

A. I. Nº - 298932.0010/12-0
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA
AUTUANTES - JOSE LUIZ SANTOS SOUZA E ANNA CRISTINA ROLLEMBERG
ORIGEM - DAT METRO
INTERNET 14.06.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0114-04/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO. Ocorrendo entradas de mercadorias, cujas saídas ocorreu com redução de base de cálculo, cabe estorno do crédito no valor correspondente a parte proporcional da redução. Infração elidida em parte. **b)** MERCADORIA ISENTA. Não é autorizada a utilização de crédito fiscal de ICMS, referente aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Infração reconhecida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Mercadoria com tributação normal enquadrada indevidamente no regime da Substituição Tributária. Infração elidida em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/06/2012, exige o débito, no valor de R\$139.219,59, inerente aos anos de 2008, 2009, 2010 e 2011, conforme documentos às fls. 14 a 111 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal do ICMS de R\$28.499,05, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.
- 2 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no montante de R\$5.745,60, referente a mercadorias adquiridas beneficiadas com isenção do imposto
- 3 Recolheu a menor ICMS no valor de R\$104.974,94 em razão de erro na aplicação cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Às fls. 118 a 126 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes argumentos:

Em relação à Infração 1 diz que o período autuado foi de 01/2008 a 10/2011, e que o valor reclamado na infração é de R\$ 28.499,05. Em seguida destaca que, o equívoco da Fiscalização foi não ter observado que os produtos CREME VEGETAL BECEL, CREME VEGETAL DORIANA, CREME VEGETAL CICLUS e GORDURA VEGETAL PRIMOR não contemplam estorno de crédito porque não se enquadram na hipótese de redução de base de cálculo nas operações internas do inciso XXXI do art. 87 do RICMS/BA, que o cita.

Complementa afirmando que o dispositivo legal retro citado aplica-se somente ao caso das MARGARINAS, que possuem composição diferente dos cremes vegetais. Para colaborar com a busca da verdade material, anexou às fls. 139 a 147 documentos que demonstram a composição dos produtos em questão, onde comprovam que não possuem a mesma composição das margarinas comuns e notas fiscais de compras dos produtos mencionados nesta infração (DOC. 03).

Assim, elaborou um demonstrativo, que fez destacar na defesa à fl. 122, com a indicação dos produtos (*códigos, descrição e valor*), que necessitam ser excluídos do levantamento fiscal da infração 01, em que perfaz o montante de R\$ 18.390,35.

Quanto a infração 2, diz que a acusação fiscal foi de que utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Destaca que o período autuado foi de 12/2011 e o valor cobrado na infração é de R\$ 5.745,60, então informa que efetuará o pagamento.

Sobre a infração 3, diz que a acusação fiscal foi de que recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Observa que o período autuado foi 12/2011 e o valor cobrado na infração é de R\$ 104.974,94.

O equívoco da Fiscalização, em relação a infração 3, diz a defendente, foi de não ter observado que as MASSAS DE PASTEL, MASSAS DE PIZZA e LASANHA são derivados de farinha de trigo e não são massas recheadas. Destaca que as massas que fazem parte do regime da Substituição Tributária são as que não têm nenhum tipo de recheio, assim prevê o art. 353, item 11.4.1, do RICMS/BA, *in verbis*:

“Art. 353.

11.4.1 - macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1;” (Grifo da ora Impugnante).

Complementa dizendo que, para colaborar com a busca da verdade material, anexa a presente defesa (fls.149/153) a composição dos produtos em questão e notas fiscais de compras dos produtos mencionados nesta infração (DOC. 04).

Em seguida elabora demonstrativo, com a indicação dos produtos, que necessitam ser excluídos do levantamento da fiscalização, perfazendo o total de R\$ 88.535,00 (fls.125)

Pelo exposto, requer que seja dado integral provimento a presente Impugnação Administrativa, a fim de que o Auto de Infração seja julgado parcialmente improcedente.

Os autuantes ao prestar a informação fiscal, às fls. 156 a 160 dos autos, aduz que a empresa inconformada com o procedimento fiscal apresenta defesa para impugnação do presente Auto de Infração, desenvolvendo as ponderações a seguir descritas, onde destacam que, em relação à Infração 02, a empresa reconhece a procedência da autuação.

Relativamente a Infração 01, que diz respeito a falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo, asseveram que a impugnante alega que as mercadorias CREME VEGETAL DA MARCA BECEL, CREME VEGETAL DORIANA, CREME VEGETAL CILCUS e GORDURA VEGETAL PRIMOR não contemplam estorno de crédito posto que não se enquadram na hipótese de redução de base de cálculo nas operações internas do inciso XXXI do art. 87 do RICMS/BA, que trata da redução de base cálculo de vinagre, charque e margarinas; e solicita a exclusão destas mercadorias do demonstrativo de débito da infração no valor total de R\$ 18.390,35.

Destacam que acatam a ponderação da impugnante em relação à infração 01, relacionada às mercadorias supracitadas, retirando todos os produtos apontados e reduzindo o valor da infração em R\$ 16.999,95. Assim, destacam que, considerando que o lançamento tributário referente às demais mercadorias não foi impugnado, o valor da infração 01 passa a ser de R\$ 11.499,50, conforme o resumo do novo demonstrativo constante da informação fiscal à fl. 158.

Quanto a infração 3, que se refere a recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor total de R\$ 104.974,94, a impugnante alega que as mercadorias MASSA PARA PASTEL, MASSAS PARA PIZZA e LASANHA são enquadradas no regime de Substituição Tributária em razão da composição de farinha de trigo e não são recheadas, estando em acordo com o art. 353, item 11.4.1 do RICMS, não devendo prosperar a cobrança do imposto normal. Buscando comprovar a ponderação apresentou Notas Fiscais de entrada onde consta o NCM 1902.

Assim, destacam que a impugnante solicita a exclusão das mercadorias relacionadas na planilha constantes nas fls. 124 e 125, buscando reduzir o valor total da infração 02 em R\$ 88.535,00.

Quanto à impugnação parcial referente às MASSAS, dizem que a impugnante alega tratar-se de produto sujeito a Substituição Tributária constante do art. 353, alínea II, sub item 11.4.1 - macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1. Ocorre, destacam os autuantes, que as Massas Frescas, aí incluídas todos os produtos ora impugnados, se encontram na exceção feita pela Legislação - *outras preparações não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo*.

Em seguida, salientam, que diferentemente do que a empresa alega, os produtos listados em sua defesa à fls. 124 e 125, não estão sujeitos à Substituição Tributária. Essa afirmação, diz os autuantes, reside no fato do art. 353, no seu inciso 11.4, especificar os produtos preparados à base de farinha de trigo que uma vez enquadrados estariam sujeitos a Substituição Tributária. Desta forma o legislador assevera os autuantes, à luz dos seus entendimentos, listou os produtos como “macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo”, como aqueles que deveriam estar submetidos à Substituição Tributária.

Entendem, portanto, desta forma, que os produtos MASSA PARA PASTEL, MASSA PARA LASANHA e MASSA PARA PIZZA, não fazem parte dos produtos especificados no art. 353, tampouco, constitui uma preparação similar. Portanto, como não houve a inclusão de todos os produtos de NCM 1902.1, mas, tão somente, aquele especificado no normativo, ora em análise, considerou os produtos supracitados como de tributação normal.

Dizem ainda, com o objetivo de melhor esclarecer a questão, recorreram ao acervo de consultas disponível no nosso CPT (Sistema de Consulta de Processos Tributários da SEFAZ) e encontraram, então, a consulta de nº 12847/2009 feita por estabelecimento de ramo de atividade idêntico ao da Autuada onde se conclui “*sendo a Consulente um estabelecimento com atividade de comércio varejista, as saídas de massas de pizza e massas de pastel sofrerão tributação normal e as alíquotas aplicadas serão as previstas no art. 50 do RICMS/BA, conforme a operação realizada, ou seja, operação interna ou interestadual.*”

Salientam que a impugnante não apresentou ponderações para os demais produtos relacionados na infração, reconhecendo, portanto, o lançamento tributário referente a esses produtos, conforme defesa da impugnante, fl. 125 e relatórios Erro na Determinação da Alíquota – 2011, fls. 88 a 111. Portanto, diante dos fatos apresentados, pedimos pela manutenção da infração 03, sem alteração de valor, ou seja, a manutenção do valor de R\$ 104.974,94.

Concluem dizendo que o Auto de Infração é composto de quatro infrações, com valor total de R\$ 317.712,79. Em relação à Infração 1, acatam a impugnação parcial da infração, reduzindo o valor dessa infração em R\$ 16.999,95, passando a infração 01 a ter o valor total de R\$ 11.499,50; Infração 2, solicitam a manutenção da infração, sem alteração de valor, ficando mantido o valor de R\$ 5.745,60 e Infração 3 também solicitam a manutenção da infração, sem alteração de valor, ficando mantido o valor de R\$ 104.974,94.

Logo pelas razões acima relatadas, o valor total do débito (valor histórico) fica alterado para R\$ 122.220,04, conforme planilha que faz constar da informação fiscal à fl. 160 dos autos.

Voltando a manifestar sobre a autuação, agora encima da informação fiscal apresentada pelos Fiscais Autuantes, alega a necessidade de Diligência à ASTEC, pois em relação a infração 01, a acusação fiscal foi de que a autuada deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, relativo as mercadorias CREME VEGETAL DA MARCA BECEL, CREME VEGETAL DORIANA, CREME VEGETAL CICLUS e GORDURA VEGETAL PRIMOR.

Neste sentido diz que os autuantes acataram, no bojo da sua Informação Fiscal, a alegação da defesa em relação aos produtos em destaque que não contempla estorno de crédito porque não se enquadram na hipótese de redução de base de cálculo nas operações internas do inciso XXXI do

art. 87 do RICMS/BA, já que tal dispositivo legal aplica-se somente ao caso das margarinas, que possuem composição diferente dos cremes vegetais.

Assim a defendente destaca que os autuantes dizem em sua informação fiscal de que o valor cobrado da Infração 1 passou de R\$ 28.499,05 para R\$ 11.499,51, ou seja, uma redução de R\$ 16.999,95. Ocorre, destaca a defendente, a redução seria de R\$ 18.390,35, conforme tabela que destaca na sua nova manifestação de defesa (fls. 164 a 174)

Em relação a infração 2 em que a acusação fiscal foi que a autuada utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, a autuada reitera a informação que efetuará o pagamento da infração.

Quanto a infração 3 em que a acusação fiscal foi de que a autuada recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, diz que os autuantes não acataram, no bojo da sua Informação Fiscal, a alegação da defesa e mantiveram na íntegra a autuação sob o fundamento de que os produtos em questão (MASSA PARA PASTEL, MASSA PARA PIZZA e MASSA PARA LASANHA) não fazem parte do regime da Substituição Tributária porque não estão listados no art. 353 do RICMS/BA nem constituem preparação similar.

O entendimento dos autuantes, destaca o defendente, foi no sentido de que legislador listou os produtos no art. 353 do RICMS/BA, e em razão disso não houve a inclusão de todos os produtos que possuem NCM 1902.1, mas, tão somente, os produtos listados no referido art. 353 do RICMS/BA. Portanto, diz o defendente, o cerne da questão controvertida está na definição se os produtos em questão estão ou não sujeitos ao regime da Substituição Tributária (art. 353 do RICMS/BA), onde destaca que o equívoco dos autuantes foi não ter observado que as referidas MASSAS são enquadradas no regime de substituição tributária.

Diz então, que resta claro que o mérito da presente discussão refere-se à classificação fiscal das MASSAS que foram objeto da autuação, sendo que os autuantes entenderam que tais mercadorias se enquadram na posição 1902.30 da TIPI e a autuada entende que o enquadramento correto é na posição 1902.1 da TIPI, sendo portanto alcançadas pelo regime de Substituição Tributária, com enquadramento no art. 353, inciso II, item 11.4.1 do RICMS/BA, que o cita.

Destaca o defendente que o equívoco da Fiscalização foi não ter observado que as *massas de pastel, massas de pizza e massa de lasanha* são derivados de farinha de trigo e não são massas recheadas. As massas que fazem parte do regime da Substituição Tributária, diz o defendente, são as que não têm nenhum tipo de recheio, como o caso presente, assim prevê o art. 353, item 11.4.1, do RICMS/BA.

Assim, elaborou um demonstrativo à fl. 173, indicando os valores relacionados com os produtos MASSA PARA PASTEL, MASSA PARA PIZZA e MASSA PARA LASANHA, objeto da autuação 03, que necessitam ser excluídos do levantamento da Fiscalização, em que totaliza o valor de R\$ 88.535,00

Assim, a autuada reitera o seu requerimento a fim de que o Auto de Infração seja julgado parcialmente improcedente.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no montante de R\$139.219,59, relativo a três irregularidades, sendo a primeira em razão de ter deixado de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, relativo as entradas de mercadorias, cujas as saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, gerando um débito de ICMS, correspondente a parte proporcional da redução, no valor de R\$28.499,05, a segunda por ter utilizado indevidamente crédito de ICMS de R\$ 5.745,60, referente as aquisições de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto e a terceira por ter recolhido a menor ICMS no valor de R\$ 104.974,94 em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O Autuado apresentou impugnação quanto a primeira e a terceira acusação, reconhecendo a segunda, a qual será considerada procedente, por não haver lide.

Em relação à primeira infração, a qual exige o valor do ICMS R\$ 28.499,05, sob a acusação de o autuado ter deixado de estornar crédito fiscal de ICMS relativo a entradas de mercadoria cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, o autuado fez algumas considerações de erros cometidos pelos Fiscais Autuantes, na apuração do demonstrativo de apuração de débito dos exercícios 2008 (fls. 15-35), 2009 (fls. 36-58), 2010 (fls. 59-77) e 2011 (fls. 78-93), de que fizeram constar no levantamento fiscal as mercadorias CREME VEGETAL DA MARCA BECEL, CREME VEGETAL DORIANA, CREME VEGETAL CICLUS e GORDURA VEGETAL PRIMOR na suposição de que tais mercadorias estariam enquadradas na hipótese de redução da base de cálculo nas operações internas do inciso XXXI do art. 87 do RICMS/BA, assim expresse:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XXXI – das operações internas com vinagre, charque e margarinas, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento).(Grifonosso)

De fato, a leitura do citado dispositivo, que também é confirmado pelos próprios Fiscais Autuantes em sua informação fiscal, não se aplica às mercadorias destacadas. Como alega o defendente, o dispositivo legal se aplica a MARGARINA, que possui composição diferente dos cremes vegetais na forma dos documentos acostados aos autos às fls. 138 a 147 e ratificado pelos próprios autuantes.

A controvérsia que se instala na infração 1 é em relação ao valor a ser cobrado de estorno de crédito fiscal de ICMS, que é o objeto da autuação. Assim o defendente alega que os autuantes dizem em sua informação fiscal de que o valor cobrado da infração passou de R\$ 28.499,05 para R\$ 11.499,51, ou seja, uma redução de R\$ 16.999,54. Ocorre, destaca a defendente, a redução seria de R\$ 18.390,35, conforme tabela que destaca na sua nova manifestação de defesa (fls. 164 a 174). Por conta desse desentendimento, pede conversão do presente processo em diligência à ASTEC.

Quanto ao requerimento da conversão do julgamento em diligência, com fundamento no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, entendo desnecessária por considerar suficientes os elementos contidos nos autos, para formação de minha convicção e dos julgadores no levantamento do quantum devido para a infração objeto em análise.

Da análise das peças processuais, em especial os demonstrativo de apuração de débito da autuação, relativo ao levantamento fiscal dos exercícios 2008 (fls. 15-35), 2009 (fls. 36-58), 2010 (fls. 59-77) e 2011 (fls. 78-93), após a exclusão de todos os itens relacionados às mercadorias CREME VEGETAL DA MARCA BECEL, CREME VEGETAL DORIANA, CREME VEGETAL CICLUS e GORDURA VEGETAL PRIMOR, o valor do débito da infração 01 deve ser alterado do valor de R\$ 28.499,05 para o valor de R\$ 11.499,51 na forma do demonstrativo de débito abaixo, representando uma redução do valor da infração em R\$ 16.999,54, que é o mesmo valor encontrado pelos Fiscais Autuantes em sua informação fiscal.

Demonstrativo Débito – Infração 01		
Data Ocorr	Data Vento	Valor Histórico
31/01/2008	09/02/2008	48,60
28/02/2008	09/03/2008	86,72
31/03/2008	09/04/2008	18,02
30/04/2008	09/05/2008	37,04
31/05/2008	09/06/2008	22,02
30/06/2008	09/07/2008	184,97
31/07/2008	09/08/2008	88,29
31/08/2008	09/09/2008	9,16
31/10/2008	09/11/2008	44,07
30/11/2008	09/12/2008	48,32
31/12/2008	09/01/2009	419,21
31/01/2009	09/02/2009	190,79
28/02/2009	09/03/2009	4.861,56
31/03/2009	09/04/2009	0,00
30/04/2009	09/05/2009	0,00
31/05/2009	09/06/2009	527,83
30/06/2009	09/07/2009	302,56

31/07/2009	09/08/2009	236,07
31/08/2009	09/09/2009	174,21
30/09/2009	09/10/2009	4,60
31/10/2009	09/11/2009	1,68
30/11/2009	09/12/2009	64,43
31/12/2009	09/01/2010	17,27
31/01/2010	09/02/2010	738,60
28/02/2010	09/03/2010	632,06
31/03/2010	09/04/2010	3,42
30/04/2010	09/05/2010	64,66
31/05/2010	09/06/2010	1.907,80
30/06/2010	09/07/2010	0,00
31/07/2010	09/08/2010	0,00
31/08/2010	09/09/2010	0,00
30/09/2010	09/10/2010	0,00
31/10/2010	09/11/2010	0,00
30/11/2010	09/12/2010	124,46
31/12/2010	09/01/2011	0,00
31/01/2011	09/02/2011	119,44
28/02/2011	09/03/2011	3,05
30/04/2011	09/05/2011	61,65
30/06/2011	09/07/2011	0,00
31/07/2011	09/08/2011	2,89
31/08/2011	09/09/2011	44,70
30/09/2011	09/09/2011	9,85
31/10/2011	09/11/2011	399,51
Total da Infração		11.499,51

Assim, não logra êxito a assertiva do autuado em dizer que a redução da infração deve ser de R\$ 18.390,35 e não de R\$ 16.999,54 como o encontrado pelos Fiscais Autuantes, pois compulsando detidamente os demonstrativos de apuração de débito da Infração 1, relativos aos exercícios 2008 (fls. 15-35), 2009 (fls. 36-58), 2010 (fls. 59-77) e 2011 (fls. 78-93), efetuando o expurgo mensalmente dos valores relativos às mercadorias CREME VEGETAL DA MARCA BECEL, CREME VEGETAL DORIANA, CREME VEGETAL CICLUS e GORDURA VEGETAL PRIMOR, vamos encontrar o valor do débito para a Infração 01 o montante de R\$ 11.499,51, na forma acima destacado, o que representa uma redução da infração no valor de R\$ 16.999,54, mesmo valor destacado pelos Fiscais Autuantes na informação fiscal.

Quanto a Infração 3 que diz respeito a recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$ 104.974,94 em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituras. Alegam os Fiscais Autuantes de que a autuada promoveu saídas dos produtos MASSA PARA PASTEL, MASSA PARA PIZZA e MASSA PARA LASANHA, no exercício de 2011, considerando que estariam enquadrados no regime da Substituição Tributária regido pelo art. 353, inciso II, item 11.4.1 do RICMS/BA, que assim dispõe:

11.4.1 - macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1;(Grifo nosso)

O entendimento dos Fiscais Autuantes é de que tais produtos não fazem parte dos produtos especificados no item 11.4.1 acima destacado, tampouco, constitui uma preparação similar. Portanto, à luz dos seus entendimentos, como não houve, no citado item, a inclusão de todos os produtos de NCM 1902.1, mas, tão somente, aqueles especificados no normativo, ora em análise, consideraram, quando do desenvolvimento dos trabalhos da ação fiscal, os produtos supracitados com a tributação normal, não aceitando a tese do defendente de que todos os citados produtos estariam sob a égide do regime da Substituição Tributária.

Em que pese tal entendimento, o autuado descreve na sua defesa de que os autuantes entendem que tais produtos não estariam classificados na posição da NCM 1902.1 e sim na posição NCM 1902.30, com isso interpretam que tais produtos não estão enquadrados no regramento do art. 353, inciso II, item 11.4.1 do RICMS/BA, acima destacado.

Diz então o autuado, que o equívoco da Fiscalização foi de não ter observado que as *massas de pastel, massa de pizza e massa de lasanha* são derivados de farinha de trigo e não *massas recheadas*. Em sendo assim, tais massas, à luz do seu entendimento, fazem parte do regime da Substituição Tributária previsto no item 11.4.1 do art. 353 do RICMS/BA, mesmo porque é de seu entendimento, conforme se observa à fl. 170, que todos os produtos objeto da autuação estariam enquadrando na posição da NCM 1902.1.

Resta claro que o mérito da presente discussão é a interpretação literal do item 11.4.1 do art. 353 do RICMS/BA. Como bem observado pelos Fiscais Autuantes, fazem parte do enquadramento neste item apenas os produtos *macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares*, desde que sejam não cozidas, nem recheadas e nem preparadas de outro modo. O destaque da posição da NCM 1902.1 na redação do citado normativo, ao nosso vê, é para dirimir quaisquer desentendimentos na formação dos produtos citados.

Não é a simples indicação da posição da NCM 1902.1, destacada no documento fiscal, que indicará o enquadramento da operação no regramento do citado normativo, mesmo porque um fornecedor pode apor no documento fiscal, para um determinado produto, a NCM 1902.1, outro fornecedor, do mesmo produto, pode apor no documento fiscal a NCM 1902.3, como é o caso dos exemplos apresentados pela própria defendente às fls. 149 e 151, onde o fornecedor “Massa MAGO” classifica o produto – MASSA PARA PASTEL – com o NCM 1902.3 (fl. 149) ; e o fornecedor “Massa PAULISTA” classifica o produto – MASSA PARA PASTEL – com o NCM 1902.1(fl. 151).

Logo, o cerne da infração 3 é de que o autuado promoveu saídas dos produtos MASSA PARA PASTEL, MASSA PARA PIZZA e MASSA PARA LASANHA, no exercício de 2011, considerando que estariam enquadrados no regime da Substituição Tributária regido pelo art. 353, inciso II, item 11.4.1 do RICMS/BA, em que os Fiscais Autuantes entendem que tais produtos não estariam acobertados por tal regramento e consideraram na autuação com a tributação normal, o que coaduna com esse entendimento em relação aos produtos MASSA PARA PASTEL e MASSA PARA PIZZA.

Diferentemente do produto MASSA PARA LASANHA, onde o citado dispositivo é claro em destacar literalmente que o referido produto integra sim ao regime da Substituição Tributária estabelecido no item 11.4.1 do art. 353 do RICMS/BA, que a seguir volto a destacar:

11.4.1 - macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1;(Grifo nosso)

Isto posto, resta razão aos Fiscais Autuantes, em relação aos produtos MASSA PARA PASTEL e MASSA PARA PIZZA, considerar tais produtos com a tributação normal, por não estarem contemplado no regime da Substituição Tributária regido pelo art. 353, inciso II, item 11.4.1 do RICMS/BA. Entretanto, não logra êxito o entendimento dos autuantes em relação ao produto MASSA PARA LASANHA, pois o citado normativo é específico para este produto, enquadrando no regime da Substituição Tributária.

Assim, excluindo do levantamento fiscal da infração 03, acostado aos autos às fls. 98 à 111, os itens relacionados a MASSA PARA LASANHA o valor da infração deve ser alterado de R\$ 104.974,94 para o valor de R\$ 102.851,49 na forma do demonstrativo de débito abaixo:

Demonstrativo Débito – Infração 03		
Data Ocorr	Data Vento	Valor Histórico
31/01/2011	09/02/2011	3.243,67
28/02/2011	09/03/2011	9.472,17
31/03/2011	09/04/2011	15.142,73
30/04/2011	09/05/2011	8.090,18
31/05/2011	09/06/2011	4.944,33
30/06/2011	09/07/2011	3.945,54
31/07/2011	09/08/2011	4.008,46
31/08/2011	09/09/2011	4.129,45
30/09/2011	09/10/2011	5.664,29
31/10/2011	09/11/2011	9.062,59
30/11/2011	09/12/2011	16.203,76

31/12/2011	09/01/2012	18.944,32
Total da Infração 03		102.851,49

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restar procedente em parte as infrações 1 e 3; e totalmente procedente a infração 2 por reconhecimento tácito do autuado.

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 **298932.0010/12-0**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 120.096,60**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO –JULGADORA