

A. I. N° - 279463.0004/20-3
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR
ORIGEM - DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/11/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0232-04/22-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. a) SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Excluídos valores referentes a mercadorias tributadas normalmente Item subsistente parcialmente. b) MERCADORIAS ISENTAS. Item subsistente parcialmente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIA TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Item não contestado 3. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Razões de defesa não elidem autuação. Item subsistente. Indeferido o pedido de diligência a ser realizado pela ASTEC. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2020 e refere-se à cobrança de ICMS no valor total de R\$ 65.360,07, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01- 01.02.04 – Utilizou indevidamente credito fiscal de ICMS referente a mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto, no valor de R\$ 1.908,89.

Infração 02 - 01.02.06- Utilizou indevidamente credito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, no valor de R\$ 12.790,88.

Infração 03 - 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas, no valor de R\$ 42.684,70.

Infração 04 - 02.01.03 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$ 7.975,60.

O autuado, através do seu representante legalmente habilitado, apresenta impugnação, fls. 73 a 77, e inicialmente fala sobre a tempestividade de sua apresentação.

Faz uma síntese da autuação afirmando que se trata de Auto de Infração lavrado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia sob alegação de falta de recolhimento de ICMS no montante histórico de R\$ 65.360,07 acrescido de multa e atualização monetária (**Doc. 2**).

Diz que o Agente Fiscal fundamentou a exigência na suposta ocorrência de 4 (quatro) infrações à legislação do ICMS, as quais foram fundamentadas, basicamente, na alegação de ter utilizado crédito indevidamente, ter deixado de recolher o imposto por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis bem como por ter aplicado alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Todavia, a autuação não resiste a uma análise mais apurada dos fatos e a Impugnante discorda integralmente da imposição, razão pela qual passa a tecer sua defesa, conforme a seguir.

Pede a improcedência da infração 01 pois ao apurar o valor da exigência consubstanciada na mesma, o Agente Fiscal ignorou o fato de que algumas mercadorias incluídas na infração 01 são tributadas no regime normal do ICMS, o que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

Informa que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração 01 está na planilha “Infração 01 Defesa”, gravada no CD anexo à presente

impugnação (Doc. 3).

Destaca que a planilha acima referida foi elaborada com base no arquivo de levantamento do lançamento e que é parte integrante do auto de infração. Portanto, as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas.

Sendo assim, a medida que se impõe é a reforma da infração 01, determinando-se a exclusão das mercadorias tributadas do levantamento que embasou a exigência.

Na infração 02 aduz que, ao elaborar o levantamento fiscal da infração em referência, o Auditor Fiscal ignorou o fato de que diversas mercadorias são tributadas no regime normal do ICMS, estando fora do regime de substituição tributária, o que autoriza o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal.

Informa que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração 02 está na planilha “Infração 02 Defesa”, gravada no CD anexo à presente impugnação (Doc. 3).

Destaca que a planilha acima referida foi elaborada com base no arquivo de levantamento do lançamento e que é parte integrante do auto de infração. Portanto, as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas.

Quanto a infração 04 assevera que o autuante ao elaborar o levantamento fiscal da infração em referência equivocou-se ao revisar as alíquotas aplicadas nas saídas, tendo considerado percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS.

Diz que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração 04 está na planilha “Infração 04 Defesa”, gravada no CD anexo à presente impugnação (Doc. 3).

Destaca que a planilha acima referida foi elaborada com base no arquivo de levantamento do lançamento e que é parte integrante do auto de infração. Portanto, as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas.

Sendo assim, a medida que se impõe é a reforma da infração 04, determinando-se a exclusão das mercadorias tributadas, do levantamento que embasou a exigência.

Com base no art. 137, I, ‘a’, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e conforme demonstrado linhas acima, pede a realização de diligência fiscal pois se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência do auto de infração

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- I. realização de Diligência Fiscal, através de Auditor Fiscal integrante da ASTEC do CONSEF, com exame das planilhas anexas à presente defesa (Doc. 3), dos documentos e quesitos que serão disponibilizados na fase da diligência;
- II. Após a diligência, confirmadas as razões de fato e de direito que comprovam as alegações de defesa aqui expostas, requer seja dado integral provimento à presente Impugnação Administrativa, com o consequente cancelamento do auto de infração e da exigência nele contida.

O autuante presta Informação Fiscal às fls.100 a 101, transcrevendo o teor das infrações e ressalva que o contribuinte não apresentou defesa para a infração 03. Em seguida se pronuncia dizendo que realizada a verificação das planilhas apresentadas pela Defesa, concluiu que ao contribuinte assiste razão (em parte).

Informa ter realizado a revisão dos lançamentos conforme planilha anexa e apresenta os novos valores para as infrações como segue:

Infração 01 – Aceita os argumentos. Novo valor da infração R\$ 1.835,29.

Infração 02 – Aceitação parcial dos argumentos. A discordância está em relação aos produtos “castanha caju” que esta fiscalização entende estar enquadrada no item 11.10.1 do Anexo da substituição tributária. Novo valor da infração R\$ 9.348,19 (nove mil, trezentos e quarenta e oito reais e dezenove centavos);

Infração 04 – Rejeita os argumentos. Infração permanece, pois a legislação para a alíquota de notebook é a constante no Art. 268 inciso XXXIV RICMS/2012 e não a do Art.266 inciso XIII RICMS/2012 citada pelo contribuinte (Nota-se que na tabela que compõe o Art. 266 inciso XVIII, notebook e tablet são excetuados).

Conclui que de acordo com o exposto pugna pela procedência em parte do lançamento, imputando ao autuado o pagamento do ICMS no valor de 61.843,78 (sessenta e um mil, oitocentos e quarenta e três reais e setenta e oito centavos), e demais acréscimos legais.

O sujeito passivo foi cientificado e apresenta manifestação às fls. 109 a 110 dizendo concordar com as conclusões do autuante em relação à infração 01.

Em relação a infração 02 afirma que permanece a autuação em relação a mercadoria “castanha de caju” pois a mesma está fora do regime da substituição tributária pois não se enquadra na classificação de salgadinhos, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal, indicando os seguintes itens:

- CASTANHA CAJU LA VIOLETERA NOOTZ TOR 40G: Tributado Normal 17% (A partir de 10 de março de 2016 alíquota de 18% ICMS)- Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- CASTANHA CAJU IRACEMA SACHET 100G: Tributado Normal 17% (A partir de 10 de março de 2016 alíquota de 18% ICMS) - Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Solicita a elaboração de novo levantamento fiscal, para que seja excluída a mercadoria “castanha de caju”, visto que, comprovadamente é tributada no regime normal.

Com relação a infração nº 04, reafirma que ao elaborar o levantamento fiscal, o Auditor Fiscal equivocou-se ao revisar as alíquotas aplicadas nas saídas, tendo considerado percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS. A título de amostragem, segue abaixo a indicação de algumas mercadorias com tributação correta e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal com percentuais superiores:

- CONDIC DOVE PONTAS DUPLAS 200ML: Tributado Normal 17% (A partir de 10 de março de 2016 alíquota de 18% ICMS) - Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- EXTRATO TOMATE HEINZ LT 340G: Tributado Normal 17% (A partir de 10 de março de 2016 alíquota de 18% ICMS) - Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- LEITE LIQ ITAMBE DESNAT 1L: Tributado Normal 17% (A partir de 10 de março de 2016 alíquota de 18% ICMS) - Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- PAPEL HIG PREZUNIC FD C8: Tributado Normal 17% (A partir de 10 de março de 2016 alíquota de 18% ICMS) - Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- NOTEB POSITIVO STILO XR3500 CEL 2GB W10: Tributado 7% - Alíquota 12% efeitos a partir de 01.02.2017 - Artigo 266, inciso XIII, alínea “d”, do RICMS/BA

Sendo assim, reitera-se a necessidade de revisão do levantamento para sejam consideradas as alíquotas corretas, determinando-se a exclusão das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas no levantamento que embasou a exigência.

Reitera suas razões de defesa com relação ao quanto não acatado na informação fiscal e pugna pela improcedência da autuação.

VOTO

O presente Auto de infração lavrado em 30/06/2020 diz respeito a exigência de ICMS no valor total de R\$ 65.360,07, em face das seguintes acusações:

Infração 01 - 01.02.04 - Utilizou indevidamente credito fiscal de ICMS referente a mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto, no valor de R\$ 1.908,89;

Infração 02 - 01.02.06 - Utilizou indevidamente credito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, no valor de R\$ 12.790,88

Infração 03 - 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas, no valor de R\$ 42.684,70.

Infração 04 - 02.01.03 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$ 7.975,60.

Inicialmente verifico que na apresentação da defesa o sujeito passivo não se reportou a infração 03. Portanto, por inexistência de lide, julgo totalmente procedente a infração 03, no valor de R\$ 42.684,40.

No que concerne ao pedido de realização de diligência a ser realizado pela ASTEC, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, mesmo porque o próprio autuante ao prestar a Informação Fiscal concordou em parte com os argumentos defensivos e procedeu as retificações que entendeu necessárias no levantamento inicial, e que serão avaliadas na apreciação do mérito, o que faço a seguir.

A infração 01 diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto.

O impugnante assevera que foram incluídas indevidamente mercadorias tributadas no regime normal do ICMS sem qualquer isenção, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal e informa estar apresentando planilhas elaboradas com base nos levantamentos efetuados pela fiscalização indicando os itens questionados.

O autuante informa que após efetuar as devidas verificações na planilha apresentada pelo sujeito passivo acata todos os argumentos e altera o valor da infração para R\$ 1.835,29.

Concordo com o fiscal autuante que teve acessos aos documentos apresentados pelo defendente e efetuou as devidas alterações elaborando novos demonstrativos inseridos no CD de fl. 105, alterando o valor da infração 01 de R1.908,89 para R\$ 1. 835,28. Infração parcialmente subsistente.

A infração 02 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

O defendente alega que parte dos produtos apontados pela fiscalização estariam fora do regime da substituição tributária, fazendo jus, portanto, a utilização do imposto destacado no documento fiscal.

Informa que as mercadorias que estariam enquadradas nesta condição, encontram-se relacionadas no demonstrativo que elaborou com base no arquivo original inserido no Auto de Infração (**Doc. 3**).

O autuante ao prestar a Informação Fiscal concorda integralmente com os argumentos defensivos exceto, em relação aos produtos CASTANHA CAJU LA VIOLETERA NOOTZ TOR 40G e CASTANHA CAJU IRACEMA SACHET 100G. Reputo correta a exclusão dos itens relacionados pelo Autuado e a manutenção da autuação dos produtos “castanhas de caju” em função destes serem salgados industrializados, sujeitos à substituição tributária, conforme item 11.10.1 do Anexo 1 do RICMS/12 cuja descrição é a seguinte: “*Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg.*”

Desta forma, a Infração 02 é procedente em parte no valor de R\$ 9.348,19, conforme a Informação Fiscal e demonstrativo analítico inserido no CD de fl.105.

A infração 04 acusa o contribuinte de ter efetuado o recolhimento a menos do ICMS em razão de ter aplicado alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O defendente alega que no levantamento efetuado pelo autuante foram considerados percentuais superiores ao disposto na legislação. Informa que a relação completa dos itens encontram-se indicados na planilha que elaborou e encontra-se anexada na presente defesa (Doc. 3).

O autuante mantém a autuação informando que a alíquota de notebook é a constante no Art. 268 inciso XXXIV RICMS/2012 e não a do Art.266 inciso XIII RICMS/2012 citada pelo contribuinte , com o que concordo.(Nota-se que na tabela que compõe o Art. 266 inciso XVIII, notebook e tablet são excetuados).

O defendente ao tomar conhecimento do teor da Informação Fiscal informa que o auditor se equivocou ao elaborar o levantamento fiscal, tendo considerado percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS e indica a título de amostragem os seguintes itens:

- CONDIC DOVE PONTAS DUPLAS 200ML: Tributado Normal 17% (A partir de 10 de março de 2016 alíquota de 18% ICMS) - Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- EXTRATO TOMATE HEINZ LT 340G: Tributado Normal 17% (A partir de 10 de março de 2016 alíquota de 18% ICMS) - Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- LEITE LIQ ITAMBE DESNAT 1L: Tributado Normal 17% (A partir de 10 de março de 2016 alíquota de 18% ICMS) - Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- PAPEL HIG PREZUNIC FD C8: Tributado Normal 17% (A partir de 10 de março de 2016 alíquota de 18% ICMS) - Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- NOTEB POSITIVO STILO XR3500 CEL 2GB W10: Tributado 7% - Alíquota 12% efeitos a partir de 01.02.2017 - Artigo 266, inciso XIII, alínea “d”, do RICMS/BA

Analisando o demonstrativo que deu respaldo ao presente lançamento anexado às fls. 65 a 68 verifico não assistir razão ao autuado, pois em relação a todos os itens acima questionados verifico que o sujeito passivo, aplicou nas saídas a alíquota de 7%, quando o correto seria o apontado inclusive pelo próprio, no caso 17%, 18% ou 12%, razão pela qual foi exigida a diferença do imposto destacados nos documentos fiscais e o previsto na legislação, conforme demonstrado na planilha de 65 a 68.

Como o sujeito passivo não trouxe provas de que a referida planilha não retratava as informações indicadas nos documentos fiscais objeto do presente lançamento a infração 04 fica mantida em sua inteireza.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 61.843,78 conforme a seguir:

INFRAÇÃO	AUTO INFRAÇÃO	VLR. JULGADO	RESULTADO	MULTA
01 - 01.02.04	1.908,89	1.835,29	PROC. EM PARTE	60%
02 - 01.02.06	12.790,88	9.348,19	PROC. EM PARTE	60%
03 - 02.01.03	42.684,70	42.684,70	PROCEDENTE	60%
04 - 02.01.03	7.975,60	7.975,60	PROCEDENTE	60%
TOTAL	65.360,07	61.843,78		

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 **279463.0004/20-3**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar do recolhimento do imposto de **R\$ 61.843,78**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR