

**PROCESSO** - A. I. Nº 269353.0007/08-7  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - DUDER COMÉRCIO, DISTRIBUIÇÃO, REPRESENTAÇÃO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE MATERIAIS MÉDICO-HOSPITALARES LTDA. (DUDER PRODUTOS MÉDICOS LTDA.)  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0209-02/09  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 02/10/2009

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0253-11/09

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO E NÃO INCIDÊNCIA. Reduzido o débito por restar comprovado inclusão indevida de notas fiscais no levantamento fiscal. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Reduzido o débito por restar comprovado inclusão indevida de notas fiscais no levantamento fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 2ª JJF após julgamento pela Procedência em Parte do Auto de Infração acima epigrafado, através do Acórdão JJF nº 0209-02/09. O Auto de Infração foi lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 08 infrações, sendo objeto deste Recurso as relacionadas nos itens 02 e 06 da autuação, abaixo descritas:

2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$ 26.121,59, referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com não-incidência do imposto, nos meses de janeiro, agosto e dezembro de 2003, janeiro, abril, junho, agosto e setembro de 2004, conforme demonstrativo e documentos às fls.16/17 e 94/475 e,
6. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 132.519,75, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos exercícios de 2003 e 2004, conforme demonstrativo e documentos às fls.21 a 66 e 94 a 475.

O Relator de Primeira Instância inicialmente informou que das 08 infrações imputadas, as descritas nos itens 1, 3, 4, 5, 7 e 8, foram integralmente reconhecidas, e as descritas nos itens 2 e 6 foram reconhecidas apenas parcialmente, tendo sido objeto de parcelamento o valor reconhecido, no montante de R\$154.488,92.

Consigna o Relator da JJF que da análise das provas apresentadas pela defesa às fls.542 a 547 quanto à infração 2 - apropriação indevida de créditos fiscais de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto – verifica-se que as Notas Fiscais nºs 12847, 13011 e 14333, se referem a empréstimo de instrumental cirúrgico. Aduziu que em que pese o creditamento indevido do valor do ICMS destacado nas mesmas, as Notas Fiscais nºs 8509, 8493 e 9151, comprovam que o imposto, por ocasião da devolução, foi devidamente destacado e lançado nos livros fiscais, dentro do próprio mês, com exceção da Nota Fiscal nº 12.847, porém entende razoável que também seja admitido o crédito, ao contrário do que entendeu autuante, que não acolheu o argumento defensivo. Elabora em seu voto quadro resumo dos valores que entendem devam ser excluídos da exigência fiscal, no montante de R\$8.959,98, julgando, assim, Procedente em Parte o item 2 da autuação.

Em relação ao item 6 – operações tributadas como não tributadas – consignou a JJF que considerando que restou comprovado que as Notas Fiscais n<sup>os</sup> 8916, 8891, 8793, 8700 e 8808 dizem respeito à operação de faturamento de consignação de mercadorias, conforme documentos de fls.532, 534, 536, 539, 540, as quais foram enviadas através das Notas Fiscais n<sup>os</sup> 8705, 8739, 8766, 8661 e 8699 - fls.533, 535, 537, 538 - respectivamente, e o imposto foi devidamente destacado nas mesmas, deve ser deduzido da exigência fiscal o total de R\$ 19.388,50, julgando, assim, também Procedente em Parte este item, remanescendo como devido o valor de R\$ 113.131,25, conforme demonstrativo de debito elaborado pelo Relator, como parte integrante do seu voto, ao tempo que no final do voto recomenda a homologação dos valores que foram objeto de parcelamento pelo sujeito passivo.

Diante da desoneração representada pelo julgamento pela procedência da autuação, a JJF recorre de ofício da sua Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n<sup>o</sup> 7.629/99, alterado pelo Decreto n<sup>o</sup> 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

## VOTO

Da análise dos autos e da Decisão recorrida, entendemos não merecer reparos o Julgado de Primeira Instância, embora com fundamentação diversa quanto à infração descrita no item 2 da autuação.

Assim, em relação à infração descrita no item 2 da autuação – que imputa ao recorrido a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS oriundo de operações não tributadas – em verdade verificamos que as notas fiscais que ampararam o ingresso das mercadorias no estabelecimento autuado foram emitidas com o devido destaque do ICMS, como se vê das suas cópias acostadas pelo recorrido as fls. 542, 544 e 546. Assim, nada obsta o lançamento a crédito em sua escrita fiscal levado a efeito pelo recorrido, até porque a figura do “empréstimo de mercadorias” não encontra amparo na legislação do ICMS, além do que não consta dos referidos documentos qualquer menção a esta figura. Frise-se que o CFOP utilizado foi o CFOP 6949, que se refere a “Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado”, classificando-se neste código as outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos demais códigos fiscais de operações ou prestações.

De qualquer forma, comprovou-se o efetivo retorno das mercadorias nelas constantes, através das Notas Fiscais n<sup>os</sup> 8509, 8493 e 9151, acostadas pelo recorrido as fls. 543, 545 e 547, e onde constam o débito do imposto com a mesma base de cálculo e alíquotas recebidas, tendo como natureza da operação o CFOP 6913 – Retorno de Mercadoria recebida em Demonstração. Assim, entendemos que a acusação fiscal não restou comprovada, tendo o contribuinte procedido corretamente ao se creditar do imposto que foi devidamente destacado pelo remetente das mercadorias e ao retorná-las efetuou o destaque do ICMS com a mesma base de cálculo e alíquotas recebidas.

No pertinente a infração descrita no item 6 – que imputa ao recorrido a realização de operação tributada como se fosse isenta, restou de fato comprovado que, em relação às Notas Fiscais de Venda por este emitidas, de n<sup>os</sup> 8916, 8891, 8793, 8700 e 8808, o contribuinte informou nas mesmas o CFOP equivocado para a operação, pois se tratava de vendas de mercadorias anteriormente remetidas em consignação – CFOP 5114 - tendo sido equivocadamente utilizado nos referidos documentos fiscais o CFOP 5102 – que se refere a venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros - além do que, nos documentos fiscais em tela, consta no campo “Informações Adicionais” a referência às Notas Fiscais de Remessa em Consignação de n<sup>os</sup> 8705, 8739, 8766, 8661 e 8699 – acostadas às fls.533, 535, 537 e 538 dos autos, devidamente lançadas no livro Registro de Saídas, com o destaque do imposto incidente. Registre-se que o próprio autuante, em sua informação fiscal de fls. 551 e 552, acatou o argumento defensivo.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida, devendo ser homologados os valores recolhidos através do parcelamento requerido pelo sujeito passivo.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269353.0007/08-7**, lavrado contra **DUDER COMÉRCIO, DISTRIBUIÇÃO, REPRESENTAÇÃO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE MATERIAIS MÉDICO-HOSPITALARES LTDA. (DUDER PRODUTOS MÉDICOS LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$127.012,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$27.475,85**, previstas nos incisos IX e XI do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte através do parcelamento de débito à fl. 517 a 521.

Sala das Sessões do CONSEF, em 08 de setembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS