

A. I. Nº - 232903.0003/19-7
AUTUADO - COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS EDUARDO PAMPONET DANTAS
ORIGEM - INFRAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18/08/2020

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0114-03/20-Vd

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAIS ADQUIRIDOS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Ajuste realizado pelo Autuante na informação fiscal, reduziu o valor originalmente lançado. Infração parcialmente caracterizada. **b)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Autuado apresenta elementos que elide parcialmente a acusação fiscal. Infração parcialmente subsistente. **c)** SAÍDAS BENEFICIADAS COM A NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. **d)** SAÍDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Autuado não apresenta provas com o condão de elidir as irregularidades apuradas em ação fiscal. Infrações procedentes. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR LANÇADO E O RECOLHIDO. O contribuinte apresenta elementos de prova que elidem integralmente a acusação fiscal. Infração insubstancial. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Autuado reconhece o cometimento da infração. Infração procedente. Indeferido pedido de diligência ou perícia. Afastada nulidade suscitada. Negado pedido de redução ou cancelamento das multas aplicadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2019, exige crédito tributário no valor de R\$51.294,01, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 01.02.02 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, no valor de R\$6.075,43, acrescido da multa de 60%;

Infração 02. 01.02.06 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias, com pagamento do imposto por Substituição Tributária, nos meses de janeiro, março, outubro a dezembro de 2017, no valor de R\$510,22, acrescido da multa de 60%;

Infração 03. 01.02.25 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes, beneficiadas com a não incidência do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, no valor de R\$29.216,23, acrescido da multa de 60%;

Infração 04. 01.02.26 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias, com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, no valor de R\$4.867,38, acrescido da multa de 60%;

Infração 05. 03.01.01 - recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro, entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de março, julho a novembro de 2017, no valor de R\$8.400,15, acrescido da multa de 60%;

Infração 06. 06.01.01 - deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias ou bem, oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, no valor de R\$2.224,60, acrescido da multa de 60%;

O autuado impugna o lançamento fls.34/51. Diz que, por intermédio de seu procurador infraassinado Carlos Augusto Pereira de Souza, contabilista, com escritório no endereço na Av. Demétrio Couto Guerrieri, nº 317, Centro, Eunápolis-BA, onde deverá receber as intimações e notificações referentes a esta demanda, sob pena de nulidade, vem, tempestivamente apresentar impugnação ao auto de infração.

Comenta ser sabido, que após lavrado o auto de infração, o agente de fiscalização produz documentos complementares para subsidiar a sua atuação, tais como: as planilhas de cálculo que lhe imputam obrigação tributária referente à diferença de alíquotas e bases de cálculo, cuja apresentação se faz imprescindível, para fundamentação da sua impugnação ao auto de infração lavrado.

Nesse sentido, afirma que foi autuada em 28/06/2019, mas não pôde ter acesso à integralidade das planilhas de levantamento do ICMS realizada pelo Fisco Estadual, porque o setor de fiscalização não remeteu os documentos para a unidade responsável pela apuração, antes que transcorresse o prazo para a defesa.

Explica que ciente do transcurso do prazo e ainda aguardando que tais planilhas fossem remetidas para o real exercício do contraditório, antes do seu exaurimento, seu setor de contabilidade encaminhou ao Auditor Fiscal, solicitação dos documentos indispensáveis à elaboração da impugnação, o que não foi atendido até o presente momento. Frisa que sem tais documentos, a defesa mostra-se prejudicada e, demonstrada que tal impossibilidade ocorreria exclusivamente, por omissão do Fisco Estadual, o auto de infração carece de elementos essenciais para sua validação.

Salienta que tal solicitação ocorreu em 30/07/2019, através de contato por aplicativo de troca de mensagens instantâneas pelo telefone funcional do agente fiscalizador, conforme se vislumbra da imagem extraída que reproduz. Diz que a reclamação tributária se refere à falta de recolhimento do ICMS-ST, onde não foram anexados aos autos, os documentos fiscais relativos às planilhas de cálculo.

Declara que das seis infrações contidas no auto, quatro delas foram lavradas desacompanhadas dos respectivos documentos, impossibilitando o exercício do seu direito de defesa. São as infrações 01, 02, 05 e 06. Diz que, não obstante à primeira solicitação realizada, nova tentativa operou-se via *e-mail* funcional para o mesmo auditor em 28/08/2019, ainda sem êxito. Sobre esta falha, cita o art. 39 do RPAF/99, e decisão do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, que reproduz.

Pugna pelo acolhimento desta preliminar, para que seja reaberto o prazo para a apresentação da defesa, sob pena de se inquinar o processo de nulidade, pela inobservância do princípio constitucional do devido processo legal. Reproduz as irregularidades que lhe foram imputadas.

A respeito da **infração 01**, diz que da planilha anexada ao auto de infração, percebe-se que houve equívoco no enquadramento de certas mercadorias. Várias mercadorias adquiridas para revenda, conforme revela a “planilha infração 01” em *excel* “Defesa Auto Cambuí 2329030003.19.7.xml”, foram caracterizadas como material para uso e consumo do estabelecimento, quando efetivamente, eram simples mercadorias destinadas à venda. Evidente o erro de interpretação fiscal, ao considerar referidas mercadorias como embalagens, cujo créditos seriam limitados por

força dos art. 309 e 312 do RICMS. Sobre o tema, cita pronunciamento de tribunais administrativos de Minas Gerais e de Pernambuco.

Entretanto, nota que o Autuante apenas se limitou a afirmar, que os produtos foram destinados para consumo final, sem justificar a adoção do entendimento, o que por si só, macula de nulidade o lançamento fiscal.

Comenta que como se pode observar, a partir da planilha que anexa aos autos, a maioria das Entradas estão com o CFOP de compras para revenda (CFOP 2102) e outras para o imobilizado (CFOP 2551). Desta forma, da interpretação equivocada adotada pelo Fiscal, decorreu a acusação de que o ICMS recolhido nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária foi apurado de forma errada, o que deve ser corrigido, uma vez que apurou e recolheu corretamente o ICMS em todas as operações.

Assim, há que ser considerada insubstancial a infração, conforme “Planilha Infração 01” em *excel (.XML)* denominada “Defesa Auto Cambuí 2329030003.19-7” anexada a impugnação em CD, não sendo devido qualquer valor neste sentido.

Sobre a **infração 02**, diz que razão não assiste ao Autuante no que tange à maioria dos supostos créditos indevidos, como demonstra planilha contida na mídia digital. Dá exemplo do item Bacon Pif Paf Kg (NCM 2101200), que afirma não está sujeito à substituição tributária, mas ao regime normal de apuração do imposto. Aduz que conforme Solução de Consulta da Receita Federal, sobre o Bacon aqui discutido, a NCM correta é 1602.49.00. Informa que o fornecedor lhe envia tributado e também paga o ICMS sobre a venda desse item. De igual forma, aduz que o Choc ao Leite Puratos 2.01kg (NCM 18062000) é produto tributado integralmente. Explica que o item 11.2 e 11.3 só está na ST o chocolate com conteúdo inferior a 2 Kg. Como o peso é superior, não se configura a hipótese no anexo do regulamento de ICMS sobre a Substituição Tributária. Quanto aos demais itens arrolados na planilha 02, diz que seguem a mesma lógica.

Registra que não é incomum a ocorrência de imputações equivocadas neste sentido. Este próprio Conselho Fiscal já revisou inúmeros lançamentos de ofício recentemente, conforme acórdãos que reproduz.

Informa que, para não estender em demasia o texto, anexa a esta impugnação mídia digital contendo arquivo planilha *excel (.XML)* denominada “Defesa Auto Cambuí 2329030003.19-7” “infração 02” onde discrimina um a um, os itens sobre os quais, o crédito é devido ou indevido.

Esclarece ter apurado crédito indevido, muito inferior ao encontrado pelo auditor, resultando no imposto a recolher de R\$ 31,64, que se reconhece devedor.

No que tange a **infração 03**, que trata de suposta de utilização de crédito indevido na aquisição de material de embalagem, diz que o aproveitamento de crédito de tais itens, está regulado pelo art. 312, § 4º do RICMS-BA. Afirma ser permitido a utilização na fabricação ou produção de mercadorias ou serviços cujas operações de saídas sejam tributadas e vedado o crédito na produção de mercadorias não tributáveis, e caso as operações do contribuinte sejam tributadas e não tributadas, o crédito deverá ser realizado de forma proporcional.

Aduz que o auditor não demonstrou o critério utilizado para o levantamento do crédito do ICMS de tais itens. Aplicou o percentual de 44%, mas o exame das planilhas referentes à esta infração, revelou que a proporção de saídas não tributadas é de 23,34%, o que resulta conforme “planilha infração 02” da planilha de *excel* anexa “Defesa Auto Cambuí 2329030003.19-7” no valor de R\$11.886,70 que admite ser devido.

Relativamente a **infração 04**, que trata de utilização de crédito reputado pelo Fisco como indevido, se refere a 2% do adicional de alíquota destinado ao fundo estadual de erradicação da pobreza. Repete o dispositivo legal que estabelece esta obrigação afirmando que conforme Portaria da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia nº 133/2002 é devido o aproveitamento do crédito do percentual destinado ao Fundo de Pobreza destacado nas notas fiscais de entradas. Diz

que do exame da planilha que elaborou sobre esta infração, revela-se que é totalmente insubstancial.

Sobre a **infração 05** que trata de recolhimento a menor do ICMS regularmente escriturado, diz que não assiste razão ao auditor. Deveras, foi recolhido apartado o fundo de pobreza, por simples erro do contribuinte. Não há má-fé, portanto, não deve ser aplicado a multa de 60% lançada. Assim, diz que deve ser declarado indevido o valor lançado e julgada improcedente a exação.

A respeito da **infração 06**, declara que reconhece sua procedência.

Sobre o percentual da multa aplicada de 60% diz ser decorrente de equívocos. Frisa que, caso fique comprovado que a base de cálculo eleita pelo Auditor fiscal é a correta, não há como se penalizar o contribuinte pela legislação mal formulada. Também as penalidades aplicadas, considerando a circunstância da má redação do artigo que determina a redução da base de cálculo, devem ser interpretadas de forma mais benigna ao contribuinte. Cita o art. 112 do CTN que preconiza a aplicação na seara do Direito Tributário, de um preceito tipicamente penal (*in dubio pro reo*), que se pauta na “presunção de inocência”.

Entende que, há que se aplicar o valor mínimo de 20% de multa por recolhimento em atraso, em razão do contexto apresentado. O certo é que não se deve aplicar o percentual de 60% que se demonstra deveras excessivo.

Entende ainda, haver necessidade que se tenha a perícia Fiscal diante dos elementos probantes inseridos nos autos, para o evidente conhecimento dos verdadeiros fatos, e não apenas julgar sob a ótica autuante, pois, conforme planilha anexada, essa matéria está devidamente rebatida. Apresenta os quesitos e nomeia o perito, caso seja deferida a perícia.

Requer: a) que se declare a inaplicabilidade da multa de 60% para o caso de mero inadimplemento, reduzindo-a ao percentual de 20%; b) que se reconheça a improcedência total da infração n. 01; c) que se revise a Infração nº 02 para ajustá-la ao valor de R\$ 31,64; d) que se revise a Infração 03 do Auto, para ajustá-la ao valor de R\$11.886,70; e) que se reconheça a improcedência total das infrações n. 04 e 05; f) que se declare inexistente a sonegação, fraude ou conluio, face à inexistência de provas, e que lhe permita exercer seu direito de defesa, constitucionalmente garantido; g) protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito, em especial a pericial sobre a contabilidade da empresa.

O Autuante presta informação fiscal fls.54/56. Diz que o Contribuinte apresentou defesa ao auto de infração, de forma tempestiva, sendo anexado um CD de dados, com as planilhas constantes do Auto de Infração, e, em cada uma, contestando alguns produtos e acatando como devido outros, em relação aos anexos que serviram de base para a apuração das diversas infrações ali contidas, ao mesmo tempo, que apresenta outras razões para a aceitação ou não da infração.

Afirma que na defesa, a empresa alega que a fiscalização não apresentou as planilhas que serviram de base para a lavratura do auto, impedindo assim, subsidiar a impugnação. Esclarece que não procede tal afirmativa, tendo em vista que, quando da entrega do presente A.I., foi acostado ao mesmo, os referidos demonstrativos que serviram de base para a autuação de cada Infração, estando devidamente assinados e acostados ao PAF, inclusive com o recibo de entrega das planilhas em meio magnético.

Além disso, afirma que retornou o *e-mail* apresentado pela defesa, o que confirma a entrega de tais arquivos. Destaca que o pedido no *e-mail* do preposto do contribuinte, foi para que a fiscalização enviasse os demonstrativos em *Excel*. Salienta que, mesmo antes da ciência do auto de infração, foi enviado tais demonstrativos, tanto é que estes, serviram de base para uma detalhada e minuciosa contestação de cada item, como pode ser comprovado no CD anexado pela defesa, portanto não procede o pedido de reabertura de prazo, pois não houve nenhum impedimento para análise e impugnação das infrações contidas no presente auto de infração.

Sobre a **Infração 01**, afirma que o contribuinte contesta apenas, o produto “forma para bolo”. Afirma ser o mesmo, embalagem para acondicionamento de produto, e que em sua avaliação,

caso o mesmo seja efetivamente, embalagem para bolo, e estando esse produto na hipótese de exceção, ou seja, nas operações internas beneficiadas com isenção, não-incidência ou substituição tributária, não há que se falar em direito a fruição de crédito fiscal sobre o material de embalagem das mesmas, tendo em vista, que o referido produto, reafirma, é direcionado para embalar “bolo”, estando o mesmo na hipótese citada. A defesa reconhece como devido os demais produtos, objeto da infração.

Na **Infração 02**, diz que o autuado contesta os produtos “Bacon”, Choc ao Leite Puratos 2.01kg” e “Açaí Cremoso” alegando serem produtos com tributação normal.

Explica que Bacon – trata-se de produto com NCM 02.10 - carnes e miudezas comestíveis, salgadas ou em salmoura, secas ou defumadas; farinhas e pós comestíveis de carnes ou de miudezas – portanto é da ST.

Sobre a alegação defensiva de que nas saídas tratou esse produto e pagou o imposto como sendo da tributação normal, diz que caso efetivamente, tenha procedido dessa forma, poderá solicitar a restituição ou utilizar o valor pago indevidamente, conforme prevê a legislação, não cabendo à fiscalização realizar uma compensação.

Declara que reconhece como corretos os créditos em relação ao Chocolate em face da gramatura apontada, apesar de ultrapassar apenas 10 gramas, no valor de R\$69,56, como também o Açaí Cremoso, no valor total de R\$88,65, pois a tributação com ST foi considerada em função do NCM indicado na EFD. Diante do descrito, reconhece como devido o valor de R\$158,21, passando assim a infração de R\$ 510,22 para R\$ 352,01.

No que concerne à **Infração 03**, diz que o contribuinte concorda com a autuação, apenas diverge em relação ao percentual que a empresa teria direito. Explica que apurou e aplicou como devido o percentual de 43,01% sobre os créditos das operações, com base na DMA, sendo excluído para apuração desse percentual, as operações elencadas na ST, totalizando um percentual de crédito indevido de 56,09%, enquanto o contribuinte atribuiu um percentual de 23,34% com operações não tributadas, portanto tendo direito ao crédito de 76,66% por ter procedido a inclusão das operações da substituição tributária na sua base.

Ressalta ser entendimento consolidado da Diretoria de Tributação - DITRI, que o mesmo tratamento que se adota com relação às mercadorias, deve ser aplicado ao material que servirá para o seu acondicionamento. Assim, se as mercadorias a serem acondicionadas estiverem nas hipóteses de exceção, ou seja, nas operações internas beneficiadas com isenção, não-incidência ou substituição tributária, não há que se falar em direito a fruição de crédito fiscal sobre o respectivo material de embalagem das mesmas. Assim, o percentual de apropriação de créditos fiscais decorrentes das aquisições de embalagens será, sempre, proporcional às saídas tributadas, o que exclui as saídas com isenção, não incidência, bem como, as saídas de mercadorias tributadas por substituição tributária, e que foram recebidas pela empresa com o imposto já antecipado. Assevera que o valor da proporcionalidade aplicado está correto, portanto, mantém na integralidade a presente infração.

Relativamente a **Infração 04** comenta que o contribuinte contesta os créditos indevidos, dos valores referentes ao Fundo de Pobreza de 2%, aplicado sobre algumas mercadorias. Informa que de acordo com a Portaria 133/2012, não existe a hipótese de aproveitamento de crédito de 2% do Fundo de Pobreza, destacado na NFe de entrada. O adicional de pobreza não é um valor que pode ser creditado pela empresa adquirente. É um valor vinculado a um fundo específico. Explica que as regras estabelecidas nesse diploma legal, se faz necessário, pois a indicação de estorno de débito a ser lançado na EFD, previsto no inciso III do art. 1º, trata-se apenas, de destaque do mesmo na apuração, pois o valor deve ficar consignado como débito especial, para que se possa proceder a apuração do mesmo, resultante da alíquota adicional dos itens incluídos no FECEP, logo mantém o valor na integralidade nesta infração.

Na **Infração 05** afirma que o contribuinte diz que os referidos recolhimentos a menor não são devidos, pois os mesmos foram devidamente recolhidos através de DAE específico do fundo de pobreza. Da análise da arrecadação, diferentemente do procedimento adotado nos demais meses, foi constatado no sistema da SEFAZ, o recolhimento específico dos valores apurados. Portanto, reconhece como indevida na integralidade, a presente infração no valor de R\$ 8.400,15.

Sobre a **Infração 06**, diz constatar que o contribuinte reconhece como devida.

Com relação ao pedido de relevação do valor de multa, diz que não compete a fiscalização, no âmbito administrativo, opinar sobre o percentual atribuído.

Diante do exposto, reconhece como indevido o valor de R\$8.558,36, passando assim, o presente Auto de Infração do valor de R\$ 51.294,01, para R\$ 42.735,65.

VOTO

Preliminarmente, o Autuado arguiu nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de que as infrações 01, 02, 05 e 06 foram lavradas desacompanhadas dos respectivos demonstrativos, impossibilitando o exercício do seu direito de defesa. Solicitou reabertura do prazo para a apresentação da defesa, sob pena de se inquinar o processo de nulidade, pela inobservância do princípio constitucional do devido processo legal.

Analisando os elementos que fazem parte do presente processo, verifico que não possui sustentação fática ou jurídica a citada alegação. Observo que se faz presente neste processo, os demonstrativos que servem de base a todas as infrações apuradas pela fiscalização, fls.14 a 28, que foram entregues ao sujeito passivo, inclusive com arquivo magnético CD contendo as planilhas do levantamento fiscal, segundo Recibo de Entrega fl.29. Ademais, conforme se depreende de sua impugnação, o deficiente rebateu cada uma das infrações, citando dados concretos do levantamento fiscal, o que mostra a inocorrência do alegado prejuízo da defesa. Sendo assim, não acato a nulidade suscitada.

Avaliando os aspectos formais do presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RPAF/99. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Indefiro de plano, a diligência ou perícia técnica solicitada pelo autuado. Observo que a diligência se presta a esclarecer dúvida porventura existente, mas se para convencimento dos Julgadores não se faz necessária, nos termos do artigo 147, inciso I, alíneas “a” e “b” e II “a” do RPAF/BA, a realização de diligência e perícia pode ser dispensada. Neste caso, entendo que já se encontram presentes no PAF, os elementos necessários e suficientes para decisão sobre a lide, e a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos.

O autuado reconheceu o cometimento da **infração 06**, que fica mantida, considerando o fim do litígio sobre este item do auto de infração.

No mérito, a **infração 01** trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Nas razões defensivas, o autuado alegou, que a Fiscalização cometeu equívoco no enquadramento de certas mercadorias, ao desconsiderar que serviriam como embalagens, o que

Ihe daria direito ao crédito fiscal. Disse que o demonstrativo que elaborou e que consta do CD apensado com a defesa demonstrariam não ser devido qualquer valor neste sentido.

Por sua vez, o Autuante rebateu explicando que o contribuinte contestou apenas, o produto “forma para bolo”. Afirma que se trata de embalagem para acondicionamento do referido produto que está na substituição tributária, portanto, não dá direito ao crédito.

Sobre esta infração, saliento que, nas operações internas beneficiadas com isenção, não-incidência ou substituição tributária, a embalagem utilizada em mercadorias nesta condição, não faz jus ao crédito. Se o contribuinte não pode se creditar pelas entradas destas mercadorias visto que as saídas ocorrerão sem incidência do imposto, no mesmo sentido seguem as embalagens. Este tem sido o posicionamento da DITRI – Departamento de tributação da SEFAZ sobre a matéria.

Como o Autuado reconheceu como devido o imposto sobre os demais produtos objeto desta infração e não trouxe aos autos a prova de que as embalagens que afirmou serem para “bolo”, se destinavam a mercadorias com saídas tributáveis, concluo pela procedência da infração 01.

A **Infração 02** trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias, com pagamento do imposto por Substituição Tributária.

O defensor afirmou, que possui direito ao crédito no que tange à maioria dos supostos créditos indevidos, considerados pelo Fiscal. Citou mercadorias com a respectiva NCM que não estariam sujeitas à substituição tributária, mas ao regime normal de apuração do imposto.

Em informação fiscal, o Autuante concordou com os argumentos defensivos, em relação ao produto Chocolate, em face da gramatura apontada e ao Açaí Cremoso. Excluiu os respetivos valores ajustando o demonstrativo de débito desta infração.

O impugnante alegou também, que nas saídas de alguns produtos da substituição tributária consignados nesta infração, teria pago o imposto, como sendo estas mercadorias da tributação normal.

Da análise dos elementos que compõem esta infração, acolho os ajustes realizados pelo Autuante considerando que estão em consonância com a legislação de regência. No que diz respeito a alegação defensiva, de que teria tributado mercadorias com fase de tributação encerrada (substituição tributária), como mercadorias da tributação normal, verifico que não consta do presente PAF, elementos necessários à comprovação do alegado. Dessa forma, acolho o demonstrativo ajustado pelo Autuante e a infração 02 remanesce no valor de R\$ 352,01. Infração parcialmente subsistente.

A **Infração 03** refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sobre a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes, beneficiadas com a não incidência do imposto.

O defensor disse que esta infração trata de aquisição de material de embalagem. Concorda que a tributação sobre estas mercadorias se dá em função da proporcionalidade entre as mercadorias não tributáveis e aquelas tributáveis. Discordou do percentual aplicado.

Em sede de informação fiscal, o Autuante explicou que apurou e aplicou como devido o percentual de 43,01% sobre os créditos das operações, com base na DMA, sendo excluído para apuração desse percentual, as operações elencadas na ST, totalizando um percentual de crédito indevido de 56,09%. Disse que a divergência com o índice calculado pelo autuado se dá, por ter procedido a inclusão das operações da substituição tributária na sua base.

Analisando a questão, verifico que o entendimento da fiscalização se encontra em conformidade com o posicionamento da Diretoria de Tributação - DITRI, que em Parecer, confirma que a mesma natureza da tributação das mercadorias, deve ser aplicado ao material que servirá para o seu acondicionamento. Assim, o percentual de apropriação de créditos fiscais decorrentes das aquisições de embalagens será, sempre, proporcional às saídas tributadas, o que exclui as saídas

com isenção, não incidência, bem como, as saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Mantida integralmente a infração 03. Infração procedente.

A **Infração 04** acusa o autuado de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias, com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução.

O defendente argumentou, que se trata de utilização de crédito reputado pelo Fisco como indevido, referente ao percentual de 2% do adicional de alíquota destinado ao fundo estadual de erradicação de pobreza. Frisou ter direito ao aproveitamento do crédito destacado nas notas fiscais de entradas.

Sobre esta alegação, ao contrário do entendimento do Autuado, observo que a alíquota de 2% acrescida ao valor da comercialização dos produtos elencados no Anexo da Portaria 133/2002, o “Adicional de Pobreza” é um valor vinculado a um fundo específico, com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais no estado da Bahia, portanto, caso fosse dado direito ao contribuinte de se creditar dos valores aqui discutidos, a Lei perderia completamente sua finalidade.

Assim a infração 04 subsiste integralmente. Infração procedente.

Relativamente a **Infração 05** trata de recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro, entre os valores do imposto recolhido e o escriturado em sua apuração.

Sobre esta infração, o defendente afirmou, que o valor apurado pela fiscalização se trata do percentual de 2% relativo ao “Fundo Adicional da Pobreza” e que não assiste razão ao auditor, visto que foi apurado e recolhido em separado e de forma tempestiva.

Na informação fiscal, o Autuante esclareceu que, de fato, os recolhimentos a menor apontados, não são devidos, pois foram recolhidos através de DAE específico do fundo de pobreza, constatado no sistema da SEFAZ, o recolhimento específico dos valores apurados.

Neste caso, considerando não mais existir lide a respeito desse item da autuação, e que o Autuante constatou o pagamento indevidamente exigido, a infração 05 está descaracterizada. Infração improcedente.

O defendente requereu ainda, o cancelamento ou mesmo a redução da multa de 60% aplicada às infrações alegando serem excessivamente onerosa.

No que concerne ao pedido de redução observo que a multa sugerida pela Fiscalização está corretamente tipificada no inciso VII, alínea "a", e II, alíneas "b" e "f", do art. 42 da Lei 7.014/96, portanto é legal. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, RPAF/99, nem para apreciar constitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

Por fim, o Autuado afirmou que por intermédio de seu procurador, Carlos Augusto Pereira de Souza, contabilista inscrito no CRC sob o nº 022146/O-0 com escritório no endereço na Av. Demétrio Couto Guerrieri, nº 317, Centro, Eunápolis-BA, deverá receber as intimações e notificações referentes a esta demanda, sob pena de nulidade

Saliento que, embora não seja obrigatoria a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo no endereço indicado.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232903.0003/19-7, lavrado contra **COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para

efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$42.735,65, acrescido da multa de 60% previstas no inciso VII, alínea "a", e II, alíneas "b" e "f", do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 02 de julho de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR