

PROCESSO - A. I. Nº 232903.0003/19-7
RECORRENTE - COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0114-03/20- VD
ORIGEM - INFRAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/09/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0210-12/21-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)** SAÍDAS BENEFICIADAS COM A NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. **c)** 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. Indeferido pedido de diligência ou perícia. Afastada nulidade suscitada. Negado pedido de redução ou cancelamento das multas aplicadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em razão do acórdão proferido pela 3ª JJF Nº 0114-03/20- VD, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2019, para exigir crédito tributário no valor de R\$51.294,01, em razão das seguintes irregularidades objeto do presente Recurso:

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 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%;

A 3ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando Procedente em Parte o presente Auto de Infração.

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 defensor 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 lhe 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 defendente 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 defendente 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 onerosas.

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 obrigatória 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.

Inconformada com a Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal, a recorrente interpôs Recurso Voluntário alegando as seguintes razões de defesa especificamente para as infrações 1, 3 e 4.

Apesar de trazer alegações defensivas para a infração 5, de logo, esclareço que a mesma foi considerada insubstancial pela decisão de piso.

Diz que pela análise da planilha anexa ao auto de infração, há equívoco no enquadramento de certas mercadorias. Várias mercadorias adquiridas para revenda, conforme revela a subplanilha

“planilha infração 01” da planilha de excel “Defesa Auto Cambuí 2329030003.19.7.xml”, foram caracterizados como material para uso e consumo do estabelecimento, quando efetivamente eram simples mercadorias destinadas à venda.

Sinaliza que a partir da planilha anexa pela impugnante, a maioria das ENTRADAS estão como CFOP de compras para revenda (CFOP 2102) e outras para o imobilizado (CFOP 2551).

Salienta restar evidente, pois o erro de interpretação fiscal, ao considerar referidas mercadorias com embalagens, cujo créditos seriam limitados por força dos art. 309 e 312 do RICMS.

Traz pronunciamentos dos tribunais administrativos de Minas Gerais e de Pernambuco quanto a matéria para corroborar com sua tese.

Afirma que o agente 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.

Em relação a infração nº 03 afirma que o aproveitamento de crédito dos itens lançados na referida infração está regulado pelo art. 312, §4º do RICMS-BA.

Diz que é permitido a utilização na fabricação ou produção mercadorias ou serviços cujas operações de saídas sejam tributadas, de forma que, caso as operações do contribuinte sejam tributadas e não tributadas o crédito deverá ser realizado de forma proporcional.

Traz decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Menciona que o auditor não demonstrou o critério utilizado para o levantamento do crédito do ICMS de tais itens, aplicando o percentual de 44% (quarenta e quatro por cento).

A partir do exame das planilhas referentes à esta infração salienta que a proporção de saídas não tributadas é de 23,34%, o que resulta conforme subplanilha “planilha infração 02” da planilha de excel anexa “Defesa Auto Cambuí 2329030003.19-7” no valor de R\$ 11.886,70 (onze mil, oitocentos e oitenta e seis reais e setenta centavos) e não o percentual aplicado pelo autuante.

A infração nº 04 o auditor reputa indevida a utilização do crédito de 2% referente ao adicional de alíquota destinados ao fundo estadual de erradicação de pobreza. Contesta afirmando que a Portaria da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia 133/2002 garante o aproveitamento do crédito dos dois pontos percentuais destinados ao Fundo de Pobreza destacados na nota fiscais de entrada.

Por último contesta as multas aplicadas. Invoca o art. 112 do CTN que se pauta na “presunção de inocência”.

Salienta que diante da mínima dúvida sobre as hipóteses já citadas, não se deve aplicar a sanção, ou seria recomendável a utilização da coerção mais branda possível.

Pede a nulidade da decisão por ter apresentado pedido de perícia fiscal com todos os requisitos previstos em lei. Entretanto, sem maior fundamentação o pedido foi indeferido.

Protesta, desde já, pela produção de prova pericial ou de diligência fiscal, nos moldes do que preconizam os artigos 123 e 145 do Decreto nº 7.629/1999, juntando, para tanto, os quesitos em anexo.

Requer seja realizado prova pericial, nos termos declinados na impugnação. Diz que a perícia será acompanhada pelo assistente técnico CARLOS AUGUSTO PEREIRA DE SOUZA, contabilista, inscrito no CPF sob o nº 927.084.205-34 e no CRC/BA sob o nº 22.146, com endereço profissional na Avenida Demétrio Couto Guerrieri, nº 317, Centro, Eunápolis (BA), CEP 45.820-095.

Protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito, em especial a pericial sobre a contabilidade da empresa.

Este é o relatório.

VOTO

O presente Recurso Voluntário, reitera as teses defensivas em relação às infrações 1, 3, 4 e 5, de um total de seis infrações imputadas a ora recorrente.

A recorrente, então, reconhece o cometimento das infrações 2 e 6, e contesta as quatro demais infrações.

Não obstante impugnar a infração 05, conforme já mencionado no Relatório, foi ela julgada insubsistente pela decisão de piso, não sendo sequer objeto de Recurso de Ofício.

Considerando que o descritivo das infrações na peça acusatória foi devidamente determinado e de fácil compreensão, considerando que a base de cálculo foi apurada e demonstrada pelo fiscal autuante, em atendimento aos procedimentos previstos em nosso Processo Administrativo Fiscal, e considerando ainda, que a recorrente exerceu com plenitude o exercício do direito de defesa e do contraditório, passo à análise de mérito do presente Auto de Infração.

Todas as três infrações aqui discutidas tratam da utilização indevida de crédito fiscal do ICMS. A infração 01 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento; A infração 03 trata do crédito indevido referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes, beneficiadas com a não incidência do imposto, enquanto a infração 04, trata da glosa do crédito referente à aquisição de mercadorias, com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

A recorrente diz, que pela análise da planilha anexa ao auto de infração, há equívoco no enquadramento de certas mercadorias, pois constam lançamentos de mercadorias adquiridas para revenda, sendo indevidamente consideradas como materiais de uso e consumo.

Se observados os itens lançados, temos: luvas descartáveis, colher descartável, papel manteiga, saco lixo e forma para bolo.

Assim, cabe definir o que determina o art. 309 do RICMS/12, a saber:

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;*
- b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização, produção rural, geração de energia elétrica e extração mineral ou fóssil;*

Se o material de embalagem adquirido for destinado no acondicionamento das mercadorias comercializadas o crédito do ICMS, é, de fato, constituído para fins de compensação como imposto devido quando de sua saída, conforme previsto na letra "a" do dispositivo acima transscrito. Contudo, caso as embalagens sejam para utilização no processo produtivo da recorrente, conforme bem salientado na Decisão Judicial trazida em sua peça de defesa, necessária, pois, a análise da atividade desenvolvida pela empresa adquirente das referidas embalagens.

Isto porque, a embalagem adquirida poderá ser classificada como insumo, constituindo crédito fiscal do estabelecimento, caso seja aplicada na fase de acondicionamento do processo produtivo, conforme determina a letra "b" do dispositivo mencionado.

Ocorre que, a recorrente desenvolve atividades comerciais, não sendo nenhuma de suas atividades equiparada a processo industrial.

Isto posto, não obstante o direito ao crédito sobre aquisição de embalagens consideradas como insumos, este direito é reservado às atividades industriais, não sendo esta a atividade da recorrente.

Assim, se observado os itens lançados (luvas descartáveis, colher descartável, papel manteiga, saco lixo e forma para bolo), e a atividade desenvolvida pela empresa (restaurante), é possível inferir que foram destinadas ao uso e consumo do estabelecimento.

Ademais, não obstante trazer alegações defensivas quanto ao direito do uso do crédito na aquisição dos itens lançados, alegando não serem considerados materiais de uso e consumo, não trouxe a recorrente outros elementos de prova.

Poderia, pois, provar que os itens, apesar de não serem classificados como insumos produção, são, de fato, itens que foram comercializados no estabelecimento.

Não há qualquer documento anexado aos autos que corroborem com suas afirmativas. Não há qualquer documento fiscal de saída que justifique a comercialização dos referidos itens. A mera classificação fiscal sob o CFOP 2102, apesar de ser um indício, não comprova a destinação efetiva das referidas operações fiscais da recorrente.

Ademais, pelos itens lançados, não cabe a alegação de que foram destinados ao ativo imobilizado.

Os itens, de fato, remetem para materiais de uso e consumo, se observada a atividade secundária (restaurante/lanchonete), da recorrente.

Procedente, portanto, a infração 01.

Em relação à infração nº 03, afirma a recorrente que o aproveitamento de crédito dos itens lançados na referida infração está regulado pelo art. 312, §4º do RICMS-BA, que assim dispõe:

“§ 4º Tendo o contribuinte empregado mercadorias ou serviços na comercialização, fabricação, produção, extração, geração ou prestação, conforme o caso, de mercadorias ou serviços cujas operações de saídas ou prestações sejam algumas tributadas e outras não tributadas ou isentas, o estorno do crédito será efetuado de forma proporcional, relativamente às mercadorias, materiais de embalagem, insumos ou serviços empregados nos produtos ou serviços não tributados.”

O autuante lançou mercadorias (embalagens), cujas saídas dos produtos subsequentes estão contemplados com isenção, glosando os seus respectivos créditos, registrados quando da sua aquisição. Para apurar a presente infração, o autuante aplicou percentual da proporcionalidade, encontrado quando do cotejo das operações tributadas, versus não tributadas da recorrente.

O fiscal autuante, em Informação Fiscal, assim se manifesta:

A fiscalização apurou e aplicou como devido o percentual de 43,10% 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.

Ressalte-se, que é 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.

Resta alertar, que toda a atividade da empresa é considerada comercial. Desse modo, depreende-se que nas operações de aquisição de embalagens, a recorrente não pode se valer da dispensa da aplicação do regime de substituição tributária. Assim, caberia à recorrente recolher o ICMS-ST proporcional às saídas submetidas à ST.

Entendo, portanto, correta a exclusão realizada pelo fiscal autuante, das operações submetidas à ST. Não obstante a exclusão realizada, evidente a necessária apuração da proporcionalidade entre as operações tributadas, em relação ao total das operações praticadas no período. Assim como,

também está evidente (à exceção, obviamente, das hipóteses de manutenção do crédito legalmente previstas), que o direito ao crédito fica condicionado à posterior saída tributada da mercadoria.

Assim, se as vendas tributadas representarem 43,10% das vendas totais, e considerando que o montante de operações tributadas foi extraído da própria DMA do contribuinte, entendo como correta a apuração realizada.

No tocante à infração nº 04, o auditor reputa indevida, a utilização do crédito de 2% referente ao adicional de alíquota destinados ao fundo estadual de erradicação de pobreza.

A recorrente, contudo, promove seu correlato inconformismo, afirmando que a Portaria da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia nº 133/2002, garante o aproveitamento do crédito dos dois pontos percentuais destinados ao Fundo de Pobreza, destacados na nota fiscais de entrada.

Declara, contudo, o fiscal autuante, que o adicional de pobreza não é um valor que pode ser creditado pela empresa adquirente. Salienta o autuante, que é um valor vinculado a um fundo específico, e que as regras estabelecidas na Portaria citada, exigem que seja realizado o estorno de débito na EFD.

Importante, pois, a análise da Portaria nº 133/2002, na oportunidade transcrita:

Art. 1º A Portaria nº 133, de 07 de fevereiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 1º O recolhimento do ICMS resultante da adição de dois pontos percentuais às alíquotas do ICMS, incidentes nas operações com os produtos especificados no art. 16-A da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP), deverá ser efetuado em separado, observado os seguintes procedimentos:

I - o ICMS mensal relativo às operações próprias do contribuinte será apurado normalmente, com a inclusão do adicional de dois pontos percentuais vinculado ao FECEP na alíquota incidente, conforme destacado nos documentos fiscais;

II - o valor destinado ao FECEP será apurado com a aplicação do percentual de 2% (dois por cento) sobre a soma das bases de cálculo das saídas dos produtos sujeitos ao adicional;

III - o valor apurado para o FECEP será escriturado na EFD da seguinte forma:

a) como “Estornos de Débitos”, lançado como parte do somatório de todos os Ajustes “Estornos de Débitos” no campo 09 (VL_ESTORNOS_DEB) no registro E110 e detalhado no registro E111, cujo campo 02 (COD_AJ_APUR) deve ser preenchido com o código “BA030012 - ESTORNO DE DÉBITO - Lançamento relativo ao FECEP - Fundo Estadual de Combate à Pobreza - art. 16-A da Lei nº 7.014/1996;

b) como débito especial, lançado como parte do somatório de todos os débitos especiais no campo 15 (DEB_ESP) no registro E110 e detalhado no registro E111, cujo campo 02 (COD_AJ_APUR) deve ser preenchido com o código “BA050005 - DÉBITO ESPECIAL - Lançamento relativo ao FECEP - Fundo Estadual de Combate à Pobreza - art. 16-A da Lei nº 7.014/1996.

c) o valor apurado a título de FECEP deve ser identificado no registro E116, sendo que o campo 02 (COD_OR) deste registro deve ser preenchido com o código “006 - ICMS resultante da alíquota adicional dos itens incluídos no FECEP;

IV - o valor apurado para o FECEP deverá ser recolhido em separado por meio de Documento de Arrecadação Estadual - DAE, emitido mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, com código de receita 2036.

Da leitura do regramento acima, resta evidente que o recolhimento do FECEP é apartado do recolhimento do ICMS normal, sendo certo, que a exigência do recolhimento do FECEP, tem como objeto minimizar o impacto das desigualdades sociais entre os estados brasileiros.

De fato, esse fundo tem como fonte de financiamento o ICMS, contudo, não pode a este tributo se assemelhar. O FECEP atinge os produtos e serviços supérfluos, não sendo, inclusive, exigido a repartição constitucional entre os municípios, como exigido com o ICMS.

Ratifico, pois, o posicionamento do fiscal autuante quanto à impossibilidade do crédito vinculado ao registro fiscal do percentual destinado ao fundo de pobreza.

Improcedente, portanto, as razões recursais.

Por último, não se conforma o recorrente com as multas contra si aplicadas. Invoca o art. 112 do CTN, que se pauta na “presunção de inocência”. Salienta que diante da mínima dúvida sobre as hipóteses já citadas, não se deve aplicar a sanção, ou seria recomendável a utilização da coerção mais branda possível.

Pede a nulidade da decisão, alegando ter apresentado pedido de perícia fiscal com todos os requisitos previstos em lei. Entretanto, sem maior fundamentação o pedido foi indeferido.

Saliento, que a decisão de piso se manifestou quanto ao pedido de perícia, conforme pode ser observado pelo trecho do voto abaixo transcreto:

“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.”

Isto posto, importante mencionar que o RPAF/99, no art. 147, inc. II, determina que os pedidos de perícia poderão ser indeferidos, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, o que é o caso dos autos. Ademais, as provas consideradas relevantes para o deslinde dos fatos e comprovação das alegações recursais, não foram trazidas aos autos.

Neste sentido, incabível a nulidade suscitada pela recorrente, em relação à falta de fundamentação para a negativa da realização de diligência fiscal pela Junta de Julgamento Fiscal.

Assim, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de nova diligência ou de perícia, pois os elementos existentes no processo, são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além da recorrente ter sido oportunizada a trazer novos elementos de prova, e ainda assim, nada produziu.

Invoca ainda a recorrente, a aplicação do art. 112 do CTN, pedindo a adoção de interpretação mais benigna da infração, em face da natureza e das circunstâncias materiais do fato. Ocorre que, se observada a imputação e os demonstrativos acostados ao PAF, é possível compreender que não há qualquer dúvida quanto à aplicação dos dispositivos infringidos, não sendo pertinente a alegação de subjetividade na aplicação da norma.

Quanto às multas aplicadas, foge da competência desse Colegiado, a apreciação de redução de multa por obrigação principal em conformidade com os artigos 158/159 do RPAF/99.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 232903.0003/19-7, lavrado contra **COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$42.735,65**, acrescido da multa de 60%, previstas nos incisos VII, “a”, II, alíneas “b” e “f”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS