

A. I. N° - 206911.0001/12-3
AUTUADO - WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JALDO VAZ COTRIM
ORIGEM - IFEP – DAT / NORTE
INTERNET - 09/05/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0103-03/13

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Refeitos os cálculos em decorrência da exclusão de operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária e arroladas no levantamento fiscal, reduziu-se o valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. 2. ALÍQUOTAS. ERRO NA APLICAÇÃO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovado que os produtos, composto lácteo e fórmula infantil, arrolados no levantamento fiscal e questionados pelo sujeito passivo, apesar de conterem leite em sua formulação, para efeito da redução da base de cálculo não se confundem com “leite em pó”, expressamente previsto no inciso XXI, art. 87, RICMS-BA/97. Infração subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Reduzida a exigência por restar comprovado que parte da utilização indevida decorreu de equívoco do autuado no lançamento de estorno de débito em desacordo como o art. 113 do RICMS-BA/97. Infração parcialmente subsistente. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Demonstrativos juntados com a defesa comprovam que houve recolhimento a menos do imposto. Refeitos os cálculos para exclusão de operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, indevidamente arroladas no levantamento fiscal. Infração parcialmente elidida. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração reconhecida. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2012, diz respeito aos seguintes fatos:

1 - falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de março a junho de 2010, sendo lançado imposto no valor de R\$1.872,60, com multa de 60%;

2 - recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de março a junho de 2010, sendo lançado imposto no valor de R\$63.666,50, com multa de 60%;

3 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação, nos meses de março a junho de 2010, sendo lançado o imposto no valor R\$39.708,50, com multa de 70%;

4 - recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de fevereiro e março, setembro e outubro e dezembro de 2010, sendo lançado imposto no valor de R\$103.545,67, com multa de 60%.

Consta que “Estando tudo discriminado conforme Levantamentos Fiscais constantes dos Anexos 10, 11, 12 e 13 efetuados com o concurso dos Anexos 01, 02, 03, 04 e 05 em virtude da originária existência de saldos credores de ICMS nos meses de novembro/2009; dezembro/2009; janeiro/2010; fevereiro/2010; agosto/2010; setembro/2010; outubro/2010, novembro/2010 e dezembro/2010, que ensejaram o fazimento do referido levantamento fiscal. Todos os Anexos supracitados, encontram-se acostados ao presente PAF para fins de instrução do processo.”;

5 - multa percentual de 60% sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo relativo a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de novembro e dezembro de 2009, janeiro a junho e agosto a dezembro de 2010 - multa de R\$48.321,77;

6 - entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de outubro e novembro de 2009 e janeiro de 2010, sendo exigida a multa de 10%, sobre o valor das operações no total de R\$7.020,62.

O contribuinte defendeu-se, fls. 155 a 166, pontuando de início considerações acerca dos princípios da legalidade, da verdade material, da inquisitorialidade, da tipicidade cerrada.

Informa que irá realizar o pagamento integral das infrações de nºs 05 e 06, bem como de parte das infrações nº 01, 02, 03 e 04.

Afirma que a autuação, ora impugnada, é nula de pleno direito, em face da ausência de requisito formal essencial, pelo fato, segundo seu entendimento, da inscrição em dívida ativa não apresentar fundamentação legal da correção monetária e dos acréscimos moratórios.

Observa que o Código Tributário Nacional - CTN é claro ao prever que o lançamento tributário é ato vinculado e obrigatório, tendo como pressuposto a clara e certa identificação do crédito tributário, representado por todos os critérios da regra matriz de incidência tributária, devendo respeitar critérios formais certos e específicos previstos em lei.

Assevera que a correta determinação da matéria tributável é requisito essencial do lançamento tributário, sob pena de sua nulidade absoluta.

Reproduz o art. 129 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB para demonstrar a previsão legal dos requisitos formais necessários para o correto lançamento tributário.

Afirma restar evidenciado que o lançamento tributário objeto do presente auto de infração viola frontalmente os dispositivos citados, ante a não apresentação do dispositivo da legislação que fundamenta a exigência da correção monetária e dos acréscimos moratórios.

Pontifica que está caracterizada a violação ao princípio da ampla defesa em face do total cerceamento de sua defesa, tendo em vista não ter conhecimento, com precisão, acerca das informações (dispositivos legais a embasar a autuação) que originou o montante devido.

Ao cuidar da infração 01 destaca que, em relação a algumas mercadorias informadas pela fiscalização, seu procedimento foi correto.

Frisa que, de acordo com o art. 61 e com o Anexo 88, item 10, do RICMS-BA/97, que reproduz, às mercadorias denominadas “Espetinho” (Espetinho coxinha FGO KG BONI, Espetinho FGO 90g São Mateus, Espetinho FGO/BACON 90G São Mateus e Espetinho Bov. Carne Maturada KG BONI) a tributação se dá por substituição tributária - ST. Continua mencionado que estando essas mercadorias enquadradas como sujeitas ao regime de substituição tributária, não há falar em recolhimento de ICMS, pois o pagamento do imposto já foi realizado na fase anterior da cadeia tributária. Ressalta arrematando que ao exigir novamente o recolhimento do ICMS, o Estado estará se locupletando sem causa, recebendo em duplicidade o pagamento referente à mesma operação.

Declara que, relativamente ao produto específico acima citado, esse item do Auto de Infração deve ser anulado com a extinção do crédito tributário decorrente e dos consectários legais (multa e juros), e que em relação aos demais itens, reafirma que realizará o pagamento parcial da infração.

Ao tratar da Infração 02 assevera que parte das mercadorias informadas, as alíquotas aplicadas foram corretas.

Assevera que em relação aos diversos tipos de “leite” [LTE INF 2 12X400G NESTOGENO, LTE INF AR 400g NAN, LTE INF NESTOGENO 1 400G NESTLE, LTE INF NESTOGENO 2 400G NESTLE, LTE INF PRO 12X400G NAN 2, LTE INF PRO 3X400G NAN 1, LTE INF PRO 400G NAN 1, LTE INF PRO 400G NAN 2 e LTE PO INST 200G PCT IDEAL] a carga tributária aplicável é de 7%, e não de 17% como a fiscalização classificou, em face da expressa redução de base de cálculo prevista no art. 87, inciso XXI do RICMS-BA/97.

Ressalta que o Fisco classificou a alíquota do leite equivocadamente em 17%, que é justamente a alíquota caso não fosse aplicada a redução da base de cálculo em 58,825%. Diz que a operação de saída da mercadoria ao qual o fisco se refere, sem dúvida alguma é uma operação interna como o Regulamento expressamente prevê. Acrescenta que, desse modo, os fatos claramente se subsumem a regra posta no regulamento, devendo ser aplicada a alíquota de 7%, resultante da redução da base de cálculo do produto.

Arremata sustentando que o item 02, em relação a essa mercadoria deve ser anulado com a extinção do crédito tributário decorrente e dos consectários legais (multa e juros).

Quanto à infração 03, afirma que, efetivamente, por equívoco formal realizou o procedimento, contudo, assegura que tal falha não gerou nenhum prejuízo ao Erário.

Frisa que ao perceber que determinadas Notas Fiscais tinham sido emitidas equivocadamente, em vez de proceder ao seu cancelamento, emitiu outra nota fiscal de entrada para estorno daquela nota fiscal emitida equivocadamente, realizando posteriormente a efetiva saída da mercadoria, com emissão de novo documento fiscal, (seja nota fiscal ou cupom fiscal) com a devida tributação aplicável.

Observa que o Fisco entendeu que a nota fiscal de entrada emitida (para estorno) teria caracterizado indevida apropriação de crédito de ICMS pela autuada. Contesta esclarecendo que

não houve tal apropriação indevida de crédito, mas uma emissão de nota de entrada para o fim de “cancelar” na prática a nota fiscal emitida equivocadamente.

Diz ser de fácil verificação nas Notas Fiscais anexas, obtidas por amostragem, mas que englobam mais de 95% do montante do suposto débito da infração, que as notas fiscais de estorno se referem expressamente à nota fiscal anteriormente de saída.

Esclarece que a Nota Fiscal de entrada nº 897, de 19/04/2010 que tem um valor de ICMS destacado de R\$37.069,74 se refere à Nota Fiscal nº 888, emitida anteriormente em 13/04/2010 que era uma nota de transferência para uma das filias da empresa. Acrescenta que a autuação deve ser anulada em relação à cobrança do imposto, tendo em vista que não há qualquer prejuízo ao Erário em face do não aproveitamento equivocado de crédito tributário, bem como deve ser anulados os consectários juros e a multa por decorrência do não pagamento do tributo.

Aduz que, caso fosse aplicada alguma multa, seria necessária anulação do presente Auto de Infração no ponto, com a realização de um novo lançamento tributário com a aplicação de multa unicamente formal pela não utilização do documento fiscal correto.

Em relação à infração 04 destaca que a apuração da exigência tomou por base dentre outros os anexos 02 e 04 do Auto de Infração, que embasaram as infrações 01 e 02, e decorreu da verificação da suposta existência de saldos credores de ICMS nos meses de novembro/2009 a fevereiro de 2010 e agosto/2010 a dezembro/2010.

Menciona que a presente infração aponta a existência de suposto recolhimento a menor de ICMS, todavia, em relação às mesmas mercadorias apontadas acima (espetinho e leite em pó) quando da defesa relativamente às infrações 01 e 02 o recolhimento do imposto foi realizado em total acordo com a legislação do ICMS.

Resume esclarecendo que as mercadorias denominadas “Espetinho”, e suas espécies, sofrem a tributação por meio do regime de substituição tributária - ST nos termos do Anexo 88, item 10, do RICMS-BA/97, tendo sido o pagamento do imposto já realizado na fase anterior da cadeia tributária, não restando qualquer novo recolhimento a ser realizado pela autuada.

Menciona que em relação aos diversos tipos de “leite” constantes do Auto de Infração, afirma que procedeu à aplicação da carga tributária efetiva de 7%, tendo em vista que sobre a alíquota de 17% existe previsão de redução da base de cálculo.

Por conta dessas razões não há que se falar em recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, impondo-se a anulação do presente auto de infração com a consequente extinção do crédito tributário.

Aduz que, caso superada sua alegação e comprovação acima referida quanto ao pagamento do tributo, deve ser afastada a multa de 60%, nos termos do art. 42, II, “a”, e VII, “a” da Lei 7.014/96, imposta pelo Auto de Infração em face de sua exorbitância, não poderia ser exigida nestes termos, tendo em vista seu nítido caráter confiscatório.

Observa que a finalidade da multa é punir o contribuinte, a fim de inibir a reincidência da infração supostamente cometida, mas isso não significa dizer que a multa a ser cobrada terá valor idêntico ao do imposto a ser pago. Transcreve ementa da decisão do julgamento no RE nº 81.550-MG, (in RTJ 74/319), para ilustrar que o Supremo Tribunal Federal - STF já se manifestou em relação ao assunto, o qual vem servindo de paradigma de inúmeros outros julgados de nossos tribunais. Acrescenta que essa decisão não é isolada e harmoniza-se com a orientação predominante da Suprema Corte e transcreve ementas de julgados do STF para corroborar sua tese de rejeição a aplicação de multas com efeito confiscatório.

Arremata enfatizando que nesta mesma linha de raciocínio, a multa de 60% é inconstitucional, por seu caráter confiscatório. Pontifica que lei inconstitucional (no caso, a que prevê a multa confiscatória), não é lei, não sendo passível de gerar quaisquer efeitos, pois a ninguém obriga.

Reivindica para facilitar o controle das intimações dos atos processuais, doravante, requer que as intimações da Empresa sejam feitas em nome de Fábio Brun Goldschmidt, OAB/RS nº 44.441, devidamente constituído nos autos, com endereço profissional à Rua Manoel de Andrade, 55 conj. 212 e 213, CEP 41810-815, no Município de Salvador-BA, sob pena de nulidade.

Conclui requerendo que seja reconhecida a nulidade do presente Auto de Infração, em face da preliminar suscitada, tendo em vista o cerceamento de defesa promovido pela falta de indicação dos dispositivos legais que fundamentam a exigência da correção monetária e dos acréscimos moratórios e a improcedência dos pontos impugnados das infrações 01, 02, 03 e 04.

O autuante presta informação fiscal, fls. 457 a 466, enunciando as seguintes ponderações.

Inicialmente rechaça a preliminar de nulidade suscitada por conta “da ausência de requisito formal” para a autuação, em face da não correta determinação da matéria tributável, invocando os incisos IV e V do Parágrafo 1º do art. 129 da Lei 3956/81, e por entender o autuado que diante da inexistência de tais elementos restou violado o princípio da ampla defesa em face do seu cerceamento. Assevera que, diante da total ausência de materialidade das alegações da defesa, refuta as alegações, haja vista, que o Auto de Infração ora em lide, contém todos os elementos aludidos como faltantes, encontrando-se pormenorizadamente discriminados ao rodapé de cada uma das infrações apontadas, bem como, os valores correspondentes às correções monetárias, acréscimos e juros, perfeitamente discriminados no “Demonstrativo de Débito” constante nas fls. 04 a 06.

Arremata enfatizando que ante a ausência de matéria que proporcione o suporte fático necessário às alegações da defesa e por não encontrarem guarida nas hipóteses previstas no art. 18 do RPAF-BA/99, devem, portanto, ser repelidas as alegações de nulidade pugnadas na peça defensiva da autuada.

No que diz respeito à infração 01, afirma que o autuado labora em equívoco ao entender que os produtos: “ESPETINHO” (Espetinho Coxinha Fgo Kg Boni; Espetinho Fgo 90 g São Mateus; Espetinho Fgo/Bacon 90 g e Espetinho Bov Carne maturada Kg Boni) estão sujeitos à substituição tributária com base no item 10 do Anexo 88 do RICMS-BA/97. Ressalta que ao classificar dessa forma os “Espetinhos”, o sujeito passivo ignora que estes não podem ser classificados simplesmente como “produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino e suíno”, porquanto, adquirem nova identidade tributária, após a submissão da matéria prima (carne verde, resfriada ou congelada) das espécies animais retrocitadas, a um processo de industrialização envolvendo, corte, maturação (com o adicionamento de temperos), agregação das hastes dos espetos e embalagem do produto final, cujo processo concede-lhe o *status* de Novo Produto, diverso, portanto, de Carne Resfriada/Congelada (seccionada e embalada por cortes, simplesmente) Asa de Frango, Coxa de Frango, Coração de Frango, Moela de Frango, Peito de Frango, Alcatra Bovina, Coxão Mole Bovino, etc., etc. Assevera que esses produtos não tiveram alteradas quaisquer características, simplesmente tendo sido submetidas a corte, resfriamento/congelamento, permanecendo, porém, com a mesma identidade.

Arremata frisando que diante dessas e da transformação da carne verde em outro produto (Espetinho), sendo que este não se encontra enquadrado no Regime de Substituição Tributária, não constando, portanto, nos Anexos 86 e 88 e art. 61 todos do RICMS-BA/97, e sim, passíveis de tributação NORMAL pelo ICMS, fica, por conseguinte, refutada “*in totum*” as alegações defensivas da Autuada, por total ausência de materialidade.

Em relação à infração 02, observa que o autuado alega que a fiscalização “classificou a alíquota correta caso não fosse aplicada a redução da base de cálculo em 58,825%”; nesse passo, pugna para que seja aplicada a alíquota de 7% nas operações de saídas dos produtos “leite” (LEITE INF 2 12 X 400G NESTOGENO, LEITE INF AR 400g NAN, LEITE INF NESTOGENO 1 400G NESTLE, LEITE INF NESTOGENO 2 400G NESTLE, LEITE INF PRO 12 X 400G NAN 2, LEITE INF PRO 3 X 400G NAN 1, LEITE INF PRO 400G NAN 1, LEITE INF PRO 400G NAN 2 e LEITE EM PÓ INST 200G PCT IDEAL) “a carga tributária aplicável é de 7% e não de 17% como o Fisco classificou”.

Refuta a tese defendida pelo autuado, quanto à suposta improcedência da cobrança dos produtos que ela denomina como sendo “Leite em Pó” em virtude destes não possuírem as propriedades organolépticas de tal, haja vista, que se encontram classificados pelo próprio fabricante, a “Nestlè”, em consonância com o que dispõe a Instrução Normativa nº 28 do Ministério da Agricultura. Continua esclarecendo que, são classificados como sendo “FÓRMULA INFANTIL” os seguintes produtos: LEITE INF 2 12 X 400G NESTOGENO, LEITE INF AR 400g NAN, LEITE INF NESTOGENO 1 400G NESTLE, LEITE INF NESTOGENO 2 400G NESTLE, LEITE INF PRO 12 X 400G NAN 2, LEITE INF PRO 3 X 400G NAN 1, LEITE INF PRO 400G NAN 1, LEITE INF PRO 400G NAN 2 como também, legalmente classificado como “COMPOSTO LÁCTEO COM ÓLEO VEGETAL” o produto denominado pela Autuada, como sendo LEITE EM PÓ INST 200G PCT IDEAL.

Assevera que em obediência estrita a um dos princípios basilares do Direito Tributário, consistente da verdade material, estão sendo juntados como meio de prova ao presente processo, o Anexo nº 14 contendo cópias dos rótulos dos produtos supra arrolados, bem como, da Instrução Normativa nº 28 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, datada de 12 de junho de 2007, que regula o setor industrial de alimentos.

Redargúi que não há que se falar em redução da base de cálculo para produtos cujas propriedades não se enquadram nas exigências legais para serem classificados como Leite em Pó. Destaca que se o benefício fiscal da redução da base de cálculo é especificamente dirigido ao produto Leite em Pó, não tem cabimento a extensão de tal beneplácito a outros produtos, sem que haja previsão legal para tal fim.

Frisa que não assiste melhor sorte ao autuado, quanto aos produtos relacionados à fl. 160, enquadrados indevidamente como “Leite em Pó”, pois são na verdade “Leite em Pó Modificado”, para alimentação infantil, pertencentes ao capítulo 19.01 da TIPI, cuja definição transcreve das informações técnicas sobre os produtos, colhidas no site oficial www.cquali.gov.br.

Remata assegurando que “Leite em pó Modificado” é um produto diferente de “Leite em Pó”, não alcançado pela redução da base de cálculo prevista para o “Leite em Pó”, pertence à posição - 04.02 da TIPI, prevista no art. 87, inciso XXI.

Quanto à infração 03, diz que o autuado, com o fito de tentar elidir a presente infração, incorre em algumas impropriedades de procedimento, como sejam: a) ignora o basilar princípio da busca da verdade material que esteia o Direito Tributário, ao valer-se do recurso da “AMOSTRAGEM” para pretensamente elidir o todo da infração, conforme se verifica, em sua peça defensiva à fls. 161; b) labora em equivoco, quando da emissão das notas fiscais nºs 897, 431 e 432 ao ignorar os ditames do art. 113 do RICMS-BA/97 adequado para o processamento do estorno de débito pelas saídas para outra unidade da federação, de mercadorias enquadradas no regime de antecipação tributária; e c) acosta aos autos documento fiscal ilegível e por tal, imprestável como meio de prova, consistente da nota fiscal (ilegível) juntada à fls. 452.

Destaca que não obstante as falhas materiais e formais cometidas pelo autuado, que lhe induziram ao erro, em face da dissociação das operações praticadas a guisa de “Estorno de Débito” quando da autuação referente ao crédito indevido apresentado, este teve o seu efeito anulado através da emissão a *posteriori* das competentes notas fiscais de entrada, ainda que tal

operação tenha desprezado o rito formal previsto no art. 113 do RICMS-BA/97 citado no item anterior. Acrescenta que reconhece em parte, a procedência das alegações da defesa com relação às notas fiscais de Entradas nºs 897, 431, e 432 constantes da peça defensiva, fls. 445, 447 e 449, respectivamente, e assevera que procedeu as devidas correções através do acostamento de novos demonstrativos de débito, com os competentes expurgos da parte reconhecida, conforme juntada dos Anexos 15 e 16, devidamente corrigidos e emitido em substituição ao originário Anexo 05 e 13, respectivamente.

Informa que para adequar os estornos praticados, foi produzido e juntado novo Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, fls. 507 e 508, em face das correções efetuadas.

Em relação à infração 04, observa que o autuado insurge-se contra a autuação concernente a esta infração, porquanto não reconhece a inclusão dos produtos “ESPETINHO” e “LEITE” objeto das autuações referentes às Infrações 01 e 02, cujas alegações de defesa foram sobejamente redarguidas, e mantidas as autuações em sua totalidade. Assevera que, por conta disso fica integralmente mantida a infração 04.

Em relação à alegação de exorbitância das multas sugeridas informa que a apreciação de questões versando sobre inconstitucionalidade, extrapola o campo de competência legal do agente fiscal, ficando assim, prejudicada a sua manifestação acerca da matéria.

Diz considerar descabidas tais alegações e ressalta que não lhe cabe analisar a pertinência ou não da Lei, haja vista, o imperativo cumprimento das obrigações legais ao qual se sujeita, consoante disposição contida no art. 142 do CTN, quando detectadas infrações que ensejem a competente autuação fiscal.

Conclui requerendo a procedência parcial no valor de R\$222.954,12, fls. 507 e 508, em face de seu acolhimento das razões defensivas apresentadas pela autuada, relativas à Infração nº 03 que implicaram no refazimento do Anexo 05, fls. 53 a 72, e do Anexo 13, fl. 141, sendo produzidos e substituídos pelo Anexo 15, fls. 485 a 503, e pelo Anexo 16, fl. 505.

Ao ser intimado da informação fiscal, fls. 509 a 512, o sujeito passivo se manifesta, fls. 517 a 524, alinhando os argumentos sintetizados a seguir.

Inicialmente reitera que realizou pagamento integral das infrações de nº 05 e 06, bem como de parte das infrações nº 01, 02, 03 e 04, anexando cópia do DAE, fl. 584, constando o pagamento de R\$185.794,86 efetuado em 08/05/2012.

Ao cuidar da informação fiscal relativa à infração 01 destaca que, apesar da fiscalização entender que a figura dos “espetinhos” (Espetinho coxinha FGO KG BONI, Espetinho FGO 90g São Mateus, Espetinho FGO/BACON 90G São Mateus e Espetinho Bov. Carne Maturada KG BONI), por não se tratar de carne verde, não seria enquadrada na sistemática do Regime de Substituição, depois de reproduzir o item 10 do Anexo 88 do RICMS-BA/97, sustenta que não é somente a carne verde que esta enquadrada na Substituição Tributária, mas também as carnes que sofreram processos de industrialização, ainda que simplificados, mas que não perderam suas características intrínsecas. Esclarece que este é o caso das carnes congeladas, defumadas, salgadas e temperadas, como é o caso dos espetinhos. Observa que a colocação de hastes de madeira nos produtos não modifica a sua classificação como carne temperada, pois a rigor os espetinhos funcionam como meramente uma extensão de sua embalagem para facilitar o transporte de tais produtos comestíveis. Assegura que não se trata de transformação de carne verde em outro produto, mas se trata de carne temperada que apenas recebeu uma haste para facilitar o seu manejo no transporte.

Pontua que, pela argumentação do autuante parece que ele olvida que carnes temperadas constam do enquadramento da Substituição Tributária.

Reitera seu pedido em relação aos ao produto específico “espetinho”, asseverando que esse item deve ser anulado com a extinção do crédito tributário decorrente e dos consectários legais (multa e juros) e que em relação aos demais itens de tal infração, conforme já referido, realizou o pagamento parcial da infração.

Quanto à infração 02 reafirma sua tese de que em relação aos diversos tipos de “leite” a carga tributária aplicável é de 7% e não de 17% como o autuante classificou, em face da expressa redução de base de cálculo prevista no RICM-BA/97.

Diz não ser a melhor interpretação do texto das normas legais a perpetrada pela fiscalização ao informar que “leite em pó” seria diferente de “leite em pó modificado”. E, como o caso dos autos trata de leite em pó modificado, não haveria a redução da base de cálculo. Continua redarguindo a tese do autuante de que enquanto o Leite em pó pertence à classificação fiscal 04.02 da TIPI, o leite em pó modificado constaria da classificação 1901.10 da TIPI, e esse fato, em resumo bastaria para provar a diferença da classificação tributária dos produtos.

Frisa que o Fisco esquece de analisar a norma tributária que é objeto da presente infração. Continua destacando que o “leite em pó” consta da seção que previu a redução da base de cálculo do ICMS. Afirma que não é uma norma incentivativa, a qual deveria ter sua interpretação de forma literal, mas é uma norma de redução da base de cálculo, a qual, por sua vez, não pode ter uma interpretação literal restritiva como quer fazer parecer a Fiscalização.

Reproduz o inciso XXI do art. 87 do RICMS-BA/97 para sustentar que o legislador ao optar por incluir o “leite em pó” em uma norma de redução de base de cálculo o fez com a intenção de ampliar a sua interpretação para abarcar todos os tipos de leite em pó possíveis. Esclarece que as normas de redução de base de cálculo, justamente por não se confundirem com as normas de isenção, devem sofrer uma interpretação sistemática.

Questiona a validade da redução da base de cálculo do “leite em pó”, se a intenção do legislador fosse afastar dessa redução da base de cálculo, justamente os leites em pó preparados conforme as necessidades especiais das crianças. Pontifica destacando que as crianças são aquelas que mais necessitam de acesso ao leite com menor tributação.

Afirma que se o legislador quisesse ser restrito e literal na concessão da redução da base de cálculo unicamente para o leite em pó, poderia ter incluído no inciso XXI, do art. 87 a sua classificação fiscal da TIPI, mas como se lê, não foi assim que o legislador o fez. Assevera que, essa diferenciação entre classificação fiscal somente está sendo feita pela Fazenda quando da aplicação da norma, já que o próprio dispositivo da redução da base de cálculo não faz tal restrição a sua extensão, destacando que não cabe ao aplicador do Direito, no caso a Autoridade Administrativa, incluir restrições não constantes da legislação.

Enfatiza que o dispositivo legal não se refere à espécie “leite em pó” constante da TIPI, refere-se, isto sim, ao gênero “leite em pó”, sem nenhuma delimitação prévia constante de classificações fiscais.

Sustenta que nesse sentido, a operação de saída da mercadoria objeto desse item do Auto de Infração, sem dúvida alguma é uma operação interna como o Regulamento expressamente prevê, e assim, os fatos claramente se subsumem a regra posta no regulamento, devendo ser aplicada a alíquota de 7%, resultante da redução da base de cálculo do produto.

Reafirma que a infração 02, em relação à mercadoria “Leite em pó” deve ser anulada com a extinção do crédito tributário decorrente e dos consectários legais (multa e juros).

Em relação à infração 03 o autuante reconheceu a procedência de parte de seu pedido e requer a juntada do restante das Notas Fiscais, que comprovam a regularidade da operação tal qual

reconhecida pela Fiscalização, reprisando os argumentos veiculados para o afastamento da presente infração.

Repisa os mesmos argumentos aduzidos na peça de defesa reiterando que a autuação deve ser anulada em relação à cobrança do imposto, tendo em vista que não há qualquer prejuízo ao Erário em face do não aproveitamento equivocado de crédito tributário, bem como devem ser anulados os consectários juros e a multa por decorrência do não pagamento do tributo.

Quanto à infração 04 diz que a acusação trata de recolhimento a menor de ICMS, atinente às mesmas mercadorias apontadas acima (espetinho e leite em pó) quando da defesa relativamente às infrações 01 e 02. Frisa que para evitar repetição prevalece os argumentos alinhados para essas infrações e reafirma que o recolhimento do imposto foi realizado em total acordo com a legislação do ICMS.

Reitera a preliminar de nulidade e a alegação de confiscatoriedade da multa indicada e requer a procedência parcial das infrações 01, 02, 03 e 04 nos termos e argumentos acima expendidos.

Ao tomar ciência da manifestação do sujeito passivo, fls. 517 a 524, o autuante apresenta as seguintes ponderações, fls. 598 a 602.

No que diz respeito à Infração 01, reconhece que são pertinentes as alegações do autuado, haja vista, que efetivamente os produtos “ESPETINHO” (Espetinho Coxinha Fgo Kg Boni; Espetinho Fgo 90 g São Mateus; Espetinho Fgo/Bacon 90 g e Espetinho Bov Carne maturada Kg Boni) encontram-se submetidos à sistemática da Substituição Tributária, inseridos no item 9 do art. 353 do RICMS-BA/97. Diz reconhecer a procedência das alegações da defesa, ficando elidida a autuação fiscal alusiva aos produtos supracitados. Informa que efetuou os necessários expurgos no originário Anexo nº 02 e produziu em sua substituição, o Anexo nº 17, fls. 604 e 605, devidamente corrigido.

No tocante à Infração 02 refuta as alegações generalistas e aduz que o benefício fiscal da redução da base de cálculo foi originariamente concedido ao produto “Leite em Pó” não havendo porque ser admitida qualquer ampliação a outros produtos ou compostos, somente pelo fato de se apresentarem sob a forma de “Pó” e serem cognominados como Leite. Acrescenta esclarecendo que o Direito Tributário, em se tratando de ramo do Direito Público, obedece ao princípio de que “tudo que não é permitido é proibido”, ou seja, só é permitido fazer o que a lei determina, logo, se a norma determina o benefício para o “Leite em Pó”, não cabe, portanto, qualquer ampliação para albergar outros produtos.

Diz que a equivocada interpretação da defesa, fls. 520, em relação ao caso concreto, amolda-se ao princípio do Direito Privado no qual “tudo que não proibido, é permitido”, ou seja, é permitido fazer tudo que a lei não proíbe. Sustenta que o argumento defensivo para respaldar sua pretensão, encontra-se eivado de interpretação dissociada da realidade dos fatos para estender o benefício fiscal concedido ao “Leite em Pó” para outros produtos que não o próprio.

Ressalta que a fabricação de qualquer produto alimentício, passa precedentemente pelo crivo fiscalizador e classificatório do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento, e como tal, os produtos objeto da autuação fiscal ora em lide, “Fórmula Infantil” e “Composto Lácteo” não foram classificados pelo órgão oficial retrocitado, como sendo “Leite em Pó”, logo, não se enquadram como beneficiários da Redução da Base de Cálculo concedida pelo Estado Bahia para o produto “Leite em Pó”.

Arremata enfatizando que não acata as razões defensivas apresentadas pelo autuado e reafirma a manutenção da Infração 02 em sua totalidade.

Em relação à Infração 03, ressalta que em virtude do autuado ter suprido o vício documental decorrente do não acostamento tempestivo das provas documentais em sua totalidade, apontado

na peça contestatória constante às fls. 463, diante das provas materiais ora trazidas ao processo, reconhece a procedência das alegações, ficando elidida a autuação fiscal alusiva às notas fiscais arroladas no Doc. 01, fl. 525, cujas cópias encontram-se acostadas às fls. 526 a 580. Menciona que foram efetuados os necessários expurgos no Anexo nº 15 que substituiu o originário Anexo nº 05 e produzido em substituição a ambos, o Anexo nº 18, fl. 607 a 609, devidamente corrigido.

Quanto à Infração 04, esclarece que em virtude do acatamento das alegações defensivas atinentes ao produto “Espetinho” e a refutação das razões de defesa alusivas aos produtos denominados pelo autuado, como sendo “Leite em Pó”, cujas sustentações acusatórias e defensivas promovidas foram devidamente exploradas nas Infrações nºs 01, 02 e 03, menciona que promoveu os expurgos devidos nos Anexos nºs 01, 02, 11, 15 e 16 e informa ter produzido em suas substituições os Anexos nºs 17, 18, 20, 19 e 21, respectivamente. Reafirma a manutenção parcial da Infração 03, tendo em vista o acatamento, tão-somente, das razões defensivas referentes à exclusão dos valores cobrados alusivos ao produto “Espetinho”;

Frisa que o rebatimento das pretensões do autuado, trazidas novamente através da sua manifestação, fls. 523 e 524, já foram sobejamente refutadas no item 7 da peça contestatória, fls. 465, e ora reafirmadas, mesmo tendo reconhecido e acatado parcialmente as alegações da defesa, quanto a juntada das notas fiscais constantes do Doc. 01 fls. 525, e da necessidade de expurgo das cobranças alusivas ao produto “Espetinho”, que culminaram com o acostamento ao processo de novos demonstrativos, constantes nos Anexos nºs 17, 18, 19, 20 e 21. Reafirma a manutenção da sua Informação Fiscal anterior, fls. 465, no que respeita às presentes alegações do autuado, excetuando o acatamento das razões defensivas supracitadas.

Afirma que procedeu às pertinentes correções em face do reconhecimento da procedência parcial das alegações do autuado, que culminaram com a efetivação dos necessários expurgos e refazimento dos anexos nºs 01, 02, 11, 15 e 16, que resultou em suas substituições os anexos nºs 17, 18, 20, 19 e 21, fls. 604 a 632. Destaca que também elaborou um novo Demonstrativo de Débito, fl. 634 e 635, que discrimina o valor remanescente de R\$221.116,07 a serem acrescidos dos consectários legais pertinentes, sendo que do total resultante deverão ser abatidos os valores reconhecidos e pagos.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Intimado para ciência da informação prestada pelo autuante, o contribuinte manifestou-se, fls. 643 a 646, reiterando todos os argumentos já aduzidos na defesa e na manifestação anterior.

Enfatiza especificamente seus argumentos atinentes às infrações 02 e 04 destacando que o dispositivo legal não se refere à espécie “leite em pó” constante da TIPI, refere-se, isto sim, ao gênero “leite em pó”, sem delimitação alguma prévia constante de classificações fiscais, e que, se o legislador quisesse assim prever poderia, mas não o fez.

Conclui reiterando também todos os pedidos já articulados nas peças anteriormente sem nada inovar.

O autuante ao tomar ciência da manifestação do autuado, fls. 643 a 645, afirma que não foi apresentado fato novo algum e reafirma a procedência parcial do Auto de Infração sustentada em suas informações anteriores.

Consta às fls. 514 e 515 extrato de pagamento parcial efetuado pelo sujeito passivo emitido pelo Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT.

VOTO

Inicialmente refuto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo por cerceamento de sua defesa sob a alegação de que *“A autuação, ora impugnada, é nula de pleno direito, em face*

da ausência de requisito formal essencial. É que a inscrição em dívida ativa NÃO APRESENTA fundamentação legal da correção monetária e dos acréscimos moratórios”. Resta evidenciado, por falta de amparo fático ou jurídico, que a eventual omissão de fundamentação legal atinente à correção monetária e dos acréscimos moratórios na inscrição em dívida ativa não tem o condão de inquinar de nulidade o Auto de Infração, haja vista que essa matéria não é objeto da acusação fiscal ora em lide. Constatado que ficou patente nos autos que as seis infrações se fizeram acompanhar plenamente da correta determinação da matéria tributável, do enquadramento legal e da tipificação das multas sugeridas, tanto é assim, que o sujeito passivo defendeu-se demonstrando ter pleno conhecimento fático e legal da acusação fiscal que lhe fora imputada. Logo, ante a inexistência nos autos de qualquer violação ao princípio da ampla defesa, fica rejeitada a nulidade suscitada.

No mérito, este Auto de Infração é constituído de 6 lançamentos. As infrações 05 e 06 não foram contestadas pelo sujeito passivo, logo, diante da inexistência de lide em torno do cometimento dessas infrações ficam mantidas.

A infração 01 cuida da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração e promove o recolhimento do montante reconhecido. Contestou a acusação fiscal, tão-somente, no que diz respeito às operações arroladas no levantamento fiscal com os produtos denominados “ESPETINHO” (Espetinho Coxinha Fgo Kg Boni; Espetinho Fgo 90 g São Mateus; Espetinho Fgo/Bacon 90 g e Espetinho Bov Carne maturada Kg Boni. Sustentou que as operações com essas mercadorias encontram-se sujeitas a substituição tributária e foram incluídas na apuração do débito pelo autuado.

Ao compulsar os elementos que fundamentam a exigência desse item, constato que, efetivamente, o item 9, do inciso II do art. 353 do RICMS-BA/97 contempla as operações com essas mercadorias que se constituem de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, portanto, devem ser excluídos do levantamento fiscal.

Depois de examinar o novo demonstrativo elaborado pelo autuante, que corretamente acolheu o argumento defensivo e procedeu à exclusão dos referidos itens, verifico que o valor do débito da infração 01 fica reduzido para R\$1.762,21, consoante discriminação da apuração, constante no Anexo 17, acostado às fls. 604 e 605, e demonstrativo de débito, à fl. 634. Concluo pela subsistência parcial da infração 01.

A infração 02 trata do recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O sujeito passivo, em sede de defesa, reconheceu o cometimento dessa infração em sua quase totalidade, promovendo, inclusive o recolhimento do valor reconhecido. Insurgiu-se apenas em relação a alguns itens arrolados no levantamento fiscal, por entender tratar-se de “Leite em Pó”. Mercadoria que, segundo seu entendimento, é alcançada pela redução de base cálculo estatuída no inciso XXI do art. 87 do RICMS-BA/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, a seguir reproduzido.

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

[...]

XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”

Inicialmente convém identificar efetivamente quais foram as mercadorias arroladas no levantamento fiscal e que foram objeto de impugnação pelo autuado. As mercadorias em questão são denominadas e classificadas pelo autuado em seu sistema de escrituração como sendo: LEITE INF 2 12 X 400G NESTOGENO; LEITE INF AR 400g NAN; LEITE INF NESTOGENO 1 400G NESTLE; LEITE INF NESTOGENO 2 400G NESTLE; LEITE INF PRO 12 X 400G NAN 2; LEITE INF PRO 3 X 400G NAN 1; LEITE INF PRO 400G NAN 1; LEITE INF PRO 400G NAN 2 e LEITE EM PÓ INST 200G PCT IDEAL. Verifica-se que em todas elas trazem em sua denominação a indicação “LEITE”.

Ao compulsar os autos verifico às fls. 457 a 508, que o autuante em sua informação fiscal, cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo, fls. 509 a 512, traz a colação cópias dos rótulos das mercadorias em questão, os quais, em momento algum foram questionados pela defesa. Logo, se depreende tratar-se efetivamente das mercadorias comercializadas pelo autuado e arroladas no levantamento fiscal.

Assim, fica patente que, de acordo com os rótulos colacionados às fls. 468 a 473, as mercadorias, ora em lide são: “NESTOGENO 2”, fl. 468; “NAN A.R.”, fl. 469; “NESTOGENO 1”, fl. 470; “NAN PRO 2”, fl. 471, “NAN PRO 1”, fl. 472 e IDEAL Composto Lácteo com óleo vegetal”, fl. 473. Exame minudente em todo o campo informativo dos aludidos rótulos não revela qualquer indicativo ou alusão de que esses produtos sejam “Leite em Pó”. Ao contrário, no rótulo do produto “IDEAL” consta expressamente “COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ”, e nos demais, verifica-se que é acrescentado ao nome comercial do produto a expressão “Fórmula Infantil com Ferro para Lactentes”. Acrescente-se a isso que, se tratando de produtos de origem animal e para consumo humano, as informações veiculadas em seus rótulos são, por medida de segurança alimentar e de saúde pública, rigorosamente controladas pelo Ministérios da Agricultura e da Saúde no sentido de somente fazer constar nos rótulos o real conteúdo e seu teor nutricional.

Somente a título de ilustração, registre-se como o MINISTÉRIO DA AGRICULTURA DO ABASTECIMENTO E DA REFORMA AGRÁRIA define “Leite em Pó”:

“PORTARIA Nº 146/1996.

REGULAMENTO TÉCNICO DE IDENTIDADE E QUALIDADE DE LEITE EM PÓ

1. ALCANCE

1.1. Objetivo

Fixar a identidade e as características mínimas de qualidade que deverá apresentar o leite em pó e o leite em pó instantâneo destinado ao consumo humano, com exceção do destinado a formulação para lactantes e farmacêuticas.

2. DESCRIÇÃO

2.1. Definição

Entende-se por leite em pó o produto obtido por desidratação do leite de vaca integral, desnatado ou parcialmente desnatado e apto para a alimentação humana, mediante processos tecnologicamente adequados.

[...]

2.3. Designação (denominação de venda)

O produto deverá ser designado "leite em pó integral", "leite em pó parcialmente desnatado" ou "leite em pó desnatado".

A palavra "instantânea" será acrescentada se o produto corresponder à designação.

9. ROTULAGEM.

Será aplicada a legislação específica.

Deverá indicar-se no rótulo de "leite em pó parcialmente desnatado" e "leite semi-desnatado" o percentual de matéria gorda correspondente.”

Do mesmo modo, o Secretário de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, através da Portaria nº 977/98, fixa a identidade e as características mínimas de qualidade a que devem obedecer as “Fórmulas Infantis para Lactentes” e as “Fórmulas Infantis de Seguimento”:

[...]

2.1. Definições

2.1.1. Considera-se Fórmula Infantis para Lactentes o produto em forma líquida ou em pó, destinado a alimentação de lactentes, sob prescrição, em substituição total ou parcial do leite humano, para satisfação das

necessidades nutricionais deste grupo etário. Excetuam-se as fórmulas destinadas a satisfazer necessidades dietoterápicas específicas.”

Pelo acima exposto, claramente infere-se que as mercadorias “NESTOGENO 2”, “NAN A.R.”, “NESTOGENO 1”, “NAN PRO 2”, “NAN PRO 1” e IDEAL Composto Lácteo com óleo vegetal”, ora em lide, não são “Leite em Pó”

Concordo com o argumento do autuado, quando aduziu que o termo, “Leite em Pó” constante do inciso XXI do art. 87 do RICMS-BA/97 comporta em seu significado a expressão de gênero. Entretanto, as espécies do gênero “Leite em Pó” consistem, tão-somente, em “Leite em Pó Integral”, “Leite em Pó Desnatado” e “Leite em Pó Semi-desnatado”. Descabendo assim, qualquer inclusão indevida sob o amparo do gênero de produtos derivados, mesmo que tenham essas mercadorias o leite em pó em sua composição.

Comungo com o entendimento de que o legislador, ao adotar a estrita expressão “Leite em Pó”, não pretendeu facultar ao aplicador da norma qualquer restrição ou ampliação do alcance do benefício de redução de base de cálculo a outras mercadorias por conexão ou similaridade. Ademais, tratando-se de isenção parcial como no presente caso, afigura-se impositiva a interpretação literal do dispositivo legal por força do art. 111 do CTN - Código Tributário Nacional.

Por tudo quanto exposto, concluo que não deve prosperar a pretensão do sujeito passivo de considerar as mercadorias “Fórmula Infantil” e “Composto Lácteo com Óleo Vegetal”, arroladas no levantamento fiscal, como sendo “Leite em Pó” previsto no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS-BA/97. Portanto, é descabida a redução de base cálculo pretendida e resta totalmente caracterizada a infração 02.

Quanto à infração 03 que apura utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação, o autuado também reconheceu parcialmente o cometimento. Aduziu, ao defender-se da parte não reconhecida, que a exigência apurada pela fiscalização decorreu de procedimento equivocado por ele cometido. Esclareceu que ao perceber que determinadas notas fiscais tinham sido emitidas equivocadamente, em vez de proceder ao seu cancelamento, emitiu outra nota fiscal de entrada para estorno daquela nota fiscal emitida equivocadamente, e realizando, posteriormente, a efetiva saída da mercadoria, com emissão de novo documento fiscal com a devida tributação aplicável. Redargüiu que, por esse motivo, a fiscalização considerou como apropriação indevida de crédito as notas fiscais de entradas por ele emitidas para retorno.

Para comprovar sua alegação, o autuado carrou aos autos cópias das notas fiscais, tanto as de saídas emitidas equivocadamente, quanto as de entradas correspondentes emitidas “à título de estorno”, conforme constam às fls. 445 a 452 e 525 a 580.

Depois de examinar os elementos constantes dos autos que materializam a acusação fiscal desse item, precipuamente as cópias das notas fiscais carreadas aos autos, constato que, apesar do autuado não ter efetuado a escrituração do estorno ou anulação do débito consoante regramento estatuído pelo art. 113 do RICMS-BA/97, restou comprovada a correlação unívoca [data e valor] entre as notas fiscais de saídas emitidas por equívoco do autuado e as correspondentes notas fiscais de entrada alegada, pela defesa como sendo emitida para anular o equívoco.

Diante disso, entendo que para as operações, cujas cópias das notas fiscais carreadas aos autos pelo impugnante comprovam o equívoco alegado, não se configurou a ocorrência da acusação fiscal de utilização indevida de crédito fiscal. Logo, devem essas operações ser excluídas do levantamento fiscal, e conseqüentemente, expurgado do débito originalmente lançado o valor a elas correspondente.

Ao compulsar os novos demonstrativos de apuração e débito elaborados pelo autuante, fls. 607 a 610 e 634, verifico que neles está consignada corretamente a exclusão supra referida, e por isso, acolho a redução do valor do débito da para R\$2.072,11. Infração 03 parcialmente caracterizada.

No que diz respeito à infração 04, o sujeito passivo reconheceu parcialmente o recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, refutando apenas a inclusão das operações com as mercadorias já tratadas nas infrações 01(“Espetinhos”) e na infração 02(“Leite em Pó”).

Como já abordado no enfrentamento às infrações 01 e 02, somente deve prosperar a pretensão do autuado em relação às operações com a mercadoria “Espetinho” arrolada na infração 01, tendo em vista que as mercadorias “Fórmula Infantil” e “Composto Lácteo”, infração 02, devem ser mantidas no levantamento fiscal, por não se tratar de “Leite em Pó”, conforme expressamente previsto no inciso XXI do art. 87 do RICMS-BA/97, descabendo, portanto, a redução da base de cálculo adotada pelo sujeito passivo.

Assim, acolho o novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, fl. 634, que, depois da exclusão das mercadorias “Espetinho”, conforme discriminada a apuração nos Anexos 17, 18, 19, 20 e 21, fls. 604 a 632, resta demonstrada a redução da exigência desse item para R\$98.273, 86.

Logo, a infração 04 é parcialmente subsistente.

Concluo, de acordo com o acima exposto, que o débito exigido no presente Auto de Infração passa de R\$264.135,66, para R\$221.116,07, conforme demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO		
INFRAÇÕES	A. I.	JUGAMENTO
01	1.872,60	1.761,21
02	63.666,50	63.666,50
03	39.708,50	2.072,11
04	103.545,67	98.273,86
05	48.321,77	48.321,77
06	7.020,62	7.020,62
TOTAIS	264.135,66	221.116,07

No que diz respeito à argumentação defensiva de que as multas indicadas são exorbitantes e confiscatórias, cabe observar que estas foram corretamente aplicadas ao caso da presente lide, eis que, expressamente estatuídas nos incisos II, “a” e “d”, VII, “a” do art. 42 da Lei 7.014/96. Por conseguinte, convém salientar que no âmbito administrativo não comporta discussão acerca de matéria que envolva a inconstitucionalidade do direito posto.

Quanto ao pedido do impugnante para que as intimações relativas ao presente feito sejam feitas em nome de Fabio Brun Goldschmidt, OAB/RS nº 44.441, devidamente constituído nos autos, e endereçadas à Rua Manoel de Andrade, 55 conj. 212 e 213, CEP 418810-815, no Município de Salvador-BA, ressalto que nada obsta o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Ressalto apenas que o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF-BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores pagos.

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 **206911.0001/12-3**, lavrado contra **WMS SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$214.095,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e “d”, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$7.020,62**, prevista no inciso IX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR