

A. I. Nº - 232903.0009/20-9
AUTUADO - FROSSARD SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - CARLOS EDUARDO PAMPONET DANTAS
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09/08//2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0125-03/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. b) MERCADORIAS ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração 03. c) MERCADORIAS NÃO INGRESSADAS NO ESTABELECIMENTO. d) SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. e) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. f) FALTA DESTORNO. SAÍDAS COM NÃO INCIDÊNCIA. O Autuado não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infrações subsistentes. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não elidida. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração caracterizada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU CONSUMO. O sujeito passivo não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infrações subsistentes. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. O Autuado não logra êxito em elidir a autuação. Infração subsistente. Indeferido pedido de perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/2020, exige crédito tributário no valor de R\$ 143.140,67, 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 2018. Exigido o valor de R\$ 4.014,20, acrescido da multa de 60%. Demonstrativos às fls. 16 a 18 e CD à fl. 75v;

Infração 02 - 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 2018. Exigido o valor de R\$ 576,26, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 19 a 23 e CD à fl. 75v;

Infração 03 - 01.02.06. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses janeiro, fevereiro, abril, junho a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 4.791,87, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 24 a 26 e CD à fl. 75v;

Infração 04 - 01.02.10. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado no mês agosto de 2018. Exigido o valor de R\$ 1.909,10, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 27 e CD à fl. 75v;

Infração 05 - 01.02.25. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 22.434,25, acrescido de multa de 60%. Demonstrativo às fls. 28 a 42 e CD à fl. 75v;

Infração 06 - 01.02.40. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, nos meses janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 6.663,34, acrescido de multa de 60%. Demonstrativo às fls. 43 a 47 e CD à fl. 75v;

Infração 07 - 01.05.02. Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 8.410,25, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 48 a 53 e CD à fl. 75v;

Infração 08 - 03.02.02. Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 50.699,64, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 54 e 55 e CD à fl. 75v;

Infração 09 - 03.02.05. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 731,99, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 56 e 57 e CD à fl. 75v;

Infração 10 - 06.05.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a julho, setembro, novembro e dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 8.828,94. Demonstrativo às fls. 58 a 62 e CD à fl. 75v;

Infração 11 - 07.01.02. Recolhimento a menos de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a abril, julho, agosto, novembro e dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 13.896,60, acrescido de 60%. Demonstrativo às fls. 63 a 65 e CD à fl. 75v;

Infração 12 - 07.01.02. Recolhimento a menos de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro, fevereiro e setembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 3.508,32, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 66 a 68 e CD à fl. 75v;

Infração 13 - 07.15.01. Falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho e novembro de 2018. Exigido o montante de R\$ 16.674,91, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 69 e 70 e CD à fl. 75v;

O Autuado impugna o lançamento fls. 80 a 94. Observa a tempestividade da Impugnação e reproduz as irregularidades que lhe foram imputadas e apresenta suas razões de defesa para cada uma das infrações.

Infração 01 - Depois de destacar que o teor da acusação fiscal, observa que pela planilha anexada ao Auto de Infração, se percebe que houve equívoco no enquadramento de certas mercadorias. Várias mercadorias adquiridas para revenda, conforme revela a sub-planilha “planilha infração 01” da planilha de Excel “Defesa Auto FROSSARD.xml”, foram caracterizados como material para uso e consumo do estabelecimento, quando efetivamente eram simples mercadorias destinadas à venda.

Cita como exemplo, temos a primeira nota lançada na planilha que fundamenta a autuação. No dia 02/01/2018 tem-se Produtos com Código de Uso erroneamente - Material de Embalagem, conforme DANFE (41171110237164000352550010000281191112548701). Produto: 151254-151262-151270-151289.

Frisa que também estão arroladas no levantamento fiscal embalagens utilizadas para acondicionar produtos tributados, de confecção do próprio estabelecimento. Diz ser o caso da “Z Emb Forma Italiana Bolo Suíço 20x” lançada em 01/06/2018. Sustenta ser evidente, pois o erro de interpretação fiscal, ao considerar referidas mercadorias como embalagens, cujo créditos seriam limitados por força dos art. 309 e 312, do RICMS-BA/12.

Menciona que neste sentido já se pronunciaram os tribunais administrativos de Minas Gerais e de Pernambuco, reproduzindo ementas de julgados sobre esse tema.

Registra 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.

Observa que a partir da planilha que ora anexa, a maioria das entradas estão como CFOP de compras para revenda CFOP 2.102 e outras para o imobilizado - CFOP 2.551.

Desta forma, a interpretação equivocada adotada pelo Autuante, portanto, resultou na acusação fiscal 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.

Arremata assinalando haver que ser revisto o valor do lançamento referente à Infração 01 e revogação da multa aplicada.

Infração 02 - Afirma que as aquisições se referem basicamente a veículo novo (Nota Fiscal nº 263038 de 07/02/18, carroceria frigorífica - Nota Fiscal nº 1507 de 07/02/18, travas de *Paletts* e caixas plásticas para armazenamento de hortifrutigranjeiros - Nota Fiscal nº 2115 de 31/12/2018.

Observa que, não se tratando de bens destinados ao comércio, se trata de aquisições destinados ao uso do estabelecimento. Quanto ao automóvel e carroceria frigorífica, afirma que surpreende a desclassificação dos mesmos como itens destinados ao seu imobilizado.

Registra que os demais itens, entretanto, também não podem ser caracterizados como mercadoria, uma vez que são caixas utilizadas para acondicionar as mercadorias dentro do estabelecimento e não para transporte do mesmo, se caracterizam-se como Ativo Imobilizado, possuindo vida útil de 5 anos, conforme Anexo I, da Instrução Normativa 162/98 a NCM 3923.10.90, implica taxa anual de depreciação de 20%.

Arremata pugnando pela improcedência da autuação.

Infração 03 - Diz admitir parcialmente a autuação. Entretanto, não deverá subsistir o lançamento referente à mercadoria Ice Smirnoff Original 275ml, pois, se trata de Produto sujeito a substituição tributária - Bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%.

Pondera que, da mesma forma, é improcedente o lançamento referente à “Z Mat Mistura Bolo Brownie Petit Gateau” em 27/04/2018. Afirma que a Nota Fiscal nº 8540 foi cancelada {2918 0406 5758 2400 0176 5500 2000 0085 4011 1265 0965}.

Conclui asseverando que há que se reformar esse item da autuação no que tange a aplicação da multa de 60%, neste ponto a fim de lançar sob esta rubrica apenas o valor de R\$ 1.198,74.

Infração 04 – afirma admitir a procedência do lançamento.

Infração 05 - depois de reproduzir o teor do art. 309, do RICM-BA/12, afirma que respeitando a determinação legal e lastreado, ainda, no princípio da não cumulatividade do ICMS, lançou a

crédito do ICMS em sua apuração mercadorias que foram utilizadas para produção de mercadorias - CFOP 5.926, tributadas posteriormente.

Afirma ser o caso claro de itens como goiabada, material para brigadeiro, embalagens para rocambole, entre outras listadas na sub-planilha “Anexo V da planilha DEFESA AUTO FROSSARD.xml” arquivo que diz anexar.

Destaca que, apenas para ilustrar um excerto da planilha referente a janeiro de 2018, que colaciona à fls. 85 e 86.

Observa não ser possível reproduzir em texto o inteiro teor da planilha dada a riqueza de detalhes (mesma razão pela qual os autos de infração são acompanhados de planilhas que lhes servem de substrato), todavia, todos os itens estão devidamente justificados, comprovando a improcedência desta infração, descabendo, portanto, a infração e a multa aplicada de 60%.

Infração 06 - afirma admitir a procedência do lançamento.

Infração 07 – depois de reproduzir o teor do § 4º, do art. 312, do RICMS-BA/12, afirma ser permitido a utilização na fabricação ou produção mercadorias ou serviços cujas operações de saídas sejam tributáveis. Por outro lado, fica vedado o crédito na produção de mercadorias não tributáveis, de forma que, caso as operações do contribuinte sejam tributadas e não tributadas o crédito deverá ser realizado de forma proporcional.

Observa que o Autuante não demonstrou o critério utilizado para o levantamento do crédito do ICMS de tais itens.

Assevera que o exame das planilhas referentes à esta infração revelou que a proporção de saídas não tributadas é de 23,34%, o que resulta, conforme sub-planilha “Anexo VII” da planilha de Excel anexa “Defesa Auto FROSSARD.xml”, no valor de R\$ 1.886,70, que admite ser devido.

Infração 08 – informa que, sob este item foi lançado ICMS sobre diversas mercadorias indevidamente, conforme se verifica na sub-planilha “Anexo VIII” da planilha “DEFESA AUTO FROSSARD.xml”.

Inicialmente informa que os cupons fiscais, emitidos via ECF estavam “*regularmente escriturados*”.

Registra que, examinando a planilha anexa à infração, observa que diversos produtos aos quais teriam sido aplicados o valor zero sobre a base de cálculo são, na verdade, operações tributadas por substituição tributária.

Pondera que variados tipos de arroz foram objeto desta autuação. Revela que a Lei 7.014/96, em seu art. 16, inciso I, alínea “a”, não especifica qual tipo de arroz é vinculado à cesta básica, de forma que todos devem assim ser considerados.

Diz que também se aplica aos casos das mercadorias Ripinha De Frango Pif Paf 450g (NCM 750239 - item 11.35.0 do Anexo 1 da ST), Cereal Mat Kelloggs Corn Flakes 200g (NCM 175315 - item 11.8 do Anexo Único da ST), Spaghetti Massa Leve Fresca 500g (NCM 379786 - item 11.17.0 do Anexo Único da ST), por exemplo. Todas as mercadorias estão listadas na sub-planilha “Anexo VIII” da planilha de excel “DEFESA AUTO FROSSARD.xml”, que diz anexar a Impugnação.

Cita como precedente decisão do CONSEF, nos casos de mercadoria enquadradas no regime de substituição tributária, cuja operação fora tributada com erro na base de cálculo: *ACÓRDÃO C/JF Nº 0385-11/10*

Menciona outro item dos amendoins listados pelo Autuante em que considera os amendoins “sem pele com sal Kg, amendoim s/ pele s/ sal kg, amendoim torrado Juparanã 500g (...)”. O anexo de ST então vigente, previa, fl. 91.

Declara que os amendoins e castanhas tipo aperitivo (com ou sem sal ou açúcar - sim há quem prefira com sal ou com açúcar seu aperitivo) em embalagens de menos ou mais de 1kg, são da

substituição tributária. Afirma que não se faz diferenciação se são torrados ou não e essa inferência de que são destinados a ingredientes - ainda que assim possam ser utilizados.

Pugna pela reforma da Infração 08 no que tange a aplicação da multa de 60%, neste ponto a fim de lançar sob esta rubrica apenas valor R\$ 41.945,78.

Infração 09 - afirma admitir a procedência do lançamento.

Infração 10 - afirma admitir a procedência do lançamento.

Infração 11 - afirma admitir a procedência do lançamento.

Infração 12 – Observa que o Autuante deixou de considerar o pagamento feito relativo a algumas mercadorias relacionadas no Anexo XII, da planilha excel “DEFESA AUTO FROSSARD.xml”.

Por isso, afirma que se deve reformar a Infração 12 no que tange a aplicação da multa de 60%, neste ponto a fim de lançar sob esta rubrica apenas valor R\$ 3.015,08.

Infração 13 - Destaca que, assim como aconteceu com a infração anterior, o Autuante deixou de considerar o pagamento feito relativo a algumas mercadorias relacionadas no Anexo XIII, da planilha Excel “DEFESA AUTO FROSSARD.xml”.

Por fim, assevera haver que se reformar o Auto de Infração neste ponto, para que não se exija qualquer valor do contribuinte, dada a improcedência da autuação.

Registra que o Autuante aplicou a multa de 60% por conta do suposto equívoco.

Frisa que, caso fique comprovado que a base de cálculo eleita pelo Autuante é a correta, não há como se penalizar o contribuinte pela legislação mal formulada. Continua destacando que 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.

Observa que o art. 112, do Código Tributário Nacional - CTN preconiza a aplicação na seara do Direito Tributário de um preceito tipicamente penal (*in dubio pro reo*), que se pauta na “presunção de inocência”.

Lembra que o postulado ganha o nome de “retroatividade benigna ou benéfica”, referindo-se à “dúvida” – nunca “ignorância ou desconhecimento” - quanto à lei, ao fato, ou ao seu autor, cabendo, destarte, a interpretação mais favorável.

Pondera que, na eventualidade de os textos legais não serem claros e incontroversos sobre a interpretação da lei punitiva, o aplicador (fiscal ou juiz) deve preferir a posição mais favorável ao contribuinte àquela que lhe é mais gravosa. Diz ser o que define o art. 112, do CTN, cujo teor transcreve.

Revela que diante da mínima dúvida sobre as hipóteses citadas no artigo, não se deve aplicar a sanção, ou seria recomendável a utilização da coerção mais branda possível. Registra ainda que a interpretação mais favorável só deve ser aplicada quando se tratar de norma punitiva, devendo ser afastada quando se tratar de outros tipos de normas.

Aduz que, não há que se aplicar multa alguma ao contribuinte por supostamente deixar de recolher o tributo corretamente, uma vez que a interpretação do artigo que reduz a base de cálculo, como sustentado acima é, no mínimo, dúvida. Prossegue asseverando ainda haver que se aplicar o valor mínimo de 20% de multa por recolhimento em atraso, em razão do contexto apresentado. Não sendo certo que se deva aplicar o percentual de 60%, que se afigura deveras excessivo.

Afirma que no presente caso, evidente se faz que se realize perícia Fiscal diante dos elementos probantes inseridos nos autos para o evidente conhecimento dos verdadeiros fatos, e não apenas julgar sob a ótica dos fatos apurados pelo Autuante, pois, conforme planilha anexa, essa matéria está devidamente rebatida.

Revela que as perícias contábeis mostram-se prescindível, inútil, pois, se pretende demonstrar o desenvolvimento da relação conquanto a retransmissão dos livros fiscais, pois, se tem a prescindibilidade para esclarecer o fato de comprovar que não houve qualquer omissão por conta de o contribuinte ter suficientemente demonstrado, a circunstância de que fora autuado, considerando para tanto, prescindível exame pericial destinado a provar fato favorável ao contribuinte em razão de entender a autoridade julgadora pela existência de prova cabal, sendo que o indeferimento, é totalmente prejudicial ao contribuinte.

Afirma que a perícia fiscal não se destina a provar apenas os fatos alegados pelo contribuinte, mas sim comprovar as afirmações desses fatos.

Neste sentido, assevera ser imprescindível produção de prova pericial contábil a fim de comprovar, o ora alegado.

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

Conclui pugnando pela reforma da autuação para os valores indicados em cada item do Auto de Infração, em especial a reforma integral para zero das Infrações 02, 03 e 13 e reafirmando seu reconhecimento da procedência dos valores contidos nas infrações 04, 06, 09, 10, e 11.

O Autuante presta informação fiscal fls. 175 a 178. Diz que, tendo o Autuado apresentado suas razões de defesa, contesta as razões apresentadas conforme segue.

Inicialmente destaca que o contribuinte reconhece integralmente as Infrações 04, 06, 09, 10, 11, apresentando defesa parcial das demais infrações do referido Auto de Infração, com argumentos, tentando caracterizar como indevida a tributação imposta, alegando que houve equívoco no enquadramento de certas mercadorias/produtos, e que será justificado em cada item específico.

Infração 01 - Observa que a Defesa alega que vários produtos foram caracterizados como material para uso e consumo do estabelecimento, quando efetivamente eram simples mercadorias destinadas à venda.

Assinala que, da análise das observações contidas no Anexo I, apresentado pela Defesa, identificou que o contribuinte reconhece vários produtos que tiveram crédito indevido, dos meses de janeiro a outubro, sendo contestados os produtos de novembro e dezembro:

- Material de Uso e Consumo (diversos) - Meses de Novembro e dezembro, do levantamento fiscal, o contribuinte contesta esse lançamento, contudo, destaca que ele próprio foi quem descreveu o mesmo na EFD, não apresentado o produto específico, para que essa fiscalização pudesse reavaliar tal infração;
- “Z Emb Forma Italiana Bolo Suíço 20x” lançada em 01/06/2018, explica que essas embalagens são utilizadas em produtos da ST, portanto, não tendo tributação na sua saída, sendo assim sem direito a crédito;
- “Z Emb Forma Bolo Suíço 500g Kraft” e “Z Emb Forma Colomba Pascal 500g” - alega que essa Embalagem são para Acondicionamento de Mercadorias - e que os mesmos são para comercialização. Observa que essas embalagens são utilizadas em produtos da ST, portanto não tendo tributação na sua saída, sendo assim sem direito a crédito;
- “Z Emb Luva Vinil g Talge C/Pó” e “Z Emb Luva Vinil p Talge S/Pó” e demais produtos do mês de dezembro, apesar do CFOP indicar 2.102, os mesmos não tiveram vendas, portanto foi caracterizado como consumo. Como também a defesa não apresenta prova sobre sua afirmativa.

Infração 02 - Uso indevido do crédito fiscal de ICMS referente aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, lançados no Livro CIAP.

Esclarece que, como pode ser constatado no anexo da infração, foram devidamente justificados os itens do Livro CIAP, que foram considerados como uso e consumo, e que foi efetuada a glosa do crédito, por utilização indevidamente pelo contribuinte. Destaca que a legislação em vigor, só

dá direito a crédito na proporção de 1/48 dos bens destinados ao Ativo, entretanto diante da defesa apresentada, analisa cada item um a um:

- Informa que não houve supressão dos créditos referente ao item veículo - Nota Fiscal nº 263038 de 07/02/18, carroceria frigorífica - Nota Fiscal nº 1507 de 07/02/18;
- Quanto aos travas *Paletts*, trata-se de um produto para armazenar ou transportar produtos, não sendo produto preponderante para a comercialização, portanto item de consumo;
- Em relação a caixas plásticas para armazenamento de hortifrutigranjeiros - Nota fiscal nº 2115 de 31/12/2018 - afirma serem as mesmas embalagens destinadas a produtos isentos ou não tributados, além de ser caracterizado como itens de consumo.

Infração 03 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por Substituição Tributária. A defesa admite parcialmente a autuação e discorda quanto aos produtos:

- Ice Smirnoff Original 275ml. Observa que o contribuinte ratifica seu entendimento, produto da ST;
- A Defesa alega que o produto Mat Mistura Bolo Brownie Petit Gateau em 27/04/2018. Afirma que a Nota Fiscal nº 8540 foi cancelada, por ser produto da ST, utilizou o crédito na entrada. Apresenta seu entendimento de que se essa operação foi desfeita, através de devolução, deveria ser estornado o débito da saída.

Infração 05 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência.

Explica que todos os produtos objeto do levantamento fiscal da presente autuação, foram utilizados e destinados a padaria do supermercado. Registra que a Defesa alega que teria direito ao crédito, pois estes produtos foram utilizados para confecção de novos produtos e que as embalagens foram utilizadas para a comercialização dos mesmos. Afirma que, sem dúvida os ingredientes, que compõem um produto que na sua comercialização seja tributado, teria direito a tal crédito. Contudo, diante da complexidade que essa fiscalização teria, como também não fora apresentado na presente defesa pelo autuado, parâmetros para que pudessemos estabelecer, e proceder a uma base de proporcionalidade, quanto os produtos elencados, teriam sido consumidos ou utilizados na sua produção, em relação à composição para a confecção dos produtos tributados e dos produtos com fase de tributação encerrada. Salienta que a maioria dos produtos utilizados na padaria, tem a sua saída subsequente sem incidência do imposto.

Reafirma a impossibilidade de proceder a uma apropriação de crédito devido, pois haveria necessidade de se ter um percentual e/ou gramaturas dos ingredientes que cada um dos produtos utilizados para a sua fabricação (brigadeiro, rocambole, etc.). Além do que, teria de proceder a um levantamento das quantidades vendidas de cada um, para se chegar ao total de insumos consumidos e confrontar com as quantidades dos produtos adquiridos, para saber o quanto de crédito, a que o contribuinte teria direito.

Acrescenta que também teria que conhecer as quantidades de ingredientes, daqueles que também integram ou compõem outros produtos, que são isentos ou com face de tributação encerrada, a ex.: pães, biscoitos, bolos etc. Ademais, destaca que na defesa, o Autuado não apresenta cálculo algum para se apurar a tal crédito, ao qual teria direito em relação aos produtos tributados.

Portanto, registra que não foi desrespeitado a determinação legal e nem o princípio da não cumulatividade do ICMS.

Infração 07. Observa que o contribuinte reconhece parte da autuação, alegando que não foi dado o crédito proporcional. Diz que da análise do levantamento objeto da presente autuação, verifica-se que foi, sim, dada a proporcionalidade, que posteriormente à própria defesa esclarece. Frisa que o Autuado alega ainda que essa fiscalização não demonstrou o critério utilizado para o

levantamento do crédito do ICMS de tais itens. Assevera que essa afirmativa não condiz com a realidade, estando devidamente demonstrado os percentuais por mês em relação às operações tributadas e não tributadas, esse levantamento encontra-se devidamente demonstrado após o campo observação do levantamento - Anexo VII da infração.

Infração 08 - destaca que o Autuado reconhece quase na sua integralidade a presente infração, alegando em sua defesa que foi lançado ICMS sobre diversas mercadorias indevidamente, conforme anexo VIII, da planilha da defesa, as quais analisa:

- Quanto a vários tipos de arroz que foram objeto desta autuação, alega que, na legislação não caracteriza o que se trata de arroz comum, amparado pela isenção, contestando assim a sua tributação. Afirma que da análise do Convênio ICMS 224/17, que possibilita aos Estados concederem à isenção dos produtos para consumo popular (cesta básica), avaliando o referido convênio e na busca da justiça fiscal, formulou consulta a DITRI, para dirimir essa dúvida, e quais os tipos de arroz que estariam amparado pela isenção prevista no art. 265, inciso II, alínea “c”, do RICMS-BA/12, pois para essa fiscalização só seria isento o arroz branco (comum), e que só esse seria da cesta básica. Registra que a DITRI, com base nos pareceres em Anexos I e II, fls. xxx a xxx e das formulações feitas por essa fiscalização, descreve e aponta que os tipos de arroz objetos da presente infração, são tributados normalmente;
- Ripinha de Frango Pif Paf 450g - afirma não ter identificado esse produto no levantamento fiscal;
- Quanto ao Cereal Mat Kelloggs Corn Flakes 200g, demais Cereais Matinais e Granola - registra que tais produtos não estão elencados na ST, com base na orientação tributária GECOT/ DITRI, Anexo III, fl. xx a xx;

Destaca que tais produtos não são obtidos através de expansão - os “produtos sujeitos a ST” seriam apenas os salgados a base de cereais, os denominados “chips de milho ou outros cereais”. Informa que a partir de 01/02/2017 houve uma mudança na redação do Anexo 1, pelo Dec. nº 17.303, de 27/12/2016, DOE 28/12/2016, efeitos a partir de 01/02/2017 com a adoção da expressão “produtos” ao invés da expressão “salgadinhos”, mesma descrição do código CEST. Com base no parecer da DITRI, não houve ampliação da ST para produtos como granola, cereais flakes, nesfit frutas, sucrilhos (diversas espécies), cereais matinais, nescau cereais, barra de cereais etc., portanto sua tributação é normal.

- Spaghetti Massa Leve Fresca 500g e Massa de pastel - Observa que essas massas, conforme pode ser observado na sua embalagem, se trata de um produto denominado massa fresca, passando assim por um processo de pasteurização, ou seja, uma pré-cozida, portanto, fora da incidência da ST, que exclui as massas cozidas, conforme descrito no Anexo 1, do RICMS-BA/12, e com base no parecer que anexa Anexo IV, e das características em relação ao processo de fabricação de massa fresca VI, VII pag. 10 e VIII.
- Os amendoins listados, não é um petisco, denominado de salgadinho ou aperitivo. Portanto, fora da ST.
- Informa que os demais produtos estão devidamente justificados na coluna “observação” do levantamento objeto da infração, conforme anexo VIII da infração.

Infração 12 - Diz que o Impugnante reconhece parte da infração, contudo alega que a fiscalização deixou de considerar o pagamento feito relativo a algumas mercadorias relacionadas no anexo XII da infração. Observa que essa infração foi motivada pelo recolhimento a menos do imposto devido por Antecipação/Substituição Tributária, estando devidamente demonstrado o valor apurado por essa fiscalização e o recolhido efetivo feito pelo contribuinte, conforme pode ser constatado no levantamento objeto da infração, sendo apropriado todos os pagamentos, com base no sistema de Arrecadação da SEFAZ.

Infração 13 - Frisa que a Defesa alega que todos os valores estão devidamente recolhidos. Informa que, conforme pode ser constatado nos demonstrativos da presente Infração, com suas

devidas observações, foram confrontados os valores apurados pelo Autuado - Anexo V (em Excel) que anexa à informação fiscal, adicionados aos valores apurados no demonstrativo III, por essa fiscalização, e que não foram apuradas pelo Defendente. Totalizando assim o valor devido da Antecipação Parcial. Destaca que o levantamento Anexo XIII, da infração demonstra esses dois valores, sendo abatidos os valores devidamente recolhidos pelo contribuinte, conforme demonstrado no Anexo II, da infração, obtidos no sistema de arrecadação da SEFAZ.

Registra que, inclusive, pode ser verificado no demonstrativo I, da infração, que em determinado mês houve recolhimento a mais do que o apurado pelo contribuinte, que caso não houvesse a identificação do valor apurado na fiscalização, teria o contribuinte recolhido a mais, não sendo o caso, pois foi apropriado o valor integral recolhido.

Assevera que todos os valores recolhidos pelo contribuinte foram apropriados, restando devido o valor apurado nessa infração por essa fiscalização.

Quanto ao percentual de multa, que foram todas devidamente tipificadas, não cabendo a essa fiscalização qualquer manifestação das alegações apresentadas pela Defesa.

Afirma não se fazer necessária a realização de perícia contábil, vez que todos os elementos e os valores apurados nas infrações estão devidamente demonstrados e esclarecidos nessa informação fiscal

Conclui pugnando pela manutenção na integralidade dos valores apurados em todas as infrações.

Consta à fl. 203, intimação ao Impugnante para se manifestar acerca do teor da informação fiscal prestada e seus anexos acerca dos Pareceres da DITRI-SEFAZ, entretanto, não se manifestou nos autos no prazo regulamentar.

VOTO

De início, embora não tenham sido suscitados vícios quanto aos aspectos formais do lançamento de ofício, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a Lei nº 7014/96 e o RICMS-BA/12. 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 exigido.

Por isso, consigno que o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses preconizadas pela legislação de regência, precipuamente as estatuídas no art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade a autuação.

O Impugnante solicitou a realização de perícia fiscal em sua contabilidade com a finalidade de comprovar suas alegações. Indefiro o pedido com fundamento na alínea “a”, do inciso II, do art. 147, do RPAF-BA/99, tendo em vista que, além de o entendimento prescindir de conhecimentos técnicos e os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada perícia, em vista das provas já produzidas nos autos.

No mérito, o Auto de Infração em epígrafe é composto por treze infrações arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

Em sua Impugnação o Autuado reconheceu o cometimento das Infrações 04, 06, 09, 10 e 11. Ante a inexistência de lide em relação a esses itens da autuação, ficam mantidas as aludidas infrações.

A Infração 01 cuida da utilização indevida de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme Demonstrativos às 16 a 18 e CD à fl. 75v;

Em sede de Defesa, o Impugnante alegou que constatou no levantamento fiscal que, por interpretação equivocada, ocorrera erro no enquadramento de algumas mercadorias, uma vez que foram adquiridas para revenda, conforme revela a sub-planilha “planilha infração 01” da planilha de Excel de sua Defesa “Defesa Auto FROSSARD.xml”, fls. 101 e 101v. as quais foram

caracterizados como material para uso e consumo. Apontou também que foram arroladas embalagens utilizadas para acondicionar produtos tributados de confecção do próprio estabelecimento, citando como exemplo, “Z Emb Forma Italiana Bolo Suíço 20x” lançada em 01/06/2018.

O Autuante informou que, com relação alegações constantes nos meses de janeiro a outubro do período fiscalizado o próprio Impugnante reconhece em seu Anexo I, vários produtos que tiveram crédito indevido.

Quanto ao material de uso e consumo arrolado nos meses de novembro e dezembro, destaca que a descrição da finalidade consta descrita na EFD e nem identificou devidamente o produto para que se pudesse reavaliar. Explicou que: *i*) - “Z Emb Forma Italiana Bolo Suíço 20x”, essas embalagens são utilizadas em produtos da ST, portanto não tendo tributação na sua saída, sendo assim sem direito a crédito; *ii*) - “Z Emb Forma Bolo Suíço 500g Kraft” e “Z Emb Forma Colomba Pascal 500g” - alegada como destinada para Acondicionamento de Mercadorias a serem comercializadas, observou que essas embalagens são utilizadas em produtos da ST, portanto não tendo tributação na sua saída, sendo assim sem direito a crédito e; *iii*) - “Z Emb Luva Vinil g Talge C/Pó” e “Z Emb Luva Vinil p Talge S/Pó” e demais produtos do mês de dezembro, apesar do CFOP indicar 2.102, os mesmos não tiveram vendas, portanto, resta caracterizado como consumo e o Autuado não comprovou a sua alegação.

Ao examinar os elementos que compõem esse item da autuação, precipuamente o Anexo I, fls. 101 e 101v, carreado aos autos pelo Defendente, constato que o Autuado contestou a glosa do crédito fiscal relativo às Notas Fiscais de nºs 28119, 17865, 79125, 82577, 85634, 24195, 24185 e 27872.

Analisando as alegações apresentadas pela Defesa verifico que se constituem de meras indicações desprovidas de qualquer suporte fático, uma vez que, mesmo escriturando em sua EFD a destinação para uso e consumo e dispondo de suporte para demonstrar e consubstanciar a efetiva utilização das mercadorias em questão, apenas indicou se tratar de “Embalagem para Acondicionamento de Mercadorias Clientes - Tipo do item está para Comercialização” de forma lacônica, sem qualquer comprovação documental de sua alegação. Também não trouxe aos autos, nem sequer, por amostragem a comprovação de uma efetiva operação de saída dos itens alegados.

Logo, entendo como correta apuração realizada pela fiscalização, haja vista que o Impugnante não carrou aos autos elemento algum capaz de elidir a acusação fiscal.

Concluo pela subsistência da Infração 01.

Infração 02 - imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento - conforme demonstrativo às fls. 19 a 23 e CD à fl. 75v. Consta em complemento que se refere ao Livro CIAP;

Em suas razões de Defesa, o Autuado afirmou que as aquisições se referem basicamente a veículo novo - Nota Fiscal nº 263038 de 07/02/18, carroceria frigorífica - Nota Fiscal nº 1507 de 07/02/18, travas de *Paletts* e caixas plásticas para armazenamento de hortifrutigranjeiros - Nota Fiscal nº 2115, de 31/12/2018. Discordou da desclassificação como ativo imobilizado, quanto ao automóvel e carroceria frigorífica. Sustentou que os demais itens, entretanto, também não podem ser caracterizados como mercadoria, uma vez que são travas de *pallets* e caixas utilizadas para acondicionar as mercadorias dentro do estabelecimento e não para transporte do mesmo, se caracterizam como Ativo Imobilizado, possuindo vida útil de 5 anos, conforme Anexo I, da Instrução Normativa 162/98 a NCM 3923.10.90, implica taxa anual de depreciação de 20%.

O Autuante em sua informação asseverou que não houve supressão dos créditos referente ao item veículo - Nota Fiscal nº 263038 de 07/02/18, carroceria frigorífica - Nota Fiscal nº 1507. Em relação às travas de *Paletts*, explicou se tratar de um produto para armazenar ou transportar produtos, não sendo produto preponderante para a comercialização, portanto item de consumo. Quanto às caixas plásticas para armazenamento de hortifrutigranjeiros - Nota fiscal nº 2115 de 31/12/2018 -

são embalagens destinadas a produtos isentos ou não tributados, além de ser caracterizado como itens de consumo.

Ao compulsar as peças que integram e compõem esse item da autuação constato que, de fato, assiste razão ao Autuante, quanto a assertiva de que não ocorrera supressão do crédito relativo às aquisições do veículo - Nota Fiscal nº 263038 e da carroceria frigorífica Nota Fiscal nº 1507.

No que concerne ao item trava de Pallets, dispositivo cuja função é intertravar os Pallets para estabilizá-los no transporte se constituem, nitidamente, de material de uso e consumo.

Quanto ao item caixas plásticas para acondicionamento de hortifrutigranjeiros - NCM 39.23.10.90,

39.23	Artigos de transporte ou de embalagem, de plásticos; rolhas, tampas, cápsulas e outros dispositivos para fechar recipientes, de plásticos.	
3923.10.90	Outros	15

pela natureza da utilização, fragilidade e constante reposição desses itens nas atividades mercadistas, fica patente a sua característica de material de uso e consumo.

Pelo exposto, concluo pela subsistência da Infração 02.

Infração 03 - trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme demonstrativo às fls. 24 a 26 e CD à fl. 75v;

Em sua Impugnação o Autuado acata parcialmente a autuação contestando em relação à mercadoria "Ice Smirnoff Original" por se tratar de produto sujeito a substituição tributária - Bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%. Considerando que essa mercadoria se encontra elencada no Item 3.17 do Anexo 1, vigente no exercício de 2018, do RICMS-BA/12, não assiste razão ao Impugnante, eis que, de fato, utilizou crédito fiscal na aquisição de mercadoria com pagamento do imposto por substituição.

Contestou também o Autuado o lançamento referente à Nota Fiscal nº 8540, por ter a mesma sido cancelada.

O Autuante manteve a autuação em relação a essa nota fiscal que foi objeto de devolução, explicando que, sendo a operação desfeita deveria o Impugnante proceder ao estorno do débito da saída.

Comungo com o entendimento do Autuante que a utilização originariamente do crédito fiscal indevida, não pode ser corrigida pelo fato da operação superveniente de devolução, para a qual o correto procedimento seria o correspondente estorno do débito, como preconiza a legislação de regência.

Nos termos expendidos, concluo pela manutenção da autuação.

Infração 05 - apura a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto, conforme demonstrativo às fls. 28 a 42 e CD à fl. 75v;

Em sede Defesa, o Impugnante refutou a acusação fiscal com lastro no na alínea "a", do inciso I, do art. 309, do RICMS-BA/12, aduzindo que, com lastro nesse dispositivo regulamentar e no princípio da não cumulatividade se creditou do ICMS em sua apuração das mercadorias que foram adquiridas e utilizadas para produção de mercadorias CFOP 5.926, tributadas posteriormente. Afirmou ser claro o caso de itens como goiabada, material para brigadeiro, embalagens para rocambole, entre outras listadas na planilha acostada aos autos, às fls. 106 a 109. Sustentou que todos os itens estão devidamente justificados comprovando a improcedência da autuação.

O Autuante manteve a autuação informando que, sem dúvida os ingredientes, que compõem um produto que na sua comercialização seja tributado, teria direito a tal crédito. Asseverou que o Autuado não apresentou em sua defesa qualquer parâmetros para que se pudesse estabelecer, e proceder a uma base de proporcionalidade, quanto aos produtos elencados, teriam sido consumidos ou utilizados na sua produção, em relação à composição para a confecção dos produtos tributados e dos produtos com fase de tributação encerrada. Salienta que a maioria dos produtos utilizados na padaria, tem a sua saída subsequente sem incidência do imposto. Explicou a necessidade de se proceder a um levantamento das quantidades vendidas de cada um, para se chegar ao total de insumos consumidos e confrontar com as quantidades dos produtos adquiridos, para saber o quanto de crédito, o contribuinte teria direito. Ressaltou ainda que o Autuado não apresenta cálculo algum para se apurar tal crédito, ao qual teria direito em relação aos produtos tributados.

Depois de examinar todos os elementos que compõem esse item da autuação, constato que assiste razão ao Autuante em seus argumentos para a manutenção da autuação. Eis que, a utilização indistinta de todos os créditos fiscais oriundos das aquisições de insumos e embalagens na confecção dos produtos da padaria, cujas saídas possuem tratamento tributários distintos, somente é possível quando estabelecimento procede à escrituração do livro de Controle da Produção registrando as quantidades de todas as entradas de insumos e embalagens e especificando a gramatura e a proporção consumida no preparo de cada um dos itens produzidos, ou apresente de forma documental a discriminação de toda essa movimentação [quantidade de entrada de insumos e de embalagens e as correspondentes aplicação por item produzido] para que se pudesse aquilatar a sua fidedignidade.

O que não ocorrera no presente caso. O Impugnante apresenta uma mera indicação de que a aquisição se destina a produção da padaria.

Entendo restar patente nos autos que, mesmo dispondo de meios, o Autuado não carregou aos autos elemento algum com o condão de, efetivamente, elidir a acusação fiscal.

Ante a falta de apresentação de qualquer comprovação da discriminação da destinação das mercadorias arroladas no levantamento fiscal também não vislumbro qualquer ofensa ao princípio da não cumulatividade, como quer fazer crer o Autuado.

Nos termos expendidos, concluo pela subsistência da Infração 05.

Infração 07 - trata da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto, conforme demonstrativo às fls. 48 a 53 e CD à fl. 75v;

Em suas razões de Defesa o Impugnante asseverou, depois de reproduzir o § 4º, do art. 312, do RICMS-BA/12, que no caso de as operações do contribuinte serem tributadas e não tributadas o crédito deverá ser realizado de forma proporcional. Observou ainda que o Autuante não demonstrou o critério utilizado para o levantamento do crédito do ICMS de tais itens.

Revelou também o Autuado que de acordo com a planilha que elaborou, acostada às fls. 112 e 113, revelou que a proporção de saídas não tributadas é de 23,34%.

O Autuante manteve a autuação, asseverando que essa afirmativa não condiz com a realidade, estando devidamente demonstrado os percentuais por mês em relação às operações tributadas e não tributadas, esse levantamento encontra-se devidamente demonstrado após o campo observação do levantamento - Anexo VII, da infração, às fls. 112 e 113.

Constato, depois de verificar à fl. 53, o demonstrativo do crédito proporcional de embalagem, elaborado pelo Autuante, cujos índices de proporcionalidade foram, de fato, aplicados no demonstrativo “Estorno de Crédito - Infração 07, Anexo VII, fls. 48 a 52.

Ao compulsar a planilha do Anexo VII, acostada às fls. 112 e 113, pelo Autuado, constato que inexistem qualquer dado ou elemento que confirme sua alegação de que a proporção de saídas tributadas seja de 23,34%.

Portanto, fica patente, que não procede a alegação defensiva, uma vez que foi aplicado na apuração da exação a proporcionalidade, devidamente explicitada pelo Autuante, entre as operações tributadas e não tributadas.

Logo, resta caracterizada a autuação.

Mantenho a Infração 07.

Infração 08 - imputa o recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativo às fls. 54 e 55 e CD à fl. 75v;

Em suas razões de Defesa, o Impugnante explicou que diversos produtos aos quais teriam sido aplicados o valor zero sobre a base de cálculo, são na verdade operações por substituição tributária.

Citou que vários tipos de arroz foram objeto da autuação contrariando o inciso I, do art. 16, da lei 7.014/96 que, por não especificar qual tipo de arroz é vinculado à cesta básica, todos devem assim serem considerados.

Afirmou que também se aplica aos casos:

Ripinha De Frango Pif Paf 450g - NCM 750239 - item 11.35.0 do Anexo 1 da ST;

Cereal Mat Kelloggs Corn Flakes 200g - NCM 175315 - item 11.8 do Anexo Único da ST;

Spaghetti Massa Leve Fresca 500g (NCM 379786 - item 11.17.0 do Anexo Único da ST;

Amendoins “sem pele com sal kg, amendoim s/ pele s/ sal kg, amendoim torrado Juparanã 500g – itens 11.11.0 e 11.11.1.

O Autuante ao proceder à informação fiscal manteve a autuação esclarecendo que:

Quanto a vários tipos de arroz que foram objeto desta autuação, informou que o Convênio ICMS 224/17, que possibilita que os Estados poderão proceder à isenção dos produtos para consumo popular (cesta básica), avaliando o referido convênio e na busca da justiça fiscal, formulou consulta a DITRI, para dirimir essa dúvida, e quais os tipos de arroz que estariam amparado pela isenção prevista no art. 265, inciso II, alínea “c”, do RICMS-BA/12, pois para essa fiscalização só seria isento o arroz branco (comum), e que só esse seria da cesta básica. Registrou que a DITRI, com base nos pareceres em Anexos I e II, fls. 179 a 186, e das formulações feitas por essa fiscalização, descreve e aponta que os tipos de arroz objetos da presente infração, são tributados normalmente;

Ripinha de Frango Pif Paf 450g - afirmou não ter identificado esse produto no levantamento fiscal;

Cereal Mat Kelloggs Corn Flakes 200g, e demais Cereais Matinais e Granola - registrou que tais produtos não estão elencados na ST, com base na orientação tributária GECOT/ DITRI, Anexo III, fls. 187 a 190;

Spaghetti Massa Leve Fresca 500g e Massa de pastel - Observa que essas massas, conforme pode ser observado na sua embalagem, se trata de um produto denominado massa fresca, passando assim por um processo de pasteurização, ou seja, uma pré-cozida, portanto, fora da incidência da ST, que exclui as massas cozidas, conforme descrito no Anexo 1, do RICMS-BA/12, e com base no parecer que anexa Anexo IV, e das características em relação ao processo de fabricação de massa fresca VI, VII pag. 10 e VIII.

Esclareceu que os amendoins arrolados no levantamento fiscal não é um petisco, denominado de salgadinho ou aperitivo. Portanto, se encontra fora da ST.

Informou que os demais produtos estão devidamente justificados na coluna “observação” do levantamento objeto da infração, conforme anexo VIII, da infração.

Depois de examinar os questionamentos da Defesa e confrontar com os esclarecimentos prestados pelo Autuante, constato que não devem prosperar as alegações defensivas atinentes aos itens questionados, tendo em vista que os esclarecimentos prestados na informação se afiguram respaldado na legislação de regência, precipuamente, no Anexo 1, vigente no exercício de 2018 do RICMS-BA/12.

Concluo pela subsistência da Infração 08.

Infração 12 - apura a recolhimento a menos de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, conforme demonstrativo às fls. 66 a 68 e CD à fl. 75v;

Em sua Impugnação, o Defendente alegou que o Autuante deixou de considerar o pagamento feito relativo a algumas mercadorias relacionadas no Anexo XII, da planilha excel “DEFESA AUTO FROSSARD.xml”, fls. 153 e 154.

O Autuante em sua informação esclareceu que essa infração foi motivada pelo recolhimento a menos do imposto devido por Antecipação/Substituição Tributária, estando devidamente demonstrado o valor apurado por essa fiscalização e o recolhido efetivo feito pelo contribuinte, conforme pode ser constatado no levantamento objeto da infração, sendo apropriado todos os pagamentos, com base no sistema de Arrecadação da SEFAZ.

Ao examinar as peças que compõem esse item da autuação, precipuamente o Anexo XII, da planilha Excel “DEFESA AUTO FROSSARD.xml”, fls. 153 e 154, apresentado pelo Autuado, constato que não lhe assiste razão, haja vista que o levantamento fiscal elaborado pelo Autuante e acostado às fls. 66 a 68 e CD à fl. 75v, discrimina de forma clara o valor apurado e o efetivo recolhimento realizado pelo Defendente no período fiscalizado, com a apropriação de todos os pagamentos constantes na base do sistema de arrecadação da SEFAZ.

Assim, não tendo o Impugnante carreado aos autos elemento algum capaz de elidir a acusação fiscal, mantenho a Infração 12.

Infração 13 - cuida da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, conforme demonstrativo às fls. 69 e 70 e CD à fl. 75v.

Em sede Defesa o Autuado afirma que, assim como aconteceu com a infração anterior, sustentou que o Autuante deixou de considerar o pagamento feito relativo a algumas mercadorias relacionadas no Anexo XIII, da planilha Excel “DEFESA AUTO FROSSARD.xml”, fls. 155 a 168.

O Autuante manteve a autuação informando que, conforme pode ser constatado nos demonstrativos da presente Infração, com suas devidas observações, foram confrontados os valores apurados pelo Autuado - Anexo V (em Excel) que anexa à informação fiscal, adicionados aos valores apurados no demonstrativo III, por essa fiscalização, e que não foram apuradas pelo Defendente. Explicou que o levantamento Anexo XIII, fls. 69 e 70, demonstra esses dois valores, sendo abatidos os valores devidamente recolhidos pelo contribuinte, conforme demonstrado no Anexo II, da infração, obtidos no sistema de arrecadação da SEFAZ.

Assevera que todos os valores recolhidos pelo contribuinte foram apropriados, restando devido o valor apurado nessa infração por essa fiscalização.

Ao compulsar os elementos que emergiram do contraditório em relação a esse item da autuação, verifico que o Autuado em sua planilha denominada Anexo XIII, acostada às fls. 155 a 168, não consegue identificar quais pagamentos foram por ele realizados e que não foram considerados no levantamento fiscal, ao passo que se constata claramente no demonstrativo de apuração

elaborado pelo Autuante, cuja cópia lhe fora entregue, constam discriminados todos os pagamentos realizados obtidos no sistema de arrecadação da SEFAZ.

Logo, não carreando aos autos qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal, a Infração 13 resta caracterizada.

Consigno que o Impugnante foi intimado a tomar ciência do teor da informação fiscal e seus anexos acerca dos Pareceres da DITRI-SEFAZ, fl. 203, e não se manifestou nos autos

O Defendente solicitou a redução da multa aplicada para o percentual de 20%, por entender que o percentual de 60% é muito excessivo. Entendo que não pode ser atendida sua pretensão, haja vista que a multa sugerida na autuação se afigura expressamente preconizada no art. 42, da Lei 7.014/96, para cada uma das irregularidades cometida pelo Autuado. Ademais, falece a essa Junta de Julgamento Fiscal competência para aplicar redução de multa.

No que concerne ao pleito do Autuado para que seja aplicado o benefício da dúvida pugnado com fundamento no art. 112, do CTN, consigno a impossibilidade de atendimento, uma vez que no presente caso inexistente qualquer dúvida a ser dirimida em relação a acusação fiscal, objeto da autuação.

Nos termos, supra expendidos, concluo pela subsistência da Autuação.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232903.0009/20-9**, lavrado contra **FROSSARD SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 143.140,67**, acrescido das multas de 60%, previstas nas alíneas “a” e “b”, do inciso VII, na alínea “b”, do inciso V, e nas alínea “a”, “f” e “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA