

PROCESSO	- A. I. N° 279463.0001/20-4
RECORRENTE	- CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2 ^a JJF n° 0114-02/23-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 17/11/2023

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0349-12/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ISENTAS. É vedado o crédito relativo à mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços adquiridas para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente; **b)** MERCADORIAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo vedada a utilização do crédito fiscal pelo adquirente. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. O Autuado logrou em comprovar que parte das operações não eram tributadas. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. O Autuado comprovou parcialmente que aplicou a alíquota correta nas operações arroladas. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2020, no valor de R\$ 56.854,22, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.664,35, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei n° 7.014/96. Infração foi julgada parcialmente subsistente, mas não é objeto do Recurso Voluntário.

Infração 02 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 10.141,66, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei n° 7.014/96. Infração foi julgada parcialmente subsistente e é objeto do Recurso Voluntário.

Infração 03 - 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2015 e 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 40.484,78, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei n° 7.014/96. Infração foi julgada parcialmente subsistente e é objeto do Recurso Voluntário.

Infração 04 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 4.563,43, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei n°

7.014/96. Infração foi julgada parcialmente subsistente e é objeto do Recurso Voluntário.

A 2ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0114-02/23-VD (fls. 176 a 187), com base no voto a seguir transscrito:

“O Auto de Infração em análise impõe ao sujeito passivo a acusação de quatro infrações à legislação tributária, todas tempestivamente impugnadas.

A autuada é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal exercendo a atividade econômica principal sob o CNAE-Fiscal 4711-3/01 - Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – hipermercados, dentre outras secundárias.

Através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, em 01/07/2020, lida no mesmo dia, a autuada tomou conhecimento do início da ação fiscal, fl. 08 e foi cientificado da lavratura do Auto de Infração, também via mensagem postada no DT-e, em 03/08/2020, oportunidade que foi intimado a quitar o débito aproveitando as reduções das multas ou para apresentar defesa administrativa, tendo recebido todos os demonstrativos analíticos e sintéticos das infrações, anexados aos autos na forma impressa às fls. 09 a 77 e gravado em arquivo eletrônico no CD, fl. 78.

A autuada não arguiu nulidade do lançamento, contudo, importante registrar que o mesmo foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. As descrições dos fatos infracionais se apresentam de forma clara e é possível se determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, assim como as multas sugeridas e os dispositivos legais e regulamentares tidos como infringidos.

Observo que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração, estando, portanto, apto a surtir todos os efeitos jurídicos.

Quanto ao pedido de diligência, fica prejudicado, haja vista as revisões procedidas para atender aos argumentos da defesa, inclusive demandada por esta Junta de Julgamento Fiscal, resultaram no esclarecimento pleno e satisfatório de todas as questões necessárias à decisão da lide.

A defesa atacou especificamente o mérito das infrações apontando fatos que julgou capazes de elidir as infrações, sendo tais argumentos parcialmente acatados pelo autuante, restando após a sua última revisão, o ICMS a ser recolhido no montante de R\$ 47.254,49.

Na última manifestação, a autuada manteve sua insatisfação referente as infrações 02, 03 e 04, conforme tratado a seguir.

Na infração 01 o contribuinte foi acusado do uso indevido de crédito fiscal decorrente da aquisição de mercadorias isentas do imposto.

Foram mantidos alguns itens, dentre os quais o produto FLOCÃO DE MILHO MARATÁ 500 g sobre o qual destaco o entendimento, acerca da sua tributação, adotado pela Diretoria de Tributação, externada no Parecer 26071/2015, sobre o qual concordo, confirmado que o produto flocão de milho goza da isenção, portanto, sem direito a apropriação de crédito fiscal decorrente da entrada desses produtos no estabelecimento.

ICMS. PRODUTOS DERIVADOS DE MILHO. ISENÇÃO. As operações internas com todas as espécies de fubá e farinha de milho, a exemplo de “flocos e flocão de milho”, “cuscuz de milho”, “creme de milho”, “farinha de milho” e “canjiquinha de milho”, estão alcançadas pelo benefício da isenção previsto no RICMS-BA/12, art. 265, inciso II, “d”.

Portanto, procedeu corretamente o autuante na revisão da infração, de forma que acolho o ajuste e tenho a infração como parcialmente subsistente no valor de R\$ 1.440,43:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
31/01/2016	09/02/2016	465,88	17,00	60,00	79,20
29/02/2016	09/03/2016	665,12	17,00	60,00	113,07
31/03/2016	09/04/2016	1.030,72	18,00	60,00	185,53
30/04/2016	09/05/2016	509,33	18,00	60,00	91,68
31/05/2016	09/06/2016	91,89	18,00	60,00	16,54
30/06/2016	09/07/2016	1.255,50	18,00	60,00	225,99
31/07/2016	09/08/2016	390,33	18,00	60,00	70,26
31/08/2016	09/09/2016	137,39	18,00	60,00	24,73
30/09/2016	09/10/2016	1.023,33	18,00	60,00	184,20
31/10/2016	09/11/2016	678,11	18,00	60,00	122,06
30/11/2016	09/12/2016	606,39	18,00	60,00	109,15
31/12/2016	09/01/2017	1.211,22	18,00	60,00	218,02
Total					1.440,43

A infração 02 exige o ICMS correspondente aos valores de crédito indevidamente apropriados referentes a

mercadorias adquiridas com o pagamento do ICMS-ST.

A defesa se mostrou ainda irresignada frente a manutenção das mercadorias: CASTANHA CAJU LA VIOLETERA NOOTZ TOR 40 g e CASTANHA YOKI CAJU 100 g, sobre as quais entende que são normalmente tributadas, pois não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, fato que autorizaria o uso do crédito fiscal destacado nos documentos fiscais.

Preliminarmente à nossa análise, ressalto o entendimento da Administração Tributária e pacífico neste CONSEF, de que para a inclusão de um produto no regime da substituição tributária, é necessária, a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição.

Assim, foi o entendimento exposto no Parecer da DITRI 25452/2012: “**ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente”.

Isto posto, analiso a seguir, a mercadoria, ponderando as razões da defesa e aquelas postas na informação fiscal, observando as disposições do Anexo 1 ao RICMS/2012, em suas versões vigentes em 2016, no sentido de verificar se a NCM do item se encontrava inserida no citado anexo, e em caso positivo, se a descrição se conforma com a dos produtos autuados.

Os produtos ainda contestados pela autuada, foram adquiridas com a NCM 2008.19.00 para a CASTANHA CAJU LA VIOLETERA NOOTZ TOR 40 g e CASTANHA YOKI CAJU 100 g.

Em 2016, nas duas versões vigente entre 01/01/2016 e 09/03/2016 e até 31/01/2017, esta NCM esteve sujeita a substituição tributária, conforme previsão, nos itens 11.10.1 e 11.10.2 de substituição tributária para “Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 kg” e “Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo superior a 1 kg”, respectivamente, para a NCM 2008.1, a mesma associada as mercadorias autuadas, portanto, devem ser mantidas na autuação.

Assim, acato o ajuste efetuado pelo autuante e tenho a infração como parcialmente subsistente na forma do demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
31/01/2016	09/02/2016	258,76	17,00	60,00	43,99
29/02/2016	09/03/2016	4.226,88	17,00	60,00	718,57
31/03/2016	09/04/2016	4.287,06	18,00	60,00	771,67
30/04/2016	09/05/2016	1.214,44	18,00	60,00	218,60
31/05/2016	09/06/2016	10.036,67	18,00	60,00	1.806,60
30/06/2016	09/07/2016	399,00	18,00	60,00	71,82
31/07/2016	09/08/2016	2.702,94	18,00	60,00	486,53
31/08/2016	09/09/2016	4.855,72	18,00	60,00	874,03
30/09/2016	09/10/2016	1.825,50	18,00	60,00	328,59
31/10/2016	09/11/2016	11.230,39	18,00	60,00	2.021,47
30/11/2016	09/12/2016	2.099,28	18,00	60,00	377,87
31/12/2016	09/01/2017	2.241,39	18,00	60,00	403,45
Total					8.123,19

A **infração 03** exige o ICMS não recolhido, em razão do contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. Dos itens mantidos pelo autuante, a defesa reiterou o protesto referente a parte das mercadorias, sobre as quais passo a abordar individualmente.

KIT GILLETTE VÊNUS MALI B GTS AMPOLA PAN – NCM 8212.10.20.

No Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2016, no período de 01/01/2016 até 09/03/2016, consta as NCM 8212.10.2 e 8212.20.1, no item 9.27 com a descrição: “Aparelhos e lâminas de barbear”, mesma situação observada no anexo vigente no período de 10/03/2016 a 31/01/2017.

Portanto, trata-se de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, ou seja, com fase de tributação encerrada, devendo ser excluída do levantamento.

EMULZINT ZITO HAMBURGUER 10 Kg CX. C/ 10 – NCM 1602.32.20.

No Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2016, ambos os períodos, não consta como sujeita a substituição tributária a NCM 1602. Trata-se de produto classificado como outras preparações e conservas de carne, de miudezas ou de sangue. Portanto, sujeito a tributação normal, devendo por esse motivo, ser mantido no levantamento.

PEDALEIRA LUXCAR ESPORTIVA GT RACI NG – NCM 8708.99.90.

A NCM 8708, consta no Anexo 1 ao RICMS, vigente em 2016 no item 1.75, com a seguinte descrição: “Partes e acessórios dos veículos automóveis das posições 8701 a 8705. “. O produto descrito é um acessório para veículos. Sendo mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária e não ao regime normal, deve ser

excluído do levantamento.

NHOQUE MASSA LEVE 500 g; PASTELZINHO MASSA LEVE APERIT 250 g; MASSA FOLHADA MASSA LEVE 300 g e MASSA FOLHADA MASSA LEVE ROLO 1 Kg NCM 1902.30.00

A NCM 1902, aparece no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2016, nas posições 11.15 e 11.16, com as seguintes descrições: NCM 1902.3 - “Macarrão instantâneo” e NCM 1902.1 - “Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo. “.

Todos os produtos são massas alimentícias não cozidas e nem recheadas, exceto o item PASTELZINHO MASSA LEVE APERIT 250 g, que deve ser excluído do levantamento e os demais, como estão sujeitas a tributação normal, devem ser mantidos.

ORGANIZE FIXTIL P/ FIOS PRETO 1.2 – NCM 3917.40.90.

Consta no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2016, a NCM 3917 nas posições 1.2 com a descrição “Tubos e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos. “ e 8.6 – “Tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, para uso na construção”.

O item corresponde a um organizador de cabos com a finalidade de proteger fios e cabos, possibilitando a saída dos mesmos em qualquer ponto do feixe, descrição que não corresponde a descrição constante no anexo da substituição tributária, portanto, trata-se de mercadoria normalmente tributada, devendo ser mantido no levantamento.

VODKA SMIRNOFF ICE RED LN 275 ml; VODKA SMIRNOFF ICE GREEN APLE 275 ml e VODKA SMIRNOFF ICE STORM 269 ml – NCM 2208.90.00.

Segundo informações constantes nos sítios dos revendedores dos produtos acima listados, são produtos decorrentes da combinação da Vodka Smirnoff com o sabor do limão e maçã verde, com graduação alcoólica de 5% ABV e a VODKA SMIRNOFF ICE STORM 269 ml, uma bebida com sabor de guaraná, com graduação alcoólica de 6% Vol.

No Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2016, no período de 01/01/2016 a 09/03/2016 consta para a NCM 2208.9 no item 2.3, a seguinte descrição: “Bebida ice” e no item 2.19 com a seguinte descrição: “Derivados de Vodka”.

No anexo vigente de 10/03/2016 a 31/01/2017, consta apenas no item 3.16, cuja redação foi dada pelo Decreto nº 16.987/16, com efeitos a partir de 01/10/2016, com a seguinte descrição: “Bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%”.

A redação anteriormente vigente, teve seus efeitos até 31/05/2016, conforme Decreto nº 16.738/2016.

Ou seja, os produtos estão sujeitos à substituição tributária, devendo ser excluídos do levantamento.

SOBREMESA MISS DAISY MOUSSE CHOC 500 g – NCM 1905.90.90.

Trata-se de preparação à base de cereais, farinhas, amidos, féculas ou de leite, classificado como produtos de padaria, pastelaria ou da indústria de bolachas e biscoitos, mesmo adicionados de cacau.

Nos Anexos vigentes em 2016, consta para a NCM 1905.90.0 no item 11.8, com a seguinte descrição “Salgadinhos diversos”. O item relacionado no levantamento corresponde a produto diverso, portanto, não corresponde a descrição da NCM constante no levantamento.

Produto normalmente tributado. Deve ser mantido no levantamento.

Quanto ao argumento de que o Fisco pretendeu nessa infração, cobrar o ICMS decorrente de operações de transferências de mercadorias realizadas entre estabelecimentos filiais da mesma pessoa jurídica, operações estas, que não guardariam identidade com o fato gerador do ICMS, portanto, não poderiam ser tributadas, ressalto que o contribuinte se reporta as operações internas de transferências recebidas com o CFOP 1.152 (Transferência para comercialização), sendo que tomou o crédito fiscal decorrente dessas operações, inclusive daquelas sujeitas ao regime de substituição tributária.

Também importante ressaltar, que a infração acusa o contribuinte de apropriação indevida de crédito fiscal destacado nas notas fiscais de transferência e não sobre a falta de recolhimento do tributo.

Tal arguição corrobora com a acusação de utilização indevida de crédito fiscal, uma vez que tanto a Súmula nº 08 do CONSEF estabelece: “Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular.”, quanto ao Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0, que consigna: “Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.”, o que reforça e confirma o acerto da fiscalização na glosa dos créditos fiscais decorrente dessas operações, acrescido ao fato se tratar de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, conforme prevê o art. 290 do RICMS/2012.

De ofício, procedi aos ajustes, de forma que tenho a infração 03 como parcialmente subsistente, conforme demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
31/01/2016	09/02/2016	49.881,76	17,00	60,00	8.479,90
29/02/2016	09/03/2016	26.686,24	17,00	60,00	4.536,66
31/03/2016	09/04/2016	11.678,17	18,00	60,00	2.102,07
30/04/2016	09/05/2016	8.426,17	18,00	60,00	1.516,71
31/05/2016	09/06/2016	8.831,94	18,00	60,00	1.589,75
30/06/2016	09/07/2016	13.914,39	18,00	60,00	2.504,59
31/07/2016	09/08/2016	9.197,06	18,00	60,00	1.655,47
31/08/2016	09/09/2016	11.224,94	18,00	60,00	2.020,49
30/09/2016	09/10/2016	10.413,50	18,00	60,00	1.874,43
31/10/2016	09/11/2016	10.821,28	18,00	60,00	1.947,83
30/11/2016	09/12/2016	11.596,00	18,00	60,00	2.087,28
31/12/2016	09/01/2017	12.989,00	18,00	60,00	2.338,02
Total					32.653,20

Na **infração 04** se exige o ICMS recolhido a menor em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação.

O contribuinte, mesmo após os ajustes procedidos pelo autuante, resiste no argumento de que a mercadoria NOTEBOOK POSITIVO STILO XR3500 CEL 2GB W10 foi tributado no levantamento com percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS, pois a tributação correta é com a alíquota de 7%.

O autuante na última informação já havia rejeitado todos os argumentos da defesa pois, a legislação que determina a alíquota aplicável nas saídas de notebook é a constante no art. 268, inc. XXXIV do RICMS/2012 e não a do art. 266, inc. XIII do mesmo regulamento.

O art. 268, inc. XXXIV do RICMS, cuja redação foi revogada pelo Decreto nº 17.304/2016, com efeitos a partir de 01/02/2017, assim estabelecia:

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);

Já o art. 266, inc. XIII, alínea “d” do RICMS/2012, citado na defesa como justificativa para aplicar a alíquota de 7%, assim estabelece:

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, seus periféricos e suprimentos, indicados a seguir, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12%: (...)

d) 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, inclusive computador de mesa (desktop), computador portátil (notebook e tablet) - NCM 8471.

Em ambos os dispositivos, vigentes à época dos fatos geradores, há a previsão de redução da base de cálculo do ICMS nas operações internas, de modo que a carga tributária incidente corresponda a 12%.

Não há autorização para aplicar nas operações internas a alíquota de 7%. Portanto, correta está a autuação nesse aspecto contestado pela autuada em sua última manifestação.

Acato os ajustes procedidos pelo autuante e tenho a infração como parcialmente subsistente na forma do demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
31/01/2016	09/02/2016	1.249,60	17,00	60,00	212,43
29/02/2016	09/03/2016	1.109,05	17,00	60,00	188,54
31/03/2016	09/04/2016	1.699,64	18,00	60,00	305,94
30/04/2016	09/05/2016	4.012,50	18,00	60,00	722,25
31/05/2016	09/06/2016	2.193,00	18,00	60,00	394,74
30/06/2016	09/07/2016	1.394,00	18,00	60,00	250,92
31/07/2016	09/08/2016	2.297,11	18,00	60,00	413,48
31/08/2016	09/09/2016	2.269,11	18,00	60,00	408,44
30/09/2016	09/10/2016	2.228,61	18,00	60,00	401,15
31/10/2016	09/11/2016	2.109,44	18,00	60,00	379,70

30/11/2016	09/12/2016	2.003,44	18,00	60,00	360,62
31/12/2016	09/01/2017	2.667,61	18,00	60,00	480,17
			Total		4.518,38

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme resumo.

Infração Nº	Valor Lançado	Valor Julgado	Resultados	Multas	
				%	Tipificação - Lei nº 7.014/96
01	01.02.03	1.664,35	Parcialmente subsistente.	60,00	Art. 42, inc. VII, alínea "a".
02	01.02.06	10.141,66	Parcialmente subsistente.	60,00	Art. 42, inc. II, alínea "a".
03	02.01.03	40.484,78	Parcialmente subsistente.	60,00	Art. 42, inc. II, alínea "a".
04	03.02.02	4.563,43	Parcialmente subsistente.	60,00	Art. 42, inc. II, alínea "a".
Totais		56.854,22	46.735,20		

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 198 a 202), nos termos do Art. 169, I, "b" do RPAF/99, onde afirmou que discorda parcialmente da conclusão do julgamento de piso atinente às Infrações 02 a 04, conforme as seguintes razões:

Em relação à Infração 02, defendeu que deve ser excluída a mercadoria "castanha de caju", conforme descrições relacionadas a seguir, cujo crédito fiscal é devido por ser tributada pelo regime normal do ICMS, estando fora do regime de substituição tributária, pois não se enquadra na classificação de salgadinhos:

- a) CASTANHA CAJU LA VIOLETERA NOOTZ TOR 40G;**
- b) CASTANHA YOKI CAJU 100G.**

No tocante à Infração 03, sustentou que devem ser excluídas as mercadorias relacionadas a seguir, que estão enquadradas no regime de substituição tributária, conforme as bases legais indicadas, sendo indevida a exigência do ICMS, haja vista que o imposto já foi recolhido em etapa anterior:

Cod_Ncm	Descr_Item	ANO	Base legal
16023220	EMULZINT ZITO HAMBURGUER 10KG	2016	Item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/BA
19012000	MISTURA EMULZINT P/SONHO 10 K	2016	Item 11.4 do Anexo 1 do RICMS/BA
19023000	NHOQUE MASSA LEVE 500G	2016	Item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/BA
19021900	MASSA FOLHADA MASSA LEVE 300	2016	Item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/BA
19021100	MASSA FOLHADA MASSA LEVE RO	2016	Item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/BA
39174090	ORGANIZ FIXTIL P/FIOS PRETO 1.2	2016	RICMS/BA, Anexo I, 8, Item 8.6
39173900	ORGANIZ FIXTIL P/FIOS PRETO 1.2	2016	RICMS/BA, Anexo I, 8, Item 8.6
19059090	SOBREMESA MISS DAISY MOUSS CH	2016	Item 11.18.1 do Anexo 1 do RICMS/BA

Disse que o Autuante se equivocou ao revisar as alíquotas aplicadas nas saídas objeto da Infração 04, tendo considerado percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS, em relação aos seguintes produtos:

- a) CONDIC DOVE PONTAS DUPLAS 200ML:** mercadoria tributada normalmente com alíquota de 17% até 09/03/2016, e 18% a partir de 10/03/2016, conforme o Art. 15, I, "a" da Lei nº 7.014/96;
- b) EXTRATO TOMATE HEINZ LT 340G:** mercadoria tributada normalmente com alíquota de 17% até 09/03/2016, e 18% a partir de 10/03/2016, conforme o Art. 15, I, "a" da Lei nº 7.014/96;
- c) LEITE LIQ ITAMBE DESNAT 1L:** mercadoria tributada normalmente com alíquota de 17% até 09/03/2016, e 18% a partir de 10/03/2016, conforme o Art. 15, I, "a" da Lei nº 7.014/96;
- d) PAPEL HIG PREZUNIC FD C8:** mercadoria tributada normalmente com alíquota de 17% até 09/03/2016, e 18% a partir de 10/03/2016, conforme o Art. 15, I, "a" da Lei nº 7.014/96;
- e) NOTEBOOK POSITIVO STILO XR3500 CEL 2GB W10:** mercadoria tributada normalmente com alíquota de 7% até 31/01/2017, e 12% a partir de 01/02/2017, conforme o Art. 266, XIII, "d" do RICMS/12.

Requeru o provimento integral ao presente Recurso Voluntário, reformando-se o Acórdão recorrido para anular o Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS e multa em razão de 4 infrações, sendo objeto do Recurso Voluntário as Infrações 02 a 04, pela utilização indevida de crédito fiscal, pela falta de recolhimento do imposto por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis e pelo seu recolhimento a menor por utilização de alíquota diversa da prevista na legislação.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Passando ao mérito, verifico que foi devidamente enfrentado o questionamento do Autuado em relação à Infração 02 pela Decisão de piso, conforme excerto do voto transscrito a seguir:

“A defesa se mostrou ainda irresignada frente a manutenção das mercadorias: CASTANHA CAJU LA VIOLETERA NOOTZ TOR 40 g e CASTANHA YOKI CAJU 100 g, sobre as quais entende que são normalmente tributadas, pois não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, fato que autorizaria o uso do crédito fiscal destacado nos documentos fiscais.”

Preliminarmente à nossa análise, ressalto o entendimento da Administração Tributária e pacífico neste CONSEF, de que para a inclusão de um produto no regime da substituição tributária, é necessária, a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição.

Assim, foi o entendimento exposto no Parecer da DITRI 25452/2012: “ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente”.

Isto posto, analiso a seguir, a mercadoria, ponderando as razões da defesa e aquelas postas na informação fiscal, observando as disposições do Anexo 1 ao RICMS/2012, em suas versões vigentes em 2016, no sentido de verificar se a NCM do item se encontrava inserida no citado anexo, e em caso positivo, se a descrição se conforma com a dos produtos autuados.

Os produtos ainda contestados pela autuada, foram adquiridas com a NCM 2008.19.00 para a CASTANHA CAJU LA VIOLETERA NOOTZ TOR 40 g e CASTANHA YOKI CAJU 100 g.

Em 2016, nas duas versões vigente entre 01/01/2016 e 09/03/2016 e até 31/01/2017, esta NCM esteve sujeita a substituição tributária, conforme previsão, nos itens 11.10.1 e 11.10.2 de substituição tributária para “Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 kg” e “Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo superior a 1 kg”, respectivamente, para a NCM 2008.1, a mesma associada as mercadorias autuadas, portanto, devem ser mantidas na autuação.”

Também verifiquei que os referidos dispositivos estavam em vigor durante todo o exercício de 2016, tendo sido correta a Decisão *a quo*, não devendo ser provido o Recurso Voluntário em relação à Infração 02.

No tocante à Infração 03, entendo que assiste razão ao Autuado, exceto no que se refere à mercadoria ORGANIZ FIXTIL P/FIOS PRETO 1.2, o qual é um organizador de fios, não enquadrado no regime de substituição tributária por não se conformar à descrição do item 8.6, do Anexo 1 do RICMS/12, que trata de tubos, e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plástico, para uso na construção.

Já as mercadorias MASSA FOLHADA MASSA LEVE 300G, MASSA FOLHADA MASSA LEVE ROLO 1KG e NHOQUE MASSA LEVE 500G são massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, enquadradas no regime de substituição tributária, pois são classificadas na NCM 1902.1 e estão relacionadas no item 11.16, do Anexo 1 do RICMS/12.

Quanto à mercadoria SOBREMESA MISS DAISY MOUSS CHOC 500G, já me manifestei a favor do seu enquadramento no regime de substituição tributária no julgamento do Auto de Infração nº 274068.0004/22-4, Acórdão JJF nº 0143-05/23-VD, atuando pela 5ª JJF, da seguinte forma:

“No tocante ao produto CARTE DOR MOUSSE CHOC, entretanto, assiste razão ao Autuado, pois está enquadrado no regime de substituição tributária, no item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/12, posto que não possui a

NCM 2007.99.90, mas a NCM 1806.90.00, visto que a Nota 2 do Capítulo 20 da NCM, in verbis, exclui os produtos de chocolate:

“2 - Não se incluem nas posições 20.07 e 20.08 as geleias e pastas de frutas, as amêndoas de confeitoria e produtos semelhantes, apresentados sob a forma de produtos de confeitoria (posição 17.04), nem os produtos de chocolate (posição 18.06).” (grifo nosso)”

As mercadorias EMULZINT ZITO HAMBURGUER 10KG CX/10 e MISTURA EMULZINT P/SONHO 10 KG KG/1 são misturas de farinha de trigo, para elaboração de pães e massas, enquadradas no regime de substituição tributária, posto que classificadas na NCM 1902.1 e relacionadas no item 11.13, do Anexo 1 do RICMS/12.

De ofício, considerando a posição externada quando da análise da Infração 02, entendo que estão enquadradas no regime de substituição tributária, por estarem classificadas na NCM 2008.1 e relacionadas no item 11.10.1, do Anexo 1 do RICMS/12, as seguintes mercadorias: AMENDOIM PREZUNIC 550G, AMENDOIM PREZUNIC MIX 550G, AMENDOIM YOKI COM MEL 150G, AMENDOIM YOKI DOCE PRALINE 150G, AMENDOIM YOKI DOCE PRALINE 150G BRANCO, AMENDOIM YOKI DOCE PRALINE 150G CHOCOLATE e CASTANHA DO PARA S/C 200G.

Diante do exposto, entendo merecer reparo a Decisão *a quo*, devendo ser parcialmente provido o Recurso Voluntário em relação à Infração 03, reduzindo o valor da Infração 03 para R\$ 31.952,17, conforme demonstrado a seguir:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
31/01/2016	09/02/2016	49.660,59	17	60	8.442,30
29/02/2016	09/03/2016	25.661,12	17	60	4.362,39
31/03/2016	09/04/2016	10.878,06	18	60	1.958,05
30/04/2016	09/05/2016	8.316,72	18	60	1.497,01
31/05/2016	09/06/2016	8.699,00	18	60	1.565,82
30/06/2016	09/07/2016	13.437,56	18	60	2.418,76
31/07/2016	09/08/2016	8.807,72	18	60	1.585,39
31/08/2016	09/09/2016	11.025,56	18	60	1.984,60
30/09/2016	09/10/2016	10.249,67	18	60	1.844,94
31/10/2016	09/11/2016	10.684,72	18	60	1.923,25
30/11/2016	09/12/2016	11.539,17	18	60	2.077,05
31/12/2016	09/01/2017	12.736,72	18	60	2.292,61
				Total	31.952,17

Também constato que foi devidamente enfrentado o questionamento do Autuado em relação à Infração 04 pela Decisão de piso, explicando que, no período objeto da autuação, os computadores portáteis (*notebooks* e *tablets*) eram tributados com a carga tributária de 12%, conforme os dispositivos 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, seus periféricos e suprimentos, indicados a seguir, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12%:

...
d) 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, inclusive computador de mesa (desktop), computador portátil (notebook e tablet) - NCM 8471;

Nota: A redação atual do inciso XIII do caput do art. 266 foi dada pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, produzindo efeitos a partir de 01/02/17.

Redação anterior, efeitos até 31/01/17:

“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)

..."

..."
XXXIV - revogado;

Nota: O inciso XXXIV do caput do art. 268 foi revogado pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, efeitos a partir de 01/02/17.

Redação originária, efeitos até 31/01/17:

"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);"

Ou seja, em todo o período a tributação de computadores portáteis (notebooks e tablets) manteve a carga tributária de 12%, sendo, até 31/01/2017, determinada pelo Art. 266, XXXIV do RICMS/12, e, a partir de 01/02/2017, pelo Art. 266, XIII, "d" do RICMS/12.

Quanto aos demais produtos, verifico que também não assiste razão ao Autuado, já que o Autuante já havia corrigido o demonstrativo, acatado pela Decisão de piso, para a atribuição da alíquota de 17% para as operações realizadas até 09/03/2016.

Portanto, entendo ter sido correta a Decisão *a quo*, não devendo ser provido o Recurso Voluntário em relação à Infração 04.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, de forma a julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$ 46.034,17, conforme demonstrado abaixo:

Infração	Auto de Infração	2 ^a JJF	2 ^a CJF	Multa	Resultado
Infração 01	1.664,35	1.440,43	1.440,43	60%	Infração Reconhecida
Infração 02	10.141,66	8.123,19	8.123,19	60%	Recurso Não Provido
Infração 03	40.484,78	32.653,20	31.952,17	60%	Recurso Provido em Parte
Infração 04	4.563,43	4.518,38	4.518,38	60%	Recurso Não Provido
Valor Total	56.854,22	46.735,20	46.034,17		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 279463.0001/20-4, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 46.034,17**, 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.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR DA PGE/PROFIS