

PROCESSO	- A. I. Nº 269274.0902/12-2
RECORRENTE	- LOJAS AMERICANAS S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0146-04/13
ORIGEM	- IFEP – DAT/SUL
INTERNET	- 21.10.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0384-13/13

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. **b)** BENS PARA O ATIVO IMOBILIZADO. Infração elidida por comprovação de uso extemporâneo de crédito de direito. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA NA SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Infração parcialmente subsistente. Valor reduzido em face de exclusão de mercadoria enquadrada na substituição tributária. Infração subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0146-04/13 da 4ª JJF por ter julgado Procedente em Parte o Auto de Infração nº 269274.0902/12-2, imputando à Recorrente o pagamento de imposto no valor histórico de R\$ 35.577,10, acrescido de multa de 60%, com espeque nos artigos 97, IV, alínea b, 214 e 356 (infração 1) e 50, 51 e 124 (infração 2), todos do RICMS/97.

Pela infração 1, o sujeito passivo, ora recorrente, fora autuado por utilizar-se indevidamente de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição.

Por sua vez, na infração 2, o sujeito passivo fora autuado por recolher a menos o ICMS em razão de erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Após regular apresentação de impugnação pelo sujeito passivo, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal exarou Acordão nº 0146-04/19 por meio do qual julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração nº 269274.0902/12-2, nos seguintes, e elucidativos, termos:

*“A infração 1 cuida de exigência fiscal de R\$ 11.204,64, por uso indevido de crédito fiscal referente à entrada de mercadoria cujo pagamento deu-se por substituição tributária em etapa anterior.*

*Dela, a Impugnante reconheceu devido R\$ 3.030,06 e, sem identificá-las (como bem observa a autuante na informação fiscal de fl. 144, inclusive exemplificando NCMs que servem a mercadorias de ST e tidas como de tributação normal, tais como: 64022000 – Sandálias Havaianas, 9409000 – Travesseiros/Pilow e 22021000 – Águas Minerais e Gasosas), protestou quanto ao restante apenas dizendo tratar-se de aquisições de mercadorias submetidas ao regime normal de tributação.*

*O art. 123 do RPAF assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação. Portanto, não comprovando a alegação defensiva o sujeito passivo incorreu nas situações previstas no art. 141 e 142 do RPAF que abaixo transcrevo, razão pela qual tenho como subsistente o valor exigido.*

*Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá comprovar a alegação.*

*Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que*

*necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

*Infração procedente.*

*Infração 2*

*Reconhecendo em parte o valor exigido, o contribuinte impugna a exigência fiscal relativa às mercadorias do NCM's: 18063120, 1863210, 1863220, 18069000 (Barra de Cereal) 19023000 (Macarrão Instantâneo), 3506101 (Adesivo), 95030022, 95030031, 95030039, 95030080, 95030091, 95030098 e 950,0099 (Brinquedos), 70071900 (Tábua p/ corte), 70099200 (Espelho c/ ventosa), 83025000 (Cabide p/ porta), 39249000 (Kit Cabide), 42023200, 42021220 e 9608100 (Artigos de Papelaria), por entender sujeitas à ST e das NCM 8471.6053 e 8517.6241 (produtos de informática), 4022.110, 4022.120 e 4029.900 (leite em pó), com exigência fiscal sob alíquota 17%, cuja carga tributária é 17%.*

*Por sua vez, acatando parte das alegações defensivas tendo em vista que os demais produtos impugnados não se se (SIC) enquadraram no regime de ST como informa o autuante nas fls. 144-145, cujo entendimento ratifico, por ocasião da informação fiscal, acertadamente, o autuante ajustou o valor exigido, excluído: a) R\$ 46,26 (2010) e R\$ 224,26 (2011) totalizando R\$ 270,52, relativo ao Macarrão Instantâneo (NCM 19023000), por ter sido acrescentado na ST a partir de 01/06/2010; b) R\$ 85,51 relativo ao Adesivo (NCM 35061010, por ser mercadoria sujeita à ST; c) R\$ 196,83 (2010) e R\$ 67,64 (2011), totalizando R\$ 264,47, relativo a Brinquedos (NCM 35061010, 95030098 e 95030099); d) ajustado a exigência fiscal em 2011 para as mercadorias Leite em Pó, Mini Mouse e Roteador em face da carga tributária efetiva de 7%, passando a dever, respectivamente, R\$ 1,75, R\$ 1,29 e R\$ 7,77.*

*Considerando que do valor ajustado por ocasião da informação fiscal o sujeito passivo foi intimado e não se manifestou, entendo o silêncio o como conformado com o valor restante exigido que acolho como subsistente, passando de R\$ 25.162,89 a R\$ 24.372,36.*

*Pelo acima exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, em face do ajuste efetuado no valor exigido pela Infração 2, com o demonstrativo de débito abaixo, devendo ser homologado o valor já recolhido.”*

Desta Decisão não houve Recurso de Ofício, restando, agora cabível, que seja relatado o que se alegou no Recurso Voluntário oferecido tempestivamente pelo sujeito passivo.

No Recurso Voluntário de fls. 184-196 o recorrente, inicialmente, faz breve síntese da autuação e no mérito recursal afirma que o processo administrativo fiscal deve ser animado pelo princípio da busca da verdade material pugnando pelo afastamento da Decisão da 4ª JJF que entendeu que a parte interessada não produziu provas de sua alegação, alegando que, caso aquela Junta entendesse que a produção de prova fosse insuficiente, deveria determinar realização de diligência para que as mercadorias fossem examinadas.

Depois disso, ao tratar especificamente da Infração 1 disse que ela própria equivocou-se, no ano de 2010, ao apontar as NCMs de alguns itens, o que, segundo o recorrente, não inibiria o direito a creditar-se do ICMS porque as mercadorias não se sujeitam ao regime de substituição e foram tributadas de forma correta. Continuou dizendo que, no que diz respeito às glosas do ano de 2011, ao seu ver, são todas indevidas, pois tais mercadorias também não se sujeitam ao regime de Substituição Tributária.

Alinhava dizendo que as glosas realizadas não se referem à entrada de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, mas sim de mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação, o que lhe garantiria o direito ao aproveitamento do ICMS. Juntou extensa planilha descritiva de todas as transações realizadas e códigos de cada mercadoria.

Defendendo-se da Infração 2, diz que observou a alíquota vigente à época, e juntou mais planilhas com a descrição das mercadorias e apontando o dispositivo legal que embasaria sua tese defensiva. Ao fim, pede que este Colegiado analise as planilhas produzidas.

## **VOTO**

O Auto de Infração vergastado através do Recurso Voluntário ora em discussão imputa ao contribuinte duas infrações: a primeira por utilizar-se de crédito indevido de ICMS e a segunda por recolhimento a menos de crédito de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível.

Para robustecer sua tese defensiva, o contribuinte, ora recorrente juntou ao seu Recurso planilha na qual indica as mercadorias e seus respectivos números de NCM e faz o cotejo com o dispositivo legal que lhe permitiria utilizar-se de crédito de ICMS e que recolheu corretamente o ICMS em outras operações, o que lhe exoneraria das duas infrações que lhe foram imputadas.

Devo dizer que, em atenção ao Princípio da Busca da Verdade Material, deve-se analisar as planilhas juntadas pelo recorrente e verificar, então, se lhe assiste razão, nos termos do art. 2º do RPAF (Decreto nº 7629/1999). Desta feita, procedi à análise da planilha juntada e, valendo-me das informações lá constantes, cheguei a conclusão de que assiste razão ao recorrente.

Antes disso, não se pode perder de vista que o oro recorrente ao juntar a já citada petição de fl. 158 e 159 reconhece a procedência parcial da exação já que adimpliu com parte do imposto cobrado no valor de R\$ 17.771,51, sendo o valor de R\$ 3.030,06, referente à infração 1 e R\$ 14.741,51 relativo à infração 2.

No mérito, especificamente sobre a infração 01, levando em consideração a exclusão dos valores reconhecidos e pagos pelo contribuinte e as planinhas por ele ora juntadas, as mercadorias e operações que foram objeto de fiscalização não são, de fato, sujeitas ao regime de Substituição Tributária, o que denota que o Fisco baiano glosou indevidamente os créditos utilizados pela empresa. Assim, entendo ser parcialmente procedente a infração 1 no valor de R\$3.030,06, uma vez que as mercadorias são sujeitas ao regime normal de tributação, o que gera o direito do contribuinte de utilizar-se daqueles créditos.

Depois, também levando em consideração a exclusão dos valores reconhecidos e pagos pelo contribuinte e as planinhas por ele ora juntadas, sigo o mesmo entendimento para deslinde da infração 2. Aqui também entendo que o recorrente agiu corretamente e não recolheu a menos o ICMS, ao contrário do que alegou o autuante e a 4ª Junta de Julgamento Fiscal. Mais uma vez valendo-me da planilha juntada pelo recorrente, noto que fora observada a alíquota vigente na legislação, motivo pelo qual merece que suas alegações ora apresentadas, razão pela qual entendo que a infração 2 é, também, parcialmente procedente no valor de R\$14.741,51.

Assim, em conclusão, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para reformar a Decisão recorrida, para julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269274.0902/12-2, no valor de R\$17.771,51m devendo ser homologado o valor já pago pelo contribuinte.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269274.0902/12-2**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.771,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos, II, “a” e VI, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

EDMUNDO JOSÉ BUSTANI NETO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS