

A. I. N° - 274068.0023/18-0
AUTUADO - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEPE COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 13/08/2020

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0105-03/20-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Ficou caracterizado recolhimento a menos do imposto, em razão de o autuado ter realizado operações com equívocos na apuração do imposto devido, em desacordo com o previsto na legislação, conforme apurado no levantamento fiscal. Os cálculos foram refeitos, mediante revisão efetuada pela autuante, ficando reduzido o débito originalmente apurado. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/09/2018, refere-se à exigência de R\$1.127.859,56 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência de recolhimento efetuado a menos do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a dezembro de 2014; fevereiro a dezembro de 2015. Infração 07.01.02

O autuado apresentou impugnação às fls. 39 a 63 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e informa que atua no ramo de Comércio atacadista de mercadorias alimentícias em geral, recolhendo todos os tributos vinculados a sua atividade empresarial, dentre os quais o ICMS.

Diz que não pode concordar com o presente Auto de Infração, por entender que o montante exigido não é devido, servindo a impugnação para anular o crédito tributário indevidamente constituído.

Preliminarmente, informa que a infração ora impugnada já foi devidamente justificada em diligência anterior à elaboração do presente Auto de infração. Todas as alegações sustentadas pela Fiscalização não encontram fundamento diante da documentação fiscal apresentada, uma vez que restou amplamente demonstrado na diligência em comento que não houve infração à lei por parte do impugnante.

Ressalta que outras anteriores diligências foram realizadas em relação a operações idênticas que compõem o Auto de Infração ora impugnado, contudo, nessas outras situações, a fiscalização não aplicou o mesmo entendimento, o que ofende o art. 146 do CTN. Afirma que, desta feita, cabe a anulação da autuação, por entender que não possui base fática, em razão dos documentos já apresentados na diligência anterior à constituição do crédito tributário, demonstrarem amplamente que nenhum tributo adicional é devido.

Reproduz o art. 142 do Código Tributário Nacional, ressaltando que a autoridade administrativa tem o dever de buscar a “verdade material”, visando garantir a legalidade tributária estrita e vinculada à lei tributária, visando garantir a legítima constituição do crédito tributário pleiteado, de maneira a permitir que o contribuinte autuado possa verificar a veracidade dos fatos e, consequentemente, defender-se mediante impugnação.

Afirma que os fatos alegados pela fiscalização no auto ora impugnado não revelam a real verdade, mas, tão somente, evidenciam que a autoridade fiscal não os investigou, e de forma não vinculada, mas discricionária, fez apontamentos sem fundamentos factuais.

Transcreve o art. 2º do RPAF-BA/99 e alega que no presente auto de infração denota-se a ausência de uma clara motivação por parte da Fiscalização, vez que houve a imputação a infração por meio de justificativa infundada, aplicando uma forma diversa de apuração do tributo, o que ocasionou na diferença paga e na infração ocorrida.

Conclui que merece anulação o auto impugnado por inexistência de suporte fático necessário e imprescindível para o lançamento. Pede a nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa e inadequação da capitulação.

Comenta sobre os princípios da legalidade, da tipicidade, e diz que o tema “nulidade” transcende a discussão *in concreto* do lançamento tributário e assume a feição de ferramenta de controle da legalidade do ato administrativo fiscal. Significa dizer que o Poder Público deve agir conforme lhe prescreve a Lei. Diz que a infração fixada no Auto de Infração possui fundamentação genérica.

Reproduz os dispositivos indicados no enquadramento legal exposto na infração combatida, afirmando que tais dispositivos legais indicados são demasiadamente genéricos não remetendo diretamente à uma infração cometida pelo Impugnante. Diz que estes artigos são genéricos e não permitem relacioná-los com a suposta infração cometida, uma vez que apenas demonstra a incidência, a forma e a data do pagamento do tributo.

Diante dessa falta de tipicidade decorrente do uso genérico de dispositivos legais, afirma ser incontestável a nulidade do lançamento que possui falta de correlação entre a descrição da infração e o artigo tido por infringido, pois este vício causa cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, que não sabe ao certo do que se defender, ofendendo o artigo 5º, LV da CF/88.

Diz que o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (Decreto nº 7.629/99) dispõe em seu artigo 18, IV, “a”, que será nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Afirma que no caso em análise, é evidente que a fundamentação genérica impede a determinação da infração com segurança, e esse entendimento foi adotado em inúmeras decisões de órgãos administrativos, como exemplos que citou.

Também alega que a autuação fiscal não procede, uma vez que o Fisco deixou de considerar diversas hipóteses às quais não ensejariam o lançamento da obrigação tributária. Dentre elas destaca: (I) o regular recolhimento do tributo; (II) a utilização de alíquota incorreta pelo Fisco e de MVA diversa ao determinado no diploma legal; (III) o acréscimo de MVA em valores cuja base de cálculo é pautada pela SEFAZ-BA; (IV) utilização de valor de pauta diverso ao constante na tabela da SEFAZ-BA, como demonstra a planilha anexa (CD Digital - Pág. 498).

Quanto ao regular recolhimento do tributo, menciona que as mercadorias listadas às fls. 53/56 já tiveram o ICMS-ST devidamente recolhido, conforme memória de cálculo e guia (fls. 35 a 489), sendo sua exigência por parte do Fisco uma incorreção que macula o presente lançamento em sua integralidade.

Sobre a utilização de alíquota incorreta pelo Fisco, alega que a Fiscalização aplicou percentual de MVA diverso ao determinado por lei, o qual resulta em obrigação muito superior à qual o impugnante deveria pagar, conforme indicou à fl. 56.

Em relação às mercadorias que não estão sujeitas à substituição tributária, alega que no presente caso, houve incidência de ICMS-ST sobre mercadorias que sequer estão sujeitas ao regime da substituição tributária, conforme indicou à fl. 57 do PAF.

No que se refere à aplicação do preço de Pauta Fiscal incorreto, alega que a aplicação do preço de Pauta Fiscal diverso ao determinado, afeta diretamente a base de cálculo do lançamento, motivo

esse que enseja a anulação da autuação, ante o disposto no artigo 18, IV, “a”, do RPAF/BA. Diz que as situações às quais ocorreram a aplicação incorreta do preço determinado na Pauta Fiscal são as indicadas à fl. 58, conforme a Pauta Fiscal em anexo (Pág. 490 a 495).

Quanto a aplicação indevida de MVA em produtos com o preço determinado pela Pauta Fiscal, diz que tal aplicação se mostra indevida, uma vez que nos termos do disposto no caput do artigo 490-B do RICMS/BA, a “média ponderada de preços praticados no mercado, fixada em pauta fiscal específica, deverá ser utilizada como base de cálculo da substituição ou antecipação tributária. Tal determinação deriva de regulação presente no Protocolo ICMS 50/2005, mais especificamente em sua Cláusula Segunda que determina as margens de valor agregado dos produtos presentes na Pauta Fiscal do Ato COTEPE nº 28/2015.

Diz ser possível verificar, que o próprio CONFAZ já determina os percentuais de MVA aplicados nas hipóteses de Pauta Fiscal e, ao determinar o preço do produto na Pauta Fiscal, o faz já estabelecendo o percentual de MVA a ser aplicado ao caso. Indica as mercadorias sujeitas à Pauta Fiscal, as quais houve a indevida inclusão de MVA.

Apresenta outras situações que implicam na incorreção do Auto de Infração. Diz que além das situações anteriormente mencionadas, há ainda outras operações que maculam o levantamento fiscal, levando à anulação do Auto de Infração, conforme indicou às fls. 60/61 do PAF.

Afirma que as hipóteses descritas maculam o Auto de Infração lançado, criando uma dúvida quanto à base de cálculo a ser aplicada nas operações em questão, o que remete à anulação da presente autuação, pela imprecisão na determinação na base de cálculo, impossibilitando, assim, saber qual a infração ocorrida no presente Auto.

Caso este Órgão Julgador considere não ser possível anular o auto de infração em sua integralidade, o impugnante entende ser necessária a realização de diligência fiscal para a apuração correta da infração. Diz que tal condição é possibilitada pelo art. 123, § 3º, do RPAF-BA/99, que estabelece a possibilidade de baixar os autos para a realização de diligência.

Diz que o supramencionado dispositivo remete ao art. 145 do mesmo diploma legal, e no presente caso, fica evidente a necessidade de realização de diligência fiscal para apuração correta da infração, em especial dos valores, para evitar a ocorrência de cerceamento da defesa da impugnante, violando, assim, o disposto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

Pleiteia a total anulação do Auto de Infração, afastando a cobrança de créditos de ICMS. Pede que seja acolhida a preliminar de nulidade apontada, tendo em vista a alteração no procedimento de fiscalização em relação a outras diligências já realizadas quanto a operações idênticas (art. 146, CTN).

Subsidiariamente, ultrapassada a preliminar, pede que sejam acolhidas as prejudiciais de mérito quanto à violação ao princípio da verdade material, específico das impugnações administrativas, bem como, do cerceamento de defesa, decorrente da violação ao princípio da tipicidade tributária, estrita legalidade tributária e reserva de lei, em face da total falta de correlação de fundamentos legais com os fatos supostamente apontados.

Na remota hipótese de ultrapassadas a preliminar e as prejudiciais, no mérito, entende que a anulação do Auto de Infração é medida que se impõe, em razão de erros na apuração do ICMS, o qual a Fiscalização utilizou referência diversa a corretamente utilizada, fato este que gerou a suposta infração.

Caso a autoridade julgadora entenda que os elementos comprobatórios aqui anexados, ou juntados pela fiscalização, não são suficientes para sua acertada decisão, que o julgamento seja revertido em diligência, visando apontar e aferir a legalidade e regularidade das operações ora impugnadas.

A autuante presta informação fiscal às fls. 537 a 562 dos autos, esclarecendo que antes da autuação foi enviado *e-mail* informando as inconsistências para análise do contribuinte e

solicitando retorno em caso de dúvida ou divergência (fl. 7), porém, não houve manifestação por parte do contribuinte.

Também informa que foi enviado *e-mail* (fl. 8), questionando se existe alguma autuação não identificada pela auditoria ou denúncia espontânea que trate sobre a inconsistência informada. Mais uma vez não houve manifestação por parte do contribuinte.

Sobre a alegação defensiva de violação ao princípio da verdade material, diz que não procede, porque nas folhas 1 a 2 se encontram as descrições das infrações com o devido enquadramento e multas aplicadas, atendendo ao que determina o art. 18 do RPAF-BA/99, e os anexos foram entregues ao contribuinte conforme folhas 17 a 32. As planilhas são claras e objetivas. Contém diversas informações sobre as operações como data, número do documento, CFOP, código do produto, descrição do produto, NCM, preço e todas as informações necessárias para a demonstração das infrações.

Também informa que os anexos 1 a 8 demonstram os valores reclamados. Constam no auto os documentos e provas, a escrita fiscal e notas fiscais constantes no arquivo magnético (folhas 31 e 32). Estes documentos comprovam os dados dos anexos 1 a 8. Os valores reclamados na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pelo próprio autuado, e em momento algum o impugnante questionou as informações da EFD.

Conclui que não houve cerceamento de defesa, pois o lançamento fiscal foi realizado conforme as normas da SEFAZ/BA, e deve representar as irregularidades encontradas.

Sobre a nulidade por cerceamento de defesa e inadequação da capitulação do auto, afirma que a alegação não prospera, pois os demonstrativos 1 a 8 e folhas 17 a 32 comprovam a análise da documentação. O auto de infração seguiu o que estabelece os dispositivos legais: art. 129, § 1º, III COTEB, Lei nº 3.956/81, art. 142 do CTN e art. 5º, LV, da CF., e a impugnação do deficiente é prova de que ele entendeu as infrações e não houve cerceamento de defesa.

Quanto ao argumento de que houve regular recolhimento do imposto, informa que o autuado foi intimado para apresentar os DAEs, conforme folhas 10 a 16; a fiscalização usou a metodologia somando tudo que deveria ser pago em um mês, referente a todas as mercadorias sujeitas a ST e abatendo o valor pago.

Em seguida, a autuante analisa as alegações defensivas e as notas fiscais mencionadas pelo Contribuinte, fazendo as observações em relação a cada documento analisado:

Ano de 2014:

NF 362.883, folha 78, refere-se à devolução da NF 12.242, folha 79. A devolução não altera a fórmula de cálculo. Cabe ao deficiente requerer o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, se o fato gerador presumido não chegar a se realizar.

Os valores dos DAEs já estão inclusos no ANEXO 1, na coluna D, para o mês de janeiro/2014, folha 17, conforme demonstrativo do anexo 4, folha 22 e mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

O DAE da folha 92, valor R\$ 1.516,58, NF 69.905, antes considerado para o pagamento do mês de janeiro/14, foi transferido para o pagamento do mês de fevereiro/2014 no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DAEs incluídos no ANEXO 1, na coluna D, para o mês de fevereiro/2014, folha 17, conforme demonstrativo do anexo 4 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

GNREs incluídas no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL, para o mês de fevereiro/2014.

DAE incluído no ANEXO 1, na coluna D, para o mês de março/2014, folhas 17, conforme demonstrativo do anexo 4 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAE código de receita 1.187 - ICMS SUBST TRIBUTARIA POR OPERAÇÃO CONT INSCR, incluído no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL, para o mês de março/2014.

DAE folha 128, valor R\$ 1.037,83, NF 164.458, antes considerado para o pagamento do mês de março/14, foi transferido para o pagamento do mês de abril/2014 no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DAEs inclusos no ANEXO 1, na coluna D, para o mês de abril/2014, folha 17, conforme demonstrativo do anexo 4 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAEs código de receita 1.187 - ICMS SUBST TRIBUTARIA POR OPERAÇÃO CONT INSCR, foram incluídos no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL, para o mês de abril/2014.

DAEs incluídos no ANEXO 1, na coluna D, para o mês de maio/2014, folha 17, conforme demonstrativo do anexo 4 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

GNREs incluídas no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL, para o mês de maio/2014.

DAEs incluídos no ANEXO 1, na coluna D, para o mês de junho/2014, folhas 17, conforme demonstrativo do anexo 4 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

GNREs incluídas no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL, para o mês de junho/2014.

DAEs incluídos no ANEXO 1, na coluna D, para o mês de julho/2014, folha 17, conforme demonstrativo do anexo 4 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

GNREs incluídas no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL, para o mês de julho/2014.

DAEs incluídos no ANEXO 1, na coluna D, para o mês de agosto/2014, folha 17, conforme demonstrativo do anexo 4 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAEs antes considerados para o pagamento do mês de julho/14, foram transferidos para o pagamento do mês de agosto/2014 no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DAEs código de receita 2.141 - ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTARIA ADIC.FUNDO POBREZA, foram incluídos no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL, para o mês de agosto/2014.

GNREs incluídas no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL, para o mês de agosto/2014.

DAEs incluídos no ANEXO 1, na coluna D, para o mês de setembro/2014, folha 17, conforme demonstrativo do anexo 4 na mídia, folhas 31. Não há correção a ser feita.

DAE antes considerado para o pagamento do mês de agosto/14, foi transferido para o pagamento do mês de setembro/2014 no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL.

GNREs incluídas no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL, para o mês de setembro/2014.

DAEs inclusos no ANEXO 1, na coluna D, para o mês de outubro/2014, folhas 17, conforme demonstrativo do anexo 4 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAEs antes considerados para o pagamento do mês de setembro/14, foram transferidos para o pagamento do mês de outubro/2014 no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL.

GNREs incluídas no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL, para o mês de outubro/2014.

DAEs incluídos no ANEXO 1, na coluna D, para o mês de novembro/2014, folha 17, conforme demonstrativo do anexo 4 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAEs antes considerados para o pagamento do mês de outubro/14, foram transferidos para o pagamento do mês de novembro/2014 no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL.

GNREs incluídas no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL, para o mês de outubro/2014.

NF 432.853, folha 316, refere-se à devolução. A devolução não altera a formula de cálculo. Cabe ao defensor requerer o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, se o fato gerador presumido não chegar a se realizar.

DAEs incluídos no ANEXO 1, na coluna D, para o mês de dezembro/2014, folha 17, conforme demonstrativo do anexo 4 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAEs antes considerados para o pagamento do mês de novembro/2014, foram transferidos para o pagamento do mês de dezembro/2014 no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL.

GNREs incluídas no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL, para o mês de outubro/2014.

A existência das GNREs foi confirmada através do sistema SIGAT.

Ano de 2015:

DAE incluído no ANEXO 5, na coluna D, para o mês de fevereiro/2015, folha 24, conforme demonstrativo do anexo 8 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAE incluído no ANEXO 5, na coluna D, para o mês de março/2015, folha 24, conforme demonstrativo do anexo 8 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAE incluído no ANEXO 5, na coluna D, para o mês de abril/2015, folha 24, conforme demonstrativo do anexo 8 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAEs incluídos no ANEXO 5, na coluna D, para o mês de maio/2015, folha 24, conforme demonstrativo do anexo 8 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAEs incluídos no ANEXO 5, na coluna D, para o mês de junho/2015, folha 24, conforme demonstrativo do anexo 8 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAE antes considerado para o pagamento do mês de maio/15, foi transferido para o pagamento do mês de junho/2015 no ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DAEs incluídos no ANEXO 5, na coluna D, para o mês de julho/2015, folha 24, conforme demonstrativo do anexo 8 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAEs antes considerados para o pagamento do mês de junho/15, foram transferidos para o pagamento do mês de julho/2015 no ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DAEs estão incluídos no ANEXO 5, na coluna D, para o mês de agosto/2015, folha 24, conforme demonstrativo do anexo 8 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAE abaixo, antes considerado para o pagamento do mês de julho/15, foi transferido para o pagamento do mês de agosto/2015 no ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DAE abaixo refere-se a NF 245.390, que não consta do ANEXO 14 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL. Portanto este DAE foi excluído do ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DAE estão incluídos no ANEXO 5, na coluna D, para o mês de setembro/2015, folha 24, conforme demonstrativo do anexo 8 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAE antes considerado para o pagamento do mês de agosto/15, foi transferido para o pagamento do mês de setembro/2015 no ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DAE referente notas fiscais que não constam do ANEXO 14 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL. Portanto estes DAEs foram excluídos do ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DAE incluídos no ANEXO 5, na coluna D, para o mês de outubro/2015, folha 24, conforme demonstrativo do anexo 8 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAEs referentes notas fiscais, que não constam do ANEXO 14 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL. Portanto, estes DAEs foram excluídos do ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DAEs incluídos no ANEXO 5, na coluna D, para o mês de novembro/2015, folha 24, conforme demonstrativo do anexo 8 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

DAE antes considerado para o pagamento do mês de outubro/15, foi transferido para o pagamento do mês de novembro/2015 no ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DAEs antes considerados para o pagamento do mês de novembro/15, foram transferidos para o pagamento do mês de dezembro/2015 no ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

Sobre as notas fiscais que são referentes à devolução da NF 4664, afirma que a alegação não procede, pois a devolução não altera a formula de cálculo. Cabe ao defendant requerer o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, se o fato gerador presumido não chegar a se realizar. A NF 4664 deu entrada em 06/11/2015 e o vencimento é 25/12/2015 e algumas devoluções ocorreram após a data de vencimento.

DAE incluído no ANEXO 5, na coluna D, para o mês de dezembro/2015, folha 24, conforme demonstrativo do anexo 8 na mídia, folha 31. Não há correção a ser feita.

Quanto à utilização de MVA diversa ao determinado no diploma legal no Anexo 2, analisa as alegações defensivas:

NESTLE PUREZA VITAL WATER PT PET S/GAS 6X1500ML BR – Foi aplicado MVA de 139,78%, quando o correto é 119,61%, conforme item 2.3 do Anexo 1 do RICMS. Este item foi corrigido no ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL.

BABY CHANDON RESERVE BRUT 187 ML, BABY CHANDON RESERVE BRUT 187 ML, CHANDON PASSION ROSE 750 ML C/3 CARTUCHOS, CHANDON RESERVE BRUT 375 ML, CHANDON RESERVE BRUT 750 ML, CHANDON RESERVE BRUT 750 ML C/3 CARTUCHOS, CHANDON RESERVE BRUT 750 ML COM 2 TACAS COLORIDAS, CHANDON RESERVE BRUT PACK GF 1500 ML, CHANDON RESERVE BRUT PACK GF 750ML, CHANDON RICHE DEMI-SEC 750 ML C/ 3 CARTUCHOS, ESP TERRANOVA BRUT 6X750ML, EXCELLENCE ROSE CUVEE PRESTIGE 750 ML COM ESTOJO e VEUVE CLICQUOT 750 ML PONSARDINE 2; ESP TERRANOVA MOSCATEL 6X750ML; ALTOS DEL PLATA CHARDONNAY, ALTOS DEL PLATA SYRAH 750 ML, LATITUD 33 MALBEC 750ML, LATITUD 33 MALBEC 750ML e TERRAZAS RESERVA CHARDONNAY 750 ML – Foi aplicado MVA de 64,39%, quando o correto é 36,37%, conforme item 5.4 do Anexo 1 do RICMS. Estes itens foram corrigidos no ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL.

HENNESSY V.S.O.P. 700 ML C/CARTUCHO e BELVEDERE PURE 700 ML. Tem o NCM 2208, alíquota de 7% e pertence ao item 5.2 ou 5.5, portanto está correto o MVA de 64,40%. O defendente alega que a fiscalização não levou em consideração a MVA de 20% conforme item 33.1 do Anexo 1, RICMS, que diz: Macarrão e outras preparações similares não cozidas. E também não utilizou a alíquota interna para Massas de 7% conforme Lei 7.014/96, Art. 16, inciso I, letra "a". Memória de cálculo e comprovante de pagamento em anexo. A correção foi feita no ANEXO 12 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS DO PROTOCOLO ICMS 50/05 -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL e ANEXO 15 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS DO PROTOCOLO ICMS 50/05 -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

ALKLIN ESPONJA DE LA DE ACO 40G C/6 UN. FD/180 – MVA foi corrigida para 51,27% no ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DESINFETANTE MINUANO - MVA foi corrigida para 57,56% no ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL.

Sobre a alegação de mercadoria que não se enquadra na substituição tributária, analisa as alegações defensivas:

CARRE SHORT, COSTELA OVINA, PALETA OVINA e PERNIL SEM OSSO – Têm NCM 0204, portanto estão incluídos no item 34 do Anexo 1 do RICMS/BA. Não existe correção para ser feitas para estes itens.

JAMON SERRANO C/OSSO +18 MESES; JAMON SERRANO FATIADO; COXAO DURO 6X5 KG JB QSS, DIANTEIRO COMPLETO JB 500GRS *REAL SABOR* LAMINADO, DIANTEIRO COMPLETO JB 6 X 5 KG * REAL SABOR - Têm NCM 0210, portanto estão incluídos no item 34 do Anexo 1 do RICMS/BA. Não existe correção para ser feitas para estes itens.

J. BEEF LAGARTO PLANO - 06 X 5, JERKED BEEF DIANTEIRO - 06 X 5, JERKED BEEF DIANTEIRO - 60 X 500, JERKED BEEF P.A. - 06 X05 e JERKED BEEF P.A. - 60 X 500 – Estas mercadorias são exceção para o item 34 do Anexo 1 do RICMS/BA a partir de 01/12/2014. Portanto só a mercadoria J. BEEF LAGARTO PLANO - 06 X 5 foi excluída do ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL.

CER BAR MORANGO LIGHT C/CHOC 24X25G – Este item tem NCM 1806.32.20 e se enquadra no item 11 do Anexo 1 do RICMS/BA. Mesmo tendo cereal, mas tendo chocolate e NCM 1806.32.20 está sujeito a ST. Não há correção a fazer neste item.

AMENDOIM RANNER 50 KG, NCM 2008.11.00 – Segundo a impugnante esse amendoim é cru, destinado para fins culinários, não é salgado, nem aperitivo, ou seja, não se enquadra na ST. Não há comprovação da alegação. Não há correção para este item.

Quanto ao argumento defensivo de utilização de valor de pauta diverso ao constante na tabela da SEFAZ/BA, analisa as alegações defensivas:

BISTECA A (COPA LOMBO) CONG. 8 KG – Segundo a defendente a pauta correta é R\$ 7,78 em vez de R\$ 10,60 destacado pela fiscalização e que o produto é CARRE. Não tem na pauta o item bisteca, mas tem item copa/lombo, com pauta de R\$ 8,50 e lombo com pauta de R\$ 10,60. A pauta foi corrigida para R\$ 8,50 no ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL.

PE SALGADO 10 KG – Segundo a defendente a pauta correta é R\$ 7,78 em vez de R\$ 10,60 destacado pela fiscalização e que o produto é CARRE. Creio que indevidamente a recorrente copiou a alegação do item acima. O PE SALGADO que estava com a pauta de R\$ 1,50 foi corrigido para pauta

Sobre mercadorias sujeitas a MVA ou pauta – 2014, analisa as alegações defensivas:

MASCARA SALGADA 10 KG – Segundo a impugnante, conforme planilha das folhas 535, este produto não tem pauta. Esta correção foi feita no ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL

RABO SALGADO 10 KG - Segundo a defendente a pauta correta é R\$ 6,92 em vez de R\$ 14,18 destacado pela fiscalização. A pauta foi corrigida para R\$ 6,92 no ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL.

Ressalta que o impugnante alega que foi aplicado MVA em produtos com o preço tabelado pela Pauta Fiscal nos ANEXOS 3 e 7. Diz que a alegação não procede, pois a fiscalização segue o que determina a Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 50/05, e esta informação consta na descrição da infração 2.

GRANFIL BRIGADEIRO 1,100 KG – O impugnante alega que não houve entrada dessa mercadoria no estoque. A alegação não procede conforme NF 39794.

BABY CHANDON BRUT ROSE 187 ML, BABY CHANDON RESERVE BRUT 187 ML, BABY CHANDON RESERVE BRUT WHISH LIST, BABY CHANDON RICHE DEMI-SEC 187 ML, CHANDON BRUT ROSE 750 ML, CHANDON BRUT ROSE 750 ML C/ 3 CARTUCHOS, CHANDON PASSION ROSE 750 ML C/3 CARTUCHOS, CHANDON PASSION ROSE 750 ML EDICAO LIMITADA, CHANDON RESERVE BRUT 375 ML, CHANDON RESERVE BRUT 750 ML, CHANDON RICHE DEMI-SEC 750 ML C/ 3 CARTUCHOS, DOM PERIGNON VINTAGE 2004 750 ML COM ESTOJO, DOM PERIGNON VINTAGE 750 ML LUMINOUS LABEL, ESP TERRANOVA BRUT 6X750ML, EXCELLENCE CUVEE PRESTIGE 750 ML, EXCELLENCE ROSE CUVEE PRESTIGE 750 ML COM ESTOJO, MAGNUM CHANDON BRUT ROSE 1500 ML, MAGNUM CHANDON RESERVE BRUT 1500 ML, MOET BRUT IMPERIAL 750 ML BUBBLY BAG, MOET ICE IMPERIAL 750 ML, MOET IMPERIAL BRUT 750 ML DIAMONT SUIT, MOET NECTAR IMPERIAL 750 ML C/CARTUCHO, MOET NECTAR IMPERIAL 750 ML DIAMOND SUIT, MOET ROSE IMPERIAL 750 ML BLACK TIE BOX, MOET ROSE IMPERIAL 750 ML BLACK TIE SUIT, MOET ROSE IMPERIAL 750 ML C/CARTUCHO, MOET ROSE IMPERIAL 750 ML DIAMONT SUIT, VEUVE CLICQUOT 750 ML CLUTCH, VEUVE CLICQUOT BRUT 750 ML, VEUVE CLICQUOT BRUT 750 ML MAIL BOX, VEUVE CLICQUOT DEMI-SEC 750 ML C/CARTUCHO, VEUVE CLICQUOT ROSE 750 ML C/CARTUCHO, VEUVE CLICQUOT ROSE 750 ML COUTURE BOX e VEUVE CLICQUOT ROSE 750 ML COUTURE KIT COM 2 TACAS - De acordo com o defendente os itens têm redução na base de cálculo de 55,55% conforme o Artigo 268, inciso XXXVII, do RICMS, com efeitos de 01/01/14 a 30/09/16). A redução da base de cálculo é para vinho produzido no Brasil, não inclui espumante. Não há correção para fazer nestes itens.

ALTOS DEL PLATA CABERNET SAUVIGNON 750 ML, ALTOS DEL PLATA CHARDONNAY, ALTOS DEL PLATA SYRAH 750 ML, CLOUDY BAY PINOT NOIR 750 ML, CLOUDY BAY SAUVIGNON BLANC 750 ML, CYT MARQUES C. SAUV 750 12U 2012 LATAM, CYT MARQUES CARM 750 12U 2012 LATAM, CYT RVADO MALBEC 12U 750 VCT-B 13, LATITUD 33 CABERNET SAUVIGNON 750ML, LATITUD 33 CHARDONNAY 750ML, LATITUD 33 MALBEC 750ML, NUMANTHIA 750 ML, TERRAZAS RESERVA CAB.SAUVIGNON 750ML, TERRAZAS RESERVA CHARDONNAY 750 ML, TERRAZAS RESERVA TORRONTES 750 ML, VHO ALMADEN MERLOT 12X750ML, VHO ALMADEN SAUVIGNON BLANC 12X750ML, VHO MIOLO RESERVA CABERNET SAUVIGNON 6X750ML, VHO MIOLO RESERVA CHARDONNAY 6X750ML, VHO MIOLO RESERVA SAUVIGNON BLANC 6X750ML, VHO MIOLO RESERVA TEMPRANILLO 6X750ML, VHO MIOLO SELECAO CABERNET/MERLOT 12X750ML, VHO QUINTA SEIVAL CASTAS PORTUGUESAS 6X750ML 11, VHO RAR 6X750ML 08, VHO RAR COLLEZIONE PINOT NOIR 6X750ML 12 e VHO RAR COLLEZIONE PINOT NOIR 6X750ML 13 – De acordo com a defendente os itens têm redução na base de cálculo de 55,55% conforme o Artigo 268, inciso XXXVII, do RICMS, com efeitos de 01/01/14 a 30/09/16). A redução da base de cálculo é para vinho produzido no Brasil. Os vinhos industrializados no Brasil como Almaden e Miolo já receberam a referida redução da base de cálculo. Os vinhos importados não têm direito a este benefício. Não há correção para fazer nestes itens.

VINHO RESERVA FAMILIA PICCOLI BRANCO SECO 2X4,6L e VINHO RESERVA FAMILIA PICCOLI TINTO SECO 2X4,6L – De acordo com o defendente os itens têm redução na base de cálculo de 55,55% conforme o Artigo 268, inciso XXXVII, do RICMS, com efeitos de 01/01/14 a 30/09/16. A redução foi aplicada no ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL.

GRAPPA MIOLO 6X500ML – O impugnante alega que não tem conhecimento dessa operação, não possuindo o registro da Nota Fiscal, tampouco recebeu a mercadoria. A alegação não procede, pois, o próprio defendente escriturou as NF 93815 e 94948 no REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS.

BELVEDERE CITRUS 700 ML, GARRAFA SELETA 1000 ML, GARRAFA SELETA 1000 ML GRAPPA MIOLO 6X500ML, GLENMORANGIE THE ORIGINAL 10 ANOS 750 ML CARTUCHO FINAL DE ANO e HENNESSY VERY SPECIAL OS GEMEOS 700 ML – De acordo com a recorrente a fiscalização não considerou a redução de base de cálculo, conforme o disposto no artigo 266, XX, “d”, do RICMS, vigente até 31/01/2015. A alegação não prospera, pois este dispositivo é aplicado quando o remetente é o produtor neste Estado da mercadoria. Estas mercadorias não foram produzidas pela SOST. MVA aplicada pela fiscalização também está correta, porque o NCM 2208.

DETERGENTE EM PO FLASH ASSIM 1KG, DETERGENTE EM PO FLASH ASSIM 500 G, DETERGENTE EM PO MINUANO ACAO PROFUNDA 1KG e DETERGENTE EM PO MINUANO ACAO PROFUNDA 500 G – Segundo a impugnante a fiscalização não levou em consideração a nota fiscal de nº 362883 de devolução, conforme, folha 533. A alegação não procede, pois a devolução não altera a formula de cálculo. Cabe ao defendant requerer o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, se o fato gerador presumido não chegar a se realizar.

ESPAGUETE 0.5KG, MASSA PARA LASANHA 1KG e PARAFUSO 500 GR – Segundo a impugnante não há nenhum registro da nota fiscal nº 38333, emitida pelo remetente Livenza Indústria e Comércio de Alimentos LTDA – ME, no sistema da Impugnante. A alegação não procede conforme NF 39794 abaixo.

Conclui que, se este Órgão Julgador concordar com a metodologia o valor remanescente a cobrar em 2014 fica conforme o ANEXO 9 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL (fl. 563) e o valor remanescente a cobrar em 2015 fica conforme o ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL (fl. 593 do PAF).

Diz que o impugnante requer a realização de diligência. Entende que não há necessidade da mencionada diligência, pois constam no presente PAF todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações.

Por tudo quanto exposto mediante as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário, visando salvaguardar os interesses públicos, e pede a procedência parcial do presente auto de infração.

Intimado sobre a informação fiscal, o defendant apresentou manifestação às fls. 618 a 659 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da manifestação, faz uma síntese dos fatos e da informação fiscal prestada pela autuante.

Preliminarmente, informa que ratifica as razões apresentadas na impugnação inicial ao presente Auto de Infração. Sendo assim, requer que sejam consideradas conjuntamente a impugnação já apresentada e a manifestação à intimação de fls. 537/562 para que razões sejam julgadas pela junta competente.

Ressalta que o Preposto Fiscal excluiu do seu levantamento diversos itens por inconsistências na autuação original. Por isso, o valor histórico do débito apurado não será mais de R\$ 1.127.859,55 (um milhão cento e vinte e sete mil oitocentos e cinquenta e nove reais e cinquenta e cinco centavos), mas sim, R\$ 797.168,59 (setecentos e noventa e sete mil cento e sessenta e oito reais e cinquenta e nove centavos).

Alega que os valores remanescentes cobrados, após a informação fiscal prestada pela autuante não são devidos, nos termos da complementação à impugnação que apresentou.

Pede a nulidade do Auto de Infração, afirmando que, em razão do reconhecimento da falha da autuação pelo próprio Preposto Fiscal (inclusão indevida de valores aos quais o contribuinte não realizou operação tributável), o auto de infração deve ser anulado.

Diz que se trata de vício material cometido pela Fiscalização ao autuar indevidamente operações as quais o contribuinte não realizou operações com omissão de saída, e não há outra medida para o presente auto de infração que a anulação do mesmo. Tal determinação se faz presente no artigo 142 do Código Tributário Nacional, que além de elencar a competência exclusiva da autoridade

administrativa para a constituição do crédito através do lançamento, ainda preleciona os elementos obrigatórios do lançamento realizado.

Ressalta que de acordo com o Código Tributário Nacional, para realização do lançamento do crédito tributário, a autoridade administrativa deve observar os requisitos presentes no caput do artigo 142. São eles: determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, correta identificação do sujeito passivo e, quando cabível, aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação. A ausência de qualquer desses requisitos enseja em um lançamento nulo, ante a ocorrência de vício material, mesmo entendimento seguido pelo artigo 18, IV, "a", do RPAF.

Diz que este também é o entendimento do STJ, que preleciona que o vício material é aquele que diz respeito a natureza jurídica do lançamento tributário, e que não se aplica, neste tipo de vício, o disposto no artigo 173, II, do Código Tributário Nacional. No mesmo sentido, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, anulou auto de infração que incorreu em vício material, determinando a realização de novo lançamento.

Conclui que o presente auto de infração deve ser anulado, ante a ocorrência do vício material, uma vez que não é possível certificar-se acerca do correto montante do tributo devido, sendo impossível, portanto, determinar com certeza a infração cometida pela empresa, nos termos do disposto no artigo 18, IV, "a", do RPAF c/c artigo 142 do Código Tributário Nacional.

No mérito, alega que além do valor excluído pela autuante, há outros os quais foram indevidamente mantidos pelo Fisco. Diz que fica claro que mesmo com a demonstração e a comprovação do cumprimento de todas as obrigações tributárias e não obrigatoriedade do recolhimento do tributo nos procedimentos anteriores à autuação, houve falha insanável no momento da elaboração do auto de infração, que o torna nulo.

Assim sendo, entende que não há outra medida no presente caso que não seja a decretação de nulidade do auto de infração, uma vez que a base fática do mesmo é inexistente.

Ressalta que conforme já demonstrado na impugnação ao auto de infração, a autoridade administrativa tem o dever de busca da verdade material, para garantia da legalidade tributária estrita e vinculada à lei tributária, de maneira a possibilitar que o contribuinte possa verificar a verdade dos fatos e se defender da infração a ele imputada.

Frisa que não houve uma investigação prévia dos fatos por parte da Fiscalização, tendo sido feito apontamentos sem fundamentos factuais. Faltou uma motivação explícita, clara e congruente da autoridade fiscal, o que ocasiona a nulidade do auto de infração.

Acrescenta que tendo ocorrido a falta de motivação explícita, clara e congruente, bem como a fundamentação genérica e a grande quantidade de infrações no mesmo auto de infração, é possível afirmar que houve o cerceamento da defesa do contribuinte, tornando, assim, nulo o auto de infração.

Ressalta que a autuante, sua informação fiscal, menciona que os dispositivos legais tidos por genéricos estariam corretos em sua fundamentação. Contudo, como é possível traçar tal informação se o próprio Fisco recomenda o afastamento de infração em relação a diversos itens constantes no auto de infração. Tal atitude de afastamento dos itens incorretamente incluídos deixa mais claro a falta de fundamentação do auto de infração como um todo, e até mesmo, a dificuldade na localização de fundamentos que constituam em infração supostamente cometida pelo contribuinte.

Afirma que, no caso da Nota Fiscal nº 362.388, a qual refere-se a devolução da Nota Fiscal nº 12.242, o Preposto Fiscal argumenta que cabe ao Impugnante *"requerer o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, se o fato gerador presumido não chegar a se realizar"*, contudo, o próprio RICMS/BA determina que deve ser realizada a emissão de Nota Fiscal de devolução no caso de produto que tenha dado entrada no estabelecimento e deva ser devolvido ao remetente.

Registra que o procedimento de emissão de nota fiscal de devolução apenas atende um comando do próprio RICMS/BA, sendo assim não há que ser mantida a infração em relação à nota fiscal nº 362.388.

Quanto às demais questões apontadas neste tópico pelo Preposto Fiscal, o impugnante reitera os termos do parágrafo 40 da manifestação, ao comprovar a nulidade da autuação, ante a diversas incorreções perpetradas no lançamento da infração.

Sobre a utilização de MVA diversa ao determinado no diploma legal, afirma que, novamente, há de ser considerado nulo o lançamento efetuado, nos termos do artigo 18, IV, “a”, do RPAF, uma vez que o Preposto Fiscal teve que efetuar diversas correções quanto a este tópico, o que comprova a nulidade da infração.

Entende que essas inúmeras incorreções do lançamento original, que ensejaram as retificações realizadas pelo Preposto Fiscal, maculam a infração e, consequentemente, o auto de infração como um todo, comprovando, assim, a nulidade do mesmo.

Em relação às mercadorias que não se enquadram na substituição tributária, diz que a autuante afastou a incidência da substituição tributária sobre diversos produtos, contudo, ainda assim, manteve a incorreta tributação sobre diversas outras mercadorias, as quais não deveria ter sido mantida:

- a) JERKED BEEF DIANTEIRO – 06 X 5, JERKED BEEF DIANTEIRO – 60 X 500, JERKED BEEF P.A. – 06 X 05 e JERKED BEEF P.A. – 60 X 500: O Preposto Fiscal afastou a incidência da substituição tributária sobre o produto “J. BEEF LAGARTO PLANO – 06 X 5”, sob a alegação deste estar presente na exclusão do item 34 do Anexo 1, contudo manteve a substituição tributária em relação aos demais produtos do tipo “jerked beef”, devendo, portanto, ser afastada a ST sobre os demais produtos;
- b) CER BAR MORANGO LIGHT C/CHOC 24X25G: O Preposto Fiscal manteve a tributação, sob a alegação de que se tratava de chocolate, se enquadrando no item 11 do Anexo 1 do RICMS. Contudo, é preciso considerar que o produto é barra de cereal, situação a qual não há ST, sendo que a classificação correta do NCM é 1904.20.00, conforme o renomado site “Bluesoft Cosmos” que trabalha com a classificação fiscal de diversos produtos.
- c) AMENDOIN RANNER 50KG: O Preposto Fiscal manteve a incidência de ST, por entender que não há comprovação de que a mercadoria é utilizada para fins culinários. Conforme a nota fiscal de saída nº 439.815 (Pág. 43), destinado à empresa “CHALÉ REF LTDA”, sendo que esta empresa utiliza o produto para preparação de refeições coletivas, conforme consta informação do site da própria empresa. Assim sendo, como o próprio site da adquirente da mercadoria apresenta, seu trabalho é voltado para a preparação de refeições coletivas, sendo assim, o produto “AMENDOIN RANNER 50KG” será utilizado para fins culinários.

No que se refere à utilização de valor de pauta diverso ao constante na tabela da SEFAZ/BA, alega que este tópico deixa mais claro, ainda, a nulidade da infração, com base no artigo 18, IV, “a”, do RPAF, ante o descumprimento do disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional (erro na determinação da base de cálculo tributável).

Diz que a autuante alterou todos os itens indicados pelo impugnante. Ainda que tenha dado indicação diversa da apontada na impugnação, o Preposto Fiscal alterou todos os itens indicados, deixando clara a insubsistência da infração.

Em relação à aplicação indevida de MVA em produtos com o preço determinado pela Pauta Fiscal, diz que a autuante alega que não procede a defesa apresentada, acerca da aplicação de MVA em produtos cujo preço é tabelado por pauta fiscal, uma vez que seguiu o determinado pela Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 50/05, sendo que “esta informação consta na descrição da infração 2”.

Inicialmente, afirma ser necessário rememorar que o presente auto de infração possui apenas 01 (uma) infração, vez que o Preposto Fiscal remete a correção dos seus apontamentos naquela ACÓRDÃO JJF Nº 0105-03/20-VD

infração. Não obstante a situação indicada, analisando os anexos elaborados pela Fiscalização, observa que não foi aplicada a Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 50/05, uma vez que o percentual aplicado supera (e muito) o indicado na referida cláusula.

Para melhor pontuar a situação, toma o exemplo do produto “M. RENATA TD INTEGRALE PENNE 20X500G”. Nesta mercadoria, a “MVA” indicada pela Fiscalização (coluna Y da linha 76 do ANEXO 3 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS DO PROTOCOLO ICMS 50/05 - 2014) é indicado o percentual de 34,46%, quando o correto, segundo a Cláusula Segunda, inciso I, alínea “a”, do Protocolo ICMS 50/05, seria de 20%.

Sendo assim, há incorreção na aplicação de MVA sobre produtos os quais são determinados através de Pauta Fiscal, ferindo-se o disposto no Protocolo ICMS 50/05.

O defendant apresenta “Outras situações que implicam nulidade do auto de infração”:

1. No tocante à mercadoria “GRANFIL BRIGADEIRO 1,100 KG”, diz que a Fiscalização junta a Nota Fiscal 39794 para demonstrar que houve entrada da mercadoria no estoque da Impugnante.

Ressalta, contudo, que apesar da referida Nota Fiscal de Saída 39794, emitida por “ADIMIX IND E COM DE ADITIVOS PARA PANIFICACAO LTDA”, o produto nunca chegou a dar entrada no estoque do autuado, tanto é verdade a alegação, que sequer há uma nota fiscal emitida pelo Impugnante dando saída ao produto.

Assim sendo, conclui que a autuante não verificou as informações do estoque do impugnante, devendo ser afastada a tributação sobre tal item.

2. Diz que o Preposto Fiscal alega, também, que os vinhos do tipo espumantes indicados pelo impugnante em sua defesa não podem ser beneficiados pelo disposto no artigo 268, inciso XXXVII, do RICMS, uma vez que *“a redução da base de cálculo é para vinho produzido no Brasil, não inclui espumantes”*. Ocorre que conforme a definição dada pelo site “Clube dos Vinhos” site especializado no serviço de comércio de vinhos e estudo sobre o tema, os espumantes são vinhos com gás carbônico.

Frisa que o artigo 268, XXXVII do RICMS/BA, vigente à época da operação, não menciona qual o tipo do vinho que poderá se beneficiar com a redução da base de cálculo, alegando apenas que os vinhos nacionais situados na posição NCM 2204. Assim sendo, a não redução da base de cálculo dos vinhos espumantes nacionais (BABY CHANDON BRUT ROSE 187 ML, BABY CHANDON RESERVE BRUT 187 ML, BABY CHANDON RESERVE BRUT WHISH LIST, BABY CHANDON RICHE DEMI-SEC 187 ML, CHANDON BRUT ROSE 750 ML, CHANDON BRUT ROSE 750 ML C/3 CARTU-CHOS, CHANDON PASSION ROSE 750 ML C/3 CARTUCHOS, CHANDON PASSION RO-SE 750 ML EDICAO LIMITADA, CHANDON RESERVE BRUT 375 ML, CHANDON RE-SERVE BRUT 750 ML, CHANDON RICHE DEMI-SEC 750 ML C/3 CARTUCHOS, EXCELLENCE ROSE CUVEE PRESTIGE 750 ML COM ESTOJO, MAGNUM CHANDON BRUT ROSE 1500 ML e MAGNUM CHANDON RESERVE BRUT 1500 ML), implica incorreção da infração ensejando a nulidade da mesma.

Ainda no tocante a redução da base de cálculo aplicada aos vinhos nacionais, diz que o Preposto Fiscal alega que os vinhos mencionados na defesa não devem sofrer a redução da base de cálculo, pois não são nacionais, e os vinhos nacionais da marca “ALMADEN” e “MIOLO” já receberam a referida redução da base de cálculo. Contudo, menciona que mesmo afirmado que foi aplicada a redução da base de cálculo nos vinhos da marca “ALMADEN” e “MIOLO”, o Preposto Fiscal os manteve na autuação.

Acrescenta que não foi aplicada a mesma redução da base em outros vinhos nacionais, são eles: VHO QUINTA SEIVAL CASTAS PORTUGUESAS 6X750ML 11, VHO RAR 6X750ML 08, VHO RAR COLLEZIONE PINOT NOIR 6X750ML 12 e VHO RAR COLLEZIONE PINOT NOIR 6X750ML 13. Esses vinhos são nacionais e estão cobertos pelo benefício disposto no artigo 268, XXXVII do RICMS/BA. Diz que é nula a presente infração pelo incorreto lançamento perpetrado pela Fiscalização.

3. Acerca do item “GRAPPA MIOLO 6X500ML”, o Preposto Fiscal aduz que houve a entrada da mercadoria no estoque da Impugnante, conforme as Notas Fiscais 93815 e 94948. Contudo, a Fiscalização não comprovou que houve a entrada da mercadoria através da Nota Fiscal 101040,

que de fato nunca compôs o estoque da Impugnante. A manutenção desta nota expõe a indevida tributação realizada pelo Fisco, devendo ser anulada a mesma.

4. No tocante aos itens “DETERGENTE EM PO FLASH ASSIM 1KG”, “DETERGENTE EM PO FLASH ASSIM 500 G”, “DETERGENTE EM PO MINUANO ACAO PROFUNDA 1KG” e “DETERGENTE EM PO MI-NUANO ACAO PROFUNDA 500 G” menciona que esta situação se assemelha à apresentada nos parágrafos 41 e 42 da manifestação, onde houve a devolução das mercadorias e o impugnante apenas seguiu o procedimento presente no RICMS/BA.
5. Referente às mercadorias “ESPAQUETE 0.5KG, MASSA PARA LASANHA 1KG” e “PARAFUSO 500 GR”, afirma que a situação se assemelha com a descrita nos parágrafos 54 e 55 da manifestação, onde houve a emissão de nota fiscal de saída pela empresa “LIVENZA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA – ME”, mas os produtos jamais deram entrada o estoque da Impugnante, sendo que a Fiscalização não realizou o cruzamento de dados do estoque com a referida nota para comprovação da entrada dos mesmos.

Conclui que a autuação fiscal está incorreta e deve ser anulada em sua integralidade, ante a clara violação à verdade material do presente caso.

Diz que a autuante afirmou não ser necessário realizar diligência para apuração do montante discutido, uma vez que constam no PAF os elementos necessários para a conclusão da procedência das infrações.

Não concorda, alegando que a autuante não é capaz de concluir a procedência do auto infração, tanto é verdade que já excluiu do auto original grande parte do valor do débito, que durante o processo de apuração anterior não fora observado pela Fiscalização. Além disso, efetuou diversos lançamentos em duplicidade que denota a falta de uma análise mais apurada dos documentos acostados no auto de infração.

Entende que a realização de diligência com a análise das notas das operações indicadas na infração é medida necessária para se evitar conclusões equivocadas e interpretações errôneas, com base em provas mal acostadas no auto de infração, caso se entenda, na remotíssima hipótese, pela não anulação do auto de infração. A diligência fiscal sanará qualquer dúvida que possa ter sido ocasionada pela autuação original, mantendo-se, apenas, a autuação sobre os valores que eventualmente sejam devidos pelo contribuinte, caso os julgadores entendam não ser possível a anulação do auto de infração.

Por fim, pede que seja declarado nulo o presente Auto de Infração, em razão do erro de direito cometido pela Fiscalização no momento de sua lavratura, ao incluir indevidamente mercadorias que não são tributadas, que posteriormente foram afastadas pelo próprio Preposto Fiscal, o que ocasionou na incorreção da base de cálculo do tributo, violando o disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional, e tornando nulo o auto de infração, nos termos do disposto no artigo 18, IV, “a”, do RPAF, inclusive em razão da falta de clareza do montante devido, mesmo com a realização de procedimentos anteriores a autuação.

Subsidiariamente, na remota hipótese de o Auto de Infração não ser declarado nulo, requer o afastamento da cobrança do crédito tributário que remanesceu após a ratificação da Autoridade Fiscal, conforme as fundamentações constantes na impugnação.

Diante de todas as incorreções do auto de infração apontadas na impugnação e na manifestação, diz que não há outra medida no presente caso senão a anulação do presente auto de infração e a realização de um novo lançamento afastando os valores indevidamente tributados pela autoridade fiscal da Bahia, mantendo-se apenas os valores controversos.

Caso a autoridade julgadora entenda que os elementos comprobatórios aqui anexados, ou juntados pela fiscalização, não são suficientes para sua acertada decisão, que o julgamento seja convertido em diligência, visando apontar e aferir a legalidade e regularidade das operações ora impugnadas.

A autuante presta segunda informação fiscal às fls. 667 a 675 do PAF. Diz que na fl. 630, parágrafo 7º, item III, o impugnante cita: referente à infração 1 manteve-se integralmente, sob a alegação de que fora aplicada, erroneamente, o percentual de MVA, bem como o erro no cálculo apresentado na impugnação. A autuante afirma que a citação não corresponde com a realidade, pois houve revisão para a infração 1.

Ressalta que na folha 630, parágrafo 7º, item IV, o impugnante cita: “ “ No tocante à infração 2 apresenta diversas hipóteses as quais reduz a tributação incidente sobre elas;” A autuante afirma que a citação não corresponde com a realidade, pois o referido PAF só tem uma infração.

Diz que o deficiente alegou que o débito apurado foi reduzido, porém o valor remanescente não é devido. As alegações defensivas serão contestadas adiante.

Quanto ao pedido de nulidade do Auto de Infração, afirma que a alegação não tem procedência, pois através da informação fiscal é possível identificar com clareza o valor do auto de infração. Transcreve o § 1º do art. 18 do RPAF-BA.

Sobre os procedimentos anteriores à fiscalização, diz que a alegação defensiva não confere com o que está escrito na informação fiscal. Por *e-mail* foi informado uma relação com inconsistência, folha 7. Só durante a defesa foi que o contribuinte trouxe os esclarecimentos e o que foi considerado procedente foi corrigido. Se o impugnante tivesse informado todos os dados ao responder o *e-mail* já evitaria a reclamação do crédito dos itens corrigidos.

Destaca que o autuado alega que o Preposto Fiscal, em sua manifestação, menciona que os dispositivos legais tidos por genéricos estariam corretos em sua fundamentação. Contudo, como é possível traçar tal informação se o próprio Fisco recomenda o afastamento de tão avultado montante da multa aplicada. A considerável redução do auto de infração deixa mais clara sua a falta de fundamentação, e até mesmo, a dificuldade na localização de fundamentos que constituam em infração supostamente cometida pela contribuinte.

Entende que a alegação não procede, pois o fato de o autuado ter se defendido a um nível minucioso é prova de que não houve cerceamento de defesa. A sugestão de retificação do valor através da informação fiscal é possível desde que deliberada pelo órgão competente.

Diz que o argumento não prospera, pois a revisão dos valores não diz respeito aos dispositivos legais aplicados, mas sim, aos dados utilizados para o cálculo da infração. Estes dados deveriam ser respondidos na ocasião do *e-mail* da folha 7. A omissão de esclarecimento por parte do deficiente na ocasião devida é a causa da revisão.

Registra que o autuado alega que a nota fiscal 12.242 foi devolvida através da NF 362.388. Também alega que “DETERGENTE EM PO FLASH ASSIM 1KG”, “DETERGENTE EM PO FLASH ASSIM 500 G”, “DETERGENTE EM PO MINUANO ACAO PROFUNDA 1KG” e “DETERGENTE EM PO MI-NUANO ACAO PROFUNDA 500 G” também tiveram devolução e por isto devem ser excluídos do cálculo.

Afirma que a alegação não prospera, pois a devolução não altera a fórmula de cálculo. Cabe ao deficiente requerer o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, se o fato gerador presumido não chegar a se realizar.

MERCADORIA ENQUADRADA NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: JERKED BEEF DIANTEIRO – 06 X 5, JERKED BEEF DIANTEIRO – 60 X 500, JERKED BEEF P.A. – 06 X 05 e JERKED BEEF P.A. – 60 X 500 - Segundo a impugnante o Preposto Fiscal afastou a incidência da substituição tributária sobre o produto “J. BEEF LAGARTO PLANO – 06 X 5”, sob a alegação deste estar presente na exclusão do item 34 do Anexo 1, contudo manteve a substituição tributária em relação aos demais produtos do tipo “jerked beef”, devendo, portanto, ser afastada a ST sobre os demais produtos.

Informa que os produtos JERKED BEEF DIANTEIRO – 06 X 5, JERKED BEEF DIANTEIRO – 60 X 500, JERKED BEEF P.A. – 06 X 05 e JERKED BEEF P.A. – 60 X 500 constam no ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL foi considerado no período de fevereiro a outubro de 2014. Para este período do fato gerador estava em vigência o texto do item 34, anexo 1 do RICMS/BA, “Produtos comestíveis resultantes do abate de gado

bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque - 0201; 0202; 0203; 0204; 0206; 0209 e 0210". Portanto não se deve excluir o jerked beef até 30/11/2014. O J. BEEF LAGARTO PLANO - 06 X 5 só foi excluído a partir de 01/12/2014, porque assim determinava a nova redação do item 34 do Anexo 1 do RICMS/BA.

Diz que o defendant alega que em relação ao "CER BAR MORANGO LIGHT C/CHOC 24X25G", o Preposto Fiscal entende estar sujeito à substituição tributária por se enquadrar no item 11 do Anexo 1 do RICMS/BA. Contudo, é preciso considerar que o produto é barra de cereal, situação a qual não há ST, sendo que a classificação correta do NCM é 19.04.20.00, conforme o renomado site "Bluesoft Cosmos"¹, que trabalha com a classificação fiscal de diversos produtos.

Afirma que a alegação não procede, pois na NF do remetente consta o NCM 1806.3220, que se encontra na substituição tributária.

Segundo o autuado, referente ao AMENDOIM RANNER 50KG, o Preposto Fiscal manteve a incidência de ST, por entender que não há comprovação de que a mercadoria é utilizada para fins culinários. Conforme a nota fiscal de saída nº 439.815, folhas 660, destinado à empresa "CHALÉ REF LTDA", sendo que esta empresa utiliza o produto para preparação de refeições coletivas, conforme consta informação do site da própria empresa.

Informa que o item AMENDOIM RANNER 50 KG tem o NCM 20081100 e está de acordo com a descrição do item 38 do RICMS/BA – ANO 2014 – Salgados industrializados: 1904.1, 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19. Portanto do item está sujeito a substituição. Abaixo NF de entrada.

Repete a alegação do impugnante de que em relação ao "M. RENATA TD INTEGRALE PENNE 20X500G" a "MVA" indicada pela Fiscalização (coluna Y da linha 76 do ANEXO 3 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS DO PROTOCOLO ICMS 50/05 -2014) é indicado o percentual de 34,46%, quando o correto, segundo a Cláusula Segunda, inciso I, alínea "a", do Protocolo ICMS 50/05, seria de 20%.

Diz que arguição não procede, pois o item 33.1 do Anexo 1 do RICMS é que indica que a MVA é de 20%. Esta correção já havia sido feita no ANEXO 12 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS DO PROTOCOLO ICMS 50/05 -2014 - INFORMAÇÃO FISCAL. Este demonstrativo segue o que determina ao Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 50/05. Não há correção a ser feita.

O impugnante alega que apesar de a fiscalização ter apresentado a NF de entrada 39.794, referente a GRANFIL BRIGADEIRO 1,100 KG e a NF 38.333 de entrada referente a ESPAGUETE 0.5KG, MASSA PARA LASANHA 1KG" e "PARAFUSO 500 as mercadorias não deram entrada no estabelecimento. Ratifica a informação fiscal folhas 557, 558 e 561.

GRAPPA MIOLO 6X500ML - O impugnante alega que apesar de a fiscalização ter apresentado a NF 93.815 e 94.948 de entrada a mercadoria não comprovou a entrada NF 101.040. Diz que a alegação não procede.

VINHO e ESPUMANTE – De acordo com a defendant, citando "Clube dos Vinhos" espumantes são vinhos com gás carbônico, portanto estão sujeitos a redução do art. 268, inciso XXXVII do RICMS. Ratifica a informação fiscal folhas 558/559.

VINHO ALMADEN E MIOLO – Segundo o defendant, a fiscalização citou que os vinhos nacionais da marca ALMADEN e MIOLO já receberam a redução da base de cálculo, contudo foi mantida a autuação.

Esclarece que é calculado o total do ICMS-ST a pagar, como as planilhas ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL e ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL e abate-se o valor pago planilhas ANEXO 9 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL e ANEXO 17 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2015 - INFORMAÇÃO

FISCAL. No cálculo do ICMS-ST dos vinhos ALMADEN e MIOLO foi concedido a redução da base de cálculo do art. 268, inciso XXXVII do RICMS. Não há correção a ser feita.

VINHO QUINTA SEIVA CASTAS PORTUGUESAS, VHO RAR 6X750ML 08, VHO RAR COLLEZIONE PINOT NOIR 6X750ML 12 e VHO RAR COLLEZIONE PINOT NOIR 6X750ML 13 - A impugnante alega que estes vinhos também estão sujeitos a redução base de cálculo do art. 268, inciso XXXVII do RICMS.

Informa que em 2014, estes vinhos já se apresentam com respectiva redução no ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL. Diz que em 2015 apenas o item VINHO QUINTA SEIVAL CASTAS PORTUGUESAS 6X750ML 11 está sem a respectiva redução. A redução da base de cálculo conforme o art. 268, inciso XXXVII do RICMS foi feita no ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

Conclui que, se este Órgão Julgador concordar com a metodologia o valor remanescente a cobrar em 2015 fica conforme o ANEXO 17 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL (fl. 676 do PAF).

Ressalta que o defensor, diante de todas as incorreções do auto de infração apontadas na impugnação e na manifestação, apresentou o entendimento de que não há outra medida no presente caso senão a anulação do presente auto de infração, e a realização de um novo lançamento afastando os valores indevidamente tributados pela autoridade fiscal da Bahia, mantendo-se apenas os valores controversos.

Diz que a alegação não tem procedência, pois através da informação fiscal é possível identificar com clareza o valor do auto de infração. Transcreve o § 1º do art. 18 do RPAF-BA.

Sobre o pedido de diligência, entende que não há necessidade, por que constam no presente PAF todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações, inclusive as informações fiscais.

Por tudo quanto exposto, mediante as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal e pede a procedência parcial do presente auto de infração.

Nova manifestação foi apresentada pelo defensor às fls. 692 a 704 do PAF, alegando que as afirmações da autuante não condizem com as reais situações fáticas presentes nos autos, devendo, portanto, serem desconsideradas e o presente auto anulado, nos termos da impugnação protocolada em 06/09/2018.

Preliminarmente, ratifica as razões anteriormente apresentadas na impugnação inicial, bem como, na manifestação após a primeira informação fiscal. Sendo assim, requer sejam consideradas conjuntamente a impugnação já apresentada, a resposta manifestação, protocolada em 08/04/2019, bem como esta manifestação, para que razões sejam julgadas pela junta competente.

Ressalta que a autuante, novamente, reduziu os valores da autuação original e da primeira rerratificação da infração, sendo que o débito atual o valor histórico atual do débito será de R\$ 796.903,75 (setecentos e noventa e seis mil novecentos e três reais e setenta e cinco centavos).

Diz que a autuante alega não ser nulo o auto de infração do presente caso, uma vez que é possível a retificação do valor lançado no auto de infração, desde que este seja ratificado pelo órgão julgador, bem como por conta de as reduções não terem sido ocasionadas por desrespeito a dispositivos legais aplicados, mas sim por conta dos *"dados utilizados para o cálculo da infração"*.

Para tanto, menciona o disposto no artigo 18, § 1º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF). Entende que o mencionado dispositivo legal utilizado pelo Preposto Fiscal para afastar a nulidade do Auto de Infração, o artigo 18, § 1º, do RPAF, é o próprio dispositivo que deve ser aplicado para declarar nulo o presente auto de infração. Tal explicação se faz, quando se

analisa a parte final do § 1º, que determina que não será nulo o auto de infração desde que seja possível determinar o montante do débito tributário.

Como já houve duas reduções no montante do débito tributário, indaga como é possível manter o presente auto de infração se nem mesmo o preposto fiscal consegue estabelecer qual é o montante do débito tributário, vez que o mesmo já foi reduzido 2 (duas) vezes.

Diz que conforme já apresentado na manifestação anterior (sendo necessária a ratificação nesta), ocorreu a violação ao artigo 142 do Código Tributário Nacional, que determina que caberá à autoridade administrativa o cálculo do montante do tributo devido no lançamento deste.

Não sendo apresentado com clareza o montante do tributo devido no presente caso, em decorrência das duas reduções do valor do tributo devido, o presente auto de infração é nulo, devendo ser realizado novo lançamento com os valores entendidos por corretos pela Fiscalização.

Menciona o Acórdão proferido pelo STJ, e conclui que o presente auto de infração deve ser anulado, ante a ocorrência do vício material, uma vez que não é possível certificar-se acerca do correto montante do tributo devido, sendo impossível, portanto, determinar com certeza a infração cometida pela empresa, nos termos do disposto no artigo 18, § 1º, do RPAF c/c artigo 142 do Código Tributário Nacional.

No mérito, quanto às mercadorias que não se enquadram na substituição tributária, alega que em relação aos produtos “CER BAR MORANGO LIGHT C/CHOC 24X25G” e “AMENDOIN RANNER 50KG”, o Preposto Fiscal apresenta notas fiscais para demonstrar que tais produtos se enquadram na substituição tributária.

Contudo, há de se considerar que no caso do processo administrativo é cabível a busca somente à chamada verdade material (ou real), que consiste na busca à maior realidade dos fatos possíveis. Sobre a aplicabilidade de tal princípio ao processo administrativo, menciona estudo sobre o tema do Advogado Geral da União, Ruy Ávila Caetano Leal, que explica com clareza o que se entende por verdade real no processo administrativo.

Ressalta que se levada em consideração a verdade real dos fatos relativos aos mencionados produtos, “CER BAR MORANGO LIGHT C/CHOC 24X25G” e “AMENDOIN RANNER 50KG”, tem-se que a situação descrita pelo preposto fiscal não deve ser mantida.

No tocante ao produto “CER BAR MORANGO LIGHT C/CHOC 24X25G”, ainda que este contenha traços de chocolate em sua composição, alega que o mesmo não deixará de ser uma barra de cereal por conta disso. Seria como admitir que a cobertura, quando colocada no sorvete, alteraria sua composição e ele deixaria de ser sorvete para ser outro produto.

No que diz respeito ao produto “AMENDOIN RANNER 50KG”, afirma ser necessário esclarecer que o próprio item 38 do Anexo 1 do RICMS/BA determina que devem ser incluídos nessa categoria os produtos “SALGADOS INDUSTRIALIZADOS”. O produto “AMENDOIN RANNER 50KG” não se aplica a essa hipótese, ainda que possua o NCM 2008.11.00, uma vez que não se trata de produto industrializado, mas sim de um produto natural vendido em saca, que é utilizado na cozinha.

Conclui que a manutenção da tributação sobre tais itens se mostra indevida, vez que viola o princípio da busca da verdade material no processo administrativo, devendo a autuação sobre os mesmos ser anulada.

Sobre a aplicação indevida de MVA em produtos com o preço determinado pela Pauta Fiscal, diz que a autuante alega que o “ANEXO 12 – DEMONSTRATIVO DE MERCADORIA DO PROTOCOLO ICMS 50/05 – 2014 – INFORMAÇÃO FISCAL” está correta e deve ser considerado para fins de aplicação do tributo.

Afirma que a Fiscalização, no mesmo “ANEXO 12” deixou de aplicar a Cláusula Segunda, inciso I, alínea “a”, do Protocolo ICMS 50/05, às operações envolvendo macarrão instantâneo e outras massas, onde seria aplicado o MVA de 20%, ao invés dos atuais 34,46% ou 23,87%.

Diz que os referidos produtos do ANEXO 12 que estão com o MVA erroneamente aplicado pelo Preposto Fiscal são os seguintes: “M. LAMEN RENATA EXPRESS YAKISOBA 20X300G”, “PENNE RIGATE INTEG 18X500G %DESC: 25,00”, “SPAGHETTI INTEG 20X500G %DESC: 25,00”. Nesses casos, não foi aplicado o disposto na Cláusula Segunda, inciso I, alínea “a”, do Protocolo ICMS 50/05, que determina que a MVA para este tipo de produto será de 20%.

Registra que, no mesmo sentido, o “ANEXO 15 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS DO PROTOCOLO ICMS 50/05 -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL” possui diversos produtos aos quais o Preposto Fiscal aplica a MVA superior a 20%. São eles: “MACARRAO ITA DE CECCO FETTUCCINE NIDI DI SEMOLA 500 G”, “MACARRAO ITA DE CECCO PENNE RIGATE 500 G”, “MACARRAO ITA DE CECCO RIGATONI 500 G”, “MACARRAO ITA DE CECCO TAGLIATELLE NIDI DI SEMOLA 500 G”, “M. LAMEN RENATA EXPRESS YAKISOBA 20X300G”.

Acrescenta que a autuante não respeitou o disposto no Decreto nº 15.661/2014, mais precisamente o disposto no artigo 1º, XVII, o qual alterou, dentre outros o item 34 do Anexo 1 do RICMS/BA.

Diz que no referido inciso XVII, houve a alteração do MVA para “*produtos comestíveis resultantes de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque e jerked beef- 0201; 0202; 0203;0204,0206; 0209 e 0210*” no tocante ao Anexo 14 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL, em relação aos seguintes produtos: ALCATRA C/ MAMINHA CONG, BACON DEF CERATTI, BACON DEFUMADO (MANTA), BACON DEFUMADO BAMBINA PC, CONTRA FILE CONG, COPA, COPA CERATTI, COSTELA COZIDA E DEFUMADA DE SUINO 6x (+- 1kg), COXAO MOLE CONG, FRALDINHA TRAS BOV CONG TRADICIONAL, FRIG ESP JL SERR FAT LOMBO, FRIG ESP JL SERR FAT SORTIDO, JAMON PATA NEGRA C/OSSO +24 MESES, JAMON SERRANO C/OSSO +18 MESES, JAMON SERRANO FATIADO, JAMON SERRANO S/OSSO 12 MESES, PANCETA (BARRIGA SUINA ENROLADA), PASTRAMI, PERNIL S/ OSSO CONG. +- 20 KG, PICANHA COZIDA DEFUMADA, PICANHA TEMPERADA DE SUINO CONGELADA.

Entende ser possível verificar pela leitura do artigo 1º, XVII, do Decreto Estadual nº 15.661/2014 (Pág. 14 a 23), a MVA a ser aplicado nas mercadorias do Item 34 do Anexo 1 do RICMS/BA, a partir de 1º de dezembro de 2014 será de 23% e não de 23,25% ou 27,23%, conforme preleciona o fiscal.

Conclui que, ante todas as incorreções apresentadas neste item, o mesmo deve ser anulado, em decorrência da não aplicação do disposto na Cláusula Segunda, inciso I, alínea “a”, do Protocolo ICMS 50/05, bem como do disposto no artigo 1º, XVII, do Decreto Estadual nº 15.661/2014.

Apresenta, ainda “outras situações que implicam nulidade do auto de infração”:

No tocante à mercadoria “GRANFIL BRIGADEIRO 1,100 KG”, “ESPAUGUETE 0.5KG”, “MASSA PARA LASANHA 1KG” e “PARAFUSO 500”, diz que a Fiscalização apenas ratificou as informações anteriores, não rebatendo, contudo, a defesa apresentada pela empresa de que os produtos nunca deram entrada em seu estoque. Não tendo o Preposto Fiscal verificado as informações do estoque da empresa, deve ser afastada a tributação sobre tal item.

Ressalta que a autuante alega, também, que os vinhos do tipo espumantes indicados pela Impugnante em sua defesa não podem ser beneficiados pelo disposto no artigo 268, inciso XXXVII, do RICMS, uma vez que “*a redução da base de cálculo é para vinho produzido no Brasil, não inclui espumantes*”, ratificando as informações anteriormente apresentadas.

Diz que o próprio RICMS/BA considera o espumante como vinho quando o inclui na lista dos itens sujeitos à substituição tributária. Conforme se lê no Item 5.4 do Anexo I do RICMS/BA, o vinho do tipo espumante é incluído dentre os vinhos sujeitos ao MVA.

Assim sendo, é necessária a aplicação isonômica das mesmas hipóteses do artigo 268, XXXVII do RICMS/BA, vigente à época da operação, ao vinho do tipo espumante, uma vez que o dispositivo legal não menciona qual o tipo do vinho que poderá se beneficiar com a redução da base de cálculo, alegando apenas que os vinhos nacionais situados na posição NCM 2204.

Acrescenta que os vinhos espumantes nacionais (BABY CHANDON BRUT ROSE 187 ML, BABY CHANDON RESERVE BRUT 187 ML, BABY CHANDON RESERVE BRUT WHISH LIST, BABY CHANDON RICHE DEMI-SEC 187 ML, CHANDON BRUT ROSE 750 ML, CHANDON BRUT ROSE 750 ML C/ 3 CARTU-CHOS, CHANDON PASSION ROSE 750 ML C/3 CARTUCHOS, CHANDON PASSION RO-SE 750 ML EDICAO LIMITADA, CHANDON RESERVE BRUT 375 ML, CHANDON RE-SERVE BRUT 750 ML, CHANDON RICHE DEMI-SEC 750 ML C/ 3 CARTUCHOS, EXCELLENCE ROSE CUVEE PRESTIGE 750 ML COM ESTOJO, MAGNUM CHANDON BRUT ROSE 1500 ML e MAGNUM CHANDON RESERVE BRUT 1500 ML) deveriam ter sua base de cálculo reduzida, o que diante da não ocorrência, enseja a nulidade da infração.

Conclui que autuação fiscal está incorreta e deve ser anulada em sua integralidade, ante a clara violação à verdade material do presente caso.

Reitera o pedido de realização de diligência, para sanar qualquer dúvida que possa ter sido ocasionada pela autuação original, mantendo-se, apenas, a autuação sobre os valores que eventualmente sejam devidos pela contribuinte. Diz que a diligência é necessária para apuração dos valores em discussão, sobretudo aqueles que estão erroneamente sendo imputados à contribuinte, caso estes julgadores entendam não ser possível a anulação do auto de infração.

Reafirma o pedido de nulidade do Auto de Infração, em razão do erro de direito cometido pela Fiscalização no momento de sua lavratura, ao incluir indevidamente mercadorias que não são tributadas, que posteriormente foram afastadas pelo próprio Preposto Fiscal, o que ocasionou na incorreção da base de cálculo do tributo, violando o disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional, tornando nulo o auto de infração, nos termos do disposto no artigo 18, do RPAF, inclusive em razão de a Fiscalização não demonstrar com clareza o montante devido.

Registra que diante de todas as incorreções do auto de infração apontadas na impugnação e na manifestação, não há outra medida senão a anulação do presente auto de infração e a realização de um novo lançamento afastando os valores indevidamente tributados pela autoridade fiscal da Bahia, mantendo-se apenas os valores controversos.

Caso a autoridade julgadora entenda que os elementos comprobatórios aqui anexados, ou juntados pela fiscalização, não são suficientes para sua acertada decisão, que o julgamento seja convertido em diligência, visando apontar e aferir a legalidade e regularidade das operações impugnadas.

A autuante presta terceira informação fiscal às fls. 960 a 965 dos autos. Diz que na fl. 694, o impugnante cita que na segunda informação fiscal a fiscalização se manifestou informando que há diversas incorreções nas MVAs. Afirma que a citação não corresponde com a realidade, pois as inconsistências identificadas com relação à MVA foram corrigidas na primeira informação fiscal.

Informa que o deficiente alega que os produtos do ANEXO 12, exercício de 2014, que estão com a MVA erroneamente aplicada pelo Preposto Fiscal são os seguintes: "M. LAMEN RENATA EXPRESS YAKISOBA 20X300G", "PENNE RIGATE INTEG 18X500G %DESC: 25,00", "SPAGHETTI INTEG 20X500G %DESC: 25,00". Nesses casos, não foi aplicado o disposto na Cláusula Segunda, inciso I, alínea "a", do Protocolo ICMS 50/05, que determina que a MVA para este tipo de produto será de 20%.

Afirma que a alegação está equivocada, conforme motivos abaixo.

a) O item 0435073 - M. LAMEN RENATA EXPRESS YAKISOBA 20X300G tem NCM 1902.300 (macarrão instantâneo), com remetente do Estado de São Paulo e alíquota de 7%. De acordo com item o 33.1, do Anexo 1, do RICMS, para o ano de 2014, a MVA é de 34,46%. É esta MVA que consta no ANEXO 12;

b) Para os itens 10795 - PENNE RIGATE INTEG 18X500G %DESC: 25,00 e 10794 - SPAGHETTI INTEG 20X500G %DESC: 25,00 o remetente é do Estado de Minas Gerais e a alíquota é de 4%. De acordo como o 33.1, do Anexo 1, do RICMS, para o ano de 2014, a MVA é de 23,87%. É esta MVA que consta no ANEXO 12.

Reproduz a alegação do autuado de que no ANEXO 15, exercício de 2015, foi utilizada MVA superior a 20% para diversas massas. A arguição não prospera, porque foi usada a MVA de 23,87%,

quando o remetente era do Estado de São Paulo e a alíquota era de 4%, conforme o item o 33.1, do Anexo 1, do RICMS, para o ano de 2015, e o MVA de 34,46% quando o produto era macarrão instantâneo, NCM 1902.300, com remetente do Estado de São Paulo e alíquota de 7%, conforme o item o 33.1, do Anexo 1, do RICMS, para o ano de 2015.

O impugnante alega que para o ano de 2015, referente aos produtos sujeitos a pauta ou MVA, a fiscalização não aplicou MVA correta, pois segundo a impugnante o Decreto nº 15.661/14 estabelece outra MVA para os seguintes produtos: ALCATRA C/ MAMINHA CONG, BACON DEF CERATTI, BACON DEFUMADO (MANTA), BACON DEFUMADO BAMBINA PC, CONTRA FILE CONG, COPA, COPA CERATTI, COSTELA COZIDA E DEFUMADA DE SUINO 6x (+/- 1kg), COXAO MOLE CONG, FRALDINHA TRAS BOV CONG TRADICIONAL, FRIG ESP JL SERR FAT LOMBO, FRIG ESP JL SERR FAT SORTIDO, JAMON PATA NEGRA C/OSSO +24 MESES, JAMON SERRANO C/OSSO +18 MESES, JAMON SERRANO FATIADO, JAMON SERRANO S/OSSO 12 MESES, PANCETA (BARRIGA SUINA ENROLADA), PASTRAMI, PERNIL S/ OSSO CONG. +/- 20 Kg.; PICANHA COZIDA DEFUMADA, PICANHA TEMPERADA DE SUINO CONGELADA.

Esclarece que a fiscalização utilizou para o ANEXO 18 os dados constantes no item 34, do Anexo 1, do RICMS, para o ano de 2015 conforme abaixo, portanto não há correção a ser feita.

Fazendo a pesquisa através do site sefaz.ba.gov.br, LEGISLAÇÃO E CONSELHO DE FAZENDA, TEXTOS LEGAIS, PESQUISA DE LEGISLAÇÃO, encontra-se a mesma tabela para o item 34, do Anexo 1 do RICMS, para o ano de 2015. Provavelmente o defendant não observou que o Decreto nº 15.661/14 foi retificado, conforme DOE de 21/11/12.

Também esclarece que o impugnante não informou expressamente na manifestação defensiva os DAE e apenas anexou os documentos de arrecadação. A fiscalização usou como método calcular o ICMS-ST e abater a arrecadação. Para a data do fato gerador foi considerada a data de entrada da mercadoria no estabelecimento do adquirente informada na Escrituração Fiscal Digital - EFD, conforme §4º, do art. 8º, da Lei 7.014/96. Para a arrecadação foi considerado o mês informado no DAE pelo contribuinte para compor o DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO - 2015. Ocorreu que o contribuinte informou no DAE um mês diferente ao da data de entrada da mercadoria no estabelecimento do adquirente escriturada na EFD. Este erro induziu a fiscalização a erro, sendo necessário corrigir o DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO - 2015. O defendant também não deu esta informação nas duas manifestações anteriores.

Informa os DAEs antes considerados para o pagamento do mês de janeiro/15, foram transferidos para o pagamento do mês de fevereiro/2015 no ANEXO 20 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

Indica os DAEs, antes considerados para o pagamento do mês de fevereiro/15, foram transferidos para o pagamento do mês de março/2015 no ANEXO 20 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DAEs antes considerados para o pagamento do mês de março/15, foram transferidos para o pagamento do mês de abril/2015 no ANEXO 20 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DAE antes considerado para o pagamento do mês de maio/15, foi transferido para o pagamento do mês de junho/2015 no ANEXO 20 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DAE abaixo, antes considerado para o pagamento do mês de agosto/15, foi transferido para o pagamento do mês de setembro/2015 no ANEXO 20 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

DAEs antes considerados para o pagamento do mês de outubro/15, foram transferidos para o pagamento do mês de novembro/2015 no ANEXO 20 - DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

Afirma que não há correção a fazer nos demais DAEs.

Se este Órgão Julgador concordar com a metodologia o valor remanescente a cobrar em 2015 fica conforme o ANEXO 19 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL (fl. 966 do PAF).

Ressalta que o defendant não traz fato novo em relação às demais alegações. Ratifica as informações fiscais, folhas 537 a 613 e 667 a 688.

Por tudo quanto exposto, mediante as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal e pede a procedência parcial do presente auto de infração.

À fl. 982, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem para intimar o autuado e lhe fornecer, mediante recibo, cópia da informação fiscal e dos documentos acostados aos autos pela autuante (fls. 966 a 969), concedendo o prazo de dez dias para sua manifestação.

Sendo apresentada nova manifestação pelo defendant, que o PAF fosse encaminhado para a autuante prestar informação fiscal acerca das alegações defensivas.

O autuado foi intimado e apresentou manifestação às fls. 986 a 1000 do PAF. Inicialmente, ratifica as razões apresentadas na impugnação ao auto de infração, protocolada em 06/12/2018, bem como na resposta a manifestação da autuante, protocolada em 08/04/2019.

Sendo assim, requer que sejam consideradas conjuntamente a impugnação já apresentada, a resposta manifestação, protocolada em 08/04/2019, bem como esta manifestação, para que razões sejam julgadas pela Junta de Julgamento Fiscal.

Quanto à nova redução dos valores do Auto de Infração, esclarece, inicialmente, que a autuante, novamente, reduziu os valores da autuação original e da primeira rerratificação da infração, sendo que o valor histórico atual do débito será de R\$ 786.551,00 (setecentos e oitenta e seis mil quinhentos e cinquenta reais).

Diz ser importante ratificar que o auto de infração é nulo e é cediço que a autoridade fiscal tem competência para, de forma unilateral, constituir o crédito tributário. Contudo, há que observar os procedimentos necessários previstos em lei, dentre os quais a correta identificação da matéria tributável, data, materialidade e base imponível correspondente à infração.

Ressalta que a autuante alega não ser nulo o presente auto de infração, uma vez que é possível a retificação do valor lançado, desde que o lançamento seja ratificado pelo órgão julgador, bem como, por conta de as reduções não terem sido ocasionadas por desrespeito a dispositivos legais aplicados, mas sim por conta dos *“dados utilizados para o cálculo da infração”*.

Registra que foi mencionado o disposto no § 1º do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF). Diz ser necessário destacar que a retificação do lançamento tributário não é uma regra ilimitada e o mencionado dispositivo legal utilizado pela autuante para afastar a nulidade do Auto de Infração, o artigo 18, § 1º, do RPAF, é o próprio dispositivo que deve ser aplicado para declarar nulo o presente auto de infração, e tal explicação se faz quando se analisa a parte final do § 1º, que determina que não será nulo o auto de infração desde que seja possível determinar o montante do débito tributário.

Diz que foram efetuadas três reduções no montante do débito tributário. Para formalizar o crédito tributário e tornar a obrigação tributária principal exigível, a autoridade fiscal necessita realizar um procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível, denominado lançamento.

Explica que, finalizada a ação fiscal e formalizado o crédito tributário, é imprescindível que a autoridade tributária notifique regularmente o sujeito passivo para que o lançamento tributário se aperfeiçoe. Cumprida esta etapa, o lançamento não poderá ser modificado, salvo nas hipóteses elencadas pelo art. 145 c/c art. 149 do CTN, cujo montante do crédito tributário (vício material -

erro de direito) não está elencado; esta é a regra - princípio da imutabilidade do lançamento tributário.

Acrescenta que, para o legislador ordinário e para Celso Antônio Bandeira de Mello, o critério basilar para se definir o que seja ato nulo ou anulável é o da convalidação. Por sua vez, o ilustre administrativista afirma que é convalidável o ato que pode ser realizado sem vício (critério do refazimento), ao passo que o não convalidável não pode ser praticado novamente sem que seja reproduzida a invalidade anterior.

Frisa que o art. 142 do CTN relaciona quais os elementos que necessariamente deverão integrar a formação do ato administrativo do lançamento. Diz que o vício detectado e apontado na Impugnação, além de ter prejudicado o direito de defesa do sujeito passivo, representa, em verdade, o descumprimento de requisito do lançamento consubstanciado no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), especificamente o de ordem material, pelo que, o autuado requereu fosse declarado nulo, por vício material – erro de direito, o procedimento fiscal levado a efeito no presente processo.

Entende que qualquer deficiência na motivação do ato administrativo exacial, ou em um dos elementos da constituição do crédito tributário (inclusive o montante do crédito tributário – elemento material da regra-matriz de incidência) acarretará a nulidade absoluta do lançamento, por se tratar de requisito essencial ao lançamento. No presente caso, tratando-se de erro de direito ou material, a Administração Tributária não tem a faculdade de proceder à revisão, essa inclusive, é a premissa formulada com bastante proficiência pelo ilustre tributarista Heleno Lobos Torres.

Conclui que se deve reconhecer a nulidade do auto de infração, ante a ocorrência do vício material, uma vez que não é possível certificar-se acerca do correto montante do tributo devido, sendo impossível, portanto, determinar com certeza a infração cometida pela empresa, nos termos do disposto no artigo 18, § 1º, do RPAF c/c artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Alega aplicação indevida de MVA em produtos com o preço determinado pela Pauta Fiscal. Diz que em relação ao “M. LAMEN RENATA EXPRESS YAKISOBA 20X300G”, “PENNE RIGATE INTEG 18X500G %DESC: 25,00”, “SPAGHETTI INTEG 20X500G %DESC: 25,00”. Ratifica que nesses casos, não foi aplicado o disposto na Cláusula Segunda, inciso I, alínea “a”, do Protocolo ICMS 50/05, que determina que a MVA para este tipo de produto será de 20%, ao invés dos atuais 34,46% ou 23,87%.

Diz que, no mesmo sentido, o “ANEXO 15 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS DO PROTOCOLO ICMS 50/05 -2015 - INFORMAÇÃO FISCAL” possui diversos produtos aos quais a autuante aplica MVA superior a 20%. São eles: “MACARRAO ITA DE CECCO FETTUCCINE NIDI DI SEMOLA 500 G”, “MACARRAO ITA DE CECCO PENNE RIGATE 500 G”, “MACARRAO ITA DE CECCO RIGATONI 500 G”, “MACARRAO ITA DE CECCO TAGLIATELLE NIDI DI SEMOLA 500 G”, “M. LAMEN RENATA EXPRESS YAKISOBA 20X300G”.

A autuante informou que o Decreto nº 15.661/2014, foi retificado em publicação no D.O.E. de 21/11/2012 e que utilizou para a elaboração dos cálculos da exação os dados contidos no item 34, do anexo 1 do RICMS, para o ano de 2015 - Anexo 18 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL, em relação aos seguintes produtos: ALCATRA C/ MAMINHA CONG, BACON DEF CERATTI, BACON DEFUMADO (MANTA), BACON DEFUMADO BAMBINA PC, CONTRA FILE CONG, COPA, COPA CERATTI, COSTELA COZIDA E DEFUMADA DE SUINO 6x (+/- 1kg), COXAO MOLE CONG, FRALDINHA TRAS BOV CONG TRADICIONAL, FRIG ESP JL SERR FAT LOMBO, FRIG ESP JL SERR FAT SORTIDO, JAMON PATA NEGRA C/OSSO +24 MESES, JAMON SERRANO C/OSSO +18 MESES, JAMON SERRANO FATIADO, JAMON SERRANO S/OSSO 12 MESES, PANCETA (BARRIGA SUINA ENROLADA), PASTRAMI, PERNIL S/ OSSO CONG. +/- 20 KG, PICANHA COZIDA DEFUMADA, PICANHA TEMPERADA DE SUINO CONGELADA.

Afirma que tomou como base para a tributação das mercadorias acima listadas o descrito no item 34 do Anexo 1 do RICMS/BA, a partir de 1º de dezembro de 2014, cujas informações foram colhidas do *sítio* da SEFAZ/BA.

No que concerne a alegação da autuante de que a Impugnante “não observou a retificação publicada no D.O.E”, observa que no documento extraído do site da SEFAZ/BA, não consta qualquer anotação da referida retificação ou data de publicação da retificação (D.O.E. - 21/11/12) conforme consignado pela Autoridade Fiscal.

Afirma que não se verifica no sitio da SEFAZ/BA, nenhuma referência sobre a alegada publicação no dia 21/11/12 no D.O.E. sobre quaisquer retificações no Decreto 15.661/14, somente a data da publicação – 18/11/2014, cujas informações contidas no Item 34 do Anexo 1 do RICMS/BA, foram corretamente utilizadas pela empresa.

Entende não restar dúvida de que a retificação do Decreto 15.661/14, com publicação no D.O.E. em 12/11/12, se ocorreu, deveria constar no sitio da SEFAZ/BA para orientação de todos os contribuintes, fato que como se verifica não ocorreu. Diz que tomou como base as modificações indicadas pela administração tributária – qual seja: Decreto 15.661, de 17/11/2014, DOE de 18/11/2014, e conforme documento que já foi colacionado, para os produtos comestíveis resultantes de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque e jerked beef - 0201; 0202; 0203; 0204, 0206;0209 e 0210 deverá ser observado os percentuais de 23% (Alíq. 7%); 16% (Alíq. 12%).

Também alega a existência de outras situações que implicam na nulidade do auto de infração. Diz que a autuante ratificou a autuação fiscal, mas não está levando em consideração a redução na base de cálculo de 55,55% para os Espumantes e Champanhe (nacionais) - (NCM 2204).

Afirma que não se trata de uma questão interpretativa e sim positiva. “RICMS/BA, Art. 268, XXXVII – das operações internas com vinhos da posição NCM 2204, produzidos no Brasil, de forma que a carga de ICMS corresponda a 12% (doze por cento);”

Registra que os vinhos espumantes nacionais (BABY CHANDON BRUT ROSE 187 ML, BABY CHANDON RESERVE BRUT 187 ML, BABY CHANDON RESERVE BRUT WHISH LIST, BABY CHANDON RICHE DEMI-SEC 187 ML, CHANDON BRUT ROSE 750 ML, CHANDON BRUT ROSE 750 ML C/ 3 CARTU-CHOS, CHANDON PASSION ROSE 750 ML C/3 CARTUCHOS, CHANDON PASSION RO-SE 750 ML EDICAO LIMITADA, CHANDON RESERVE BRUT 375 ML, CHANDON RE-SERVE BRUT 750 ML, CHANDON RICHE DEMI-SEC 750 ML C/ 3 CARTUCHOS, EXCELLENCE ROSE CUVEE PRESTIGE 750 ML COM ESTOJO, MAGNUM CHANDON BRUT ROSE 1500 ML e MAGNUM CHANDON RESERVE BRUT 1500 ML) deveriam ter sua base de cálculo reduzida, o que diante da não ocorrência, enseja a nulidade da infração.

Quanto ao item AMENDOIM RANNER 50 KG / CER BAR FR VERM C/CHOC L 24X25G / CHARQUE, alega que esses produtos não se enquadram na substituição tributária.

Em relação a Nota Fiscal nº 12242, alega que não procede a cobrança, pois a fiscalização não levou em consideração a Nota Fiscal de Devolução nº 362883.

Sobre o item “BISTECA”, diz que o valor correto da Pauta Fiscal deve ser R\$ 7,78, em vez de R\$ 8,50 destacado pela fiscalização. Pois o produto é CARRE.

Conclui que a autuação fiscal está incorreta e deve ser anulada em sua integralidade, ante a clara violação à verdade material do presente caso.

Diz que a autuante alega, novamente, que não é necessária a realização de diligência para apuração do montante discutido, uma vez que constam no PAF os elementos necessários para a conclusão da procedência das infrações. Contudo, como já demonstrado nos subitens anteriores, a autuante sequer foi capaz de determinar com clareza o montante devido do tributo, sendo que ainda há diversas correções, apontadas ao longo da manifestação, a serem sanadas pela Fiscalização.

Nesse passo, entende que a realização de diligência com a análise das notas das operações indicadas na infração é medida necessária para se evitar conclusões equivocadas e interpretações errôneas, com base em provas mal acostadas no auto de infração, caso se entenda, na remotíssima hipótese, pela não anulação do auto de infração.

Assegura que a realização de diligência fiscal sanará qualquer dúvida que possa ter sido ocasionada pela autuação original, mantendo-se, apenas, a autuação sobre os valores que eventualmente sejam devidos pelo contribuinte.

Reafirma ser necessário realizar a diligência requerida, para apuração dos valores em discussão, sobretudo aqueles que estão erroneamente sendo imputados ao contribuinte, caso os julgadores entendam não ser possível a anulação do auto de infração.

Pleiteia seja declarado nulo o presente Auto de Infração, em razão do erro de direito cometido pela Fiscalização no momento de sua lavratura, ao incluir indevidamente mercadorias que não são tributadas, que posteriormente foram afastadas pela própria autuante, o que ocasionou na incorreção da base de cálculo do tributo, violando o disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional, e tornando nulo o auto de infração, nos termos do disposto no artigo 18, §º, do RPAF, inclusive em razão de a Fiscalização não demonstrar com clareza o montante devido pelo Contribuinte, mesmo com a realização de procedimentos anteriores à autuação, o que torna nulo o auto de infração.

Diante de todas as incorreções apontadas na impugnação e na manifestação, não há outra medida no presente caso, senão a anulação do presente auto de infração, e a realização de um novo lançamento afastando os valores indevidamente tributados pela autoridade fiscal da Bahia, mantendo-se apenas os valores incontrovertíveis.

Caso a autoridade julgadora entenda que os elementos comprobatórios aqui anexados, ou juntados pela fiscalização, não são suficientes para sua decisão, que o julgamento seja revertido em diligência, visando apontar e aferir a legalidade e regularidade das operações ora impugnadas.

A autuante prestou quarta informação fiscal às fls. 1018 a 1025 do PAF. Diz que o deficiente alega que a fiscalização está calculando às vezes com MVA e outras vezes com base em Pauta Fiscal. Quando a mesma calcula com base em Pauta, adiciona novamente a MVA, o que não está correto, vez que na Pauta já está incluído o percentual de MVA.

Afirma que a alegação defensiva não procede. Segundo a legislação existem três formas de cálculo de acordo com a mercadoria: (i) base de cálculo só com MVA; (ii) base de cálculo com MVA ou PAUTA, o que for maior; e (iii) base de cálculo com PREÇO e MVA ou PAUTA e MVA, o que for maior conforme Cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 50/05.

Transcreve a Cláusula segunda do Protocolo ICMS 50/05: “*A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço praticado pelo sujeito passivo por substituição tributária, acrescido do valor correspondente ao frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, não podendo este montante ser inferior ao valor de referência, adicionado ainda, em ambos os casos, das seguintes margens de valor agregado: (preço + mva ou pauta + mva).*”

Esclarece que através da tabela DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA está informando se o critério usado foi PAUTA ou MVA. Através da tabela DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS DO PROTOCOLO ICMS 50/05 está informando se a mercadoria referente ao citado protocolo teve o critério usado de PREÇO E MVA ou PAUTA E MVA. Diz que a TABELA RESUMO soma uma coluna com os débitos com base de cálculo com MVA ou PAUTA com outra coluna com os débitos com base de cálculo o Protocolo ICMS nº 50/05. Desta soma é subtraído o valor pago.

Sendo assim, assegura que os papéis de trabalho estão corretos ao indicar as situações de só MVA; MVA ou PAUTA, o que for maior; e PREÇO e MVA ou PAUTA e MVA, o que for maior. Para nenhuma mercadoria foi aplicado mais de uma forma de cálculo.

Quanto ao argumento defensivo de que há necessidade de lavratura de novo Auto de Infração, e que a retificação do lançamento tributário não é uma regra ilimitada e o mencionado dispositivo legal utilizado pelo Preposto Fiscal para afastar a nulidade do Auto de Infração, o artigo 18, §º,

do RPAF, é o próprio dispositivo que deve ser aplicado para declarar nulo o presente Auto de Infração, diz que tal explicação, faz-se quando se analisa a parte final do § 1º, que determina que não será nulo o auto de infração desde que seja possível determinar o montante do débito tributário.

Afirma que a alegação defensiva não prospera, considerando que através dos anexos 9 a 12, é possível ter o montante do débito tributário para o exercício de 2014 e através dos anexos 15, 18, 19 e 20 é possível ter o montante do débito tributário para o exercício de 2015.

Entende que não assiste razão ao defendant quando diz que a fiscalização não demonstra com clareza o montante devido pelo contribuinte. Assegura que o impugnante tem pleno conhecimento do valor reclamado, uma vez que nas folhas 991, parágrafo 22 cita: “Assim sendo, o montante a ser considerado como valor histórico do débito, o qual será acrescido de multa e juros, será de \$ 786.551,00”.

Diz que o defendant cita que o lançamento não poderá ser modificado, salvo nas hipóteses elencadas pelo art. 145 c/c art. 149 do CTN, cujo montante do crédito tributário (vício material - erro de direito) não está elencado; esta é a regra - princípio da imutabilidade do lançamento tributário.

Ressalta que o art. 145 c/c 149 do CTN permite a revisão de ofício pela autoridade administrativa quando a lei assim o determine e o dispositivo do parágrafo 4º, do art. 129 da Lei nº 3.956/81 (COTEB) permite a revisão no caso do montante do débito tributário. Portanto, o inciso I, do art. 149 do CTN c/c o parágrafo 4º, do art. 129 da Lei nº 3.956/81 (COTEB) elenca a possibilidade de revisão do montante.

Quanto ao argumento defensivo de que a correção do montante do tributo devido desrespeita o art. 142 do CTN, diz que se pode perceber que a constituição do crédito tributário revisto, conforme o art. 149 do CTN não é motivo de nulidade

Sobre as alegações defensivas referentes aos percentuais de MVA, apresenta os seguintes esclarecimentos:

1. PENNE RIGATE INTEG 18X500G %DESC: 25,00 e SPAGHETTI INTEG 20X500G %DESC: 25,00, só constam do anexo 12, exercício de 2014, com origem no Estado de Minas Gerais, que não é signatário do Protocolo nº 50/05. Para Estados não signatários do Protocolo nº 50/05, operações com massa e alíquota de 4% a MVA é de 23,87%, conforme item 33.1, do Anexo 1, do RICMS/12. É este percentual de MVA que consta no anexo 12. Não há correção a fazer.
2. MACARRAO ITA DE CECCO FETTUCCINE NIDI DI SEMOLA 500 G, MACARRAO ITA DE CECCO PENNE RIGATE 500 G”, MACARRAO ITA DE CECCO RIGATONI 500 G, MACARRAO ITA DE CECCO TAGLIATELLE NIDI DI SEMOLA 500 G. Diz que as massas MACARRAO ITA têm origem no Estado de São Paulo, que não é signatário do Protocolo nº 50/05. Para Estados não signatários do Protocolo nº 50/05, operações com massa e alíquota de 4% a MVA é de 23,87% e para operações com alíquota de 7% a MVA é de 20%, conforme item 33.1, do Anexo 1, do RICMS/12. No anexo 15, quando a alíquota é de 4% foi aplicada a MVA de 23,87% e quando a alíquota é de 7% foi aplicada a MVA de 20%. Não há correção a fazer.
3. Informa que o item 0435073 - M. LAMEN RENATA EXPRESS YAKISOBA 20X300G tem NCM 1902.300 (macarrão instantâneo) e origem no Estado de São Paulo, que não é signatário do Protocolo nº 50/05. Para Estados não signatários do Protocolo nº 50/05, para operações com macarrão instantâneo e alíquota de 7% a MVA é de 34,46%, conforme item 33.1, do Anexo 1, do RICMS/12. É este percentual de MVA que consta nos anexos 12 e 15. Não há correção a fazer.
4. DECRETO nº 15.661/14. Repete a alegação do autuado de que no que concerne a alegação da Autoridade Fiscal de que a Impugnante “não observou a retificação publicada no D.O.E”, e que no documento extraído do site da SEFAZ/BA, não consta nenhuma anotação da referida retificação ou data de publicação da retificação (D.O.E. - 21/11/12) conforme consignado pela Autoridade Fiscal. Esclarece que apesar da alegação da defendant, no Anexo 1 do RICMS/12,

redação vigente para 2015, na continuação do mesmo documento das folhas 996 consta a MVA de 27,23% (Aliq. 4%), 23,25% (Aliq. 7%) e 16,63% (Aliq. 12%), conforme abaixo. Diz que o autuado apresentou o “print” da parte que lhe era conveniente.

Ressalta que o deficiente argui que a autoridade fiscal ratificou o Auto de Infração sem levar em consideração a redução na base de cálculo de 55,55% para os Espumantes e Champanhe (nacionais) - (NCM 2204). Que não se trata de uma questão interpretativa e sim positiva.

Diz que o argumento não procede. O inciso XXXVII, do art. 268 determina redução de base de cálculo para as operações internas com vinhos da posição NCM 2204, produzidos no Brasil, de forma que a carga de ICMS corresponda a 12% (doze por cento). Ressalta que o texto só se refere a vinho e não a espumante. Já o item 5.4 do Anexo 1 do RICMS/12, não se refere a redução da base de cálculo e sim a antecipação tributária. A mistura dos dispositivos induz a um erro de interpretação.

Acrescenta que conforme o inciso I, do art. 97, do CTN somente a lei pode estabelecer redução de tributos. O parágrafo 2º, do art. 108, do CTN determina que o emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido. Acrescenta que de acordo com o inciso II, do art. 111, do CTN interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção. A redução da base de cálculo é considerada um tipo de isenção sobre parte da base de cálculo. Sendo assim, não se pode conceder para espumante a redução da base de cálculo para vinhos produzidos no Brasil baseado em equidade. Não há correção a fazer em relação a espumante.

Relata que o impugnante alega que no caso do item “BISTECA”: O valor correto da Pauta Fiscal deve ser R\$ 7,78, em vez de R\$ 8,50 destacado pela fiscalização. Pois o produto é CARRE. Diz que a alegação não prospera. No anexo 10 consta como descrição do produto BISTECA A (COPA LOMBO) CONG. 8 KG. Este item já foi corrigido conforme informação fiscal folhas 556, que aplicou a pauta do item 4.4 da IN nº 04/09, atualizada pela IN nº 28/13, usando a descrição COPA LOMBO.

“BISTECA A (COPA LOMBO) CONG. 8 KG – Segundo a deficiente a pauta correta é R\$ 7,78 em vez de R\$ 10,60 destacado pela fiscalização e que o produto é CARRE. Não tem na pauta o item bistecca, mas tem item copa/lombo, com pauta de R 8,50 e lombo com pauta de R\$ 10,60. A pauta foi corrigida para R\$ 8,50 no ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL” A descrição do produto, conforme o fornecedor encontra-se na NF-e 895.528.

Acrescenta que o deficiente não traz fato novo em relação às demais alegações, e diz que ratifica as informações fiscais, folhas 537 a 613, 667 a 688 e 960 a 979.

Por tudo quanto exposto, mediante as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado na infração, visando salvaguardar os interesses públicos, esperando dos membros deste Egrégio Colégio um julgamento pela procedência parcial do presente Auto de Infração.

Nesta última informação fiscal, a autuante não refez os cálculos, apenas contestou as alegações defensivas, apresentando esclarecimentos. Dessa forma, não houve necessidade de intimar o autuado para tomar conhecimento da mencionada informação fiscal, conforme previsto no § 7º do art. 127 do RPAF/BA, tendo em vista que não foram aduzidos fatos novos ou anexados aos autos novos demonstrativos pela autuante.

VOTO

O deficiente alegou que o presente Auto de Infração merece ser anulado, por inexistência de suporte fático necessário e imprescindível para o lançamento; cerceamento ao direito de defesa e inadequação da capitulação legal.

Após as informações fiscais prestadas pela autuante, o deficiente também requereu a nulidade do Auto de Infração, afirmando que, em razão do reconhecimento da falha da autuação pelo

próprio Preposto Fiscal (inclusão indevida de valores aos quais o contribuinte não realizou operação tributável), o auto de infração deve ser anulado.

Disse que o presente lançamento deve ser anulado, ante a ocorrência do vício material, uma vez que não é possível certificar-se acerca do correto montante do tributo devido, sendo impossível determinar com certeza a infração cometida pela empresa, nos termos do disposto no artigo 18, IV, “a”, do RPAF c/c artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Observo que uma vez lavrado o Auto de Infração, é assegurado ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, e o autuado poderá intervir no processo administrativo fiscal pessoalmente, através do titular, sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente. Também pode ser representado por advogado, preposto, ou por quem estiver na administração de seus bens.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado. No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

Quanto aos levantamentos realizados pela fiscalização, são aplicados roteiros de auditoria que estabelecem metodologia e técnica de atuação fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária, podendo a auditoria de fiscal ser realizada através de contagem física ou análise documental ou digital, inclusive por meio de arquivos eletrônicos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicados os mencionados roteiros a qualquer estabelecimento.

Atualmente, utiliza-se a Escrituração Fiscal Digital – EFD que se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. A EFD substitui os seguintes livros: i) Registro de Entradas; ii) Registro de Saídas; iii) Registro de Inventário; iv) Registro de Apuração do ICMS; v) documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

Se o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio dos arquivos eletrônicos, a correção desses arquivos é de responsabilidade do contribuinte e tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas, saídas e estoque de mercadorias. Portanto, no caso de inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros.

Por outro lado, durante a fiscalização, o procedimento fiscal é unilateral, não se exigindo a observância do contencioso e da ampla defesa, haja vista que durante a fiscalização o contribuinte ainda não está sendo acusado de nada, não se sabendo se será apurada alguma irregularidade. Depois de concluída a fiscalização, tendo sido constatada alguma infração, lavra-se o Auto de Infração, passando a haver uma acusação. Neste caso, deve-se observar os critérios constitucionais atinentes ao contraditório e à ampla defesa.

A autuante informou que os anexos 1 a 8 do auto de infração demonstram os valores reclamados. Constam no PAF os documentos necessários, a escrita fiscal e notas fiscais constantes no arquivo eletrônico. Estes documentos comprovam os dados dos anexos 1 a 8, e os valores reclamados na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, gerada pelo próprio autuado, e em momento algum a impugnante questionou as informações da EFD.

Um ponto tratado pelo deficiente se refere à questão da formação do Auto de Infração e de todos os documentos que o acompanham; a apuração do débito, após as informações fiscais, bem como, a necessidade de que o PAF deve conter todos os elementos (demonstrativo e provas) que serviram de base para a ação fiscal.

Quanto a esta alegação, observo que a autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pela autuante, tendo sido realizada revisão acatando parcialmente as alegações defensivas e elaborados novos demonstrativos, tendo sido intimado o contribuinte com a concessão do prazo regulamentar para a devida manifestação.

O Processo Administrativo Fiscal é regido pelo princípio da verdade material, por isso, não se pode recusar uma prova pelo fato de ter sido apresentada após a lavratura do Auto de Infração ou após a apresentação da defesa. Ou seja, conforme art. 2º do RPAF/BA, “*na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito*”. Por isso, a autuante acatou as comprovações apresentadas pelo defendant e refez os cálculos.

Neste caso, RPAF-BA admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissão ou a não observância de exigências meramente formais. Assim, conforme estabelece o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, “*as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo*”.

No caso em exame, a autuante constatou a existência de comprovações apresentadas pelo defendant que implicaram correções na apuração do imposto devido, o que foi realizado, com a posterior intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção.

Sobre o enquadramento legal, ressalto que não implica nulidade da autuação em caso de equívoco na indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que, pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99. A descrição dos fatos e dispositivos regulamentares constantes no Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de ICMS

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, 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.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, constato 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/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O autuado afirmou: caso este Órgão Julgador considere que não é possível anular o auto de infração em sua integralidade, entende ser necessária a realização de diligência fiscal para a apuração correta da infração.

Quanto ao mencionado pedido, indefiro com base no art. 147, inciso I, “a” e “b”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pela autuante, que refez os cálculos, mediante revisão quando prestou informações fiscais, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a dezembro de 2014; fevereiro a dezembro de 2015.

O defendente alegou que a autuação fiscal não procede, uma vez que o Fisco deixou de considerar diversas hipóteses às quais não ensejariam o lançamento da obrigação tributária. Dentre elas destacou: (I) o regular recolhimento do tributo; (II) a utilização de alíquota incorreta pelo Fisco e de MVA diversa ao determinado no diploma legal; (III) o acréscimo de MVA em valores cuja base de cálculo é pautada pela SEFAZ-BA; (IV) utilização de valor de pauta diverso ao constante na tabela da SEFAZ-BA.

Também alegou que constatou mercadorias listadas no levantamento fiscal que já tiveram o ICMS-ST devidamente recolhido; mercadorias que sequer estão sujeitas ao regime da substituição tributária; aplicação incorreta do preço determinado na Pauta Fiscal; aplicação indevida de MVA em produtos com o preço determinado pela Pauta Fiscal

Nas informações fiscais a autuante analisou as alegações defensivas e as notas fiscais mencionadas pelo autuado, fazendo as observações em relação a cada documento analisado, indicando o que foi acatado e os novos cálculos realizados.

Na primeira informação fiscal, a autuante concluiu que o valor remanescente a cobrar em 2014 fica conforme o ANEXO 9 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL e o valor remanescente a cobrar em 2015 fica conforme o ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

Na segunda informação fiscal concluiu que o valor remanescente a cobrar em 2015 fica conforme o ANEXO 17 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

Na terceira informação fiscal, o valor remanescente a cobrar em 2015 ficou alterado, conforme o ANEXO 19 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

Na quarta e última informação fiscal (fls. 1018/1025), considerando que o refazimento dos cálculos não foi acatado pelo defendente, conforme questionamentos na última manifestação apresentada às fls. 986/1000, a autuante apresentou esclarecimentos, conforme resumo a seguir.

Esclareceu que através do DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA foi informado se o critério usado foi PAUTA ou MVA. No DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS DO PROTOCOLO ICMS 50/05 está informado se a mercadoria referente ao citado protocolo teve o critério usado de PREÇO e MVA ou PAUTA e MVA. Ou seja, os papéis de trabalho indicam as situações de só MVA ou PAUTA, o que for maior; e PREÇO e MVA ou PAUTA e MVA, o que for maior.

Para Estados não signatários do Protocolo nº 50/05, operações com massa e alíquota de 4% a MVA é de 23,87% e para operações com alíquota de 7% a MVA é de 20%, conforme item 33.1, do Anexo 1, do RICMS/12. No anexo 15 do AI, quando a alíquota é de 4% foi aplicada a MVA de 23,87% e quando a alíquota é de 7% foi aplicada a MVA de 20%. No Anexo 1 do RICMS/12, redação vigente para 2015, consta a MVA de 27,23% (Alíquota 4%), 23,25% (Alíquota 7%) e 16,63% (Alíquota 12%).

Em relação ao questionamento do autuado referente ao Decreto nº 15.661/2014, consta no item 34 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, redação vigente no ano de 2014, “Nota”, informando: “A redação da coluna “Mercadoria – NCM” do item 34 foi dada pela Alteração nº 26 (Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14), efeitos a partir de 01/12/14”, e no ano de 2015, as alíquotas permaneceram as mesmas. A informação da autuante de que o Decreto nº 15.661/2014, foi retificado em publicação no D.O.E. de 21/11/2012, foi equivocada quanto à mencionada data (21/12/2012), mas não causou qualquer repercussão no cálculo do imposto, considerando que as alíquotas foram utilizadas corretamente.

Quanto ao produto BISTECA A (COPA LOMBO) CONG. 8 KG, a autuante informou que foi corrigido conforme informação fiscal folhas 556, que aplicou a pauta do item 4.4 da IN nº 04/09, atualizada pela IN nº 28/13, usando a descrição COPA LOMBO. “BISTECA A (COPA LOMBO) CONG. 8 KG – segundo a defendant a pauta correta é R\$ 7,78 em vez de R\$ 10,60 destacado pela fiscalização e que o produto é CARRE. Informou que não tem na pauta o item bisteca, mas tem item copa/lombo, com pauta de R\$ 8,50 e lombo com pauta de R\$ 10,60. A pauta foi corrigida para R\$ 8,50 no ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL” A descrição do produto, conforme o fornecedor encontra-se na NF-e 895.528.

Em relação ao inciso XXXVII, do art. 268 do RICMS-BA/2012, determina redução de base de cálculo para as operações internas com vinhos da posição NCM 2204, produzidos no Brasil, de forma que a carga de ICMS corresponda a 12% (doze por cento). A autuante esclareceu que o texto só se refere a vinho e não a espumante. Já o item 5.4 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, não se refere a redução da base de cálculo e sim a antecipação tributária. (ANEXO 1 MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA).

Observo que a legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código de NCM. Neste caso, a descrição constante nos documentos fiscais deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM para se concluir se os produtos encontram-se, ou não, enquadrados no dispositivo legal.

Analizando os elementos constantes nos autos, constato que a autuante efetuou revisão do levantamento fiscal acatando parte das alegações defensivas, de acordo com a legislação pertinente à matéria e os dados encontrados na Escrituração Fiscal Digital – EFD. Neste caso, não foi constatado reparo a fazer nos novos valores apurados, e acato as informações prestadas nas informações fiscais.

Os valores exigidos mediante lançamento por meio de Auto de Infração estão sujeitos à realização de revisão, haja vista que no próprio auto consta a ressalva quanto ao direito de a Fazenda Estadual apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias. Neste caso, se foi exigido na autuação fiscal valor divergente daquele efetivamente devido, é correto providenciar o refazimento dos cálculos, apurando-se o débito retificado, após a revisão efetuada.

Acompanho o posicionamento da autuante, haja vista que ficou caracterizado recolhimento a menos do imposto em razão de o autuado ter realizado operações com erros na apuração do imposto devido, em desacordo com o previsto na legislação, conforme apurado no levantamento fiscal.

Dessa forma, acato os demonstrativos elaborados pela autuante, e o valor remanescente do exercício de 2014 fica reduzido para R\$603.179,94, conforme o ANEXO 9 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL (fl. 563). Em relação ao exercício de 2015, o valor remanescente fica reduzido para R\$183.371,06, conforme o ANEXO 19 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL (fl. 966 do PAF).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$786.551,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0023/18-0, lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS ERELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$786.551,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 23 de junho de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA