

PROCESSO - A. I. Nº 279463.0004/20-3
RECORRENTE - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0232-04/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/09//2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0241-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. O RICMS/12 possui regra específica de redução da carga tributária para os notebooks, para 12%, que deve prevalecer em relação à regra insculpida no art. 266, inciso XIII, já que esta última contém ressalva expressa relativa a tais mercadorias. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 4ª JJF Nº 0232-04/22-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 279463.0004/20-3, lavrado em 30/06/2020, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 65.360,07, em razão de quatro infrações distintas, sendo objeto do presente recurso apenas a Infrações nº 04, descrita a seguir.

***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.*

Após a devida instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide no dia 06/10/2022 e decidiu pela Procedência Parcial (folhas 118/122), por unanimidade, nos termos a seguir.

“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 crédito 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 crédito 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 R\$ 1.908,89 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		

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário (folhas 132/136), aduzindo as razões a seguir.

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

Alega que as mercadorias “NOTEBOOK POSITIVO STILO XR3500 CEL 2GB W10” e “NOTEBOOK ACER I5 4GB/1TB/W10” devem ser excluídas da autuação, pois possuem alíquota de 7%, conforme previsão do artigo 266, inciso XIII, alínea “d” do RICMS/BA, vigente à época dos fatos geradores, assim redigido:

Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

(...)

XIII - 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 quadro a seguir, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%:

(...)

Sendo assim, sustenta ser medida que se impõe a reforma da infração 04, determinando-se a exclusão das mercadorias acima indicadas.

Nos termos do art. 137, I, ‘a’ do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e conforme demonstrado linhas acima, defende que a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência da Infração 04, uma vez que as mercadorias foram lançadas com percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS. Em consequência, é inquestionável a determinação de diligência no caso presente, devendo esse pleito ser deferido.

Por todas as razões aqui expostas a Recorrente requer: **i)** a realização de Diligência Fiscal, nos termos delineados no tópico anterior; **ii)** Após a diligência, confirmadas as razões de fato e de direito que compõem as alegações recursais aqui expostas, requer seja dado integral provimento ao Recurso Voluntário, reformando-se parcialmente o acórdão recorrido especificamente quanto à Infração 04, com o consequente cancelamento e arquivamento do Auto de Infração.

Nestes termos, pede deferimento.

VOTO

Não tendo sido suscitadas questões preliminares, adentro diretamente ao mérito recursal, conforme adiante.

Denego o pedido de diligência por entender que os elementos do processo são suficientes à formação da convicção dos julgadores.

A petição recursal ataca a decisão de piso, exclusivamente, naquilo que se refere à Infração 04, sendo esta a extensão cognitiva do presente recurso.

Quanto à Infração 04, a conduta infratora foi descrita como “Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ...”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que as operações com os notebooks “NOTEBOOK POSITIVO STILO XR3500 CEL 2GB W10” e “NOTEBOOK ACER I5 4GB/1TB/W10” foram incorretamente autuadas pela fiscalização, uma vez que possuem previsão de alíquota reduzida a 7%, nos termos do art. 266, inciso XIII do RICMS/12.

O exame da legislação citada revela que não assiste razão à Recorrente, pois o texto do art. 266, inciso XIII do RICMS/12 contém uma exceção expressa aos notebooks, conforme se lê abaixo.

Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

(...)

XIII - 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 quadro a seguir, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%:

Código NCM	DESCRIÇÃO
...	...
8471	Máquinas automáticas para processamento de dados e suas unidades; leitores magnéticos ou ópticos, máquinas para registrar dados em suporte sob forma codificada e máquinas para processamento desses dados, não especificadas nem compreendidas em outras posições, exceto computador de mesa (desktop), computador portátil (notebook e tablet)
...	...

Como se depreende da leitura do quadro indicado pelo inciso XIII do art. 266, tal regra de redução de carga tributária não se aplica aos notebooks, conforme trecho em destaque.

Aliás, nesse sentido, o RICMS/12 possui regra específica destinada aos notebooks, no seu art. 268, inciso XXXIV, abaixo reproduzida.

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXXIV - das operações internas com computador de mesa (desktop) e computador portátil (notebook e tablet), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento);

Assim, entendo que atuou bem a fiscalização, ao exigir a diferença de imposto relativamente aos 7% aplicados pela empresa, quando o correto são 12%.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279463.0004/20-3, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto de **R\$ 61.843,78**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS