

A. I. N° - 088568.0107/21-5
AUTUADO - COMÉRCIO E MERCADO FERNANDES EIRELI
AUTUANTE - ANTÔNIO CÉSAR COSTA SOUZA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10/02/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0010-03/23 VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Infração reconhecida; b) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração parcialmente subsistente; c) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração parcialmente caracterizada; d) DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS. Infração parcialmente subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. DO IMPOSTO. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infrações 05, 06 e 07 parcialmente subsistentes. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. a) APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Infração parcialmente insubsistente. b) ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. c) ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE CÁLCULO. Infrações parcialmente subsistentes. 4. MULTA POR DESCUMPRIMENTO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO FISCAL. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Infração subsistente. Não acatada preliminar de Nulidade. Não atendido pedido de cancelamento da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/12/2021, para exigir o crédito tributário no valor de R\$ 281.846,21, através das seguintes infrações:

Infração 01 - 001.002.003. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com Isenção do imposto, nos meses de janeiro, julho e setembro de 2018 e dezembro de 2019. Exigido o valor de R\$ 421,73, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 001.002.006. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2017 a dezembro de 2019. Exigido o valor de R\$ 4.080,52, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 001.002.040. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2019. Exigido o valor de R\$ 25.570,79, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 001.002.041. - Utilizou indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de janeiro de 2017 a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 2.489,72, acrescido da multa de 60%;

Infração 05 - 002.001.003. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. (Vendas através de NF-es, nos meses

de janeiro de 2018 a dezembro de 2019. Exigido o valor de R\$ 112.944,11, acrescido da multa de 60%;

Infração 06 - 002.001.003. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. (Vendas através de ECF), nos meses de janeiro a dezembro de 2017. Exigido o valor de R\$ 69.846,43, acrescido da multa de 60%;

Infração 07 - 002.001.003. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. (Vendas através de NF-es), nos meses de janeiro de 2017 a novembro de 2019. Exigido o valor de R\$ 48.618,71, acrescido da multa de 60%;

Infração 08 - 003.002.002. 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 2019. Exigido o valor de R\$ 1.202,22, acrescido da multa de 60%;

Infração 09 - 003.002.004. Recolhimento a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. (Vendas através de ECF), nos meses de janeiro a dezembro de 2017. Exigido o valor de R\$ 1.687,53, acrescido da multa de 60%;

Infração 10 - 003.002.005. Recolhimento a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2018 a dezembro de 2019. Exigido o valor de R\$ 14.439,84, acrescido da multa de 60%;

Infração 11 - 016.001.001. Entrada no estabelecimento de mercadoria, bem ou serviço sujeito a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a novembro de 2017. Exigido o valor de R\$ 544,61, em decorrência da aplicação da multa de 1% sobre o valor da mercadoria.

O Autuado apresenta peça defensiva, fls. 309 a 339, inicialmente, observa a tempestividade da Impugnação e aduz os argumentos que se seguem.

Preliminarmente, requer que todas as publicações, intimações e notificações sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado Gleidson Rodrigo Da Rocha Charão inscrito na OAB/BA 27.072, sob pena de nulidade, com endereço profissional na Rua Arthur de Azevedo Machado, 1459 - ITC (Internacional Trade Center), Sala 2307 - Salvador/BA, endereços eletrônicos: contato@charaoleal.adv.br, nos termos do art. 272, § 2º, do CPC (Lei nº 13.105/2015).

Em relação à Infração 04, informa o Autuante não apresentou os demonstrativos do período de 2018, desrespeitando, desta forma, a previsão constante no inciso II, do § 4º, do art. 28, c/c art. 46 do RPAF-BA/99, dada a obrigatoriedade de fornecer os demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Diz que neste particular, há de se pontuar que a não apresentação do demonstrativo do período de 2018 em relação à Infração 04 tem por efeito impossibilitar o pleno exercício do seu direito ao contraditório e ampla defesa, devidamente previsto no inciso LV, do art. 5º, da CF/88, bem como no art. 2º, do RPAF-BA/99.

Assim, afirma restar demonstrada a nulidade da presente autuação, nos termos da alínea “a”, do inciso V, do art. 18, do RPAF-BA/99, cujo teor reproduz.

Frisa que corroborando o presente posicionamento, segue o entendimento deste CONSEF sobre a matéria: Acórdãos CJF de N°s 0270-11/05 e 0448-13/13.

Nestes termos, requer que seja reconhecida a nulidade da presente autuação, nos termos do art. 18, V, “a” do RPAF-BA/99, em face do cerceamento do direito ao contraditório e ampla defesa da Impugnante (inciso LV, do art. 5º, da CF/88 e art. 2º, do RPAF-BA/99).

Na remota hipótese de improcedência do pedido acima formulado, requer que haja a apresentação do demonstrativo relativo ao período de 2018 em relação à Infração 04, com reabertura do prazo de 60 dias para apresentação da impugnação, nos termos do art. 51, IV c/c art. 24, ambos do RPAF-

BA/99), oportunidade na qual será garantido ao impugnante exercer o seu direito ao contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88 e art. 2º do RPAF-BA/99).

Afirma que reconhece como devidas as Infrações 01 e 11, sendo que em relação às mencionadas infrações a discussão consistirá apenas sobre o percentual da multa aplicada de 60% em relação à Infração 01, dado o seu nítido caráter confiscatório.

Assinala que a discussão sobre o percentual da multa aplicada se replica para as Infrações 02 a 10, objeto da presente autuação.

Em relação às Infrações 02 a 10, afirma reconhecer a parcial da procedência da autuação, nos termos da planilha que anexa à fl. 314, totalizando o montante de R\$ 201.395,95.

Observa que o valor acima mencionado será devidamente parcelado, nos termos do inciso VI, do art. 151, do CTN.

Observa que a Infração 02 tem por objeto a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor total de R\$ 4.080,52.

Contudo, a referida infração é parcialmente improcedente, devendo ser retirada do compute do valor total da infração os valores relativos aos seguintes produtos dos períodos de 01/2019 a 12/2019, por se encontrarem previstos no Anexo I, do RICMS-BA/12 (redação vigente no ano 2019), conforme planilha em anexo (Doc. 06):

(I) APONTADOR UND; (II) BISCOPAO GALAO MIX BAHIA; (III) COLA ESCOLAR NEW MAGIC 90GR; (IV) BOB PICOTADA 25X35; (V) COLA ESCOLAR BCA APLICOLA 40GR; (VI) COLA ESCOLAR BCA APLICOLA 90GR; (VII) COLA CASCOREZ MA 100G; (VIII) GIZ CERA 12CR; (IX) SALG TRIGO NAZINHA CHURRASCO 120GR; (X) MANDRIL BROCA BOSH UND; (XI) CHOC TABUA LAKA OREO 90G; (XII) GUARA FIT GF 500ML; (XIII) M-25 DISCO M.M C/400 - FD 000475519; (XIV) PAO QUEIJO MINEIRO TRAD MAN MIN 400GR; (XV) DUREPOXI 100G; (XVI) LASANHA SEARA 4QUEIJOS 600GR; (XVII) PAOQUITA CAIXA 1KG; (XVIII) DUCHA MAXI LOREZENTTI 4600W UND; (XIX) COLA BRANCAS GLINORTE 40 BRAS; (XX) SKINKA C/SUCO DE UVA 450ML.

Conforme trecho da planilha (Doc. 06) com identificação dos itens que devem ser excluídos da presente infração (I a XVII), consoante planilha que acosta à 315.

Nestes termos, afirma reconhecer como devido o valor de R\$ 2.899,81, em relação à Infração 02, devendo ser excluído do compute da referida infração os valores relativos aos produtos identificados na planilha descritiva (Doc. 06), em razão de estarem previstos no Anexo I, do RICMS-BA/12 (vigência 2019).

A Infração 03 tem por objeto a suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, no valor total de R\$ 25.570,79.

Contudo, declara que a Infração 03 é parcialmente improcedente em razão dos seguintes pontos:

1. Ignorou a previsão do art. 269, X, “a”, 2 do RICMS-BA/12, que prevê o crédito presumido do ICMS no percentual de 12% nas aquisições internas de mercadorias junto à microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante do Simples Nacional;
2. Ignorou a previsão do art. 16-A, § único, I, da Lei nº 7.014/96, que determina a aplicação adicional de 2% do tributo destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP), em relação aos produtos cosméticos, isotônicos, energéticos, refrigerantes, cervejas e chopes.

Neste particular, há de se pontuar que consta na informação complementar das notas fiscais objeto da autuação a previsão sobre o recolhimento do percentual de 2% destinados ao Fundo

Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, nos termos do art. 16-A, § único, I, da Lei nº 7.014/96, bem como nos respectivos XMLs das notas fiscais.

Ressalta o posicionamento deste CONSEF, consoante ementa do Acórdão CJF Nº 0116-12/04, cuja ementa reproduz, reconhecendo que, em relação aos perfumes, águas de colônias e deocolônias, a tributação do ICMS é no percentual de 27%, sendo que 25% corresponde à previsão da alínea “h”, II, do art. 16 da Lei nº 7.014/96, acrescido de 2%, destinados ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, nos termos do art. 16-A, § único, I, da Lei nº 7.014/96:

Nestes termos, declara restar demonstrada a ausência de qualquer tipo de irregularidade na utilização dos créditos em relação às operações destacadas na planilha em anexo (Doc. 07), reconhecendo-se como devido, tão-somente, o valor de R\$ 1.919,81 em relação à Infração 03.

Em relação à Infração 04. Reitera o pedido de nulidade feito no tópico preliminar, tendo em vista que não foi apresentado o demonstrativo do ano de 2018, restando configurado o cerceamento do seu direito de defesa, nos termos da alínea “a”, do inciso V” do art. 18, do RPAF-BA/99.

Pondera que na hipótese de improcedência do pedido acima formulado, requer que haja a apresentação do demonstrativo relativo ao período de 2018 em relação à Infração 04, com reabertura do prazo de 60 dias para apresentação da impugnação, nos termos do art. 51, IV c/c art. 24, ambos do RPAF-BA/99, oportunidade na qual será garantido ao impugnante exercer o seu direito ao contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88 e art. 2º, do RPAF-BA/99).

A Infração 05 tem o seguinte objeto: deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis (vendas através de NFCes), no valor total de R\$ 112.944,11, relativo aos anos de 2018 e 2019.

Contudo, a referida infração é parcialmente improcedente no valor de R\$ 89.374,13, em razão dos seguintes motivos: Exercício de 2018 - i) - alguns dos produtos computados são isentos, nos termos do art. 265, II, “d” do RICMS-BA/12 e; ii) - alguns dos produtos computados estão previstos no Anexo I, do RICMS-BA/12, sujeitos ao regime de substituição tributária. Em relação ao ano Exercício de 2019, - i) - alguns dos produtos computados são isentos, nos termos do art. 265, I, “a”, do RICMS-BA/12; ii) - alguns dos produtos computados são isentos, nos termos do art. 265, I, “c”, do RICMS-BA/12; iii) - alguns dos produtos computados são isentos, nos termos do art. 265, II, “d”, do RICMS-BA/12; iv) - alguns dos produtos computados estão previstos no Anexo I do RICMS-BA/12 (vigência 2019), sujeitos ao regime de substituição tributária e; v) - alguns dos produtos computados estão previstos no Anexo I, do RICMS-BA/12 (vigência 2019), conforme consta na planilha em anexo (Doc. 08).

A Infração 06. Sustenta ser parcialmente improcedente, no valor de R\$ 56.502,74, conforme explicitado nos Docs. 9 e 10, em razão dos seguintes motivos: Exercício de 2017 i) -alguns dos produtos computados são isentos, nos termos do art. 265, I, “a” do RICMS-BA/12; ii) - alguns dos produtos computados são isentos, nos termos do art. 265, II, “d” do RICMS-BA/12; iii) - alguns dos produtos computados estão previstos no Anexo I, do RICMS-BA/12, sujeitos ao regime de substituição tributária; e; iv) - Alguns dos produtos computados estão previstos no Anexo I, do RICMS-BA/12 -vigência 2017. Exercício de 2018 i) - alguns dos produtos computados são isentos, nos termos do art. 265, I, “a” do RICMS-BA/12; ii) - alguns dos produtos computados são isentos, nos termos do art. 265, I, “c” do RICMS-BA/12; iii) - alguns dos produtos computados são isentos, nos termos do art. 265, II, “d” do RICMS-BA/12 e; iv) - alguns dos produtos computados estão previstos no Anexo I, do RICMS-BA/12 (vigência 2018), sujeitos ao regime de substituição tributária.

A Infração 07 - afirma ser parcialmente improcedente, no valor de R\$ 32.156,01, em razão dos seguintes motivos: Exercício de 2017 - i) - alguns dos produtos computados são isentos, nos

termos do art. 265, II, “d” do RICMS-BA/12; **ii**) - alguns dos produtos computados estão previstos no Anexo I do RICMS-BA/12 (vigência 2017), sujeitos ao regime de substituição tributária. Exercício de **2018 i**) - alguns dos produtos computados são isentos, nos termos do art. 265, I, “a” do RICMS-BA/12; **ii**) Alguns dos produtos computados são isentos, nos termos do art. 265, II, “d” do RICMS-BA/12 e **iii**) - Alguns dos produtos computados estão previstos no Anexo I, do RICMS-BA/12 (vigência 2018), sujeitos ao regime de substituição tributária. Exercício de **2019 - i**) - Alguns dos produtos computados são isentos, nos termos do art. 265, I, “a” do RICMS-BA/12; **ii**) - Alguns dos produtos computados são isentos, nos termos do art. 265, II, “d” do RICMS-BA/12; **iii**) - produto destinado a uso e consumo e; **iv**) - alguns dos produtos computados estão previstos no Anexo 1, do RICMS-BA/12.

Afirma que a Infração 08 - é parcialmente improcedente, em razão dos seguintes motivos:

1. Redução da carga tributária para a alíquota de 7% em relação a determinados produtos, conforme previsto no art. 16, I, “a”, da Lei n. 7.014/96;
2. Produtos destinados à tintura de roupas, não se configurando como cosméticos.

Inicialmente, em relação ao produto “milho de pipoca”, informa-se que ao referido produto detém a alíquota de 7%, prevista no art. 16, I, “a” da Lei nº 7.014/96:

Nesse sentido, destaca que o posicionamento deste CONSEF/BA é de reconhecer a aplicação da alíquota de 7%, sobre o mencionado produto (milho de pipoca), consoante se verifica da decisão do Acórdão JJF Nº 0174-01/17 e do Acórdão CJF nº 0325-12/18.

Observa que, em relação ao produto “tingicor” (NCM 33059000), informa que é utilizado para tingir roupas, motivo pelo qual não há incidência da exação.

Para melhor visualização, informa que foram destacadas no campo “observações” da planilha em anexo (Doc. 12) quais dos produtos são sujeitos à aplicação da alíquota no percentual de 7% (art. 16, I, “a”, da Lei nº 7.014/96), e quais não se enquadram como cosméticos (destinados à tintura de roupas), os quais deverão ser retirados do compute da presente infração.

Nestes termos, sustenta reconhecer como devido o valor total de R\$ 98,96 a título de Infração 08, conforme planilhas em anexo (Doc. 12).

Afirma que a Infração 09 é parcialmente improcedente, no valor de R\$ 1.635,48 em razão de computar produtos que sofrem a incidência do adicional destinado Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP), nos termos da Instrução Normativa nº 05/2016.

Observa que foram computados indevidamente em relação à presente infração os seguintes produtos: (I) COLORAU TROPICANA 100g (NCM 40868); (II) CREAM CHEESE PHILADELPHIA 150g (NCM 36692); (III) GEL GLADE TOQUE DE MACIEZ 70g (NCM 36939); (IV) TALCO ANTISSEPTICO BARLA 140g (NCM 41125) e 80g (NCM 41124); (V) UNHEX FOR ME (NCM 39215); (VI) Unhex Original Unidade (NCM 39214).

Menciona que analisando a Instrução Normativa nº 05/2016, que relaciona, os produtos considerados como cosméticos para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP), não se identifica os produtos (I a VI) listados, sendo que em relação ao produto “talco” (NCM 41125) há, inclusive, a expressa exclusão da incidência do adicional FECEP.

Informa que foram destacadas no campo “observações” da planilha em anexo (Doc. 13) quais os produtos que deverão ser retirados do compute da presente infração. Remata destacando que reconhece como devido o valor total de R\$ 1.635,48 a título de Infração 09.

A Infração 10. Afirma que em relação ao exercício de 2018, é parcialmente improcedente, em razão do compute de notas fiscais de devolução de compras, hipótese que configura a suspensão da incidência do ICMS, nos termos do art. 280, I c/c arts. 451 a 454, do RICMS/BA/12.

Observa que, como se verifica no Acórdão CJF Nº 0013-11/10, cuja ementa reproduz, fl. 336, o CONSEF/BA já consolidou o seu posicionamento, determinando que a exigência do ICMS só pode ser efetivada se restar demonstrado que os produtos adquiridos se destinavam a posterior comercialização, o que não se aplica às hipóteses de devolução de mercadorias.

Desta forma, assevera que devem ser retiradas do compute da presente infração as notas fiscais de devoluções identificadas na planilha em anexo (Doc. 14), à exemplo das Notas Fiscais de nºs 1125, 1153, 1154, 1206, 1260, 1269, 1284, 1380, 1465, 1725, 1802. Afirma que reconhece como devido o valor total de R\$ 14.228,01 a título de Infração 10, conforme planilhas em anexo (Doc. 14).

Assevera que o percentual estipulado a título de multa – correspondente à 60% revela-se absolutamente abusivo e viola os princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Destaca que para melhor esclarecer, transcreve as lições de Celso Antônio Bandeira De Mello que discorre sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Explica que, em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostar-se sob esta feição de desproporcionalidade do ato.

Diz ser evidente que a multa correspondente a 60% do suposto tributo devido tem caráter confiscatório. Como se sabe, o referido percentual encontra-se fora da hipótese do inciso IV, do art. 150, da CF/88, que assegura ser proibido o confisco. Nestes termos, toda e qualquer violação ao direito de propriedade sem a prévia e justa indenização configura-se como confisco.

Ressalta que a jurisprudência do STF - RE 91.707/MG || RE 82.510/SP e RE 60.476/SP) confirma o posicionamento acerca da impossibilidade de aplicação da multa em percentual excessivo, em razão dos princípios da vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade, cuja ementa traz a colação.

Destaca que a multa não pode ter caráter confiscatório, inclusive por preceito constitucional (inciso IV, do art. 150,) de sorte que é perfeitamente cabível a sua exclusão e/ou redução em face de valor excessivo, em nome, também, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Arremata asseverando que, outra não pode ser a solução no que tange à sujeição da multa aplicada, senão o seu cancelamento, em virtude de seu caráter nitidamente confiscatório.

Reafirma seu reconhecimento como devidas as Infrações 01 e 11, sendo que em relação às mencionadas infrações a discussão consistiu apenas sobre o percentual da multa aplicada de 60% em relação à Infração 01, dado o seu nítido caráter confiscatório.

Afirma que no tocante à discussão sobre o percentual da multa aplicada se replica para as Infrações 02 a 10, objeto da presente autuação.

Em relação às Infrações 02 a 10, há o reconhecimento parcial da procedência da autuação, nos termos da planilha que colaciona à fl. 338.

Informa que irá realizar o parcelamento do valor incontroverso, entendido como devido na presente autuação, qual seja o montante de R\$ 201.395,95, suspendendo-se a exigibilidade do crédito nos termos do art. 151, VI, do CTN.

Reitera, em relação ao valor controvertido, os termos da presente impugnação, requerendo a improcedência parcial do Auto de Infração.

Pugna que todas as publicações, intimações e notificações sejam realizadas, exclusivamente, em nome do advogado Gleidson Rodrigo da Rocha Charão, inscrito na OAB/BA nº 27.072, com endereço profissional na Rua Arthur de Azevedo Machado, 1459 - ITC (Internacional Trade Center), Sala 2307 - Salvador/BA, endereços eletrônicos: contato@charaoleal.adv.br, sob pena de nulidade, nos termos do art. 272, § 2º do CPC;

Conclui requerendo que seja reconhecida a nulidade da presente autuação, nos termos da alínea “a”, do inciso V, do art. 18, do RPAF-BA/99, em face do cerceamento do direito ao contraditório e ampla defesa (inciso LV, do art. 5º, da CF/88 e art. 2º, do RPAF-BA/99), decorrente da ausência de apresentação do demonstrativo do exercício de 2018 em relação à Infração 04 e que hipótese de improcedência do pedido formulado, requer que haja a apresentação do demonstrativo relativo ao período de 2018 em relação à Infração 04, com reabertura do prazo de 60 dias para apresentação de sua impugnação, nos termos do art. 51, IV c/c art. 24, ambos do RPAF-BA/99, oportunidade na qual será garantido ao impugnante exercer o seu direito ao contraditório e ampla defesa (inciso LV, do art. art. 5º, da CF/88 e art. 2º, do RPAF-BA/99). E, quanto ao mérito, requer seja o presente Auto de Infração julgado parcialmente improcedente, reconhecendo-se como devido o valor de R\$ 201.395,95.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 378 a 383, (Demonstrativos às fls. 384 a 413 e CD à fl. 414, reproduz a descrição das infrações e passa a contrapor os argumentos defensivos.

Infração 01 - Informa que não contestada. Mantém o valor da autuação, com débito original de R\$ 421,73, reconhecido como devido.

Infração 02 - Assinala que acolhe às razões da defesa com a exclusão dos produtos que não estão incluídos na Substituição tributária, restando o valor de R\$ 2.899,60 para pagamento, reconhecido como devido.

Infração 03 - Afirma que concorda com as razões apresentadas pelo contribuinte por não ter considerado como crédito presumido os valores referentes as aquisições realizadas a Microempresa, Empresas de Pequeno Porte Industrial enquadradas no Simples Nacional e produtos com carga tributária de 27%. Restando como valor devido R\$ 1.919,15, que foi também reconhecido pelo contribuinte.

Infração 04 - Assevera ser descabido o pedido de nulidade requerido pelo defendente sob alegação da não apresentação do demonstrativo em relação a infração. Informa que foram entregues e gravados em CD todos os demonstrativos que constituíram a cobrança do crédito tributário, podendo ser confirmada tal informação à fl. 09, onde consta a seguinte declaração do contribuinte autuado: “Recebi Demonstrativos e CD gravados Anexos”.

Observa que o que ocorrera foi que cometeu um equívoco ao considerar o Exercício de 2018, como o da ocorrência, a infração tendo como fato gerador o exercício de 2019, estando o demonstrativo às fls. 48 a 55 e também no CD gravado e entregue ao Autuado.

Explica que as datas corretas da ocorrência do fato gerador estão no Demonstrativo Resumo do Débito, fls. 48, de forma sintética e discriminadas por Notas Fiscais nas fls. 49 a 55.

Informa que revisou o crédito exigido, reduzindo os valores que foram cobrados para R\$ 2.041,19, tendo sido reconhecido como devido pela defesa R\$ 1.652,25 - Novos demonstrativos às fls. 402 a 413.

Infração 05 - Destaca que acolhe às razões da defesa com a exclusão dos produtos Isentos e enquadrados na Substituição Tributária, restando o valor de R\$ 89.372,82, para pagamento, já reconhecido como devido pelo Autuado em sua defesa.

Infração 06 - Observa que acolhe às razões da defesa com a exclusão dos produtos que estão incluídos na Substituição tributária, e produtos Isentos, restando o valor de R\$ 56.484,45 para pagamento, inclusive inferior ao reconhecido como devido pela Defesa.

Infração 07 - Diz que acolhe às razões da defesa com a exclusão dos produtos que estão incluídos na Substituição tributária, e produtos Isentos, restando o valor de R\$ 31.129,30, para pagamento, reconhecido como devido. Valor inferior ao reconhecido pelo autuado na defesa.

Infração 08 - Afirma que acolhe às razões da defesa com a exclusão dos produtos descritos que tem redução da carga tributária e alíquota inferior à do Auto de Infração, restando o valor de R\$ 98,96 para pagamento, reconhecido como devido.

Infração 09 - Destaca que acolhe às razões da defesa com a exclusão dos produtos que não sofrem incidência do adicional do Fundo de Pobreza, restando o valor de R\$ 1.635,48 para pagamento, reconhecido como devido.

Infração 10 - Registra que acolhe às razões da defesa com a exclusão das notas fiscais de devolução, restando o valor de R\$ 14.228,01 para pagamento, reconhecido como devido.

Infração 11 - Assinala que acolhe às razões de defesa e que considerou apenas as Notas Fiscais não registradas na escrituração fiscal digital, apurado o valor de R\$ 505,52.

Observa que, conforme tabela fl. 383, resta demonstrado que foram acolhidas como procedentes todas as alegações apontadas pelo contribuinte em sua defesa reduzindo o valor total da autuação.

Quanto a alegação da defesa sobre a multa ser confiscatória, informa que aplicou as previsões da Lei 7.014/96.

Informa que anexa a essa informação fiscal os novos demonstrativos que foram realizados após análise da defesa apresentada, e impressos os relatórios sintéticos, como também gravados na sua totalidade os referidos anexos, fls. 384 a 401.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração, no valor de R\$ 200.735,43, conforme demonstrativo sintético que acosta à fl. 383, e planilhas às fls. 384 a 413.

Intimado a tomar ciência do teor da informação fiscal, fl. 416, o Autuado se manifesta à fl. 418, declarando a sua concordância com a revisão fiscal realizada pelo Autuante em que foi reduzida a exação para R\$ 200.735,43 referente ao presente Auto de Infração e afirmando a inexistência de óbice algum quanto ao débito remanescente apurado.

VOTO

Inicialmente, consigno que, depois de examinar as peças compõem o presente PAF não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, cujas cópias foram devidamente entregues ao Autuado. Observo que, o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudessem inquinar de nulidade as infrações do presente lançamento.

O Autuado, em sua Defesa, pugnou especificamente pela nulidade da Infração 04, por cerceamento ao seu direito de defesa, alegando não ter recebido a cópia demonstrativo relativo ao período de 2018.

Depois de examinar os elementos que compõem esse item da autuação, constato assistir razão ao Autuante ao esclarecer que o referido demonstrativo, além de constar dos autos em papel, fls. 43 a 55, e em meio digital no CD à fl. 303, teve sua cópia devidamente entregue ao Autuado consoante declaração assinada por preposto do Autuado informando ter recebido os demonstrativos à fl. 09.

Logo, pelo expendido, não acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante.

No mérito, o Auto de Infração é constituído por onze infrações a legislação do ICMS na forma enunciada pormenorizadamente no preâmbulo do relatório.

As Infrações 01 e 11 foram reconhecidas como devidas pelo Autuado. Assim, inexistindo lide acerca do cometimento dessas duas infrações ficam mantidas.

Infração 02 - apura a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento por substituição tributária.

Em sede de Defesa o Impugnante requereu a retiradas do compute da presente infração dos valores relativos aos produtos identificados na planilha descritiva (Doc. 06), em razão de não estarem previstos no Anexo I, do RICMS-BA/12 (vigência 2019).

O Autuante, ao proceder a informação fiscal, asseverou que concorda com as razões apresentadas e excluiu as operações com produtos não sujeitos a ST.

Depois de examinar os elementos acostados aos autos pela defesa constato a pertinência dos ajustes promovidos pelo Autuante.

Concluo pela procedência parcial da Infração 02 no valor de R\$ 2.899,60. Demonstrativo sintético à fl. 383 e analítico às fls. 384 a 413.

Infração 03 - imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais.

Em sede de Defesa o Impugnante requereu a improcedência parcial tendo em vista que no levantamento fiscal não considerou o crédito presumido de 12%, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresas ou empresas de pequeno porte optante do Simples Nacional, bem como ignorou a aplicação do adicional de 2%, destinado FECEP.

O Autuante, afirmou que concorda com as razões apresentadas pelo contribuinte por não ter considerado como crédito presumido os valores referentes as aquisições realizadas a Microempresa, Empresas de Pequeno Porte Industrial Enquadradas no Simples Nacional e produtos com carga tributária de 27%. E refez o demonstrativo reduzindo o valor do débito.

Depois de examinar os elementos acostados aos autos pela defesa constato a pertinência dos ajustes promovidos pelo Autuante.

A Infração 03 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 1.919,15. Demonstrativo sintético à fl. 383 e analítico às fls. 384 a 413.

Infração 04 - apura a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais.

O Defendente reafirmou seu pleito suscitado em sede de preliminar de nulidade.

O Autuante, ao proceder a informação fiscal, inicialmente rechaça a preliminar de nulidade, em seguida, informa que revisou o crédito exigido, reduzindo o valor da exigência original para R\$ 2.041,19, tendo sido reconhecido como devido pela defesa R\$ 1.652,25 e refez os demonstrativos que acostou às fls. 402 a 413.

Depois de examinar os elementos acostados aos autos pela defesa constato a pertinência dos ajustes promovidos pelo Autuante.

Assim, nos termos explicitados, concluo pela subsistência parcial da Infração 04, no valor de R\$ 2.041,19. Demonstrativo sintético à fl. 383 e analítico às fls. 384 a 413.

Infração 05 - trata da falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações

tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas - NF-e.

Em sede de Defesa o Impugnante requereu a improcedência parcial tendo em vista a inclusão no levantamento fiscal produtos isentos e sujeitos à Substituição Tributação.

O Autuante, ao proceder a informação fiscal, acolheu as razões de defesa com a exclusão dos produtos isentos e incluídos na Substituição Tributária, reduzindo o valor de débito cujo montante foi reconhecido pelo Defendente.

Depois de examinar os elementos acostados aos autos pela defesa constato a pertinência dos ajustes promovidos pelo Autuante.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 05 no valor de R\$ 89.373,82. Demonstrativo sintético à fl. 383 e analítico às fls. 384 a 413.

Infração 06 - cuida da falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas - ECF.

O Autuante, ao proceder a informação fiscal, acolheu as razões de defesa com a exclusão dos produtos isentos e incluídos na Substituição Tributária, reduzindo o valor de débito cujo valor foi reconhecido pelo Defendente.

O Autuante, ao proceder a informação fiscal, acolheu as razões de defesa com a exclusão dos produtos isentos e incluídos na Substituição Tributária, reduzindo o valor de débito, inclusive em valor inferior ao reconhecido pelo Defendente.

Depois de examinar os elementos acostados aos autos pela defesa constato a pertinência dos ajustes promovidos pelo Autuante.

A Infração 06 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 56.484,45.

Infração 07 - trata da falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. (Vendas ou baixa de estoque através de NF-es).

O Autuante, ao proceder a informação fiscal, acolheu as razões de defesa com a exclusão dos produtos isentos e incluídos na Substituição Tributária, reduzindo o valor de débito cujo valor foi reconhecido pelo Defendente.

O Autuante, ao proceder a informação fiscal, acolheu as razões de defesa com a exclusão dos produtos isentos e incluídos na Substituição Tributária, reduzindo o valor de débito cujo valor foi reconhecido pelo Defendente.

Depois de examinar os elementos acostados aos autos pela defesa constato a pertinência dos ajustes promovidos pelo Autuante.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 07, no valor de R\$ 31.129,30. Demonstrativo sintético à fl. 383 e analítico às fls. 384 a 413.

Infração 08 - imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro a dezembro de 2019.

Em sede de Defesa o Impugnante pugnou pela parcial improcedência, em razão da inclusão de produtos com redução da carga tributária para a alíquota de 7% e de produtos destinados à tintura de roupas, não se configurando como cosméticos.

O Autuante, ao proceder a informação fiscal, acolheu as razões de defesa com a exclusão dos produtos descritos que tem redução de carga tributária e com alíquota inferior a adotada no Auto

de infração, reduzindo o valor de débito, cujo valor foi reconhecido como devido pelo Defendente.

Depois de examinar os elementos acostados aos autos pela defesa constato a pertinência dos ajustes promovidos pelo Autuante.

Nos termos expendidos, a Infração 08 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 98,96. Demonstrativo sintético à fl. 383 e analítico às fls. 384 a 413.

A Infração 09 trata do recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. (Débito a menos operações com ECF).

Em sede de Defesa o Impugnante requereu procedência parcial da autuação em razão de terem sido computados produtos que sofrem a incidência do adicional destinado Fundo Estadual de Combate a Erradicação da Pobreza (FECEP), nos termos da Instrução Normativa nº 05/2016.

O Autuante, ao proceder a informação fiscal, acolheu as razões de defesa com a exclusão dos produtos que não sofrem incidência do Fundo de Pobreza, reduzindo o valor de débito, cujo valor foi reconhecido pelo Defendente.

Depois de examinar os elementos acostados aos autos pela defesa constato a pertinência dos ajustes promovidos pelo Autuante.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 09, no valor de R\$ 1.634,69. Demonstrativo sintético à fl. 383 e analítico às fls. 384 a 413.

A Infração 10 imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos eu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2018 a dezembro de 2019. Exigido o valor de R\$ 14.439,84, acrescido da multa de 60%.

Em sede de Defesa o Impugnante requereu a retiradas do computo da presente infração as notas fiscais de devoluções identificadas na planilha que anexa no Doc. 14.

O Autuante, ao proceder a informação fiscal, acatou a alegação da defesa, fl. 382, e procedeu a exclusão das notas fiscais de devolução indevidamente arroladas no levantamento fiscal reduzindo o valor do débito.

Depois de examinar os elementos acostados aos autos pela defesa constato a pertinência dos ajustes promovidos pelo Autuante.

Concluo pela caracterização parcial da Infração 10, no valor de R\$ 14.228,02. Demonstrativo sintético à fl. 383 e analítico às fls. 384 a 413.

Intimado a tomar ciência do teor da informação fiscal, fl. 416, que ao acolher integralmente todas as alegações comprovadas apresentadas pela Defesa, que reduziu o valor da exigência fiscal, o Impugnante declarou às fls. 418, a sua concordância com a revisão fiscal realizada pelo Autuante, afirmando, inclusive, a inexistência de óbice algum quanto ao débito remanescente apurado.

Em suma, tendo em vista o acolhimento pelo Autuante das alegações da Defesa, devidamente respaldadas na legislação de regência, resta patente nos autos que não mais existe lide acerca das infrações objeto da autuação.

O Defendente requereu ainda, o cancelamento da multa aplicada de 60%, alegando seu caráter confiscatório e que ocorreria ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Rejeito este pleito, visto que a multa sugerida pela Fiscalização está corretamente tipificada no art. 42, da Lei 7.014/96. Ademais, essa Junta de Julgamento Fiscal não possui atribuição

(competência) para decidir sobre cancelamento de penalidade aplicada por descumprimento de obrigação tributária.

Nos termos supra expendidos, concluo pela subsistência parcial da autuação, conforme demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO

Infrações	AUTO DE INFRAÇÃO	INFORMAÇÃO FISCAL	JULGAMENTO	DECISÃO	MULTA
01	421,73	421,73	421,73	PROCEDENTE	60%
02	4.080,52	2.899,60	2.899,60	PROC. EM PARTE	60%
03	25.570,79	1.919,15	1.919,15	PROC. EM PARTE	60%
04	2.489,72	2.041,19	2.041,19	PROC. EM PARTE	60%
05	112.944,11	89.373,82	89.373,82	PROC. EM PARTE	60%
06	69.846,43	56.484,45	56.484,45	PROC. EM PARTE	60%
07	48.618,71	31.129,30	31.129,30	PROC. EM PARTE	60%
08	1.202,22	98,96	98,96	PROC. EM PARTE	60%
09	1.687,53	1.634,69	1.634,69	PROC. EM PARTE	60%
10	14.439,84	14.228,02	14.228,02	PROC. EM PARTE	60%
11	544,61	505,52	505,52	PROC. EM PARTE	1%
TOTAIS	281.424,48	200.736,43	200.736,43		

No que diz respeito ao pleito do Autuado para que todas as publicações, intimações e notificações sejam realizadas, exclusivamente, em nome do advogado Gleidson Rodrigo da Rocha Charão, inscrito na OAB/BA nº 27.072, com endereço profissional na Rua Arthur de Azevedo Machado, 1459 - ITC (Internacional Trade Center), Sala 2307 - Salvador/BA, endereços eletrônico: contato@charaoleal.adv.br, destaco que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF-BA/99, a intimação deve ser endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista nos arts. 108/109, do mencionado Regulamento, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber correspondências relativas ao PAF.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **088568.0107/21-5**, lavrado contra **COMÉRCIO E MERCADO FERNANDES EIRELI**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 200.230,91**, acrescido da multa 60%, prevista nas alíneas “a”, dos incisos VII e II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 505,52**, prevista no inciso IX, do mesmo artigo e diploma legal já citados, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2023.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR / PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA