

**PROCESSO** - A. I. Nº 206907.0010/10-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - MERCANTE DIST. DE MATERIAIS ELÉTRICOS DE CONSTRUÇÃO LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 5º JJF nº 0039-05/12  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 18/12/2012

#### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACORDÃO CJF Nº 0387-11/12

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Prova o autuado a existência de operações com mercadorias que não estavam enquadradas no regime da substituição tributária, à época da fiscalização. Infração subsistente em parte. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DO ICMS NÃO EFETUADO. Comprova o autuado que parte das mercadorias do demonstrativo fiscal está enquadrada no regime de substituição tributária, cuja responsabilidade da antecipação cumpre ao remetente. Infração subsistente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0039-05/12), que julgou Parcialmente Procedente as infrações 1 e 2 da presente autuação, a seguir descritas:

**INFRAÇÃO 1** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação, mercadorias inclusas na substituição tributária e listadas no inciso II, art. 353, RICMS BA, no valor de R\$ 70.972,94.

**INFRAÇÃO 2** – Efetuiu recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Valor R\$ 98.415,09.

Quanto a estes itens, assim se posicionou a Junta de Julgamento Fiscal:

*“Vencida a questão preliminar, no mérito, a infração 1 exige a falta de recolhimento do ICMS sob a acusação de utilização indevida de crédito fiscal referente às mercadorias incluídas no regime de substituição tributária, adquiridas com pagamento do imposto por antecipação, listadas no inciso II, art. 353, RICMS BA, no valor de R\$ 70.972,94.*

*O autuado questiona parcialmente a infração, afirmando que foram indevidas parcelas dos créditos fiscais glosados pela fiscalização, uma vez que as mercadorias respectivas, no período fiscalizado, estavam sujeitas ao regime de tributação normal, foram tributadas rigorosamente todas as saídas. Somente posteriormente, tais mercadorias, foram incluídas no regime da substituição tributária.*

*Examinando os autos, verifico que o autuante elaborou demonstrativo fiscal às fls. 21/26, discriminando as operações, que no seu entender, estariam enquadradas no regime ST e cuja utilização do crédito fiscal é vedada, de acordo com o artigo 97, IV, “b”, RICMS BA.*

*Ocorre que algumas dessas operações se referem à mercadorias que não estavam enquadradas no regime da substituição tributária, a exemplo da Nota Fiscal nº 137.390 (fl. 288), emitida por JOMARCA INDUSTRIAL DE PARAFUSOS, na aquisição de parafusos (pinos para junção maciço) ou que não estavam submetidas ao regime, na época da fiscalização, a exemplo da Nota Fiscal nº 11.821 (fl. 284/285), emitida por VEDACIT DO NORDESTE S/A, em 08.02.06, na aquisição de produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira e adesivos, tais como: PENETROL CUPIM – NCM 3808.1010 ou aditivos preparados para cimentos, argamassas ou concretos denominados FRIOASFALTO - NCM 2715.0000 e VEDACIT - NCM 3824.4000. Tais mercadorias foram submetidas ao regime de substituição tributária, somente a partir de 01.01.09, acordo previsto no Protocolo ICMS 104/09, recepcionado na legislação do Estado da Bahia pelo Decreto nº 11.289, de 31/10.08 e efeitos somente a partir 01.01.09, posterior, portanto, aos exercícios alvos da fiscalização.*

*Verifico que na Informação Fiscal, o autuante acolhe as reclamações feitas pelo autuado, elabora novo demonstrativo de débito, fl. 513, reduz exigência que passa de R\$ 70.972,94 para R\$ 24.208,25.*

*Posto isso, a infração 1 resta parcialmente caracteriza no valor de R\$ 24.208,25.*

*Na infração 2, a exigência é de recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação. Verifico que o Auditor Fiscal fundou o débito cobrado em demonstrativos de fls.12/17.*

*O autuado reconhece parte do valor exigido, importando R\$ 54.025,62 (DOC 12/16). Oferece impugnação parcial à infração, sob o argumento de sua responsabilidade supletiva, que surge apenas, após, comprovadamente, esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do remetente, responsável direto, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária.*

*Verifico que no demonstrativo fiscal contestado pelo sujeito passivo, a discriminação de operações baseadas nos documentos fiscais discutidas na infração 1 foram excluídos, a exemplo da Nota Fiscal nº 137.390; as Notas Fiscais nos 132338 (fl. 271), 130889 (fl. 272), emitidas por ALBA ADESIVOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, relativas à aquisição de mercadorias listadas no Convênio ICMS 74/94, que dispõe sobre regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, cuja responsabilidade da antecipação cumpre ao remetente.*

*O auditor Fiscal faz alteração e elabora uma nova apuração de débito, fls. 518/521, reconhecendo a procedência das arguições defensivas, modificando o valor da exigência inicial. Redução de R\$ 98.415,09 para R\$ 54.025,62, conforme demonstrativo de débito, fl. 518 a 521.*

*Resta então caracterizada parcialmente a infração, apurada em face da falta de recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, em conformidade com o demonstrativo fiscal acima referenciado, no valor de R\$ 54.025,62".*

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, o órgão julgador de primeira instância recorreu de Ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

## VOTO

A Decisão submetida à revisão desta CJF não merece reparos.

No que concerne à infração 1, ficou devidamente comprovado nos autos e, ainda, foi reconhecido pelo próprio autuante, que parte das operações tinham por objeto mercadorias que, na época dos fatos geradores, não estavam incluídas na substituição tributária; ou seja, estavam submetidas ao regime normal de tributação, não havendo qualquer ilegalidade na utilização dos créditos das entradas, já que as saídas posteriores foram regularmente tributadas.

Destarte, a redução do valor inicialmente lançado está correta e deve ser mantida.

O mesmo ocorreu com relação à infração 2, cuja desoneração foi reconhecida pelo próprio autuante, nada havendo a modificar na Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## 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 **206907.0010/10-0**, lavrado contra **MERCANTE DIST DE MATERIAIS ELÉTRICOS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$95.926,02**, acrescido das multas de 60%, previstas nos incisos II e VII, alíneas "a", do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$14.908,57**, prevista no inciso IX do art. 42, da citada Lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS