ao consignar as Notas Fiscais, as quais se encontram em poder do autuado, pode-se verificar os itens considerados como material de uso ou consumo, objeto da exação fiscal.

Assim, caberia ao defensor, através da análise das Notas Fiscais em seu poder, especificamente, apontar a existência de algum equívoco no levantamento fiscal e não levantar hipóteses de que poderia haver produtos que não geram diferencial de alíquotas, a exemplo de formulários personalizados.

É válido ressaltar o que frisaram os autuantes em sua informação fiscal:

“Em sua defesa a autuada informa que existem Notas Fiscais que deveriam ser excluídas do levantamento,

contudo não apresenta qualquer comprovante de quais Notas Fiscais devem ser excluídas, apresenta sim, cópia de algumas Notas Fiscais de prestação de serviços em sua maioria referente ao ano de 2002 referente serviços contratados por outra unidade do grupo empresarial a que pertence, razão pela qual, este agente não pode efetuar qualquer exclusão no levantamento apensado na inicial do presente PAF.”

Assim, comungo com o entendimento dos autuantes de que, diante da falta de provas efetivas nos argumentos apresentados pela autuada deve-se manter integralmente o valor exigido, uma vez que a diligência solicitada pelo defendanté não foi motivada para que fosse realizada, sob pena de o poder público ter de produzir provas para o contribuinte. Item subsistente.

Por fim, quanto à quinta infração, a qual exige o ICMS, no valor de R\$ 140.933,71, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrado às fls. 46 e 47 dos autos, os autuantes, quando da sua informação fiscal, reconhecem a procedência das razões de defesa referentes aos produtos aguardente, rum, tequila, vinho e vodcas, apurando o valor do o ICMS remanescente de R\$ 57.226,23, consoante demonstrado às fls. 127 e 128 dos autos, tendo o autuado se manifestado no sentido de recolher tal valor. Assim, diante das provas trazidas ao processo, concordo com as alterações procedidas. Item subsistente em parte, no valor de R\$ 57.226,23.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 74.604,24, sendo: R\$ 17.378,01, relativo à infração 4, e R\$ 57.226,23, relativo à infração 5, conforme arquivo excel “Anexo D”, gravado em mídia (CD), à fl. 129 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206900.0073/11-1, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$74.604,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 14 de junho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR