

A.I. Nº - 279463.0001/20-4
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR
ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22/06/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0114-02/23-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. A autuada elidiu parte da autuação. 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. A autuada elidiu parte da autuação. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS.** O contribuinte 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 contribuinte comprovou parcialmente que aplicou a alíquota correta nas operações arroladas. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2020, para exigir do ICMS no valor histórico de R\$ 56.854,22, acrescido de multa pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 01.02.03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, para os fatos apurados em janeiro a dezembro de 2016. ICMS no valor de R\$ 1.664,35, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 29, § 2º da Lei nº 7.014/96 c/com art. 310, inc. I, alínea “a” do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, para os fatos apurados em janeiro a dezembro de 2016. ICMS no valor de R\$ 10.141,66 mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, 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 03 – 02.01.03 – Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, para os fatos apurados em janeiro a dezembro de 2016. ICMS no valor de R\$ 40.484,78 mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

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

INFRAÇÃO 04 – 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 os fatos apurados em janeiro a dezembro de 2016. ICMS no valor de R\$ 4.563,43 mais multa de 60%, tipificada no art. 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.

A autuada através de seus advogados impugnou o lançamento, fls. 82 a 92, onde demonstrou a tempestividade da defesa, fez uma síntese dos fatos e em seguida afirmou que ao apurar o valor da exigência da infração 01, o Fiscal ignorou o fato de que algumas mercadorias são tributadas no regime normal, o que lhe autorizaria o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

Aponta que a relação completa das mercadorias com tributação normal e que foram incluídas indevidamente na infração está na planilha “*Infração 01 Defesa*”, gravada no CD anexo à defesa - Doc. 3, elaborada com base no levantamento, parte integrante do Auto de Infração.

Conclui ser medida necessária a reforma da infração 01.

Reproduz a infração 02 e destaca que o Auditor Fiscal ignorou o fato de que diversas mercadorias são tributadas no regime normal do ICMS, estando fora do regime de substituição tributária, o que permitiria o uso do crédito do imposto integralmente destacado no documento fiscal, cuja relação completa das mercadorias está na planilha “*Infração 02 Defesa*”, gravada no CD anexo à impugnação - Doc. 3.

Faz as mesmas alegações para a infração 03 e, igualmente conclui ser também estarem incluídas no levantamento mercadorias normalmente tributadas, razão pela qual devem ser excluídas e a infração reformada.

Acrescenta que a fiscalização pretendeu tributar operações de mera transferência de bens entre filiais da mesma empresa, fato que está fora do campo de incidência do ICMS.

Ensina que o ICMS, encontra fulcro na Constituição Federal que, em seu art. 155, inc. II, § 2º, inc. XII, alíneas “a” e “d”, que traça a regra matriz de incidência do ICMS, determinando, expressamente, seu campo de incidência e dispondo como o imposto incidirá.

Lembra que a Constituição em seu art. 155, § 2º, inc. XII atribui à lei complementar a função de ditar as diretrizes gerais da regra matriz de incidência do ICMS.

Explica que o ICMS, imposto de competência estadual gera o maior número de discussões a respeito de conflito de competência em matéria tributária e conclui que nessa matéria, todos os Estados devem observar os dispositivos constitucionais para editarem as respectivas leis estaduais, sendo obrigatório que os legisladores estaduais observem também os preceitos da Lei Complementar nº 87/96.

Salienta que analisando detidamente a materialidade apontada, observa que improcede a pretensão estatal, uma vez que, diante da ausência de translação da propriedade da mercadoria que se pretende tributar, se torna inquestionável a não ocorrência do fato gerador do ICMS, fato imprescindível para a constituição e cobrança do referido imposto, onde não há circulação de mercadoria, requisito imprescindível para ensejar a incidência do ICMS, razão pela qual inexistiu o fato gerador da exação.

Lembra que a circulação da mercadoria, pressuposto inafastável para a incidência do ICMS, ocorre somente quando há a transferência da propriedade da mercadoria de uma pessoa jurídica

para outra, sob qualquer título jurídico (compra e venda, doação, permuta etc.), sendo irrelevante, para fins de ICMS, a mera circulação física ou econômica das mercadorias dentro dos estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Conclui que para a concretização do fato gerador do ICMS, há de se estar presente a translação da propriedade das mercadorias, ou seja, constitui condição *sine qua non*, para fins da configuração da hipótese de incidência do ICMS, a transmissão de sua titularidade. Aponta que corrobora com esse entendimento a melhor doutrina, de Roque Antonio Carrazza, Geraldo Ataliba, José Eduardo Soares de Melo e Geraldo Camargo Vidigal, cujos trechos reproduz.

Salienta que, para a realização da circulação, necessária se faz a alteração da propriedade da mercadoria, uma vez que a circulação pressupõe que a mercadoria saia do poder da pessoa com quem está passando a ser detida por outrem, ou seja, deve ocorrer a transmissão da titularidade. Portanto, a simples remessa de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica constitui uma mera movimentação sem a transferência da titularidade exercida sobre o bem, isto é, constitui fato atípico ao ICMS, na medida em que a propriedade segue inalterada.

Destaca que entendimento encontra arrimo na Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça, reproduzida, confirmando o entendimento seguido há anos pelo STJ e pacificando em recente julgamento do Tema 1099 de Repercussão Geral ocorrido em 15/08/2020, pelo Supremo Tribunal Federal que julgou a matéria e fixou a tese: “*Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia*”.

observa que parte das operações constantes do Auto de Infração se referem a transferências de mercadorias realizadas entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, não sendo possível vislumbrar qualquer operação de circulação de mercadoria em tais hipóteses, eis que os bens remetidos às filiais estiveram, a todo tempo, sob a titularidade exclusiva da mesma pessoa jurídica - Doc. 3, CD anexo, planilha excel, “*Infração 03 – Análise Defesa*”.

Ante a inocorrência do fato gerador do ICMS, diz se impor a reforma da infração 04, determinando-se a exclusão das mercadorias tributadas do levantamento.

Aponta que ao elaborar o levantamento fiscal da infração 04, o Fiscal equivocou-se ao revisar as alíquotas aplicadas nas saídas, tendo considerado percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS.

Indica que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal, incluídas na infração 04 está na planilha “*Infração 04 Defesa*” - Doc. 3 e defende que a infração 04, deve ser reformada com a exclusão do levantamento das mercadorias corretamente tributadas.

Requer nos termos do art. 137, inc. I, alínea “a”, do RPAF/BA, a realização de diligência fiscal por ser necessária para demonstração da improcedência do Auto de Infração.

Repisa que as infrações são indevidas uma vez que as operações obedeceram ao disposto na legislação de regência, não havendo ausência de pagamento de imposto ou mesmo hipótese de incidência das multas aplicadas.

Se compromete, caso deferida a diligência, a apresentar seus quesitos na ocasião da elaboração da revisão do trabalho fiscal.

Requer:

- a) A realização de diligência fiscal, através de Auditor Fiscal integrante da ASTEC/CONSEF, com exame das planilhas constantes do CD anexado à defesa - Doc. 3, dos documentos, bem como dos quesitos que serão disponibilizados na fase da diligência;
- b) Após a diligência, confirmadas as razões de fato e de direito que compõem as alegações da defesa, que seja dado integral provimento à impugnação, com o consequente cancelamento do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 113 a 116, transcreveu as infrações e após um breve resumo dos argumentos defensivos, registrou que realizada a verificação das planilhas apresentadas, concluiu que ao contribuinte assiste em parte razão.

Portanto, realizou a revisão dos lançamentos conforme planilha anexa e apresenta os novos valores para as infrações:

- i) Infração 01: Aceitou os argumentos, refez o levantamento restando devido R\$ 1.440,43.
- ii) Infração 02: Acatou parcialmente dos argumentos da defesa. Discordou quanto ao produto castanha de caju que entende estar enquadrada no item 11.10.1 do anexo da substituição tributária. Procedeu a revisão, sendo o novo valor da infração: R\$ 8.123,19;
- iii) Infração 03: Ressaltou que apesar das contradições na argumentação defensiva, que ora afirma que as mercadorias são tributadas e devem ser aproveitados os créditos do ICMS, ora argumenta que não há tributação nas transferências, onde não existe a circulação de mercadorias, entende que o propósito da defesa foi protestar contra a cobrança do ICMS nas transferências, citando as “*Súmulas do 166 do STJ e 1099 do STF*”. Como não tem o poder de julgar a legislação estadual, mantém a cobrança.
- iv) Infração 04: Rejeitou os argumentos e a infração permanece, pois, a legislação para a alíquota aplicada a *notebook* é a constante no art. 268, inc. XXXIV e não a do art. 266, inc. XIII, ambos do RICMS/2012. Nota que na tabela que compõe o “*art. 266, inc. XVIII do RICMS/2012*”, *notebook* e *tablete* são excetuados.

Conclui pugnando pela procedência em parte do lançamento, imputando ao autuado o pagamento do ICMS no valor de R\$ 54.611,83, e demais acréscimos legais.

Notificada da informação fiscal e dos novos demonstrativos através de mensagem postada em 07/03/2022, via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fl. 129, a autuada retornou aos autos em manifestação, fls. 141 a 143, onde inicialmente afirmou quanto a infração 01, concordar com a conclusão da informação fiscal.

Para a infração 02, pondera, que pese o acatamento de parte das alegações da defesa, é necessária a elaboração de novo levantamento fiscal, pois permanece na autuação a indicação da mercadoria “castanha de caju”, que conforme planilha “*Infração 02 Defesa*”, é tributada no regime normal do ICMS, pois não se enquadra como salgadinho, fato que lhe autorizaria o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

Lista os seguintes itens:

- a) CASTANHA CAJU LA VIOLETERA NOOTZ TOR 40 g: Tributação Normal 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;
- b) CASTANHA YOKI CAJU 100 g: Tributação Normal 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.

Pugna pela elaboração de novo levantamento fiscal, para que seja excluída a mercadoria “castanha de caju”, visto que, comprovadamente é tributada no regime normal.

Quanto a infração 03, demonstra que diversas mercadorias arroladas estão incluídas no regime da substituição tributária, o que a torna improcedente.

Indica, a título de amostragem, algumas mercadorias tributadas na substituição tributária, que devem ser excluídas da autuação, conforme tabela:

NCM	Descrição do Item	TRIBUTAÇÃO
8708.99.90	CAPA LUXCAR PARA VOLANTE SPORT	ST
8212.10.20	KIT GILLETTE VÊNUS MALIB GTS AMPOLA PAN	ST
8708.29.19	KIT LUXCAR TUNING	ST

9608.20.00	PINCEL MARCADOR BIC RECARREG. AZUL	ST
1602.32.20	EMULZINT ZITO HAMBURGUER 10K g CX. C/10	ST
1902.19.00	LINGUINE VITARELLA SPECIALE 500 g	ST
8708.94.11	CAPA LUXCAR PARA VOLANTE SPORT	ST
8711.10.00	CICLOMOTOR BULL KHRISMA F5 48CC BR/PT	ST
1901.20.00	MISTURA EMULZINT P/SONHO 10 Kg	ST
1902.30.00	NHOQUE MASSA LEVE 500 g	ST
1902.20.00	PASTELZINHO MASSA LEVE APERIT 250 g	ST
1905.90.90	COXINHA ASA FGO BIG FRANGO BDJ 1 Kg	ST
1902.11.00	MASSA FOLHADA MASSA LEVE ROLO 1 Kg	ST
3917.40.90	ORGANIZ. FIXTIL P/FIOS PRETO 1.2	ST
2208.90.00	VODKA SMIRNOFF ICE RED LN 275 ml	ST
3917.39.00	ORGANIZ. FIXTIL P/FIOS PRETO 1.2	ST
8708.99.90	PEDALEIRA LUXCAR ESPORTIVA GT RACING	ST

Requer a revisão do levantamento para sejam consideradas a tributação correta para as mercadorias, bem como sejam desconsideradas as operações de transferência de bens entre filiais da mesma empresa, fato que está fora do campo de incidência do ICMS.

Ao tratar da infração 04, reafirma o equívoco do autuante ao revisar as alíquotas aplicadas nas saídas em percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS.

Indica a título de amostragem, algumas mercadorias com tributação correta e que estão incluídas no levantamento com percentuais superiores:

- CONDICIONADOR DOVE PONTAS DUPLAS 200 ml: Tributação normal a 17%, a partir de 10/03/2016, alíquota de 18%, art. 15, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96;
- EXTRATO TOMATE HEINZ LT 340 g: Tributação normal a 17%, a partir de 10/03/2016, alíquota de 18%, art. 15, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96;
- LEITE LÍQ. ITAMBÉ DESNAT 1 litro: Tributação normal a 17%, a partir de 10/03/2016, alíquota de 18%, art. 15, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96;
- PAPEL HIG. PREZUNIC FD C/ 8: Tributação normal a 17%, a partir de 10/03/2016, alíquota de 18%, art. 15, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96;
- NOTEBOOK POSITIVO STILO XR3500 CEL 2GB W10: Tributado a 7% - alíquota 12% efeitos a partir de 01/02/2017, art. 266, inc. XIII, alínea “d” do RICMS/BA.

Repisa a necessidade de revisão do levantamento para sejam consideradas as alíquotas corretas, determinando-se a exclusão das mercadorias que sofrem tributação normal.

Reitera suas razões de defesa com relação ao quanto não acatado na informação fiscal e pugna pela improcedência da autuação.

Após manifestação da autuada os autos foram remetidos para julgamento sem que o autuante tivesse apreciado os novos argumentos trazidos. Portanto, 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 ciência da manifestação e sobre ela prestar nova informação, conforme prevê o art. 127, § 6º do RPAF/99.

O autuante prestou a informação, fls. 155 a 158, onde, após transcrever as infrações e as razões da autuada, narrou que realizada a verificação das planilhas apresentadas, concluiu que assiste parcialmente razão ao contribuinte. Portanto, revisou os lançamentos apresentando novos valores para as infrações.

Infração 01: Aceitou os argumentos. Após revisão o novo valor é R\$ 1.440,43.

Infração 02: Acatou parcialmente dos argumentos, discordou em relação ao produto castanha de caju que entende estar enquadrada no item 11.10.1 do anexo da substituição tributária. Após a revisão, indica como novo valor da infração R\$ 8.123,19, conforme julgamento Acórdão JJF nº 0232-04/22-VD;

Infração 03: Sinalizou que o contribuinte alegou que diversas mercadorias arroladas são sujeitas a substituição tributária e que algumas operações são de transferência entre estabelecimentos, não havendo assim, incidência do imposto.

Explica que em relação ao alegado sobre as operações de transferências, o contribuinte teria que adotar o mesmo procedimento tanto nas entradas como nas saídas de mercadorias, para que cogitasse em não incidência nas transferências. Em relação a mercadorias que seriam da substituição tributária, diz que foram analisadas as planilhas e efetuadas as correções, resultando no novo valor da infração de R\$ 33.172,49.

Infração 04: Rejeitou todos os argumentos, pois, a legislação para a alíquota de *notebook* é a constante no art. 268, inc. XXXIV do RICMS/2012 e não a do art. 266, inc. XIII, conforme Acórdão JJF nº 0232-04/22-VD, da mesma empresa.

Assim, diz ter feito os cálculos para alterar a alíquota de alguns itens anteriores à 10/03/2016, que estavam com alíquota de 18% em vez de 17%, resultando no novo valor da infração R\$ 4.518,38.

Finaliza pugnando pela procedência em parte do lançamento no valor de R\$ 47.254,49, e demais acréscimos legais.

Notificada através do DT-e a tomar ciência da informação e dos novos demonstrativos, a autuada retornou aos autos, fls. 166 a 168, onde registrou que após a nova revisão nos lançamentos, a infração 02 permaneceu incólume, motivo pelo qual diz ser necessária a elaboração de novo levantamento, pois ainda remanesce na autuação a indicação das mercadorias: CASTANHA CAJU LA VIOLETERA NOOTZ TOR 40 g e CASTANHA YOKI CAJU 100 g, as quais são tributadas no regime normal, vez não se enquadrarem na classificação de salgadinho.

Em relação a infração 03, pelos mesmos motivos, afirma ser necessária a elaboração de novo levantamento, face a permanência no levantamento de diversas mercadorias que estão incluídas no regime da substituição tributária, o que torna improcedente a autuação.

Indica as mercadorias e NCMs sujeitas à substituição tributária que ainda fazem parte do levantamento:

NCM	Descrição	Ano
82121020	KIT GILLETTE VÊNUS MALI B GTS AMPOLA PAN	2016
16023220	EMULZINT ZITO HAMBURGUER 10 Kg CX. C/10	2016
87089990	PEDALEI RA LUXCAR ESPORTIVA GT RACING	2016
19023000	NHOQUE MASSA LEVE 500 g	2016
19022000	PASTELZINHO MASSA LEVE APERIT 250 g	2016
19021900	MASSA FOLHADA MASSA LEVE 300 g	2016
19021100	MASSA FOLHADA MASSA LEVE ROLO 1 Kg	2016
39174090	ORGANIZE FIXTIL P/FIOS PRETO 1.2	2016
22089000	VODKA SMIRNOFF ICE RED LN 275 ml	2016
39173900	ORGANIZE FIXTIL P/ FIOS PRETO 1.2	2016
19059090	SOBREMESA MISS DAISY MOUSSE CHOC 500 g	2016

22089000	VODKA SMIRNOFF ICE GREEN APLE 275 ml	2016
22089000	VODKA SMIRNOFF ICE STORM 269 ml	2016

Requer a revisão da infração para sejam consideradas a tributação correta para as mercadorias, e que sejam desconsideradas as operações de transferência de bens entre filiais da mesma empresa, fato que está fora do campo de incidência do ICMS.

Quanto a infração 04, pugna pela elaboração de novo levantamento, em razão de ainda remanescer no levantamento a mercadoria NOTEBOOK POSITIVO STILO XR3500 CEL 2GB W10, tributado com percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS, pois a tributação correta é com a alíquota de 7%.

Reitera suas razões de defesa com relação ao quanto não acatado na diligência e pugna pela improcedência da autuação.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa 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.

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, 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, confirmando 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 irredutível 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, resalto 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 adquiridos 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 RACING – 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 decorrentes 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		Valor Lançado	Valor Julgado	Resultados	Multas	
Nº	Código				%	Tipificação - Lei nº 7.014/96
01	01.02.03	1.664,35	1.440,43	Parcialmente subsistente.	60,00	Art. 42, inc. VII, alínea "a".
02	01.02.06	10.141,66	8.123,19	Parcialmente subsistente.	60,00	Art. 42, inc. II, alínea "a".
03	02.01.03	40.484,78	32.653,20	Parcialmente subsistente.	60,00	Art. 42, inc. II, alínea "a".
04	03.02.02	4.563,43	4.518,38	Parcialmente subsistente.	60,00	Art. 42, inc. II, alínea "a".
Totais		56.854,22	46.735,20			

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 **279463.0001/20-4**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 46.735,20** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea "a" e inc. II alínea "a" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR