

A. I. N° - 269274.0901/12-6  
AUTUADO - LOJAS AMERICANAS S/A  
AUTUANTE - JOSÉ LUIZ OLIVEIRA MACÊDO  
ORIGEM - IFEP/SUL  
INTERNET - 05.11.14

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0209-02/14**

**EMENTA:** ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Infração não contestada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Acatadas as alegações defensivas. Refeito o demonstrativo de débito. Infração parcialmente elidida. 3. RECOLHIMENTO A MENOR. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Acatadas as alegações defensivas. Refeito o demonstrativo de débito. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2012, exige ICMS no valor de R\$23.888,64 mais multa, além dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 06.01.01: Deixou de recolher ICMS decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de junho de 2010, em montante de R\$8.957,59. Multa proposta de 60% sobre o valor do imposto. Consta que “segue planilha anexa ao PAF”.

Infração 02 – 01.02.06: Utilizou indevidamente de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de setembro a dezembro de 2010, em montante de R\$7.748,12. Multa proposta de 60% sobre o valor do imposto. Consta que “segue planilha anexa ao PAF”.

Infração 3 – 03.02.02: Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de setembro a dezembro de 2010, em montante de R\$7.182,93. Multa proposta de 60% sobre o valor do imposto. Consta que “contribuinte aplicou alíquota zero em diversas operações de saídas de mercadorias tributadas, resultando em recolhimento do ICMS a menor”.

Constam dos autos: Termo de Intimação (folha 04); Termo de Início de Fiscalização (folha 05); Demonstrativos de Débito (folhas 06 a 59); CD-ROM (folha 60); Termo de Declaração de Recebimento das Peças Processuais (folha 65); Recibo de arquivos eletrônicos (folha 66); Termo de Intimação da Lavratura do AI e respectivo AR (folhas 68 a 69); Impugnação (folhas 71 a 121); Petição do sujeito passivo (folhas 124 a 128); informação fiscal (folhas 131 a 137); extratos SIGAT com detalhes do PAF (folhas 138 a 139); cópias de publicação do edital de intimação (folhas 142 a 146); solicitação de diligência (folha 149); Intimação da diligência e respectivo AR (folhas 150 e 151); manifestação do contribuinte (folhas 154 a 162); nova informação fiscal (folhas 164 a 166); Intimação da diligência e respectivo AR (folhas 167 e 170); manifestação do contribuinte (folhas 172 a 177); nova informação fiscal (folhas 180 a 182); nova solicitação de diligência (folha 185); Termo de declaração de recebimento de peças processuais (folha 187); Intimação da diligência e respectivo AR (folhas 188 a 190).

A autuada apresenta impugnação às folhas 71 a 121, contestando o presente lançamento, fundamentada nas razões a seguir.

Esclarece, inicialmente, que reconhece o erro cometido com relação à parte do crédito tributário lançado, conforme abaixo:

Infração	Pagamento	Imposto Recolhido
Infração 01	total	R\$ 8.957,59
Infração 02	parcial	R\$ 3.777,10
Infração 03	parcial	R\$ 2.879,91
Total		R\$ 15.614,60

Em decorrência disso, informa que providenciou o pagamento do imposto, da multa e de juros correspondentes, no total de R\$ 21.986,02, de forma que, desde já, requer a juntada do comprovante de pagamento posteriormente.

Entretanto, afirma que a autuação não poderá prosperar em relação à parte restante do Auto de Infração, sob alegação de insubsistência à luz da legislação de regência, bem como dos fatos trazidos aos autos.

Quanto à Infração 02, afirma que, diferentemente do que fora afirmado pela Autoridade Autuante, parte dos créditos de ICMS aproveitados pela ora Impugnante – e glosados pela fiscalização estadual - não se referem à entrada dos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, mas sim de mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação (débito X crédito), hipótese em que é perfeitamente permitido o aproveitamento de crédito de ICMS Normal destacado no documento fiscal.

Informa que, após análise minuciosa das planilhas utilizadas pelo Fiscal Autuante para compor a presente infração, verificou que algumas mercadorias constantes nas mencionadas planilhas não estão sujeitas ao regime de substituição tributária. Apresenta uma relação das mercadorias citadas às folhas 74 e 75.

Menciona, ainda, que a planilha elaborada pelo Autuante não contém a NCM dos produtos objeto da autuação, mas apenas os seus códigos, motivo pelo qual preparou a planilha, em complemento, que classifica os produtos e suas respectivas NCM's, cuja cópia gravada em mídia requer que seja juntada aos autos.

Frisa que, nos casos das mercadorias que estão sujeitas a sistemática normal de recolhimento do ICMS, é permitido o crédito do imposto, posto que o princípio da não-cumulatividade, que norteia de forma soberana o ICMS, assegura o direito do contribuinte de deduzir o montante do tributo já recolhido em etapas anteriores com aqueles devidos nas operações seguintes, de forma que o tributo incida efetivamente apenas sobre a operação final.

Conclui, assim, que restando devidamente comprovada a legitimidade do crédito apurado pela Impugnante, em razão do ICMS Normal pago na aquisição de mercadorias (Devolução de Vendas, Estorno de Registro Indevido e Transferência Recebidas de outro estabelecimento), deve a ação fiscal, portanto, ser declarada improcedente (parcialmente).

Quanto à infração 03, afirma que a descrição feita pelo auto de infração não corresponde à realidade, na medida em que a Impugnante observou a alíquota vigente na legislação.

Com o intuito de comprovar seu escorreito procedimento, anexou, juntamente à sua peça defensiva, um relatório demonstrativo (DOC 3), para as mercadorias apontadas no Auto de Infração ora impugnado, evidenciando tanto a alíquota considerada pela Fiscalização equivocada, como aquela efetivamente praticada correta (pela Impugnante), de modo a não pairar nenhuma dúvida nos Nobres Julgadores acerca do recolhimento do ICMS devido.

Quanto às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cujo recolhimento do imposto ocorreu na operação anterior, transcreve o art. 353, inciso II, do RICMS/97 em apoio ao seu ponto de vista de que não deve haver destaque do imposto na operação.

A título de esclarecimento, elabora uma relação demonstrativa dos itens de mercadoria que entende estarem enquadrados no regime de substituição tributária, conforme folha 77.

Esclarece que deixou de recolher o ICMS na venda das mercadorias listadas porque, no momento das respectivas aquisições, o ICMS devido no regime de substituição tributária já havia sido recolhido pelo contribuinte substituto, impondo que as operações subsequentes ocorressem sem débito do imposto na saída.

Desta forma, conclui que não há como prevalecer a cobrança dos valores desta parcela do Auto de Infração relativa à falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, uma vez que o ICMS-ST já havia sido recolhido aos cofres públicos em momento anterior.

Quanto às mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária NCM's 9032.8911, 8471.6052 e 8443.3111 (Produtos de Informática), transcreve o art. 87, inciso V e XXI, do RICMS/97 para apoiar o seu ponto de vista, no sentido de que a carga tributária se encontra reduzida a 7% nessas operações.

Admite que efetivamente deixou de recolher o ICMS na venda das mercadorias relativas aos NCM's 9032.8911, 8471.6052 e 8443.3111 por ter enquadrado as referidas operações na regra da substituição tributária (ST), vale dizer, sem débito do imposto na saída. Todavia, identificou, posteriormente, que ditos produtos não se encontram na ST, sendo devida a tributação, mas não na alíquota exigida pelo Fisco, de 17%, e sim na alíquota de 7%, conforme demonstrado acima.

Diante de todo o exposto, com base nos fundamentos e fatos apresentados, requer que seja: “a) reconhecido o pagamento parcial do Auto de Infração efetuado no dia 16.01.2013, relativo aos valores incontrovertíveis, cujos comprovantes serão oportunamente juntado aos autos; e b) julgado IMPROCEDENTE a parte da exigência fiscal das Infrações 2 e 3 não objeto de reconhecimento e pagamento pela Impugnante”.

Protesta a Impugnante pela produção de todas as provas admitidas em direito, inclusive pela juntada posterior de documentos, nos termos explicitados nos tópicos antecedentes.

Solicita que todas as intimações relativas ao presente processo sejam feitas ao Representante Legal da Impugnante, Dra. Ana Elvira Moreno Santos Nascimento, cujos dados de identificação descreve.

Nestes Termos, pede deferimento.

Às folhas 124 a 127, o sujeito passivo apresenta petição e comprovante de pagamento do valor de R\$ 15.614,60, referente à parte reconhecida do auto de infração.

O autuante presta informação fiscal às folhas 131 a 137, tecendo as considerações a seguir.

- Quanto à infração 02, tece considerações individualizadas, destacando cada item de mercadoria, na forma a seguir.
- a) Castanha do Pará lata 100g Iracema – Admite que não é produto da substituição tributária. Sendo assim, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$2,35;
  - b) Torrone Castanha Caju 90g – Afirma que se trata de produto da substituição tributária. – em consequência, mantém o valor de débito do imposto deste item;
  - c) Café Solúvel sache 50g - Admite que não é produto da substituição tributária. Sendo assim, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$4,49;
  - d) Col. Inf J&J Baby hora do sono - Admite que não é produto da substituição tributária – Sendo assim, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$10,40;
  - e) Álcool Gel Antibactericida Protex - Afirma que se trata de produto da substituição tributária.- em consequência, mantém o valor do débito do imposto deste item;
  - f) Espuma Barbear Bozzano - Afirma que se trata de produto da substituição tributária.- em consequência, mantém o valor do débito do imposto deste item;

- g) CD BOX - Admite que não é produto da substituição tributária – Sendo assim, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 29,05;
- h) Mochila Adventure Sport – Afirma que se trata de produto da substituição tributária.- em consequência, mantém o valor do débito do imposto deste item;
- i) Álbum de fotos Backardigans – Admite que não é produto da substituição tributária – Sendo assim, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 6,98;
- j) Boy Short Redutora - Admite que não é produto da substituição tributária – Sendo assim, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 7,82;
- k) Camisete Reduce Plus - Admite que não é produto da substituição tributária – Sendo assim, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 9,35;
- l) Cartão Memória MS PRO - Afirma que se trata de produto da substituição tributária.- em consequência, mantém o valor do débito do imposto deste item;
- m) DVD Automotivo HBD Buster - Admite que não é produto da substituição tributária – Sendo assim, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 203,49;
- n) Carro Umbrella - Admite que não é produto da substituição tributária – Sendo assim, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 190,18;
- o) Relógio Digital Transformável Bakugan - Afirma que se trata de produto da substituição tributária.- em consequência, mantém o valor do débito do imposto deste item;
- p) Game NDS e PS2 - Admite que não é produto da substituição tributária – Sendo assim, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 37,47;
- q) Mini Game Ferrari - Admite que não é produto da substituição tributária – Sendo assim, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 4,25;
- r) Papai Noel Musical - Afirma que se trata de produto da substituição tributária.- em consequência, mantém o valor do débito do imposto deste item;
- s) Patins Ajustável Girls - Admite que não é produto da substituição tributária – Sendo assim, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 450,71;
- t) Skate Street - Admite que não é produto da substituição tributária – Sendo assim, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 31,94;
- u) Skate Semi Profissional - Admite que não é produto da substituição tributária – Sendo assim, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 26,63;
- v) CD limpador de lente - Afirma que se trata de produto da substituição tributária.- em consequência, mantém o valor do débito do imposto deste item;

Quanto à infração 03, segmentou as situações em dois subtipos: “a) mercadorias sujeitas ao regime ST, cujo recolhimento do imposto se deu na etapa anterior; e b) mercadorias não sujeitas ao regime ST”.

Quanto às mercadorias sujeitas ao regime ST, admite que, de fato, houve alguns equívocos no enquadramento de mercadorias, conforme específica, individualmente na forma a seguir.

- a) CEREAL RITTER e BARRA FRUTA LIGHT – NCM 18063220, 18063120. 1806 – Chocolates e outras preparações alimentícias que contenham cacau. Afirma que o produto Barra de Cereal não contém, necessariamente, cacau, apesar de poder ter chocolate em um de seus sabores. Diz que o correto seria enquadrar como 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, conclui que o produto Barra de Cereal não está enquadrado como sujeito ao regime da substituição tributária, conforme defende a autuada. Por isso, mantém o valor do débito do imposto deste item.

- b) CONF MM AMENDOIM NCM 1806.9000 – Afirma que este produto não está na substituição tributária desde 01/2009. Sendo assim, mantém o valor de débito do imposto deste item;
- c) CUP NOODLES NCM 1902.3000 – Afirma que este produto não está enquadrado como sujeito ao regime da substituição tributária, conforme defende a autuada, pois Cup Noodles é um tipo de sopa de macarrão instantâneo. Sendo assim, mantém o valor do débito do imposto deste item;
- d) SIDRA CERESER NCM 2206.0010 – Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 164,42;
- e) ADESIVO SUPER BONDER NCM 3506.1090 – Afirma que este produto não está enquadrado como sujeito ao regime da substituição tributária, conforme exceção do item 16.6, inciso II, art. 353 do RICMS/BA. Sendo assim, mantém o valor do débito do imposto deste item;
- f) CJT CLIPS VARIADOS NCM 3926.1000 – Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 1,52;
- g) MOCHILA FLORAL NCM 4202.1220 - Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$32,29;
- h) MOCHILA LAP TOP NCM 4202.2220 – Afirma que este produto não está enquadrado como sujeito ao regime da substituição tributária. Sendo assim, mantém o valor do débito do imposto deste item;
- i) ESTOJO NYLON AMASSADO NCM 4202.3200 - Afirma que este produto não está enquadrado como sujeito ao regime da substituição tributária. Sendo assim, mantém o valor do débito do imposto deste item;
- j) PAPEL 75 G RECICLADO NCM 4802.5610 – Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 5,78;
- k) CARTÃO NATAL NCM 4909.0000 - Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$0,22;
- l) SAPATO NENEM SOFT NCM 6405.2000 - Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 3,91;
- m) ESPONJA ANTIADERENTE NCM 6805.3090 - Admite que este produto está na substituição tributária. Em vista disso, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 4,75;
- n) ESCOVA SANITÁRIA AÇO NCM 7323.1000 - Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 1,05;
- o) SAPATINHO COM LUZ CUTIE NCM 9503.0039 - Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 82,24;
- p) CARTELA BONECOS E VEÍCULOS NCM 9503.0050 - Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 40,76;

- q) KIT PRINCESA C/ ESCOVA NCM 9503.0080 - Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 35,69;
- r) MINI BATERIA LUXO NCM 9503.0091 - Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$59,49;
- s) SPORT CAR RADIO NCM 9503.0097 - Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$91,79;
- t) CADEIRA BRICKS NCM 9503.0099 - Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 74,70;
- u) KIT SANIKIDS ESC+FIO NCM 9603.2100 - Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$34,54;
- v) HIDROCOR NEO PEN GIGANTE NCM 9608.2000 - Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$ 35,25;
- w) GRAFITE HB 0,7 MM NCM 9609.2000 - Admite que este produto está na substituição tributária. Em consequência, exclui o valor do débito do imposto deste item de R\$2,04;

Quanto às mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária NCMs 9032.8911; 8471.6052 e 8443.3111 (Produtos de Informática), declara reconhecer que, após formatação da planilha do fisco apresentado no auto de infração, ainda restaram alguns itens como “Produtos de Informática”, cobrando o imposto com a alíquota de 17% em vez de 7%. Afirma que fará o devido ajuste para correção”.

Monta uma tabela para demonstrar as exclusões conforme abaixo.

DESCRÍÇÃO	BASE CÁLCULO	ICMS 17%	ICMS 7%	EXCLUS. ICMS
MULTIFUNCIONAL	54,57	9,28	3,82	5,46
ESTABILIZADOR	7,94	1,35	0,56	0,79
TECLADO	1,87	0,32	0,13	0,19
TOTAL				6,44

Conclui, afirmando que foram esclarecidos os pontos questionados pela defendant, e sendo assim, solicita o seguinte: “a) a procedência parcial da infração 02, com a exclusão do valor de R\$1.015,11 referentes a mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária e com direito ao crédito do ICMS; b) a procedência parcial da infração 03, com exclusão total de R\$ 676,88, sendo que R\$ 670,44 referente a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cujo recolhimento do imposto ocorreu na operação anterior; e R\$ 6,44 referentes a mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária NCM’s 9032.8911; 8471.6052 e 8443.3111 (Produtos de Informática), porém com redução de base de cálculo”.

À folha 149, a 4ª JJF baixou o presente processo em diligênci, solicitando que o contribuinte fosse intimado para, querendo, se manifestar acerca da informação fiscal produzida, por intermédio da qual houve o refazimento do lançamento fiscal.

Às folhas 154 a 160, a autuada manifestou-se deduzindo as seguintes razões.

Informa, inicialmente, que, antes mesmo à análise dos autos, salienta que a ora Peticionária, através das planilhas anexas a mídia digital ora acostada, denominadas de “Pagamento (Infração 02) e Pagamento (Infração 03)”, delimitou sobre quais mercadorias realizou o recolhimento do imposto lançado através do Auto de Infração em epígrafe.

Assim, passa à análise do parecer fiscal em contraponto às mercadorias defendidas.

Examinando a informação fiscal, verifica que o Fisco, inicialmente, atesta ter reconhecido parcialmente a procedência dos argumentos sustentados pela ora peticionária, motivo pelo qual procedeu a redução do montante exigido.

Entretanto, argumenta que, em alguns casos, muito embora tenha reconhecido a improcedência do lançamento, a fiscalização procedeu a exclusão somente de parte das mercadorias contidas no levantamento.

Exemplifica relativamente à infração 02. Mercadoria “CD BOX” – NCM 3923.1010. Explica que, de acordo com a fiscalização, tal mercadoria, de fato, não se sujeitava ao regime de ST quando da ocorrência do fato gerador (garantindo, portanto, o direito a crédito da Peticionária). No entanto, ao proceder sua exclusão do levantamento fiscal, afirma que o fisco deixou de considerar as demais mercadorias cujo código NCM/SH é exatamente o mesmo, razão pela qual excluiu o montante de R\$ 29,05 (vinte e nove reais e cinco centavos), ao invés de R\$ 70,63 (setenta reais e sessenta e três centavos). Como forma de comprovar tal fato, segregou do levantamento somente os valores relativos a mercadoria em destaque, conforme se infere do documento também anexo a mídia, denominado “Doc.01”.

Mercadoria “Carro Umbrella” – NCM 8715.0000. Da mesma forma como no item anterior, explica que o Fisco deixou de considerar diversas mercadorias cujo código NCM/SH é exatamente o mesmo da mercadoria descrita. Assim, procedeu a exclusão, apenas, do montante de R\$190,18 (cento e noventa reais e dezoito centavos), quando deveria fazê-lo no valor de R\$ 2.241,55 (dois mil duzentos e quarenta e um reais e cinquenta e cinco centavos). Seguindo o padrão adotado no primeiro item, a ora Peticionária traz à baila os exemplos, através da planilha anexa a mídia digital (Doc.02).

Mercadoria “Skate Semi Profissional” – NCM 9506.9900. Como se não bastasse, urge, ainda, ressaltar que, após análise do relato fiscal, verificou que o montante de R\$ 27,01 (vinte e sete reais e hum centavo) não foi devidamente segregado, consoante argumentos já expostos. (Doc.03). Prossegue, explicando que, não obstante o fisco baiano tenha acolhido os argumentos expostos pela ora Peticionária em relação à grande parte das mercadorias elencadas, fato é que, em sua Impugnação, as mercadorias foram elencadas de forma exemplificativa, objetivando demonstrar (como feito) a incontestável insubstancialidade da autuação fiscal. Desta maneira, assevera que a informação fiscal em voga denota que o Fisco baiano sequer analisou os demais itens contidos nos quadros demonstrativos da Autuação Fiscal. Ao revés, manteve a confortável posição de inércia, limitando-se a excluir, tão somente, aquilo que fora apontado pelo contribuinte. Assim, consoante se verifica através do documento anexo (Doc. 04), garante que há diversas outras mercadorias cujo crédito de ICMS aproveitado pela ora peticionária é absolutamente legítimo, tendo em vista que, à época da ocorrência do fato gerador, não se sujeitavam ao regime de substituição tributária. Ademais, relativamente no que se refere a parcela mantida pela Administração Fazendária, afirma que o fisco baiano não apresentou qualquer dispositivo da legislação capaz de amparar a suposta sujeição ao regime de substituição tributária.

Considerando que os itens elencados não se sujeitavam ao aludido regime de tributação quando da ocorrência do fato gerador, a autuada apresenta todas as justificativas legais que justificam e lhe garantem o direito ao crédito de ICMS, conforme Doc. 05.

Quanto à infração 03, afirma que, igualmente ao ocorrido na Infração 02, o Fisco baiano acatou boa parte da argumentação apresentada pela impugnante em sua defesa. Todavia, ao realizar a exclusão dos valores relativos a mercadorias que se sujeitavam ao regime de Substituição Tributária, manteve a exigência do ICMS sobre mercadorias cuja classificação fiscal (NCM/SH) é exatamente a mesma daquelas excluídas.

Exemplifica a sua argumentação com o caso da mercadoria MOCHILA FLORAL - NCM 4202.1220. Na informação fiscal, autuante denota ter acolhido os argumentos da ora Peticionária, porém, ao proceder a exclusão dos valores relacionados a mercadoria em voga, afirma que não foram

considerados os demais itens, cuja classificação fiscal era a mesma. Assim, ao invés de retirar o montante de R\$ 67,32 (sessenta e sete reais e trinta e dois centavos), o fez somente no valor de R\$32,29 (trinta e dois reais e vinte e nove centavos), conforme tabela demonstrativa que anexa.

Objetivando dar efetividade à constatação fiscal, a impugnante elaborou a planilha anexa (Doc.06), a qual contempla todas as mercadorias cujo código NCM/SH já fora reconhecido pelo Fisco como indevido para consubstanciar o lançamento. Desta maneira, com base no levantamento feito, requer que sejam excluídos os valores relacionados na aludida planilha.

Por todo exposto, requer que seja determinada realização de nova diligência ao fiscal autuante para: “a) excluir do lançamento os valores já adimplidos pela Peticionária, à época da apresentação da Impugnação; b) proceder a efetiva exclusão de todos valores relacionados às mercadorias cuja exigência fiscal fora rechaçada, conforme se infere nas planilhas acostada”.

Após tal fato, requer que seja dada ciência ao contribuinte do valor residual, a fim de que se possa conferir se o lançamento combatido restringe-se, tão somente, às mercadorias mantidas pela Administração Fazendária.

Outrossim, na remota hipótese desta Junta indeferir o pedido ora realizado, requer, subsidiariamente, que seja o Auto de Infração julgado absolutamente nulo, face a flagrante e incontestável afronta ao disposto no artigo 142, do CTN, como também aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nestes Termos, pede deferimento.

Às folhas 164 e 165, o autuante presta uma nova informação fiscal, tecendo as seguintes considerações.

Quanto à infração 02, informa que muitos dos produtos lançados não fazem parte da substituição tributária, conforme já havia dito anteriormente nas páginas 131 a 136, e foram excluídos dos lançamentos de débitos. Porém, agora com a nova manifestação da autuada, acrescenta na lista de exclusão alguns produtos com a mesma NCM, listada pelo contribuinte, que não fizeram parte da exclusão anterior. Apresenta um novo Demonstrativo de Débito, à folha 164, para melhor esclarecimento do saldo devedor.

Quanto à infração 03, informa que muitos dos produtos lançados fazem parte da substituição tributária, conforme já havia dito anteriormente nas páginas 131 a 136, e foram excluídos dos lançamentos de débitos. Porém, agora com a nova manifestação da autuada, acrescenta na lista de exclusão alguns produtos com a mesma NCM, listada pelo contribuinte, que não fizeram parte da exclusão anterior. Apresenta um novo Demonstrativo de Débito, à folha 165, para melhor esclarecimento do saldo devedor.

Às folhas 172 a 176, a autuada apresenta uma nova manifestação deduzindo os seguintes argumentos.

Afirma que, a despeito de o fiscal autuante ter procedido à exclusão de alguns produtos, conforme se infere dos demonstrativos anexados, resta latente que não identificou, de forma clara, sob quais mercadorias (e suas respectivas NCM's), recaem os saldos devedores das infrações 02 e 03.

Deste modo, a fim de que se evite o cerceamento ao direito de defesa da ora Peticionária, tendo em vista que não é possível identificar quais são os produtos que estão contidos nos saldos devedores de cada infração, requer que seja o Autuante intimado a esclarecer o ponto controverso, identificando, para tanto, quais as mercadorias (e suas respectivas NCM's) que compõem os saldos devedores das infrações 02 e 03.

Por todo o exposto, requer que seja determinada realização de nova diligência ao autuante para que: “a) exclua do lançamento os valores já adimplidos pela ora Peticionária, à época da apresentação da Impugnação; b) proceda a efetiva exclusão de todos valores relacionados às mercadorias cuja exigência fiscal fora rechaçada”.

Após tal fato, requer que seja dada ciência ao contribuinte do valor residual devidamente correlacionado com as mercadorias que, supostamente, o fundamenta, a fim de que se possa conferir se lançamento combatido restringe-se, tão somente, às mercadorias mantidas pela Administração Fazendária.

Outrossim, na remota hipótese desta Junta indeferir o pedido ora realizado, requer, subsidiariamente, que seja o Auto de Infração ora combatido julgado absolutamente nulo, face a flagrante e incontestável afronta ao disposto no artigo 142, do CTN como também aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nestes Termos, pede deferimento.

Às folhas 180 e 181, o autuante presta uma nova informação fiscal, tecendo as seguintes considerações.

Informa que foi apresentada, nas folhas 164 e 165 do PAF, uma informação fiscal com o novo demonstrativo de débito das infrações 02 e 03, após exclusão de alguns itens do levantamento apresentado inicialmente nas folhas 08 a 59 do PAF.

Afirma que a autuada está equivocada com seu pedido porque na folha 166 do PAF foi anexado um CD com todas as planilhas demonstrativas das INFRAÇÕES 02 e 03 após todas as exclusões de ajustes realizadas. Informa que neste CD existem as seguintes planilhas: “a) DEMONSTRATIVO DO LANÇAMENTO INDEVIDO DO CRÉDITO DE ICMS NAS ENTRADAS DE MERCADORIAS (INFRAÇÃO 02); e b) DEMONSTRATIVO DAS SAÍDAS DE MERCADORIAS COM ERRO NA APLICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA DO ICMS (INFRAÇÃO 03)”.

Informa, ainda, que na primeira planilha (letra a) constam DATA, NOTA FISCAL, UNIDADE DA FEDERAÇÃO, CFOP, CÓDIGO DA MERCADORIA, DESCRIÇÃO DA MERCADORIA, UNIDADE, QUANTIDADE, VALOR, CRÉDITO INDEVIDO.

Já na segunda planilha (letra b), informa que constam ANO/MÊS, CÓDIGO, DESCRIÇÃO DA MERCADORIA, QUANTIDADE, BASE DE CÁLCULO, ALÍQUOTA E ICMS.

Conclui, afirmando acreditar que essas planilhas são suficientes para esclarecer todas as mercadorias com suas respectivas notas fiscais que compõem os saldos devedores das infrações 02 e 03, conforme a autuada reclama indevidamente em sua defesa (fls. 172 a 176 do PAF).

À folha 185, a 2ª JJF decidiu baixar o presente processo em diligência com vistas a fazer a entrega à autuada, mediante recibo, de cópia do CD acostado ao presente processo.

Tendo sido cumprida a diligência às folhas 187 a 190, o processo foi devolvido a esta junta sem que a autuada tenha se manifestado nos dez dias seguintes.

Esse é o relatório.

## VOTO

Preliminarmente, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados em conformidade com a legislação regente da matéria, cujos valores se encontram contidos nos demonstrativos (folhas 06 a 59). Ademais, houve indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Quanto à Infração 01, constato que a impugnante acatou integralmente o valor lançado (R\$8.957,59), tendo providenciado a sua quitação, conforme comprovante de pagamento à folha 127. Assim, deixa de haver questão controversa, relativa à infração 01, a ser decidida por esta corte. Tenho por procedente a infração 01.

Quanto à infração 02, a impugnante acatou parcialmente o lançamento no que se refere ao valor de R\$3.777,10, conforme folha 73, valor este que foi quitado conforme comprovante de pagamento à folha 127.

Opôs, contudo, suas razões no que se refere às mercadorias descritas à folha 74, alegando que se trata de produtos que não estão sujeitos ao regime da substituição tributária.

Em sua informação fiscal, o autuante, após análise individualizada, acatou parcialmente as alegações da autuada, tendo promovido a exclusão de R\$1.051,11, conforme se pode depreender da leitura de trecho de sua peça informativa, à folha 136, abaixo reproduzido.

“Entendemos que foram esclarecidos os pontos questionados pela defendant, e sendo assim, solicitamos deste Egrégio Conselho as seguintes posições: a) A procedência parcial da infração 02, com a exclusão do valor de R\$1.015,11 referente (sic) a mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária e com direito ao crédito do ICMS; ...”

Em nova manifestação, a autuada alega que, embora o autuante tenha acolhido as suas razões defensivas, não se atentou para o fato de que havia mais mercadorias a serem excluídas, pois as listadas na impugnação o foram somente de forma exemplificativa, compreensão que se extrai da leitura da folha 157, cujo trecho vai reproduzido abaixo.

“Não obstante o Fisco baiano tenha acolhido os argumentos expostos pela ora Peticionária em relação à grande parte das mercadorias elencadas, fato é que, em sua Impugnação, as mercadorias foram elencadas de forma exemplificativa, objetivando demonstrar (como feito) a incontestável insubsistência da autuação fiscal.

...

Assim, consoante se verifica através do documento anexo (Doc. 04), há diversas outras mercadorias cujo crédito de ICMS aproveitado pela ora Peticionária é absolutamente legítimo, tendo em vista que, à época da ocorrência do fato gerador, não se sujeitavam ao regime de substituição tributária.”

Em sua segunda informação fiscal, o autuante acata, mais uma vez, as considerações defensivas, procedendo a nova redução do débito para R\$4.505,89, conforme folha 164.

Em sua derradeira manifestação, a autuada queixa-se de que a autoridade fiscal não identificou, claramente, sobre quais mercadorias recai o saldo remanescente do auto de infração, clamando que o autuante seja instado a esclarecer o lançamento, conforme se extrai da leitura da folha 175, cujo trecho vai reproduzido abaixo.

“Todavia, em que pese o fiscal autuante ter procedido à exclusão de alguns produtos, conforme se infere nos quadros acima, resta-se latente que não identificou, de forma clara, sob quais mercadorias (e suas respectivas NCM's), recaem os saldos devedores das infrações 02 e 03 (grifos acrescidos).

Deste modo, afim de que se evite o cerceamento ao direito de defesa da ora Peticionária, tendo em vista que não possível identificar quais são os produtos que estão contidos nos saldos devedores de cada infração, requer-se a V.Sas. seja o Autuante intimado a esclarecer o ponto controverso, identificando, para tanto, quais as mercadorias (e suas respectivas NCM's) que compõem os saldos devedores das infrações 02 e 03.”

Em nova informação fiscal, o autuante esclarece que o demonstrativo, requerido pela defesa, encontra-se anexado ao processo, em um CD.

Após cientificada em 18/08/14 (às folhas 187 a 190), por AR, das informações contidas no CD citado, e tendo recebido uma cópia, a autuada manteve-se silente, não mais se insurgindo quanto ao lançamento.

Ao silenciar-se, entendo que manifestou a sua concordância tácita com o lançamento, cujo refazimento decorreu de pleito seu. Assim, tenho por parcialmente procedente a infração 02, em conformidade com os valores refeitos pelo autuante e exibidos à folha 164, em montante de R\$4.505,89.

Quanto à infração 03, a impugnante acatou parcialmente o lançamento no que se refere ao valor de R\$2.879,91, conforme folha 73, valor este que foi quitado conforme comprovante de pagamento à folha 127.

Opôs, contudo, suas razões no que se refere às mercadorias apontadas com erro na aplicação da alíquota, para as quais apresenta um demonstrativo (folhas 87 a 100), minuciando o tratamento tributário que entende adequado. Insurgiu-se, também, em relação às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, por entender que a fase de tributação já estaria encerrada.

Em sua informação fiscal, o autuante, após análise, acatou parcialmente as alegações da autuada, tendo promovido a exclusão de R\$676,88, conforme se pode depreender da leitura de trecho de sua peça informativa, à folha 136, abaixo reproduzido.

“Entendemos que foram esclarecidos os pontos questionados pela defendant, e sendo assim, solicitamos deste Egrégio Conselho as seguintes posições: ... b) A procedência parcial da infração 03, com exclusão total de R\$ 676,88, sendo que R\$ 670,44 referente a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cujo recolhimento do imposto ocorreu na operação anterior; e R\$ 6,44 referente a mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária NCMs 9032.8911; 8471.6052 e 8443.3111 (Produtos de Informática), porém com redução de base de cálculo.”

Em nova manifestação, a autuada alega que, embora o autuante tenha acolhido as suas razões defensivas, não se atentou para o fato de que havia mais mercadorias a serem excluídas, cuja classificação fiscal é igual à daquelas mercadorias já acatadas, conforme leitura da folha 157, cujo trecho vai reproduzido abaixo.

“Igualmente ao ocorrido na Infração 02, o Fisco baiano acatou boa parte da argumentação apresentada pela Peticionária em sua defesa. Todavia, ao realizar a exclusão dos valores relativos a mercadorias que se sujeitavam ao regime de Substituição Tributária, manteve a exigência do ICMS sobre mercadorias cuja classificação fiscal (NCM/SN) é exatamente a mesma daquelas excluídas.”

Em sua segunda informação fiscal, o autuante acata, mais uma vez, as considerações defensivas, procedendo a nova redução do débito para R\$4.820,42, conforme folha 165.

Em sua derradeira manifestação, a autuada queixa-se de que a autoridade fiscal não identificou, claramente, sobre quais mercadorias recai o saldo remanescente do auto de infração, clamando que o autuante seja instado a esclarecer o lançamento, conforme se extrai da leitura da folha 175, cujo trecho vai reproduzido abaixo.

“Todavia, em que pese o fiscal autuante ter procedido à exclusão de alguns produtos, conforme se infere nos quadros acima, resta-se latente que não identificou, de forma clara, sob quais mercadorias (e suas respectivas NCM's), recaem os saldos devedores das infrações 02 e 03 (grifos acrescidos).

Deste modo, afim de que se evite o cerceamento ao direito de defesa da ora Peticionária, tendo em vista que não possível identificar quais são os produtos que estão contidos nos saldos devedores de cada infração, requer-se a V.Sas. seja o Autuante intimado a esclarecer o ponto controverso, identificando, para tanto, quais as mercadorias (e suas respectivas NCM's) que compõem os saldos devedores das infrações 02 e 03.”

Em nova informação fiscal, o autuante esclarece que o demonstrativo, requerido pela defesa, encontra-se anexado ao processo, em um CD.

Após cientificada em 18/08/14 (às folhas 187 a 190), por AR, das informações contidas no CD citado, e tendo recebido uma cópia, a autuada manteve-se silente, não mais se insurgindo quanto ao lançamento.

Igualmente ao que sucedera com a infração 02, entendo que, ao silenciar-se, manifestou a sua concordância tácita com o lançamento, cujo refazimento decorreu de pleito seu. Assim, tenho por parcialmente procedente a infração 03, em conformidade com os valores refeitos pelo autuante e exibidos à folha 165, em montante de R\$4.820,42.

Diante do exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o auto de infração conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO	OCORRÊNCIA	ICMS	MULTA	ENQUAD. LEGAL
01	30/06/2010	R\$ 8.957,59	60%	Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96
02	30/09/2010	R\$ 1.036,13	60%	Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96
02	31/10/2010	R\$ 519,09	60%	Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96
02	30/11/2010	R\$ 1.090,37	60%	Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96
02	31/12/2010	R\$ 1.528,30	60%	Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96
03	30/09/2010	R\$ 1.101,03	60%	Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96
03	31/10/2010	R\$ 1.113,06	60%	Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96
03	30/11/2010	R\$ 1.262,61	60%	Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96
03	31/12/2010	R\$ 1.343,72	60%	Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96
TOTAL		R\$ 17.951,90		

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269274.0901/12-6**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.951,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, e VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2014.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR