

A.I. Nº - 298958.0001/20-2
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP NORTE

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0104-02/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; **b)** MERCADORIAS COM SAIDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO; **c)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. As razões de defesa não foram suficientes para elidir por completo as infrações. Itens subsistentes em parte. O autuante na informação fiscal revisou as infrações frente as alegações da defesa. Acatados parcialmente os argumentos da defesa. Refeitos os cálculos. Infrações parcialmente subsistentes. **2. RECOLHIMENTO A MENOS. a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS; **b)** APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. As razões de defesa não foram suficientes para elidir por completo as infrações. Itens subsistentes em parte. Os autuantes na informação fiscal revisaram o lançamento frente as alegações da defesa. Acatados parcialmente os argumentos da defesa. Refeitos os cálculos. Infrações parcialmente subsistentes; **c)** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS; **c.1)** ATIVO IMOBILIZADO. A autuada não contestou a infração. Subsistente; **c.2)** USO E CONSUMO. A autuada não contestou. Infração subsistente. **3 DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO; **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO; **c)** MERCADORIAS OU SERVIÇO TOMADO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Fato demonstrado nos autos. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Refeitos os cálculos Infrações parcialmente subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/02/2020, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 55.262,96, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, para fatos apurados em janeiro de 2017 a dezembro de 2017, fevereiro, abril a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 20.242,83 mais multa de 60% tipificada no 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 9º e art. 29, § 4º inc. II da Lei nº 7.014/96, c/com art. 290 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.26 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de imposto, para fatos apurados em janeiro, março, maio, junho, agosto a dezembro de 2017 fevereiro, abril, junho a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 12.784,54 mais multa de 60% tipificada no 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 29, § 4º inc. II da Lei nº 7.014/96, c/com art. 310, inc. II do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 – 01.02.41 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, para fatos apurados em janeiro a março, junho, julho, setembro a dezembro de 2017, fevereiro, abril, maio, novembro e dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 577,54 acrescido da multa de 60% tipificada no 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 309, § 7º do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 04 – 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, para fatos apurados em janeiro a maio, julho a novembro de 2017, janeiro, março, junho e agosto de 2018. ICMS no valor de R\$ 10.476,09 acrescido da multa de 60% tipificada no 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332, inc. I do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 05 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, para fatos apurados em janeiro a maio, agosto, setembro, novembro, dezembro de 2017, janeiro a abril, julho, agosto, novembro e dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 5.287,82 acrescido da multa de 60% tipificada no 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 06 – 06.01.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, para fatos apurados em novembro de 2017, maio e dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 404,55 acrescido da multa de 60% tipificada no 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, c/com art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 07 – 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento, para fatos apurados em janeiro a abril, junho a novembro de 2017 e janeiro a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 2.167,08 acrescido da multa de 60% tipificada no 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, c/com art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 08 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma nota fiscal, para fatos apurados em janeiro, a novembro de 2017. Multa no valor de R\$ 396,47 tipificada no 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 09 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma nota fiscal, para fatos apurados em janeiro, a novembro de 2017. Multa no valor de R\$ 607,01 tipificada no 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 10 – 16.01.06 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma nota fiscal, para fatos apurados em dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018. Multa no valor de R\$ 2.319,03 tipificada no 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

A autuada, através de seus advogados, impugnou o lançamento, fls. 26 a 31, onde inicialmente demonstrou a tempestividade da defesa, fez uma síntese da autuação e em seguida, após transcrever a infração 01, disse que o Fiscal ignorou o fato de que diversas mercadorias 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.

Indica, a título de amostragem, algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento, sendo que relação completa está na planilha “*Infração 01 Análises*”, gravada no CD anexo à impugnação - Doc. 3, indicando que a alíquota aplicável é a prevista no art. 15, inc. I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, referindo-se aos produtos: BACIA SANREMO GRANDE 14 l 220; MISTURA P/BOLO SARANDI NEUTRO 5 Kg e RAÇÃO TORI GIRASSOL 500 g, este último item, a NCM de semente não entra na substituição tributária.

Diz anexar relatório de vendas extraído do seu sistema de apuração, no qual resta demonstrada a tributação das mercadorias nas operações de saídas - Doc. 3, CD Anexo, arquivo “*Vendas Infração 01*”.

Conclui que devem ser excluídas as mercadorias tributadas do levantamento que embasou a infração 01, portanto, deve ser reformada.

Ao tratar da infração 02, aponta que ao elaborar o levantamento, o Auditor Fiscal ignorou o fato de que diversas mercadorias são tributadas no regime normal do ICMS, estando fora de qualquer regra de isenção ou redução, o que autoriza o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal.

Afirma que a relação completa das mercadorias sob tributação normal, incluídas na infração, está na planilha “*Infração 02 Análises*”, gravada no CD anexo à impugnação - Doc. 3, elaborada com base no arquivo de levantamento.

Diz anexar relatório de vendas extraído do seu sistema de apuração, no qual resta demonstrada a tributação das mercadorias nas operações de saídas - Doc. 3, CD, razão pela qual entende que a infração deve ser reformada.

Ao se referir a infração 04, argui que ao apurar o valor da exigência, a Fiscalização deixou de observar que grande parte das mercadorias gozam de isenção do imposto além de algumas que estão incluídas no rol de produtos tributados pelo regime da substituição tributária, cuja relação completa das mercadorias que foram indevidamente incluídas na infração, está na planilha “*Infração 04 Análises*”, gravada no CD - Doc. 3, portanto, a infração deve ser reformada.

Na defesa da infração 05, argui que o Fiscal se equivocou ao revisar as alíquotas aplicadas nas saídas, vez que considerou percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS. A relação completa das mercadorias cuja inclusão contesta, está na planilha “*Infração 05 Análises*”, gravada no CD anexo à impugnação - Doc. 3.

Ao tratar da infração 10, aponta que o Agente Fiscal deixou de observar que diversas operações foram efetivamente escrituradas no Livro Registro de Entrada, conforme demonstram as planilhas gravadas no CD anexo - Doc. 3 – arquivos denominados “*Infração 10 Análises*”.

Conclui que diante da comprovação do equívoco cometido é necessária a revisão do valor lançado.

Requer nos termos do art. 137, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, e conforme demonstrado, a realização de diligência fiscal que se faz necessária para demonstrar a improcedência do Auto de Infração.

Justifica o pedido asseverando que as infrações são indevidas uma vez que as operações obedeceram ao disposto na legislação de regência, não há ausência de pagamento de imposto ou mesmo hipótese de incidência das multas aplicadas e se compromete a apresentar seus quesitos na ocasião da revisão fiscal.

Requer a realização de diligência fiscal, através de Auditor Fiscal integrante da ASTEC do CONSEF, com exame das planilhas constantes do CD - Doc. 3, e, após a diligência, confirmadas as razões de fato e de direito que compõem as alegações de defesa, que seja dado integral provimento à impugnação administrativa, com o consequente cancelamento do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 56 a 66, inicialmente transcreveu as infrações e as razões de defesa.

Em relação aos argumentos da infração 01, reconhece como procedente em parte as alegações defensivas, informa o refazimento das planilhas de débito, que anexou aos autos com notas explicativas para as mercadorias, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 7.988,53.

Quanto a infração 02, indica que a mercadoria incluída no levantamento que a defesa discorda é a BOBINA PLÁSTICA PICOTADA, sobre a qual, afirma ser um produto isento, pois, são bobinas com sacos plásticos disponíveis na secção de hortifrutigranjeiros dos mercados e supermercados para acondicionarem frutas e verduras, produtos beneficiados com isenção. Portanto, o produto acessório, bobinas com sacos plásticos, acompanham a tributação do produto principal.

Assim sendo, mantém a cobrança em seu montante integral, e informa que anexou aos autos novas planilhas com notas explicativas para as mercadorias objeto de defesa.

Para a infração 03, registra que a autuada não se reporta, portanto, mantém a cobrança em seu montante integral.

Quanto a infração 04, aponta as mercadorias que a autuada discordou:

MIX 4 LEGUMES PREZUNIC CONG 300 g - Produto isento, excluído da planilha de débito;

ÓLEO KING LUBRIFICANTE 100 ml – Produto enquadrado no regime da substituição tributária;

QUEROSENE KING - Produto enquadrado no regime da substituição tributária; e

VODKA SMIRNOFF ICE - Produto enquadrado no regime da substituição tributária.

Diz reconhecer como procedente em parte as alegações defensivas, e informa o refazimento das planilhas levando em consideração os produtos enquadrados no regime da substituição tributária, e anexa aos autos, com notas explicativas para as mercadorias objeto de defesa, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 9.290,96.

Em relação a infração 05, relaciona as mercadorias que a autuada discordou:

LAVADORA TEKNA ALTA PRESSÃO e LAVADORA KARCHER ALTA PRESSÃO – afirma que na saída do produto aplicou a alíquota de 8,8%, quando a correta é 18%, pois trata-se de lavadora doméstica, sendo que a mercadoria beneficiada com a redução da base de cálculo, de modo que a alíquota efetiva seja de 8,8% é a lavadora industrial;

ESPAGUETE URBANO ARROZ S/ GLÚTEN 500 g – é um produto à base de arroz e não de farinha de trigo, portanto, tributada normalmente pelo ICMS.

Conclui pela manutenção da infração e a cobrança em seu montante integral. Anexou aos autos novas planilhas com notas explicativas para as mercadorias objeto de defesa.

Sinaliza que não houve argumentos contra as infrações 06, 07, 08 e 09, motivo pelo qual as mantém integralmente.

Para a infração 10, reconhece em parte as alegações quanto às notas fiscais nº 000.118, 003.567, 003.580, 000.140, 003.617, 117.045, 172.749 e 126.854, informa a exclusão destas na planilha de débito.

Mantém a cobrança quanto às demais notas fiscais de entrada não escrituradas e informa a anexação de novas planilhas de débito. Remanesce o montante de R\$ 1.963,50.

Conclui pelo acatamento parcial das alegações da autuada e efetuou os expurgos pertinentes, referentes as infrações 01, 04 e 10 e reclama em favor da Fazenda Pública Estadual o crédito tributário de ICMS, no valor de R\$ 41.468,00 acrescidos dos consectários legais pertinentes.

Intimada a tomar ciência da informação fiscal, através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fls. 68 a 70, tacitamente em 11/01/2021 (art. 127-D, parágrafo único, inc. III da Lei nº 3.956/81 – COTEB), não se manifestou no prazo concedido de trinta dias.

Em 15/02/2021, por sua advogada, a atuada protocolizou na Secretaria do CONSEF, manifestação anexada às fls. 73 a 76, onde abordou as infrações 01, 02, 04, 05 e 10.

Para a infração 01, repisou os argumentos da defesa apenas acrescentando as seguintes mercadorias:

MISTURA P/BOLO SARANDI NEUTRO 5 Kg, justificando que está na substituição tributária apenas embalagens inferiores a 5 Kg. Portanto, os itens incluídos no levantamento têm tributação normal, conforme art. 15, inc. I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96;

AMÊNDOA EUROCAJU SACHE 100 g: Não faz parte dos salgadinhos, os itens incluídos no levantamento têm tributação normal;

SACO PLÁSTICO P/ PÃO FRANCES 34X40 C/ 1000: Apenas saco de lixo fazia parte da substituição tributária, os itens incluídos no levantamento têm tributação normal, conforme art. 15, inc. I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Sinaliza que ao proceder a revisão da infração 02, o Auditor Fiscal a manteve integralmente o lançamento, ignorando o fato de que diversas mercadorias são tributadas no regime normal do ICMS, estando fora de qualquer regra de isenção ou redução, o que autoriza o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal.

Reitera suas razões de defesa e indica, a título de amostragem, algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento:

- i) CANJICA DE MILHO MARATÁ AMARELO 500 g: Tributado normal, alíquota de 18%, conforme art. 16, inc. I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96;
- ii) FÉCULA MANDIOCA DINHABA 500 g: Tributação normal com alíquota de 17%, a partir de 10/03/2016 com a alíquota de 18%, conforme art. 15, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. Justifica que a isenção é apenas na farinha, produto obtido pela moagem da parte comestível de cereais de mandioca, a fécula é obtida de raízes e tubérculos;
- iii) BOBINA PLÁSTICA PICOTADA LISA C/ 6 34X45X015 m: Tributado normal com a alíquota de 18% conforme art. 15, inc. I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Diz que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas no levantamento está na planilha “*Infração 02*”, gravada no CD.

Quanto a infração 04, ressalta que o Fiscal acatou integralmente as razões de defesa. Assim, concorda com a informação fiscal.

Em relação a infração 05, reafirma que houve equívocos do Auditor Fiscal ao revisar as alíquotas aplicadas nas saídas, tendo considerado percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS.

Reitera a necessidade de revisão do levantamento para sejam consideradas as alíquotas corretas.

Para a infração 10, pontua que o Fiscal concordou com os argumentos de defesa apresentados, portanto, concorda com a informação fiscal.

Repisa suas razões de defesa em relação às infrações 01, 02 e 05, requerendo que sejam novamente revisadas pela Fiscalização, ante a improcedência das acusações fiscais.

Quanto as infrações 04 e 10, manifesta sua concordância com a conclusão da informação fiscal e requer sejam julgadas improcedentes naquela extensão.

Considerando que a manifestação protocolizada em 15/02/2021, fls. 72 a 76, não foi levada ao conhecimento do autuante, vez que os autos já haviam sido remetidos ao CONSEF para julgamento, os membros da 2ª JJF em sessão de pauta suplementar decidiram converter o processo em diligência à INFAZ de origem para que o setor responsável pelo preparo do processo, encaminhasse os autos ao autuante para tomar ciência da manifestação e sobre ela prestar nova informação, conforme prevê o art. 127, § 6º do RPAF/99.

Foi observado, caso na informação fossem aduzidos fatos novos ou anexados novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deveria dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18 do citado RPAF/99.

O Auditor Fiscal autuante, prestou nova informação, fls. 86 a 95, onde reproduziu todas as infrações e em seguida explicou que restaram pendentes na manifestação da autuada as infrações 01, 02 e 05, tendo em vista a concordância com a revisão procedida para as infrações 04 e 10 e pela não contestação das demais.

Em relação a infração 01, diz reconhecer como procedente parte das alegações da defesa, portanto, refez as planilhas de débito, anexou cópias aos autos, com notas explicativas para as mercadorias objeto de contestação, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 7.988,53.

Para a infração 02, sinaliza que a autuada discordou da inclusão das seguintes mercadorias:

- a) CANJICA DE MILHO MARATÁ AMARELO 500 g - Mercadoria não consta nas planilhas de débito;
- b) FÉCULA DE MANDIOCA DINHABA 500 g - Mercadoria não consta nas planilhas de débito; e
- c) BOBINA PLÁSTICA PICOTADA – Trata-se de produto isento. Assim considerado, por serem compostas de sacos plásticos disponíveis na seção de hortifrutigranjeiros dos mercados e supermercados para acondicionamento de frutas e verduras, produtos beneficiados com isenção, portanto, sendo um produto acessório acompanham a tributação dos produtos principais.

Assim sendo, mantém a cobrança em seu montante integral.

Na infração 05, pontua que os itens sobre os quais a autuada mantém sua discordância, são:

- a) LAVADORA TEKNA ALTA PRESSÃO e LAVADORA KARCHER ALTA PRESSÃO – diz que a autuada, nas saídas dos produtos, tributou com a alíquota de 8,8%, quando a correta é de 18% e justifica que se trata de lavadoras domésticas, sendo que a mercadoria beneficiada da redução da base de cálculo, de modo que a alíquota efetiva seja de 8,8% é a lavadora industrial;
- b) ESPAGUETE URBANO ARROZ S/ GLÚTEN 500 g – trata-se de produto à base de arroz, portanto, é mercadoria tributada normalmente pelo ICMS.

Conclui pela manutenção integral da infração e informa ter anexado aos autos novas planilhas para esta infração com notas explicativas para os itens contestados.

Conclui que diante do acatamento parcial das alegações da autuada e dos expurgos efetuados nas infrações 01, 04, e 10, reclama em favor da Fazenda Pública Estadual um crédito tributário de ICMS, no valor de R\$ 41.468,00 e os acréscimos dos consectários legais pertinentes.

Os autos foram remetidos para o CONSEF em 23/03/2023 para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de dez infrações, tempestivamente impugnadas.

Estabelecido no município baiano de Paulo Afonso, exercendo a atividade econômica principal de CNAE-Fiscal 4711-3/02 - Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados, a autuada é contribuinte do ICMS inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal.

Com a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, encaminhado ao contribuinte através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fls. 16 a 20, lida em 05/02/2020, foi dada ciência do início da ação fiscal e a intimação para quitar o débito levantado no Auto de Infração ou a apresentação de defesa, também foi realizada através de mensagem postada no DT-e, lida em 11/05/2020, fls. 23 e 24.

A defesa não arguiu nulidades do lançamento, contestando apenas o mérito das infrações 01, 02, 04, 05 e 10. Portanto, para as demais infrações, cabe aplicar o disposto no art. 140 do RPAF/99, *verbis*.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Dessa forma, desde já tenho como subsistentes as infrações 03, 06, 07, 08 e 09.

Constato que o lançamento se amolda perfeitamente às exigências do Código Tributário Nacional, da Lei nº 3.956/81 – COTEB, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade administrativa competente, que aplicando os roteiros de auditorias previstos, constituiu o crédito tributário, após verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade prevista na Lei nº 7.014/96.

Observe 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.

No mérito, cada infração contestada exige o ICMS não recolhido ou recolhido a menos decorrente de razões específicas que serão abordadas individualmente.

A infração 01, acusa o contribuinte de utilização indevida de crédito fiscal do ICMS decorrente da entrada de mercadorias com o pagamento do imposto por substituição tributária, que contraria os artigos 9º e 29, § 4º, inc. II da Lei nº 7.014/96.

A defesa, contestou a infração demonstrando que algumas mercadorias, incluídas no levantamento, não estariam sujeitas ao regime de substituição tributária e dessa forma, teria direito ao uso do crédito fiscal correspondente.

O autuante em sede de informação fiscal, revisou a infração e acolheu parte dos argumentos, contudo, a autuada se mostrou inconformada mantendo a contestação quanto a manutenção de algumas mercadorias, que considera ainda sujeitas ao regime de substituição tributária, como: (a)

MISTURA P/BOLO SARANDI NEUTRO 5 Kg; (b) AMÊNDOA EUROCAJU SACHE 100 g; e (c) SACO PLÁSTICO PÃO FRANCES 34X40 C/ 1000.

Preliminarmente à análise, acato o entendimento da Administração Tributária, já pacificado neste CONSEF, de que para se considerar 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 a decisão exposta em diversos pareceres a exemplo do 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*”.

Idêntico entendimento foi manifestado no Parecer 11219/2010, o qual traz o seguinte posicionamento: “*Há de se informar, inicialmente, que, para a inclusão de um produto na Substituição Tributária, é necessário que haja a sua identidade não só com uma das definições contidas nos diversos itens do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, RICMS, como com a classificação na NCM prevista no mesmo item*”.

Isto posto, abordo a seguir, cada item individualmente, 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 2017 e 2018, no sentido de verificar se a NCM do item se encontrava inserida no Anexo 1 ao RICMS/2012, e em caso positivo, se a descrição se conforma com a dos produtos autuados.

MISTURA PARA BOLO.

Consta no levantamento o mesmo produto de diversas marcas (Finna, Maratá, Dona Benta, Fleischmann, Emulzint e Sarandi), também de diversos sabores como festa, laranja, chocolate, aipim, cenoura, abacaxi etc., em embalagens de 450 g, todos com a NCM 1901.20.00.

No Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente entre 10/03/2016 e 31/01/2017, aparecem listadas as NCM 1902 nos seguintes itens com as respectivas descrições: item 11.13 – “*Mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo*” para a NCM 1901.2 e item 15.2 – “*Preparados para fabricação de sorvete em máquina*” para as NCM 1806, 1901 e 2106. Portanto, as misturas para bolos menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagens inferiores a 5 Kg, não estavam enquadradas na substituição tributária, devendo, nesse período, serem os correspondentes itens excluídos do levantamento.

Já no anexo vigente em 2017, a partir de 01/02/2017, consta as NCM 1901.2 e 1901.90.9 no item 11.14.3 com a seguinte descrição: “*Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg*”. Ou seja, no período indicado, as misturas para bolos conforme descrição do item, estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, devendo ser mantido no levantamento.

Em 2018, no anexo vigente consta a NCM 1902 no item 11.14.3 com a descrição: “*Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg*” – NCM 1902.2 e 1901.90.9. Assim, manteve-se a situação vigente no período de 2017, a partir de 01/02/2017, ou seja, as mercadorias continuaram sujeitas ao regime de substituição tributária, devendo neste período, ser mantidas no levantamento.

Considerando que as misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg, não estavam sujeitas ao regime de substituição tributária apenas em 2017, a partir de 01/02/2017, devem ser excluídos do levantamento estes itens exclusivamente neste período.

AMÊNDOA EUROCAJU SACHE 100 g com NCM 0801.22.00; AMÊNDOA TORRADA LA VIOLETERA SALGADA 100 g – NCM 0802.12.00.

Até 31/01/2017, estas NCM não estavam sujeitas a substituição tributária, havendo apenas a 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, na NCM 2008.1, diversa da autuada, que não corresponde, como visto, aos produtos autuados, os quais possuíam tributação normal, devendo ser excluídos da autuação. Para 2017 e 2018, se verifica a mesma situação, inclusive quanto aos itens e NCM, devendo ser excluídos tais produtos do levantamento.

SACO PLÁSTICO PÃO P/ FRANCES 34X40 C/ 1000 – NCM 39232190; SACO PLÁSTICO P/ BISCOITO 20X35X06 NCM 39232190.

Os itens acima relacionados, se prestam ao acondicionamento de pães e biscoitos, quando da comercialização destes. Produtos como pães, biscoitos e panetone, estão sujeitos ao regime de substituição tributária alcançada e encerrada pela tributação na aquisição de farinha de trigo até a saída do produto industrializado, nos termos do art. 289 do RICMS/2012.

Em relação às operações subsequentes o tratamento tributário deve ser o mesmo dado a mistura de farinha de trigo, estando encerrada a tributação até a venda ao consumidor final nos termos do inc. I do art. 373 do RICMS/2012.

Assim sendo, as operações com a mercadoria que condiciona sujeitas a substituição tributária, também as sacolas e sacos utilizados no acondicionamento para comercialização não são tributadas, portanto, não se admite a apropriação do crédito fiscal.

Tal entendimento se conforma como o posicionamento quanto a tributação das “embalagens”, que devem seguir a mesma diretriz tributária da mercadoria a que se presta para acondicionar. Assim tem se posicionado a DITRI no Parecer nº 21.942/2012:

“O entendimento desta Diretoria de Tributação - DITRI é no sentido de que as embalagens tipo sacolas utilizadas no simples transporte dos produtos revendidos pela empresa fazem parte da atividade comercial, e, portanto, não são consideradas material de uso ou consumo, mas mercadorias para as quais se atribui o mesmo tratamento tributário dispensado àquelas que acondicionarão”. (Grifo do relator.)

Também no Parecer DITRI nº 7.872/2008, cujo ementa transcrevo:

“ICMS. Consulta via internet. Nas aquisições internas de sacolas, espécie de material de embalagem, o contribuinte poderá lançar a crédito o valor do imposto destacado na Nota Fiscal de aquisição na hipótese destas sacolas serem utilizadas para acondicionamento de mercadorias tributadas”.

Diante do exposto, é indevida a apropriação do crédito fiscal, devendo estes itens ser mantidos no levantamento.

Após proceder aos ajustes, tenho a infração 01 como parcialmente subsistente, no montante de R\$ 16.280,97, conforme demonstrativo a seguir:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota (%)	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
31/01/2017	09/02/2017	4.097,78	18,00	60,00	737,60
28/02/2017	09/03/2017	1.656,50	18,00	60,00	298,17
31/03/2017	09/04/2017	1.240,39	18,00	60,00	223,27
30/04/2017	09/05/2017	702,11	18,00	60,00	126,38
31/05/2017	09/06/2017	1.526,39	18,00	60,00	274,75
30/06/2017	09/07/2017	2.495,41	18,00	60,00	449,17
31/07/2017	09/08/2017	7.149,99	18,00	60,00	1.287,00
31/08/2017	09/09/2017	3.157,55	18,00	60,00	568,36
30/09/2017	09/10/2017	5.760,18	18,00	60,00	1.036,83
31/10/2017	09/11/2017	3.422,22	18,00	60,00	616,00

30/11/2017	09/12/2017	2.021,72	18,00	60,00	363,91
31/12/2017	09/01/2018	5.280,11	18,00	60,00	950,42
31/01/2018	09/02/2018	5.469,00	18,00	60,00	984,42
28/02/2018	09/03/2018	7.160,43	18,00	60,00	1.288,88
31/03/2018	09/04/2018	837,28	18,00	60,00	150,71
30/04/2018	09/05/2018	4.030,37	18,00	60,00	725,47
31/05/2018	09/06/2018	2.059,44	18,00	60,00	370,70
30/06/2018	09/07/2018	5.176,60	18,00	60,00	931,79
31/07/2018	09/08/2018	5.532,10	18,00	60,00	995,78
31/08/2018	09/09/2018	4.965,31	18,00	60,00	893,76
30/09/2018	09/10/2018	6.610,96	18,00	60,00	1.189,97
31/10/2018	09/11/2018	2.861,01	18,00	60,00	514,98
30/11/2018	09/12/2018	3.997,51	18,00	60,00	719,55
31/12/2018	09/01/2019	3.239,49	18,00	60,00	583,11
Total					16.280,98

A infração 02, também acusa o contribuinte de uso indevido de crédito fiscal, neste caso, de mercadorias cujas saídas subsequentes gozam de isenção ou redução da base de cálculo.

A defesa apresentou seus argumentos no sentido de que diversas mercadorias incluídas no levantamento são tributadas no regime normal do ICMS, fora de qualquer regra de isenção ou redução, o que autorizaria o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal, arguições não acatadas pelo autuante.

A autuada não se conformou com a manutenção integral da infração e manteve os argumentos na sua última manifestação referente aos itens: CANJICA DE MILHO MARATÁ AMARELO 500 g; FÉCULA DE MANDIOCA DINHABA 500 g e BOBINA PLÁSTICA PICOTADA.

Quanto aos dois primeiros itens, o autuante não acatou por uma simples razão: estas mercadorias não constam arroladas no levantamento.

Em relação a BOBINA PLÁSTICA PICOTADA, o autuante esclareceu, que se trata de bobinas com sacos plásticos disponíveis na secção de hortifrutigranjeiros dos mercados e supermercados para acondicionarem frutas e verduras, produtos beneficiados com isenção, portanto, acompanham a tributação dos produtos que servem de meio de acondicionamento.

Para decidir a lide nesse aspecto, recorro ao entendimento firmado pela DITRI no Parecer nº 21.942/2012, que assim se posicionou:

“O entendimento desta Diretoria de Tributação - DITRI é no sentido de que as embalagens tipo sacolas utilizadas no simples transporte dos produtos revendidos pela empresa fazem parte da atividade comercial, e, portanto, não são consideradas material de uso ou consumo, mas mercadorias para as quais se atribui o mesmo tratamento tributário dispensado àquelas que acondicionarão”.

Considerando a informação do autuante quanto a utilização dessas bobinas nas atividades do estabelecimento, não contestado pela defesa, o item BOBINA PLÁSTICA PICOTADA, como utilizado na empresa é um produto isento, pois acompanha a tributação do produto que serve de embalagem para transporte destes, cuja saídas internas desfruta do benefício da isenção. Motivo pelo qual deve ser mantido no levantamento.

Dessa forma, acolho o entendimento do Fiscal autuante e tenho a infração como subsistente.

Das infrações que restaram controversas na última manifestação da autuada resta a infração 05 que exige o ICMS recolhido a menos em razão de aplicação de alíquota inferior àquela prevista na legislação.

O contribuinte contestou a infração arguindo ter aplicado corretamente as alíquotas nas operações de saídas das mercadorias listadas no levantamento, argumentos rechaçados pelo autuante que corretamente justificou a manutenção integral da infração especificamente referente aos itens: LAVADORA TEKNA ALTA PRESSÃO, LAVADORA KARCHER ALTA e ESPAGUETE URBANO ARROZ S/ GLÚTEN 500 g.

Para as lavadoras, o RICMS/2012, prevê no seu art. 266, inc. I, alínea “a” a redução da base de cálculo de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80 %:

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:

I - das operações com máquinas, aparelhos e equipamentos:

a) relacionados no Anexo I do Conv. ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80 % (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

O Convênio ICMS 52/91, que concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, inclui no seu Anexo I “Máquina para lavar a seco; máquinas industriais para lavar a seco.”, lembrando que a isenção prevista no citado convênio se restringe a máquinas para uso industrial, o que não se aplica às vendas realizadas pela autuada.

Em relação ao item ESPAGUETE URBANO ARROZ S/ GLÚTEN 500 g, corretamente o autuante lembrou que a mercadoria é tributada normalmente.

Portanto, tenho a infração como subsistente.

A infração 04 cobra o ICMS que deixou de ser recolhido em razão do contribuinte ter praticado operações tributadas como não tributadas.

Os argumentos apresentados pela defesa, foram acatadas pelo autuante que revisou a infração, restando como devido o valor de R\$ 9.290,96, que acato e tenho a infração como parcialmente subsistente na forma do demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota (%)	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
31/01/2017	09/02/2017	7.928,83	18,00	60,00	1.427,19
28/02/2017	09/03/2017	3.986,73	18,00	60,00	717,61
31/03/2017	09/04/2017	8.860,26	18,00	60,00	1.594,85
30/04/2017	09/05/2017	24.609,11	18,00	60,00	4.429,64
31/05/2017	09/06/2017	4.860,29	18,00	60,00	874,85
31/07/2017	09/08/2017	0,00	18,00	60,00	0,00
31/08/2017	09/09/2017	131,98	18,00	60,00	23,76
30/09/2017	09/10/2017	97,43	18,00	60,00	17,54
30/11/2017	09/12/2017	165,13	18,00	60,00	29,72
31/01/2018	09/02/2018	420,08	18,00	60,00	75,61
31/03/2018	09/04/2018	127,19	18,00	60,00	22,89
30/06/2018	09/07/2018	139,54	18,00	60,00	25,12
31/08/2018	09/09/2018	289,86	18,00	60,00	52,17
Total					9.290,95

Por fim, a infração 10 que exige a multa percentual de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma nota fiscal, para fatos apurados em dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018.

O contribuinte contestou parte da infração, apresentando fatos e argumentos acatados parcialmente pelo autuante, referente as notas fiscais números: 000.118, 003.567, 003.580, 000.140, 003.617, 117.045, 172.749 e 126.854, excluídas da planilha de débito remanescendo o montante de R\$ 1.963,50.

Pelos fatos incontroversos trazidos pela defesa e frente ao acatamento do autuante, tenho a infração como parcialmente subsistente na forma do demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
31/12/2017	09/01/2018	40.477,00	1,00	404,77
31/01/2018	09/02/2018	4.983,09	1,00	49,83
28/02/2018	09/03/2018	15.991,27	1,00	159,91
31/03/2018	09/04/2018	4.852,20	1,00	48,52
30/04/2018	09/05/2018	16.019,55	1,00	160,20
31/05/2018	09/06/2018	23.102,68	1,00	231,03
30/06/2018	09/07/2018	4.492,55	1,00	44,93
31/07/2018	09/08/2018	46.443,35	1,00	464,43
31/08/2018	09/09/2018	12.468,21	1,00	124,68
30/09/2018	09/10/2018	5.671,09	1,00	56,71
31/10/2018	09/11/2018	8.679,89	1,00	86,80
30/11/2018	09/12/2018	5.567,79	1,00	55,68
31/12/2018	09/01/2019	7.601,42	1,00	76,01

1.963,50

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

Infração	Valor Lançado	Valor Julgado	Resultado
01 01.02.06	20.242,83	16.280,98	PARCIALMENTE SUBSISTENTE
02 01.02.26	12.784,54	12.784,54	SUBSISTENTE
03 01.02.41	577,54	577,54	NÃO CONTESTADA
04 02.01.03	10.476,09	9.290,95	PARCIALMENTE SUBSISTENTE
05 03.02.02	5.287,82	5.287,82	SUBSISTENTE
06 06.01.01	404,55	404,55	NÃO CONTESTADA
07 06.02.01	2.167,08	2.167,08	NÃO CONTESTADA
08 16.01.01	396,47	396,47	NÃO CONTESTADA
09 16.01.02	607,01	607,01	NÃO CONTESTADA
10 16.01.06	2.319,03	1.963,50	PARCIALMENTE SUBSISTENTE
Total	55.262,96	49.760,44	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0001/20-2**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 46.793,46**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a”, inc. II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 2.966,98**, tipificada no art. 42, inc. IX, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de junho de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR