

**PROCESSO** - A. I. N° 279462.0008/19-2  
**RECORRENTE** - ATACADÃO S.A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5<sup>a</sup> JJF n° 0068-05/21-VD  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 04/07/2022

## 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0127-11/22-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Infração 01. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração 02. 2. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração 03. Ocorrências impugnadas pelo sujeito passivo, objeto de revisão, com exclusão das mercadorias não beneficiadas com isenção do imposto ou não sujeitas ao regime da substituição tributária. Ajustes no lançamento para excluir também os valores em que houve repercussões tributárias entre as infrações, ou seja, reenquadramentos dos fatos autuados de uma ocorrência em outra. Rejeitadas as arguições de nulidade. Indeferido o pedido de remessa dos autos para a realização de novas diligências. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal nº 0068-05/21-VD, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/09/2019, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF, que exige o valor histórico de R\$ 70.437,32, tendo em vista 03 infrações, objeto do recurso, conforme abaixo, nos exercícios de 2015 e 2016, embora somente as infrações 01 e 02 sejam objeto do presente recurso:

*Infração 01 – 01.02.03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Conforme consta no Relatório Demonstrativo de Crédito Indevido – Mercadorias Isentas, Exercícios 2015 e 2016 – Anexo I. Valor exigido: R\$ 25.206,77. Ocorrência verificada nos meses de junho a dezembro de 2015; fevereiro, março, abril, julho, agosto, setembro e outubro de 2016. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96.*

*Infração 02 – 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Conforme consta no Relatório Demonstrativo de Crédito Indevido – Mercadorias com ICMS Substituído, Exercícios 2015 e 2016 – Anexo II. Valor exigido: R\$ 35.196,06. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2016. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96.*

O autuado apresentou impugnação (Fls. 57 a 66), informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 70 A 76 e 135), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 5<sup>a</sup> JJF que após análise julgou Procedente em Parte, nos seguintes termos:

## VOTO

*O Auto de Infração em lide é composto de 03 (três) imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.*

*O contribuinte suscitou nulidade do presente Auto de Infração, ao argumento de que houve falta de*

*subsunção/fundamentação dos fatos apontados como infrações, e as normas citadas na peça de lançamento. Destacou, que o lançamento em lide é inepto, implicando em cerceamento ao direito de defesa.*

*A alegação de nulidade articulada na peça de defesa não se sustenta. Inicialmente, cabe consignar que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99. Base de imponível e cálculo do imposto apurados e demonstrados pela autuante em atendimento aos procedimentos previstos na legislação regente da matéria. Os valores apurados na ação fiscal se encontram contidos nos demonstrativos de débito (docs. fls. 20 a 42; além da mídia digital – CD de dados – doc. fl. 43). O inteiro teor dessas peças processuais foi entregue ao contribuinte quando da notificação do lançamento, conforme assinatura firmada pelo procurador da empresa nos respectivos Demonstrativos, ocorrida 12/09/2019.*

*Quanto ao enquadramento legal das infrações e consectários legais (multas, juros e atualização monetária), as mesmas estão inseridas campos “Enquadramento” e “Multa Aplicada” do Auto de Infração, e no campo intimação Demonstrativo de Débito da mesma peça (fls. 5 a 7).*

*Sob o aspecto formal, observo ainda, que na peça acusatória consta a indicação correta do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação considerados infringidos. Registre-se ainda, que a descrição das infrações na peça acusatória foi clara e determinada. O contribuinte contraditou os termos da acusação fiscal exercendo na plenitude o seu direito de defesa. Ademais, pela descrição dos fatos, o contribuinte entendeu do que foi acusado e ofertou a sua defesa de mérito.*

*Pedidos de nulidade rejeitados.*

*Indefiro o requerimento empresarial de remessa dos autos para a realização de diligência e/ou perícia técnica, considerando que estão presentes nos autos elementos fático-probatórios suficientes para instrução e deliberação acerca do mérito da exigência fiscal, conforme será melhor detalhado no exame de mérito. Ademais, as questões suscitadas na peça de defesa, não demandam análise técnica especializada a exigir a intervenção de perito para a solução da lide.*

*Passo doravante ao exame das questões de mérito articuladas na peça defensiva.*

*Na Infração 01, que envolve a cobrança de ICMS por utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, na fase de informação fiscal, as autuantes afirmaram que as mercadorias **Arroz para cães** e **Pescados**, são isentas do imposto. Relativamente ao produto pescado, o creditamento indevido somente foi considerado até o marco temporal de 31/05/2016, a partir do qual esses produtos passaram a ser tributados na legislação (art. 265, II, letra “e” RICMS, alterado pelo Decreto 16.738, efeitos a partir de 01/06/16).*

*Quanto às operações com arroz para cães, ocorridas em 2015 e 2016, as autuantes consignaram que de acordo com a letra “c”, inc. II do art. 265, a isenção concedida alcançava as mercadorias arroz e feijão, de forma irrestrita, sem diferenciar se para consumo humano ou para cães. Somente a partir de 01/06/18 a isenção foi condicionada à cesta básica, na forma do Convênio 224/17. Sustentaram que a norma mais benéfica – isenção do arroz e do feijão indistintamente, prevalece sobre a norma mais restrita – isenção condicionada à cesta básica. Pontuaram, que apesar da utilização do crédito sobre as entradas de arroz para cães contrariar a legislação, o procedimento adotado pelo contribuinte não casou prejuízo para o Erário, pois todas as saídas desse item foram tributadas normalmente.*

*Entendo que as autuantes se equivocaram ao interpretar que o arroz para cães, uma espécie de ração pet, se encontrava beneficiada com a isenção, visto que o benefício fiscal a que faz referência a norma, sempre foi pensado para as operações com o produto destinado a uso humano, e depois enquadrada na cesta básica com tributação reduzida.*

*Na Infração 02, os créditos indevidos, que segundo a defesa seriam objeto da exclusão do lançamento, estão relacionados aos produtos **talharim rf** e **massa para pastel rf** da posição NCM 1902.2000; **Corante Guarany** da posição NCM 3204.1400 e **Coberturas de Chocolate**, da posição NCM 1704.9010 e posição NCM 1704.9090. Essas alterações no Demonstrativo foram processadas na fase de informação fiscal, permanecendo na autuação a posição NCM 1704.9090 (**Coberturas de Chocolates**), por ser mais benéfico ao contribuinte esse tratamento.*

*Analisando as demais alegações e provas acostadas pela defesa neste processo, as autuantes processaram modificações no Demonstrativo de Débito das infrações 01, 02 e 03, alterando-as para valores menores, conforme Demonstrativos juntados às fls. 77/78 deste PAF.*

*O contribuinte, após ser notificado acerca das alterações processadas no lançamento, através do Termo de Intimação inserido à fl. 100, com ciência em 18/03/2020, firmada por seu procurador devidamente habilitado nos autos, permaneceu silente, não ingressando com novas razões impugnativas.*

*Ocorre que as alterações processadas pelas autuantes na fase de informação fiscal, resultaram, para algumas situações, em mudança de critério jurídico, visto que a exclusão de uma cobrança implicou no reenquadramento do fato em outra infração, repercutindo no quantum debeatur. Em decorrência, o PAF foi convertido em diligência por esta 5ª JJF, conforme Termo juntado às fls. 106/107, para que as autuantes fizessem os ajustes e*

exclusões necessárias no levantamento fiscal, com a subsequente ciência das alterações ao autuado.

Em atendimento ao quanto solicitado na diligência, as autuantes revisaram todas as infrações, excluindo de cada ocorrência os itens de mercadorias para os quais houve acatamento das razões apresentadas pelo contribuinte na Impugnação Fiscal, ajustando-se os lançamentos da seguinte forma:

- 1) Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de isenta para tributada, excluiu-se o item da cobrança do crédito indevido isentas e não se cobrou eventual diferença de débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF.
- 2) Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de ST para tributada normalmente, excluiu-se o item da cobrança do crédito indevido ST e não se cobrou eventual diferença de débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF.
- 3) Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de tributada para isenta, excluiu-se o item da cobrança do débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF e não se cobrou eventual crédito indevido nas entradas de mercadorias por nota fiscal.
- 4) Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de tributada normalmente para ST, excluiu-se o item da cobrança do débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF e não se cobrou eventual crédito indevido ST nas entradas de mercadorias por nota fiscal.

Foram revisados, portanto, todos os relatórios e demonstrativos de débito de cada infração, com a exclusão das repercussões tributárias entre as mesmas, ou seja, os reenquadramentos dos fatos autuados de uma ocorrência em outra, advindas dos ajustes efetuados quando da primeira informação fiscal. Apresentados novos Demonstrativos de Débito, por mês e ocorrência fiscal, às fls. 114/120 e CD – mídia digital (fl. 121). As infrações passaram a ter a seguinte composição:

Infração 01 – R\$ 6.612,00;

Infração 02 – R\$ 32.982,12;

Infração 03 – R\$ 4.129,63.

Total ..... R\$ 43.723,75

O Contribuinte foi cientificado acerca das alterações processadas nesta última revisão fiscal das autuantes, reiterando as razões apresentadas na inicial defensiva, manifestando inclusive a sua concordância com a retirada da autuação do produto “**arroz para cães**”. Não foram apresentadas na Manifestação defensiva valores contestando as ocorrências revisadas pelas autuantes.

Importante destacar, que a matéria controvertida neste PAF envolveu produtos e operações com: arroz para cães; pescados; massa de pastel (NCM 1902.1, conforme consta do item 11.16 do Anexo I do RICMS, submetida ao regime da ST); talharim rf e massa para pastel rf da posição NCM 1902.2000; Corante Guarany da posição NCM 3204.1400 e Coberturas de Chocolate, da posição NCM 1704.9010 e posição NCM 1704.9090. Além de operações com recolhimento a menor do imposto, que não foram impugnadas pelo sujeito passivo.

Esta relatoria acolhe integralmente as alterações processadas na última revisão realizada pela Auditoria Fiscal, em conformidade com o que foi determinado por esta 5ª Junta de Julgamento.

Ante o acima exposto, nosso voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que fica reduzido de R\$ 70.437,32, para R\$ 43.723,75.

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 159 a 161) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Diz que, a autuação fiscal padeceu de importantes vícios que a maculam em sua origem, principalmente da ocorrência de “Erro de Fato” na interpretação dos acontecimentos tributados.

O lançamento tributário como se sabe, é o ato administrativo que constitui o crédito tributário, constituindo-se do teor do Art. 142 do CTN como procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Cita Sacha Calmon ao dizer que o erro de fato ou erro sobre o fato dar-se-ia no plano dos acontecimentos: dar por ocorrido o que não ocorreu. Valorar fato diverso daquele implicado na controvérsia ou no tema sob inspeção.

Nesse sentido, então que a Recorrente reitera seu direito, diante da parte residual mantida no auto

em que nada deve a título de ICMS, especialmente, por conta da ausência de previsão da isenção relativa aos produtos “pescados”, que revendeu, e, que, obstaria o aproveitamento de crédito então realizado. Da mesma forma, no que toca as “massas” que estavam excluídas da sistemática de recolhimento do imposto por substituição tributária, não impedindo o creditamento do imposto, como realizado. Para tanto, anexou à defesa planilhas em que se imputou produto a produto, o fundamento legal do direito, que remete a esta Câmara para análise.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente (Fls. 159 a 161), em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0068-05/21-VD, que por unanimidade julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/09/2019, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF, que exige o valor histórico de R\$ 70.437,32, tendo em vista 03 infrações, embora somente as infrações 01 e 02 sejam objeto do presente recurso.

Alega a recorrente que a autuação fiscal padeceu de importantes vícios que a maculam em sua origem, mormente da ocorrência de “Erro de Fato” na interpretação dos acontecimentos tributados.

Diante da parte residual mantida no auto em que nada deve a título de ICMS, especialmente por conta da ausência de previsão da isenção relativa aos produtos “pescados”, que revendeu, e que obstaria o aproveitamento de crédito então realizado. Da mesma forma, no que toca às “massas” que estavam excluídas da sistemática de recolhimento do imposto por substituição tributária, não impedindo o creditamento do imposto, como realizado, e que para tanto, anexou à defesa planilhas em que se imputou produto a produto o fundamento legal do direito, é o que passo analisar.

No tocante à Infração 01, que exige o ICMS pela utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, especificamente quanto ao item pescados, questionado no recurso, verifica-se que tais produtos gozavam do benefício da isenção até 31/05/2016, sendo que a partir de 01/06/2016 estes itens passaram a ser tributados, conforme disposto na legislação. Somente eram tributados os produtos enlatados, cozidos, seco ou salgado, sendo que não há nos autos comprovação de que o produto pescado atende tais requisitos:

*Art. 265. São isentas do ICMS:a*

...  
*II – as saídas internas de:*

*“e) pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, sendo que o benefício previsto nesta alínea não se aplica ao pescado enlatado, cozido, seco ou salgado;”*

*Nota: A alínea “e” do inciso II do caput do art. 265 foi revogada pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16, DOE de 21/05/16, efeitos a partir de 01/06/16. Redação originária, efeitos até 31/05/16:*

Portanto, tais produtos eram isentos e sem previsão de manutenção dos créditos fiscais, razão pela qual, deverá ser mantida a infração remanescente.

Em relação à Infração 02, lavrada pelos créditos indevidos, nos casos dos produtos “massa”, conforme questionado pela recorrente, quais sejam, massa para pastel e talharim (NCM 1902.11.00), massa para pizza (1902.19.00), estavam elencadas no Anexo I, do RICMS/BA, item 33.1 (2015) e item 11.16 (2016)

Diz o Art. 289 do RICMS/BA, que ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 do referido regulamento.

Portanto, infração Subsistente.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279462.0008/19-2**, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.723,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS