

A. I. N° - 278868.0007/20-1
AUTUADO - WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ MARCELO PONTES
ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12/12/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0228-03/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de uso e consumo. Infração subsistente; **b)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Infração comprovada de acordo com o levantamento fiscal; **c)** MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Os cálculos foram refeitos pelo Autuante para excluir valores comprovados pelo defendente, ficando reduzido o débito. Infração subsistente em parte. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o defendente não destacou o ICMS relativo às operações tributadas pelo imposto. Refeitos os cálculos pelo Autuante, o débito ficou reduzido. 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO EM OPERAÇÕES NÃO CONTEMPLADAS COM O BENEFÍCIO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Exigência do imposto em decorrência de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem a matéria. Mantida a exigência fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/09/2020, refere-se à exigência de R\$ 232.677,24 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, abril a agosto, novembro e dezembro de 2016. Valor do débito: R\$ 2.627,65. Multa de 60%.

Infração 02 – 01.02.03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$ 76.284,02. Multa de 60%.

Infração 03 – 01.02.06: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$ 8.040,19. Multa de 60%.

Infração 04 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Saídas de mercadorias tributadas sem a devida tributação documentadas pela emissão de Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e). Valor do débito: R\$ 11.093,35. Multa de 60%.

Infração 05 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Saídas de mercadorias tributadas sem a devida tributação documentadas pela emissão de Notas Fiscais Consumidor Eletrônicas (NFC-e). Valor do débito: R\$ 82.955,97. Multa de 60%.

Infração 06 – 03.02.06: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$ 51.676,06. Multa de 60%.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 96 a 131 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa, reproduz os itens do Auto de Infração e alega que ficará demonstrado a inconsistência da autuação, seja em razão da sua nulidade, seja em razão da sua improcedência, haja vista a legalidade nos procedimentos que utilizou.

Suscita a nulidade da autuação, alegando preterição do direito de defesa por descumprimento de dispositivo legal e ausência de comprovação da infração.

Reproduz o art. 2º do RPAF-BA/99, Decreto nº 7.629/99. Diz que a liquidez do auto de infração requer a exibição de todos os dados tendentes à comprovação do valor exigido, descrevendo-se minuciosamente a infração e apresentando os documentos comprobatórios, sob pena de afrontar os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo, assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, em violação ao art. 39, VI, do RPAF-BA, que reproduziu.

Alega que o Autuante, para convalidar as acusações junta unicamente planilha com a relação dos produtos sobre os quais recaem as infrações, sem sequer apresentar quaisquer informações acerca da origem dos dados obtidos, limitando-se a descrever que a fonte de dados que fundamentam a autuação são: a Escrituração Fiscal Digital, as Notas Fiscais Eletrônicas, Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas e arquivos constantes na base de dados da SEFAZ/BA.

No seu entendimento, sem que a apresentação destes documentos, não é possível a constatação, por exemplo, da correspondência entre os documentos fiscais e as operações autuadas.

Observa que, pelo que consta na planilha base da autuação, apenas com relação aos produtos das infrações 01 e 02, foram apresentadas as chaves das notas fiscais, no restante deles, sua imensa maioria, não foi apresentada a origem dos dados de maneira a permitir a validação de sua correção. Há apenas a indicação genérica, contida no Auto de Infração, a partir de quais documentos a infração tem origem.

Diz que o exercício do direito de defesa resta prejudicado porque os dados contidos nas planilhas apresentadas pelo Autuante não estão acompanhados dos documentos que lhe embasam, o que acaba por violar o direito de defesa.

Para apurar a procedência ou não da acusação é preciso que se observe uma perfeita correlação entre os dados obtidos e as planilhas da autuação. Daí a importância de apresentá-los para solução da controvérsia, sendo possível constatar o regime de tributação aplicado à mercadoria autuada, bem como se realmente houve o aproveitamento indevido do crédito fiscal.

Alega que a apresentação dos documentos que respaldam a infração é obrigatoriedade disposta em lei, e não faculdade da fiscalização. Assim, mesmo elaborada com dados do contribuinte, a planilha não é suficiente para ser utilizada como prova da infração.

Acrescenta que a falta de dados que substanciam a autuação prejudica a verificação dos valores apresentados pela fiscalização, ou seja, a materialidade dos valores exigidos, situação que macula o crédito tributário exigido de iliquidez e incerteza, cerceando, por sua vez, o direito de defesa e o devido processo legal.

Diz que o § 1º do art. 39 do RPAF somente excepciona as exigências meramente formais. No caso em apreço, o lançamento incorre em nulidade por ausência de prova da infração em relação aos elementos determinantes da base material tributável, uma vez que a ausência da identificação dos

dados obtidos não é passível de convalidação, simplesmente porque não supríveis ou presumíveis.

Menciona que, em caso análogo, o Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE) já se pronunciou no sentido de que apresentação dos documentos é obrigatória, evitando-se, desta forma, quaisquer erros e equívocos nos valores apresentados, como ocorre no presente caso, o que não foi observado pelo Autuante, posto que sequer indicou o número do cupom fiscal, restringindo-se à identificação do produto pelo código.

Também alega que apesar de (apenas) fazer referência aos documentos que foram analisados para lavratura do Auto de Infração, o Autuante não estaria desobrigado de apresentar os referidos documentos fiscais. Ou seja, deve a fiscalização apresentar todos os documentos utilizados pelo Fisco para confecção da planilha ou demonstrativo de crédito tributário.

Afirma que essa falha demonstra que o levantamento apresentado pela fiscalização não é suficiente pois, a liquidez e certeza só se comprovam mediante a demonstração de todos os dados que compõem o valor exigido, uma vez que o ato administrativo, para ter validade e exigibilidade, deve estar revestido dos seguintes elementos: agente, objeto, forma, motivo e o fim.

Conclui que a forma como foi apresentado o crédito tributário não é suficiente à caracterização do valor exigido e, conseqüentemente, não fornece segurança ao Auto de Infração.

Simplemente mencionar que o Impugnante cometeu uma série de infrações, indicando produtos e valores (e as chaves de acesso para a Infração I), não é suficiente para dar validade ao procedimento fiscal, uma vez que tolhe o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, não só do Impugnante, mas também do corpo julgador administrativo.

Menciona o art. 142 do CTN, segundo o qual 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.

Conclui que apesar de o lançamento decorrer de regra jurídica inquestionável, em que é dever da administração tributária adequar o fato pretendido às normas tanto administrativas quanto constitucionais e infraconstitucionais, é também obrigação legal apresentar o débito, respaldado nos documentos correlatos, caso contrário, desprezará o direito ao contraditório e à ampla defesa constitucionalmente assegurados ao Impugnante (art. 5º, LV, da Constituição).

Ressalta que o art. 18, II, IV, “a” do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/99, dispõe que são nulos os atos proferidos com preterição do direito de defesa e desobedeçam aos dispositivos expressos em lei, o que, pelo visto, é exatamente o caso presente.

Afirma que este é o entendimento do próprio Conselho da Fazenda Estadual da Bahia (CONSEF), conforme exemplos que citou (Acórdãos JJF Nº 2027/00 e CJF Nº 0384-12/02).

Diz que se impõe a declaração de nulidade do Auto de Infração, primeiro, porque desobedeceu a dispositivos expressos em lei; e, segundo, porque essa insegurança repercute no seu amplo direito de defesa.

Salienta que não se trata de meras incorreções ou omissões formais. Trata-se de omissão quanto aos requisitos de validade do lançamento e que invalida o trabalho fiscal porque retira do Impugnante o seu direito de defesa.

Por tais razões, afirma que está evidente a nulidade do procedimento administrativo fiscal efetivado através do presente Auto de Infração.

Quanto à Infração correspondente à UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL DE ICMS REFERENTE A AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO E MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, diz que está sendo cobrado valores que supostamente tomou como crédito fiscal relativo a

mercadorias beneficiadas com a isenção e adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Inicialmente, com relação aos produtos autuados, ditos serem submetidos à sistemática da Substituição Tributária, alega que foram autuados produtos que não estão enquadrados como tal. É o caso dos produtos descritos como PIZZA BROTO MAS LEVE NAC 300G, FILEZ SASSAMI EMP 1.5KG LAR, CONFEITO MISS 72X70G TROPICANA, PEITO FGO PALMALI DEF KG, FGO DEF KG SEARA e PEITO FGO PALMALI DEF KG cujas classificações nas NCMs são, respectivamente, 1902.2000, 1602.3200, 1701.9100, 1601.0000 e 0406.9090 que não se encontram na listagem dos produtos submetidos a sistemática da substituição tributária, à época em que foram comercializados.

Para os produtos acima, conforme contido na planilha da autuação, os NCMs indicados para os mesmos não se encontram no Anexo 1 do RICMS/BA, seja o relativo ao período de 01/01/2016 até 09/03/2016, seja com relação ao período de 10/03/2016 até 31/01/2017.

Também alega que além destes produtos, tem-se ainda: BANHA 1KG SEARA, que foi comercializado no período entre 01/01/2016 e 09/03/2016, e não se encontrava contido na sistemática da substituição tributária, passando a se submeter a tal sistemática apenas a partir de 10/03/2016.

Diz que a autuação é improcedente, seja com relação aos itens isentos ou aqueles adquiridos na sistemática da substituição tributária, pois ainda que tenha se aproveitado do crédito pelas entradas dos produtos objeto da autuação, efetivou o devido débito do imposto quando da saída, que embora desonerada da tributação, foi tributada, o que anularia os efeitos do crédito fiscal reclamado, não ensejando qualquer prejuízo ao Erário.

Acrescenta que a nulidade suscitada no item anterior fica ainda mais evidente na medida em que, caso apresentadas, pelo menos, as chaves das notas fiscais de consumidor (NF-e), poderia demonstrar que houve a saída tributada, motivo pelo qual, caso superada a nulidade suscitada, requer a realização de perícia técnica para verificação da tributação na saída.

Alega que, se o produto está sujeito à antecipação tributária ou isenção, as operações seguintes estão livres de tributação. Todavia, se o crédito é computado e posteriormente debitado, não há prejuízo para o Fisco, na medida em que o crédito é anulado, espontaneamente, pelo próprio débito.

Ressalta que a apuração do ICMS é composta pelo total do imposto devido pelas saídas ocorridas no mês, depois de abatidos os créditos incidentes sobre a aquisição das mercadorias revendidas, em respeito ao Princípio Constitucional da Não-Cumulatividade.

Isso quer dizer que não é o simples fato de haver crédito indevido que importa recolhimento a menos do ICMS, tal como acusa o Fisco. Tendo havido, igualmente, débito indevido, um anula os efeitos do outro. Há, pois, um estorno automático e os efeitos do crédito indevido desaparecem, não caracterizando recolhimento a menos do ICMS.

Diz que procedimento de tributação normal dos referidos itens não foi realizado como forma de recuperação de pagamentos supostamente indevidos, até porque o crédito ocorre quando da entrada e o débito apenas na saída.

Entende que tais produtos sendo tributados normalmente não pode ser punido porque tributou o que não era tributado (isento ou substituição tributária). Diz que foi o maior prejudicado, que “eventualmente” pagou ICMS indevido. Defende, ainda, que embora não prevista na legislação, essa prática não causa qualquer prejuízo financeiro para o Fisco.

Acrescenta que o Supremo Tribunal Federal já determinou que a tributação antecipada não é definitiva, sendo devida a apuração do valor do ICMS efetivamente devido. Apuração essa que ocorrerá com o confronto entre crédito e débito, conforme procedimento que adotou.

Em não havendo prejuízo ao erário, nada impede que tal conduta seja validada pela Administração, aplicando-se, quando muito, uma multa por descumprimento de obrigação

acessória em desfavor do contribuinte. Isso decorre na medida em que fora observada a não-cumulatividade descrita no art. 155 da Carta Política. Muito embora a normatização estadual preveja a desoneração das etapas subsequentes, se houve o respectivo débito, deve ser ele validado pela Administração.

Apresenta o entendimento de que, tendo havido a anulação dos créditos, o procedimento correto a ser aplicado ao caso é a respectiva validação do procedimento, não podendo tal procedimento importar, como presume a Autoridade Fiscal, recolhimento a menos de ICMS (isto é, infração principal). E mais, querer o Autuante que o Impugnante pague o crédito indevido para depois requerer a restituição do débito indevido.

Diz que é oportuno invocar as decisões exaradas pelas 2ª e 5ª Turma Julgadoras do TATE que entenderam que o recolhimento do ICMS pelo sistema normal de apuração de forma irregular, ao invés de ter sido realizado pelo regime da antecipação tributária, não pode implicar em novo pagamento do imposto.

Afirma que a manutenção da exigência de pagamento de montante dos valores creditados, que não promoveram nenhum efeito tributário no pagamento do tributo, porquanto anulados por procedimento espontâneo do Impugnante de lançamento do débito fiscal, ao tempo em que a sugestão que sejam realizados procedimentos visando a restituição dos valores escriturados como débito, configura verdadeiro “solve et repet”, instituto sobejamente repudiado na doutrina e jurisprudência, que não pode ser admitida em nenhuma instância jurisdicional.

O fato é que a inexistência de imposto a ser recolhido constitui razão para não persistir a cobrança do ICMS com juros e multa, ainda mais nos valores expressivos dispostos no caso em questão, eis que o procedimento adotado não acarretou em tributo que teria deixado de ser liquidado, como imaginado no referido Auto de Infração que deve ser julgado improcedente ou ao menos ter seus valores revistos, em atenção a realidade fática apresentada no feito.

Nesse sentido, menciona entendimento deste CONSEF que considera improcedentes autuações idênticas por inexistir prejuízo ao erário. Cita os Acórdãos CJF Nº 0065-13/12, JJF Nº 0273-01/13.

Requer que o procedimento seja analisado por instância administrativa não sob a ótica da legalidade, mas sob a ótica do prejuízo, já que nenhum imposto deixou de ser recolhido, considerando os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Sobre as mercadorias sujeitas à Substituição Tributária, informa que listará as mercadorias que saíram do seu estabelecimento sem tributação, por serem mercadorias sujeitas a substituição tributária.

Itens submetidos à substituição tributária: COBERT BEL CONFEIT M AMAR1.01K, COBERT BEL TOP BLEND 1.01KG, COBERT BEL TOP M AMAR 1.01KG, COBERT BEL CONFEIT BCO 1.01KG, COBERT HARALD TOP M-AMAR 1.05.

Com relação aos itens acima, com NCM 1806.90.00, diz que são classificados, no anexo 1 do RICMS/BA como “Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg, excluídos os achocolatados em pó e ovos de páscoa de chocolate”.

Afirma que estão submetidos a sistemática da substituição tributária e têm sua saída liberada, não havendo que se falar em falta de recolhimento do ICMS.

Quanto aos itens CANUDO BIJU MARVI CHOC LT 250G; PIZ CALABRESA SADIA 460G, PIZ CALABRESA SEARA 460G, PIZ FGO CAT/MUS 460G SADI, PIZ SAD LO/CA/MU460G SADI, PIZ SAD PORTUGUE460G 460G, PIZ SEAR LOM CAT460G 460G, PIZZA 4QJOS SADIA 460G, PIZZA CALAB REZ 460G e PIZZA MUSS REZ 440G, afirma que são classificados com o NCM 1905.90.90 conforme trazido na planilha da própria autuação, onde, segundo o RICMS/BA, fazem parte da Substituição Tributária.

B. MIST F.VM SKINKA 450M, BEB MIS SKINKA F CITR 2L, BEBIDA COPO GUARAMIX 290ML, BEBIDA PREMIUM GUARAMIX 500ML: Há de se excluir da autuação, haja vista expressa previsão no anexo 1 do RICMS/BA relativo ao NCM 2202.

SAB BAR ESPUMIL LIM 10X5X200G, SABON MARAN SVE PESSEGO 12X90G, SAB SVE MARAN ROSAS 108X90G: Para os mencionados produtos, tem-se os NCMs 3401.1900 e 3401.2010, havendo, para estes expressa previsão de que são submetidos a Substituição Tributária.

Diante da demonstração supra, requer a exclusão dos itens indicados.

CX AMPLIF MONDIAL BIVOLT POWER: O item está submetido a Substituição Tributária, por ser classificado, conforme RICMS/BA como *“Alto-falantes, amplificadores elétricos de audiofrequência e partes”*, estando na NCM 8518.4000 e, portanto, deve ser excluído da autuação.

ROLO ADES SBRITE AP 20FL: O produto também está no RICMS/BA indicado como item sujeito a Substituição Tributária. Pede a exclusão do citado item da autuação.

Em relação aos PRODUTOS COM ERRO NA REDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO, de forma que a sua alíquota efetiva passou para 7%, alega que não cometeu qualquer infração, pois que amparado pela legislação local e pela Constituição.

PRODUTO LEITE DO TIPO LONGA VIDA, COMPOSTO LÁCTEO E LEITE EM PÓ: Segundo a acusação fiscal, o Autuado teria calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite em pó, composto lácteo e leite do tipo longa vida, uma vez que utilizou a carga tributária de 7%, quando deveria ser de 17% e 18% (a partir de março de 2016), no período relativo ao ano de 2016.

Entende ser de 7% a alíquota aplicável com relação ao leite do tipo longa vida, compostos lácteos e leite em pó.

Neste sentido, a justificativa fiscal para a autuação está no fato de que a legislação estadual (RICMS/2012) só permite a redução da base de cálculo para o leite em pó produzido no Estado. Transcreve o art. 268, Incisos XXV e XXIX.

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, fabricados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);

(...)

XXIX - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);

Diz que é o caso dos itens LTE UHT ITALAC INTEG 12X1L, LTE PO CCGL INSTA 50X200G, LTE DESN DAMARE 12X1L, LTE PO ITAMBE DESN 200G, LTE PO ITALAC 200G e demais produtos semelhantes que foram autuados.

Alega que improcede a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, posto que viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna.

Menciona o art. 1º, da CF/88 e diz que o Constituinte estabeleceu um elo de cooperação entre os Estados, para evitar competições predatórias, indiscriminadas e danosas entre os Entes pertencentes à mesma Federação, que implicassem em crescimento de um Estado em detrimento de outros, prática essa repelida pela Carta Magna.

Assim, por atropelar o pacto federativo, alega que é ilíquida a exigência fiscal, pois o Estado da Bahia, ao impor diferentes situações de tributação para o mesmo produto, está desconsiderando a hierarquia das normas legais vigentes e os princípios basilares do direito.

Ressalta que o princípio da isonomia consagrado no art. 5º e 150, II, da Constituição também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados. O princípio da isonomia permeia todo o ordenamento legal e não só a Carta Magna, razão pela qual não pode ser ignorado pela Fiscalização uma situação antijurídica que deve ser corrigida por esse órgão julgador.

Entende que a sistemática concebida pelo Estado, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de forma desleal, no comércio de leite, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da carga tributária de 17% e 18% (esta última a partir de março de 2016) de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxaço reduzida a 7%.

Frisa que, nesse sentido, a solução da lide impõe resposta às seguintes questões:

- i) a teor da Carta Magna, é lícito aos Estados estabelecer diferença tributária entre bens, de qualquer natureza, em razão de sua procedência?
- ii) sendo negativa a resposta supra, é válida regra do Decreto nº 7.826/2000 e, por sua vez, do RICMS quando cria benefício de redução de base de cálculo para as operações internas com leite, mas limita o benefício aos produtos produzidos no Estado da Bahia?

Considerando que o Fisco confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, em afronta a Constituição, diz que se impõe a desconstituição da infração.

Afirma que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário, em casos semelhantes ao presente. O MM Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, em 25/08/2014, julgou procedente a Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, promovida pelo Wal Mart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial do Impugnante, contra o Estado que exigia o recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas do referido produto.

Diz que a sentença proferida nos autos da Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, foi confirmada pelo Tribunal de Justiça da Bahia, de modo a não haver discriminação tributária (guerra fiscal).

Do mesmo modo, em setembro/2015, o Juiz da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos dos Embargos à Execução Fiscal nº. 0346138-46.2014.8.05.0001, decidiu pela impossibilidade da diferenciação de alíquota relativamente ao leite longa vida, entendimento que deve ser aplicado ao presente caso.

E o Tribunal de Justiça da Bahia vem confirmando este entendimento, conforme recente acórdão sobre o tema, em caso idêntico ao presente e tendo como parte o Impugnante.

No mesmo sentido também já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, somando-se, ainda, que a questão também já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, pela inconstitucionalidade do tratamento diferenciado para as operações internas e interestaduais para o mesmo produto.

Denota-se que, por desobediência a hierarquia das normas legais vigentes e aos princípios basilares do direito, caso a demanda ultrapasse a esfera administrativa, o Estado será agravado com a sucumbência.

Registra que o RICMS é um diploma legal estadual que não pode se sobrepor ou conflitar com a Constituição ou diploma federal, por garantia do próprio Estado preservando-se de ações judiciais, sobretudo quando a matéria envolvida se encontra pacificada pelos Tribunais, tanto estaduais como os Superiores.

Esse é o presente caso. O legislador estadual visa, única e exclusivamente, a arrecadação. Agindo dessa forma, corre o risco de ultrajar o critério hierárquico das normas, gerando conflitos (norma estadual x norma nacional) a serem sanados pelo poder judiciário.

Enquanto a Constituição permite uma tributação isonômica para operações internas e interestaduais, o Decreto Estadual proíbe, ficando restrito apenas as operações internas.

Menciona que embora a questão se encontre na esfera administrativa, não deve ser esquecido que todas as normas estão incluídas dentro de um mesmo ordenamento jurídico. Ou seja, tanto a norma estadual quanto a nacional fazem parte de um todo. E é nesse sentido que a norma deve ser apreciada, levando-se em consideração a hierarquia, para a solução justa do litígio, sem maiores entraves e prejuízos futuros.

Acrescenta que em uma situação de conflito de normas a prevalência de uma delas não significa a exclusão da outra. *in casu*, a solução seria utilizar o critério hierárquico, o que significa dizer que a Constituição Federal deva prevalecer sobre a Legislação Estadual. Deve-se, portanto, aplicar a norma local conforme a constituição, sem a necessidade de declará-la inconstitucional.

Conclui que a improcedência se impõe porque, considerando que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afronta aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 155, II, § 2º, XII, “g” e 152, todos da Carta da República, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual.

Entende que o benefício concedido ao leite em pó e aos compostos lácteos produzidos neste Estado (da Bahia) deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência. Como foram incorretamente questionadas as alíquotas aplicadas em tais produtos, não se pode acolher a exigência fiscal por ser totalmente ilíquida e incerta, devendo o Auto de Infração ser declarado improcedente.

REDUÇÃO NA CARGA TRIBUTÁRIA PARA O PRODUTO MILHO: A autuação considerou indevida (infração 06) a redução da carga tributária para o produto “Milho”, descritos como MILHO VD TR QUERO 200G, MILH VDE G.VERDE BONARE 2KG, MILHO VD GOIAS VERDE 200G 200G, MILH VDE QUERO LT 24X200G, MILHO LATA QUERO 6X 2KG, etc.

Reproduz o art. 16, Inciso I, “a”, da Lei 7.014/96:

Lei 7.014/96

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% (sete por cento) nas operações com:

a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca;

Requer que seja mantida a carga tributária de 7%, que utilizou, excluindo os valores relativos à diferença entre as cargas equivocadamente aplicadas pela autuação (17% e 18%) e a carga aplicada pelo Impugnante (7%).

Mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, alega que ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal.

Afirma que duas as razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

No que atine ao primeiro ponto, afirma que penalidades de tal jaez dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela, não havendo, inclusive, por parte da fiscalização qualquer menção da existência de fraude ou sequer seu indício.

Significa dizer que, longe de haver fraude ou dolo do contribuinte, seu procedimento – perpetrado com amparo na mais lúdica boa-fé – foi completamente amparado pela legislação de regência atual e vigente, de sorte que, não se podendo exigir comportamento contrário do Impugnante, não pode o mesmo ser penalizado por ter agido em estrito cumprimento do dever legal de seguir os regramentos de regência.

Em casos como tais, os pretórios administrativos entendem pelo afastamento da multa, ou sua desqualificação, reduzindo seu montante. A título de exemplo, menciona decisão do CARF.

Inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

A segunda questão, as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV da Constituição Federal.

Alega que, por meio de tal dispositivo, a Constituição veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes.

Diz que a aplicação do princípio constitucional em comento às multas tributárias, há muito defendido pela doutrina, também já foi objeto de pacificação pela jurisprudência da Corte Excelsa, que em vários julgados, muitos deles proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade (em face de legislações estaduais que consagravam multas em patamares similares aos ora discutidos), assentou entendimento de que a multa fiscal deve observar a razoabilidade/proporcionalidade, sendo limitada, pelo princípio da vedação de confisco.

Ressalta que em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado (com efeitos vinculantes e erga omnes), o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra na esfera do confisco.

Cita como exemplo, o Acórdão proferido pela Corte Excelsa na ADI 1075. De forma didática e clara, o STF explicitou o fundamento da aplicação de tal princípio às penalidades pecuniárias:

E não poderia ser diferente, vez que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora.

Consequentemente, requer, de logo, o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Também entende que deve ser levado em consideração o benefício da dúvida. Diz que o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no art. 112, do CTN, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando improcedente a autuação Fiscal em combate.

Ante o exposto, requer o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da impropriedade da exigência fiscal. Sucessivamente, pede, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa plicada, em respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Requer, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável ao Impugnante (art. 112 do CTN).

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 164 a 169 dos autos. Diz que o Autuado apresentou impugnação, em conformidade com os artigos 123 e seguintes do RPAF, na qual contesta o lançamento efetuado pela fiscalização.

No item 4 da sua impugnação, o Autuado requer a anulação da peça fiscal acusatória alegando que o Autuante se limitou a apresentar demonstrativos de valores que fundamentaram a autuação sem trazer qualquer informação sobre a origem dos dados por ele trabalhados.

Afirma que o argumento defensivo é improcedente pois na peça fiscal que deu origem a este PAF foram indicadas as fontes dos dados: arquivos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) informados pelo próprio contribuinte autuado, Notas Fiscais Eletrônicas e Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas constantes na base de dados das SEFAZ.

Registra que o próprio Autuado, em sua impugnação, afirma que o Autuante declarou aquelas fontes. Com o Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) que abarca a Escrituração Fiscal Digital (EFD) informada mensalmente pelo próprio Contribuinte, contendo todas suas operações comerciais e contábeis do mesmo, bem como os Portais Estaduais de Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e), que viabilizam acesso a todos documentos fiscais emitidos para o Contribuinte, não abre espaço para essa arguição aqui trazida pelo Autuado.

Quanto aos demonstrativos, o Autuado argumenta que só foram especificados com chave de acesso os documentos envolvidos nas infrações 01 e 02 e, portanto, seu direito de defesa encontra-se cerceado. Quando se analisa as infrações do auto tem o seguinte: as infrações 01, 02 e 03 dizem respeito a notas fiscais emitidas por terceiros, assim sendo, os demonstrativos afeitos a essas infrações trazem sim as chaves dos documentos arrolados na apuração dos valores. Já as infrações 04, 05 e 06 dizem respeito a notas fiscais emitidas pelo próprio autuado, assim sendo, o simples número do documento já basta para identificação do respectivo documento, sendo desnecessária a chave de acesso para tanto.

Informa que os demonstrativos apresentados para as infrações 04 e 06 trazem os números dos documentos, já o apresentado para a infração 05 está totalizado por produto. Buscando aprimorar e dar mais robustez à peça fiscal em pauta, para trazer mais transparência aos valores pautados no demonstrativo da infração 05 do auto, acosta relatórios em mídia magnética que detalham aqueles valores, trazendo dados dos documentos individualizados que suscitaram a infração, tais como chave de acesso, número da nota, como sua série e demais informações de cada operação. Esses dados estão na pasta DADOS NFC-e de mídia, em planilhas Excel, por mês de emissão.

No item 5/a da impugnação, o Autuado contesta valores referentes às infrações 02 e 03 do Auto de Infração. Alega que alguns produtos foram tratados equivocadamente como isentos ou sujeitos ao regime de substituição tributária por parte do Autuante, e, em sendo assim, estes autorizariam o direito ao crédito do valor do imposto. O autuado pontua os seguintes itens, que, no seu entender não estão sujeitos ao regime de substituição tributária:

- PIZZA BROTO MAS LEVE NAC 300G: afirma que o NCM desse produto é 1902.20.00, sendo assim não estaria contemplado no ANEXO I. Segundo a TIPI, esse NCM refere-se a massas alimentícias recheadas (mesmo cozidas ou preparadas de outro modo). Assim sendo, a afirmação do Autuado não procede, haja vista que se trata de massa alimentícia não cozida, nem recheada, nem preparada de outro modo, que deve ser classificada na posição 1902.1 (1902.11.00 ou 1902.19.00). Isto posto, constata-se que esse produto está contemplado no ANEXO I, estando sujeito ao regime de substituição tributária para o período analisado;

- FILEZ SASSAMI EMP 1.5KG LAR: afirma que o NCM desse produto é 1602.32.00, sendo assim não estaria contemplado no ANEXO I. Segundo a TIPI a posição 1602 refere-se a outras preparações e conservas de carne, de miudezas ou de sangue. Entretanto, o produto em tela corresponde a um

pequeno filé retirado da parte interna do peito de frango, classificado na TIPI na posição 0207 (Carnes e miudezas, comestíveis, frescas, refrigeradas ou congeladas, das aves), estando assim contemplado no ANEXO I, estando sujeito ao regime de substituição tributária para o período analisado;

- CONFEITO MISS 72X70G TROPICANA: afirma que o NCM desse produto é 1701.91.00, sendo assim não estaria contemplado no ANEXO I. Segundo a TIPI a posição 1701 refere-se a açúcares de cana ou de beterraba e sacarose quimicamente pura, no estado sólido. Entretanto, o produto em tela corresponde a confeito, classificado na TIPI na subposição 1806.90.00 (Chocolate e outras preparações alimentícias que contenham cacau- outros), estando assim contemplado no ANEXO I, estando sujeito ao regime de substituição tributária para o período analisado;

- PEITO FGO PALMALI DEF KG, FGO DEF KG SEARA e PEITO FGO PALMALI DEF KG: afirma que o NCM desse produto é 1601.00.00, sendo assim não estaria contemplado no ANEXO I. Segundo a TIPI a subposição 1601.00.00 refere-se a enchidos e produtos semelhantes, de carne, de miudezas ou de sangue, preparações alimentícias à base de tais produtos. Entretanto, o produto em tela corresponde a um peito de frango, classificado na TIPI na posição 0207 (Carnes e miudezas, comestíveis, frescas, refrigeradas ou congeladas, das aves), estando assim contemplado no ANEXO I, estando sujeito ao regime de substituição tributária para o período analisado;

- BANHA 1KG SEARA: o Autuado alega que esse produto só passou a gozar do regime de substituição tributária a partir de 10/03/2016. Da análise do ANEXO I, constatou que o NCM desse produto, 1501.10.00, efetivamente só passou a constar no anexo a partir de 01/06/2016. Sendo assim o argumento do Autuado procede e as operações com esse produto no período de 01/01/2016 a 31/05/2016 serão excluídas da apuração do valor do crédito indevido aqui cobrado.

No item 5/a, o Defendente também alega que efetuou o débito nas saídas dos produtos objeto da autuação nas infrações 02 e 03 e, em sendo assim, não causou prejuízo ao erário. Diz que o direito posto deve ser adotado, não cabendo qualquer tipo de discricionariedade quanto à sua aplicação, garantindo assim a ordem do sistema normativo. Sendo assim, não faculta ao Contribuinte inovar no ordenamento jurídico segundo seu interesse.

Contemplando as considerações acima, informa que acosta em mídia magnética novo demonstrativo de valores referentes à infração 03: INFRACAO 03_CREDITO INDEVIDO_MERC ST_ITEM NFE_if.pdf.

No item 5/b, o Autuado alega que no rol de produtos que ensejaram as infrações 04 e 05 existem vários que estão citados no ANEXO I, logo não há o que se cobrar de imposto, pois as saídas dos mesmos devem ser sem tributação. Os produtos trazidos pela autuada são os seguintes:

- COBERT BEL CONFEIT M AMAR1.01KG, COBERT BEL TOP BLEND 1.01KG, COBERT BEL TOP M AMAR 1.01KG, COBERT BEL CONFEIT BCO 1.01KG, COBERT HARALD TOP M-AMAR 1.05: afirma o Autuado que esses produtos são classificados com NCM 1806.90.00 (Chocolate e outras preparações alimentícias que contenham cacau/outros), e que, portanto, estão contemplados no anexo I do RICMS/BA.

Da análise do tema em pauta, acata a alegação defensiva e, em sendo assim, as operações com esse produto serão excluídas da apuração do valor do crédito indevido aqui cobrado.

- PIZ CALABRESA SADIA 460G, PIZ CALABRESA SEARA 460G, PIZ FGO CAT/MUS 460G SADI, PIZ SAD LO/CA/MU460G SADI, PIZ SAD PORTUGUE460G 460G, PIZ SEAR LOM CAT460G 460G, PIZZA 4QJOS SADIA 460G, PIZZA CALAB REZ 460G e PIZZA MUSS REZ 440G: O autuado alega que esses produtos são classificados com NCM na posição 1905 (Produtos de padaria, pastelaria ou da indústria de bolachas e biscoitos, mesmo adicionados de cacau; hóstias, cápsulas vazias para medicamentos, obreias, pastas secas de farinha, amido ou fécula, em folhas, e produtos semelhantes).

Afirma que esses produtos devem ser classificados em outro NCM, 1902.20.00 (Massas alimentícias recheadas (mesmo cozidas ou preparadas de outro modo)), estando assim fora do ANEXO I, cabendo tributação normal na sua saída.

- B. MIST F.VM SKINKA 450M, BEB MIS SKINKA F CITR 2L, BEBIDA COPO GUARAMIX 290ML, BEBIDA PREMIUM GUARAMIX 500ML: O autuado afirma que esses produtos são classificados com NCM 2201.10.00 e, portanto, são alcançados pelo regime de substituição tributária. A classificação dos produtos segundo o sistema harmonizado está correta, entretanto, quando se observa o ANEXO I este pontua que para a posição 2201 somente cabe substituição tributária para o produto refrigerante e os produtos aqui tratados são refrescos, pois não são gaseificados. Em sendo assim, as operações com esses produtos ficam mantidas para as infrações 04 e 05.

- SAB BAR ESPUMIL LIM 10X5X200G, SABON MARAN SVE PESSEGO 12X90G, SAB SVE MARAN ROSAS 108X90G: o Defendente afirma que esses produtos são classificados com NCMs 34011900 e 34012010 e, portanto, são alcançados pelo regime de substituição tributária. A classificação dos produtos segundo o sistema harmonizado está correta, entretanto, quando vamos para o ANEXO I este pontua que cabe substituição tributária para esses produtos somente na modalidade de venda de mercadorias pelo sistema porta a porta. Em sendo assim, as operações com esses produtos ficam mantidas para as infrações 04 e 05 do auto;

- CX AMPLIF MONDIAL BIVOLT POWER: O autuado afirma que esse produto é classificado com NCM 8518.40.00 e, portanto, é alcançado pelo regime de substituição tributária. Quando vamos para o ANEXO I este pontua que a substituição tributária está prevista para a posição 8518 somente para peças, componentes e acessórios para veículos automotores, o que não é o caso em pauta. Em sendo assim, as operações com esses produtos ficam mantidas para as infrações 04 e 05 do auto.

- ROLO ADES SBRITE AP 20FL: O autuado afirma que esse produto ocupa a posição 3924 da classificação NCM sendo alcançado pelo regime de substituição tributária. Informa que o ANEXO I pontua que a substituição tributária está prevista para a posição 3924 somente para artefatos de higiene / toucador de plástico, para uso na construção, o que não é o caso em pauta. Em sendo assim, as operações com esses produtos ficam mantidas para as infrações 04 e 05 do auto;

Contemplando as considerações acima, acosta em mídia magnética novo demonstrativo de valores referentes à infração 04: INFRCAO 04_FALTA REC ICMS_MERC TRIB COMO N TRIB_NFE_ITEM NFE_IF e à infração 05: INFRCAO 05_FALTA REC ICMS_MERC TRIB COMO N TRIB_NFE_ITEM NFC-e_IF.

O item 5/c da impugnação refere-se à infração 06 da peça fiscal objeto desta lide. O Autuado argumenta que a redução da carga tributária para 7% (sete) nas operações internas com compostos lácteos em pó, leite em pó e leite longa vida, somente para esses produtos produzidos no Estado da Bahia, fere o princípio da isonomia entre os Estados Federados previsto na Constituição. Quanto a essa arguição de inconstitucionalidade da norma aplicada, não está afeita ao contencioso tributário aqui tratado na esfera administrativa da Secretaria da Fazenda. Assim sendo, a utilização da carga tributária de 7% (sete) nas saídas desses itens, produtos esses não industrializados no Estado da Bahia, foi sim equivocada, logo suscita a infração 06 dessa peça fiscal.

Quanto à infração 06 da peça em lide, o autuado alega que o produto milho faz jus à redução da carga tributária. Para tanto, evoca o art. 16, Inc. I, “a”, da Lei 7.014/96, que trata desse tema:

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% (sete por cento) nas operações com:

a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca;

Informa que os produtos arrolados no auto de infração, MILHO VD TR QUERO 200G, MILHO VDE G.VERDE BONARE 2KG, MILHO VD GOIAS VERDE 200G 200G, MILH VDE QUERO LT 24X200G, MILHO LATA QUERO 6X 2KG, não são alcançados pelo dispositivo acima citado, pois estes referem-se a milho em conserva e não milho em espiga ou grão na forma primária, sem industrialização. Em sendo assim, fica mantido valor da autuação para esta infração.

Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração.

O Defendente apresenta manifestação às fls. 207 a 217 do PAF. Diz que o Autuante apresentou Informação Fiscal, fazendo considerações sobre a nulidade suscitada, bem como concordando parcialmente com a impugnação e indicando exclusões no valor autuado. Entretanto, apesar do zelo do Autuante, o fato é que subsiste a nulidade suscitada e, caso superada, há de serem excluídos outros itens.

Informa que na peça de defesa foi suscitada nulidade do Auto de Infração argumentando que a forma com que a documentação de suporte para acusação foi apresentada, seria insuficiente para comprovar a infração cometida.

Registra que o Autuante, para convalidar as acusações junta unicamente planilha com a relação dos produtos sobre os quais recaem as infrações, apenas indicando origem dos dados obtidos, limitando-se a descrever, sem comprovação, que a fonte de dados que fundamentam a autuação são: a Escrituração Fiscal Digital, as Notas Fiscais Eletrônicas e Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas e arquivos constantes na base de dados da SEFAZ/BA.

Observa que, pelo que consta na planilha base da autuação, apenas com relação aos produtos da infração 01 (utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento), foram apresentadas as chaves das notas fiscais, no restante deles, sua imensa maioria, não foi apresentado indicação de onde vieram os dados.

Diz que a própria atitude da fiscalização, em "aprimorar e dar mais robustez à peça fiscal" só comprova que de fato havia documentos faltantes, e que as informações estavam incompletas.

Neste sentido, o Defendente reitera os termos da peça de defesa, pugnando pela nulidade do procedimento administrativo fiscal, efetivado através do presente Auto de Infração.

ITENS A SEREM EXCLUÍDOS E NÃO CONSIDERADOS PELO AUTUANTE: Dos itens indicados como sujeitos à Substituição Tributária, diz que a Fiscalização, apesar de concordar com a impugnação, deixou de excluir mercadorias sujeitas à substituição tributária.

O Defendente passa a indicar os produtos não excluídos quando da Informação Fiscal, bem como manifestar-se sobre a necessidade de que os mesmos sejam excluídos.

- PIZ CALABRESA SADIA 460G, PIZ CALABRESA SEARA 460G, PIZ FGO CAT/MUS 460G SADI, PIZ SAD LO/CA/MU460G SADI, PIZ SAD PORTUGUE460G 460G, PIZ SEAR LOM CAT460G 460G, PIZZA 4QJOS SADIA 460G, PIZZA CALAB REZ 460G e PIZZA MUSS REZ 440G.

Com relação aos itens acima, o Autuante defende que são itens do NCM 1902 - Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo.

Alega que os produtos em questão, pela própria classificação, ao consultar o NCM do produto PIZ CALABRESA SEARA 460G, por exemplo, verifica-se que o mesmo possui NCM 1905.90.90.

No Anexo 1 do RICMS-BA (março de 2017 a dezembro de 2017) o NCM 1905.90.9, referente ao período de 2016, traz os seguintes itens: "*outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, exceto casquinhas para sorvete*".

Entende que superada a questão do código NCM, se 1902 (defendido pelo Autuante) ou 1905 (Defendido pelo Autuado), o fato é que os produtos são derivados do trigo (produtos de panificação), o que se encaixa na ST.

- B. MIST F.VM SKINKA 450ML, BEB MIS SKINKA F CITR 2L, BEBIDA COPO GUARAMIX 290ML, BEBIDA PREMIUM GUARAMIX 500ML. Para os referidos produtos, a fiscalização não considerou os mesmos como sendo da ST pois não eram gaseificados. Afirma que tais produtos estão sim contidos no anexo 1, não como refrigerantes, mas sim como bebidas energéticas e/ou hidroeletrólíticas (isotônicas):

Neste contexto, entende que os itens indicados devem ser excluídos da autuação, por não terem tributação na saída.

- SAB BAR ESPUMIL LIM IOX5X200G, SABON MARAN SVE PESSEGO 12X90G, SAB SVE MARAN ROSAS 108X90G: Diz que o Autuante confirma que a classificação dos produtos segundo o sistema harmonizado (3401.19.00 e 3401.20.10), indicado pela Defesa está correta, entretanto, não acata a exclusão dos itens pois o ANEXO 1 pontua que cabe substituição tributária para esses produtos somente na modalidade de venda de mercadorias pelo sistema porta a porta.

Alega que o Anexo 1, relativo ao período autuado, ano de 2016, não há qualquer restrição, como indica o Autuante.

Caso ainda se considere não sujeito à ST, o fato é que até pela ausência de indicação clara da norma o fabricante classifica o item como tal e recolhe o imposto da ST e libera a cadeia. O Defendente apenas dá continuidade à cadeia com o produto sendo ST, ou seja, não é o Autuado que define. Pede a exclusão dos itens da autuação.

MERCADORIAS NÃO SUBMETIDAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

- CONFEITO MISS 72X70G TROPICANA: Afirma o Autuante que o produto em tela corresponde a confeito, classificado na TIPI na subposição 1806.90.00 (Chocolate e outras preparações alimentícias que contenham cacau- outros), estando contemplado no Anexo 1, sujeito ao regime de substituição tributária no período analisado.

Alega que a Fiscalização não demonstra tal fato, ou seja, que se trata de preparação alimentícia que contenha cacau.

Diz que o produto em questão está na NCM 1701.91.00, que trata de açúcares de cana ou de beterraba e sacarose quimicamente pura, no estado sólido, muito mais próximo da descrição que trata de confeito (balas). Requer a exclusão do item.

ITENS SUBMETIDOS A REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO:

- PRODUTO LEITE DO TIPO LONGA VIDA, COMPOSTO LÁCTEO E LEITE EM PÓ: Diz que o Autuante não concorda com a redução da base de cálculo de tais itens tendo em vista que *"inconstitucionalidade da norma aplicada, não está afeita ao contencioso aqui tratado na esfera administrativa da Secretaria da Fazenda. Assim sendo, a da carga tributária de 7% (sete) nas saídas desses itens, produtos industrializados no Estado da Bahia, foi sim equivocada"*.

Afirma que em momento algum pede a declaração de inconstitucionalidade da norma. O que argumenta é que a norma baiana deve estar em consonância com a constituição, pois assim é hierarquizado o sistema normativo. Em assim sendo, embora a questão encontre-se na esfera administrativa, não deve ser esquecido que todas as normas estão incluídas dentro de um mesmo ordenamento jurídico. Ou seja, tanto a norma estadual quanto a nacional fazem parte de um todo. E é nesse sentido que a norma deve ser apreciada, levando-se em consideração a hierarquia, para a solução justa do litígio, sem maiores entraves e prejuízos futuros.

Acrescenta que em uma situação de conflito de normas a prevalência de uma delas não significa a exclusão da outra. *In casu*, a solução seria utilizar o critério hierárquico, o que significa dizer que a Constituição Federal deva prevalecer sobre a Legislação Estadual.

Conclui que se deve aplicar a norma local conforme a constituição, sem a necessidade de declará-la inconstitucional. Agindo dessa forma, evitar-se-á a onerosidade tanto para o contribuinte, que não terá que arcar com as despesas de um processo judicial, como, e principalmente, para o Estado que não será condenado em sucumbência.

Portanto, a redução da base de cálculo se impõe porque, considerando que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afronta aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 155, II, § 2º, XII, "g" e 152, todos da Carta da República, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual.

REDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO PARA O PRODUTO MILHO: Para o produto em questão, diz que o Autuante não concorda com a redução da base de cálculo, afirmando que os produtos indicados

não são alcançados pelo art. 16, I, "a" da Lei 7.014/96, pois estes referem-se a milho em conserva e não milho em espiga ou grão na forma primária, sem industrialização.

Lei 7.014/96

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes: I - 7% (sete por cento) nas operações com:

a) arroz, feijão, milho macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca;

Alega que o dispositivo acima não faz qualquer restrição ou diferenciação com relação ao produto MILHO, ou seja, os produtos indicados, MILHO VD TR QUERO 200G, MILH VDE G.VERDE BONARE 2KG, MILHO VD GOÍAS VERDE 200G, MILH VDE QUERO LT 24X200G, MILHO LATA QUERO 6X 2KG, são todos MILHO, em outra apresentação, é bem verdade, mas que para norma, não há distinção.

Menciona que no próprio inciso I, encontraremos outros itens industrializados, a exemplo do macarrão, da farinha, do fubá de milho e da farinha de mandioca, constantes da própria alínea "a", do charque, incluído na alínea "b", e as diversas mercadorias industrializadas previstas na alínea "c".

Quando o legislador quis excluir do benefício produtos industrializados, o fez expressamente (*ex vi* RICMS-BA/2012, art. 286, V). O que permite concluir que no caso em debate o legislador não quis proceder com a exclusão dos produtos industrializados.

Diante do exposto, requer a redução da base de cálculo para os itens indicados.

Ante o exposto, e diante da confirmação do equívoco fiscal, reitera os termos da Impugnação, notadamente o pedido de nulidade/improcedência da autuação.

Segunda Informação Fiscal foi prestada pelo Autuante à fl. 226 dos autos, aduzindo que a peça acusatória relaciona irregularidades constatados no curso do procedimento fiscal que ensejaram a aplicação de penalidades previstas no diploma legal correspondente.

Diante da lavratura do Auto de Infração, o Autuado apresentou defesa que originou a Informação Fiscal, suscitando alteração dos valores inicialmente cobrados. O Contribuinte apresentou novo pleito, e da análise dos assuntos arrolados nessa nova demanda, conclui que os mesmos já foram devidamente esclarecidos e rechaçados quando da primeira Informação Fiscal.

Reitera os argumentos anteriormente colocados para rebater essa nova manifestação e pede a procedência parcial do presente Auto de Infração.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo advogado, Dr. Samuel Callou Sampaio OAB/PE N° 42.396.

VOTO

O Defendente alegou que o Autuante, para convalidar as acusações fiscais junta unicamente planilha com a relação dos produtos sobre os quais recaem as infrações, sem sequer apresentar quaisquer informações acerca da origem dos dados obtidos, limitando-se a descrever que a fonte de dados que fundamentam a autuação são: a Escrituração Fiscal Digital, as Notas Fiscais Eletrônicas e Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas e arquivos constantes na base de dados da SEFAZ/BA.

No seu entendimento, sem a apresentação destes documentos não é possível a constatação, por exemplo, da correspondência entre os documentos fiscais e as operações autuadas.

Afirmou que apenas com relação aos produtos das infrações 01 e 02, foram apresentadas as chaves das notas fiscais, no restante deles, sua imensa maioria, não foi apresentada a origem dos dados de maneira a permitir a validação de sua correção. Há apenas a indicação genérica, contida no Auto de Infração, a partir de quais documentos a infração tem origem.

Disse que o exercício do direito de defesa resta prejudicado porque os dados contidos nas planilhas apresentadas pelo Autuante não estão acompanhados dos documentos que lhe embasam e que, a falta de dados que substanciam a autuação prejudica a verificação dos valores apresentados pela fiscalização, ou seja, a materialidade dos valores exigidos, situação que macula o crédito tributário exigido de iliquidez e incerteza, cerceando, por sua vez, o direito de defesa e o devido processo legal.

Requeru a nulidade do lançamento por ausência de prova da infração em relação aos elementos determinantes da base material tributável.

Na Informação Fiscal, o Autuante afirmou que o argumento defensivo é improcedente pois na peça fiscal que deu origem a este PAF indicou quais as fontes dos dados: arquivos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) informados pelo próprio contribuinte autuado, Notas Fiscais Eletrônicas e Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas constantes na base de dados das SEFAZ.

Observo que o Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA compreende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. São executados roteiros de fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem todas as etapas dos serviços a serem executados pelos prepostos fiscais. Neste caso, há verificação de livros, documentos, papéis e mercadorias.

Esses roteiros de fiscalização 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 físico-documental ou digital, inclusive por meio de arquivos eletrônicos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicado 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 livros fiscais.

Se o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio dos arquivos eletrônicos, a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte e tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias.

Por outro lado, a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF 07/05).

Nesse cenário, destaca-se a evolução tecnológica, inclusive em relação ao controle das operações realizadas por contribuintes, por isso, em determinadas auditorias, a exemplo de levantamento quantitativo de estoques, não há necessidade de deslocar autoridades tributárias para visitar estabelecimentos com o objetivo de realizar a auditoria e exame físico em documentos e escrita fiscal ou contábil.

Portanto, ao contrário da alegação apresentada pelo Defendente, o entendimento que vem prevalecendo é no sentido de que não há necessidade da juntada ao PAF das notas fiscais eletrônicas e livros fiscais digitais utilizados nos procedimentos fiscais, considerando que o Contribuinte conhece os dados constantes nos mencionados documentos e escrita fiscal enviada à base de dados da SEFAZ.

Conforme esclarecido pelo Autuante, as infrações 01, 02 e 03 dizem respeito a notas fiscais emitidas por terceiros, assim sendo, os demonstrativos afeitos a essas infrações trazem sim as chaves dos documentos arrolados na apuração dos valores. Já as infrações 04, 05 e 06 dizem respeito a notas fiscais emitidas pelo próprio autuado, assim sendo, o simples número do

documento já basta para identificação do respectivo documento, sendo desnecessária a chave de acesso para tanto.

Durante o procedimento fiscal a atividade principal é a verificação do cumprimento de obrigações tributárias e, sendo constatadas irregularidades é que se lavra o Auto de Infração. Ou seja, o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, o Auto de Infração foi emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda e foi fornecida ao Contribuinte, cópia do Auto de Infração, conforme se pode constatar nas alegações defensivas.

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, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, nos termos do art. 39 do RPAF/99, se encontram definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado, ficando rejeitada a preliminar de nulidade apresentada pelo Autuado.

O Defendente requereu a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Ademais, no presente caso trata-se de levantamento fiscal realizado com base em livros fiscais do próprio Contribuinte, Notas fiscais Eletrônicas e EFD (Escrituração Fiscal Digital), portanto, tais provas não dependem de conhecimento técnico específico para analisá-las.

Quanto ao mérito, a Infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, abril a agosto, novembro e dezembro de 2016.

Observe que restando comprovado tratar-se de material de consumo, é ilegítimo o uso do crédito fiscal relativo à sua aquisição. Portanto, é correta a exigência fiscal quanto à utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2016.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2016.

Quanto à UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL DE ICMS REFERENTE A AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO E MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, o Defendente alegou que foram autuados produtos que não estão enquadrados como tal. É o caso dos produtos descritos como PIZZA BROTO MAS LEVE NAC 300G, FILEZ SASSAMI EMP 1.5KG LAR, CONFEITO MISS 72X70G TROPICANA, FGO DEF KG SEARA e PEITO FGO PALMALI DEF KG cujas classificações nas NCMs são, respectivamente, 1902.2000, 1602.3200, 1701.9100, 1601.0000 e 0406.9090 que não se encontram na listagem dos produtos submetidos a sistemática da substituição tributária, à época em que foram comercializados.

Afirmou que isso quer dizer que não é o simples fato de haver crédito indevido que importa recolhimento a menos do ICMS, tal como acusa o Fisco. Tendo havido, igualmente, débito indevido, um anula os efeitos do outro. Há, pois, um estorno automático e os efeitos do crédito indevido desaparecem, não caracterizando recolhimento a menos do ICMS.

Disse que tais produtos são tributados normalmente e não pode ser punido porque tributou o que não era tributado (isento ou substituição tributária). Alegou que foi o maior prejudicado, que “eventualmente” pagou ICMS indevido.

Na informação Fiscal, o Autuante analisou cada mercadoria questionada pelo Defendente e apresentou as informações necessárias quanto ao enquadramento ou não de cada produto no Anexo 1 do RICMS-BA.

- PIZZA BROTO MAS LEVE NAC 300G: afirmou que o NCM desse produto é 1902.20.00, sendo assim não estaria contemplado no ANEXO I.

- FILEZ SASSAMI EMP 1.5KG LAR: disse que o NCM desse produto é 1602.32.00, sendo assim não estaria contemplado no ANEXO I;

- CONFEITO MISS 72X70G TROPICANA: afirmou que o NCM desse produto é 1701.91.00, sendo assim não estaria contemplado no ANEXO I;

- PEITO FGO PALMALI DEF KG, FGO DEF KG SEARA e PEITO FGO PALMALI DEF KG: informou que o NCM desse produto é 1601.00.00, sendo assim não estaria contemplado no ANEXO I;

- BANHA 1KG SEARA: Da análise do ANEXO I, constatou que o NCM desse produto, 1501.10.00, efetivamente só passou a constar no anexo a partir de 01/06/2016. Sendo assim o argumento do Autuado procede e as operações com esse produto no período de 01/01/2016 a 31/05/2016 serão excluídas da apuração do valor do crédito indevido aqui cobrado.

O Autuante acostou ao presente processo, novo demonstrativo de valores referentes à infração 03 (fls. 171 a 174), apurando o débito total de R\$ 7.934,21.

Sobre o enquadramento de mercadorias no regime de Substituição Tributária, a legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código de NCM. No caso em exame, de acordo com os esclarecimentos do autuante, a descrição dos produtos objeto da autuação deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM, levando à conclusão de que os produtos se encontram, ou não, enquadrados na substituição tributária. Dessa forma, acompanho as informações prestadas pelo Autuante.

O Defendente também alegou que efetuou o débito nas saídas dos produtos constantes nas infrações 02 e 03 e, sendo assim, não causou prejuízo ao erário.

Entendo que não pode ser acatada a alegação defensiva, de que seja adotada decisão unilateral do Autuado, tendo em vista que a legislação especifica a forma correta de apuração do imposto, e o contribuinte não pode adotar método próprio ou convenções particulares no cumprimento de obrigações tributárias.

Considerando que nesta fase processual não cabe a compensação de imposto recolhido a mais ou indevidamente, o Autuado pode requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, ou restituição do indébito na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF-BA/99 e art. 33 da Lei 7.014/96.

Quanto ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, inclusive os limites ou condições para utilização de créditos fiscais.

Dessa forma, após análise efetuada nas planilhas elaboradas pelo autuante em confronto com as alegações apresentadas pelo Defendente, concluo que a exigência fiscal correspondente às Infrações 01 e 02 subsiste integralmente e a Infração 03 é procedente em parte, no valor de R\$ 7.934,21, conforme demonstrativo às fls. 171 a 174 do PAF.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Saídas de mercadorias tributadas sem a devida tributação documentadas pela emissão de Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e).

Infração 05: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Saídas de mercadorias tributadas sem a devida tributação documentadas pela emissão de Notas Fiscais Consumidor Eletrônicas (NFC-e).

O Defendente alegou que no rol de produtos que ensejaram essas infrações, existem vários que estão citados no ANEXO 1, logo não há o que se cobrar de imposto, pois as saídas dos mesmos devem ser sem tributação. Os produtos trazidos pela Defesa e analisados pelo Autuante são os seguintes:

- COBERT BEL CONFEIT M AMAR1.01K, COBERT BEL TOP BLEND 1.01KG, COBERT BEL TOP M AMAR 1.01KG, COBERT BEL CONFEIT BCO 1.01KG, COBERT HARALD TOP M-AMAR 1.05: o Autuado alegou que esses produtos são classificados com NCM 1806.90.00 (Chocolate e outras preparações alimentícias que contenham cacau/outros), contemplados no anexo 1 do RICMS/BA.

O Autuante acatou a alegação defensiva informando que as operações com esse produto serão excluídas da apuração do valor cobrado.

- PIZ CALABRESA SADIA 460G, PIZ CALABRESA SEARA 460G, PIZ FGO CAT/MUS 460G SADI, PIZ SAD LO/CA/MU460G SADI, PIZ SAD PORTUGUE460G 460G, PIZ SEAR LOM CAT460G 460G, PIZZA 4QJOS SADIA 460G, PIZZA CALAB REZ 460G e PIZZA MUSS REZ 440G: O autuado alegou que esses produtos são classificados com NCM na posição 1905 (Produtos de padaria, pastelaria ou da indústria de bolachas e biscoitos, mesmo adicionados de cacau; hóstias, cápsulas vazias para medicamentos, obreias, pastas secas de farinha, amido ou fécula, em folhas, e produtos semelhantes).

De acordo com a Informação Fiscal, esses produtos devem ser classificados no NCM, **1902.20.00** (Massas alimentícias recheadas (mesmo cozidas ou preparadas de outro modo)), estando assim fora do ANEXO 1, cabendo tributação normal na sua saída.

Observo que no Anexo 1, vigente à época, consta a seguinte descrição: “*massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo*”. Portanto, os produtos em questão não se enquadram no referido dispositivo.

- B. MIST F.VM SKINKA 450M, BEB MIS SKINKA F CITR 2L, BEBIDA COPO GUARAMIX 290ML, BEBIDA PREMIUM GUARAMIX 500ML: O autuado afirmou que esses produtos são alcançados pelo regime de substituição tributária.

O Autuante se reporta ao ANEXO 1, ressaltando que a posição 2201 somente cabe substituição tributária para o produto refrigerante e os produtos aqui tratados são refrescos, pois não são gaseificados. Em sendo assim, as operações com esses produtos ficam mantidas.

Consta no Anexo 1, para a posição 2201: “*água mineral, gasosa ou não, ou potável, naturais, em garrafa de vidro, retornável ou não*”.

Na manifestação apresentada, o Defendente afirmou que tais produtos estão contidos no anexo 1, não como refrigerantes, mas sim como bebidas energéticas e/ou hidroeletrólíticas (isotônicas). Entretanto, as bebidas energéticas e hidroeletrólíticas (isotônicas) têm NCM 2202 e 2106, respectivamente. Como já mencionado, a descrição dos produtos deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM. Alegação defensiva não acatada.

- SAB BAR ESPUMIL LIM 10X5X200G, SABON MARAN SVE PESSEGO 12X90G, SAB SVE MARAN ROSAS 108X90G: o Defendente afirmou que esses produtos são classificados com NCMs 3401.1900 e 3401.2010, portanto, são alcançados pelo regime de substituição tributária.

De acordo com a Informação Fiscal, o ANEXO 1 pontua que cabe substituição tributária para esses produtos somente na modalidade de venda de mercadorias pelo sistema porta a porta.

Observo que o Anexo 1, remete ao Convênio ICMS 45/99 que “*autoriza os Estados e o Distrito Federal a estabelecer o regime de substituição tributária nas operações interestaduais que destinem mercadorias a revendedores que efetuem venda porta-a-porta*”, fato não comprovado nos autos.

- CX AMPLIF MONDIAL BIVOLT POWER: O autuado afirmou que esse produto é classificado com NCM 8518.40.00 e, portanto, é alcançado pelo regime de substituição tributária.

O Autuante afirmou que o ANEXO 1 pontua que a substituição tributária está prevista para a posição 8518 somente para peças, componentes e acessórios para veículos automotores, o que não é o caso em pauta.

Constata-se que os Protocolos ICMS citados no Anexo 1, relativamente aos mencionados produtos, dispõem sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças. Alegação defensiva não acatada.

- ROLO ADES SBRITE AP 20FL: O autuado alegou que esse produto ocupa a posição 3924 da classificação NCM sendo alcançado pelo regime de substituição tributária.

O Autuante informou que o ANEXO 1 pontua que a substituição tributária está prevista para a posição 3924 somente para artefatos de higiene / toucador de plástico, para uso na construção, o que não é o caso em pauta.

Em relação a este item, os Protocolos ICMS citados no Anexo 1 dispõem sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção e congêneres, acabamento, bricolagem ou adorno.

O Defendente apresentou o entendimento de que, caso ainda se considere não sujeito à ST, o fato é que até pela ausência de indicação clara da norma o fabricante classifica o item como tal e recolhe o imposto da ST e libera a cadeia.

Essa alegação não pode ser acolhida, considerando que, em relação a operações com ICMS-ST se o imposto foi pago pelo remetente, as notas fiscais devem ser acompanhadas da comprovação do efetivo pagamento do tributo, mediante documentos de arrecadação GNRE (operações interestaduais), portanto, o recolhimento em favor do Estado da Bahia não foi comprovado.

O Autuante informou que acostou aos autos em mídia magnética (fl. 161) novo demonstrativo de valores referentes às infrações 04 e 05.

Quanto à Infração 04, houve agravamento em virtude do aumento do valor do débito apurado. Considerando que no julgamento é vedado majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, neste caso, deve ser mantida a parcela relativa ao valor lançado originariamente, totalizando R\$ 11.093,35.

Acompanho as informações do Autuante considerando estarem em consonância com a legislação que rege a matéria e com base nos documentos fiscais e EFD do Autuado. Dessa forma concluo pela manutenção da infração 04 e subsistência parcial da infração 05, nos termos dos demonstrativos elaborados pelo Autuante, (INFRAÇÃO 04) no valor de R\$ 11.093,35 e fls. 183 a 196 (INFRAÇÃO 05), no valor de R\$ 79.570,71.

Infração 06: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2016.

O Autuado alegou que a redução da carga tributária para 7% (sete) nas operações internas com compostos lácteos em pó, leite em pó e leite longa vida, somente para esses produtos produzidos no Estado da Bahia, fere o princípio da isonomia entre os Estados Federados previsto na Constituição. Entende ser de 7% a alíquota aplicável com relação aos mencionados produtos.

O Autuante esclareceu que a justificativa fiscal para a autuação está no fato de que a legislação estadual (RICMS/2012) só permite a redução da base de cálculo para o leite em pó produzido no Estado.

Quanto ao argumento de inconstitucionalidade da norma aplicada, o Autuante afirmou que não está afeita ao contencioso tributário aqui tratado na esfera administrativa da Secretaria da Fazenda. Assim sendo, a utilização da carga tributária de 7% (sete) nas saídas desses itens, produtos esses não industrializados no Estado da Bahia, foi sim equivocada.

Concordo com o posicionamento do Autuante, ressaltando que este Órgão Julgador não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

O autuado também alegou que o produto milho faz jus à redução da carga tributária, mencionando o art. 16, Inc. I, “a”, da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido:

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% (sete por cento) nas operações com:

b) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca;

O Autuante informou que os produtos arrolados no auto de infração, MILHO VD TR QUERO 200G, MILHO VDE G.VERDE BONARE 2KG, MILHO VD GOIAS VERDE 200G, MILH VDE QUERO LT 24X200G, MILHO LATA QUERO 6X 2KG, não são alcançados pelo dispositivo acima citado, pois estes se referem a milho em conserva e não milho em espiga ou grão na forma primária, sem industrialização.

Acato a informação do autuante, considerando que os produtos autuados são industrializados, em conserva, não alcançados pela redução da alíquota prevista no art. 16, Inciso I, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Itens submetidos à substituição tributária: COBERT BEL CONFEIT M AMAR 1.01KG, COBERT BEL TOP BLEND 1.01KG, COBERT BEL TOP M AMAR 1.01KG, COBERT BEL CONFEIT BCO 1.01KG, COBERT HARALD TOP M-AMAR 1.05.

Com relação aos itens acima, com NCM 1806.90.00, são classificados, no anexo 1 do RICMS/BA como “Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg, excluídos os achocolatados em pó e ovos de páscoa de chocolate”.

Concluo que, nos moldes como foi apurada e descrita a infração, é correta a acusação fiscal, relativamente à exigência do imposto em decorrência de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem a matéria. Mantida a exigência fiscal.

Vale ressaltar que embora a Defesa não tenha acatado a revisão efetuada pelo Autuante quando prestou a Informação Fiscal, não foram trazidos aos autos outros elementos para se opor aos novos valores do lançamento, o que motivou a redução do débito originalmente apontado no Auto de Infração, conforme apurado pela Autuante.

O Defendente alegou, ainda, que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV da Constituição Federal.

Requeru o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Observo que as penalidades aplicadas no presente Auto de Infração são legalmente previstas para as irregularidades apuradas, essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

O Autuado apresentou o entendimento de que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida. Disse que o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no art. 112, do CTN, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente a Autuação Fiscal em combate.

Entretanto, não há como aplicar o referido dispositivo legal no presente processo, uma vez que não existem dúvidas quanto às infrações imputadas no Auto de Infração, ficando indeferida a solicitação do Defendente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE	2.627,55
02	PROCEDENTE	76.284,02
03	PROCEDENTE EM PARTE	7.934,21
04	PROCEDENTE	11.093,35
05	PROCEDENTE EM PARTE	79.570,74
06	PROCEDENTE	51.676,06
TOTAL	-	229.186,00

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278868.0007/20-1, lavrado contra **WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 229.186,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA