

A. I. N° - 232400.0004/20-8
AUTUADO - LOJAS AMERICANAS S.A.
AUTUANTE - NILCÉIA DE CASTRO LINO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26.10.2021

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0382-06/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERESTADUAL. FALTA DE RETENÇÃO. MERCADORIAS SUJEITAS A DIVERSOS ACORDOS INTERESTADUAIS. 1. Infração não contestada. 2 e 3. Deixou de proceder a retenção de ICMS e o recolhimento por sujeito passivo por substituição. Documentações trazidas aos autos como prova pela Autuada não ilidem as infrações. Infrações subsistentes. Não acatada as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2020, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de **R\$100.566,64**, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 08.07.03: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Período autuado janeiro, julho, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2018. Valor do débito: R\$50.753,26.

Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c cláusulas primeira, quarta e quinta do Protocolo ICMS de nº. 11/91. Multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 08.34.03: Deixou de proceder a retenção de ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Período autuado janeiro, fevereiro e março de 2018. Valor do débito: R\$17.988,39.

Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c cláusulas primeira a terceira e quinta do Protocolo ICMS de nº. 50/05. Multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 08.35.03: Deixou de proceder a retenção de ICMS, a consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo as operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados Estado da Bahia. Produtos sob amparo do Protocolo 53/17 Biscoitos e Massas. Período autuado julho a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$31.824,99.

Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 295 do RICMS publicado pelo Decreto de nº. 13.870/12. Multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

A Autuada apresentou impugnação, por meio de advogado, às fls. 32 a 44, e documentação comprobatória às folhas 45 a 53, protocolizada na CORAP METRO/PA SAC L. FREITAS na data de 27/04/2021(fl. 24).

Em seu arrazoado a Autuada, inicialmente, alegou a tempestividade e passou no Tópico “DOS FATOS” à descrição uma por uma das infrações que lhe foram imputadas onde proferiu, ao final deste relato, que em relação às infrações de nºs. 01, 02 e 03, a Fiscalização aplicou multa equivalente a 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente (art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96) por não ter sido retido pelo sujeito passivo em substituição tributária consignando que não obstante, em que pesem as alegações do restante das infrações da autuação, verifica-se que as mesmas não merecem prosperar.

Assinalou no Tópico “DA NULIDADE DO LANÇAMENTO/CERCEAMENTO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO” que o artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN) estabelece os requisitos indispensáveis à lavratura de autos de infração, sendo que em síntese são: (i) qualificação do autuado; (ii) local, data hora da lavratura; (iii) descrição dos fatos; (iv) disposição legal infringida e a penalidade aplicável; (v) determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo legal; e (vi) a assinatura do Autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Complementou citando o art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 e suas nulidades, bem como, a sua decretação de ofício da nulidade referente ao art. 20 e os requisitos que deverão conter um Auto de Infração dispostos no art. 39 todos do aludido regulamento.

Contemplou que dessa forma, tanto o CTN quanto a própria legislação estadual foram claros ao exigir que a infração apurada seja expressamente indicada de forma precisa, inclusive com os elementos fáticos que a comprovem, isso porque as normas visam garantir que o contribuinte possa identificar a irregularidade da situação apontada e, consequentemente, a norma legal que porventura tenha infringido, viabilizando, assim, o pleno exercício do contraditório e a ampla defesa, conforme leciona o doutrinador Hely Lopes Meirelles:

“Por garantia de defesa deve se entender não só a observância do rito adequado, como a certificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova do seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis. (...) Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nos nossos Tribunais Judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constante do devido processo legal, ou mais especificamente, da garantia defesa.”

Assinalou que tal ponderação é relevante e necessária com fito de dar segurança jurídica, não só à Impugnante, mas inclusive à Autoridade Fiscalizadora que mantém o dever legal de atuar dentro dos limites da lei, tal como preleciona o artigo 37 da Constituição da República.

Reiterou a descrição das infrações 02 e 03, descrevendo os dispositivos que suportaram as suas lavraturas e explicou que tanto a INFRAÇÃO 02 quanto a INFRAÇÃO 03 tem a citação genérica do artigo 10 da Lei nº 7.014/96 que dependerá de acordo específico entre o Estado da Bahia e as unidades da Federação interessadas, contudo, na INFRAÇÃO 02 o acordo específico mencionado foi o **Protocolo ICMS 50/05**, revogado pelo Protocolo ICMS de nº 053/2017 (DOU de 02.01.2018), passando a produzir efeitos a partir de 01/01/2018. Ou seja, antes do período das infrações autuadas (janeiro a dezembro/2018).

Enfatizou que quanto à INFRAÇÃO 03, não foi mencionado o acordo específico, tão somente indicando que os produtos estariam sob o amparo do Protocolo ICMS de nº 053/2017, sem qualquer menção às cláusulas ou maiores esclarecimentos.

Garantiu que dessa forma, o Fisco lavrou autuação com mera referência aos artigos tratados no capítulo anterior, sendo evidente que os elementos que compõem a Autuação são insuficientes para que a Impugnante exerça o contraditório e o seu direito de defesa, restando clara a supressão da segurança jurídica e do direito de defesa da Impugnante, uma vez que esta não é, nem poderia ser, a responsável por fundamentar sua própria atuação.

Assim, diante da impossibilidade de a Autuada identificar com clareza contra qual imputação de fatos deve se defender, o Auto de Infração **PADECE DE VÍCIO MATERIAL INSANÁVEL**, vez que as infrações tem como base **enquadramento legal genérico e revogado**, revelando-se flagrante o cerceamento de defesa, o que viola de uma só vez os mandamentos do artigo 39 do Decreto nº. 7.629/1999 e do artigo 142 do CTN, bem como diversos princípios constitucionais, dentre eles os consagrados nos artigos 5º, LV, e 37 da CF/88, maculando o Auto de Infração de nulidade insanável.

Discorreu no Tópico “DA IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO/BUSCA DA VERDADE MATERIAL” pelo que se pode concluir é que a autuação tem como objeto a cobrança de ICMS-ST

supostamente não recolhido pelo Centro de Distribuição da Autuada, localizado no Estado de Pernambuco, em operações de remessa de mercadorias decorrentes de vendas a contribuintes localizados no Estado da Bahia. Considerando-se que as mercadorias são sujeitas à sistemática da substituição tributária, como é sabido, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS é do estabelecimento remetente, na qualidade de substituto tributário.

Advertiu, contudo, que o Processo Administrativo Fiscal deve ser pautado com base no princípio da verdade material, que é um dos objetivos e deveres da fiscalização tributária, como observa Reginaldo de França e corroborando com seu entendimento estão Geraldo Ataliba", Paulo de Barros Carvalho, José Artur Lima Gonçalves e Márcio, Severo Marques e, ainda, Odete Medauar.

Frisou que o princípio da verdade material em matéria tributária impõe à Autoridade Fiscal o dever de buscar a verdade dos fatos, sendo que o processo fiscal tem a finalidade de resguardar a legalidade do lançamento, cabendo, assim, ao julgador, buscar de forma exaustiva o que realmente ocorreu, de modo a não prejudicar o direito do contribuinte, todavia restou-se frustrada, no caso dos autos, vez que a Fiscalização lançou crédito tributário sobre operações que tiveram o respectivo imposto devidamente recolhido se não pelo Centro de Distribuição da Autuada, pelas suas Lojas localizadas no Estado da Bahia, destinatárias das mercadorias enviadas pelo CD para comercialização.

Revelou, em que pese o entendimento da Fiscalização, conforme conjunto probatório anexo (DAES do período e comprovantes de pagamento fls. 42 a 43), a Autuada constatou que o tributo devido no período em referência (janeiro a dezembro/2018), foi devidamente recolhido. A título de exemplo e para facilidade da análise - a Autuada cita abaixo relação dos recolhimentos referentes às operações realizadas no mês de dezembro/2018 que foram devidamente pagas até a data do vencimento das guias (Doc. 03).

Diante do exposto, imperiosa a declaração de improcedência de Auto de Infração, tendo em vista o indevido lançamento realizado pelo Fisco Estadual, referente a valores comprovadamente pagos pela Autuada.

Finalizou no Tópico "DO PEDIDO" requereu-se que seja julgada procedente a presente impugnação para:

Preliminarmente, reconhecer a nulidade do lançamento em relação às Infrações 02 e 03, diante da impossibilidade de a Impugnante identificar com clareza contra qual imputação deve se defender, já que as infrações têm como base enquadramento legal genérico e revogado, sendo flagrante o cerceamento de defesa.

No mérito, reconhecer o devido recolhimento do imposto devido nas operações autuadas e, consequentemente, a total improcedência e a necessária desconstituição do presente auto de infração, em razão do flagrante equívoco cometido pela Autoridade Fazendária na análise dos fatos, ao presumir que a Impugnante teria deixado de recolher o devido imposto.

A Autuante prestou Informação Fiscal às folhas 52 a 64, incialmente descrevendo que o RICMS/BA/12 que estabelece em seu art. 289 que ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.

Realçou que o Auto de Infração foi lavrado segundo normas do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia e da Lei de nº 7.014/96 em conformidade com a Ordem de Serviço de nº 50322120 para fiscalizar o exercício de 2018. Por se tratar de Contribuinte substituto localizado em outra unidade da Federação, tomou-se por base o **Convênio de nº 52/17**, então em vigor, que **dispõe sobre as normas gerais** a serem aplicadas aos regimes de substituição tributária e de antecipação do ICMS com encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes, instituídos por convênios ou protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal.

Pontuou que a Autuada é contribuinte regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, na condição de Substituto Tributário, ficando, portanto, subordinada ao

cumprimento das normas dispostas nos diversos institutos que versem sobre a Substituição Tributária Interestadual.

Descreveu, uma por uma, as três infrações imputadas à Autuada acrescentando ao final de cada uma que o **contribuinte não efetuou a retenção do ICMS-ST** em mercadorias constantes das **Notas Fiscais** discriminadas no Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Não Retido, relatório parcial às fls. 11 a 17, relatório completo no CD (MÍDIA) constante no Processo à fl. 18.

Estabeleceu-se um resumo da Impugnação, onde a Autuada, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento em relação às infrações 02 e 03, diante da impossibilidade de a identificar-se com clareza contra qual imputação deve se defender, já que as infrações tem como base enquadramento legal genérico e revogado, sendo flagrante o cerceamento de defesa e no mérito, invocou reconhecer o devido recolhimento do imposto nas operações autuadas, e, consequentemente, a total improcedência e a necessária desconstituição do presente auto de infração, em razão de flagrante equívoco cometido pela Autoridade Fazendária na análise dos fatos

A Autuante passou a informar e salientou que de modo preliminar "a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo da legitimidade da autuação fiscal".

Registrhou que os trabalhos de fiscalização recaíram sobre a verificação da incidência do ICMS-ST não retido nas notas fiscais sobre operações com mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, conforme Protocolos de nºs. 11/91, 50/05 e Protocolo de nº 53/17.

Acentuou que feitas estas considerações, contestou-se a impugnação como a seguir:

1. Com relação à Infração 01, não houve contestação contra o lançamento e a **Autuada em momento algum se insurgiu contra o levantamento apresentado**, portanto não cabe tecer nenhum comentário, nem acrescentar nenhuma informação, trata-se de ICMS-ST retido referente a produtos consignados no Protocolo de nº. 11/91.
2. A infração 02 refere-se à falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST nas operações realizadas para o Estado da Bahia com massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães, e outros derivados da farinha de trigo.

Instruiu que a Autuada contestou o enquadramento legal da Infração sob o argumento de que o acordo específico mencionado foi o Protocolo ICMS 50/05, revogado pelo Protocolo ICMS de nº. 053/2017 (DOU de 02.01.2018), passando a produzir seus efeitos a partir de 01/01/2018. Ou seja, antes do período das infrações autuadas (janeiro a dezembro/2018).

Continuou dizendo que o Protocolo 50/05, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos alimentícios, **massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães, e outros derivados da farinha de trigo**, do qual são signatários os Estados da Bahia e Pernambuco, **foi revogado pelo Convenio de nº. 53/17** que passou a produzir **efeitos a partir de 01/01/2018**, entretanto, a **base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária** prevista no novo diploma legal com previsão da aplicação da MVA ajustada, estabelecido na unidade federada de destino, **só foi regulamentado através do Decreto de nº. 18.406, de 22/05/18**, com efeitos a partir de 01/06/18, sendo que **no período de 01/01/2018 a 31/05/2018**, período de apuração da infração 02, a **base de cálculo do imposto era calculada segundo o mesmo critério do protocolo 50/05**, qual seja, a MVA plicada sobre o valor correspondente ao preço praticado pelo sujeito passivo da substituição tributária, acrescido do valor correspondente ao frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, esse o entendimento da SEFAZ/BA, através da sua Diretoria de Tributação que, no Anexo 1 do RICMS, manteve a aplicação da antiga regra **até a instituição do Decreto de nº. 18.406/18**, a qual passou a ser descrita com a seguinte redação:

Cláusula segunda: A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, não podendo este montante ser inferior ao valor de referência a ser publicado em Ato COTEPE/ICMS, adicionado ainda, em ambos os

casos, da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual Margem de Valor Agregado (MVA).

Apresentou-se a seguir um recorte do Anexo 1 do RICMS referente ao exercício de 2018 e folha completa no processo às fls. 65 a 67

"11.24	17.057.00	1905.32	"Waffles" e "wafers" - sem cobertura	Prot. ICMS 50/05- AL, BA, CE, PB, PE, PI, RN e SE	30%	52,20% (Aliq. 4%) 47,44% (Aliq. 7%) 39,51% (Aliq. 12%)	30%"
11.25	17.058.00	1905.32	"Waffles" e "wafers"- com cobertura	Prot. ICMS 53/17 - AL, BA, CE, PB, PE, PI, RN e SE	52,20% (Aliq. 4%) 47,44% (Aliq. 7%) 39,51% (Aliq. 12%)	52,20% (Aliq. 4%) 47,44% (Aliq. 7%) 39,51% (Aliq. 12%)	30%

Nota: A redação atual do subitem "11.25" foi dada pelo Decreto nº 18.406, de 22/05/18, DOE de 23/05/18, efeitos a partir de 01/06/18.

Redação anterior, efeitos até 31/05/18:

Observa-se do quadro, que o Estado da Bahia manteve, conforme a Nota acima, a Redação anterior dos itens referentes **ao Protocolo revogado até 31/05/2018**. E não é obtuso concluir-se que o enquadramento legal mais coeso é o de que houve violação do Art. 10 da Lei de nº. 7014 C/C o art. 295 do RICMS publicado pelo Decreto de nº. 13.780/12, decreto que ora o fazemos no intuito de corrigir o enunciado.

Por outro lado, ainda que o dispositivo citado da legislação tributária que deu azo à cobrança converge em inadequação, isto não seria justificativa para se invocar a nulidade do Auto, haja vista o que determina o art. 18, §1, c/c o art. 19, ambos do RPAF-BA.

Rematou que neste compasso, o auto de infração apontou, equivocadamente, que a omissão da empresa implicou em desobediência às cláusulas primeira, segunda, terceira e quinta do Conv. ICMS 50/05, porém, com referências suficientes para que o contribuinte compreendesse perfeitamente as razões da autuação na forma prolatada no § 1º art. 18 do RPAF/BA, prevendo que 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, reiterado pelo art. 19 do mesmo RPAF/BA que assevera que não implica nulidade o erro da indicação do dispositivo legal, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal." Por esse motivo a preliminar não merecer acolhida".

Explicou que a infração 03 refere-se à falta de retenção e recolhimento do ICMS ST, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações de venda de produtos constantes no Protocolo de nº. 53/17 destinadas a contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Frisou que conforme sabido a Autuada é Contribuinte do ICMS BA localizada em outro Estado da Federação, Pernambuco, que promove operações interestaduais com bens e mercadorias especificadas em convênio ou protocolo que dispõe sobre o regime de substituição tributária **o que o faz responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes devido à unidade federada de destino, mesmo que o imposto tenha sido retido anteriormente.**

Proferiu que na defesa da Autuada esta alega que quanto à Infração 03, não foi mencionado o acordo específico, tão somente indicado que os produtos estariam sob o amparo do Protocolo de nº. 53/17, sem qualquer menção às cláusulas ou maiores esclarecimentos" que, o Fisco lavrou autuação com mera referência aos artigos tratados no capítulo anterior, sendo evidente que os elementos que compõem a autuação são insuficientes para que a Autuada exerça o direito e o seu direito de defesa".

Ponderou que restou evidente que a autuação serviu pra apurar e calcular o ICMS-ST devido ao Estado da Bahia de produtos incluídos nos convênios e protocolos que são acordos de extraterritorialidade necessários para manter uma estrutura padrão mínima para a cobrança do ICMS entre estados, e diminuir conflitos de tributações por regiões. E que os elementos apresentados pelo Fisco estão no **Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Não Retido** que acompanha o Auto de Infração, estão quantidade, valor, base de cálculo, ICMS ST devido, MVA

bem como número do Protocolo ICMS. Sendo que, o enquadramento legal não poderia ser mais claro, o art. 10 da Lei de nº 7014/96 combinada com o art. 295 do Regulamento do ICMS/BA, que já prevê:

Lei nº 7.014/96 Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

Art. 295. Nas operações Interestaduais, substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nos convênios e protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas.

§ 1º Imposto retido pelo sujeito passivo por substituição deverá ser recolhido por meio da Gula Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), em agência de banco credenciado pela unidade federada interessada, situada na praça do estabelecimento remetente, em conta especial, a crédito do governo em cujo território se encontrar estabelecido o adquirente das mercadorias.

§ 2º Deverá ser utilizada GNRE específica para cada convênio ou protocolo, sempre que a sujeito passivo por substituição operar com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária regido por normas diversas.

Mencionou que esse mesmo enquadramento legal foi aplicado na Infração de nº 02 do AI de nº 232400.0005/20-4 lavrado contra a mesma Autuada, no decurso dessa mesma ação fiscal, cujo pagamento foi realizado sem contestação conforme cópia do AI mencionado e comprovantes de pagamento extraído do sistema INC e SIGAT, anexos às fls. 68 e seguintes.

Proferiu que da análise dos fatos, conclui-se facilmente que o impugnante afetivamente pugna pelo indeferimento apenas para exercer livremente o seu amplo poder de defesa com manifesta intenção posterga tória já que os argumentos apresentados não encontram lastro para firmar uma convicção diferente da que fora emanada no Auto de infração.

Acrescentou que a Autuada sustentou que a busca pela verdade material restou frustrada, vez que a Fiscalização lançou crédito tributaria sobre operações que tiveram o respectivo imposto devidamente recolhido se não pelo Centro de Distribuição da Autuada, ou pelas suas Lojas localizadas no Estado da Bahia, destinatárias das mercadorias enviadas pelo CD para comercialização e apresenta algumas planilhas e DAES de recolhimento do imposto e diz que esses pagamentos se referem aos valores levantados no Auto de infração.

Registrhou que a despeito disso, mais evidente se demonstrou a intenção meramente postergatória da Autuada uma vez que esses comprovantes não servem para elidir a ação fiscal já que, da forma em que foram apresentados, isolados, aleatórios e sem nenhum nexo com a autuação, em nada contribuem para o entendimento das operações realizadas pelo contribuinte além de não terem o poder de comprovar-se tratar-se dos valores cobrados no AI, já que foram emitidos por estabelecimentos diversos com CNPJ distintos que não passaram pela análise dessa fiscalização.

Ponderou que a deficiência na contraprova defensiva leva a Autuante arrematar que a Autuada impugna o lançamento só no intuito de confundir e nuclar os julgadores da materialidade das operações, formalizando situações que não correspondem aos fatos apresentados na ação fiscal desenvolvida.

Finalizou garantindo que a ilicitude praticada está fartamente comprovada, ratificando-se a autuação na forma regulamentar, sabendo-se que o valor apontado no presente PAF é de fato totalmente devido, pois foi apurado com lisura, cuidado e responsabilidade, como não poderia deixar de ser. Isto posto, solicitou-se deste Conselho a PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração em lide.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

VOTO

O presente Auto de Infração, em epígrafe, exige da Autuada ICMS no valor histórico de R\$100.566,64, acusando o cometimento de 03 (cinco) infrações, relativas ao período de apuração que se fez nos meses de janeiro a dezembro de 2018.

A **infração de nº. 01 (08.07.03)** de deixar de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, Valor do débito: R\$50.753,26, **não tendo sido contestada**, com fulcro no art. 140 do RPAF/99, não terá o mérito apreciado neste julgamento.

Primeiramente, passo a analisar as matérias processuais que tratam dos aspectos formais suscitadas nas preliminares da Autuada de vício insanável como nulidade do lançamento por cerceamento à ampla e ao contraditório em razão das Infrações de nºs. 02 e 03.

Em relação à Infração de nº. 02 o vício refere-se à citação genérica do art. 10 da Lei de nº. 7.014/96 em relação ao acordo específico entre o Estado da Bahia e as unidades da Federação interessadas, sendo que este acordo mencionado foi o **Protocolo de nº. 50/05**, que fora revogado pelo Protocolo ICMS de nº. 053/2017 (DOU de 02.01.2018), passando a produzir efeitos a partir de 01/01/2018, ou seja, já se encontrava vigente antes do período das infrações autuadas (janeiro a dezembro/2018).

A Autuante contestou esta preliminar informando que o **Protocolo de nº. 50/05**, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos alimentícios, **massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães, e outros derivados da farinha de trigo**, do qual eram signatários os Estados da Bahia e Pernambuco, **foi realmente revogado pelo Convênio de nº. 53/17** que passou a produzir efeitos a partir de 01/01/2018.

Entretanto, a base de **cálculo do imposto para fins de substituição tributária** prevista no novo diploma legal (**Convênio de nº. 53/17**) com previsão da aplicação da MVA ajustada, estabelecido na unidade federada de destino, **só foi regulamentado através do Decreto de nº. 18.406, de 22/05/18**, com efeitos a partir de **01/06/18**.

Desta feita, uma vez que no período deste *vacatio legis*, **de 01/01/2018 a 31/05/2018**, estabeleceu-se a apuração da Infração de nº. 02, onde a base de cálculo do imposto foi realizada segundo o mesmo critério do Protocolo de nº. 50/05, qual seja, a MVA aplicada sobre o valor correspondente ao preço praticado pelo sujeito passivo da substituição tributária, acrescido do valor correspondente ao frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário. Esse foi o entendimento da SEFAZ/BA, através da sua Diretoria de Tributação que, no Anexo 1 do RICMS, manteve a aplicação da antiga regra **até a instituição do Decreto de nº. 18.406/18**.

Neste sentido, entendo, tal qual a Autuante, que embora o Protocolo de nº. 50/05 tenha sido revogado pelo **Convênio de nº. 53/17** com efeitos a partir de 01/01/2018, **o qual trouxe MVAs**, em alguns casos, **a maiores** daquelas praticadas no citado Protocolo em 20% e 30%, para determinados produtos elencados na Infração 02, o Estado da Bahia, fez constar-se em todos esses produtos do Anexo 1 do RICMS/BA/12, que o início da vigência desta situação se faria aos moldes do Decreto de **nº. 18.406/18**, **que alterou o RICMS/12**, ou seja, com efeitos a partir de **01/06/18** e redação anterior, efeitos até 31/05/2018.

Neste sentido a interpretação lógica, para se obter a correta, a se realizar dos efeitos da validade das normas em questão ao lapso temporal que vai do momento em elas passam a ter força vinculante até a data em que é revogada, em que se produzirá seus efeitos, se fez, no presente caso, no sentido de que se os efeitos do Convênio de nº. 53/17 não se podem ser realizados por suspensão temporária do Decreto de nº. 18.406/18 prevalecem-se então os efeitos do acordo anterior na forma do Protocolo de nº. 50/05 tal qual consta no Anexo 1 do RICMS/BA/12, para o Ano de 2018, e utilizado pela Autuante e disponível para o exercício da ampla defesa e o contraditório da Autuada.

Provimento negado da nulidade da Infração de nº. 02.

Em relação à Infração de nº 03, a Autuada aponta que o vício refere-se a não ter sido mencionado o acordo específico, tão somente indicando que os produtos estariam sob o amparo do Protocolo ICMS de nº. 053/2017, sem qualquer menção às cláusulas ou maiores esclarecimentos.

A Autuante informou que restou-se evidente que a autuação serviu para apurar e calcular o ICMS-ST devido ao Estado da Bahia de produtos incluídos nos convênios e protocolos que são acordos de extraterritorialidade, que os levantamentos da auditoria constam no **Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Não Retido** sendo pormenorizados em quantidade, valor, base de cálculo, ICMS ST devido, MVA bem como número do acordo do Protocolo ICMS ao qual está embasado. O enquadramento legal não poderia ser mais claro, o art. 10 da Lei de nº. 7014/96 combinado com o art. 295 do Regulamento do ICMS/BA.

Neste sentido, em acordo aos argumentos contestativos da Autuante acrescento em singularidade que os produtos que estão na Substituição Tributária por Antecipação, no Estado da Bahia, constam no Anexo 1 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto Estadual de nº. 13.780/12 onde dispõe no referido anexo para o ano 2018, a indicação nas mercadorias passíveis de sujeição da autuação a utilização do Protocolo ICMS de nº. 053/2017, o qual restar-se-á em pleno efeito no período de julho a dezembro da **Infração de nº 03**.

Provimento negado da nulidade da Infração de nº. 03.

Assim exposto, constato estar o Auto de Infração consoante com o RICMS-BA/12 e com o RPAF-BA/99, o presente lançamento foi efetuado de forma comprehensível, 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, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade.

Em relação às alegações da “Busca da Verdade Material”, que afluiu para a declaração da improcedência do Auto de Infração, a Autuada frisou que o *princípio da verdade material em matéria tributária* impõe à Autoridade Fiscal o dever de buscar a verdade dos fatos, todavia restou-se frustrada, no caso dos autos, vez que a Fiscalização lançou crédito tributário sobre operações que tiveram o respectivo imposto devidamente recolhido se não pelo Centro de Distribuição da Autuada, pelas suas Lojas localizadas no Estado da Bahia, destinatárias das mercadorias enviadas pelo CD para comercialização, e conforme conjunto probatório anexo (DAES do período e comprovantes de pagamento fls. 42 a 43), assim constatou-se que o tributo devido no período em referência (janeiro a dezembro/2018), foi devidamente recolhido.

A Autuante registrou a intenção meramente postergatória da Autuada uma vez que esses comprovantes não servem para elidir a ação fiscal já que, da forma em que foram apresentados, isolados, aleatórios e sem nenhum nexo com a autuação, em nada contribuem para o entendimento das operações realizadas pelo contribuinte além de não terem o poder de comprovar-se tratar-se dos valores cobrados no AI, já que foram emitidos por estabelecimentos diversos com CNPJ distintos que não passaram pela análise dessa fiscalização.

Nesta seara, consultando a documentação apostila pela Autuada em sua impugnação às fls. 42 a 43 verifico que à folha 42 consta uma planilha constituída pela Autuada formada por 06 colunas dentre as quais a coluna denominada Loja, Valor da Guia, Data de Vencimento DAE, Doc. Empresa, Código Autenticação, não fazendo nenhum probatório às Notas Fiscais objeto da autuação, apostas pela Autuante às folhas 11 a 16vs. e na mídia CD (folha 18) contendo todos os dados minuciosamente detalhados.

De mesma não serventia comprovadora são os Documentos de Arrecadação Estadual - DAE adicionado na impugnação à folha 43 os quais se referem à CNPJs distintos, estranhos ao feito, em relação ao CNPJ de nº. 033.014.556/0179-19 da Autuada, a qual fora-lhe imputada a infração de deixar de proceder ao recolhimento, **na qualidade de sujeito passivo por substituição**, e, também

sem a indicação das Notas Fiscais aos quais se referem a esta arrecadação. Na mesma situação, verifiquei encontrar-se os DAEs constantes nos documentos na mídia CD apenso nos autos pela Autuada à folha 54, todos referentes a CNPJs distintos estranhos ao feito.

Do deslindado, deduzi que a lavratura do presente Auto de Infração refere-se à falta de recolhimento e retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo pela Autuada, em relação às mercadorias sujeitas ao Regime de Substituição Tributária que constavam no Anexo 1 do RICMS/BA, para o ano de 2018, aprovado pelo Decreto Estadual de n.º 13.780/12, e que fora dividido em 03 Infrações, onde a Infração 01 refere-se às mercadorias da substituição tributária amparadas pelo Protocolo de nº 11/91 (cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo) as Infrações 02 e 03 referem-se às mercadorias amparadas pelos Protocolo de nºs. 50/05 e 53/17 (massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães, e outros derivados da farinha de trigo) tendo sido subdividida nestas duas infrações em razão do atributo de vigência das normas no período corrente do ano de autuação.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração de nº **232400.0004/20-8**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S.A.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$100.566,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2021

EDUARDO DUTRA FREITAS – PRESIDENTE/ RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR