

PROCESSO	- A. I. Nº 298932.0006/11-5
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (O ATACADÃO)
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF nº 0134-04/12
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 08.01.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0120-13/12

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM SAÍDA BENEFICIADA COM ISENÇÃO. Restou comprovado que no período fiscalizado as mercadorias objeto da autuação eram tributadas e legítimas a utilização do crédito fiscal. Infração elidida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. a) NOTAS FISCAIS. b) ECF. Documentos juntados com a defesa comprovam que parte das mercadorias era enquadrada no regime de substituição tributária e não cabível a tributação nas operações de saídas e mantida a exigência fiscal quanto a mercadoria que não foi comprovada ser enquadrada neste regime. Infrações 4 e 5 procedentes em partes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 4ª JJF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão constante no Acórdão JJF Nº 0134-04/12, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 12/09/11, sendo objetos do presente Recurso as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto - R\$51.509,23.

INFRAÇÃO 4 - Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas - R\$588,41.

INFRAÇÃO 5 - Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (ECF) - R\$15.524,70.

Na defesa, o autuado afirma que a Infração 3 não procede, pois, no período em questão, as mercadorias peras e maçãs eram tributadas, conforme o art. 14, I, “b”, do RICMS-BA.

Reconhece a procedência parcial da Infração 4, no valor de R\$ 459,68. Impugna o restante da exigência fiscal, sob a tese de que as mercadorias DVD INFANTIL e MIX AMÊNDOAS IRACEMA LATA estão enquadradas na substituição tributária e, assim, não pode ser acusado de erro na aplicação de alíquota. Cita a NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul) de cada mercadoria.

Quanto à Infração 5, reconhece como devido o valor de R\$14.422,66. Contesta a parcela remanescente, argumentando que as mercadorias CDR UNIVERSAL 700 MB/80MIN 40X, MASSA DUREPOXI CAIXINHA, BICO SILICONE NEOPAN 1270, BICO SILICONE NEOPAN PANSUPER 1282, MIX AMÊNDOAS IRACEMA LATA, CORANTE GUARANY N31 PRETO e DVD INFANTIL/DIVERSOS estão enquadradas no regime de substituição tributária. Também cita a NCM de cada mercadoria.

Na informação fiscal, os autuantes acatam o argumento defensivo atinente à Infração 3. Quanto às Infrações 4 e 5, acolhem a tese defensiva, exceto no que tange à mercadoria MIX AMÊNDOAS

IRACEMA LATA. Sugerem que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte no valor de R\$ 19.629,94, conforme demonstrativo que apresentaram à fl. 180.

O autuado foi notificado acerca do resultado da informação fiscal, porém não se pronunciou.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0134-04/12, a Infração 3 foi julgada improcedente, sob o argumento de que *no período de 01/01/07 a 10/12/07, as operações com pêras e maçãs eram tributadas pelo ICMS e assiste razão ao autuado de que foi correta a utilização do crédito fiscal relativo às operações de aquisições destas mercadorias.*

As Infrações 4 e 5 foram julgadas procedentes em parte, tendo o ilustre relator da Decisão recorrida fundamentou o seu voto da seguinte forma:

*Relativamente às infrações 4 e 5, o autuado alegou que os produtos DVD INFANTIL (NCM 85243900); CDR 700 MB/80MIN (NCM 85239000); MASSA DUREPOXI (NCM 3249000), BICO SILICONE (NCM 39249000), MIX AMÊNDOAS IRACEMA LATA (NCM 20081900), CORANTE GUARANY (NCM 32041400) são enquadrados no regime de substituição tributária e que procedeu corretamente.*

*Na informação fiscal, os autuantes acataram o argumento de que os produtos acima elencados são enquadrados no regime de substituição tributária, exceto o MIX AMÊNDOAS.*

*Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que os produtos CD, DVD, MASSA DUREPOXI, BICO SILICONE, CORANTE são classificados nos itens II, 16.10; 20; 16.9; 13.5 e 16.10, portanto assiste razão ao impugnante.*

*Quanto ao produto MIX AMÊNDOAS IRACEMA LATA (CASTANHA DE CAJU) - NCM 20081900 os autuantes afirmaram que o produto classificado no art. 353, II, item 29.3 são “salgados à base de amendoim ou castanha de caju – NCM 2008.11.00 e 2008.19.00” e não engloba o produto objeto da autuação. A empresa foi cientificada da informação fiscal e não contestou tal fato.*

*Verifico que o produto em questão tem como indicação no art. 353, II, item 29.3 do RICMS/BA a classificação com “NCM 2008.11.00 e 2008.19.00” e na defesa o autuado alegou que o produto comercializado tem a NCM 2008.19.00. Entretanto, a única nota fiscal juntada com a defesa (fl. 157) foi de MIX C/PASSAS IRACEMA com codificação 8925.04.02 que não se enquadra em tal classificação. Por isso, diante da ausência de provas, não acato a alegação defensiva quanto a este produto.*

*Pelo exposto, acato os demonstrativos acostados pelos autuantes às fls. 181/207 com cópia gravada em mídia à fl. 209 e considero devido o valor de R\$511,20 na infração 4 e R\$14.482,74 na infração 5. Infrações procedentes em parte.*

Considerando que o valor da desoneração do contribuinte ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF/99, a 4ª JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

## VOTO

Trata o presente Recurso de Ofício da Decisão proferida pela 4ª JJF que julgou improcedente a Infração 3 e parcialmente procedentes as Infrações 4 e 5.

Na Infração 3, o recorrido foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de mercadorias beneficiadas com isenção (peras e maçãs). A razão da improcedência desse item do lançamento foi o fato de que no período em tela as operações com peras e maçãs eram tributadas, conforme a redação do art. 14, I, “b”, do RICMS-BA, vigente à época dos fatos.

Uma vez que as mercadorias eram tributadas, foi correta a apropriação dos créditos fiscais pelo recorrido em, portanto, a exigência fiscal não subsiste, não havendo, portanto, reparo a fazer na Decisão da primeira instância quanto a esse item do lançamento.

As Infrações 4 e 5 – recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação de alíquotas – foram julgadas procedentes em parte, tendo em vista que as mercadorias DVD INFANTIL (NCM 85243900), CDR 700 MB/80MIN (NCM 85239000), MASSA DUREPOXI CAIXINHA (NCM 3249000), BICO SILICONE NEOPAN (NCM 39249000), BICO SILICONE NEOPAN PANSUPER 1282 (NCM 39249000) e CORANTE GUARANY (NCM 32041400) estavam enquadradas no regime de substituição tributária.

Quanto a essas duas infrações, a Decisão de primeira instância foi acertada, pois as mercadorias citadas acima estão enquadradas no regime de substituição tributária, conforme o artigo 353, inciso II, itens “20”, “16.9”, “13.5” e “16.10”, do RICMS-BA, fato expressamente reconhecido pelos próprios autuante na informação fiscal, os quais refizeram a apuração do imposto devido nesses itens do lançamento. Uma vez que as mercadorias estavam enquadradas no regime de substituição tributária, as saídas subsequentes estavam com a fase de tributação encerrada e, assim, não há o que se falar em erro na aplicação da alíquota.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para homologar a Decisão recorrida, a qual não carece de qualquer reparo.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> 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 298932.0006/11-5, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (O ATACADÃO)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$19.629,94, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS