

PROCESSO - A. I. Nº 279266.0005/20-1
RECORRENTE - MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA. (CENCOSUD BRASIL ATACADO LTDA.).
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0004-04/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/11/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0358-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Restou comprovado que as mercadorias indicadas no recurso interposto, eram enquadradas no regime de substituição fiscalizada no período fiscalizado. Vedado a utilização de crédito fiscal de mercadorias cuja saída subsequente tem fase de tributação encerrada. Infração subsistente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão da 4ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 30/06/2020, exigindo ICMS no valor de R\$ 164.036,65, relativo as três infrações, sendo objeto do recurso a infração 3 que acusa:

***Infração 03 - 01.02.06:** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária (2017) - R\$ 39.489,55. Multa de 60%.*

Na decisão proferida a 4ª JJF (fls. 108/119), inicialmente discorreu sobre a autuação e pedido de realização de diligência fiscal, que entendeu desnecessária tendo em vista que foi produzido informação fiscal, na qual o atuante concordou em parte com o que foi apresentado na defesa, e e oportunizado manifestação por parte do autuado, inclusive realizado diligência a pedido da 4ª JJF (fls. 77/78), cujo resultado foram suficientes para formação da convicção do julgador, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF/BA.

Em seguida passou a análise do mérito. Com relação a infração 3 apreciou que:

(...)

Por fim, relativamente a infração 03, que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, conforme demonstrativo de fls. 13/21 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 22, com lançamento do imposto (ICMS) no valor de R\$ 39.489,55 e enquadramento no artigo 29, § 4º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, têm-se da peça de defesa o registro de que o Agente Fiscal ignorou o fato de que diversas mercadorias incluídas na infração são tributadas no regime normal do ICMS, estando fora do regime da substituição tributária, o que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

A título de amostragem, relaciona algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estariam incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido de substituição tributária:

- PAO QUEIJO FORNO MINAS COQ ORIG 400G: Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96;
- CASTANHA CAJU NAT INT LA VIOLET 100G: Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 (Não faz parte dos salgadinhos);
- TORTA SADIA MASSA IOGURTE FGO 500G: Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Diz que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração está na planilha “Infração 03 - Defesa”, gravada no CD anexo ao presente PAF (Doc. 3).

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 62/65 e registra que estabelece o item 11.10.1 do ANEXO 1 do RICMS/BA, em redação dada pelo Decreto nº 16.499, de 23/12/2015 e modificações posteriores, que são sujeitos à substituição tributária:

- “Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg.”

Aduz, então, que não foi excepcionado pela legislação nenhum tipo de castanha. As castanhas tipo aperitivo vendidas em embalagens de 100 g, aqui autuadas, enquadram-se perfeitamente, pela própria descrição da mercadoria, como sujeitas à substituição tributária.

Portanto, consigna que não há como aceitar a exclusão alegada na peça de defesa, em relação as mercadorias: “AMENDOA TORR LA VIOLETERA SALG 100G, AMENDOAS LA VIOLETERA NAT S/C 100G, CASTANHA CAJU NAT INT LA VIOLET 100G, CASTANHA CAJU TOR SALG LA VIOLET 100G e CASTANHA PARA VITTA CROC 100G”.

Também diz estabelecer o item 11.35.0 do ANEXO 1 do RICMS/BA, em redação dada pelo Decreto nº 17.303, de 27/12/2016 e modificações posteriores que, são sujeitos à substituição tributária:

- “Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultante do abate de aves.”

Registra que a redação desse item do ANEXO 1 do RICMS/BA não permite dúvidas de que carnes de aves defumadas estão sujeitas à substituição tributária.

Portanto, pontua que não há como aceitar a exclusão alegada nesta defesa das mercadorias “PEITO CHEST PERD DEF INT, PEITO SADIA PERU DEF INT, PEITO SEARA PERU DEF INT”.

Em seguida, relaciona o novo cálculo do demonstrativo de débito do ICMS devido por mês, relativo a infração 03, após ter acatado os outros itens arguidos pela defesa, conforme indicado no corpo da Informação Fiscal às fls. 62-v a 65 dos autos. Em conclusão, após considerar os estornos comprovados, diz ser pela alteração do valor devido da Infração 03, conforme discriminado a seguir, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 89 dos autos.

Mês	Ano	Valor autuado (A)	Mercadoria com tributação normal (B)	Novo valor devido (A-B)
1	2017	2.625,66	980,51	1.645,15
2	2017	4.704,33	1.027,82	3.676,51
3	2017	2.370,26	1.058,27	1.311,99
4	2017	2.456,41	1.307,88	1.148,53
5	2017	2.767,61	1.580,16	1.187,45
6	2017	4.853,57	2.002,89	2.850,68
7	2017	3.054,07	1.240,75	1.813,32
8	2017	2.447,79	898,55	1.549,24
9	2017	3.343,07	1.985,38	1.357,69
10	2017	3.281,49	595,39	2.686,10
11	2017	2.440,05	1.028,33	1.411,72
12	2017	5.145,24	349,28	4.795,96
TOTAL		39.489,55	14.055,21	25.434,34

Na manifestação à fl. 69/70 dos autos, pelo defendente, a pedido desta 4ª JJF, em sede de diligência fiscal, relativamente a Informação fiscal de fls. 62/65, ratificada à fl. 82 dos autos, quanto as mercadorias mantidas no relatório da diligência fiscal, diz reiterar que há a necessidade de elaboração de novo levantamento, pois ainda remanescem na autuação, indicação de algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal, por crédito indevido de substituição tributária. Sendo assim, aduz reiterar as razões de defesa apresentada nesses autos, relativo a imputação de nº 3 do Auto de Infração, em tela.

Mais adiante, às fls. 94/94-v, o sujeito passivo, acosta aos autos nova manifestação, onde relativamente a infração 03, diz que, em que pese o Sr. Agente Fiscal ter acertadamente excluído diversas mercadorias do levantamento fiscal que são tributadas no regime normal do ICMS, ainda remanescem na autuação os produtos destacados no “Quadro” constante da peça impugnatória de fl. 94, quais sejam: “AMENDOAS”, “CASTANHAS”, “PEITO CHEST”, “PEITO DE PERU”, “PEITO FGO SEARA”, e “PEITO SADIA”, que, ao seu entender, deve esta JJF determinar a exclusão do levantamento da autuação as mercadorias elencadas.

À fl. 99, têm-se Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante relativo à manifestação do defendente de fl. 94, em que diz informar que todas as mercadorias listadas pelo Contribuinte Autuado na folha 94 estão sujeitas à substituição tributária, conforme determina a Lei 7.014/96, pelo que aduz manter o saldo remanescente do presente PAF nos termos da Informação Fiscal constante à fl. 82 dos autos.

Passo, então, a posicionar sobre as razões e contrações relativamente a infração 03. Relativamente aos itens “AMENDOAS”, “CASTANHAS”, “PEITO CHEST”, “PEITO DE PERU”, “PEITO FGO SEARA”, e “PEITO SADIA”, alinhando-me com entendimento do agente Fiscal Autuante expressado, na sua informação fiscal, com

fundamentação na legislação, que, de fato, tais produtos à época dos fatos geradores estavam abarcados pelo instituto da substituição tributária, exceto em relação ao produto “AMÊNDOA”.

Antes de adentrar na análise observo que não cabe ao defendente, quando é dado o direito de manifestar nos autos, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA, simplesmente dizer que aduz reiterar as razões de defesa apresentada nesses autos, quando, na realidade, o agente Autuante, na Informação Fiscal de fls. 62/65, mais especificamente à fl. 63 traz os fundamentos legais que enquadram os citados produtos no campo da substituição tributária.

Portanto, coaduno, então, com o entendimento do agente Fiscal Autuante, de que o item 11.31.2 do ANEXO 1, do RICMS/BA, vigente de 01/01/2016 a 09/03/2016, e o item 11.31.1 do ANEXO 1 do RICMS/BA, efeitos de 10/03/2016 a 31/01/2017, são sujeitos à substituição tributária: “Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultante do abate de aves”, onde não se deixa dúvidas de que carnes de aves defumadas estavam sujeitas à substituição tributária à época dos fatos geradores.

Portanto, vejo assertivo o entendimento do agente Fiscal Autuante de manter no novo demonstrativo de débito de fl. 65 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 89 os itens de mercadorias “PEITO CHEST”, “PEITO DE PERU”, “PEITO FGO SEARA”, e “PEITO SADIA”.

Não me alinho com o entendimento do agente Fiscal Autuante relativamente ao item de produto “AMÊNDOA”. De fato, não observo no ANEXO I do Regulamento do ICMS, à época dos fatos geradores, que o produto “AMÊNDOA” estaria abarcado pelo o “Item 11-0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – NCM 2008.1 – amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1Kg”, como assim entende o i. agente Autuante.

Diferentemente do entendimento do agente Autuante, vejo que o produto “AMÊNDOA” não é o mesmo que os produtos “AMENDOIM” e “CASTANHAS”, estes enquadrados na substituição tributária. Logo, entendo que se deve excluir do demonstrativo remanescente de débito do Auto de Infração, em tela, os itens de produtos relacionados a “AMÊNDOA”, por entender que, à época dos fatos geradores, eram de tributação normal.

Em sendo assim, não vendo nada, que desabone as alterações efetuadas nos demonstrativos de débito da exigência fiscal nº 03, exceto quanto ao item de produto “AMÊNDOA”, vejo restar subsistente parcialmente correspondente ao montante de R\$ 25.165,39, conforme os valores apontados no demonstrativo remanescente de débito constante do CD/Mídia de fls. 89, na forma indicada no corpo da Informação Fiscal às fls. 62-v a 65 dos autos, excluindo os itens de produtos relacionados a “AMÊNDOA”, abaixo reproduzido:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 03					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2017	09/02/2017	2.625,66	1.645,15	PROC EM PARTE	1.645,15
28/02/2017	09/03/2017	4.704,33	3.676,51	PROC EM PARTE	3.676,51
31/03/2017	09/04/2017	2.370,26	1.311,99	PROC EM PARTE	1.311,99
30/04/2017	09/05/2017	2.456,41	1.148,53	PROC EM PARTE	1.134,00
31/05/2017	09/06/2017	2.767,61	1.187,45	PROC EM PARTE	1.187,45
30/06/2017	09/07/2017	4.853,57	2.850,68	PROC EM PARTE	2.850,68
31/07/2017	09/08/2017	3.054,07	1.813,32	PROC EM PARTE	1.813,32
31/08/2017	09/09/2017	2.447,79	1.549,24	PROC EM PARTE	1.549,24
30/09/2017	09/10/2017	3.343,07	1.357,69	PROC EM PARTE	1.357,69
31/10/2017	09/11/2017	3.281,49	2.686,10	PROC EM PARTE	2.686,10
30/11/2017	09/12/2017	2.440,05	1.411,72	PROC EM PARTE	1.283,72
31/12/2017	09/01/2018	5.145,24	4.795,96	PROC EM PARTE	4.669,54
Total da Infração 03		39.489,55	25.434,34		25.165,39

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em tela, na forma a seguir destacado:

INFRAÇÃO	VL LANÇADO	VL JULGADO	RESULTADO
INF. 01 – 01.02.02	43.193,14	38.272,26	PROC EM PARTE
INF. 02 – 01.02.03	81.353,96	7.953,89	PROC EM PARTE
INF. 03 – 01.02.06	39.489,55	25.165,39	PROC EM PARTE
Total	164.036,65	71.391,54	

No Recurso Voluntário interposto (fls. 129/132) por meio da advogada Maria Cristina Caregnato, OAB/SP 222.942, inicialmente ressalta a sua tempestividade, apresenta uma síntese dos fatos, apresentação de impugnação, que no julgamento foi acolhido integralmente os argumentos relativos as infrações 1e 2 e parcialmente da infração 3, que é objeto do Recurso Voluntário.

Argumenta que a exigência relativa à infração 3 acusa utilização indevida de crédito fiscal de

ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, mas a fiscalização ignorou que diversas mercadorias são tributadas pelo regime normal do ICMS.

Apresenta a tabela à fl. 131, abaixo reproduzida e pugna pela exclusão das seguintes mercadorias:

Descrição	Tributação	Tributação Análise Consultoria	Base Legal da tributação atual
AMENDOIM COLORIDO 70G	NORMAL	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
AMENDOIM CUCO 500G	NORMAL	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
AMENDOIM DORI COLORIDO 100G	NORMAL	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
AMENDOIM DULAR 500G	NORMAL	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
AMENDOIM VERDE C/CAS KG	NORMAL	Tributado Normal 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
CASTANHA CAJU NAT INT LA VIOLET 100G	NORMAL	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
CASTANHA CAJU TOR SALG LA VIOLET100G	NORMAL	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
CASTANHA PARA VITTA CROC 100G	NORMAL	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
PEITO CHEST PERD DEF INT	NORMAL	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
PEITO DE PERU SADIA SOLTÍSSIMO 200G	NORMAL	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
PEITO FGO SEARA ESCOLHA SAUD INT	NORMAL	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
PEITO SADIA PERU DEF INT.	NORMAL	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
PEITO SEARA PERU DEF INT.	NORMAL	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.

Conclui requerendo a reforma parcial da infração 3, com a exclusão das mercadorias acima citadas.

VOTO

O auto de infração acusa o cometimento de três infrações, sendo objeto do Recurso Voluntário a infração 3, que o recorrente alega ter mantido a exigência de crédito indevido relativo a mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, mas que na verdade, são tributadas normalmente.

Conforme demonstrativo juntado ao recurso foi relacionado os produtos AMENDOINS DIVERSOS (COLORIDO, CUCO, DULAR e VERDE C/CASCA KG) em embalagens de 70 gr, 50 gr, 100 gr; e Kg; CASTANHA DE CAJU DIVERSAS, em embalagens de 100 gr e PEITO DE PERU DIVERSOS.

A recorrente alega que todos os produtos acima são tributados pela alíquota de 18% nas operações internas de acordo com o disposto no art. 15, I, "a" da Lei nº 7.014/1996.

Na decisão ora recorrida foi apreciado que todos produtos indicados no Recurso Voluntário estão submetidos ao regime de substituição tributária, relacionados no Anexo 1 do RICMS/BA.

Inicialmente observo que apesar de o recorrente indicar o produto AMENDOIN VERDE C/CASCA KG (fl. 131) no demonstrativo refeito pela fiscalização de fls. 62/v a 65, quando produziu a informação fiscal, não foi relacionado nenhuma nota fiscal deste produto, motivo pelo qual não será apreciado.

Com relação aos produtos relacionados AMENDOAS LA VIOLETERA NAT S/C 100G, CASTANHA CAJU NAT INT LA VIOLET 100G, CASTANHA CAJU TOR SALG LA VIOLET 100G e CASTANHA PARA VITTA CROC 100G, constato que engloba o período fiscalizado de janeiro a dezembro de 2017 (fl. 62/v a 65) cujo item 11.11.0 do Anexo 1 do RICMS/BA, estabelece que eram sujeitos à substituição tributária:

11.11.0	17.033.00	2008.1	Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg	Não tem	Não tem	81,64% (Aliq. 4%) 75,79% (Aliq. 7%) 66,34% (Aliq. 12%)	55%
---------	-----------	--------	---	---------	---------	--	-----

No tocante aos produtos "PEITO CHEST", "PEITO DE PERU", "PEITO FGO SEARA", e "PEITO SADIA", constato que conforme fundamentado na decisão ora recorrida tais produtos à época dos fatos geradores (2017) estavam abarcados pelo instituto da substituição tributária, o item 11.35.0 do ANEXO 1 do RICMS/BA, vigente em 2017 (no período 10/03/2016 a 31/01/2017, no Item 11.35.0).

11.35.0	17.087.00	0207 0209 0210.99 1501	<i>Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves</i>	Não tem	28,78% (Aliq. 4%) 24,76% (Alíq. 7%) 18,05% (Alíq. 12%)	10%
---------	-----------	---------------------------------	---	---------	--	-----

Pelo exposto, todos os produtos relacionados pelo recorrente (*AMENDOIM, CASTANHAS e PEITO DE PERU*), estavam enquadrados no regime de substituição tributária no período fiscalizado (2017).

Consequentemente, ocorrendo a substituição ou antecipação tributária, fica encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei e vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento, para comercialização, cuja operação de saída subsequente não for tributada, conforme previsto no art. 9º e art. 29, § 4º, II da Lei nº 7.014/1996 c/c o disposto no art. 290 do RICMS/BA.

Do exposto, voto pela manutenção da PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, e NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **279266.0005/20-1**, lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA. (CENCOSUD BRASIL ATACADO LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 71.391,54**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS