

A. I. N° - 232903.0318/11-2  
AUTUADO - VIEIRA & MALTA LTDA.  
AUTUANTE - CARLOS EDUARDO PAMPONET DANTAS  
ORIGEM - INFAC TEIXEIRA DE FREITAS  
INTERNET - 22.12.2011

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0332-02/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. **b)** AQUISIÇÕES DE EMBALAGENS. Somente ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização. Infração não caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQÜENTES BENEFICIADAS COM: **a)** ISENÇÃO DO IMPOSTO. **b)** ISENÇÃO, REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO E ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados para comercialização, quando a operação subseqüente de que decorrer a saída da mercadoria não forem tributadas ou forem isentas do imposto ou forem tributadas com redução de base de cálculo, hipótese em que o valor da vedação será proporcional à redução. Infrações caracterizadas. 3. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO ISENTAS. Restou evidenciado que o contribuinte realizou saídas de produtos tributáveis através dos ECF's como se não fossem tributáveis. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/06/2011, para constituir o crédito tributário no valor de R\$43.662,86, em razão de:

- 1- Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, no valor R\$ 616,00, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com fim de comercialização, conforme Demonstrativo I acostado aos autos.
- 2- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$649,79, referente a aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com isenção do imposto, referente operações

com embalagem, não observada a proporcionalidade entre operações isentadas, conforme Demonstrativo II acostado aos autos.

3- Deixou de recolher o ICMS antecipação parcial, no valor R\$ 1.276,76, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com fim de comercialização, referente operações com embalagem, não observada a proporcionalidade entre operações isentadas, conforme Demonstrativo III acostado aos autos.

4- Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$ 14.374,72, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, em operações de saída de produtos tributados através dos ECF's, conforme Demonstrativo IV acostado aos autos.

5- Recolheu a menos o ICMS antecipação, no valor de R\$ 7.726,97, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88, conforme Demonstrativo V acostado aos autos.

6- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 19.018,62, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, como também com redução de base de cálculo e das substituição tributária do imposto, conforme Demonstrativo VI acostado aos autos.

O autuado às folhas 180 a 190 impugnou parcialmente o lançamento tributário, em relação a infração 02, frisa que o autuante alegou que o autuado utilizou indevidamente crédito de ICMS nas operações de aquisição de EMBALAGEM, mas conforme a Instrução Normativa DLT/SRE nº 01/98, que considera bens e serviços alheios à atividade do estabelecimento para fins de vedação ao crédito de ICMS. A referida Instrução Normativa estabelece que “são alheios à atividade do estabelecimento os bens e mercadorias que não sejam empregados na consecução da atividade econômica do estabelecimento, assim entendidos aqueles não utilizados na área de produção industrial, agropecuária, extrativa, de comercialização, ou de prestação de serviços”.

Diante dessas normas, há que se questionar: as sacolas plásticas são bens alheios à atividade de um supermercado? As sacolas plásticas não são utilizadas na atividade comercial, nem mesmo indiretamente? Certamente que as respostas a esses questionamentos são negativas e, consequentemente, devem conduzir o intérprete a classificar as sacolas plásticas não como simples materiais de uso e consumo dos supermercados, mas como verdadeiros insumos à atividade comercial e que, assim, geram direito ao creditamento do ICMS, com base em todos os preceitos legais, desta forma a Autuada considera que esta infração é indevida.

Quanto a infração 03 salienta que o autuante alegou que a empresa deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de EMBALAGEM, entretanto alega que o fisco está enganado, posto já demonstrado no item anterior (infração 02), que as aquisições são mercadorias para insumo, portanto, não há motivo algum para que seja recolhido o ICMS antecipação parcial. Por fim, alega o autuado que esta infração é indevida, com base nos argumentos citados anteriormente.

No tocante a infração 04, argumenta que alguns produtos estão em desacordo com o fisco, como por exemplo: BROCOLIS foi cobrado pelo autuante informando que é devido o ICMS de 17%, mas o mesmo se classifica como produto hortícola e por ser ensacado não deixa de ser isento, portanto, o autuado entende que na saída todos os legumes, verduras e frutas são isentos, o que muda é a embalagem do produto, inclusive outros produtos estão sendo cobrados o ICMS, como: BARRAGE CARRAPATICIDA, produto também classificado como isento no RICMS/BA; CREME NUTELA, o autuado alega que este produto é um tipo de chocolate com cacau, a própria embalagem demonstra, não havendo cobrança por ser substituição tributária; PAPEL REPORT, diz que o autuante se equivocou, pois o produto passou a fazer parte da substituição tributária a partir de 01/03/2010, de acordo anexo único, Protocolo 109/09, Item 41, Anexo 88, do RICMS/BA, sendo assim é indevida a cobrança do ICMS; QUEIJO COZIDO ARTESANAL – DA ROÇA, produto artesanal produzido por produtor rural, com base no Inciso II, Art. 15, do RICMS/BA são

considerados isentos, portanto o autuado contesta a cobrança do ICMS; INGREDIENTES P/FEIJOADA KG, este produto não se refere a enlatados, mas sim produtos a granel, são vendidos peças em pedaços de carne de porco, portanto não são tributadas a 17%, é considerado ICMS antecipação por substituição tributária, não sendo devido a cobrança do ICMS na sua saída; IOGURTE NATURA, o autuado alega que o produto não sofre cobrança de ICMS com alíquota de 17%, tendo em vista a cobrança na Substituição Tributária, com isso finalizando sua cobrança de ICMS, entretanto, o autuado chega a conclusão que a infração cobrada pelo Fisco não é totalmente procedente.

Em relação a infração 05, diz que o fisco entende que o produto em questão, destacando-se o MACARRÃO, é tributado com alíquota de 17% na sua saída e nas aquisições interestaduais, o autuado está considerando um crédito fiscal de 7%, tornando assim indevido o crédito utilizado de 12%, o qual está destacado na NF de aquisição, não podendo alterar o crédito destacado na NF, o autuado tomou por base a Letra A, Inciso I, Artigo 51, do RICMS, o qual diz que a alíquota do produto é de 7% nas operações internas, tendo em vista que sua classificação no Anexo 88, está como produto de Substituição Tributária, sendo tributada por substituição nas aquisições, mas como se pode verificar o autuado tem direito do crédito ao ICMS destacado na NF que é de 12%, mas quando se faz a substituição, com utilização do Artigo 51, já citado, não tem o ICMS devido na substituição, porque o crédito foi maior que o débito, portanto é indevido a cobrança deste ICMS nesta infração.

Relativamente a infração 06 destaca que o fisco alega que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, redução de base de cálculo e da substituição tributária, mas, no entendimento do contribuinte, não houve irregularidade nenhuma com base nos documentos fiscais emitidos pelos seus fornecedores com destaque de ICMS, tendo em vista que o autuado não fez nenhuma modificação nos documentos fiscais de aquisição, isso comprova que a empresa pagou o ICMS incorporado no produto, com destaque nos documentos fiscais, neste caso a utilização foi devida sem nenhuma utilização irregular, podendo ser o crédito de ICMS utilizado normalmente, sem que houvesse alteração do documento fiscal, concluiu que o fisco modificou os documentos fiscais no sentido de demonstrar que o autuado estava irregular, mas na verdade não houve irregularidade.

Informa que anexa cópia de documentos comprobatórios, tais como: Cópias das Notas Fiscais referente aos períodos e Demonstrativos de Cálculo.

Ao finalizar, requer que: todas as questões levantadas nesta impugnação parcial, objeto de apreciação, exame e decisão fundamentada e motivada, amparada pelo princípio Constitucional do contraditório pleno, amplo e irrestrito; que o Auto de Infração seja julgado improcedente e insubstancial em parte, face à sua lavratura ter sido feita de forma errônea e injusta; que a decisão seja comunicado por escrito à Autuada, para as providências necessárias e, por fim, protesta ainda pelos demais meios de provas em direito permitidos.

Às folhas 868 e 869 a defesa acostou um demonstrativo dos valores que reconhece como devidos, relativos as seis infrações, totalizando R\$ 21.711,03.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 872 e 875, aduz que o contribuinte não contesta a infração 01 e reconhece em parte as demais infrações, as quais passou a avaliar o mérito da sua impugnação.

Quanto a infração 02, assevera que não procede a tese da autuada, de que a fiscalização considerou que a utilização indevida de crédito de ICMS nas operações de aquisição de EMBALAGEM como sendo bens e serviços alheios à atividade do estabelecimento para fins de vedação ao crédito de ICMS. Conforme o Art. 92, § 1º, inciso II, prevê que a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, poderá ser utilizada. Como foi demonstrado no levantamento às fls. 67, que apurou a referida infração, sendo considerado indevido apenas o crédito proporcional entre as operações de saídas isenta ou não tributadas e as operações tributadas pelo imposto. Portanto, foi apurada a

proporcionalidade, com base nas vendas mensais devidamente demonstrados, fls. 70. Opina pela manutenção na integralidade a referida infração.

Requerente a infração 03, frisa que se trata da cobrança de ICMS antecipação parcial, sobre a parcela das entradas que a empresa se creditou nas aquisições de embalagem, seguindo a regra da proporcionalidade das saídas tributadas. Opina pela manutenção na integralidade a referida infração.

Na Infração 04, diz que no produto BRÓCOLIS, este se apresenta em embalagem fracionada, sofrendo portanto o processo de industrialização, inclusive com NCM, assim não pode ser considerado como produto isento. Em relação à BARRAGE CARRAPATICIDA, a isenção é considerada apenas quando destinado a uso na agricultura, pecuária, apicultura, aqüicultura, avicultura, cunicultura, ranicultura e sericicultura, inclusive inoculantes, vedada à aplicação do benefício quando dada ao produto destinação diversa, sendo o caso da atividade do contribuinte, inclusive o próprio contribuinte na sua defesa atesta que tal produto passou a fazer parte da substituição tributaria a partir de 01/03/2010; destaca que não foi cobrado imposto desse produto a partir 01/03/2010. Quanto ao QUEIJO COZIDO ARTESANAL o produtor foi adquirido em operações interestaduais, tendo na sua embalagem a indicação de artesanal, contudo trata-se de produto industrializado. Quanto aos INGREDIENTES P/FEijoada KG, este não especifica a sua composição, e da observação das aquisições de tais produtos, os fornecedores classificam como tributado, inclusive sendo creditado pelo autuado em diversas operações. Do IOGURTE NATURA, apesar de o contribuinte ter indicado na sua saída como natural, trata-se de produtos tributados, conforme notas fiscais de aquisição, sendo tributado erradamente como isento pelo autuado apenas no mês de 12/2010, estando com sua tributação normal nos demais meses. Do CREME NUTELA, trata-se de um creme, tendo sido considerado pelo autuado como tributação normal na entrada do produto, como também na sua classificação fiscal não se enquadra no item 8.5 do Art.353. do RICMS. Portanto, o autuante mantém a cobrança do imposto desses produtos.

Já em relação ao PAPEL REPORT, realmente foi cobrado indevidamente, face ao produto passar a fazer parte da substituição tributaria a partir de 01/03/2010, portanto a referida infração fica reduzida em R\$9,34 na ocorrência de março/2010, passando de R\$353,16 para R\$343,82.

Quanto a infração 05 salienta que a defesa reconheceu a referida infração, contestando apenas em relação à forma de apuração do imposto realizado por essa fiscalização do produto MACARRÃO. Informa que se trata de produto da substituição tributária, item 11.4.1 do Art. 353 do RICMS - com NCM 1902.1, portanto não há tributação de 17%, na sua saída, como tenta induzir o autuado. O imposto foi apurado, possibilitando o crédito fiscal de 7%, em face de alíquota aplicada para apuração da substituição tributária, opinando pela manutenção na integralidade a presente infração.

A Infração 06, entende que não pode prosperar tal afirmativa do contribuinte de que utilizou o crédito fiscal e tributou os produtos apenas com base nos documentos fiscais, vez que o mesmo deveria observar o que estabelece a legislação tributária, inclusive não apresentou fatos concretos que pudesse modificar a materialidade da referida infração.

Ao final, opina pela revisão do Auto, quanto ao valor da infração 04 – 03.01.01 reduzido em R\$9,34, a ocorrência de 03/2010 de R\$ 353,16 para R\$ 343,82, reduzido a infração para R\$14.365,37, passando o referido Auto de Infração, de um Total do Débito (valor histórico) de R\$43.662,86 para R\$43.653,52.

O autuado ao se manifestar em relação a informação fiscal, fls. 879 e 880, diz que:

Quanto a infração 02: não está de acordo com a informação fiscal e mantém sua defesa inicial.

Quanto a infração 03: não está de acordo com a informação fiscal e mantém sua defesa inicial.

Na infração 04 – Continua com a contestação dos produtos, como BROCOLIS, o mesmo está em embalagem fracionada e não em embalagem a vácuo, mas em estado natural, não sofrendo o processo de industrialização, mantendo a sua defesa inicial. Quanto ao produto BARRAGE

CARRAPACITIDA, este produto não tem outra indicação de uso, a não ser na agricultura, pecuária, apicultura, aquicultura, avicultura, cunicultura, ranicultura e sericicultura, permanecendo com o entendimento da Autuada, de que o mesmo não foge da isenção, devido à impossibilidade em outros usos, (o produto não tem outra finalidade, a não ser uso agropecuário e veterinário), sendo assim não está dando ao produto uma destinação diversa, inclusive o autuante alegou que o autuado atesta na sua defesa que tal produto passou a fazer parte da substituição tributária a partir de 01/03/2010, está equivocado, então com isso mantém a defesa inicial. Quanto ao produto QUEIJO COZIDO ARTESANAL, o fornecedor é realmente produtor rural, residente na Bahia, tendo em vista que a sua entrada é interna e inexiste entrada do produto de fornecedor interestadual, portanto permanece com defesa inicial. INGREDIENTES P/FEIJOADA KG, observar a composição deste produto, que é composto de partes de bovinos e suíños, tais como pé, orelha, rabo, toucinho, bacon, todos os ingredientes naturais, sem sofrer industrialização, mantendo assim a sua defesa inicial; CREME NUTELLA, este produto tem preparação de cacau, onde também é classificado na NCM 1806.90.00 - Cacau e suas preparações - Chocolate e outras preparações alimentícias, então faz parte do Art. 353, do RICMS, inclusive seu fornecimento para a empresa é proveniente da Bahia e várias Notas Fiscais da Bahia constam a Substituição Tributária, mantendo assim sua defesa inicial.

Sobre a infração 05, frisa que de maneira alguma tenta induzir, tendo em vista que nesta infração se pode averiguar no trabalho que o fisco realizou, pois não deixa nenhuma dúvida, que o mesmo fez os cálculos para enquadramento do produto denominado MACARRÃO, o qual consta no Anexo 88, no item 11.4.1, do Art. 353 do RICMS, com NCM 1902.1, mas a sua tributação pela qual o Fisco se mantém em seus relatórios é que o produto tendo entrada com Nota Fiscal interestadual e com destaque de ICMS de 12%, não daria o direito de se creditar o ICMS em destaque, e calculando a sua saída de 17%, prova a autuada com o próprio relatório do Fisco, que está em desacordo, portanto com base na Letra A, Inciso I, do Art. 51, do RICMS, que a alíquota interna do produto é de 7%, e não 17% a qual foi utilizada pelo fisco nos seus relatórios, tendo direito do crédito em destaque na Nota Fiscal, para cálculos da Substituição Tributária, mantemos a nossa posição de continua com a defesa inicial.

Quanto a infração 06, diz manter a defesa inicial, com base em procedimentos fiscais e documentos idôneos apresentados anteriormente, correspondentes aos produtos, que a utilização dos créditos fiscais fora feito de forma correta.

Ao final, pede a improcedência do Auto de Infração.

#### VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de 6 (seis) infrações.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu a procedência da infração 01, conforme demonstrativo de débitos reconhecidos, fls. 868 e 869, estando acostado aos autos às folhas 886 a 890 extrato do sistema SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o pagamento do valor histórico de R\$21.711,20, correspondente pagamento integral da infração 01 e partes das infrações 04, 05 e 06, acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF.

Portanto, não existe lide em relação a referida imputação 01, estando devidamente caracterizada.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita as infrações 02, 03, 04, 05 e 06 as quais passo a analisar.

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção do imposto, referente operações com embalagem, não observada a proporcionalidade entre operações isentadas, conforme Demonstrativo II acostado aos autos.

A defesa alegou que tem direito ao crédito de embalagens, entretanto, o argumento defensivo não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a fiscalização autuou todo o valor relativo as aquisições de embalagens como alega a defesa. A fiscalização, apenas, considerou indevido parte do valor creditado pela empresa, com base no artigo 92, § 1º, inciso II, que prevê a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, poderá ser utilizada, Como foi demonstrado no levantamento fiscal acostado à folha 67.

Somente foi considerado indevido o crédito proporcional entre as operações de saídas isenta ou não tributadas e as operações tributadas pelo ICMS. Logo, foi apurada a proporcionalidade, com base nas vendas mensais devidamente demonstrados, fls. 70, procedimento que entendo ser correto.

Logo, a infração 02 restou caracterizada.

Na infração 03 é imputado ao autuado ter deixado de recolher o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com fim de comercialização, referente operações com embalagem, não observada a proporcionalidade entre operações isentadas, conforme Demonstrativo III acostado aos autos.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que o fisco está enganado, posto já demonstrado no item anterior (infração 02), que as aquisições são mercadorias para insumo, portanto, não há motivo algum para que seja recolhido o ICMS antecipação parcial.

Entendo razão assistir ao contribuinte, uma vez que o artigo 352-A, do RICMS/BA, estabelece que ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização. No caso em tela não houve aquisição de mercadorias para comercialização. As aquisições foram de embalagens utilizadas pelo próprio estabelecimento autuado, fato reconhecido pelo próprio autuante.

Logo, a infração 03 é improcedente.

Na infração 04 é imputado ao autuado ter recolhido a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, em operações de saída de produtos tributados através dos ECF's, conforme Demonstrativo IV acostado aos autos.

A defesa sustenta que as saídas de BRÓCOLIS, BARRAGE CARRAPATICIDA, CREME NUTELA, PAPEL REPORT, QUEIJO COZIDO ARTESANAL – DA ROÇA, INGREDIENTES P/FEIJADA KG e IOGURTE NATURA são produtos amparados pela isenção ou então enquadrados na substituição tributária.

Entendo razão não assistir ao contribuinte, pelas razões a seguir expostas por produto.

BRÓCOLIS – como bem ressaltado pelo autuante este se apresenta em embalagem fracionada, sofrendo, portanto, o processo de industrialização, inclusive com NCM, assim não pode ser considerado como produto isento. Mantido na autuação.

BARRAGE CARRAPATICIDA – a isenção é considerada apenas quando destinado a uso na agricultura, pecuária, apicultura, aquicultura, avicultura, cunicultura, ranicultura e sericicultura, inclusive inoculantes, vedada à aplicação do benefício quando dada ao produto destinação diversa, sendo o caso da atividade do contribuinte, inclusive o próprio contribuinte na sua defesa atesta que tal produto passou a fazer parte da substituição tributária a partir de 01/03/2010. Fica mantido na autuação.

CREME NUTELA – trata-se de um creme, tendo sido considerado pelo autuado como tributação normal na entrada do produto. Portanto fica mantido na autuação.

QUEIJO COZIDO ARTESANAL – DA ROÇA – produtor adquirido em operações interestaduais, tendo na sua embalagem a indicação de artesanal, contudo trata-se de produto industrializado. Não pode ser excluído da autuação.

INGREDIENTES P/FEIJOADA KG - este não especifica a sua composição, e da observação das aquisições de tais produtos, os fornecedores classificam como tributado, inclusive sendo creditado pelo autuado em diversas operações. Mantido na autuação.

IOGURTE NATURA - trata-se de produtos tributados, conforme notas fiscais de aquisição, sendo tributado erradamente como isento pelo autuado apenas no mês de 12/2010, estando com sua tributação normal nos demais meses. Também fica mantido da autuação.

PAPEL REPORT – entendo razão assistir ao contribuinte pois o produto passou a fazer parte da substituição tributária a partir de 01/03/2010, portanto a referida infração fica reduzida em R\$9,34 na ocorrência de março/2010, passando de R\$ 353,16 para R\$ 343,82, ficando inalteradas as demais parcelas.

Logo, a infração 04 restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$14.365,38 (R\$ 14.374,72 – R\$9,34), uma vez que ficou evidenciado que o contribuinte realizou saídas de produtos tributáveis através dos ECF's como se não fossem tributáveis.

Na infração 05 é imputado ao autuado ter recolhido a menos o ICMS antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88, conforme Demonstrativo V acostado aos autos.

O contribuinte reconheceu parcialmente o valor autuado, tendo questionado o produto MACARRÃO.

Entendo que o procedimento da fiscalização foi correto, pois se trata de produto da substituição tributária, não há tributação de 17%, na sua saída, como tenta induzir a defesa. O ICMS foi apurado possibilitando o crédito fiscal de 7%, em face de alíquota aplicada para apuração da substituição tributária.

Assim, a infração 05 restou caracterizada.

Na infração 06 é imputado ao contribuinte ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, como também com redução de base de cálculo e das substituição tributária do imposto, conforme Demonstrativo VI acostado aos autos.

Em sua defesa o autuado alega que utilizou os créditos destacados nos documentos fiscais. Por sua vez o autuante ressalta que o contribuinte deveria ter observado o que estabelece a legislação tributária, inclusive não apresentou fatos concretos que pudesse modificar a materialidade da referida infração.

Entendo que a alegação do autuado não é capaz elidir ao autuado, pois o Artigo 97, do RICMS do Estado da Bahia, estabelece que é vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados para comercialização, quando a operação subsequente de que decorrer a saída da mercadoria não forem tributadas ou forem isentas do imposto ou forem tributadas com redução de base de cálculo, hipótese em que o valor da vedação será proporcional à redução.

Logo, a infração 06 restou caracterizada.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO DEVIDO
1	PROCEDENTE	616,00
2	PROCEDENTE	649,79
3	IMPROCEDENTE	0,00
4	PROCEDENTE EM PARTE	14.365,38

5	PROCEDENTE	7.726,97
6	PROCEDENTE	19.018,62
TOTAL		42.376,76

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232903.0318/11-2, lavrado contra **VIEIRA & MALTA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$42.376,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, “d”, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR