

**A. I. Nº.** - 269274.0902/12-2  
**AUTUADO** - LOJAS AMERICANAS S.A.  
**AUTUANTE** - JOSE LUIZ OLIVEIRA MACEDO  
**INTERNET** 24.07.2013

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

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0146-04/13**

**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 MENOR. 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. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. VALOR DAS SAÍDAS SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das saídas omitidas for superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto correspondente ao valor das saídas omitidas. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2012, exige-se o valor de valor de R\$36.367,23, pelo cometimento das seguintes infrações:

1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Valor: R\$11.204,34. Período: novembro e dezembro 2010, janeiro a dezembro 2011. Multa: 60%;

2 – Recolheu a menos o ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$25.162,89. Período: novembro e dezembro 2010, janeiro a dezembro 2011. Multa: 60%.

Consta que a empresa aplicou alíquota zero em operações de saída de mercadoria tributável, resultando em recolhimento de ICMS menor que o devido.

Às fls. 115-125, o autuado, por meio de representante legalmente constituída, reconhecendo devido da infração 1 R\$3.030,06 e da infração 2 R\$14.741,45, impugna o restante da autuação da seguinte maneira:

##### **Infração 1**

Diz que se exige o estorno de créditos de ICMS aproveitados quando do recebimento de mercadorias em devolução (CFOPs 1202 e 1949) e transferências de mercadorias (CFOP 2152) enquadradas no regime de substituição tributária de estabelecimento situado em outro Estado, mas parte dos créditos glosados não se refere à entrada de mercadorias da ST, mas sujeitas ao regime normal de tributação, cujo crédito de ICMS pela entrada tem direito. Assim, após analisar as planilhas do autuante, conforme quadro que elabora com diversas NCMs, verificou que várias mercadorias não estão sujeitas ao regime de ST, razão pela qual o valor impugnado seria improcedente.

## Infração 2

Alega que observou a alíquota vigente na legislação, conforme explica:

III.2.a – Mercadorias sujeitas ao regime de ST cujo recolhimento do imposto ocorreu na operação anterior

Pretensão fiscal: alíquota 17% com fundamento no art. 15, I, “a”, da Lei 7.014/96, que transcreve.

Alíquota aplicada: 0% com fundamento no art. 353, II, do RICMS/BA, que transcreve, com esclarecimento em quadro contendo a NCM, identificação da mercadoria e fundamento legal.

Salienta que tendo em vista o recolhimento do imposto em etapa anterior pelo contribuinte substituto, as pautou com alíquota “zero”.

III.2.b – Mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária: NCMs 8471.6053 e 8517.6241 (produtos de informática) e NCMs 4022.110, 4022.120 e 4029.900 (leite em pó)

Pretensão fiscal: alíquota 17% com fundamento no art. 15, I, “a”, da Lei 7.014/96, que transcreve.

Alíquota aplicável: 7% com fundamento no art. 87, V e XXI, do RICMS/BA, conforme transcreve.

Informa que por ter considerado como mercadorias sujeitas à ST deixou de recolher ICMS nas vendas dessas mercadorias, mas identificou que elas são tributáveis pela alíquota de 7% e não 17% como pretende o Fisco.

Conclui pedindo: a) seja reconhecido o pagamento parcial do Auto de Infração efetuado em 14.11.2012; b) declarada a insubsistência da parte impugnada; c) que as intimações sejam encaminhadas à representante legal que identifica.

O autuante presta informação fiscal às fls. 143-146. Resume a defesa e assim a rebate:

Diz que embora reconhecendo parte do valor exigido, a Impugnante não anexou demonstrativo provando quais itens do AI foram reconhecidos, esclarecendo melhor quais produtos da planilha da autuação discorda.

## III – DO MÉRITO

III.1 – Crédito fiscal de ICMS indevido referente à aquisição de mercadorias sujeitas à ST (infração 1)

Diz que neste item a empresa não demonstra de forma detalhada quais mercadorias tiveram seu imposto reconhecido e recolhido e quais discorda da exigência fiscal. Aduz que a Impugnante apenas apresenta uma planilha com colunas contendo NCM, UF, CFOP e alíquota, argumentando de forma genérica a razão defensiva.

Diz que a planilha da Impugnante contém equívocos, a exemplo de alguns NCMs que estão sujeitos à ST e não na sistemática de apuração normal do imposto como alega, tais como: Sandálias Havaianas (NCM 64022000); Travesseiros/Pillow (NCM 94049000); Águas Minerais e Gasosas (NCM 22021000).

## III.2 – Infração 2

III.2.a – Mercadorias sujeitas ao regime de ST cujo recolhimento do imposto ocorreu na operação anterior

BARRA DE CEREAL – NCM 18069000

1806 – Chocolates e outras preparações alimentícias que contenham cacau.

Argumenta que a mercadoria BARRA DE CEREAL não contém, necessariamente, cacau e o enquadramento deve ser na NCM 1904.20.00 – Preparações alimentícias obtidas a partir de flocos de cereais não torrados ou de misturas de flocos de cereais não torrados com flocos de cereais torrados ou expandidos. Assim, a mercadoria BARRA DE CEREAL não está sujeita à ST, razão pela qual mantém a exigência tributária a cerca dessa mercadoria.

MACARRÃO INSTANTÂNEO – NCM 19023000

Reconhece que a partir de 01/06/2010 este produto passou a ser objeto de ST, razão pela qual exclui da autuação R\$46,26 em 2010 e R\$224,26 em 2011, totalizando R\$270,52.

ADESIVO – NCM 35061010

Reconhece que este produto está na ST e exclui R\$ 85,51 da exigência fiscal.

BRINQUEDOS – NCMs 95030091, 95030098 e 95030099

Reconhece estarem sujeitos à ST, razão pela qual exclui da autuação R\$196,83 em 2010 e R\$67,64 em 2011, totalizando R\$264,47.

TABUA P/ CORTE – NCM 70071900

Não se enquadra no item 40.1, II, do art. 353, do RICMS-BA, como material de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, listados nos itens 1 a 38 e 44 a 91 do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/09, pelo que mantém a exigência fiscal desse item.

ESPELHO COM VENTOSA – NCM 70099200

Reconhece estar sujeito à ST, razão pela qual exclui da autuação R\$ 154,12.

CABIDE P/ PORTA – NCM 83025000 e KIT CABIDE – NCM 34249000

Não se enquadram no item 40.1, II, do art. 353, do RICMS-BA, como material de construção, acabamento, bricolagem, ou adorno listados nos itens 1 a 38 e 44 a 91 do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/09, pelo que mantém a exigência fiscal desses itens.

ARTIGOS DE PAPELARIA – NCM 42023200 e NCM 42021220

Diz que a empresa enquadrrou nestes itens malas e maletas para viagens de diversos tamanhos. Tais produtos não se enquadram no item 38, II, do art. 353, do RICMS/BA, pois as malas e maletas enquadradas são as para albergar documentos, artefatos semelhantes e de estudantes.

III.2.b – Mercadorias não sujeitas ao regime de ST NCMs 8471.6053 e 8517.6241 (produtos de informática) e NCMs 4022.110, 4022.120 e 4022.900 (leite em pó)

Reconhece que alguns desses itens constam da planilha da autuação com exigência fiscal sob alíquota de 17% e ajusta a exigência fiscal para: Leite em pó = R\$1,78; Mini Mouse = R\$1,29; Roteador = R\$7,77.

Conclui se posicionando pela procedência total da infração 1 e procedência parcial da infração 02, em face da exclusão de R\$ 774,62 referente a mercadorias sujeitas à ST e R\$15,51 referente a mercadorias do regime de tributação normal, mas com redução de base de cálculo.

Às fls. 149-150, constam extratos SIGAT informando pagamento relacionado ao Auto de Infração.

Conforme fl. 152, tendo em vista acolhimento de parte das razões defensivas pelo autuante, o PAF foi convertido em diligência para ciência do ajuste feito por ocasião da informação fiscal.

Devidamente intimado, o sujeito passivo não mais se manifestou.

## **VOTO**

Compulsando os autos, observo que o procedimento fiscal cumpriu o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF, bem como o processo se conforma nos artigos 12, 16 e 22 do mesmo regulamento. As infrações estão claramente descritas, foram corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos contidos nos autos (Infração 01: fls. 07-21; Infração 2: fls. 22-103, constantes do CD de fl. 104), cujas cópias foram entregues ao contribuinte (recibo de fl. 110). Elas estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator. O contribuinte exerceu o direito de ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no auto de infração. Não constatando vício no lançamento tributário de ofício, passo à análise de mérito.

A infração 1 cuida de exigência fiscal de R\$11.204,34 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 da ST e tidas como de tributação normal, tais como: 64022000 – Sandálias Havaianas, 94049000 – Travesseiros/Pillow 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 a 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 suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação. Portanto, não comprovando a alegação defensiva o sujeito passivo incorreu nas situações previstas nos arts. 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 provar 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 dos NCM's: 18063120, 1863210, 1863220 e 18069000 (Barra de Cereal) 19023000 (Macarrão Instantâneo), 35061010 (Adesivo), 95030022, 95030031, 95030039, 95030080, 95030091, 95030098 e 95030099 (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 7%.

Por sua vez, acatando parte das alegações defensivas tendo em vista que os demais produtos impugnados não se enquadram 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, excluindo: 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 a 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 (NCMs 95030091, 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\$ 1,78, 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 para **R\$24.372,76**.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA 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.

DEMONSTRATIVO DÉBITO - INFRAÇÃO 02				
Data Ocorr	Data Vento	Base Cálculo	Multa %	Valor
30/11/2010	09/12/2010	4.182,94	17%	711,10
31/12/2010	09/01/2011	13.450,00	17%	2.286,50
31/01/2011	09/02/2011	10.110,12	17%	1.718,72
28/02/2011	09/03/2011	10.182,29	17%	1.730,99

31/03/2011	09/04/2011	8.590,71	17%	1.460,42
30/04/2011	09/05/2011	6.587,47	17%	1.119,87
31/05/2011	09/06/2011	10.343,71	17%	1.758,43
30/06/2011	09/07/2011	8.080,88	17%	1.373,75
31/07/2011	09/08/2011	9.621,59	17%	1.635,67
31/08/2011	09/09/2011	10.393,76	17%	1.766,94
30/09/2011	09/10/2011	13.645,65	17%	2.319,76
31/10/2011	09/11/2011	13.569,47	17%	2.306,81
30/11/2011	09/12/2011	13.571,59	17%	2.307,17
31/12/2011	09/01/2012	11.039,00	17%	1.876,63
<b>Total Infração</b>				<b>24.372,76</b>

### 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 **269274.0902/12-2**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.577,10**, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos VII, alínea “a” e II, alínea “a” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2013

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR