

A. I. Nº - 269200.0001/14-8
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIAS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 18.03.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0030-04/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Efetuadas correções no cálculo dos valores devidos. Infrações subsistentes em parte. b) SEM A APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPRABATÓRIO. Restou comprovada a origem dos valores lançados a créditos. Infração insubsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas entradas de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao uso e consumo, é devido o pagamento do ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Efetuadas correções no cálculo do valor devido. Infração subsistente em parte. 3. ALÍQUOTAS. ERRO NA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. ICMS EXIGIDO. Fato comprovado, porém foram efetuadas correções no cálculo do imposto. Infração parcialmente caracterizada. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. SAÍDA POSTERIOR TRIBUTADA NORMALMENTE. MULTA PERCENTUAL SOBRE PARCELA NÃO PAGA PELA ANTECIPAÇÃO. Ficando comprovada a falta de pagamento do ICMS devido por antecipação parcial, mas comprovado que efetivamente o imposto foi pago na operação de saída posterior, é cabível a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, Lei 7.014/96. Efetuada correções no cálculo da multa cabível. Infração subsistente em parte. Indeferida a solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/14, exige crédito tributário no valor de R\$ 198.760,75, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Foi lançado imposto no valor de R\$ 16.689,50, mais multa de 60%. Trata-se de falta de estorno de crédito fiscal proporcionalmente à saída efetuada com redução de base de cálculo.

Infração 2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Foi lançado imposto no valor de R\$ 14.310,27, acrescido da multa de 60%. Trata-se de entradas de mercadorias cujas saídas posteriores ocorreram com redução de 100% da base de cálculo ou sujeitas ao regime de substituição tributária, tendo o autuado aproveitado integralmente o crédito fiscal.

Infração 3 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento. Foi lançado imposto no valor de R\$ 23.593,56, mais multa de 60%. Consta que se trata de aquisições destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento ou ao seu ativo imobilizado.

Infração 4 - Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Foi lançado imposto no valor de R\$ 55.303,65, mais multa de 60%.

Infração 5 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Foi lançado imposto no valor de R\$ 14.141,45, mais multa de 60%. Trata-se de operações de saídas tributáveis, efetuadas por meio de ECF, classificadas como isentas ou com o imposto pago por substituição.

Infração 6 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Foi lançado imposto no valor de R\$ 65.049,26, mais multa de 60%. Trata-se de lançamento de crédito fiscal diretamente no Registro de Apuração de ICMS sob as rubricas “Outros Créditos” ou “Estorno Transf. Sub SE/BA”.

Infração 7 – “Multa percentual sobre o valor do imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.” Foi indicada multa no valor de R\$ 9.673,06.

O autuado apresentou defesa (fls. 31 a 62) e, referindo-se à infração 1, diz que, nos exercícios de 2009 e 2010, as operações como a mercadoria “Margarina” foram corretamente escrituradas nos livros fiscais com a alíquota de 7%, porém o Registro 54 do arquivo magnético do SINTEGRA foi gerado de forma equivocada. No CD-ROM de fl. 75, apresenta planilhas com a comparação entre as notas e os livros fiscais, os cruzamentos e cálculos dos valores que entende ser indevidos. Sustenta que nos exercícios de 2009 e 2010 devem ser excluídos os valores de, respectivamente, R\$ 9.426,92 e R\$ 6.860,56. Reconhece como devidos R\$ 267,05 e R\$ 134,97.

Quanto à infração 2, diz que nos exercícios de 2009 e 2010, as operações com as mercadorias “Arroz”, “Feijão”, “Flocos de Milho” e “Sal de Cozinha” foram escrituradas nos livros fiscais com redução de base de cálculo de 100%, porém o Registro 54 dos arquivos magnéticos do SINTEGRA foram gerados de forma equivocada. No CD-ROM de fl. 75, apresenta planilhas com a comparação entre as notas e os livros fiscais, os cruzamentos e cálculos dos valores que entende ser indevidos. Sustenta que nos exercícios de 2009 e 2010 devem ser excluídos os montantes de R\$ 7.813,94 e R\$ 4.162,96, respectivamente. No que tange ao exercício de 2010, diz que o autuante se equivocou em relação às mercadorias “Balão Karamello” e “Café Solúvel”, pois são tributadas normalmente. Dessa forma, reconhece como devidos, nos exercícios de 2009 e 2010, R\$ 186,70 e R\$ 1.724,81, respectivamente.

No que tange à infração 3, argumenta que nos exercícios de 2009 e 2010 foram indevidamente incluídas na autuação: a) notas fiscais referentes a equipamentos de informática, que não estão sujeitos à cobrança de diferença de alíquota em razão da redução de base de cálculo prevista no artigo 87, incisos V e XLIV, do RICMS-BA/97; b) notas fiscais atinentes a aquisições de produtos gráficos tributados pelo ISS (tablóides, lâminas e revistas). No CD-ROM de fl. 75, apresenta planilha com a indicação dos valores que devem ser excluídos da autuação (R\$ 6.336,11 e R\$ 11.039,55). Reconhece como devidos R\$ 2.498,23 e R\$ 3.786,68.

Relativamente à infração 4, diz que o equívoco da fiscalização foi não ter observado que a mercadoria “Doriana” é margarina e não creme vegetal, conforme consta na embalagem e descrição do produto no *site* do fornecedor na Internet (doc. 3 - fl. 75). Aduz que o erro decorreu do fato de a mercadoria constar em seus sistemas com o nome de creme vegetal. No CD-ROM de

fl. 75, apresenta planilhas com a indicação dos valores que no seu entendimento devem ser excluídos da autuação, sendo: R\$ 120,25, em 2009, e R\$ 3.687,68, em 2010.

Quanto à infração 5, afirma que o autuante se equivocou quanto à classificação das mercadorias relacionadas a seguir.

Exercício de 2009 – Diz que as mercadorias “Álcool” (art. 353, II, “33”, do RICMS-BA/97), “Alto-Falante” (Protocolo 41/08), “Caixa Amplificadora” (Prot. 41/08) e “Vinho” (art. 353, II, “2.1”, do RICMS-BA/97) estão enquadradas no regime de substituição tributária. Sustenta que deve ser excluído da autuação o valor de R\$ 2.050,16. Reconhece como devido R\$ 2.493,26.

Exercício de 2010 – Menciona que as mercadorias “Frasqueira” (Protocolo 109/09), “Inseticida” (art. 353, II, “36”, do RICMS-BA/97, e Prot. 109/09), “Mala” (Prot. 109/09), “Odorizante” (art. 353, II, “36”, do RICMS-BA/97, e Prot. 106/09), “Pasta” (Prot. 109/09) e “Sacola” (Prot. 109/09) estão enquadradas no regime de substituição tributária. Argumenta que deve ser excluído da autuação o valor de R\$ 4.719,34. Reconhece como devido R\$ 4.878,68.

Relativamente à infração 6, diz que os créditos fiscais utilizados são válidos e foram regularmente escriturados conforme planilhas que apresenta. Explica que as planilhas foram elaboradas a partir de relatórios extraídos do seu sistema “Mapas de Apuração Recup. ST”, onde constam as notas fiscais com destaque do ICMS de transferência de mercadorias da matriz situada no Estado de Sergipe para a filial autuada localizada no Estado da Bahia.

Em relação ao campo “Outros Créditos”, o autuado apresenta uma planilha para o mês de outubro de 2009, onde constam os demonstrativos referentes ao saldo a recuperar de ICMS atinente ao estoque de balas (art. 3º do Dec. 11.289, de 30 de outubro de 2008).

Afirma que, para colaborar com a busca da verdade material, no CD-ROM de fl. 75, elaborou planilhas para os exercícios de 2009 e 2010, com a indicação dos valores que no seu entendimento devem ser excluídos da autuação, totalizando R\$ 65.049,26.

Quanto à infração 7, diz que no exercício de 2009 o autuante incluiu no levantamento a mercadoria “Vinho”, a qual está enquadrada no regime de substituição tributária conforme o art. 353, II, “2.1”, do RICMS-BA/97. Apresenta demonstrativos, nos quais apura o valor que no seu entendimento deve ser excluído da autuação (R\$ 1.721,97).

No que tange ao exercício de 2010, argumenta que o autuante incluiu no levantamento as mercadorias “Computador” (art. 87, XLIV, do RICMS-BA/97), “Material de Limpeza” (art. 353, II, “36”, do RICMS-BA/97, e Protocolo 106/09), “Mala” (art. 353, II, “38”, do RICMS-BA/97), “Calçados” (art. 353, II, “32”, do RICMS-BA/97), as quais estão enquadradas no regime de substituição tributária. Afirma que, para colaborar com a busca da verdade material, apresentou no CD-ROM de fl. 75 planilhas com a apuração do valor que no seu entendimento é indevido (R\$ 3.342,26).

Solicita a realização de diligência para a exclusão dos valores considerados indevidos e, ao final, requer que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Na informação fiscal, fls. 80 a 91, quanto à infração 1, o autuante afirma que assiste razão ao autuado, remanescendo os valores de R\$ 267,05 (2009) e R\$ 134,97 (2010), conforme planilha que apresenta no CD-ROM anexado à fl. 96.

Acata o argumento defensivo atinente à infração 2, subsistindo neste item do lançamento R\$ 186,70 (2009) e R\$ 1.724,81 (2010), conforme planilha que apresenta no CD-ROM anexado à fl. 96.

Reconhece a procedência do argumento defensivo quanto à infração 3 e, no CD-ROM de fl. 96 apresenta planilha com os débitos remanescentes nos exercícios de 2009 e 2010 (R\$ 2.415,24 e R\$ 3.786,69, respectivamente).

Quanto à infração 4, referindo-se ao exercício de 2009, diz que a mercadoria “Doriana” é creme vegetal e, como prova dessa assertiva, anexa às fls. 92 a 94, cópias de rótulos do referido produto e do *site* do fabricante na Internet, onde consta que se trata de creme vegetal. Já quanto ao

exercício de 2010, admite que a mercadoria “Deline” é margarina. Dessa forma, mantém os valores originalmente exigidos quanto ao exercício de 2009 e, quanto ao exercício de 2010, retifica os valores devidos, passando o débito neste exercício para R\$ 27.210,63.

No que tange à infração 5, quanto ao exercício de 2009, afirma que os argumentos defensivos não elidem a autuação, pois: somente o “Álcool” destinado ao uso automotivo, transportado a granel, está sujeito ao regime de substituição tributária; “Alto-Falante” e “Caixa Amplificadora” somente estão no regime de substituição tributária quando são destinados exclusivamente ao uso automotivo, fato comprovado quando são vendidos em lojas especializadas de venda de acessórios automotivos, o que frisa não se verificar nas vendas em supermercados; “Vinho” somente foi enquadrado no regime de substituição tributária em 01/01/10.

Quanto ao exercício de 2010, afirma que as alegações defensivas não procedem, pois: as mercadorias “Frasqueira”, “Mala”, “Pasta” e “Sacola”, embora os NCMs constem no Protocolo 109/09, somente estão enquadradas no regime de substituição tributária quando destinadas ao uso escolar, o que pelas descrições apresentadas pelo autuado não ocorre com tais mercadorias; “Inseticida” e “Odorizante” somente estão enquadrados na substituição tributária quando forem de uso domissanitário, como diz já ter sido reconhecido pela DITRI.

No que tange à infração 6, acata os argumentos defensivos e diz que, no seu entendimento, está comprovada a regularidade dos créditos fiscais e, em consequência, devem ser afastados todos os valores cobrados nesse item do lançamento.

Em relação à infração 7, afirma que assiste razão em parte do autuado. Em relação ao exercício de 2009, diz que a mercadoria “Vinho” não estava no regime de substituição tributária, pois se trata de vinho de uvas frescas, não aromatizadas.

Quanto ao exercício de 2010, afirma que: a) “Computadores” e “Calçados” estavam sujeito à substituição tributária, devendo, portanto, ser afastada a autuação quanto a essas mercadorias; b) quanto a “Material de Limpeza” assiste razão em parte do autuado, já que repelente de uso tópico tem tributação normal; c) no que tange a “Mala”, não assiste razão ao autuado, pois somente está no regime de substituição tributária aquela destinada ao uso escolar.

Diz que, assim, o valor exigido em relação a 2009 subsiste integralmente (R\$ 4.573,42), ao passo que do débito atinente a 2010 deve ser excluído o montante de R\$ 6.111,76.

Ao finalizar, o autuante sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Notificado acerca da informação fiscal, o autuado se pronuncia às fls. 99 a 149.

Quanto às infrações 1, 2, 3 e 6, afirma que o autuante acatou o argumento trazido na defesa e, assim, solicita que sejam acatadas as exclusões dos valores indevidamente cobrados e que foram excluídos na informação fiscal.

Quanto à infração 4, frisa que a mercadoria “Doriana” é margarina, conforme se depreende da embalagem e da descrição que constam no *site* do fornecedor na Internet, anexadas na defesa. Apresenta planilha, na qual aponta o valor que no seu entendimento deve ser excluído da autuação relativamente ao exercício de 2009 (R\$ 120,25). Quanto ao exercício de 2010, frisa que o autuante acatou o seu argumento.

Quanto à infração 5, diz que os argumentos do autuante não se sustentam, conforme passa a se pronunciar.

Quanto ao exercício de 2009, diz que o autuante fez uma interpretação restritiva quando condiciona ao enquadramento no regime de substituição tributária as mercadorias “Álcool”, “Alto-Falante” e “Caixa Amplificadora” quando destinados exclusivamente ao uso automotivo, fato que, no entendimento do auditor, seria comprovado quanto vendidos em lojas especializadas de venda de acessórios. Frisa que a legislação não prevê essa restrição, conforme o RICMS-BA/97 e o Protocolo ICMS 41/08.

Referindo-se a “Vinho”, transcreve o disposto no art. 353, II, “2” e “2,2”, do RICMS-BA/97, e em seguida, afirma, apresenta tabela com os valores que, no seu entendimento, devem ser excluídos da autuação, no exercício de 2009, no total de R\$ 2.050,16.

No que tange ao exercício de 2010, diz que o autuante fez uma interpretação restritiva quando condiciona ao enquadramento no regime de substituição tributária as mercadorias “Frasqueira”, “Mala”, “Pasta” e “Sacola” quando destinadas exclusivamente ao uso escolar. Ressalta que a legislação não prevê essa restrição, conforme o Protocolo ICMS 109/09.

Quanto às mercadorias “Inseticida” e “Odorizante”, afirma que o autuante fez uma interpretação restritiva quando condiciona ao enquadramento no regime de substituição tributária dessas mercadorias quando forem destinadas ao uso domissanitário. Menciona que a legislação não faz essa restrição, conforme dispositivo do RICMS-BA/97 e do Protocolo ICMS 106/09. Ressalta que os inseticidas fazem parte do regime de substituição tributária quanto apresentados em forma e embalagem exclusiva para uso domissanitário, ou seja, para limpeza de ambientes e não para uso tópico conforme escrito pelo autuante. Após mencionar que o próprio Protocolo ICMS [106/09] informa que são odorizantes/desinfetantes de ambientes e de superfície, afirma que neste caso também são usados em ambientes e não para uso tópico, conforme mencionado pelo autuante. Discorre sobre interpretação de norma tributária, reproduz dispositivo do Código Tributário do Estado da Bahia e, em seguida, afirma que os auditores fiscais não possuem competência para a interpretação da legislação tributária, devendo aplicar o texto literal da lei.

Apresenta tabelas com os valores que, no seu entendimento, devem ser excluídos da autuação quanto ao exercício de 2010 no total de R\$ 4.719,34.

Relativamente à infração 7, diz que os argumentos do autuante na informação fiscal não merecem acolhimento, conforme afirma que demonstrará.

Quanto ao exercício de 2009, repisa que a mercadoria “Vinho” está enquadrada no regime de substituição tributária, conforme o art. 353, II, “2.1”, do RICMS-BA/97. Apresenta tabela com o débito que, no seu entendimento, deve ser excluído da autuação quanto a 2009 (R\$ 1.721,97).

No que tange ao exercício de 2010, diz que em relação a “Material de Limpeza”, o autuante informou que assiste razão em parte ao autuado, pois, no que se refere a “Repelente de Uso Tópico”, o regime de tributação é o normal, tendo acatado o argumento de defesa quanto às demais mercadorias.

Afirma que o autuante fez uma interpretação restritiva quando condiciona o enquadramento da mercadoria “Mala” no regime de substituição tributária apenas quando destinada ao uso escolar, uma vez que a legislação não faz essa restrição. Reproduz trechos do Protocolo ICMS 109/06 e artigos ao Código Tributário do Estado da Bahia e, em seguida, apresenta tabela com o débito que no seu entendimento deve ser excluído da autuação quanto a 2010 (R\$ 3.342,26).

Ao finalizar, requer que seja realizada diligência para efetuar as exclusões dos valores indevidos e solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Instado a se pronunciar, o autuante reitera os termos da informação fiscal.

VOTO

Trata a infração 1 de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

Visando elidir a acusação que lhe foi imposta o autuado afirma que as operações com margarina foram corretamente registradas nos livros fiscais, mas foram informadas nos arquivos magnéticos do SINTEGRA de forma equivocada. Para comprovar seu argumento, apresenta, em meio magnético, planilhas, demonstrativos e cópia de arquivos magnéticos e de livros fiscais. Na informação fiscal, o autuante acolhe os argumentos defensivos e sugere que essa infração seja julgada procedente em parte no valor de R\$ 402,02, sendo: R\$ 267,05 em 2009 e R\$ 134,97 em 2010.

Acato o resultado da informação fiscal, uma vez que os elementos probantes trazidos na impugnação comprovam a procedência do argumento defensivo e, além disso, foram reconhecidos pelo próprio autuante. Assim, a infração 1 subsiste em parte no valor de R\$402,02, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado pelo autuante no CD-ROM de fl. 96.

Cuida a infração 2 de utilização indevidamente de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com redução de base de cálculo em 100% ou sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em sua defesa, o autuado afirma que as operações com “Arroz”, “Feijão”, “Flocos de Milho” e “Sal de Cozinha” foram escrituradas corretamente nos livros fiscais, porém os arquivos do SINTEGRA foram gerados de forma equivocada. Também alega que as mercadorias “Balão Karamello” e “Café Solúvel” são tributadas normalmente. Como prova desses argumentos, apresenta, em meio magnético, planilhas, demonstrativos e cópia de arquivos magnéticos e de livros fiscais. Na informação fiscal, o autuante reconhece a veracidade dos argumentos defensivos e sugere que essa infração seja julgada procedente em parte no valor de R\$ 1.911,51, sendo: R\$ 186,70 em 2009 e R\$ 1.724,81 em 2010.

Acato o resultado da informação fiscal, uma vez que os elementos probantes trazidos na impugnação comprovam a procedência do argumento defensivo e, além disso, foram acolhidos pelo próprio autuante. Dessa forma, a infração 2 subsiste parcialmente no valor de R\$1.911,51, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado pelo autuante no CD-ROM de fl. 96.

Na infração 3, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento.

Em sua defesa, o autuado afirma que no levantamento o autuante incluiu notas fiscais referentes a equipamentos de informática e a produtos tributados pelo ISS. O autuante, na informação fiscal, acolhe o argumento defensivo e sugere que essa infração seja julgada procedente em parte no valor de R\$ 6.201,93, sendo: R\$ 2.415,24 em 2009 e R\$ 3.786,69 em 2010.

Acato o resultado da informação fiscal, tendo em vista que os elementos probantes trazidos na impugnação comprovam a procedência do argumento defensivo e, além disso, tal argumento foi reconhecido como procedente pelo próprio autuante. Assim, a infração 3 subsiste parcialmente no valor de R\$6.201,93, ficando o demonstrativo de débito conforme consta no CD-ROM de fl. 96.

Trata a infração 4 de recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Na defesa, referindo-se ao exercício de 2009, o autuado afirma que a mercadoria “Doriana” é uma margarina e, como prova, apresenta em meio magnético (CD-ROM à fl. 75) cópia de embalagem e descrição da mercadoria constante no *site* do fornecedor na Internet. Na informação fiscal, o autuante sustenta que a citada mercadoria é um creme vegetal e, como prova, também apresenta fotocópia de rótulos e informações constantes no *site* do fabricante na Internet.

Observa-se que as provas trazidas pelo autuado e pelo autuante quanto a esse item do lançamento foram obtidas no *site* do fornecedor e, no entanto, são conflitantes. Segundo as provas trazidas pelo autuado, a mercadoria em questão seria margarina e, portanto, a exigência fiscal improcederia; já de acordo com as provas do autuante, a referida mercadoria seria creme vegetal e, em consequência, seria a autuação procedente.

Visando dirimir a questão, às 09h40 do dia 08/12/14, efetuei consulta no *site* da empresa Seara Alimentos, <http://www.seara.com.br/seara/linha/margarina/>, tendo constatado que o produto Doriana é uma margarina, e não creme vegetal. Dessa forma, acolho o argumento defensivo quanto à mercadoria “Doriana” e, em consequência, excluo da infração 4, relativamente ao exercício de 2009, os valores apurados pelo autuado na planilha gravada no CD-ROM do fl. 75, no montante de R\$ 120,25, cujos cálculos não foram contestados pelo autuante.

Quanto ao exercício de 2010, acolho o posicionamento do autuante que acatou as exclusões atinentes à mercadoria “Deline”, pois as provas trazidas na defesa - informações constantes no site do fornecedor, gravadas no CD-ROM de fl. 75 – atestam a procedência do argumento defensivo, fato que foi expressamente reconhecido pelo autuante na informação fiscal.

Em face ao acima exposto, a infração 4 subsiste parcialmente no valor de R\$ 51.495,74. O demonstrativo de débito referente ao exercício de 2010 fica conforme o elaborado pelo autuante no CD-ROM de fl. 96, e o atinente ao exercício de 2009 fica consoante o apresentado a seguir:

Data	Auto de Infração	Impugnado	ICMS Devido
JAN/09	1.621,92	30,20	1.591,72
FEV/09	431,46	9,70	421,75
MAR/09	2.045,15	24,76	2.020,39
ABR/09	286,76	11,66	275,10
MAI/09	1.597,85	34,07	1.563,78
JUN/09	1.843,55	1,37	1.842,18
JUL/09	2.539,92	3,43	2.536,49
AGO/09	2.644,08	2,75	2.641,33
SET/09	2.836,27	1,15	2.835,13
OUT/09	2.933,74	0,23	2.933,51
NOV/09	3.160,79	0,92	3.159,88
DEZ/09	2.454,85	--	2.454,85
SOMATÓRIOS	24.396,34	120,25	24.276,11

Cuida a infração 5 de falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Na defesa, quanto ao exercício de 2009, o autuado afirma que as mercadorias “Álcool”, “Alto-Falante”, “Caixa Amplificadora” e “Vinho” estão enquadradas no regime de substituição tributária. Na informação fiscal, o autuante afirma que: o “Vinho” só ingressou no regime de substituição tributária em 01/01/10; o álcool que está no regime de substituição tributária é o vendido a granel; as mercadorias “Alto-Falante” e “Caixa Amplificadora” só estão na substituição tributária quando destinadas ao uso automobilístico e vendidas em lojas especializadas de acessórios esportivos.

Em relação à mercadoria “Vinho”, foi correto o procedimento adotado pelo autuante, pois os vinhos de uvas frescas (tintos, rosés ou brancos) só entraram no regime de substituição tributária com o advento do Decreto nº 11.806, de 26/10/09, efeitos a partir de 01/01/10. A redação que vigorou até 31/12/09 era referente a vermutes e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas, o que não é o caso das mercadorias relacionadas na autuação.

Quanto à mercadoria “Álcool”, assiste razão ao autuado, uma vez que o art. 353, II, “33”, do RICMS-BA/97, inclui no regime de substituição tributária o “álcool, exceto para fins carburantes”. Dessa forma, o álcool vendido em supermercados em vasilhames de aproximadamente 1.000 ml está no regime de substituição tributária, conforme alegado na defesa. Ademais, ressalto que o Protocolo ICMS 106/09, no seu Anexo Único, item 14, trata essa mercadoria como sendo material de limpeza e a inclui no regime de substituição tributária.

No que tange às mercadorias “Alto-Falante” e “Caixa Amplificadora”, também assiste razão ao autuado. Conforme se depreende da informação fiscal, essas mercadorias eram destinadas ao uso automotivo, não se confundindo com produtos similares utilizados em sonorização de ambientes. Desse modo, essas mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária conforme o Protocolo ICMS 41/08 e o art. 353, II, “30”, do RICMS-BA/97. Saliento que não há na legislação a previsão de que essas mercadorias apenas estariam na substituição tributária quando fossem revendidas por lojas especializadas em venda de acessórios automotivos.

Quanto ao exercício de 2010, o autuado alega que as mercadorias “Frasqueira”, “Mala”, “Pasta” e “Sacola” estão no regime de substituição tributária. O autuante admite que as NCMs dessas

mercadorias estão no Protocolo ICMS 109/09, porém diz que essas mercadorias só estão no regime de substituição tributária quando destinadas ao uso escolar.

Inicialmente, há que se observar que o Protocolo ICMS 109/09, firmado entre os Estados da Bahia e de São Paulo, “dispõe sobre a substituição tributária nas operações com artigos de papelaria”. Além disso, no Anexo Único desse citado Protocolo, no item “5”, consta “Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes”.

Considerando que o objetivo do Protocolo ICMS 109/09 é disciplinar as operações interestaduais entre os Estados da Bahia e de São Paulo com artigos de papelaria, não vislumbro como se enquadrar “Frasqueira”, “Mala”, “Pasta” e “Sacola” nesse citado Protocolo. O fato de malas, frascas, sacolas e maletas possuírem a mesma NCM na tabela TIPI não é elemento suficiente para incluir essas mercadorias em tela no Protocolo ICMS 109/09, pois, além da NCM, é necessário que a mercadoria coincida com a que está descrita no Anexo Único do aludido Protocolo.

No que tange às mercadorias “Inseticida” e “Odorizante”, também assiste razão ao autuante, uma vez que esses produtos só estão enquadrados no regime de substituição tributária quando forem destinados ao uso domissanitário (saneantes destinados a uso domiciliar). No caso em tela, o “Odorizante” era destinado ao uso automotivo e o repelente era de uso tópico. Nessa situação, essas mercadorias não estão enquadradas no regime de substituição tributária e, portanto, foi correto o procedimento do autuante.

Em face ao acima exposto, do valor originalmente exigido na infração 5, no exercício de 2009, excluo da autuação os débitos referentes às mercadorias “Álcool”, “Alto-Falante” e “Caixa Amplificadora”. Partindo do demonstrativo apresentado pelo próprio autuado no CD-ROM de fl. 75, o qual não foi impugnado pelo autuante, excluo os débitos referentes a “Álcool” (R\$ 1.263,90), a “Alto-Falante” (R\$ 171,31) e a “Caixa Amplificadora” (R\$ 571,98), ficando o demonstrativo de débito quanto a esse exercício da seguinte forma:

Data	Auto de Infração	ICMS Devido
JAN/09	208,43	134,46
FEV/09	102,90	59,05
MAR/09	264,37	174,11
ABR/09	161,56	98,75
MAI/09	345,94	236,01
JUN/09	416,85	231,15
JUL/09	358,05	212,29
AGO/09	631,30	317,42
SET/09	424,05	236,46
OUT/09	439,69	222,63
NOV/09	376,83	198,63
DEZ/09	813,45	415,18
TOTAL DO EXERCÍCIO DE 2009		2.536,14

No que tange ao exercício de 2010, mantenho os valores originalmente apurados e, em consequência, a infração 5 subsiste parcialmente no valor total de R\$12.134,16.

Refere-se a infração 6 a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Na defesa, o autuado explicou que os créditos fiscais decorreram de transferência de mercadorias de sua matriz situada no Estado de Sergipe, mediante nota fiscal com destaque do imposto, bem como a saldos a recuperar de ICMS atinente a estoque de balas (Dec. 11.289/08). Como prova dessa alegação, apresenta planilhas e cópia de mapa de ICMS-ST a recuperar, tudo conforme CD-ROM à fl. 75. Na informação fiscal, o autuante acolhe os argumentos defensivos e solicita que a infração 6 seja julgada improcedente.

Com base no posicionamento do autuante, preposto fiscal que executou a ação fiscal e que teve acesso aos livros e documentos fiscais do autuado, acato o resultado da informação fiscal e julgo a infração 6 improcedente.

Na infração 7, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher antecipação parcial de ICMS referente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, tendo, no entanto, tributado as saídas dessas mercadorias normalmente.

Em sua defesa, o autuado afirma que as mercadorias “Vinho”, “Material de Limpeza”, “Mala” e “Calçados” estão enquadradas no regime de substituição tributária e, portanto, não era devida a antecipação parcial. Diz que “Computador” possui redução de base de cálculo.

Quanto às mercadorias “Vinho” e “Mala”, não assiste razão ao defendente, pois, conforme já demonstrado na infração 5, a primeira só ingressou no regime de substituição tributária em 01/01/10, e a segunda não está relacionada no Anexo Único do Protocolo ICMS 109/09.

As mercadorias classificadas como “Materiais de Limpeza”, (com exceção de “Repelente de Uso Tópico”) e “Calçados” estão no regime de substituição tributária, assistindo razão ao autuado. Assim, sobre essas mercadorias não é devida a antecipação parcial e, em consequência, também não é devida a multa indicada na infração em comento.

A mercadoria “Computador” possui redução de base de cálculo nas saídas internas, conforme alegado na defesa. Considerando que as mercadorias relacionadas nesse item do lançamento são procedentes da Região Nordeste, portanto tributadas com a alíquota de 12%, descabe a exigência da antecipação parcial, haja vista que as saídas internas dessas mercadorias são tributadas com redução de base de cálculo.

Dessa forma, acolho as correções efetuadas pelo autuante na informação fiscal, uma vez que estão de acordo com a legislação tributária aplicável ao caso. Restou, portanto, comprovada a falta de pagamento do ICMS tempestivo devido por antecipação parcial, sendo que o imposto foi pago na operação de saída posterior, tornando, assim, cabível a multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

Observe que os demonstrativos elaborados pelo autuante no CD-ROM de fl. 96 apuram o valor da antecipação parcial que deixou de ser recolhida, ao passo que a infração em comento trata de multa por falta de antecipação parcial em relação a mercadorias que tiveram saídas tributadas normalmente. Assim, tomando por base os demonstrativos da antecipação não recolhida elaborados pelo autuante no CD-ROM de fl. 96, a infração em tela subsiste parcialmente no valor de R\$ 6.411,11, conforme demonstrado a seguir:

Data	Antec. Parcial (R\$)	Multa (%)	Multa (R\$)
Out-09	362,04	60%	217,22
Nov-09	856,08	60%	513,65
Dez-09	3.355,31	60%	2.013,19
Jan-10	3.200,69	60%	1.920,41
Fev-10	2.063,59	60%	1.238,15
Mar-10	847,49	60%	508,49
Mai-10	0,00	60%	0,00
Total Devido na Infração 7			6.411,11

Por fim, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para o deslinde das questões, especialmente quando se observa que o autuado e o autuante cuidaram de apresentar planilhas com os valores que, no entendimento deles, deveriam ser excluídos da autuação, sendo que essas planilhas não foram impugnadas por nenhuma das partes.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 78.556,47.

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 **269200.0001/14-8**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 72.145,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “b”, “d”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como da multa no valor de **R\$ 6.411,11**, prevista no inciso II, alínea “d”, do mesmo artigo e lei, mais os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

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, 10 de março de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA