

PROCESSO	- A. I. N° 298958.0004/22-8
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CENCOSUD BRASIL ATACADO LTDA. (MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.)
RECORRIDOS	- CENCOSUD BRASIL ATACADO LTDA. (MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF n° 0192-02/22-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 20/06/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0144-11/23-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ISENTAS OU COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO, que ainda fazem parte do Razões recursais alega existir mercadorias e NCM's tributadas no regime normal do ICMS levantamento fiscal, são elas: ARROZ MEU BIJU INTEG 8 GRAOS C/AVEIA 500g - NCM 21042000 – 2017; AMENDOIM VERDE C/ CASCA KG - NCM 20081100 – 2017; BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M - NCM 39232990 e 39232190 – 2017 e 2018. O produto AMENDOIM VERDE C/ CASCA KG - NCM 20081100 – 2017, conforme dispõe o Art. 265 do RICMS/BA (2012), inciso I, alínea “a”, são isentas do ICMS as saídas dos produtos hortifrutícolas relacionados no Convênio ICMS 44/75, foram retirados da autuação. Para o produto BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M - NCM 39232990 e 39232190 – 2017 e 2018 assiste razão da recorrente, pois está previsto do Art. 309, I, “a”, é permitida a utilização de crédito fiscal de material para embalagem. O RICMS/BA diz em seu Art. 312, inciso I que o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento, for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço. Foram excluídos os valores do montante remanescente da autuação, referente aos produtos amendoim e bobina plástica. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0192-02/22-VD, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2022, interposto nos termos no Art. 169, I, alíneas “a” e “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$618.140,41, tendo em vista a infração abaixo, no período de Janeiro/2017 a Dezembro/2019:

INFRAÇÃO 01 - 001.002.026. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de imposto. Valor: R\$ 618.140,41.

Período: Janeiro 2017 a dezembro 2019.

Enquadramento legal: Arts. 29, § 4º, II da Lei 7.014/96, c/c o art. 310, II do RICMS-BA/2012. **Multa:** 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da lei 7.014/96

O autuado apresentou impugnação (Fls. 17 a 26), informação fiscal prestada pelo autuante (Fls. 50 a 54), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 2ª JJF que após análise julgou Procedente em Parte nos seguintes termos (Fls. 75 a 81):

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz uma acusação pela qual, originalmente, exige o valor de R\$ 618.140,41.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos/recibos de fls. 11, 14, 15, 56, 57 e 58, bem como do que se depreende das manifestações defensivas, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§ , 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, determinada com segurança, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 12 e 55), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Por entender suficientes para formar meu convencimento acerca do caso, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF, indefiro o pedido de diligência formulado.

Como repetido e detalhadamente exposto no relatório, a Impugnação ao lançamento em juízo de revisão neste órgão administrativo judicante consiste em: a) questões de mérito: a.1) Prejudicial: Considerando a ciência do AI em 11/04/2022, extinção parcial do crédito fiscal com fatos geradores anteriores a 10/04/2017 por incidência de decadência com fundamento no prazo indicado no art. 150, § 4º do CTN; a.2) Infração 01: Indevida inclusão de operações com mercadorias cujas saídas subsequentes não são beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo.

Passo, então, ao mérito do lançamento tributário.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

No que diz respeito ao prazo decadencial, há no CTN duas regras para contagem de prazo dentro do qual a Fazenda Pública pode constituir crédito tributário: Regra Geral (Art. 173) possível a todos os tributos: a) 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado; b) Regra Especial para tributos originalmente sujeitos a lançamento por homologação: 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Pois bem, depois de muitas discussões com variados entendimentos tanto no âmbito administrativo como judicial, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia, órgão competente para representar o estado junto ao Poder Judicial e assessorar o Poder Executivo em questões legais, publicou o INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO PGE nº 2016.194710-0, objetivando consolidar a jurisprudência administrativa acerca da matéria com relação ao ICMS:

Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Ressalva: O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a

12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

Nota 1: Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Nota 2: As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, § 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador. Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação.

De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação.

Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que “o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

O crédito fiscal objeto do lançamento tributário em que se argui decadência parcial se refere a uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorrem com isenção ou redução da base de cálculo.

Os dados das operações e os valores da exação foram extraídos em conformidade com os registros efetuados pelo contribuinte em Escrituração Fiscal Digital – EFD e por ele encaminhada ao Sistema Público de Escrituração Fiscal Digital – SPED. Portanto, com ocorrências declaradas ao Fisco em cumprimento de obrigações acessórias.

Conforme disciplina exposta no Incidente de Uniformização, só não se aplica Regra Especial de contagem de prazo decadencial para lançamentos tributários do ICMS, quando “seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação” (parte final do último parágrafo da nota 2), situação em que se inclui:

- 1.) quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação (Nota 1).**
- 2.) Quando: a) tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, em casos, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação (1º parágrafo da Nota 2); b) se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação (2º parágrafo da Nota 2).**

Compulsando os autos, observa-se que a exação (uso indevido de crédito de ICMS referente a operações aquisições de mercadorias com saídas subsequentes isentas ou com redução de base de cálculo) se relacionam a operações declaradas na EFD que, consideradas como normalmente tributáveis, usando indevido crédito de ICMS implicou em apuração e recolhimento de imposto em valores menores que o efetivamente devido. Então, é o caso de se contar o prazo decadencial pela Regra Especial, conforme entendimento firmado no Incidente de Uniformização retro reproduzido (Parágrafo Primeiro), de modo que, de fato, as ocorrências até 30/03/2017 não podem constituir crédito tributário nesse lançamento.

Nesse sentido, ainda que para o caso seja pertinente a contagem do prazo pela Regra Especial para acolher a parcial extinção do crédito constituído, é de considerar que o ICMS tem, por característica, apuração em períodos mensais concentrando todas as ocorrências do mês no último dia de cada período, data em que se estipula como a da ocorrência do fato gerador diário para aplicação da norma de incidência.

A acusação fiscal tem suporte em demonstrativos contidos nas mídias magnéticas autuadas, cujas cópias foram entregues ao autuado, nas quais as operações objeto da exação são detalhadas (Esp, Dta, NumDoc, ChvNfe, UF, NCM, DescrItem, Quant, Unid, CFOP VIIItem, VILiqItem, VIUnit, VIBcIcms, Mês, Ano, Aliq. Crédito e Débito Apurado). Os demonstrativos bem serviram ao Impugnante para apresentar seu protesto.

Por ocasião da Informação Fiscal, além de concordar com o Impugnante na parcial extinção pela decadência arguida, analisando a planilha excel “Relatório estornos Crédito”, elaborada com base no demonstrativo suporte do lançamento fiscal, e cópia dos LRAs do período em pdf – Docs. 3 e 4, apresentada pelo Impugnante, o autuante excluiu mercadorias com tributação normal que havia considerado isentas para glosa de crédito fiscal, mas corretamente apropriado pelo autuado.

Refez o levantamento e ajustou o lançamento reduzindo a exação de R\$ 618.140,41 para R\$ 74.308,82.

Sem embargo, dentre as mercadorias reclamadas pelo Impugnante, manteve: ARROZ MEU BIJU INTEG 8GRAOS C/AVEIA 500g, AMENDOIM VERDE C/ CASCA KG NCM 20081100 – 2017, AMENDOIM VERDE C/ CASCA KG NCM 12014100 – 2019 e BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M, manutenção contra a qual o Impugnante seguiu protestando com o mesmo argumento arrolado na Impugnação.

Quanto a este ponto em que restou contraditório, tenho o seguinte:

AMENDOIM VERDE C/ CASCA KG NCM 20081100 - 2017

Para 2017, os itens 11.11.0 e 11.11.1, do Anexo 1 do RICMS/12, enquadrava-se a NCM 2008.1. Portanto, previa substituição tributária para “Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior e superior a 1kg”. Portanto, não permitido crédito de ICMS.

AMENDOIM VERDE C/ CASCA KG NCM 12014100 – 2019

Produto normalmente tributável, pois não integra os itens isentos do ICMS previstos no art. 265 do RICMS-BA, e indicados no Conv. ICM 44/75.

Contudo, no demonstrativo suporte da exação remanescente (CD de fl. 55), consta apenas uma operação (NF 160723, de 20/05/2019), com glosa de crédito de R\$ 28,01, valor que deve ser excluído.

BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M

Trata-se de bobinas com sacos plásticos disponíveis na seção de HORTIFRUTIGRANGEIROS dos supermercados (atividade do autuado) para acondicionamento de hortifrutos isentos (RICMS/BA: Art. 265), que, como acessório, segue o principal.

Pois bem. Ademais, da exclusão que devo fazer de ofício, observo que ainda que o autuante tenha concordado com o argumento da extinção das ocorrências até 30/03/2017, dentro do valor ajustado de R\$ 74.308,82, consta o valor de R\$ 1.734,60, relativo à NF 60203 de 18/03/2017, também alcançado pela decadência.

Assim, agregando-se as exclusões que faço de ofício ao ajuste efetuado pelo autor do feito por ocasião da Informação Fiscal, tenho a infração como parcialmente subsistente no valor de R\$ 72.546,21, com o seguinte demonstrativo de débito:

Data ocor.	Data Venc.	Base de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Valor Histórico
<i>Infração 01</i>					
30/04/2017	09/05/2017	432,24	17%	60	73,48
31/05/2017	09/06/2017	852,00	17%	60	144,84
30/06/2017	09/07/2017	1.320,56	18%	60	237,70
31/07/2017	09/08/2017	406,44	18%	60	73,16
31/08/2017	09/09/2017	185,00	18%	60	33,30
30/09/2017	09/10/2017	555,83	18%	60	100,05
30/11/2017	09/12/2017	14.218,00	18%	60	2.559,24
31/12/2017	09/01/2018	649,00	18%	60	116,82
31/01/2018	09/02/2018	15.870,83	18%	60	2.856,75
31/03/2018	09/04/2018	3.880,00	18%	60	698,40
30/04/2018	09/05/2018	7.847,61	18%	60	1.412,57
31/05/2018	09/06/2018	12.910,83	18%	60	2.323,95
30/06/2018	09/07/2018	1.687,56	18%	60	303,76
31/07/2018	09/08/2018	12.099,83	18%	60	2.177,97
31/08/2018	09/09/2018	8.540,39	18%	60	1.537,27
30/09/2018	09/10/2018	400,50	18%	60	72,09
03/10/2018	09/11/2018	50.021,72	18%	60	9.003,91
30/11/2018	09/12/2018	25.741,39	18%	60	4.633,45
31/12/2018	09/01/2019	6.690,61	18%	60	1.204,31
31/01/2019	09/02/2019	3.720,00	18%	60	669,60
28/02/2019	09/03/2019	9.300,00	18%	60	1.674,00
31/03/2019	09/04/2019	800,94	18%	60	144,17
30/04/2019	09/05/2019	14.879,33	18%	60	2.678,28

31/05/2019	09/06/2019	8.529,17	18%	60	1.535,25
30/06/2019	09/07/2019	11.092,89	18%	60	1.996,72
31/07/2019	09/08/2019	600,72	18%	60	108,13
31/08/2019	09/09/2019	11.048,39	18%	60	1.988,71
30/09/2019	09/10/2019	30.033,56	18%	60	5.406,04
31/10/2019	09/11/2019	18.907,67	18%	60	3.403,38
30/11/2019	09/12/2019	105.330,78	18%	60	18.959,54
31/12/2019	09-01-120	24.552,06	18%	60	4.419,37
Total					72.546,21

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Em função da redução do valor do Auto de Infração, a Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício para esta Câmara, nos termos do Art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 91 a 94) 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.

Inicia dizendo que em que pese a 2ª Junta de Julgamento Fiscal ter acatado o período alcançado pela decadência e considerado os documentos fiscais cujo crédito foi estornado, a Decisão recorrida merece parcial reforma pois ainda remanescem na autuação, mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, o que torna indevido o lançamento ora em análise.

Diz ainda existir mercadorias e NCMs tributadas no regime normal do ICMS que ainda fazem parte do levantamento fiscal estão abaixo indicadas e devem ser excluídas e cita as seguintes:

- ARROZ MEU BIJU INTEG 8GRAOS C/AVEIA 500g - NCM 21042000 – 2017;
- AMENDOIM VERDE C/ CASCA KG - NCM 20081100 – 2017;
- BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M - NCM 39232990 e 39232190 – 2017 e 2018.

Sendo assim, à medida que se impõe é a reforma parcial da infração 01 com base nos termos acima expostos.

Nos termos do art. 137, I, ‘a’ do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e conforme demonstrado linhas acima, pede pela realização de diligência fiscal, que se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência das infrações.

A diligência é necessária para demonstração de que as mercadorias das infrações 01 foram tributadas no regime normal do ICMS, estando fora de qualquer regra de isenção ou redução, o que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal. Sendo assim, é inquestionável a determinação de diligência no caso presente, devendo esse pleito ser deferido.

Diante de todo o exposto e das provas constantes dos autos, requer a realização de diligência, conforme razões expostas linhas acima, na hipótese dessa Colenda Câmara não se convencer de plano quanto à improcedência da autuação e ao final seja dado integral provimento ao presente recurso, reformando-se parcialmente o acórdão recorrido, com o consequente cancelamento e arquivamento do Auto de Infração.

VOTO

Conforme já relatado, trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0192-02/22-VD, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/03/2021, interposto nos termos no Art. 169, I, alíneas “a” e “b” do RPAF que exigia o valor histórico de R\$618.140,41, e fora reduzido em decisão de piso para R\$72.546,21 pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de imposto.

Verifica-se que o Recurso de Ofício é pertinente, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, portanto em montante superior ao valor

de R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99, vigente à época da Decisão ora recorrida.

Analizando a decisão de piso, verifica-se que parte da autuação refere a períodos já alcançados pela decadência, e que embora as informações estejam declaradas na EFD que, consideradas como normalmente tributáveis, usando indevido crédito de ICMS implicou em apuração e recolhimento de imposto em valores menores que o efetivamente devido. Então, é o caso de se contar o prazo decadencial pela Regra Especial, conforme entendimento firmado no Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, de modo que, de fato, as ocorrências até 30/03/2017 não podem constituir crédito tributário nesse lançamento.

Além disso, por ocasião da Informação Fiscal, além de concordar com o Impugnante na parcial extinção pela decadência arguida, analisando a planilha EXCEL “Relatório estornos Crédito”, elaborada com base no demonstrativo suporte do lançamento fiscal, e cópia dos LRAs do período em PDF – Docs. 3 e 4, apresentada pelo Impugnante, o autuante excluiu mercadorias com tributação normal que havia considerado isentas para glosa de crédito fiscal, mas corretamente apropriado pelo autuado e também aquelas notas fiscais cujo estorno do crédito já havia sido realizado na apuração, a exemplo dos créditos estornados referente a aquisição de flocão de milho.

Portanto, o autuante refez o levantamento e ajustou o lançamento reduzindo de R\$618.140,41 para R\$74.308,82.

Por esta razão, acompanho a decisão de piso e Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

No tocante ao Recurso Voluntário, diz a Recorrente que apesar da JJF ter acatado o período alcançado pela decadência e considerado os documentos fiscais cujo crédito foi estornado, a recorrida decisão merece parcial reforma pois ainda remanescem na autuação, mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, o que torna indevido o lançamento ora em análise.

Alega ainda existir mercadorias e NCM's tributadas no regime normal do ICMS que ainda fazem parte do levantamento fiscal, e que devem ser excluídas, são elas ARROZ MEU BIJU INTEG 8 GRAOS C/AVEIA 500g - NCM 21042000 – 2017; AMENDOIM VERDE C/ CASCA KG - NCM 20081100 – 2017; BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M - NCM 39232990 e 39232190 – 2017 e 2018.

Conforme já consta da informação fiscal, o autuante o considerou o ARROZ MEU BIJU INTEG 8 GRAOS C/AVEIA 500g - NCM 21042000 como produto tributado normalmente pelo ICMS e foram excluídos das planilhas de débito.

No tocante ao AMENDOIM VERDE C/ CASCA KG - NCM 20081100 – 2017, apesar do autuante considerar o Art. 14 do RICMS/BA (já revogado em 2012), diz o Art. 265 do RICMS/BA (2012), inciso I, alínea “a”, que são isentas do ICMS as saídas dos produtos hortifrutícolas relacionados no Convênio ICMS 44/75, do qual, não consta o produto amendoim. Portanto também deveriam ser retirados da autuação.

No tocante ao produto BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M - NCM 39232990 e 39232190 – 2017 e 2018 entendo que assiste razão a recorrente, pois está previsto do Art. 309, inciso I, alínea “a”, é permitida a utilização de crédito fiscal de material para embalagem.

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

a) de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem;

O RICMS/BA diz em seu Art. 312, inciso I que o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento, for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da

utilização do serviço.

Portanto, considerando que ao adquirir material de embalagem, para utilização em produtos isentos, o crédito proporcional deverá ser estornado na apuração do ICMS e não quando da entrada do produto no estabelecimento, uma vez que nem todos os produtos vendidos, são isentos, a exemplo, alho, amêndoas, e o próprio amendoim.

Assim, deve ser excluído do valor remanescente da autuação o valor de R\$2.435,54, referente aos produtos amendoim e bobina plástica.

Devem ser excluídas da autuação os seguintes valores:

Data ocor.	Valor do ICMS
Infração 01	
05/2017	71,36
06/2017	237,70
07/2017	73,16
09/2017	66,75
12/2017	116,82
01/2018	66,75
05/2018	66,75
06/2018	303,76
07/2018	180,22
09/2018	72,09
11/2018	72,09
03/2019	144,17
05/2019	224,06
06/2019	523,60
07/2019	108,13
09/2019	108,13
Total	2.435,54

Quanto ao pedido de diligência, não acolho por entender que os elementos são suficientes para o julgamento desta relatora.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, restando mantido o valor de R\$70.110,67, sendo que a JJF reduziu para o valor de R\$72.546,21.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298958.0004/22-8, lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento de ICMS no valor de **R\$70.110,67**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. D APGEPROFIS