

A. I. Nº - 298958.0005/14-3
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (HIPER G. BARBOSA)
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 22/04/2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0051-02/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Acatadas as alegações defensivas quanto ao início de vigência do Protocolo ICMS 109/09 e do art. 353, II, item 41, do RICMS/97. Refeito o demonstrativo de débito. Infração subsistente em parte. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. **b)** MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Lançamentos incontroversos. Art. 140 do RPAF/99. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração não contestada. Art. 140 do RPAF/99. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Argumentos defensivos acolhidos com base na incidência do Protocolo ICMS 46/00 e do art. 353, inciso II, itens 11 e 11.2, do RICMS/97. Refeito o demonstrativo de débito. Infração subsistente em parte. 5. RECOLHIMENTO A MENOR. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Acatadas em parte as alegações defensivas sobre duplicidade de lançamentos no levantamento fiscal. Refeito o demonstrativo de débito. Infração subsistente em parte. 6. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não contestada. Art. 140 do RPAF/99. 7. LIVROS FISCAIS. RAICMS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Lançamento incontroverso. Art. 140 do RPAF/99. Pedido de diligência indeferido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/14, refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$337.274,83, mediante as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.06 - "Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária". Valor de R\$11.151,47. Meses de: jan/10 a mar/10; jan/11 e fev/11. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - 06.01.01 - "Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento". Valor de R\$3.562,99. Meses de: jul/10; ago/10; nov/10; ago/11 e dez/11. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - 06.02.01 - "Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento". Valor de R\$8.621,97. Meses de: jan/10 a mar/10; mai/10 a dez/11. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - 16.01.01 - "Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal". Valor de R\$89,32. Mês de mar/10. Multa de 10%.

INFRAÇÃO 5 - 07.01.01 - "Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior". Conta que o sujeito passivo "adquiriu em outras unidades da Federação diversas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, não efetuando o recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo". Valor de R\$50.621,05. Meses de jan/10 a dez/11. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 - 03.02.02 - "Recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas". Valor de R\$211.970,08. Meses de jan/10 a dez/11. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 7 - 02.01.03 - "Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas". Valor de R\$30.238,60. Meses de jan/10 a dez/11. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 8 - 03.01.01 - "Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS". Valor de R\$21.019,35. Meses de abr/10 e out/11. Multa de 60%.

Tempestivamente, o sujeito passivo apresenta impugnação ao lançamento às fls. 170/183, na qual realiza síntese dos fatos motivadores da acusação fiscal e suscita a revisão da autuação, exclusivamente, das infrações 1, 5 e 6, pelas razões a seguir expostas:

Aponta equívoco do lançamento da infração 1, ao constar de operações de aquisição relacionadas com as mercadorias colchões e travesseiros. Tais operações, segundo o impugnante, estão sujeitas ao Regime de Substituição Tributária a partir de 01/03/11, conforme o art. 353, inciso II, item 41, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, transcrita em sua peça. Dessa forma, afirma a inclusão indevida dessas operações nos meses de jan/10 a mar/10; jan/11 e fev/11, cujo montante a ser excluído é de R\$7.895,83.

A respeito da infração 5, o autuado afirma a ocorrência de lançamento indevido das operações de aquisição relacionadas com farinha de trigo, tendo em vista o Protocolo ICMS 46/00 e a exceção do art. 353, inciso II, itens 11 e 11.2, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Em homenagem à verdade material, junta planilha para demonstrar os valores a serem excluídos da autuação, no total de R\$20.174,43, doc. 3, fl. 196.

Sobre a infração 06, o sujeito passivo afirma a existência de lançamentos de itens em duplicidade. Na busca da verdade material, junta planilha para demonstrar os valores a serem excluídos da autuação, no total de R\$10.661,81, doc. 3, fl. 196.

Para evitar o enriquecimento sem causa do Estado e alcançar a verdade material, tendo em vista, inclusive, lançamentos de operações canceladas, requer diligência fiscal a ser realizada pela ASTEC deste Conselho de Fazenda, consoante art. 137, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Pede o provimento integral da impugnação e a procedência parcial do Auto de Infração.

Ao prestar informação fiscal, fls. 201/206, o autuante resume as infrações lançadas, relata a ausência de impugnação em face das infrações 2, 3, 4, 7 e 8 e expressa seus entendimentos quanto aos lançamentos refutados.

Sobre a infração 1, reconhece pertinente a alegação defensiva, na medida em que o levantamento fiscal consta de operações sujeitas à tributação normal diante dos fatos geradores imputados. Nesse sentido, elabora novos demonstrativos, fls. 207/211, em virtude dos valores alterados.

A respeito da infração 05, acolhe o argumento defensivo quanto às operações oriundas do Estado de Sergipe, cujo ICMS da Substituição Tributária, segundo o autuante, encontra-se destacado nos respectivos documentos fiscais. Dessa forma, elabora novos demonstrativos, fls. 212/217, em virtude dos valores alterados.

Quanto à infração 6, relata que *"foi constatado que no mês de outubro de 2011, a duplicidade de alguns itens. O montante dos itens duplicados e excluídos do demonstrativo é de R\$2.309,83 (dois mil trezentos e nove reais oitenta e três centavos. Após exclusão dos mesmos, o débito tributário apurado é de R\$9.719,42 (nove mil setecentos e dezenove reais quarenta e dois centavos). Para esta infração, anexamos novo demonstrativo de débito"*, fls. 218/226.

Requer a procedência em parte do feito nos seguintes termos: *"diante do acatamento parcial das alegações da Autuada e efetuados os expurgos pertinentes constantes no PAF ora em lide, referentes as Infrações 1, 5 e 6, correspondentes ao refazimento dos Demonstrativos de Débito para as mesmas, reclamamos em favor da Fazenda Pública Estadual um crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$306.894,74 (Trezentos e seis reais oitocentos e noventa e quatro reais setenta e quatro centavos) acrescidos dos consectários legais pertinentes"*.

Devidamente cientificado da informação fiscal e intimado, em 25/11/14, fl. 229, o sujeito passivo não produziu manifestação, diante dos novos demonstrativos elaborados na informação fiscal, fls. 207/226.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal - PAF está revestido das formalidades legais no que preceitua o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, tendo sido apurados o imposto, a multa e a respectiva base de cálculo, conforme demonstrativos e documentos juntados aos autos. Há, inclusive, clareza quanto à indicação do nome, endereço, qualificação fiscal do sujeito passivo e das condutas típicas do ilícito administrativo, bem como o nítido exercício do direito de defesa e do contraditório pelo impugnante.

Assim não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, inclusive, no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, ao passo que indefiro o pedido de diligência, diante do Auto de Infração estar apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Oportuno o registro de que apesar do lançamento de ofício constar de oito irregularidades, a pretensão resistida consiste na insurgência contra as infrações 1, 5 e 6. Dessa forma, nos termos do

artigo 140 do RPAF/99, as infrações 2, 3, 4, 7 e 8 estão caracterizadas, nos termos dos lançamentos constantes das fls. 03/06 deste PAF, no total de R\$63.532,23.

Quanto à infração 1 - que imputa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a operações com mercadorias adquiridas, tendo ocorrido o pagamento do imposto por substituição tributária - acompanho o entendimento do autuante e do sujeito passivo sobre a incidência do Regime de Substituição Tributária nas operações com colchões e travesseiros. Efetivamente, de acordo com o Protocolo ICMS 206, de 17 de dezembro de 2010, com efeitos a partir de 01/03/11, o Estado da Bahia aderiu ao Protocolo ICMS 109, de 11 de dezembro de 2009, para inserir as mencionadas operações no Regime de Substituição Tributária. Em 23/12/10, ao art. 353, inciso II, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, foi acrescentado, pelo Chefe do Poder Executivo dessa unidade federativa, o item 41, fixando conduta diante da norma complementar conferida pelo Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ. Logo, nas datas de ocorrências consignadas nas fls. 02/03 deste PAF, referentes aos meses de jan/10 a mar/10, jan/11 e fev/11, as operações com as mercadorias colchões e travesseiros não estavam sob a égide do citado Regime Tributário, o que impõe a pertinente exclusão dessas operações do levantamento fiscal, no sentido da declaração do autuante em sua informação fiscal. Assim, julgo subsistente em parte o respectivo lançamento tributário, no valor de R\$3.255,64, conforme demonstrativo de débito abaixo discriminado, com base nas planilhas elaboradas pelo autuante nas fls. 207/211, decorrentes das devidas exclusões das citadas operações mercantis por falta de previsão normativa, cujos valores não foram refutados pelo sujeito passivo. Cabe registrar o especial destaque ao mês de jan/10, que possui, exclusivamente, operações com a mercadoria colchão, fls. 14/16 dos autos, resultando na exclusão do valor do ICMS devido.

Data Ocorr	Data Vencto.	ICMS devido
31/01/2010	09/02/2010	0,00
28/02/2010	09/03/2010	980,49
31/03/2010	09/04/2010	1.367,72
31/01/2011	09/02/2011	461,56
28/02/2011	09/03/2011	445,87
TOTAL		3.255,64

A respeito da infração 5 que trata de falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, norteado pela informação fiscal da existência de operações provenientes do Estado de Sergipe, com ICMS da Substituição Tributária destacado nos documentos fiscais inerentes à aquisição da mercadoria farinha de trigo, julgo subsistente em parte a acusação fiscal, no valor de R\$30.446,62, em virtude da incidência do Protocolo ICMS 46, de 15 de dezembro de 2000, no qual as Unidades Federativas da Bahia e de Sergipe são signatárias, e das exceções conferidas pelo art. 353, inciso II, itens 11 e 11.2, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Tais normas reconhecidas pelo autuante impuseram a elaboração novas planilhas, fls. 212/217, decorrentes das devidas exclusões, para evitar o *bis in idem*, cujos valores não foram refutados pelo sujeito passivo. Neste contexto, segue o demonstrativo de débito abaixo discriminado para indicar a liquidez do lançamento administrativo, com destaque da inexistência de imposto a ser cobrado nos meses de mai/10 e jun/10, fls. 75/76, em virtude de operações com a mercadoria farinha de trigo, oriundas de pessoa jurídica, localizada no Estado de Sergipe, inscrita como contribuinte substituto no Estado da Bahia, resultando na exclusão dos respectivos valores do ICMS devido.

Data Ocorr	Data Vencto.	ICMS devido
31/01/2010	09/02/2010	2.272,01
28/02/2010	09/03/2010	279,01
31/03/2010	09/04/2010	1.816,46
30/04/2010	09/05/2010	560,31
31/05/2010	09/06/2010	0,00
30/06/2010	09/07/2010	0,00
31/07/2010	09/08/2010	732,92

31/08/2010	09/09/2010	730,50
30/09/2010	09/10/2010	3.916,72
31/10/2010	09/11/2010	2.432,86
30/11/2010	09/12/2010	2.387,31
31/12/2010	09/01/2011	2.887,79
31/01/2011	09/02/2011	2.163,03
28/02/2011	09/03/2011	2.589,01
31/03/2011	09/04/2011	442,71
30/04/2011	09/05/2011	1.540,15
31/05/2011	09/06/2011	10,41
30/06/2011	09/07/2011	819,94
31/07/2011	09/08/2011	483,81
31/08/2011	09/09/2011	840,38
30/09/2011	09/10/2011	200,53
31/10/2011	09/11/2011	711,58
30/11/2011	09/12/2011	2.156,74
31/12/2011	09/01/2012	472,44
TOTAL		30.446,62

Para o deslinde da infração 6, que acusa o sujeito passivo de ter recolhido a menos o ICMS devido em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, se faz necessária a breve síntese da análise do procedimento administrativo realizado e da própria lide.

Os débitos históricos, consignados à fl. 05 do PAF, resultam da soma de valores mensais provenientes de planilhas elaboradas pelo autuante, fls. 94/101 e 102/108, para o exercício de 2010; fls. 109/117 e 118/126, para o exercício de 2011. A exemplos, têm-se: fev/10, débito histórico de R\$6.266,16, fl. 05, resultado da soma de R\$1.551,66, fl. 95, e R\$4.714,50, fl. 103; dez/11, débito histórico de R\$20.883,69, fl. 05, resultado da soma de R\$16.971,47, fl. 117, e R\$3.912,22, fl. 126.

No exercício do contraditório, o impugnante consolida, por mês e exercícios fiscalizados, os dados das planilhas entregues pelo autuante, como se observa no demonstrativo gravado em mídia, constante do doc. 03, fl. 196, e alega que, exclusivamente, no mês de out/11, houve lançamentos em duplicidade da irregularidade imputada, alcançando o valor a ser excluído de R\$10.661,81.

Por seu turno, o autuante informa existência de duplicidade e exclui R\$2.309,83 do levantamento fiscal, fl. 204, valor divergente daquele apontado pelo impugnante. Ato contínuo, relata que, após a exclusão de lançamentos em duplicidade, o débito tributário é de R\$9.719,42.

Vale registrar que a assertiva do autuante sobre o débito tributário é equivocada, visto que para o mês de out/11, o valor originalmente lançado, na fl. 05, de R\$22.181,56 é composto de R\$12.029,25, fl. 115 e de R\$10.152,31, fl. 125. Os demonstrativos juntados, nas fls. 218/225, não revelam o valor total remanescente do ICMS devido desta infração, pois a considerar a exclusão dos lançamentos na ordem de R\$2.309,83, e todos os demonstrativos inerentes à mencionada infração, o débito tributário histórico seria em montante superior àquele informado pelo autuante de R\$9.719,42.

Após os devidos esclarecimentos e compreensão contextual, passo ao conteúdo material da infração 6.

Após exame dos demonstrativos, acolho a revisão promovida pelo autuante, não refutada pelo sujeito passivo, evidenciada nas fls. 218/226, ao excluir, por conta da duplicidade, os registros contendo dados semelhantes de código_produto, descrição, quant., valor_produto e base_cálculo daqueles registrados anteriormente no levantamento fiscal, de forma a reduzir o valor lançado de R\$22.181,56 para R\$19.871,73 do ICMS devido no mês de out/11.

Assim, julgo subsistente em parte a infração 6, no valor total de R\$209.660,25, conforme demonstrativo de débito abaixo discriminado para indicar a liquidez do lançamento administrativo.

Data Ocorr	Data Vencto.	ICMS devido
31/01/2010	09/02/2010	6.719,06
28/02/2010	09/03/2010	6.266,16
31/03/2010	09/04/2010	7.177,51
30/04/2010	09/05/2010	6.545,08
31/05/2010	09/06/2010	8.102,99
30/06/2010	09/07/2010	7.501,73
31/07/2010	09/08/2010	4.570,15
31/08/2010	09/09/2010	4.550,00
30/09/2010	09/10/2010	4.780,37
31/10/2010	09/11/2010	4.730,75
30/11/2010	09/12/2010	8.816,58
31/12/2010	09/01/2011	8.197,16
31/01/2011	09/02/2011	7.918,92
28/02/2011	09/03/2011	7.238,15
31/03/2011	09/04/2011	8.987,63
30/04/2011	09/05/2011	8.613,08
31/05/2011	09/06/2011	7.144,02
30/06/2011	09/07/2011	9.163,10
31/07/2011	09/08/2011	8.311,47
31/08/2011	09/09/2011	7.570,85
30/09/2011	09/10/2011	9.404,70
31/10/2011	09/11/2011	19.871,73
30/11/2011	09/12/2011	16.595,37
31/12/2011	09/01/2012	20.883,69
TOTAL		209.660,25

Portanto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em epígrafe no valor de R\$306.894,74.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298958.0005/14-3, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (HIPER G. BARBOSA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$306.805,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas "a", "b", "d" e "f" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$89,32**, prevista no inciso IX, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2015.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR