

PROCESSO	- A. I. N° 206911.3003/16-0
RECORRENTE	- LOJAS AMERICANAS S. A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0093-04/18
ORIGEM	- IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 26/12/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0308-11/19

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Comprovada, em parte, a alegação recursal de valores atinentes a produtos sujeitos ao ICMS-ST, os quais foram excluídos. Item parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. 2. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Câmeras digitais e filmadoras não se caracterizam como “aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática”, beneficiados com a redução da base de cálculo. Razões recursais não elidem a infração. Mantida a Decisão recorrida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO QUANDO DAS AQUISIÇÕES DAS MERCADORIAS. Razões recursais elidem em parte a infração. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 4ª JJF - através do Acórdão JJF nº 0093-04/18 - que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 30/09/2016 para exigir o débito de R\$86.250,91, relativo ao exercício de 2012, apurado em razão da constatação de cinco infrações, sendo objeto deste Recurso apenas as infrações 2, 3 e 5, a seguir transcritas:

Infração 2 – Deixou de recolher ICMS de R\$42.464,26, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, conforme demonstrativo constante no anexo 4, sob a forma de mídia gravada (CD).

Infração 3 – Recolheu a menor ICMS de R\$34.098,78, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativo constante no anexo 1, sob a forma de mídia gravada (CD).

Infração 5 – Multa no valor de R\$9.119,77, correspondente ao percentual de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, conforme demonstrativo constante no anexo 5, sob a forma de mídia gravada (CD).

A Decisão julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, no valor de R\$58.374,23. O contribuinte reconheceu e recolheu os valores exigidos relativos às infrações 1 e 4 do lançamento de ofício.

Quanto à infração 2, que trata de prática de operações tributáveis, porém, consideradas como não tributáveis, o autuado insurge-se apenas quanto às mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, por já se encontrarem com a fase de tributação encerrada e não mais estariam sujeitas à exigência do imposto, tendo o autuante acolhido parcialmente os argumentos defensivos e excluído diversos produtos, dentre os quais caramelos butter, toffe, conjunto de banho, conf. Tortuguita, escada de alumínio, fogão maleta, games, mega fábrica de brincar, oficina máster, máscara de elástico, torrone, dentre outros.

Em sua manifestação acerca da informação fiscal, o autuado, após acolher as alterações levadas a efeito, passou a insurgir-se apenas em relação aos seguintes produtos, por entender que se encontram incluídos no rol da substituição tributária: Pelúcia almofada bichos div 30cm (código 1-4153800) NCM 9503.0031e Mochila notebook Código 1-2148932 – NCM 4202.9200.

Quanto ao produto pelúcia almofada bichos div, alega o autuado que o mesmo está incluído no art. 353, II, item 37 c/c item 40, do anexo 88 do RICMS/97, bem como no art. 289 c/c item 7, do anexo 1 do RICMS/12.

A JJF, ao analisar a legislação citada, concluiu que não assiste razão ao autuado em seu argumento, pois, os itens 40 e 07 mencionados, NCM 9503.00, se referem ao produto brinquedos, diferentemente, portanto, do produto almofada, o qual não se enquadra ou se assemelha com nenhum dos produtos (brinquedos), constantes dos referidos anexos.

Quanto ao produto mochila notebook, NCM 4202.9200, a JJF aduziu que esta questão já foi enfrentada em outros julgamentos neste CONSEF, a exemplo do Acórdão nº 0014-06/14, cuja decisão foi mantida pela 1ª CJF, mediante Acórdão nº 00164-11/14, que define que a mochila notebook não está inserida no rol da substituição tributária.

Ainda em relação à infração 2, a autuada insurge-se sobre a exigência de imposto calculado sobre encargos financeiros, pontuando que os valores suportados em relação aos mesmos, decorrem do acréscimo ao valor final da operação e tem como objetivo apenas o de refletir o custo do financiamento que suporta com recursos próprios, citando exemplos e decisões originárias de tribunais superiores que entende lhe darem guarda.

A JJF salientou que esta é outra questão recorrente neste órgão julgador, que já enfrentou e decidiu diversos autos de infração lavrados contra a própria autuada, todos desfavoráveis ao seu posicionamento, a exemplo do Acórdão JJF nº 0041-02/12, o qual foi mantido no Acórdão nº 0027-11/14, cujo excerto do voto transcreve.

Aduz ainda a JJF que o art. 17 da Lei nº 7.014/96, dispõe de forma clara em seu § 1º, inciso II, “a”, que integra a base de cálculo do imposto, o valor correspondente a “seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição”. Portanto, como se trata de valores que foram debitados aos clientes em suas operações de aquisições de mercadorias no estabelecimento do autuado, estas quantias devem, por imposição legal, serem incluídas na base de cálculo do imposto, conforme o fez corretamente o autuante.

Desta maneira, a JJF acolheu a revisão fiscal levada a efeito na informação fiscal, e votou pela procedência parcial da infração 2 conforme consignado no demonstrativo de fls. 80 e 81.

No que diz respeito à infração 3, o autuado alega que o autuante cometeu equívocos ao quantificar a exigência fiscal, vez que em determinadas mercadorias apurou e recolheu o imposto com base na alíquota de 7%, enquanto que o autuante procedeu o lançamento utilizando a alíquota de 17%.

A título de exemplo, citou a mercadoria “leite em pó,” observando que a exigência fiscal se deu com base na alíquota de 12%, em produto sujeito à redução da base de cálculo, enquanto que a incidência efetiva é de 7%. Contudo, na informação fiscal foi sustentado que os produtos considerados pelo autuado como sendo leite em pó são, em verdade, compostos lácteos e não estão acobertados pela redução da base de cálculo, conforme diversos julgados já realizados neste CONSEF.

O autuado também apontou como outros equívocos a exigência fiscal sobre câmaras digitais e filmadoras, NCM 8525.8029, enquanto que o autuante sustentou que estes produtos não gozam do benefício da redução da base de cálculo, conforme pugnado pela defesa, haja vista que não podem ser considerados como equipamentos estáticos, acopláveis ao computador, consoante Acórdão da 2ª CJF nº 0238-12/16.

O relator da Decisão recorrida consigna ter participado de julgamento realizado pela 4ª JJF, conforme Acórdão nº 0112-04/17, sobre matéria idêntica, do que pede vênia para transcrever o voto proferido, o qual acompanhou na íntegra, para afinal manter na íntegra a infração 3.

Em relação a infração 5, inerente a multa percentual sobre o valor do imposto que deixou de ser pago a título de antecipação tributária, o argumento defensivo pauta-se no fato de que as mercadorias, objeto da autuação, não estão sujeitas a antecipação tributária total e sim a antecipação parcial, cujo pagamento, a este título, foi realizado.

O preposto fiscal, ao analisar os argumentos defensivos, concordou por afastar apenas a exigência relacionada ao produto “caixa registradora eletrônica”, excluindo-o da autuação, mantendo, todavia, a penalidade em relação aos demais produtos constantes do Anexo 5 da autuação (CD).

Objetivando dirimir as questões suscitadas pela defesa, a JJF converteu o PAF em diligência para que o autuante se pronunciasse e esclarecesse a real situação tributária dos produtos questionados pelo autuado, tendo este se posicionado às fls. 182 e 183 dos autos. Por sua vez, ao se manifestar acerca da diligência, o autuado questionou, pontualmente, os produtos “Pipoca Magitec”, “Pipoca Blockbuster,” além de Sabão

Cremoso Higi Calcinha”.

Quanto aos produtos “pipoca” sustenta que não estão incluídos na NCM 1904.10.00, a qual é clara ao excetuar o item “milho” de sua abrangência.

Em relação a estes produtos, a JJF concluiu que não assiste razão ao autuado, pois, conforme citado pelo autuante, este CONSEF já se posicionou anteriormente em relação a esta questão, a exemplo do Acórdão nº 0133-01/15, cujo fundamento o relator diz acompanhar, razão pela qual transcreve excerto, mantendo a penalidade aplicada relacionada aos produtos “pipoca”.

No que diz respeito ao “Sabão Higi Calcinha”, NCM 3401.20.90, a JJF concluiu que a classificação fiscal encontra amparo no item 25.4, do Anexo I do RICMS/12 e, de acordo com os docs. de fls. 238 e 239, vê-se que a referida NCM abarca todos os tipos de sabões. Portanto o sabão cremoso se encontra albergado de fato no item 25.4 do Anexo I, sujeito à substituição tributária.

Ainda em sua manifestação à diligência realizada, o autuado apresentou um demonstrativo com outros produtos que ao seu entender estão submetidos à antecipação parcial, quais sejam: milho crocante churrasco, original e pimenta, NCM 2008.99.00 e cadeiras auto infantil, voyage e cosco, bebe conforto, e assentos autos, todos enquadrados na NCM 9401.80.00.

Em relação aos produtos cadeiras auto e assentos autos citados pelo autuado, a JJF aduziu que se trata de uma questão também já enfrentada pelo CONSEF em ambas as instâncias de julgamento, que por uma questão de coerência e por comungar com o mesmo entendimento ali externado, transcreve excertos de votos relacionados a estes fatos, de modo a amparar sua conclusão de manter a penalidade em relação aos produtos cadeiras auto e assentos auto.

No tocante aos produtos intitulados “milho crocante”, tendo o autuado citado a NCM 2008.99.00, e também alegado que estão sujeitos à antecipação parcial, a JJF concluiu que, de fato, o item 38 do Anexo I do RICMS/12, que se refere a salgados industrializados, não abarca essa NCM. Entretanto, como o autuado aponta ser um tipo de salgado que tem como matéria-prima um subproduto de milho, enquadra-se então na posição 1904.10, estando, portanto, sujeito à antecipação tributária total. Assim, manteve a penalidade em relação a este item.

Por fim, julgou a infração 5 parcialmente procedente e concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$58.374,23, de acordo com os demonstrativos constantes às fls. 80 e 81 dos autos.

Inconformado com a Decisão exarada pela 4ª JJF, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 292/301, onde diz que, quanto à parcela remanescente, não pode concordar com os argumentos sustentados pela JJF visto que o lançamento foi fundamentado em presunções equivocadas.

Relativamente à infração 2, cuja acusação é de que o contribuinte praticou operações tributáveis como não tributáveis, a recorrente aduz que, quando da impugnação, apontou que grande parte da exigência era indevida, eis que vinculada às operações com mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária. Contudo, embora a fiscalização tenha excluído parte dos casos demonstrados, subsistiram indevidamente no levantamento fiscal diversas outras mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, conforme a seguir:

1. NCM 39269090 - COLCHAO CASAL INTEX78257687589 - artigo 353, II, item 41 c/c item 44 do anexo 88, ambos do RICMS/97 e anexo 1, item 15.1 do RICMS/2012;
2. NCM 39269090 - COLCHAO CASAL C/BOMBA PRESTIGE INTEX78257669288 - artigo 353, II, item 41 c/c item 44 do anexo 88, ambos do RICMS/97 e anexo 1, Item 15.1 do RICMS/2012;
3. NCM 19053100 - CASE NOTEBOOK BOLAS 14 L103789026583272 – artigo 353, II, item 38 c/c artigo 356 do RICMS/97 e artigo 289, § 17, II, c/c anexo 1, item 24.25 do RICMS/2012;
4. NCM 42021220 - CASE P/ TABLET 7", PRETO BO098 MULTILASER - artigo 353, II, item 38 c/c artigo 356 do RICMS/97 e artigo 289, § 17, II, c/c anexo 1, item 24.25 do RICMS/2012;
5. NCM 57032000 - CAPACHO NYLON SORTIDO 60X40 BELLA789687313670 - artigo 353, II, item 40.1 c/c item 43.1 do anexo 88 do RICMS/97 e artigo 289, § 17, II, c/c item 24.25 do anexo 1 do RICMS/12.

Assim, requer nova diligência a fim de que as mercadorias indevidamente arroladas no presente

levantamento fiscal sejam definitivamente excluídas.

Inerente à infração 3, cuja acusação é de recolhimento a menor em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, a recorrente aduz que a exação fiscal está consubstanciada na exigência do recolhimento do ICMS relativo a operações cujas mercadorias se encontravam amparadas pelo benefício de redução de base de cálculo do ICMS, conforme dispõe o artigo 87 do RICMS, bem como artigo 266, XIII, “tabela”, do RICMS/2012 (ambos vigentes ao fato gerador), eis que os produtos autuados, câmeras digitais e filmadoras, encontram-se no rol do Anexo 5-A e foram devidamente classificados no código NCM nº 85258029, o qual encontra-se descrito no dito anexo.

Salienta que o entendimento suscitado pela 4ª JJF não merece guarida porque desconsidera o fato de que as câmeras digitais comercializadas possuem, também, a função de “web cam”, do que ressalta que o Anexo 5-A, do RICMS/BA, aplicável à época, não previa que os produtos deveriam ser utilizados, exclusivamente, como “web cans”, mas sim que fossem conectáveis ao microcomputador e capazes de produzir e transmitir imagens pela internet.

Assim, considerando que os produtos possuíam tais funções, a recorrente sustenta não haver razão para excluí-los do benefício instituído pelo Estado da Bahia, já que os dispositivos legais que dispõem sobre incentivos fiscais devem ser interpretados literalmente, como prevê o artigo 111, II, do CTN, pois o produto é uma câmera; poderá ser conectada a um computador e é capaz de produzir e transmitir imagens pela internet, motivo pelo qual deve ser reformada a decisão.

Quanto à infração 5, cuja multa decorre da acusação de que teria deixado de recolher na íntegra o ICMS de forma antecipada, relativo às mercadorias sujeitas ao regime de ST, alega a recorrente que identificou que diversas mercadorias autuadas, diferentemente do acusado, estão, na verdade, sujeitas ao regime de Antecipação Parcial e, portanto, não procede a premissa fiscal de que a antecipação do recolhimento do ICMS deveria ser integral, já que os produtos que compõem o levantamento fiscal não estão elencados nos anexos 88 e 89 ou nos art. 353 a 369 do RICMS/97 e nem no Anexo 1 do RICMS/12. Logo, não há qualquer equívoco procedural quanto ao momento do pagamento do imposto.

Salienta que, objetivando comprovar que a autuação fiscal é improcedente, juntou aos autos, em sede de impugnação, planilha contendo a relação dos produtos sujeitos a Antecipação Parcial (“DOC. 05”) para demonstrar que todas as obrigações (sejam elas principais ou acessórias) foram estritamente observadas, conforme determina a legislação estadual.

Assim, considerando que a JJF só procedeu à exclusão da mercadoria “caixa registradora eletrônica”, mantendo as demais mercadorias juntadas, promoveu a juntada da planilha acostada à impugnação por mídia digital, contendo a relação de produtos sujeitos à antecipação parcial (DOC. 02).

Por fim, diz ser imperioso esclarecer que, mesmo que se verificassem mercadorias na sistemática da substituição tributária, o Fisco não comprovou, nos autos, a responsabilidade da recorrente pelo pagamento do imposto, na qualidade de substituta. Por sua vez, diz que não encontrou norma que lhe atribuísse a responsabilidade pelo pagamento como substituta tributária. Pelo contrário, identificou somente a responsabilidade subsidiária pelo pagamento do ICMS, o que foi feito, mas sem alusão à sistemática da ST (art. 6º, § 2º, da Lei nº 7.014/96, Lei do ICMS). Assim, requer seja reconhecido o descabimento da penalidade aplicada.

Diante do exposto, segundo a recorrente, restando-se demonstrado que as infrações remanescentes foram fundamentadas pelo Fisco em equivocadas presunções, requer que seja dado provimento ao Recurso Voluntário para:

1. na exação 2 determinar a realização de nova diligência, a fim de que as mercadorias sujeitas à ST, indevidamente arroladas no presente levantamento fiscal, sejam definitivamente excluídas;

2. na exação 3, reconhecer e proceder à exclusão das mercadorias “câmeras digitais” e “filmadoras”, visto que estas possuem benefício de redução de base de cálculo, como já restou comprovado;
3. reconhecer a improcedência da infração 5, visto que não houve descumprimento de obrigação acessória pela recorrente, razão pela qual a exigência de penalidade não merece prosperar.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1^a instância, no que tange às infrações 2, 3 e 5 do lançamento de ofício.

Alega a recorrente ser indevida a parte remanescente da *segunda infração*, eis que vinculada às operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, do que requer nova diligência a fim de que as mercadorias indevidamente arroladas no presente levantamento fiscal sejam definitivamente excluídas.

Inicialmente, denego a realização de nova diligência visto que o próprio recorrente aponta os produtos que entende sujeitarem-se ao regime de substituição tributária, citando inclusive o correspondente NCM e dispositivos legais, permitindo assim a devida análise dos novos fatos alegados.

Alega a recorrente que os produtos COLCHÃO CASAL INTEX78257687589 e COLCHÃO CASAL C/ BOMBA PRESTIGE INTEX78257669288, assim como outros colchões (doc 1; CD fl. 302), sob a NCM 39269090, se submetem ao regime de substituição tributária, nos termos do art. 353, II, item 41 c/c item 44 do anexo 88, ambos do RICMS/97 e anexo 1, item 15.1 do RICMS/2012.

Da análise de tais alegações, inclusive de todos os produtos inseridos no “doc. 1”, verifico que:

1º) Todos os *colchões* que compõe o valor remanescente da infração 2 (Anexo 4 Corrigido, CD à fl. 148), corroboram com a alegação da recorrente de que possuem a NCM 39269090, cujo capítulo da TIPI a qual se insere a referida NCM reporta-se ao segmento de “*Plásticos e suas obras*”.

Logo, não se enquadra na categoria de colchões, sob o código 9404.2, a qual se coaduna às normas citadas pela recorrente e de sujeição à substituição tributária, o que comprova que tais produtos (colchões plásticos infláveis) não se encontravam sob o regime de substituição tributária, devendo manter os valores atinentes na quantia remanescente da infração 2, como relacionado no “Anexo 4 Corrigido”, CD à fl. 148 dos autos, inerentes aos diversos tipos de colchões, todos sob NCM 39269090.

2º) Quanto aos produtos CASE NOTEBOOK; CASE P/ TABLET e MOCHILA NOTEBOOK, a recorrente alega corresponder aos NCM 42021220 e 42029200, sujeitos ao regime de substituição tributária, nos termos do art. 353, II, item 38, do RICMS/97 e art. 289, § 17, II, c/c anexo 1, item 24.25 do RICMS/2012.

A NCM 4202.12.20 se coaduna às normas citadas pela recorrente, o que comprova que CASE e MOCHILA P/ NOTEBOOK ou P/ TABLET, se encaixam como produtos de papelaria listados no anexo único do Protocolo ICMS 109/09 e no anexo único do Protocolo ICMS 28/10, a título de “Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes”, logo, sob o regime de substituição tributária, devendo ser excluídos os valores atinentes à infração 2 (Anexo 4 Corrigido, CD à fl. 148).

3º) Quanto ao CAPACHO NYLON SORTIDO 60X40 BELLA789687313670, NCM 57032000, a recorrente comprova que tal produto se submete ao regime de substituição tributária, nos termos do art. 353, II, item 40.1 c/c item 43.1 do anexo 88 do RICMS/97 e artigo 289, § 17, II, c/c item 24.25 do anexo 1 do RICMS/12. Assim, devem ser excluídos os valores atinentes da parte remanescente da infração 2.

4º) Quanto às almofadas, sob NCM 95030031 e 94049000, também constantes do valor remanescente da infração 2 (Anexo 4 Corrigido, CD à fl. 148), alega a recorrente que se submetem ao regime da substituição tributária e, em seu “Doc 1”, cita o artigo 353, II, item 37 c/c item 40 do anexo 88, ambos do RICMS/97 e artigo 8º, II c/c § 4º, I, a c/c artigo 9º c/c item 15.4 do anexo 1, todos do RICMS/12.

Tais dispositivos referem-se, respectivamente, a triciclos, patinetes, carros de pedais e outros brinquedos semelhantes de rodas; carrinhos para bonecos; bonecos; outros brinquedos; modelos reduzidos e modelos semelhantes para divertimento, mesmo animados; quebra-cabeças (“puzzles”) de qualquer tipo - NCM 9503.0, como também a travesseiros e protetores de colchões - 9404.9, os quais não se confundem com “almofadas”. Logo, devem ser mantidos nos valores remanescente da infração 2, como relacionado no “Anexo 4 Corrigido”, CD à fl. 148 dos autos.

5º) Quanto aos biscoitos de polvilho, descabe a alegação recursal (Doc 1) de que sujeita-se à ST nos termos do artigo 353, II, item 11.4.2 do RICMS/97 e do artigo 289, § 17, I, do RICMS/12, pois não se tratam de produtos derivados de farinha de trigo, mas, sim, de polvilho - farinha obtida da mandioca.

6º) Já os produtos PISCINA; CJT PISCINA 106L+BOLA INTEX; CJT VOLEI+REDE+BOLA e PRANCHAS INFLAVEL, sob NCM 95030099, cabe razão à recorrente, pois se submetem ao regime da substituição tributária, como previa o art. 353, II, item 37 c/c item 40 do Anexo 88 do RICMS/97, assim como o art. 289 c/c item 7 do Anexo 1 do RICMS/12, devendo os valores atinentes serem excluídos da parte remanescente da infração 2, conforme “Anexo 4 Corrigido”, CD à fl. 148 dos autos.

7º) Quanto aos diversos tipos de DROPS, sob NCM 18069000, descabe a alegação recursal de sujeição ao ICMS-ST, eis que a previsão legal insita no art. 353, II, item 8.5 do RICMS/97, assim como o art. 289, item 11 do Anexo 1 do RICMS/12, restringia-se aos produtos de chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitoria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo, o que não ocorre com os drops em espécie.

8º) Quanto ao “Edredon”, sob NCM 94049000, também descabe a sujeição da substituição tributária do ICMS, como alega a recorrente, eis que o art. 353, II, item 41, c/c item 44 do anexo 88 do RICMS/97, assim como o item 15 do Anexo 1 do RICMS/12 dizem respeito aos travesseiros e pillow, sob NCM-SH 9404.90.00, os quais não abarcam os cobertores “Edredom”.

9º) Igualmente descabe a pretensão recursal quanto às “Frigideiras”, sob NCM 95030099, eis que o art. 353, II, item 37 c/c item 40 do Anexo 88 do RICMS/97, assim como o art. 289 c/c item 7 do Anexo 1 do RICMS/12, não tratam deste produto, o qual não se encontra no referido regime ST.

10) O produto “Sacola de Praia”, sob NCM 95030099, também não se encontra sob o regime de ST, sendo descabível o enquadramento no art. 353, II, item 37 c/c item 40 do Anexo 88 do RICMS/97, assim como no art. 289 c/c item 7 do Anexo 1 do RICMS/12, relativo a brinquedos, como pretende a recorrente.

11) Quanto ao “Tablet”, sob NCM 84714110, não se encontra sob regime da ST, eis que o art. 353, II, item 35, c/c item 21, do Anexo 86 do RICMS/97, assim como o art. 289 c/c item 4 do Anexo 1 do RICMS/12, citados pela recorrente, tratam de aparelhos de telefonia celular – NCM 8517.12.13, 8517.12.19 e 8517.12.31, cartões inteligentes (Smart Cards e SimCard) - NCM 8523.52.00, como também tais produtos se encontram sob regime normal de tributação.

Quanto à mídia eletrônica, anexada aos autos pela recorrente na sessão de julgamento de 04/09/2019, com a informação de que existiriam mais elementos a serem excluídos da infração 2, por se tratar de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, tecemos as seguintes considerações:

1º) BARBEADOR HQ912/PQ222 BIVOLT PHILIPS, sob NCM 85101000, não se encontra sujeitos ao regime de Substituição Tributária, previsto no item 22 do Anexo I para lâminas de barbear, aparelhos de barbear e isqueiros de bolso a gás, não recarregáveis (Prot. ICMS 16/85), sob NCM 8212.20.1; 8212.10.2; 9613.1. Assim, deve-se manter os valores atinentes, contidos na infração 2;

2º) CJT PISCINA 106L+BOLA+BOIA 59460 INTEX E CJT VOLEI BOIA A BASE+REDE+BOLA já havia sido objeto de análise anterior (item 6º), inclusive com acolhimento para exclusão de todos os valores constantes do “Anexo 4 Corrigido”, CD à fl. 148 dos autos. Portanto, nada a alterar;

3º) CAPA TRAVESSEIRO; CAPA COLCHAO, sob NCM 63023100; PORTA TRAVESSEIRO, NCM 63023900; COLCHA, NCM 63041910 e 63022900; LENÇOL, NCM 63023100 e 63022900, e PRENDEDOR LENÇOL, sob NCM 63079090, não se encontram sujeitos ao regime de Substituição Tributária, conforme previsto no Anexo I do RICMS/12, e muito menos no item 15 (COLCHOARIA) sob NCM 9404. Assim, deve-se manter os valores atinentes tais itens, contidos na infração 2;

4º) COLCHÕES diversos, sob NCM 39269090, já havia sido objeto de análise anterior (item 1º, CD fl. 302), restando comprovado que não se enquadram na categoria de colchões, sob o código 9404.2, a qual se coaduna às normas citadas pela recorrente e de sujeição à substituição tributária, o que comprova que tais produtos (colchões/ NCM 39269090) não se encontravam sob o regime de substituição tributária, devendo manter os valores atinentes na quantia remanescente da infração 2, como relacionado no “Anexo 4 Corrigido”, CD à fl. 148 dos autos.

Diante de tais considerações, a infração 2 remanesce no valor de R\$13.230,21, conforme a seguir:

PERÍODO MENSAL	ICMS EXIGIDO AI	ICMS EXIGIDO JJF	EXCLUSÃO		ICMS CAPACHO	ICMS DEVIDO
			CASE- MOCHILA	PISC-PRANCHA- VOLEI		
31/01/2012	2.629,84	1.311,58	-	97,77	-	1.213,81
28/02/2012	1.960,69	979,34	-	13,59	-	965,75
31/03/2012	2.615,46	1.796,65	-	23,77	-	1.772,88
30/04/2012	2.172,66	1.341,55	5,10	0,62	-	1.335,83
31/05/2012	2.553,37	1.440,77	44,04	10,68	-	1.386,05
30/06/2012	2.755,42	1.428,68	56,09	0,41	-	1.372,18
31/07/2012	3.690,13	1.429,17	156,47	-	-	1.272,70
31/08/2012	3.469,58	1.102,72	199,51	1,87	16,99	884,35
30/09/2012	3.065,49	820,38	69,68	10,37	67,90	672,43
31/10/2012	6.204,24	738,60	84,99	163,46	12,74	477,41
30/11/2012	4.610,15	992,68	143,59	32,90	38,18	778,01
31/12/2012	6.737,23	1.253,05	29,74	52,28	72,22	1.098,81
TOTAIS:	42.464,26	14.635,17	789,21	407,72	208,03	13.230,21

Inerente à infração 3, alega a recorrente que “Câmeras Digitais” e “Filmadoras”, classificadas no código NCM nº 85258029, são beneficiadas com redução da base de cálculo, como dispõe o art. 87 do RICMS/97 c/c o Anexo 5-A, bem como art. 266, XIII, do RICMS/12, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%, eis que as câmeras digitais possuem, também, a função de “web cam”.

A respeito desta matéria, por ter participado do julgamento realizado em que redundou no Acórdão nº 0238-12/16, onde enfrentamos questão absolutamente idêntica e em relação a Auto de Infração lavrado contra estabelecimento pertencente ao mesmo contribuinte, cuja decisão foi unânime, peço a devida vênia para transcrever o voto proferido à época, cuja anuência mantendo, razão pela qual o mesmo passa a integrar o presente voto:

VOTO

[...]

No mérito, verifico que, na infração 2, exige-se o ICMS em decorrência de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas operações de saídas com cupons fiscais, de máquinas fotográficas e câmeras digitais (demonstrativos de fls. 9 a 35).

O recorrente alegou que tais equipamentos (NCM 8525.80.29) estão amparados pelo benefício da redução da base de cálculo, com carga tributária efetiva de 7%, nos termos do artigo 87, inciso V, c/c o Anexo 5-A, do RICMS/97, porque podem ser usadas como “web cams”.

Os dispositivos regulamentares acima mencionados assim dispunham, à época (janeiro a dezembro de 2011):

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;

(...)

ANEXO 5-A

APARELHOS E EQUIPAMENTOS DE PROCESSAMENTO DE DADOS DE USO EM INFORMÁTICA E SUPRIMENTOS BENEFICIADOS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS (a que se refere o art. 87, V)

Código NCM	DESCRIÇÃO
8525.80.29	Câmeras conectáveis a microcomputadores para produção e transmissão de imagens pela internet (“web cams”);

Nota: O item 8525.80.29 foi acrescentado pela Alteração nº 93 (Decreto nº 10.459, de 18/09/07, DOE de 19/09/07), efeitos a partir de 19/09/07.

Diante da legislação acima reproduzida, creio que a questão a ser analisada nos presentes autos não se relaciona à possibilidade, ou não, de as máquinas fotográficas e câmeras digitais serem utilizadas como “web cams”, como alegado no apelo recursal, mas tem a ver com a verificação se tais câmeras podem, ou não, ser caracterizadas como “aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática”, estes sim beneficiados com a redução da base de cálculo do ICMS. (DESTAQUE NOSSO)

De acordo com o site Wikipedia:

1. “uma câmera digital é uma câmara que codifica vídeo e imagens digitais de forma eletrônica, armazenando-as para posterior reprodução”. (https://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%A2mera_digital);
2. “uma câmera fotográfica é um dispositivo usado para capturar imagens (geralmente fotografias), única ou em sequência, com ou sem som, como com câmera de vídeo”. (<https://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%A2merahttps://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%A2mera>);
3. “uma webcam ou câmara web é uma câmera de vídeo de baixo custo que capta imagens e as transfere para um computador. Pode ser usada para videoconferência, monitoramento de ambientes, produção de vídeo e imagens para edição, entre outras aplicações. (...).” (<https://pt.wikipedia.org/wiki/Webcam>).

Pelas definições acima listadas, resta patente que a câmera fotográfica e a câmera digital não podem ser confundidas com a chamada “web cam”, esta sim um equipamento de uso na informática, ainda que se reconheça que aquelas possam apresentar dispositivos que permitam o seu uso como “web cam”.

Ressalte-se, por oportuno, que o legislador tributário baiano indicou, no Anexo 5-A, que o benefício fiscal somente seria aplicável às denominadas “web cams”, escolhidas dentre todas as “câmeras conectáveis a microcomputadores para produção e transmissão de imagens pela internet”, o que restringiu, dessa forma, o tipo de câmera objeto da redução da base de cálculo do imposto estadual.

Pelo exposto, deve ser mantido o posicionamento adotado na Decisão recorrida, relativamente à infração 2.

Assim, estribado em tal entendimento, ao qual me mantenho aliado de forma incondicional, o argumento recursal não se apresenta capaz de modificar a Decisão recorrida, quanto à infração 3, já que tais câmeras e filmadoras não se caracterizam como “aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática”, estes sim beneficiados com a redução da base de cálculo do ICMS.

Em relação à infração 5, inerente à multa de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, a recorrente alega que, conforme “DOC. 02”, identificou que diversas mercadorias autuadas estavam sujeitas ao regime de antecipação parcial, logo, não há qualquer equívoco procedural quanto ao momento do pagamento do imposto.

Por fim, diz ser imperioso esclarecer que, mesmo que se verificassem mercadorias na sistemática da substituição tributária, o Fisco não comprovou, nos autos, a responsabilidade da recorrente pelo pagamento do imposto, na qualidade de substituta. Assim, requer a improcedência da penalidade.

As mercadorias que compreendem o “DOC. 02”, que diz a recorrente se submeter à antecipação parcial do ICMS e não à antecipação tributária, são: CORTINA BOX (NCM 39229000, 39269090 e 63039200); TAPETE PVC (NCM 39269090); TAPETE CAPACHO (NCM 39181000) e TRAVESSEIRO (NCM 39269090).

Da análise da situação tributária de tais produtos, verifica-se que:

1. Cortina para box, NCM 39229000, nos termos do art. 353, II, item 40. 1, do RICMS/97, C/C o item 11 do Prot. ICMS 104/09, como também o Anexo 1, item 24.9 do RICMS/2012, comprovam à sujeição ao regime de Substituição Tributária;
2. Cortina para box, NCM 39269090, nos termos do art. 353, II, item 40. 1, do RICMS/97, C/C o item 16 do Prot. ICMS 104/09, como também o Anexo 1, item 24.14 do RICMS/2012, comprovam à sujeição ao regime de Substituição Tributária;
3. Cortina para box, NCM 63039200, inexiste previsão ao regime de Substituição Tributária, logo, devendo ser excluídos os valores atinentes à infração 5 (Anexo 5 Corrigido, CD à fl. 148);
4. Tapete PVC, NCM 39269090, nos termos do art. 353, II, item 40. 1, do RICMS/97, C/C o item 16 do Prot. ICMS 104/09, e anexo 1, item 24.14 do RICMS/2012, comprovam à sujeição ao regime de Substituição Tributária;
5. Tapete CAPACHO, NCM 39181000, nos termos do art. 353, II, item 40. 1, do RICMS/97, C/C o item 7 do Prot. ICMS 104/09, e anexo 1, item 24.5 do RICMS/2012, comprovam à sujeição ao regime de Substituição Tributária;
6. Travesseiro inflável, NCM 39269090, inexiste previsão para Substituição Tributária, pois não se enquadra na categoria de travesseiros, NCM 9404, sujeitos ao regime de Substituição Tributária. Logo, devem ser excluídos os valores atinentes à infração 5 (Anexo 5 Corrigido, CD à fl. 148)

Quanto à alegada falta de comprovação da responsabilidade da recorrente pela antecipação tributária, cujo descumprimento da obrigação principal ensejou a multa aplicada, nos termos previstos no art. 42, II, “d” e § 1º da Lei nº 7.014/96, vislumbro que se trata de uma alegação recursal, a qual cabe a quem alega a comprovação, a exemplo de que se trata de remetentes com inscrição de substituto tributário no Estado da Bahia e localizados em outros Estados signatários dos correspondentes acordos interestaduais, o que não ocorreu por parte da apelante, em que pese estar de posse dos documentos fiscais comprobatórios das operações, pois, só nestas condições estaria a recorrente eximida da responsabilidade pela antecipação tributária e, consequentemente, pela multa aplicada.

Diante de tais considerações, a multa da exação 5 remanesce em R\$8.723,35, conforme a seguir:

PERÍODO MENSAL	MULTA 60% EXIGIDA AI	MULTA 60% EXIGIDA JJF	EXCLUSÃO MULTA S/ CORT. NCM 63039200	EXCLUSÃO MULTA S/ TRAV. NCM 39269090	MULTA 60% DEVIDA
31/01/12	1.243,91	1.243,91	-	-	1.243,91
28/02/12	1.473,52	1.473,52	(15,28)	-	1.458,24
31/03/12	1.202,34	1.154,76	-	-	1.154,76
30/04/12	614,19	614,19	(15,28)	-	598,91
31/05/12	1.014,03	1.014,03	(30,55)	-	983,48
30/06/12	549,93	549,93	(17,07)	-	532,86
31/07/12	411,56	411,56	-	-	411,56
31/08/12	208,31	208,31	-	(16,99)	191,32
30/09/12	486,24	486,24	-	(67,90)	418,34
31/10/12	489,99	489,99	(14,45)	(12,74)	462,80

30/11/12	730,97	730,97	(16,64)	(38,18)	676,15
31/12/12	694,78	694,78	(31,54)	(72,22)	591,02
TOTAIS:	9.119,77	9.072,19	(140,81)	(208,03)	8.723,35

Do exposto, somos pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida quanto às infrações 2 e 5, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206911.3003/16-0**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S. A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$47.897,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pecuniária no valor de **R\$8.723,35**, prevista no inciso II, “d”, c/c §1º da mesma lei e artigo já citados, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS