

**PROCESSO** - A. I. N° 269274.0903/12-9  
**RECORRENTE** - LOJAS AMERICANAS S.A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0009-01/14  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 05/03/2018

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0014-12/17**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Lançamento refeito pela ASTEC, retificado neste voto. Sujeito passivo logrou êxito nas provas apresentadas. Refeitos os cálculos do imposto a ser lançado. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. Lançamento refeito pela ASTEC. Segundo Assessoria Técnica, o sujeito passivo logrou êxito nas provas apresentadas. Refeitos os cálculos do imposto a ser lançado. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de um Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou por unanimidade, Procedente em Parte, o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2012, que exige ICMS no montante de R\$70.225,29, em decorrência do cometimento de 4 (quatro) infrações, sendo objeto do presente Recurso apenas as infrações descritas abaixo:

*Infração 03 – 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, sendo glosado crédito no valor de R\$25.772,65, com multa de 60%;*

*Infração 04 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte aplicou alíquota zero em diversas operações de saídas de mercadorias tributadas, resultando em recolhimento de ICMS a menor de R\$29.456,81, com multa de 60%.*

Por meio de seu advogado, o sujeito passivo apresentou sua Defesa Administrativa às fls. 144/157, reconhecendo como devido o valor exigível na Infração 2 e impugnando parte das infrações 3 e 4, pelas razões que expôs.

O autuante por sua vez apresentou sua Informação Fiscal às fls. 186/192, esclarecendo os pontos questionados pelo defensor, acatando parte de suas alegações no que tange as infrações 3 e 4, excluindo respectivamente R\$3.838,60 e R\$1.767,81 dos valores inicialmente cobrados.

Em seguida, em face das questões suscitadas pela defesa e pelas informações prestadas pelo autuante, a 1ª JJF remeteu o PAF em diligência, solicitando deste último o refazimento do demonstrativo fiscal das infrações 3 e 4, para indicação mês a mês dos valores remanescentes.

Após a apresentação pelo autuante dos novos demonstrativos, exatamente da forma solicitada, a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 1ª JJF que votou por unanimidade pela Procedência Parcial do Auto de Infração, nos seguintes termos.

**VOTO**

(...)

*Já com relação ao lançamento do item 2º, o contribuinte reconheceu todo o débito, no valor de R\$4.042,87.*

*Quanto ao item 3º, que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, o contribuinte reconheceu parte do débito, no valor de R\$2.234,37.*

O fiscal, ao prestar a informação, admitiu que “alguns itens” listados na planilha fiscal deveriam ser excluídos, mas não indicou o mês ou meses a que correspondiam os valores a serem excluídos. Como não foram elaborados novos demonstrativos, o processo foi remetido em diligência, a fim de que a autoridade fiscal refizesse os demonstrativos, indicando, mês a mês, os valores remanescentes. Em cumprimento à diligência, o autuante apresentou o quadro demonstrativo às fls. 203-204, remanescendo no item 3º o imposto no valor de R\$21.935,06.

Acato o resultado da revisão efetuada pela autoridade fiscal. O demonstrativo do débito deverá ser refeito com base nos elementos às fls. 203-204.

O 4º lançamento refere-se a recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota (aplicação de alíquota zero).

O autuado reconheceu parte do débito, no valor de R\$17.554,21.

Na informação, o fiscal rebateu a alegação da defesa quanto às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, contrapondo que o contribuinte enquadrou no regime de tributação de algumas mercadorias de forma equivocada, conforme passa a demonstrar, observando que algumas mercadorias fazem parte do regime e sendo assim “o fisco excluirá o valor do débito do imposto”, e outras não estão na substituição tributária, e sendo assim “o fisco manterá o valor do débito do imposto” – porém não foram refeitos os demonstrativos fiscais. Quanto às mercadorias enquadradas nas NCMs 8471.6053, 8517.6241, 8471.6052 e 8443.3111, o fiscal dá a entender que os valores devem ser excluídos, ao declarar, de forma dúbia, “Reconhecemos alguns itens listados em sua planilha(Fisco) como “Produtos de Informática”, cobrando o imposto com a alíquota de 17%” – porém não foram refeitos os demonstrativos fiscais.

Tendo em vista que na informação o fiscal propôs a exclusão dos valores de R\$1.749,96 e R\$17,85, porém não indicou o mês ou meses a que correspondem tais valores, de modo a possibilitar à Secretaria do CONSEF refazer o demonstrativo do débito, abatendo aqueles valores no mês ou meses correspondentes, foi determinada a remessa do processo em diligência à repartição de origem a fim de que o autuante refizesse o demonstrativo fiscal, indicando, mês a mês, os valores remanescentes.

Em cumprimento à diligência, o autuante apresentou o quadro demonstrativo à fl. 204, remanescendo o ICMS no valor de R\$27.689,00.

Acato o resultado da revisão efetuada pela autoridade fiscal, uma vez ter sido constatado haver mercadorias com fase de tributação encerrada (regime de substituição tributária) e produtos de informática. O demonstrativo do débito deverá ser refeito com base nos elementos à fl. 204.

Consta à fl. 157 requerimento para que todas as intimações sejam feitas à representante legal, Dra. Ana Elvira Moreno Santos Nascimento, OAB/BA 9.866, estabelecida na Rua Itatuba, nº 201 (Edf. Cosmopolitan Mix), salas 103/104, Jardim Bela Vista, Brotas, Salvador/Bahia, CEP 40275-350. Recomenda-se que as intimações sejam feitas na forma requerida, ressalvando-se, contudo, que não implicará nenhum vício se as intimações forem feitas diretamente ao próprio sujeito passivo, atendidas as regras do art. 108 do RPAF.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já pagos.

O autuado, através dos advogados que o representa, interpôs Recurso Voluntário tempestivo às fls. 234/244.

Inicia esclarecendo que reconheceu o erro cometido com relação à parte do crédito tributário lavrado, motivo pelo qual providenciou o pagamento por inteiro da infração 2 e parcialmente das infrações 3 e 4.

Alega que o órgão julgador de 1ª instância não se debruçou no mérito defendido pela ora Recorrente, tendo adotado a confortável postura de acatar os resultados apresentados pelo autuante, após a promoção fiscal. Entende que pela análise da decisão proferida, constata-se que o julgador de primeira instância sequer analisou a situação tributária dos itens, exemplificativamente elencados.

Para exemplificar o trabalho realizado ainda em fase de impugnação, o autuado explicou que, partindo do levantamento fiscal original, promoveu a exclusão das mercadorias acatadas pelo julgador de primeira instância e identificou, de forma pormenorizada, os fundamentos legais capazes de ensejar a improcedência do crédito tributário. Deste modo, para o montante relacionado a infração 03, elaborou a planilha denominada “Situação Tributária – Infração 3” e para a 4, “Situação Tributária – Infração 4”.

Aduz que, após apreciação de cada ponto elencado pela ora Recorrente, este Egrégio CONSEF chegará a conclusão de que os valores não analisados pelo julgador de primeira instância devem ser excluídos pelos motivos adiante expostos.

No que tange a infração 3, explica que parte dos créditos de ICMS aproveitados pela ora Recorrente 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, hipótese em que é perfeitamente permitido o aproveitamento de crédito de ICMS Normal destacado no documento fiscal.

Detalha que o demonstrativo elaborado pela recorrente denota, neste contexto, todas as mercadorias que não se sujeitavam ao regime de ST quando da ocorrência do fato gerador.

Reproduz como exemplo a tributação de 5 (cinco) produtos que estão sujeitos a sistemática normal de recolhimento do ICMS, sendo permitido o crédito do imposto, posto que o princípio da não-cumulatividade 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.

Portanto, entende estar devidamente comprovada a legitimidade do crédito apurado, em razão do ICMS Normal pago na aquisição de mercadorias (devolução de vendas, estorno de registro indevido e transferência recebidas de outro estabelecimento), devendo a ação fiscal, portanto, ser declarada improcedente.

Em relação à infração 4, a Recorrente com intuito de comprovar seu escorreito procedimento e que o órgão julgador de primeira instância quedou-se inerte no que diz respeito à análise da situação tributária de cada mercadoria elencada, elaborou a planilha a qual anexou à sua tese recursal, na qual demonstra a correta situação tributária dos itens, de modo a não pairar nenhuma dúvida acerca do recolhimento do ICMS devido.

Esclareceu que deixou de recolher o ICMS na venda das mercadorias abaixo 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.

Relaciona 5 (cinco) produtos para comprovar a sua tese, asseverando que não há como prevalecer a cobrança desta parcela do Auto de Infração relativa à “*recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação de alíquota nas saídas por ECF*”, uma vez que o imposto já havia sido recolhido aos cofre públicos em momento anterior.

Pelo exposto, requer que a decisão combatida seja reformada, devendo ser acolhido os argumentos ora apresentados, para que as Infrações 3 e 4 sejam julgadas totalmente improcedentes.

A PGE/PROFIS através da Douta Procuradora Drª Maria José Sento Sé, emitiu opinativo (fls. 249 e 250), reconhecendo que as alegações do autuado quanto ao enquadramento ou não dos referidos produtos na substituição tributária deveriam ser analisadas com mais zelo e desta forma recomendou a realização de diligência para nova análise do caso.

Em seguida, este colegiado em pauta suplementar, decidiu pela conversão do presente processo em diligência para a ASTEC/PROFIS (fls. 254 e 255), recomendando-a que intimasse o sujeito passivo a apresentar planilha relacionando todos os produtos que estariam ou não submetidos ao regime da substituição tributária à época dos fatos geradores e, caso houvesse alteração dos valores mantidos pela JJF, que fosse elaborado os novos demonstrativos das infrações 3 e 4.

Após análise das planilhas apresentadas pelo autuado em sua manifestação, estas que já constavam gravadas no CD (fl. 245) anexado à sua tese recursal, a ASTEC emitiu parecer às fls. 271/273, concluindo que os produtos relacionados nas planilhas estão em conformidade com a legislação do ICMS, efetuando, portanto, a exclusão da cobrança indevida e elaborando novos demonstrativos para as infrações 3 e 4, gravados no CD da fl. 355, resumido na fl. 273.

Insatisfeito com o resultado da diligência da ASTEC, o autuado apresentou manifestação às fls. 362/368, alegando que a referida assessoria não considerou os pagamentos realizados, referentes às duas infrações residuais, explicando também que a quantificação apresentada não revelou quais mercadorias foram objeto de exclusão, bem como não apontou a fundamentação legal capaz de convalidar os valores mantidos.

Instado a se manifestar, o autuante se manteve silente.

A PGE/PROFIS veio novamente aos autos, através do despacho da Douta Procuradora Rosana Maciel Bittencourt Passos, para explicar primeiramente que “as mercadorias correspondentes ao montante reconhecido pelo autuado” devem sim fazer parte dos demonstrativos elaborados pela ASTEC, bem como deverão integrar o total que o CONSEF venha a declarar como devido pelo sujeito passivo, todavia, este mesmo conselho deverá promover a conferência e homologação dos valores pagos, os quais, a partir de então, deixarão de integrar o saldo devedor do auto de infração.

Em seguida, explicou que os demonstrativos das fls. 280/354 lograram identificar as operações em relação às quais se legitima a exigência fiscal de ambas as infrações, e que as planilhas contêm uma coluna que especifica se a mercadoria está, ou não, sujeita à substituição tributária, e, em caso afirmativo, o dispositivo regularmente correspondente.

Por fim, opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

## VOTO

Temos sob apreciação o presente Recurso Voluntário contra a Decisão de piso que julgou por unanimidade, Procedente em Parte, o Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado para cobrar do sujeito passivo ICMS através de 4 (quatro infrações), sendo objeto do presente recurso a infração 3, de crédito utilizado indevidamente e a infração 4, de recolhimento de imposto à menor.

O sujeito passivo, através de seu Recurso Voluntário, se insurgiu contra os valores mantidos pela JJJ referente às infrações 3 e 4, alegando que listou, de forma pormenorizada, os fundamentos legais capazes de ensejar a improcedência do crédito tributário cobrado nessas duas infrações, tendo elaborado planilha própria para comprovar a sua tese.

Registro, que após opinativo da PGE/PROFIS, na qual a Douta Procuradora responsável pelo Parecer indicou o caminho da diligência, para que fossem analisados os argumentos do sujeito passivo, esta segunda câmara assim procedeu, tendo encaminhado o PAF para análise da ASTEC, esta que acatou “*in totum*” as planilhas elaboradas pelo autuado, tendo mantido apenas valores residuais que não foram objeto de questionamentos.

Instado a se manifestar após Parecer da ASTEC, o autuante se manteve silente. Já o sujeito passivo, ainda questionou de forma inadvertida o resultado do trabalho apresentado. Ora, a ASTEC excluiu todos os valores indevidos apontados na tese recursal, com a exceção apenas de um erro formal, erro este que sequer foi apontado pelo Recorrente, mas que neste voto eu reviso e altero, vide explicação abaixo.

Em maio/11, a ASTEC não excluiu o valor de R\$97,68 conforme constava na planilha do Recorrente, bem como não excluiu nenhum outro valor. Todavia no mês imediatamente seguinte (junho/11) a ASTEC lançou como exclusão justamente o valor de R\$97,68, valor este referente ao mês de maio, ao invés do valor de R\$213,72, este último, o valor correto do débito indevido referente a junho. Com isso, excluiu a menos R\$116,04.

Somando, esses dois valores (R\$97,68 e R\$116,04), encontramos o valor levantado como indevido pelo autuado, de R\$213,72.

Desta forma, no que tange a esta infração, quanto ao valor de R\$3.194,54 apurado pela ASTEC, reduzo em R\$213,72, ficando mantida a exigência de R\$2.980,82.

No que tange à infração 4, nenhum erro formal foi encontrado, ficando, portanto atendido em 100% as alegações recursais.

Por fim, considerando que foi a própria Assessoria Técnica da SEFAZ, que teve acesso aos livros, aos documentos fiscais e as planilhas elaboradas pelos autuante e autuado, que refez os cálculos e, reconhecendo a ocorrência de erros nos demonstrativos iniciais apresentados, mantendo a forma que foi conduzido o trabalho, retificando apenas o erro formal referente à infração 3 (vide explicação acima), mantendo na íntegra o resultado da infração 4.

Quanto ao valor já recolhido pelo contribuinte, o mesmo será apropriado pelo sistema da SEFAZ.

Voto desta forma pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, ficando assim o novo demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO				
Data da Ocorrência	Data de Vencimento	Infração 01	Infração 03	Infração 04
		4042,94		
30/09/2010	09/10/2010		432,69	1.134,09
31/10/2010	09/11/2010		917,25	748,50
30/11/2010	09/12/2010		105,06	731,19
31/12/2010	09/01/2011		-	819,07
31/01/2011	09/02/2011		444,74	946,70
28/02/2011	09/03/2011		354,83	860,65
31/03/2011	09/04/2011		23,05	1.066,13
30/04/2011	09/05/2011		107,22	921,15
31/05/2011	09/06/2011		39,04	860,90
30/06/2011	09/07/2011		7,46	828,09
31/07/2011	09/08/2011		30,95	1.067,81
31/08/2011	09/09/2011		26,07	1.105,81
30/09/2011	09/10/2011		98,16	2.253,95
31/10/2011	09/11/2011		256,79	1.027,92
30/11/2011	09/12/2011		23,52	1.641,56
31/12/2011	09/01/2012		114,00	1.391,05
<b>TOTAL</b>		<b>4.042,94</b>	<b>2.980,83</b>	<b>17.404,57</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269274.0903/12-9 lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.428,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS