

A. I. N° - 279459.0046/23-7
AUTUADO - SEARA ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26/11/2024

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0204-03/24-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo. Os cálculos foram refeitos, mediante revisão realizada pelo Autuante, ficando reduzido o débito originalmente apurado. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/12/2023, refere-se à exigência de R\$ 3.473.121,95 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 007.002.003: Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2019 a dezembro de 2022.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 61 a 83 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da Defesa e diz que embora o Autuante tenha reconhecido que houve o pagamento do imposto ao estado da Bahia, a Fiscalização lavrou o auto de infração por entender que o momento correto de pagamento seria o da saída do estabelecimento, e não o momento da entrada, como recolhido. Diz que o Autuante reconhece que houve o pagamento do imposto e, mais do que isso, o estorno do crédito da entrada.

Informa que, para a sua surpresa, o Autuante procedeu ao lançamento integral dos valores a título de ICMS-ST, como se a Impugnante não tivesse feito qualquer pagamento. Diz que isso por si só demonstra que a autuação possui o nítido interesse arrecadatório, uma vez que a exigência do ICMS-ST sobre o valor integral, sem considerar os pagamentos já realizados e o estorno do crédito na entrada – quando tais são incontroversos –, acaba por aplicar penalidade sobre imposto que reconhecidamente já foi pago.

Ressalta que o momento do pagamento adotado – na entrada - é até mesmo mais favorável ao Estado da Bahia, porque antecipou ao caixa do estado o ICMS que a fiscalização entendeu ser devido apenas na saída.

Registra que o Autuante exigiu também o ICMS próprio destas operações no Auto de Infração n° 2794590047/23-3, exigindo o montante de R\$ 11.577.073,09 de principal (totalizando os dois Autos de Infração no montante de R\$ 15.050.195,02), conforme quadro demonstrativo apontado pela Autoridade Fiscal.

Considerando que o montante de ICMS-ST devido depende de apuração do montante do ICMS próprio, afirma que demonstrará os motivos pelos quais o presente lançamento deve ser sobrestado até o julgamento definitivo do Auto de Infração n° 2794590047/23-3.

Diante disso, informa que passa a demonstrar a partir dos seguintes fundamentos os motivos pelos quais o Auto de Infração deve ser cancelado.

- a. Sobrestamento do presente processo até o julgamento final do AI 279459.0047/23-3, que exige o ICMS próprio das mesmas operações, sendo que o ICMS-ST remanescente depende umbilicalmente do julgamento do ICMS próprio;
- b. O conteúdo do próprio item 11.18.1 do RICMS/BA foi específico ao dispor que apenas as “*massas de pizza*”, tipo de massa do gênero de panificação estariam sujeitas à incidência de ICMS-ST. No caso em tela, a autuação fiscal não exigiu ICMS-ST sobre as “massas de pizza” em si, mas sim sobre as “PIZZAS PRONTAS CONGELADAS”.
- c. A iliquidez dos créditos tributários, na medida em que a autoridade fiscal competente, ao lavrar a acusação fiscal, deixou de considerar os valores que o Impugnante recolheu aos cofres públicos na entrada das mercadorias no estabelecimento autuado.
- d. Inexistência de Prejuízos ao Erário, na medida em que, em verdade, houve a antecipação do momento do recolhimento, ou seja, o ICMS devido por substituição ingressou nos cofres públicos antes mesmo do momento que supostamente seria o correto, bem como porque o Impugnante estornou o crédito da entrada.
- e. As devoluções das mercadorias que foram consideradas como tributadas pelo fiscal.

Repete a informação de que sobre as mesmas operações, o Autuante lavrou o Auto de Infração nº 2794590047/23-3 para a exigência de ICMS próprio e o presente Auto de Infração para a exigência de ICMS-ST.

Afirma que tal racional é extraído do “texto complementar” acostado pela Autoridade Fiscal, bem como do demonstrativo colacionado à fl. 65.

Registra que no PAF do Auto de Infração nº 2794590047/23-3, demonstrou que há diversas operações que não se concretizaram, em razão da devolução da mercadoria, bem como que houve o pagamento do ICMS na entrada das mercadorias. Ou seja, o *quantum* devido a título de ICMS próprio será revisto naqueles autos, o que necessariamente impactará o valor de ICMS-ST exigido nos presentes autos.

Considerando que o montante de ICMS-ST devido depende de apuração do montante do ICMS próprio, entende que o presente lançamento deve ser sobrestado até o julgamento definitivo do Auto de Infração nº 2794590047/23-3, sob pena de se registrar decisões conflitantes sobre as mesmas operações.

Diante disso, alega que se faz necessário o sobrestamento do presente processo até o julgamento definitivo daqueles autos, não somente pelo fato de que a cobrança do ICMS-ST se promove a partir de desdobramento da cobrança do ICMS próprio, mas, sobretudo, para se evitar decisões conflitantes acerca do mesmo objeto jurídico.

Em suma, apenas quando houver a definição do *quantum* devido a título de ICMS próprio é que poderá ser cogitada a cobrança do ICMS-ST. Nesse sentido, cita o art. 313, V, “a”, do CPC que prevê a suspensão do processo quando o julgamento de uma causa depender do julgamento de outra causa.

Entende que o referido dispositivo se aplica ao presente caso, tendo em vista que o art. 15 do CPC prevê que “*Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*”.

Diante do exposto, requer seja sobrestado o presente processo até o julgamento definitivo do Auto de Infração nº 2794590047/23-3, ante a prejudicialidade daquele julgamento perante o presente.

Menciona que conforme exposto anteriormente, a controvérsia referente à exigência de ICMS-ST debatida reside em identificar se a mercadoria “PIZZA PRONTA CONGELADA” que comercializada sujeita-se ao ICMS-ST.

Isso porque, no período autuado, o RICMS/BA previa, em seu art. 289, a incidência de ICMS-ST nas operações internas com mercadorias relacionadas no Anexo 1.

Reproduz a redação do item “11.18.1” do Anexo 1 do RICMS/BA e explica: para fins de exigência do ICMS-ST relativo às operações internas destinadas a contribuintes do imposto, o item “11.18.1” do Anexo 1 do RICMS/BA equiparou a mercadoria “PIZZA” a meros itens de panificação, ao estabelecer a incidência do ICMS-ST em operações com “*Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas (...)*”.

Entende que o legislador poderia muito bem ter criado um item novo para justificar a incidência do ICMS-ST em relação à mercadoria em questão. Não obstante, ele deliberadamente incluiu o item “11.18.1” do anexo 1 do RICMS/BA as “PIZZAS” dentro de um subgrupo dos produtos de panificação.

Alega que a mercadoria “PIZZA” do gênero panificação que tratou o referido item diferencia-se das “PIZZAS PRONTAS CONGELADAS” que comercializa, conforme entendimento da ANVISA e da Receita Federal sobre o tema.

Para que não restem dúvidas em relação a isso, apresenta ilustração das PIZZAS CONGELADAS que comercializa e apresenta imagem ilustrativa do produto que o consumidor encontra ao abrir a embalagem - uma “PIZZA PRONTA CONGELADA”.

Também apresenta imagem ilustrativa de exemplo de MASSA PARA PIZZA equiparável a itens de panificação para fins de incidência do ICMS-ST. Diz que tal diferenciação, além de decorrer da mera interpretação da legislação tributária, deriva do próprio conceito definido pela Agência Reguladora Responsável do que seriam PRODUTOS DE PANIFICAÇÃO.

Por se tratarem de produtos destinados à alimentação humana, cabe à ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços em questão, conforme estabelecido na Lei nº 8.090/90.

Destaca que em decorrência disso, à ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) foi atribuída a competência para normatizar, controlar e fiscalizar alimentos, por se tratar de tema de saúde pública, cabendo ao órgão definir conteúdos e interpretar conceitos, até para que possa exercer seu poder de polícia, consubstanciando-se em diretrizes e suporte da fiscalização, norteadores do controle dos riscos à saúde humana decorrentes da produção e comercialização dos alimentos, conforme Lei nº 9.782/99.

Apresenta o entendimento de que, independentemente do prisma sob o qual se analisa a questão em tela, fato é que a “PIZZA PRONTA CONGELADA” não é e nunca será um simples item de panificação, motivo pelo qual não se insere no vocábulo “PIZZA” de que trata o item “11.18.1” do Anexo 1 do RICMS/BA para fins de incidência do ICMS-ST, razão pela qual se mostra absolutamente ilegal o lançamento fiscal baseado nessa premissa.

Diz que houve reconhecimento pelo Autuante do recolhimento do imposto no montante de R\$ 11.793.481,60 (2020 a 2022). Partindo-se da premissa que, durante os períodos de 2020 a 2022, teria deixado de recolher o ICMS-ST em relação a operações de saída com “Pizzas” (posição NCM 19059090), procedeu-se com a lavratura do presente auto e que ensejou a cobrança ora discutida.

Alega que embora o lançamento fiscal se mostre formalmente adequado, é certo que os valores em exigência foram devidamente quitados, conforme reconhecido pelo próprio Autuante, na planilha “prejuízo ao erário” anexada ao lançamento fiscal (Doc. 05 – planilha fiscal “prejuízo ao erário”).

Diz que a planilha do Autuante é autoexplicativa. No período de 2020 a 2022, recolheu o montante de R\$ 11.793.481,60 (onze milhões, setecentos e noventa e três mil e quatrocentos e oitenta e um

reais e sessenta centavos) a título de imposto pago na antecipação tributária das entradas das mercadorias autuadas.

Ressalta a composição dos valores de (a) créditos ordinários, somados aos (b) valores recolhidos na entrada das mercadorias autuadas (pizzas). O próprio fiscal indica ter apurado valores já recolhidos/dispêndidos aos cofres baianos no montante de R\$ 11.793.481,60.

Também ressalta que o mesmo Fiscal aponta os valores devidos a título de ICMS ST (objeto de cobrança desta autuação), por ocasião da saída das mercadorias autuadas, totalizando R\$ 3.473.121,93.

Diz que se chega à teratológica situação em que o contribuinte, ao ter adiantado valores aos cofres do Estado da Bahia, é chamado para pagar novamente os mesmos valores.

Afirma que se fosse situação contrária, ou seja, em que o contribuinte deveria ter recolhido pela entrada, mas tendeu a recolher os valores por ocasião das subseqüentes saídas, seria compreensível eventual questionamento fiscal, visto que, durante determinado lapso de tempo, os cofres baianos ficaram desfalcados em relação aos valores que já deveriam ter sido recolhidos.

Registra que no caso concreto a situação é absolutamente contrária. Pagou valores de ICMS antes mesmo de dever o referido imposto ao Estado da Bahia. Isso, em medida alguma, poderia acarretar questionamento, mas tão somente um encontro de contas.

Alega que isso por si só demonstra que a autuação possui o nítido interesse arrecadatório, uma vez que a exigência do ICMS-ST sobre o valor integral, sem considerar os pagamentos já realizados e o estorno do crédito na entrada – quando tais são incontroversos –, acaba por aplicar penalidade de 60% sobre imposto que reconhecidamente já foi pago.

Também alega que os cálculos do Autuante, por si só, já são suficientes para infirmar a certeza e liquidez dos créditos tributários ora em exigência. Portanto, tais fatos não dependem de prova pelo Impugnante, consoante prevê o art. 374, inciso III, do diploma processual civil, que reproduz.

Sobre a aplicação subsidiária do CPC, menciona que o tema foi debatido há não muito tempo perante o Plenário do STJ, em julgamento da ADI 5492, pela qual se impugnam dispositivos do novo Diploma Processual, dentre eles o art. 15, que trata justamente sobre a aplicação supletiva e subsidiária do CPC aos processos administrativos.

Assim, adotando-se o entendimento exarado pelo STF sobre o tema, entende que deve prevalecer os comandos normativos no sentido de que os fatos incontroversos independem de prova, de modo que não há razões para se produzir prova acerca de informação que se mostra incontroversa.

Quanto a esse ponto, pede e espera seja levado a efeito o recolhimento do imposto já recolhido, no montante de R\$ 11.793.481,61, sob pena de cobrança em indevida e em duplicidade (“*bis in idem*”) e enriquecimento ilícito.

Além das considerações – técnica e econômica – expostas acima, alega que a exigência fiscal em discussão tende a deturpar o propósito pelo qual se instituiu a figura do ICMS-ST, uma vez que, no momento em que compelida a pagar o valor devido na operação (lavratura do Auto de Infração e Imposição de Multa ora em discussão), tal valor já havia sido integralmente recolhido.

Diz que a substituição tributária, embora já tivesse matriz no art. 128 do CTN, veio a ter fundamento constitucional de validade a partir da Emenda Constitucional nº 03/1993, que introduziu o § 7º, ao art. 150, da Carta Constitucional de 1988, sob os seguintes termos:

“Art. 150 - (...)

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.”

Apresenta o entendimento de que, ao autorizar a cobrança do tributo cujo fato gerador “*deva ocorrer posteriormente*”, está a tratar da espécie de substituição tributária “*para frente*” (ou progressiva), tida pela técnica de arrecadação que atribui a contribuinte situado em etapa anterior da cadeia de operações, na condição de “substituto tributário”, a responsabilidade de recolher antecipadamente o tributo que seria devido na futura operação, a ser praticada pelo “substituído tributário”.

Diz que que essa complexa sistemática surgiu com um único propósito: facilitar a arrecadação tributária, visto que a mercadoria é tributada, exclusivamente, em etapa inicial da cadeia de operações, momento de maior exposição (no momento em que a operação envolve maior volumes de mercadorias, como é o caso da operação industrial → atacadista). Desta forma, afasta-se o ônus da Administração Fazendária de policiar o pagamento do tributo em etapa derradeira da cadeia operacional (como é o caso da operação varejista → consumidor final), em que a necessidade de fiscalização amplia enormemente a gama de operações a ser fiscalizada.

Menciona que tais premissas já foram vislumbradas por ocasião de julgamento do STF, em que se fez constar que a sistemática da substituição tributária representa “instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação”.

Trazendo as premissas acima ao caso concreto, em relação às operações objetos do Auto de Infração, entende que faria sentido autuar o Impugnante, caso o Autuante houvesse constatado que a substituição tributária não havia atingido seu desígnio, ou seja, o tributo das operações da saída não havia sido recolhido.

Afirma que não foi esse o cenário verificado, pois, no momento da fiscalização, o Impugnante não estava em mora com o Fisco paulista em relação às operações autuadas.

Muito pelo contrário, já havia efetuado o recolhimento do ICMS-ST antes mesmo da sua suposta exigência, ou seja, adiantou o recolhimento aos cofres públicos. Diz que está sendo penalizado por ter pago antecipadamente o tributo.

Significa dizer que o montante que seria devido a título de ICMS-ST apenas na saída da mercadoria, com o recolhimento antecipado feito pelo Impugnante, ingressou nos cofres públicos adiantadamente, tendo possivelmente feito frente ao pagamento das despesas decorrentes das atividades do poder executivo.

Nesse ponto, ressalta o paradoxo do caso concreto: a substituição tributária, criada para “*permitir a redução da “máquina-fiscal”*”, no caso concreto, é usada como mote para um retrabalho fiscal, para cobrar tributo já recolhido.

Acrescenta: se a ideia era reduzir a “máquina-fiscal” via sistemática da substituição tributária, no caso concreto, está-se a movimentar tal máquina para exigência de valores que já “saíram do bolso” do contribuinte e estão em poder do Estado baiano.

Diz que a Autoridade Fiscal não pode ser considerada vítima nesse cenário de “retrabalho”, pois, a bem da verdade, sujeita-se a ele, intencionalmente, para compelir o contribuinte a recolher duas vezes o valor de uma única operação.

E nem se diga que a autuação em questão decorre da obrigação administrativa vinculada de se levar a efeito dispositivo normativo previsto na legislação tributária (substituição tributária), uma vez que, sob qualquer que seja o fundamento normativo, não se justifica exigir do contribuinte o pagamento do mesmo tributo por duas ou mais vezes, sobretudo quando o ato administrativo de cobrança se dá em momento em que o valor devido já foi pago.

Pelas considerações acima, considerando que a finalidade pretendida pelo legislador ao instituir e exigir a substituição tributária, entende que o ato administrativo de cobrança ora analisado (Auto de Infração) destoa de tal finalidade, quando se tem de forma clara que o tributo devido já foi recolhido pelo contribuinte, inclusive antecipadamente.

Por mais essa razão, espera que a cobrança em questão seja integralmente cancelada.

Alega, ainda, que o lançamento fiscal abrange operações relativas às Notas Fiscais de saídas para clientes que não se concretizaram, pois, as mercadorias não foram entregues aos clientes. Isso porque, na maioria dos casos, tratam-se de mercadorias que retornaram ao seu estabelecimento, mediante operação de devolução.

Menciona que entre as causas que caracterizam a operação de retorno de mercadoria, encontram-se diversas hipóteses tais como a recusa de recebimento, a falta de localização do endereço do destinatário, a falta de padrão da mercadoria nas especificações exigidas, a impossibilidade de entrega em razão do estabelecimento do destinatário estar fechado ou inacessível, dentre outras circunstâncias.

Informa que em tais hipóteses, ao receber a mercadoria em retorno, seja por qualquer motivo, emite nova nota fiscal por ocasião da entrada com menção dos dados identificativos do documento fiscal originário. Noutras situações, a não concretização das operações está comprovada mediante “Protocolo de Recusa”, ou mediante informação constante do próprio portal nacional da nota fiscal eletrônica.

Nesse sentido, apresenta relação das notas fiscais de entrada e de demais documentos comprobatórios da não concretização das operações presumidas pela Autoridade Fiscal nos períodos de 2020 a 2022 (Doc. 06 – anexo em mídia digital).

Afirma que as mercadorias que retornaram perfazem o montante de aproximadamente R\$ 8.318.684,12 (oito milhões, trezentos e dezoito e seiscentos mil e oitenta e quatro reais e doze centavos) e que foram indevidamente levadas à tributação pela Autoridade Fiscal, conforme quadro resumo abaixo:

ANO	NATUREZA DA OPERAÇÃO	VALOR TOTAL DAS MERCADORIAS DEVOLVIDAS
2020	DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS	R\$ 3.927.949,82
2021	DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS	R\$ 4.053.802,72
2022	DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS	R\$ 336.931,58
VALOR TOTAL DAS MERCADORIAS DEVOLVIDAS		R\$ 8.318.684,12

Diz que as anexas planilhas demonstrativas evidenciam que centenas de notas fiscais autuadas foram, de fato, objeto de devolução e indevidamente consideradas no presente lançamento tributário. Portanto, requer seja fulminada a exigência tributária em face das operações comprovadamente não ocorridas, consoante planilhas demonstrativas anexas.

Também discorre sobre a aplicação da penalidade capitulada no art. 42, inciso II alínea “e” da Lei nº 7.014/96, eis que aplicada no percentual de 60% do valor do imposto.

Diz que é assente na doutrina e jurisprudência dos melhores Tribunais Administrativos e Judiciais que as multas tributárias incidentes nos casos de descumprimento de obrigação principal e acessórias estão sujeitas à vedação do confisco, da desproporcionalidade e da razoabilidade, baseado no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal.

Ressalta que a vedação do confisco, da desproporcionalidade e da razoabilidade representam a proibição do Estado em tributar de forma abusiva, compreendendo tanto a previsão dos tributos como a fixação de multas.

Registra que de acordo com a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, o limite razoável à fixação de multa tributária repousa no percentual de 20% a 30% sobre o valor do suposto tributo devido.

Requer seja julgada procedente a Impugnação para cancelar o Auto de Infração, tendo em vista:

- i. Sobrestamento do processo até o julgamento definitivo do Auto de Infração nº 2794590047/23-3 (em que se cobra o ICMS próprio, das mesmas operações destes autos), ante a prejudicialidade daquele julgamento perante o presente caso, nos termos dos arts. 313, V, “a” c/c com art. 15, ambos do CPC;
- ii. O conteúdo do próprio item 11.18.1 do RICMS/BA foi específico ao dispor que apenas as “massas de pizza” estariam sujeitas à incidência de ICMS-ST, eis que seriam uma espécie de produto de panificação. No caso em tela, a autuação fiscal não exigiu ICMS-ST sobre as “massas de pizza” em si, mas sim sobre as “PIZZAS PRONTAS CONGELADAS”.
- iii. Reconhecimento pelo Autuante dos pagamentos do imposto no montante de R\$ 11.793.481,60 para os períodos de 2020 a 2022 (doc. 05 - conforme planilha “prejuízo ao erário” anexado ao lançamento fiscal), fatos e valores que devem serem considerados, tal como incontroversamente pairam nos autos, inclusive para evitar o enriquecimento ilícito;
- iv. A deturpação da finalidade da sistemática do ICMS-ST, impondo caráter meramente arrecadatório à presente autuação, tendo em vista que o imposto foi recolhido de forma antecipada ao Fisco;
- v. Subsidiariamente, sejam excluídas as operações que se concretizaram em razão de devoluções das mercadorias ao Impugnante, convertendo-se o feito em diligência se necessário;
- vi. Ainda, subsidiariamente, seja reduzida a indevida penalidade aplicada para o patamar de 20% a 30% da exigência fiscal, consoante jurisprudência sedimentada do STF.
- vii. Na hipótese de conversão do julgamento em diligência fiscal, requer seja, após manifestação fiscal, oportunizado prazo em tempo hábil (60 dias) à Impugnante para apresentação de suas eventuais razões complementares de defesa.
- viii. A juntada de novos documentos e seja o julgamento convertido em diligência, sempre visando à elucidação total dos fatos em comento.

Por fim, requer doravante todas as intimações e notificações sejam encaminhadas ao seu patrono Dr. Fabio Augusto Chilo, advogado inscrito na OAB/SP sob o nº 221.616, com endereço profissional no município de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Marginal Direita do Tietê, nº 500, Vila Jaguara, CEP 05.118-100, inclusive para se fazer presente no julgamento para realização de sustentação oral.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 118 a 121 dos autos. Diz que o Contribuinte, planejando recolher menos imposto em suas operações comerciais, adotou fazer a antecipação tributária pelas entradas das mercadorias e, por consequência, não tributar as saídas da mercadoria “pizza” com NCM 1905.9090 bem como, não efetuar a retenção do ICMS contribuinte substituto.

Demonstrando uma desordem no tratamento tributário contribuinte seguiu o RICMS tributando as saídas da mercadoria “pizza” com NCM 1902.1900, mas inexplicavelmente não tributa as saídas dessa mercadoria com NCM 19059090.

Dessa forma, flagrantemente infringiu ao RICMS ao não tributar as saídas da mercadoria “pizza” com NCM 1905.9090.

Registra que a legislação relativa à essa infração está bastante detalhada. A Lei 7014/96, assim dispõe sobre a substituição tributária:

Art. 8º

[...]

§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial;

Redação vigente ano 2019, Anexo 1, mercadorias da substituição ou antecipação tributária.

CEST 17.062.01 - NCM 1905.90.90

Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03 Prot. ICMS 53/17 AL, BA, CE, PB, PE, PI, RN e SE. MVAs (Aliq- 4%) 47,44% (Aliq. 7%) 39,51% (Aliq- 12%) nas operações interestaduais e MVA de 30% nas operações internas.

Informa que a "Pizza" foi incluída no Anexo 1 em decorrência da alteração do Conv. ICMS 52/17, já revogado e substituído pelo Conv. 142/18, que dispunha sobre normas gerais da ST e relacionava os códigos CEST dos produtos sujeitos ao referido regime.

Diz que o tratamento tributário diverso ao que reza o RICMS-BA, importou grande prejuízo ao erário no valor de R\$ 3.256.713,42.

Com relação às devoluções da mercadoria, informa que está de acordo e, procedeu à revisão dos débitos que passaram a ter novos valores conforme a seguir.

Informa que de acordo com o levantamento detalhado por notas fiscais da mercadoria "pizza" com NCM 1905.9090, os valores das devoluções efetuadas pelos CFOPs 1202 e 1411 foram de: 2020 = R\$ 470.776,43; 2021 = R\$ 541.485,44 e 2022 = R\$ 1.577.593,28.

Totalizando o valor de R\$ 2.589.855,15 que é bem diferente ao anunciado pelo contribuinte que foi o valor de R\$ 8.318.684,12.

Informa que o Defendente, equivocadamente, levantou como devoluções as notas fiscais de saídas que foram motivo de devolução, quando o correto seria levantar as notas fiscais de entradas de devolução com CFOPs 1202 e 1411.

Diz que o débito total que era de R\$ 3.473.121,93 teve uma redução no valor de R\$ 139.852,18, tendo o débito passado para R\$ 3.333.269,75, conforme detalhado abaixo.

Exercício de 2020 = R\$ 1.040.263,55 passou para R\$ 1.014.841,62

Exercício de 2021 = R\$ 1.117.875,59 passou para R\$ 1.088.635,38

Exercício de 2022 = R\$ 1.314.982,79 passou para R\$ 1.229.792,75

TOTAIS	R\$ 3.473.121,93	R\$ 3.333.269,75
---------------	-------------------------	-------------------------

Informa que anexou as planilhas com todo detalhamento do levantamento por notas fiscais das devoluções ocorridas da mercadoria "pizza" com NCM 1905.9090. e DVD, fls. 122 a 127 e 135.

De modo facilitar o acesso do contribuinte às planilhas de débitos revisadas em virtude da inclusão das devoluções de mercadorias, informa que enviou todas pelo DT-e, conforme fl. 128.

Em reforço ao argumento apresentado, informa que anexa aos autos a diversas notas fiscais emitidas por um contribuinte do mesmo segmento do Autuado, onde poderá ser atestado que a mercadoria pizza com NCM 1905.9090 foi tributada com imposto normal e com a retenção do ICMS contribuinte substituto, ou seja, esse contribuinte seguiu fielmente ao que manda RICMS, diferentemente do autuada. Fls. 129 a 134.

Destaca que para as saídas das pizzas com NCM 1902.1900 o autuado procedeu corretamente a tributação das saídas, bem como, fez a retenção do ICMS contribuinte substituto.

Afirma que o Contribuinte tem que entender que não pode trocar de método de recolhimento do imposto que venha infringir ao RICMS e que provoque prejuízo ao erário no valor de R\$ 3.256.713,42.e o Defendente deve rever seus procedimentos de tributação de forma evitar no futuro criação de um outro passivo fiscal.

Informa, ainda, que esse PAF tem total relação com o Auto de Infração de nº 279459.0047/23-3, que se refere as saídas sem tributação da mercadoria "pizza" com NCM 19059090, de modo sugere o julgamento deles no mesmo tempo.

Conclui pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Às fls. 140 a 145 o Defendente apresenta manifestação à Informação Fiscal. Inicialmente, destaca que o Autuante faz juízos críticos que não lhe competem e não representam a realidade dos fatos, tais como "contribuinte planejando recolher menos imposto (...)"; "demonstrando uma desordem no tratamento tributário (...)".

Também destaca que o Autuante não se manifestou com relação à (i) inexigibilidade de ICMS-ST nas operações com "pizza pronta congelada"; (ii) reconhecimento pela própria autoridade autuante acerca do recolhimento do imposto no montante de R\$ 11.793.481 ,60, de modo a inexistir prejuízo ao erário.

Sob esse aspecto, afirma que demonstrou que a mercadoria "PIZZA" do gênero panificação prevista no item 11.18.1 do Anexo 1 do RICMS/BA como sujeitas ao ST, diferencia-se das "PIZZAS PRONTAS CONGELADAS" comercializadas pela Impugnante, conforme entendimento da ANVISA e da Receita Federal sobre o tema.

Diz que a própria SEFAZ/BA tem entendimento no sentido de que as "PIZZAS PRONTAS CONGELADAS", justamente por não serem simples produtos de panificação, não estão sujeitas ao ICMS-ST.

Nesse sentido, independentemente do prisma sob o qual se analisa a questão em tela, reafirma que a "PIZZA PRONTA CONGELADA" não é e nunca será um simples item de panificação, motivo pelo qual não se insere no vocábulo "PIZZA" de que trata o item "11.18.1 " do Anexo 1 do RICMS/BA para fins de incidência do ICMS-ST, razão pela qual se mostra absolutamente ilegal o lançamento fiscal baseado nessa premissa.

Afirma, ainda, que conforme já trazido em relatório de autuação fiscal e corroborado em sede de manifestação fiscal, é certo que os valores em exigência foram devidamente quitados conforme reconhecido pelo próprio Autuante na planilha "prejuízo ao erário" anexada ao lançamento fiscal.

Menciona que a planilha do Autuante é autoexplicativa. No período de 2020 a 2022, foi recolhido o montante de R\$ 11.793.481,60 (onze milhões, setecentos e noventa e três mil e quatrocentos e oitenta e um reais e sessenta centavos) a título de imposto pago na antecipação tributária das entradas das mercadorias autuadas.

Diz que o Autuante demonstra na planilha que o montante total de ICMS e ICMS-ST recolhidos na entrada é vultuoso. Porém, a despeito de todo esse recolhimento, a Autoridade Fiscal não fez o encontro de contas dos valores já pagos na entrada, o que acarretou a exorbitante cobrança no montante de R\$ 3 milhões.

Afirma que isso por si só demonstra que a autuação possui o nítido interesse arrecadatário, uma vez que a exigência do ICMS-ST sobre o valor integral, sem considerar os pagamentos já realizados e o estorno do crédito na entrada — quando tais são incontroversos — acaba por aplicar penalidade de 60% sobre imposto que reconhecidamente já foi pago.

Ressalta que já havia efetuado o recolhimento do ICMS-ST antes mesmo da sua suposta exigência, ou seja, adiantou o recolhimento aos cofres públicos, mas está sendo penalizado por ter pago antecipadamente o tributo.

Significa dizer que o montante que seria devido a título de ICMS-ST apenas na saída da mercadoria, com o recolhimento antecipado feito pelo Impugnante, ingressou nos cofres públicos adiantadamente, tendo possivelmente feito frente ao pagamento das despesas decorrentes das atividades do poder executivo.

Nesse ponto, ressalta o paradoxo do caso concreto: a substituição tributária, criada para "permitir a redução da "máquina-fiscal", no caso concreto, é usada como mote para um retrabalho fiscal, para cobrar tributo já recolhido. Entende que é nítida a incorreção da autuação quanto a tais pontos.

Requer sejam acatada a manifestação fiscal no tocante à redução do débito pelas devoluções, bem como seja determinado o sobrestamento do presente processo até o julgamento final do Auto de Infração nº 279459.0047/23-3, tendo em vista que naqueles autos há diversas operações que não se concretizaram em razão da devolução, bem como houve pagamento de ICMS na entrada da mercadoria, de modo que o ICMS próprio a ser revisto naqueles autos necessariamente impactará o valor de ICMS-ST exigido nos presentes autos.

Reitera todos os fundamentos apresentados em sede de Impugnação, requerendo seja também reduzido o valor do débito na forma apontada em manifestação fiscal, bem como seja sobrestado o presente processo até o julgamento final do Auto de Infração nº 279459.0047/23-3. Requer seja julgado improcedente o lançamento fiscal.

Por fim, requer que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas, exclusivamente, na pessoa de seu advogado Fabio Augusto Chilo (OAB/SP nº 221.616), sob pena de nulidade, inclusive para sustentação oral.

O Autuante presta segunda Informação Fiscal à fl. 160, registrando que se manifesta pela manutenção das informações fiscais prestadas anteriormente nesse PAF.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo advogado, Dr. Paulo Ricardo Morais Silveira Júnior – OAB/SP – 451.784.

VOTO

O Defendente solicitou o sobrestamento do presente processo até o julgamento final do AI 279459.0047/23-3, que exige o ICMS próprio das mesmas operações, sendo que o ICMS-ST remanescente depende umbilicalmente do julgamento do ICMS próprio

Alegou que se faz necessário o sobrestamento do presente processo até o julgamento definitivo daqueles autos, não somente pelo fato de que a cobrança do ICMS-ST se promove a partir de desdobramento da cobrança do ICMS próprio, mas, sobretudo, para se evitar decisões conflitantes acerca do mesmo objeto jurídico.

Conforme estabelece o art. 180 do RPAF-BA, “aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal as normas do Código de Processo Civil”, e conforme art. 55 do CPC (Código de Processo Civil), reputam-se conexos os dois processos. Neste caso, entendo que não há qualquer prejuízo para a Defesa, considerando que os dois PAFs foram distribuídos para essa 3ª Junta de Julgamento Fiscal e mesmo Relator, de forma que não existe risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias. Dessa forma não há necessidade de sobrestar o presente julgamento, como entendeu o Defendente.

O Impugnante alegou iliquidez dos créditos tributários, na medida em que a autoridade fiscal competente, ao lavrar a acusação fiscal, deixou de considerar os valores que foram recolhidos aos cofres públicos na entrada das mercadorias no estabelecimento autuado.

Disse que inexistiu Prejuízo ao Erário, na medida em que, em verdade, houve a antecipação do momento do recolhimento, ou seja, o ICMS devido por substituição ingressou nos cofres públicos antes mesmo do momento que supostamente seria o correto, bem como porque o Impugnante estornou o crédito da entrada.

Observo que o presente Auto de Infração foi efetuado sob o comando de Ordem de Serviço; não se constatou motivo para se entender que houve cobrança em duplicidade e não há prejuízo ao defendente o fato de ter sido lavrado mais de um Auto de Infração, desde que a descrição dos fatos seja efetuada de forma compreensível, sejam indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, o que ocorreu no presente Auto de Infração.

Não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O autuado tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, conforme se pode constatar nas planilhas acostadas aos autos, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e o defendente tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas em relação aos dois Autos de Infração lavrados.

No caso em exame, foi indicado no campo referente à descrição da infração a informação: “*vide texto complementar*”. O mencionado texto encontra-se às fls. 04 a 06 do PAF, especificando os fatos apurados, a legislação pertinente e a conclusão de que, tudo está demonstrado por meio das planilhas e notas fiscais acostadas e gravadas em DVD à fl. 51.

A exigência fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pelo autuante, indicando os dados relativos ao número de cada nota fiscal objeto da autuação; o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que não concorda, se referindo ao levantamento fiscal.

Vale ressaltar que se houvesse erro na indicação de dispositivos da legislação tributária, o que no presente processo não foi constatado, não implicaria nulidade da autuação fiscal, conforme dispõe o art. 19 do RPAF-BA/99, considerando que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade em caso de erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O 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-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O Defendente requereu que o julgamento fosse convertido em diligência, visando à elucidação total dos fatos apurados no levantamento fiscal.

Observo que foi prestada Informação Fiscal pelo Autuante, conforme fls. 118 a 121 dos autos, tendo sido analisadas as alegações defensivas.

Dessa forma, considero superado o pedido de diligência, com base no art. 147, inciso I, “a”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas

subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2019 a dezembro de 2022.

O Defendente alegou que a controvérsia referente à exigência de ICMS-ST debatida reside em identificar se a mercadoria “PIZZA PRONTA CONGELADA” que comercializa sujeita-se ao ICMS-ST.

Disse que conteúdo do próprio item 11.18.1 do RICMS/BA foi específico ao dispor que apenas as “massas de pizza”, tipo de massa do gênero de panificação estariam sujeitas à incidência de ICMS-ST. No caso em tela, a autuação fiscal não exigiu ICMS-ST sobre as “massas de pizza”, mas sim sobre as “PIZZAS PRONTAS CONGELADAS”.

Afirmou que o legislador poderia muito bem ter criado um item novo para justificar a incidência do ICMS-ST em relação à mercadoria em questão. Não obstante, ele deliberadamente incluiu o item “11.18.1” do Anexo 1 do RICMS/BA as “PIZZAS” dentro de um subgrupo dos produtos de panificação.

Também alegou que a mercadoria “PIZZA” do gênero panificação que tratou o referido item diferencia-se das “PIZZAS PRONTAS CONGELADAS” que comercializa. A “PIZZA PRONTA CONGELADA” não é e nunca será um simples item de panificação, motivo pelo qual não se insere no vocábulo “PIZZA” de que trata o item “11.18.1” do Anexo 1 do RICMS/BA para fins de incidência do ICMS-ST, razão pela qual se mostra absolutamente ilegal o lançamento fiscal baseado nessa premissa.

Observo que bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de substituição tributária são os identificados no Anexo 1 do RICMS-BA, de acordo com a sua descrição. Na hipótese de a descrição do item não reproduzir a correspondente descrição utilizada para o regime de substituição tributária será aplicável somente aos bens e mercadorias identificadas nos termos da descrição contida.

Portanto, é possível considerar uma mercadoria como enquadrada no regime de substituição tributária havendo coincidência estrita entre a respectiva descrição da mercadoria, com aquela registrada no Anexo 1 do RICMS/BA, ficando afastada qualquer interpretação extensiva.

No caso exame, consta no subitem 11.18.1 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012: “*Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03*”. Não indica espécie e marca das mercadorias.

Dessa forma, não acato a alegação defensiva, destacando que a exceção se encontra definida pelos CEST 17.062.02 e 17.062.03, o que não ficou comprovado neste PAF.

Na Informação Fiscal, o Autuante destacou que a “Pizza” foi incluída no Anexo 1 em decorrência da alteração do Conv. ICMS 52/17, já revogado e substituído pelo Conv. 142/18, que dispunha sobre normas gerais da ST e relacionava os códigos CEST dos produtos sujeitos ao referido regime. Portanto, norma posterior a 2016, citada pelo Defendente

O Defendente também alegou que houve reconhecimento pelo Autuante do recolhimento do imposto no montante de R\$ 11.793.481,60 (2020 a 2022). Partindo-se da premissa que, durante os períodos de 2020 a 2022, teria deixado de recolher o ICMS-ST em relação a operações de saída com “Pizzas” (posição NCM 1905.9090), procedeu-se com a lavratura do presente auto e que ensejou a cobrança ora discutida, apontando que o valor devido a título de ICMS ST (objeto de cobrança desta autuação), por ocasião da saída das mercadorias autuadas, é de R\$ 3.473.121,93.

Afirmou que embora o lançamento fiscal se mostre formalmente adequado, é certo que os valores em exigência foram devidamente quitados, conforme reconhecido pelo próprio Autuante, na planilha “prejuízo ao erário” anexada ao lançamento fiscal (Doc. 05 – planilha fiscal “prejuízo ao erário”), e que espera seja levado a efeito o recolhimento do imposto já realizado, no montante de

R\$ 11.793.481,61, sob pena de cobrança indevida, em duplicidade (“*bis in idem*”) e enriquecimento ilícito.

Vale ressaltar que o art. 150, § 7º da Constituição Federal estabelece que a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente. Neste caso, a lei elege uma terceira pessoa para cumprimento da obrigação tributária, em lugar do contribuinte natural.

No caso da substituição tributária por retenção, o contribuinte que efetuar a venda fica obrigado a fazer a retenção do tributo que incidirá nas operações posteriores.

De acordo com os esclarecimentos prestados pelo Autuante, o Autuado realizou operações de saídas da mercadoria PIZZA - NCM 1905.9090, estornando o crédito fiscal das entradas dessas mercadorias, conforme fls. 22 a 39 do PAF.

Assim, ao invés de recolher o imposto normal e da substituição tributária nas operações internas de saídas, preferiu fazer a substituição tributária pelas entradas, estornando o crédito do ICMS referente às entradas, tratamento diverso das saídas que realizou com PIZZA NCM 1902.1900, que foi tributada nas saídas com o ICMS normal e efetuada a retenção nas operações internas.

Entendo que não é correto dispensar a apuração do imposto devido pelos métodos estabelecidos na legislação ou o seu recolhimento em qualquer época, de acordo com a decisão unilateral do contribuinte, tendo em vista que a legislação especifica a forma correta, e o contribuinte não pode adotar método próprio ou convenções particulares no cumprimento de obrigações tributárias.

Vale salientar que o tributo é indisponível e a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória. A autoridade administrativa dela incumbida não tem a faculdade de exercitá-la, ou não, a seu critério. É obrigada a exercitá-la sempre que no mundo fenomênico se configurar a situação na qual o lançamento é cabível, independentemente do contribuinte. Dessa forma, não se pode entender que houve a lavratura do Auto de Infração de forma ilegal e o lançamento do imposto não recolhido corretamente pelo Contribuinte implica aplicação de multa e acréscimos legais/moratórios incidentes e devidos em cada período de apuração.

Por outro lado, nesta fase processual não há possibilidade de a Junta de Julgamento Fiscal promover à compensação de imposto recolhido ou créditos acumulados. Portanto, em razão das peculiaridades do caso em exame, se foram recolhidos valores em cada mês de apuração do tributo, mesmo de forma incorreta, é possível que se realize a referida compensação quando da quitação do débito.

Como já mencionado anteriormente, foram apurados valores não retidos nas épocas próprias, foi exigido o imposto apurado com a lavratura do Auto de Infração, e em relação aos recolhimentos alegados pelo defendente, mencionados em sua impugnação, tais valores podem ser objeto de compensação quando da quitação do débito, mediante requerimento próprio à Repartição Fazendária, que deve examinar as comprovações.

O Defendente também alegou que devoluções das mercadorias que foram consideradas como tributadas pelo fiscal no PAF do Auto de Infração nº 2794590047/23-3, demonstrou que há diversas operações que não se concretizaram, em razão da devolução da mercadoria, bem como que houve o pagamento do ICMS na entrada das mercadorias. Ou seja, o *quantum* devido a título de ICMS próprio será revisto naqueles autos, o que necessariamente impactará o valor de ICMS-ST exigido nos presentes autos.

Com relação às devoluções da mercadoria, o Autuante informou que está de acordo com as alegações defensivas e procedeu à revisão dos débitos que passaram a ter novos valores conforme a seguir.

Disse que conforme o levantamento detalhado por notas fiscais da mercadoria "pizza" com NCM 1905.9090, os valores das devoluções efetuadas pelos CFOPs 1202 e 1411 foram de: 2020 = R\$

470.776,43; 2021 = R\$ 541.485,44 e 2022 = R\$ 1.577.593,28. Totaliza o valor de R\$ 2.589.855,15 que é bem diferente ao anunciado pelo contribuinte que foi o valor de R\$ 8.318.684,12.

Disse, ainda, que o Defendente, equivocadamente, levantou como devoluções as notas fiscais de saídas que foram motivo de devolução, quando o correto seria levantar as notas fiscais de entradas de devolução com CFOPs 1202 e 1411.

Concluiu que o débito total que era de R\$ 3.473.121,93 teve uma redução no valor de R\$ 139.852,18, tendo o débito passado para R\$ 3.333.269,75, conforme detalhado abaixo.

Exercício de 2020 = R\$ 1.040.263,55 passou para R\$ 1.014.841,62

Exercício de 2021 = R\$ 1.117.875,59 passou para R\$ 1.088.635,38

Exercício de 2022 = R\$ 1.314.982,79 passou para R\$ 1.229.792,75

TOTAIS	R\$ 3.473.121,93	R\$ 3.333.269,76
---------------	-------------------------	-------------------------

Na manifestação apresentada após a Informação Fiscal, embora o Impugnante não tenha acatado expressamente os novos demonstrativos elaborados pelo Autuante, não apresentou qualquer argumento novo, e não cabe a este órgão julgador promover a busca de outros elementos, por se tratar de documentos que estão na posse do Contribuinte.

Sempre que o autuado aponta fatos e dados divergentes daqueles apurados no levantamento fiscal originalmente efetuado, deve ser analisada a documentação do Contribuinte, sendo de responsabilidade do Autuante a análise dos argumentos apresentados e elaboração de demonstrativos apurando a existência ou não de débito remanescente. No caso em exame, após a informação fiscal, não foram aduzidos pelo Autuado, fatos novos ou anexados aos autos novos demonstrativos e documentos.

Quanto à multa aplicada, o Defendente alegou que de acordo com a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, o limite razoável à fixação de multa tributária repousa no percentual de 20% a 30% sobre o valor do suposto tributo devido.

Observe que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é legalmente prevista para a irregularidade apurada, 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.

Por tudo o quanto aduzido neste voto, afigura-se demonstrado o cometimento da infração imputada ao contribuinte e a insuficiência de elementos probatórios acostados aos autos pela Defesa. Nos moldes como foi apurada a infração, concluo que ficou caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem as matérias tratadas na autuação fiscal.

Acato os novos demonstrativos elaborados pelo Autuante e concluo pela subsistência parcial do presente Auto de Infração, conforme fls. 122, 124 e 126 e resumo à fl. 120 do PAF.

O Defendente requer que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas, exclusivamente, na pessoa de seu advogado Fabio Augusto Chilo (OAB/SP nº 221.616), sob pena de nulidade.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ-BA para receber correspondências.

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

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 **279459.0046/23-7**, lavrado contra **SEARA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.333.269,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2024

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA