

A. I. Nº - 279862.0002/17-0
AUTUADO - MINERAL MINÉRIOS DA BAHIA LTDA.
AUTUANTE - JOÃO RICARDO TERCEIRO E BARRETO
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/06/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0049-01/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. ÁGUA MINERAL. Autuado conduz a sua defesa alegando precipuamente a inconstitucionalidade e ilegalidade da pauta fiscal utilizada pelo Estado da Bahia como base de cálculo. Existência de óbice intransponível à apreciação por parte desta Junta de Julgamento Fiscal de questão atinente à inconstitucionalidade e ilegalidade do ato normativo, no caso a determinação do artigo 125, incisos I e III do Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956/81, no sentido de que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. Inexistência de dúvida quanto à aplicabilidade da pauta fiscal nas operações de saídas realizadas com a mercadoria água mineral, haja vista que legalmente prevista. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 01/03/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$270.741,92, acrescido da multa de 150%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS, imputada ao autuado: *Deixou de recolher o ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.* Período de ocorrência: outubro, novembro e dezembro de 2016.

O autuado apresentou defesa (fls. 28 a 34). De início, diz o impugnante que a autuação tem por base uma presunção regulamentar *juris tantum* podendo, portanto, ser elidida pelo fato concreto. Acrescenta que em tese, por conta de uma informação fiscal de natureza regulamentar e *contra legem*, onde as operações de saídas internas de água mineral destinadas a contribuintes deveriam ter como base de cálculo das operações subsequentes, o valor indicado em Pauta Fiscal, cuja impossibilidade jurídica decorre de matriz inconstitucional.

Afirma que tal consideração restou firmada por liminar do juízo da Vara de Fazenda Pública da comarca da capital, nos autos do Mandado de Segurança nº 0576812-52.2016.805.0001, cuja cópia diz colacionar, tornando insubstancial a pretensão estatal, haja vista que baseada em norma inconstitucional.

Registra que a referida decisão fundou-se na argumentação onde o ICMS devido por antecipação, a base de cálculo deste imposto, por substituição, incidente sobre vendas mercantis deve ser a real, o montante do negócio efetivamente praticado, jamais a presumida, previstas em tabelas, elaboradas a partir de valores sugeridos ao público pelo fabricante ou o preço máximo de venda a varejo fixado por autoridade competente.

Acrescenta que a afirmativa acima decorre dos princípios da estrita legalidade da tributação, da

capacidade contributiva e da proibição do confisco, a prevalência do valor real da operação sobre o valor estimado.

Assinala que as pautas fiscais são admitidas, contudo, apenas como presunção relativa e nos casos do artigo 148 do Código Tributário Nacional, em que, mediante processo regular, se arbitre a base de cálculo, caso os documentos e as declarações prestadas pelo contribuinte sejam inidôneas, o que, segundo diz, não se aplica a espécie.

Aduz que mesmo que se admita, em casos de exceção essa estimativa, não se pode fugir da realidade que uma venda mercantil por preço superior e com maior margem de lucro do que a efetiva operação, sofreria uma carga tributária superior a uma outra realizada com menores preços e margem de lucro inferior.

Assevera que o Estado da Bahia, em afronta à Carta Magna, cria uma base imponível, via pauta fiscal, superior à realidade, inclusive restringindo o princípio da não-cumulatividade, já que é vedado ao contribuinte o creditamento do valor excedente ao das operações mercantis realizadas.

Consigna que no presente caso, a adoção da base de cálculo por estimativa do valor final de venda, ou seja, mediante Pauta Fiscal, deixam evidentes, na forma e valores utilizados, a legalidade (sic) da cobrança.

Observa que no ano de 2009 a Instrução Normativa nº 004/2009 estabeleceu que as saídas de água mineral das fontes de produção (indústria) ocorreriam com antecipação do ICMS, sendo que o valor da base de cálculo seria estabelecido em Pauta Fiscal. Acrescenta que para o garrafão de 20 litros a base seria de R\$2,20. Ou seja, ao vender o produto, o contribuinte substituto era obrigado a recolher pelo contribuinte substituído o ICMS no valor de R\$0,37 por antecipação. Já em 2013 com a edição da Instrução Normativa nº. 50/2013, a base de cálculo foi reajustada em mais de 150%, indo para R\$5,76 e, consequentemente, o ICMS para R\$0,97, num período em que a inflação sequer chegou a 10% acumulada.

Ou seja, mediante uma valoração unilateral do produto, o ente tributante majorou sua arrecadação de forma ilegal e injusta, apenas por deter o poder de estabelecer o valor da Pauta Fiscal. Afirma que foi um aumento irreal e que até a presente data não encontra guarida na realidade comercial do produto.

Ressalta que por conta da ilegalidade flagrante e destas distorções na formação do preço de mercadorias é que os tribunais pátrios vêm sendo uníssonos no julgamento. Diz que destes o STJ sumulou a matéria até recentíssimos julgados do TJBA, quanto a ilegalidade do modelo adotado. Reproduz ementas das decisões aduzidas.

Menciona que o Egrégio Tribunal de Justiça em decisões recentes sobre o tema, inclusive para empresas do mesmo ramo de atividade, por meio da AP em MS nº 0562395-65.2014.805.0001, julgada em outubro de 2016 e da AP em MS nº 0070347-02.2007.8.05.0001, além do MS nº 0341115-90.2012.805.0001, proferiu decisões irretocáveis, cujos excertos reproduz.

Afirma que a lavratura do presente Auto de Infração é mais uma demonstração de como o Poder Executivo, pura e simplesmente, faz das decisões judiciais tábula rasa e não edificante dos seus caminhos, haja vista que a muito tempo a forma de tributar, mediante Pauta Fiscal, é repudiada pelo melhor direito e continua a ser imposta aos contribuintes como se legalidade tivesse.

Diz que se a legalidade fosse implantada o Auto de Infração em lide sequer deveria ser lavrado, haja vista que aplicada a base de cálculo correta não há diferença de imposto a recolher nas operações objetos da autuação.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, caso entenda necessário este órgão julgador, a realização de revisão fiscal por autoridade estranha ao feito, onde restará provada toda a argumentação defensiva.

O autuante prestou Informação Fiscal (fl.60). Contesta a alegação defensiva. Diz que o impugnante

requer a improcedência do Auto de Infração sob o único fundamento de que a autuação está baseada em “norma ilegal”, pela aplicação de base de cálculo incorreta.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em exame, versa sobre o cometimento de conduta infracional imputada ao autuado, decorrente de falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Inicialmente, cumpre consignar que o pedido formulado pelo impugnante para realização de diligência resta indeferido, haja vista a desnecessidade de revisão fiscal por Auditor Fiscal estranho ao feito, conforme pretendido. Os elementos que compõem o presente processo se apresentam suficientes para a análise e decisão da lide.

Assim sendo, indefiro o pedido de diligência com fulcro no art. 147, I, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, verifico que apesar de a conduta infracional imputada ao autuado estar descrita no Auto de Infração como falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, na realidade, em conformidade com os demonstrativos elaborados pelo autuante, acostados às fls. 06 a 19 dos autos, o autuado efetuou o recolhimento a menos do ICMS retido referente aos fatos geradores objetos da autuação.

Vale dizer que o autuado apurou o ICMS devido por substituição tributária, emitiu o respectivo documento fiscal, contudo, efetuou o recolhimento do ICMS retido a menos, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante, cujas colunas apontam o número da Nota Fiscal, a data de emissão, o valor contábil, a base de cálculo, o valor do ICMS, o valor do ICMS ST e a chave de acesso.

Observo que o impugnante conduz a sua defesa, alegando precipuamente a inconstitucionalidade e ilegalidade da pauta fiscal utilizada pelo Estado da Bahia como base de cálculo.

Por certo, existe um óbice intransponível que afasta a apreciação por parte desta Junta de Julgamento Fiscal, a questão aduzida pelo impugnante atinente à inconstitucionalidade e ilegalidade do ato normativo referente à pauta fiscal, no caso a determinação do artigo 125, incisos I e III do Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956/81, no sentido de que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo, emanado de autoridade superior.

Assim dispõe o referido dispositivo legal:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

[...]

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Portanto, não cabe a esta Junta de Julgamento Fiscal, apreciar tal questionamento aduzido pelo impugnante.

Entretanto, cabe consignar que a fixação da base de cálculo do ICMS mediante pauta fiscal encontra-se prevista expressamente na Lei nº 7.014/96, precisamente no seu artigo 19, conforme abaixo reproduzido:

Art. 19. A base de cálculo do ICMS poderá ser fixada mediante pauta fiscal, de acordo com a média de preços praticados no Estado, para efeito de pagamento do imposto, quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado ou quando for difícil a apuração do valor real da operação ou

prestação:

Os §§ 1º e 3º do mesmo dispositivo legal assim dispõem:

§ 1º O imposto será sempre lançado pela pauta fiscal nas operações previstas em regulamento.

[...]

§ 3º A pauta será fixada mediante ato do Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda.

Já o RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, estabelece no seu artigo 289, que ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento. As águas minerais estão arroladas no referido Anexo 1.

O § 11, inciso VI, do mesmo artigo 289 determina o seguinte:

Art. 289

[...]

§ 11. A base de cálculo da substituição tributária nas operações com as mercadorias a seguir indicadas será o valor fixado em pauta fiscal:

[...]

VI - águas minerais e refrigerantes, para os contribuintes substitutos localizados neste estado, desde que possuam Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), para observação de critérios relativos ao cumprimento de obrigações tributárias;

Portanto, inexiste dúvida quanto à aplicabilidade da pauta fiscal nas operações de saídas realizadas com a mercadoria água mineral, haja vista que legalmente prevista.

Cabe observar, que o ICMS retido foi cobrado pelo autuado do substituto/adquirente da mercadoria (água mineral), portanto, quem arcou com o ônus do tributo foi o destinatário, não cabendo ao autuado deixar de recolher o imposto retido sob pena de enriquecimento sem causa.

Quanto à alegação defensiva atinente às decisões judiciais aduzidas na peça defensiva, certamente que tais decisões não têm efeito vinculante, desse modo, não se aplicam ao caso em lide.

Diante do exposto, a infração é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279862.0002/17-0**, lavrado contra **MINERAL MINÉRIOS DA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$270.741,92**, acrescido da multa 150%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR