

109A. I. N° - 298958.0015/19-0
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25.08.2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0109-02/20-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. MERCADORIAS DA ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração parcialmente elidida mediante acolhimento parcial dos elementos de provas apresentados pelo Impugnante, excluído NF-es de aquisições de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi lavrado em 24/09/2019 para reclamar crédito tributário no montante de R\$191.741,58, em face da seguinte infração:

1 – 01.02.06 – Uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Valor: R\$191.741,58. Período: Janeiro 2016 a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 9º e 29, § 4º, II da Lei 7014/96 c/c art. 290, do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, VII, “a” da Lei 7014/96.

Notificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com Impugnação (fls. 32 a 55). Após reproduzir a infração, ainda que elogie a capacidade técnica do Autuante, alega que a autuação não procede em face da equivocada interpretação quanto à aplicação da sistemática da Substituição Tributária em relação com os itens que irá discriminar, razão pela qual não há apropriação de crédito de forma indevida.

Ademais, demonstrará que a lavratura do AI se deu de forma ilegal em razão da divergência entre os itens adquiridos e os que constam da autuação.

No item “4. Da nulidade da Autuação – Da preterição do direito de defesa: o descumprimento de dispositivo legal e a ausência de comprovação da infração provocam”, reproduzindo os art. 2º e 39, VI, do RPAF, fala que a autuação se lastreia em duas planilhas denominadas: “CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ST – 2016” e “CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ST – 2017” (Doc. 10, fl. 11), detalhando as NF-es de mercadorias tidas como enquadradas na Substituição Tributária, contudo, diz, demonstrará divergência entre a mercadoria autuada e o produto que entrou no estabelecimento autuado, o que passa a expor exemplificadamente, com a Chave de Acesso e plotagem de parte da NFE-e;

- 291605974226200001505507000486279513653900866

Na planilha do AI consta o item CIGARROS DERBY CARTE, mas na plotagem se vê os itens MILNUTRI 400 G, TOMATE PELDO CUBO VERDE 400G e MILNUTRI 800 G;

- 291605974226200001505507000488087415515933856

Na planilha do AI consta o item PICANHA SUINA TEMP, mas na plotagem não se vê tal mercadoria;

- 29160597422620000150550700053256661844795910

Na planilha do AI consta o item AMENDOIN A GRANEL, mas na plotagem não se vê tal mercadoria;

- 291706974226200114534550800000507111213596216

Na planilha do AI consta o item PANET SEM FRU AYMORE, mas na plotagem não se vê tal mercadoria;

Diz que iguais divergências se repetem com muitos outros itens, que pode ser constada apenas verificando as NF-es e a descrição do item autuado, demonstrando claramente a nulidade do AI, pois a partir do momento em que as planilhas indicam produtos distintos dos adquiridos, torna-se insuficiente para caracterizar a infração acusada. Aduz que se o Autuante apresenta como prova as planilhas enviadas (Doc. 04 – fl. 10), o AI há de ser anulado

Aponta que o exercício do direito de defesa resta prejudicado porque o relatório apresentado pelo Autuante não corresponde a mercadorias incluídas na ST, e a Impugnante não sabe sequer precisar a origem da divergência, situação que macula o crédito tributário exigido de iliquidez e incerteza, cerceando, por sua vez, o direito de defesa e o devido processo legal, entendimento exposto pelo Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco – TATE, em casos análogos, conforme ementas reproduzidas.

Escreve que a isso se soma o teor do art. 142 do CTN, informando que a Autoridade competente para lançar é obrigada a discriminar clara e precisamente os fatos geradores, a matéria tributável, calcular o imposto devido e os períodos cobrados.

Reproduzindo o art. 18, II e IV, do RPAF, bem como ementa de decisão do CONSEF, defende impor-se a declaração de nulidade para este caso. Primeiro, pela divergência entre as mercadorias autuadas e as comercializadas e, segundo, porque essa insegurança repercute no amplo direito de defesa da Impugnante".

No item “5. Dos fundamentos – Produtos não sujeitos a Substituição Tributária”, diz que, além dos itens em que constatou divergência das mercadorias, houve equívoco na interpretação quanto a inclusão de tais itens na sistemática da ST. Para tanto, passa a relacionar as **mercadorias** pela data da ocorrência do fato gerador, confrontando com a legislação.

Decreto 16.499/2015 – Vigência janeiro a março 2016

- CAPACETE; CAPACETE DIVERTIDO – São capacetes de bicicleta, não utilizáveis para veículos motorizados, não contemplado no item 1.13, do Anexo Único do RICMS-BA;
- MABEL SEQUI TRADI 400G – Biscoito de sequilhos que não possuem farinha de trigo. Portanto, não se enquadra nos itens 11.20 e 11.22, do Anexo único;
- CETRILAN CR 40 G – Creme para proteção de assaduras. Não se inclui nos itens 19.8, 19.9 ou 19.23, do Anexo único;
- VONO ABOBORA C CARNE 17G; VONO BATATA C CARNE 18G; VONO MILH CFRANGO 18G; MASSA NITRO2 CHOCOLATE 720GR, VONO QUEIJ TOM E MAN – Itens de sopa pré-pronta, e não estão incluídos na Anexo único;
- LUB DUREX SEM 2EM1 – Lubrificante íntimo com NCM 3304.99.00. Não consta do Anexo único.

Decretos 16.738/16, 16.849/16, 16.983/16, 16.987/16 e 17.164/16

Além dos itens já citados (CAPACETE INIC TAM M; CAPACETE ABS INF P; CAPACE INICIC, MABEL SEQUI TRADIC; VONO ABOBORA C CARNE 17G (SOPAS), tem-se para fato gerador ocorrido entre abril 2016 a dezembro 2017:

- PEITO DE FRANGO FAT; COXA C/SPBRE; PEITO P FAT 150G CAR; PÉRU DESOSS RECH KG – Itens cujo fato gerador ocorreu a partir de junho 2016, período em que houve a revogação de produtos resultante do abate de aves, conforme plotagem do Anexo único;
- CD GUILHER SANTIA; CD JAMMIL NA REAL; CD LEO MAGALHAES. CD GUNS N ROSES 1988; CD NXZERO PROJETO PA – NCM 8523.40.21, (Discos para sistemas de leitura por raio laser para reprodução apenas de som). Não constam do Anexo único, não havendo, sequer, congêneres de tais produtos;
- PAPEL MANTEIGA WYDA – Item utilizado como antiaderente no preparo de alimentos. Não está

descrito como submetido à ST, cuja NCM é 4806.4 (papel cristal e outros Papéis calandrados transparentes ou translúcidos);

- P CAN PPAIX CHOC AVE – Pó para fabricação de pudim. NCM 2106.90.21 (Pós, inclusive com adição de açúcar ou outro edulcorante, para fabricação de pudins cremes, sorvetes, flans, gelatinas ou preparações similares – Para fabricação de pudins, em embalagens imediatas de conteúdo inferior ou igual a 1 kg), não havendo na legislação este item específico, constando tão somente o NCM 2106.90.1 (xarope ou estrato concentrado destinado ao preparo de refrigerante em máquina “pré-mix” ou “post-mix”);
- ADITIVO P/ RADIAD 1 – NCM 38.24.40.91 (Produtos diversos das indústrias químicas). Não pode ser incluído como item submetido à ST pela falta de previsão específica no Anexo 1 do RICMS-BA, pois não se enquadra nos produtos com as características constantes no Conv. ICMS 110/17, como querosenes, óleos (combustíveis e lubrificantes), ou outros óleos de petróleo ou de minerais betuminosos;
- ANDADOR DE B – Item incluído no gênero brinquedos (andador para bebê), cuja NCM é 9503.00.99, que também não se inclui na legislação referente à ST do especificado acima;
- AMENDOA TORR SALG LA; AMENDOA S/C R LA VIO; AMENDOA LAMINADA LA – Para estes itens, a única possibilidade plausível para acusação de crédito indevido seria classificá-los como mercadorias isentas, nos termos do art. 265, I, do RICMS-BA. Contudo, o item “amêndoas” se inclui na exceção da regra isentiva. Ademais, diz, ainda que fosse uma mercadoria isenta, a autuação não trata do creditamento do ICMS relativo a mercadorias isentas, mas a mercadorias da ST;

Decreto 17.303/16 – Vigência: a partir de 01/01/2017

Além dos itens já citados (CAPACETE; MABEL SEQUI TRADIC; CETRILAN CR 40G;

VONO ABOBORA C CARNE 17G (SOPAS); PAPEL MANTEIGA WYDA, tem-se para fato gerador ocorrido no período fevereiro a dezembro 2017:

- MAC CURTO MN – Item de vestuário (macacão), fora da ST, sequer havendo congênere no Anexo 1;
- ESPAGUETE ANTIADEREN – (Espageteira). De uso doméstico no preparo de alimentos. Não consta na legislação da ST, cujo NCM é 4806.4 (Serviços de mesa, artigos de cozinha e outros artigos de uso doméstico, e suas partes; esponjas, esfregões, luvas e artigos semelhantes para limpeza, polimento ou usos semelhantes);
- FRANGO DESF 400G – Não se encaixa no item 11.35 (Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves), pois, trata-se de frango desfiado pré-cozido, conforme plotagem com descrição do produto;
- PARAFUS BI 3 6V; PARAF. S/FIO 4,8V BIV – Referem-se a parafusadeira NCM 8467.29.92 (Parafusadeiras e rosqueadeiras), itens não discriminados no Anexo 1 para o período;
- TORRAD CONFI – Torradeira elétrica NCM 8516.72.00 (Torradeiras de pão), de uso doméstico. Não se encaixa no gênero de produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos do Anexo 1, do RICMS-BA;
- PAPEL CONTACT – A NCM do produto (PLÁSTICO ADESIVO TRANSPARENTE) é 3920 (Outras chapas, folhas, películas, tiras e lâminas, de plásticos não alveolares, não reforçadas, não estratificadas, sem suporte, nem associadas de forma semelhante a outras matérias), não havendo tal correspondência específica na legislação referente aos itens ST, devendo o referido item, assim como os demais especificados, ser excluídos da autuação.

• Da exorbitância da Multa Aplicada

Diz ser inapropriada por duas razões: (i) ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude; (ii) violação ao princípio do não-confisco.

Nesse sentido, reproduzindo aresto proferido pelo CARF, excerto de doutrina e ementas de decisões judiciais, diz que a multa de 60% afronta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e do não-confisco, de modo que serve única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora e, por consequência, requer o a improcedência da autuação no que atine à multa ou, subsidiariamente, sua redução para o patamar entre 20% e 30%, que entende razoável.

Reproduzindo o art. 112 do CTN e citando decisão judicial pede que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Concluindo, requer: i) reconhecimento e decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal; ii) subsidiariamente, redução da multa, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco; iii) em caso de dúvida, que a norma seja interpretada da forma mais favorável à Impugnante.

A Autoridade Fiscal autuante presta Informação Fiscal às fls. 99-104, contra-arrazoando as razões da Defesa.

Sobre a alegação de falta de liquidez do AI e apresentação de dados, informa que as planilhas de débito foram extraídas da Escrituração Fiscal Digital – EFD, que a autuada passou à SEFAZ e que as NF-es de entrada “são de propriedade da Suplicante e estão em seu poder para consulta a qualquer tempo”.

Sobre as citadas divergências entre mercadorias autuadas e as efetivamente adquiridas, informa que as informações são as constantes na EFD. Então, as descrições ou foram dadas pela Impugnante, ou constam nas NF-es de entrada das mercadorias e para demonstrar o que afirma, anexa os arquivos das NF-es de entrada originais, em que constam tais descrições (CD anexo).

Quanto aos equívocos apontados pelo Impugnante na interpretação dos itens na sistemática da ST, informa serem procedentes em partes, conforme anuncia:

- CAPACETE; CAPACETE DIVERTIDO – Procede as alegações e excluiu os itens;
- MABEL SEQUI TRADI 400G - Procede as alegações e excluiu os itens;
- CETRILAN CR 40 G – Procede as alegações e excluiu os itens;
- VONO ABOBORA C CARNE 17G; VONO BATATA C CARNE 18G; VONO MILH CFRANGO 18G; MASSA NITRO2 CHOCOLATE 720GR, VONO QUEIJ TOM E MAN – Produtos enquadrados na substituição tributária, macarrão instantâneo;
- LUB DUREX SEM 2EM1 – Procede as alegações e excluiu os itens;
- PEITO DE FRANGO FAT; COXA C/SPBRE; PEITO P FAT 150G CAR; PÉRU DESOSS RECH KG – Produtos enquadrados na substituição tributária;
- CD GUILHER SANTIA; CD JAMMIL NA REAL; CD LEO MAGALHAES. CD GUNS N ROSES 1988; CD NXZERO PROJETO PA – Procede as alegações e excluiu os itens;
- PAPEL MANTEIGA WYDA – Procede as alegações e excluiu os itens;
- P CAN PPAIX CHOC AVE – Procede as alegações e excluiu os itens;
- ADITIVO P/ RADIAD 1 – Procede as alegações e excluiu os itens;
- ANDADOR DE B – Procede as alegações e excluiu os itens;
- AMENDOA TORR SALG LA; AMENDOA S/C R LA VIO; AMENDOA LAMINADA LA – Produtos enquadrados na substituição tributária;
- MAC CURTO MN – Procede as alegações e excluiu os itens;
- ESPAGUETE ANTIADEREN – Procede as alegações e excluiu os itens;
- FRANGO DESF 400G – Produtos enquadrados na substituição tributária;
- PARAFUS BI 3 6V; PARAF. S/FIO 4,8V BIV – Procede as alegações e excluiu os itens;
- TORRAD CONFI – Procede as alegações e excluiu os itens;
- PAPEL CONTACT – Procede as alegações e excluiu os itens.

Informa que após a reanálise das planilhas suporte da autuação, excluiu os produtos informados na EFD, pela Impugnante, mas que não constam nas NF-es que efetivamente entraram no estabelecimento, bem como as mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, com o que a exação restou ajustada de R\$ 191.741,58 para **R\$34.997,20**.

Concluindo, diz que diante do acatamento parcial das alegações defensivas e efetuados os expurgos pertinentes, refez o demonstrativo de débito, da exação original restou **R\$34.997,20**.

Regularmente intimado para conhecer a Informação Fiscal, o Autuado silenciou.

Às fls. 112-113, consta relatório e detalhes de pagamento vinculado ao PAF.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$191.741,58.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 03, 05, e 10, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 04-10 e CD de fl. 11); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator.

Tendo em vista que as incorreções apontadas pelo Impugnante foram devidamente sanadas na forma prevista no § 1º, do art. 18 do RPAF, rejeito a arguição de nulidade.

Art. 18.

...

§ 1º 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, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, ferramenta de auditoria de ICMS criado e desenvolvido por Auditores Fiscais da SEFAZ-BA com apoio do Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia – IAF, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre do confronto dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias, único com validade jurídica a provar a favor e em contra o contribuinte (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

Tem suporte probatório nos demonstrativos e documentos autuados (fls. 06-10 e CDs constantes nas fls. 11 e 106), cujas planilhas identifica: NF, data de emissão, número, chave de acesso, UF, NCM, descrição da mercadoria, quantidade, CFOP, vlor item, BC ICMS, alíquota e vlr do crédito utilizado, alíquota e vlr do ICMS legal, valor do ICMS e penalidade objetos da autuação, na conformidade com a infração.

Passo à análise de mérito da infração impugnada.

Acusa-se indevido uso de crédito fiscal de ICMS por entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e a alegação defensiva é que: a) Na planilha suporte da autuação constam NF-es descrevendo como enquadradas na ST mercadorias que não constam descritas nos documentos fiscais; b) Existência de equívocos na interpretação quanto a inclusão de mercadorias na sistemática da ST.

Para o item “b”, o Impugnante assim relacionou as **mercadorias** pela data da ocorrência do fato gerado, confrontando com a legislação.

Decreto 16.499/2015 – Vigência janeiro a março 2016

- CAPACETE; CAPACETE DIVERTIDO – São capacetes de bicicleta, não utilizáveis para veículos motorizados, não contemplado no item 1.13, do Anexo Único do RICMS-BA;
- MABEL SEQUI TRADI 400G – Biscoito de sequilhos que não possuem farinha de trigo. Portanto, não se enquadra nos itens 11.20 e 11.22, do Anexo único;
- CETRILAN CR 40 G – Creme para proteção de assaduras. Não se inclui nos itens 19.8, 19.9 ou 19.23, do Anexo único;
- VONO ABOBORA C CARNE 17G; VONO BATATA C CARNE 18G; VONO MILH CFRANGO 18G; MASSA NITRO2 CHOCOLATE 720GR, VONO QUEIJ TOM E MAN – Itens de sopa pré-pronta, e não estão incluídos na Anexo único;
- LUB DUREX SEM 2EM1 – Lubrificante íntimo com NCM 3304.99.00. Não consta do Anexo único.

Decretos 16.738/16, 16.849/16, 16.983/16, 16.987/16 e 17.164/16

Além dos itens já citados (CAPACETE INIC TAM M; CAPACETE ABS INF P; CAPACE INICIC, MABEL SEQUI TRADIC; VONO ABOBORA C CARNE 17G (SOPAS), tem-se para fato gerador ocorrido entre abril 2016 a dezembro 2017:

- PEITO DE FRANGO FAT; COXA C/SPBRE; PEITO P FAT 150G CAR; PÉRU DESOSS RECH KG – Itens cujo fato gerador ocorreu a partir de junho 2016, período em que houve a revogação de produtos resultante do abate de aves, conforme plotagem do Anexo único;
- CD GUILHER SANTIA; CD JAMMIL NA REAL; CD LEO MAGALHAES. CD GUNS N ROSES 1988; CD NXZERO PROJETO PA – NCM 8523.40.21, (Discos para sistemas de leitura por raio laser para reprodução apenas de som). Não constam do Anexo único, não havendo, sequer, congêneres de tais produtos;
- PAPEL MANTEIGA WYDA – Item utilizado como antiaderente no preparo de alimentos. Não está descrito como submetido à ST, cuja NCM é 4806.4 (papel cristal e outros Papéis calandrados transparentes ou translúcidos);
- P CAN PPAIX CHOC AVE – Pó para fabricação de pudim. NCM 2106.90.21 (Pós, inclusive com adição de açúcar ou outro edulcorante, para fabricação de pudins cremes, sorvetes, flans, gelatinas ou preparações similares – Para fabricação de pudins, em embalagens imediatas de conteúdo inferior ou igual a 1 kg), não havendo na legislação este item específico, constando tão somente o NCM 2106.90.1 (xarope ou extrato concentrado destinado ao preparo de refrigerante em máquina “pré-mix” ou “post-mix”);
- ADITIVO P/ RADIAD 1 – NCM 38.24.40.91 (Produtos diversos das indústrias químicas). Não pode ser incluído como item submetido à ST pela falta de previsão específica no Anexo 1 do RICMS-BA, pois não se enquadra nos produtos com as características constantes no Conv. ICMS 110/17, como querosenes, óleos (combustíveis e lubrificantes), ou outros óleos de petróleo ou de minerais betuminosos;
- ANDADOR DE B – Item incluído no gênero brinquedos (andador para bebê), cuja NCM é 9503.00.99, que também não se inclui na legislação referente à ST do especificado acima;
- AMENDOA TORR SALG LA; AMENDOA S/C R LA VIO; AMENDOA LAMINADA LA – Para estes itens, a única possibilidade plausível para acusação de crédito indevido seria classificá-los como mercadorias isentas, nos termos do art. 265, I, do RICMS-BA. Contudo, o item “amêndoas” se inclui na exceção da regra isentiva. Ademais, diz, ainda que fosse uma mercadoria isenta, a autuação não trata do creditamento do ICMS relativo a mercadorias isentas, mas a mercadorias da ST;

Decretos 17.303/16 – Vigência: a partir de 01/01/2017

Além dos itens já citados (CAPACETE; MABEL SEQUI TRADIC; CETRILAN CR 40G;

VONO ABOBORA C CARNE 17G (SOPAS); PAPEL MANTEIGA WYDA, tem-se para fato gerador ocorrido no período fevereiro a dezembro 2017:

- MAC CURTO MN – Item de vestuário (macacão), fora da ST, sequer havendo congênere no Anexo 1;
- ESPAGUETE ANTIADEREN – (Espagateira). De uso doméstico no preparo de alimentos. Não consta na legislação da ST, cujo NCM é 4806.4 (Serviços de mesa, artigos de cozinha e outros artigos de uso doméstico, e suas partes; esponjas, esfregões, luvas e artigos semelhantes para limpeza, polimento ou usos semelhantes);
- FRANGO DESF 400G – Não se encaixa no item 11.35 (Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves), pois, trata-se de frango desfiado pré-cozido, conforme plotagem com descrição do produto;
- PARAFUS BI 3 6V; PARAF. S/FIO 4,8V BIV – Referem-se a parafusadeira NCM 8467.29.92 (Parafusadeiras e rosqueadeiras), itens não discriminados no Anexo 1 para o período;
- TORRAD CONFI – Torradeira elétrica NCM 8516.72.00 (Torradeiras de pão), de uso doméstico. Não se encaixa no gênero de produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos do Anexo 1, do RICMS-BA;
- PAPEL CONTACT – A NCM do produto (PLÁSTICO ADESIVO TRANSPARENTE) é 3920 (Outras chapas, folhas, películas, tiras e lâminas, de plásticos não alveolares, não reforçadas, não estratificadas, sem suporte, nem associadas de forma semelhante a outras matérias), não havendo tal correspondência específica na legislação referente aos itens ST, devendo o referido item, assim como os demais especificados, ser excluídos da autuação.

Contra-arrazoando a Impugnação, reanalisando o procedimento fiscal, ainda que detectando as alegadas inconsistências entre algumas mercadorias identificadas com NF-es objeto da autuação na planilha suporte, com as descritas nas NF-es, informou que os dados foram extraídos da Escrituração Fiscal Digital – EFD efetuada pelo autuado. Então, considerando que a ferramenta de auditoria utilizada apenas importa as informações, foi o próprio contribuinte quem as gerou. Sem embargo, alertado sobre elas, por ocasião da Informação Fiscal, tomando os dados das NF-es, sanou as inconsistências neste ponto e, demonstrando o que afirma, anexou os arquivos das NF-es de entrada originais (CD constante à fl. 106, cuja cópia foi entregue ao Impugnante).

Quanto aos equívocos apontados pelo Impugnante na interpretação dos itens na sistemática da ST (letra “b”, acima), acatando o que foi pertinente, revisou o procedimento fiscal, conforme anunciado, acertadamente excluindo da autuação: CAPACETE; CAPACETE DIVERTIDO; MABEL SEQUI TRADI 400G; CETRILAN CR 40 G; LUB DUREX SEM 2EM1; CD GUILHER SANTIA; CD JAMMIL NA REAL; CD LEO MAGALHAES. CD GUNS N ROSES 1988; CD NXZERO PROJETO PA; PAPEL MANTEIGA WYDA; P CAN PPAIX CHOC AVE; ADITIVO P/ RADIAD 1; ANDADOR DE B; MAC CURTO MN; ESPAGUETE ANTIADEREN; PARAFUS BI 3 6V; PARAF. S/FIO 4,8V BIV; TORRAD CONFI; PAPEL CONTACT.

De igual forma, também acertadamente, rejeitou as alegações defensivas para: VONO ABOBORA CCARNE 17G; VONO BATATA CCARNE 18G; VONO MILH CFRANGO 18G; MASSA NITRO2 CHOCOLATE 720GR, VONO QUEIJ TOM E MAN (macarrão instantâneo); PEITO DE FRANGO FAT; COXA C/SPBRE; PEITO P FAT 150G CAR; PÉRU DESOSS RECH KG; AMENDOA TORR SALG LA; AMENDOA S/C R LA VIO; AMENDOA LAMINADA LA, FRANGO DESF 400G, pois, ao contrário do alegado, são produtos enquadrados no regime de substituição tributária e figurantes do Anexo 1, do RICMS-BA, nos respectivos períodos da ocorrência dos fatos geradores.

Por consequência, a Autoridade Fiscal autora do feito revisou o procedimento fiscal depurando o crédito fiscal em constituição, para **R\$34.997,20**, conforme novas planilhas aportadas aos autos na mídia eletrônica, contida no CD de fl. 106.

Considerando que tanto o novo valor da exação, como todos os novos elementos suporte foram dados a conhecer ao sujeito passivo, tendo este permanecido silente, é de incidir sobre o caso a normativa exposta no art. 140, do RPAF.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Tendo em vista nada ter a reparar de ofício quanto ao procedimento fiscal revisado, acolho o ajuste da exação para declarar a infração parcialmente subsistente, que passa a ter o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO						
Data Ocorr	Data Venc	Base de Cálculo	Aliq	Multa	Vlr Histórico	
Infração 01						
30/01/2016	09/02/2016	5.413,72	18%	60%	974,47	
28/02/2016	09/03/2016	4.612,33	18%	60%	830,22	
31/03/2016	09/04/2016	6.867,22	18%	60%	1.236,10	
30/04/2016	09/05/2016	5.778,28	18%	60%	1.040,09	
31/05/2016	09/06/2016	7.961,17	18%	60%	1.433,01	
30/06/2016	09/07/2016	8.057,06	18%	60%	1.450,27	
31/07/2016	09/08/2016	8.989,11	18%	60%	1.618,04	
31/08/2016	09/09/2016	6.935,61	18%	60%	1.248,41	
30/09/2016	09/10/2016	14.039,07	18%	60%	2.527,03	
30/10/2016	09/11/2016	5.815,89	18%	60%	1.046,86	
30/11/2016	09/12/2016	8.293,94	18%	60%	1.492,91	
31/12/2016	09/01/2017	4.772,72	18%	60%	859,09	
30/01/2017	09/02/2017	4.269,72	18%	60%	768,55	
28/02/2017	09/03/2017	6.227,72	18%	60%	1.120,99	
31/03/2017	09/04/2017	4.240,01	18%	60%	763,20	
30/04/2017	09/05/2017	5.053,33	18%	60%	909,60	
31/05/2017	09/06/2017	11.210,00	18%	60%	2.017,80	
30/06/2017	09/07/2017	3.789,83	18%	60%	682,17	
31/07/2017	09/08/2017	14.841,28	18%	60%	2.671,43	
31/08/2017	09/09/2017	3.133,78	18%	60%	564,08	
30/09/2017	09/10/2017	4.535,78	18%	60%	816,44	
30/10/2017	09/11/2017	15.023,83	18%	60%	2.704,29	
30/11/2017	09/12/2017	18.532,56	18%	60%	3.335,86	
31/12/2017	09/01/2018	16.034,94	18%	60%	2.886,29	
Total da Infração					34.997,20	

Quanto à multa proposta: a) é a legislada para o caso; b) por tratar de descumprimento de obrigação tributária principal, prejudicado está o pedido de seu afastamento ou redução; c) em face do disposto no art. 167 do RPAF, o argumento de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de norma em vigor não pode ser apreciada no âmbito deste órgão administrativo judicante.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0015/19-0**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.997,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42,

inciso VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR